Е. В. ВАСЬКОВСКІЙ.

ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЕТОДОЛОГІЯ.

ЧАСТЬ I.

УЧЕНІЕ
О
ТОЛКОВАНІИ И ПРИМѢНЕНІИ
ГРАЖДАНСКИХЪ ЗАКОНОВЪ.

БИБЛИО
Ленингр. о
Коммунист
при ЦИК

49596

Книжный [illegible]
„ОБРАЗОВАНІЕ"
Отдѣленіе конт. журн. „НИВА"
Одесса, Ришельевская, 19.

ОДЕССА.
«ЭКОНОМИЧЕСКАЯ» ТИПОГРАФІЯ, ПОЧТОВАЯ УЛ., Д. № 43.
1901.

[illegible]

Печатано по распоряженію Правленія Императорскаго Новороссійскаго Университета. Ректоръ *Ѳ. Н. Шведовъ.*

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии наук СССР
1245
56

ПРЕДИСЛОВІЕ.

«Всякому поступательному движенію въ какомъ бы то ни было направленіи можно содѣйствовать тремя способами: или совѣтомъ, или примѣромъ, или правилами; можно или убѣждать кого-либо и этимъ дать стимулъ къ дѣйствію, или своимъ примѣромъ показать, какъ надо дѣйствовать, или, наконецъ, ясно формулировать образъ дѣйствія и этимъ облегчить выполненіе дѣятельности»[1]). Послѣдній способъ содѣйствія прогрессу въ области научнаго знанія составляетъ задачу *методологіи*. Не ограничиваясь просто выясненіемъ важности и пользы научнаго познанія и въ то же время не показывая на какомъ-либо одномъ примѣрѣ, какъ можно достигнуть этого знанія, методологія стремится выработать общія правила, которыми необходимо руководствоваться при научныхъ работахъ[2]). Она подвергаетъ оцѣнкѣ установившіеся пріемы изслѣдованія,

---

[1]) *Минто*. Дедуктивная и индуктивная логика, 1896, 301

[2]) *Н Ланге*, Учебникъ логики, 1898: «Методологія или ученіе о (логическихъ) методахъ имѣетъ задачей показать, какими путями мы, исходя изъ даннаго состоянія нашихъ знаній... можемъ достигать цѣли, которую ставитъ намъ наука, т. е. истиннаго, полнаго и связнаго знанія. Такой идеалъ знанія называется научной системой, логическая же методологія есть ученіе о тѣхъ искусственныхъ пріемахъ, съ помощью которыхъ мы приближаемся въ наукахъ къ этому идеалу знаній». Ср. *Wundt*, Logik, I, 1893, S. 1—2.; *Sigwart*, Logik, II, 1893, 1.

отдѣляетъ правильные и цѣлесообразные отъ ошибочныхъ и негодныхъ, расчищаетъ дорогу для спеціалистовъ и даже иной разъ открываетъ наукамъ новые пути.

Въ виду такого значенія методологіи, разработка ея не можетъ быть названа безцѣльной и праздной даже въ примѣненіи къ тѣмъ наукамъ, которыя достигли уже болѣе или менѣе высокой степени развитія. Тѣмъ болѣе необходимо это по отношенію къ соціальнымъ и въ томъ числѣ юридическимъ наукамъ, задачи и методы которыхъ до сихъ поръ (и теперь даже сильнѣе, чѣмъ когда-либо) возбуждаютъ разногласіе и споры.

Въ настоящемъ сочиненіи авторъ поставилъ себѣ цѣлью подвергнуть изслѣдованію, пользуясь выводами современной научной логики, методы гражданскаго правовѣдѣнія, или цивилистики. Такъ какъ этимъ общимъ названіемъ объемлется цѣлый рядъ наукъ, изъ которыхъ однѣ давно существуютъ и болѣе или менѣе разработаны, каковы, напр., догма и исторія права, а другія только зарождаются и встрѣчаютъ еще сильную оппозицію (напр., цивильная политика), то авторъ счелъ необходимымъ, не предрѣшая вопроса о научномъ характерѣ и взаимномъ отношеніи всѣхъ этихъ дисциплинъ, послѣдовательно разсмотрѣть задачи и пріемы каждой изъ нихъ порознь, а затѣмъ уже подвести общій итогъ полученнымъ выводамъ.

Предлагаемый вниманію читателя первый томъ сочиненія посвященъ методамъ практической, или догматической, цивилистики.

СОДЕРЖАНІЕ.

Стр.

Литература (алфавитный указатель). V

Введеніе. XIV

Глава I. Критика 1
§ 1. Задачи и пріемы критики 1
§ 2. Границы критики. 7

Глава II. Задачи и виды толкованія. 18

Глава III Словесное толкованіе 35
§ 1. Задачи и средства словеснаго толкованія . 35
§ 2. Правила словеснаго толкованія 47
§ 3. Результатъ словеснаго толкованія 59

Глава IV. Реальное толкованіе. 77
§ 1. Задачи и средства реальнаго толкованія. . 77
§ 2. Значеніе внѣшнихъ источниковъ 86
§ 3. Авторитетныя разъясненія. 121
§ 4. Логическій и систематическій элементы . . 131
§ 5 Основаніе нормъ 143
§ 6. Правила реальнаго толкованія 169
§ 7. Результаты реальнаго толкованія 173
§ 8. Устраненіе неясности 186
§ 9. Восполненіе пробѣловъ 206

Стр.

Глава V. Логическое развитіе 209
§ 1. Основные пріемы 209
§ 2. Заключеніе по противоположности 233
§ 3. Заключеніе по аналогіи 249
§ 4. Правила логическаго развитія 276

Глава VI. Толкованіе по русскому праву 289

Глава VII. Догматическая переработка 316
§ 1. Задачи и пріемы 316
§ 2. Обзоръ литературы 348

Предметный указатель 369

Указатель статей Свода законовъ 373

Существенныя опечатки 376

ЛИТЕРАТУРА*)

Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, т I, изд. II, 1899.

Берендтсъ, О методѣ юридическихъ наукъ («Рус. Вѣстн.», 1897, № 4).

Боровиковскій, Законъ и судейская совѣсть («Отчетъ судьи», т. I, 1891).

Буцковскій, Очеркъ кассаціоннаго порядка отмѣны рѣшеній по судебнымъ уставамъ 1864 г., 1866 (перепечатано въ книгѣ того же автора «Очерки судебныхъ порядковъ по уставамъ 1864 года», 1874).

Гольмстенъ, Нѣсколько мыслей о позитивизмѣ въ наукѣ права («Журн. гражд. и угол. права», 1884, мартъ); Позитивизмъ, метафизика и римское право (тамъ же, 1884, май; обѣ статьи перепечатаны въ «Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ» того же автора, 1894).

Гордонъ, Логическій способъ толкованія законовъ и ст. 1068 т. X ч 1 («Журн. гражд. и угол. права», 1881, май, іюль: проток. засѣд. с.-петерб. юрид. общества).

Градовскій, О судебномъ толкованіи законовъ по русскому

*) Указываемыя здѣсь сочиненія будутъ цитироваться сокращеннымъ способомъ: по фамиліямъ авторовъ, а если одному и тому же автору принадлежитъ нѣсколько трудовъ, то съ прибавкой къ фамиліи сокращеннаго заглавія соотвѣтствующаго труда.

праву («Журн. гражд. и угол. права», 1874, январь; перепечатано въ «Началахъ русскаго государственнаго права», т. I, 1876).

Гредескулъ, Къ ученію объ осуществленіи права. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, 1900.

Дубровинъ, О размѣрахъ допустимости аналогіи при примѣненіи уголовнаго закона («Журн. Мин. Юстиціи», 1899, май, іюнь)

Думашевскій, Наше правовѣдѣніе, что оно есть и чѣмъ должно быть (тамъ же, 1867, январь).

Дормидонтовъ, Юридическія фикціи и презумпціи. I. Классификація явленій юридическаго быта, относимыхъ къ случаямъ примѣненія фикцій, 1895.

Дыновскій, Задачи цивилистическаго образованія и значеніе его для гражданскаго правосудія, 1896

Есиповичъ, О толкованіи законовъ («Журн Мин. Юст.», 1895, декабрь).

Капустинъ, Теорія права (юридическая догматика) Т. I. Общая догматика, 1868

Карасевичъ, О значеніи науки права и ея главныхъ задачахъ («Юридич. Вѣстникъ», 1876, № 10—12).

Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, изд. 5, 1898.

— О научномъ изученіи права («Журн. гр. и уг. права», 1882, апрѣль, май; перепеч. въ «Сборникѣ статей», 1898).

Лихтенштадтъ, Логическое толкованіе законовъ («Журн. гражд и угол. права», 1893, сентябрь).

Лошницкій, Толкованіе мѣстныхъ законовъ (тамъ же, 1882, апрѣль).

Малининъ, Теорія гражданскаго процесса, вып. I, 1881.

Малышевъ, Курсъ общаго гражданскаго права Россіи, т. I, 1878.

Мейеръ, О юридическихъ вымыслахъ и предположеніяхъ, о скрытныхъ и притворныхъ дѣйствіяхъ, 1854.

Муромцевъ, Что такое догма права («Юрид. Вѣстникъ», 1884, апрѣль, май, августъ)

— Судъ и законъ въ гражд. правѣ («Юридич. Вѣсти», 1880. ноябрь)

— Очерки общей теоріи гражд права, 1877.

Оршанскій, Частный законъ и общее правило. Матеріалы для русской юридической герменевтики («Журн гр. и уг. права», 1873, мартъ и май)

Пахманъ, О современномъ движеніи въ наукѣ права («Журн. гр. и угол. права», 1882, мартъ).

Пуцилло, Теорія судебнаго толкованія законовъ (тамъ же, 1882, декабрь).

Ренненкампфъ, Очерки юридической энциклопедіи. 2 изд., 1880.

Таганцевъ, Лекціи по русскому уголовному праву, вып. 1, 1887.

Умовъ, Понятія и методы изслѣдованія гражданскаго права, 1873 (и въ «Московск университетск извѣстіяхъ» 1872, т II, кн. 4).

Шершеневичъ, Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія, 1898.

— Курсъ гражд права, т I, вып. 1, 1901.

— Учебникъ русскаго гражд. права, 1901.

— Наука гражд. права въ Россіи, 1893.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14 Aufl., 1889.

Austin, Note on interpretation (Lectures on jurisprudence, 1873, v. II, p. 1023—1036).

— Excursus on analogy (ib., II, p. 1036—1055).

Baron, Pandekten (русск. перев. Л. Петражицкаго, 2 изд., т. I, 1898)

Beal, Cardinal Rules of Legal Interpretation, 1896.

Bienerus, Primae lineae hermeneutices juris feudalis, 1790.

Bierling, Ueber die Benutzung von Landtags — und Synodalverhandlungen zur Auslegung der neueren deutschen Staats- und Kirchengesetze (Zeitschrift für Kirchenrecht, X B., 1871).

Binding, Handbuch des Strafrechts, I, 1885.

Bishop, Commentaries of the Law of Statutory Crimes including the written laws and their interpretation in general etc., 1883.

Boehmerus, De interpretationis grammaticae fatis et usu vario in jure romano (praef. in Brissonii De verborum, quae ad jus civile pertinent. significatione, 1743).

Bourgade, Recueil des règles d'interprétation des lois civiles et des contrats, 1883.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2 Aufl., 1873, I.

Brocher, Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, 1862.

Bulgarus, Ad Digestorum Titulum de diversis regulis juris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones (ed. Beckhaus, 1856).

Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten (Archiv für die civilist. Praxis, B. 62, 1879).

Burchardi, Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung oder die juristische Hermeneutik, 1869.

Burckhard, Die civilistischen Präsumptionen, 1866.

Clossius, Hermeneutik des römischen Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis, 1831.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897.

Delisle, Principes de l'interprétation des lois, des actes, des conventions entre les parties, I—II, 1852.

Demelius, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, 1858.

Demolombe, Cours de Code Napoléon, I, 1869 (4 éd.).

Dernburg, Pandekten, I, 6 Aufl., 1900.

Deutschmann, Ueber Auslegung der Gesetze (Gruchot's Beitrage, XXIV B, 1880).

— Ueber Argumentum a contrario (ib., XXVI B., 1882).

Eckhardus, Hermeneutica juris. 2 ed. c. notis C. Fr. Walchii, 1779.

Eltzbacher, Ueber Rechtsbegriffe. 1900.

Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, 1885.

Federicis, De interpretatione legum (Tractatus universi juris. duce et auspice Gregorio XIII. pontif max., Venet., 1584).

Fiore, Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi, II, 1890

Förster—Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Priv r. 5 Aufl., 1, 1887.

Follevile, De la promulgation et de l'application des lois, 1876.

Forsterus, Interpres. sive de interpretatione libri duo, 1613, (**Ottonis** Thesaurus juris civilis, 1733, t. II, p. 945 ss.)

Gauguier, De L'interprétation des actes juridiques, 1898.

Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899.

Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 1895.

Glück, Ausfuhrliche Erlauterung der Pandecten, Ein Commentar, I B., 2 Aufl., 1797.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2 Aufl, 1875.

— Ueber die Benutzung und die Bedeutung der Berathungsprotokolle fur die Interpretation des deut. Handelsgesetzbuchs (Zeitschr. fur d. Handelsr., X B., перепеч. въ Vermischte Schriften, 1901, II B).

Grasserie de la, De l'interprétation judiciaire et législative des lois, 1888.

Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts, 1829.

Hahn, Commentar zum allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch, 2 Aufl., I, 1871.

Heffter, Bemerkungen uber Anwendung und Auslegung des neuen Strafgesetzbuchs (Arch fur Preuss Strafrecht, I, 1853)

Hepp, Die Analogie auf dem Gebiete des Strafrechts (Arch. des Criminalrechts, 1846).

Hölder, Die Auslegung des deutschen burgerlichen Gesetzbuches, 1898.

— Pandekten, I. 1886

Hottomanus (Hotmanus), Iurisconsultus, sive de optimo genere juris interpretandi (Opera, Lugd., 1599, I).

Hufeland, Ueber den eigenthumlichen Geist des romischen Rechts. 1815.

Iannuzzi, Nozioni elementari sulle disposizioni concern. la pubblicazione, l'interpretazione, l'applicazione delle leggi, 1877.

Ihering, Unsere Aufgabe (Iahrb. fur Dogmatik des heut. röm. und deut. Privatr. I, 1857; рус. пер. напеч въ «Юр. В.» 1883, авг., подъ заглавіемъ «Задача современной юриспруденціи»).

— Geist des römischen Rechts, I B., 5 Aufl., 1891, II B., II Abth., 4 Aufl., 1883.

Iordan, Ueber die Auslegung der Strafgesetze, 1818.

Iung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts (Festgabe der Giessener Iuristenfakultat fur Dernburg, 1900).

Kohler, Die schöpferische Kraft der Iurisprudenz (Iahrb. fur Dogm., XXV B.).

— Ueber die Interpretation von Gesetzen (Grunhut's Zeitschr. fur Priv. und Oeff. R., XIII B., 1886).

Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I, 1839.

Krug, Die Grundsatze der Gesetzauslegung, 1848.

Kuntze, Der Wendepunkt in der Rechtwissenschaft, 1856.

Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts, 1857.

Laurent, Principes de droit civil français, I, 1876, § 268 ss.

— Cours élémentaire de droit civil, I, 1878.

Lessona, La legalità della norma e il potere giudiziario, 1900

Lindemann, Berichtigung der in verkundeten Gesetzen enthaltenen Redaktionsversehen (Arch. fur offentl. R., 1899, XIV).

Mailher de Chassat, Traité de l'interprétation des lois, 1845.

Mathias, Der Wille des Gesetzes, 1900.

Maxwell, On the Interpretation of Statutes, 1875.

Menger, System des oesterr. Civilprocessrechts, I, 1876.

Merkel, Analogie und Auslegung des Gesetzes (Holtzendorff's Handbuch d. deut Strafrechts, II, 1871).

— Die Anslegung des Strafgesetzes (ib., IV, 1877).

Meyer, Ueber Interpretation der Gesetze (Gruchot's Beitrage, XXIII B., 1879)

Mittelstädt, Abhandlungen zur Lehre von der Auslegung der Strafgesetze (Gerichtsaal, B. XLIII, 1890).

Mittermaier, Ueber die Benutzung der. Materialien und, der bei Berathung der Entwürfe vorgekommenen Verhandlungen... (Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, I, 1841).

Mohl, Ueber die Benutzung der Standischen Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen (въ «Arch. des Criminalrechts», 1843 и въ «Staatsrecht, Völkerrecht und Politik», I, 1860, 96—143).

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 3 Aufl., I, 1839.

Pescatore, La logica del diritto, 2 ed., 1883.

Pfaff und Hofmann, Commentar zum oesterr. burg Gesetzbuche, I, 1877.

Pfaff, Ueber die Materialien des oesterr. allg. burgerl. Gesetzbuches (Grünhut's Zeitschrift, II B., 1875).

Pfersche, Methodik der Privatrechtswissenschaft, 1871.

Piola, Elementi di logica giuridica deduttiva ed induttiva, 1895.

Puchta, Vorlesungen über das heutige romische Recht, 6 Aufl., 1873.

Regelsberger, Pandekten, 1893, I, (рус. перев. подъ заглавіемъ «Общее ученіе о правѣ», 1897).

Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung, 1899.

Roels, Etudes sur l'interprétation des lois, 1896.

Rosso del, Alcuni cenni sulla logica di diritto civile privato, con note da Buonamici, 1866

Rogerius, Tractatus de juris interpretatione (въ Tractatus universi juris duce et auspice Gregorio XIII pontif. max., Venet., 1584)

Rümelin, Iuristische Begriffsbildung, 1878.

— Werturtheile und Willensentscheidungen, 1891.

Saredo, Trattato delle leggi, 1886.

Savigny, System des heut. rom. Rechts, I, 1840.

Schaffrath, Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze, 1842.

Schmidt, Methode der Auslegung der Iustinian. Rechtsbucher, 1855.

Schmid, Theorie und Methodik des burgerlichen Rechts, 1848.

Schletter, De subsidiis interpretationis legum, 1839.

Schütze, Studien zum Deutschen Strafgesetzbuche (Archiv für Preussisches Strafrecht, XX B., 1872).

Scialoja, Sulla teoria della interpretazione delle leggi (Studii giuridici dedicati a Fr. Schupfer, v. III, 1898)

Sedgwick, A Treatise on the Rules, which govern the Interpretation, 1874.

Seuffert, Von Interpretation der Gesetze, Ausmittelung des Umfangs der Gesetze (Erorterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts, 1820).

Sontag, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, 1874.

Stobbe, Handbuch des deut. Privatrechts, I, 1893.

Stölzel, Rechtslehre nnd Rechtssprechung, 1899

Störk, Zur Methodik des offentlichen Rechts, 1885.

Schulz, Das Redaktionsversehen im § 138 der deutschen Reichsgewerbeordnung (Archiv fur soziale Gesezgebung und Statistik, 1898, XII B.).

Teucher, De natura et formis interpretationis et hermeneutices civilis observationes, 1804

Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, 2 Aufl., 1806

— System des Pandekten—Rechts, 8 Ausg., 1834, I.

Thésard, Une question sur l'interprétation des lois (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1894, XXIII v.).

Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851.

Unger, System des oesterr allgemeinen Privatrechts I. 1876.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I, 1863.

Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, I, 1885.

Wächter. Handbuch des wurtemb. Privatrechts, 1842.

— Ueber Gesetzes—und Rechtsanalogie im Strafrechte (Archiv des Criminalrechts, 1844).

— De lege Saxonica Comment., 1835.

— Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1842

— Pandekten, I, 1880.

— Strafrechtliche Fragen (Gerichtssaal, B XXIX, 1878).

— Das Sachsische und Thuringische Strafrecht, I, 1857.

Wendt. Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis (Jahrbucher fur Dogmatik, B. XXII, 1883).

— Rechtssatz und Dogma. Glossen zum Entwurf des burgerlichen Gesetzbuches (ib., B. XXIX, 1890).

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8 Aufl., bearb. von **Kipp**, 1900.

Zachariae, Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts, 1805.

Zernik, Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie, 1895

ВВЕДЕНІЕ.

Назначеніе объективнаго права состоитъ въ практическомъ осуществленіи: юридическія нормы существуютъ и создаются для того, чтобы руководить поступками гражданъ, чтобы регулировать ихъ поведеніе, словомъ, чтобы примѣняться къ жизни. Въ виду этого, первой, естественной и ближайшей задачей правовѣдѣнія является изученіе юридическихъ нормъ съ цѣлью ихъ примѣненія на практикѣ. По отношенію къ гражданско-правовымъ нормамъ эта задача разрѣшается *практической, или догматической, цивилистикой.*

Приступая къ практическому изученію права, нужно, само собою разумѣется, первымъ дѣломъ собрать всѣ дѣйствующія въ данный моментъ времени на данной территоріи юридическія нормы. Затѣмъ слѣдуетъ критически провѣрить ихъ подлинность, т. е. удостовѣриться, что онѣ дѣйствительно снабжены юридической силой и имѣютъ тотъ видъ, въ какомъ были санкціонированы. Собравъ и очистивъ такимъ образомъ матеріалъ дѣйствующаго права, необходимо овладѣть его содержаніемъ, т. е. истолковать смыслъ нормъ и, наконецъ, подвергнуть этотъ матеріалъ догматической обработкѣ и придать ему форму научной системы. Отсюда видно, что дѣятельность практической цивилистики должна слагаться изъ четырехъ стадій, или процессовъ: 1) собиранія нормъ, 2) критики, или провѣрки ихъ подлинности, 3) толкованія и 4) догматической переработки.

Однако эта общая схема претерпѣваетъ существенныя измѣненія въ зависимости отъ того, какая изъ двухъ категорій нормъ подлежитъ изученію: нормы права неписаннаго, т. е. обычаи, или же писаннаго, т. е. законы. Въ самомъ дѣлѣ, собираніе нормъ не представляетъ въ настоящее время трудностей

и даже является зачастую излишнимъ по отношенію къ законодательнымъ нормамъ и вообще къ писанному праву, въ виду существованія оффиціальныхъ сборниковъ и журналовъ, гдѣ всѣ эти нормы помѣщаются. Напротивъ, собираніе обычаевъ—дѣло очень трудное, требующее самостоятельнаго изученія юридическаго быта. Затѣмъ, провѣрка подлинности нормъ въ примѣненіи къ обычаямъ совпадаетъ съ процессомъ собиранія ихъ: признавъ какое-либо соблюдаемое въ жизни правило юридическимъ обычаемъ, мы тѣмъ самымъ удостовѣряемъ, что оно имѣетъ значеніе юридической нормы. Иначе обстоитъ дѣло съ писаннымъ правомъ, которое познается не изъ примѣненія на практикѣ, а изъ объективной, словесной формы, въ которую оно облечено, т. е. изъ писанныхъ и печатныхъ актовъ. Собравъ всѣ акты, имѣющіе видъ нормъ, еще нельзя быть увѣреннымъ въ ихъ подлинности: быть можетъ, однимъ изъ нихъ недостаетъ необходимой санкціи, а другіе—невѣрно и неточно воспроизводятъ подлинный, санкціонированный законодателемъ текстъ нормъ. Вслѣдствіе этого возникаетъ необходимость спеціальной провѣрки подлинности нормъ писаннаго права. Точно также и третья стадія—толкованіе нормъ—не можетъ получить примѣненія къ обычаямъ, опять-таки потому, что существованіе обычая познается изъ его примѣненія, а слѣдовательно, констатируя обычно-правовую норму, мы вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляемъ ея содержаніе и способъ примѣненія. Между тѣмъ, чтобы установить содержаніе закона, нужно еще истолковать смыслъ письменной рѣчи, въ которую онъ воплощенъ. Только при догматической переработкѣ нормъ разница между писаннымъ и неписаннымъ правомъ не играетъ роли.

Далѣе, собираніе нормъ, собственно говоря, не входитъ въ сферу научнаго изученія права, являясь дѣятельностью подготовительной. Поэтому, изслѣдованіе пріемовъ этой дѣятельности точно такъ же не относится къ юридической методологіи, какъ не относится къ методологіи естественныхъ наукъ изслѣдованіе способовъ собиранія минераловъ, растеній и животныхъ.

Оставляя въ сторонѣ пріемы собиранія юридическихъ нормъ, мы должны будемъ заняться изученіемъ трехъ процессовъ: 1) провѣрки подлинности нормъ, 2) толкованія ихъ и 3) догматической переработки. Но первые два процесса, какъ было показано выше, не имѣютъ самостоятельнаго значенія

по отношенію къ неписанному праву, совпадая съ процессомъ собиранія юридическихъ обычаевъ, а матеріаломъ для догматической переработки служитъ вся совокупность дѣйствующихъ въ данный моментъ времени нормъ, безъ всякаго различія между законодательными и обычно-правовыми Вслѣдствіе этого методологія практической цивилистики можетъ ограничить свою задачу изслѣдованіемъ пріемовъ критики, толкованія и догматической переработки спеціально однихъ законовъ, оговоривъ только, что всѣ выводы относительно догматической переработки законовъ распространяются въ равной мѣрѣ и на юридическіе обычаи

Изъ трехъ процессовъ, которые намъ предстоитъ разсмотрѣть съ методологической точки зрѣнія, наиболѣе нуждается въ обстоятельномъ изслѣдованіи второй: толкованіе нормъ. «Не много главъ», справедливо замѣчаетъ Регельсбергеръ, «найдется въ ученіи о правѣ, гдѣ теорія такъ далеко отставала бы отъ практики, знаніе — отъ умѣнія, какъ въ ученіи о толкованіи. Въ этомъ случаѣ толкованіе раздѣляетъ судьбу человѣческой рѣчи: многіе люди говорятъ правильно, не имѣя сознанія о законахъ языка. Трудности теоріи лежатъ здѣсь въ матеріалѣ, въ безграничности вспомогательныхъ средствъ, въ разнообразіи примѣненія. И въ прежнее и въ новѣйшее время не было недостатка въ попыткахъ придать руководящимъ тутъ точкамъ зрѣнія характеръ научныхъ положеній. Изъ нихъ составилась даже особая отрасль ученія о правѣ, *юридическая герменевтика* Теперь она «потеряла кредитъ» не безъ вины со своей стороны. Сравнительно немного страдала она отъ неопредѣленности своихъ границъ, въ предѣлы которыхъ попадала обыкновенно критика законовъ, иногда даже и толкованіе юридическихъ сдѣлокъ, причемъ одни ограничивались толкованіемъ законодательства Юстиніана, другіе ставили свою задачу шире. Гораздо болѣе вреда юридической герменевтикѣ сдѣлалъ безжизненный, шаблонный способъ ея отношенія къ матеріалу [1])». Именно, громадное большинство авторовъ, занимавшихся этимъ вопросомъ, ограничивалось повтореніемъ и комментированіемъ правилъ толкованія,

---

[1]) *Регельсбергеръ*, 137 - 138, прим.

формулированныхъ римскими юристами и сохранившихся въ Юстиніановыхъ сводахъ [2]), изрѣдка дѣлая кое-какія поправки и дополненія Весьма немногіе пытались самостоятельно изслѣдовать процессъ толкованія, да и то не цѣликомъ, а лишь въ нѣкоторыхъ частяхъ

Неудивительно, поэтому, что юридическая герменевтика, не сумѣвшая создать раціональной, научной теоріи толкованія, потеряла всякій кредитъ. Понятно также, что, видя безплодность ея многовѣковыхъ усилій, нѣкоторые ученые пришли къ мысли, будто въ такомъ же положеніи суждено оставаться ученію о толкованіи законовъ и впредь, такъ какъ якобы установленіе точныхъ правилъ толкованія невозможно да и нежелательно Этого мнѣнія держались, напр., два корифея цивилистики XIX вѣка: Савиньи и Пухта. «Толкованіе», говоритъ первый изъ нихъ, «представляетъ собою искусство, овладѣть которымъ способствуютъ имѣющіеся въ изобиліи прекрасные образцы древняго и новаго времени. Несравненно слабѣе то, что выработано до сихъ поръ въ качествѣ теоріи толкованія. Эта недостаточность современной теоріи — случайна; но не слѣдуетъ обманываться на счетъ значенія подобной теоріи вообще, даже наилучшей. ибо это искусство столь же мало, какъ и всякое иное, можетъ быть сообщаемо или пріобрѣтаемо посредствомъ правилъ Но мы можемъ путемъ изученія отличныхъ образцовъ узнать, въ чемъ заключается ихъ превосходство; тѣмъ самымъ мы выработаемъ въ себѣ чутье къ тому, что имѣетъ значеніе при всякомъ толкованіи, и научимся направлять наши усилія въ надлежащую сторону. Къ этому, а также къ избѣжанію нѣкоторыхъ ложныхъ путей сводится все, что мы можемъ надѣяться пріобрѣсти при помощи теоріи въ этомъ искусствѣ, какъ и въ каждомъ другомъ» [3]). Еще рѣшительнѣе и рѣзче выражается Пухта: «Изъ правилъ критики и толкованія образовалась особая наука, юридическая герменевтика, обыкновенно весьма поверхностная, безплодная, не проникающая въ суть дѣла, сухая дисциплина. Но, помимо здраваго смысла, вся юриспруденція должна быть герменевтикой.. Отъ крайностей должны охранять юриста здравый

---

[2]) Преимущественно въ слѣдующихъ мѣстахъ: D. de leg. (1, 3), de reg juris (50, 17)

[3]) *Savigny*, I, 211.

юридическій тактъ и разумъ; внѣшнія же правила полезны только слабымъ головамъ, избавляя ихъ отъ самостоятельнаго мышленія, но такимъ лицамъ лучше вовсе не браться за толкованіе» [4]).

Съ этимъ мнѣніемъ невозможно согласиться.

Конечно, правила толкованія не могутъ замѣнить или упразднить ни здраваго смысла, ни юридическаго образованія. Точно также несомнѣнно, что юристъ, благодаря долгому упражненію, пріобрѣтаетъ навыкъ обращаться съ законами, извѣстный тактъ, который позволяетъ ему быстро оріентироваться въ законодательствѣ и извлекать изъ него данныя для разрѣшенія конкретныхъ случаевъ, выдвигаемыхъ жизнью. Но не слѣдуетъ забывать, что такту нельзя довѣряться слѣпо. Такъ какъ онъ пріобрѣтается путемъ упражненія въ толкованіи законовъ, то если толкованіе производится при этомъ неправильно, то и тактъ вырабатывается ложный и вредный Съ другой стороны, тактъ имѣетъ цѣну только тогда, когда ведетъ къ *правильному* толкованію, а судить о правильности какого-либо процесса можно не иначе, какъ зная правила, которымъ онъ долженъ подчиняться Такимъ образомъ, и для выработки надлежащаго такта, и для провѣрки его правильности въ каждомъ частномъ случаѣ, необходимо предварительно обладать знаніемъ правилъ толкованія законовъ[5]).

Толкованіе законовъ, по справедливому указанію Савиньи, представляетъ собою своего рода искусство, т. е практическую дѣятельность, направленную къ достиженію опредѣленной цѣли[6]),

---

[4]) *Puchta*, 39, 41 (§ 15) Такой же взглядъ высказывался и многими другими учеными. Напр, *Belime*, Philosophie du droit, 4 éd., I, 1881, 490· «Les lois s'interprétent par le bon sens, faculté native, incommunicable, rebelle á l'analyse, indocile à tous les préceptes». Ср. *Pescatore*, 302 ss ; *Гредескулъ*, 129

[5]) Ср. *Lang*, 90—91. «Юридическій тактъ» (или иначе, юридическій инстинктъ) игралъ въ послѣднее время важную роль въ нѣмецкой романистикѣ. О причинахъ и научной несостоятельности этого направленія см статью проф *Петражицкаго*, Модные лозунги юриспруденціи (напечат въ приложеніи къ его сочиненію «Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы», 1897).

[6]) О понятіи искусства въ обширномъ смыслѣ см. *Милль*, II, 527; *Bain*, I, 41; *Lewis*, A Treatise on the method of observation and reasoning in politics, 1857, II, Ch. XIX, *Гротъ*, Къ вопросу о реформѣ логики, 1882, 28—29.

именно въ данномъ случаѣ—къ раскрытію содержанія законодательныхъ нормъ. Каждое искусство въ своемъ развитіи проходитъ двѣ главныхъ стадіи: эмпирическую и раціональную, или научную. Стремясь выработать пріемы, съ помощью которыхъ можно наилучшимъ и наиболѣе удобнымъ образомъ достигнуть предположенной практической цѣли, люди первоначально дѣйствуютъ, такъ сказать, ощупью, путемъ непосредственныхъ наблюденій и опытовъ. Въ результатѣ получаются такъ называемыя *эмпирическія правила*, не имѣющія подъ собою никакого иного основанія, кромѣ своей, обнаружившейся въ частныхъ случаяхъ цѣлесообразности. Будучи основаны на отдѣльныхъ, обыкновенно немногочисленныхъ и произведенныхъ безъ надлежащей точности наблюденіяхъ, эмпирическія правила не обладаютъ безусловною достовѣрностью и зачастую оказываются ошибочными [7]) Инымъ характеромъ отличаются *раціональныя, или научныя, правила*. Они выводятся изъ установленныхъ положительными науками истинъ и потому представляются вполнѣ достовѣрными и универсальными [8]). Но такъ какъ построеніе такихъ правилъ возможно только тогда, когда для этого имѣется достаточный матеріалъ, т е. когда соотвѣтствующія науки достигли извѣстной степени развитія, то вполнѣ понятно, что эмпирическія правила во всякомъ искусствѣ должны предшествовать раціональнымъ. Исторія культуры дѣйствительно показываетъ, что искусства возникли раньше наукъ [9]), и что люди научились болѣе или менѣе удачно строить жилища, воздѣлывать растенія, разводить домашнихъ животныхъ, обрабатывать металлы прежде, чѣмъ возникли науки, на которыхъ основываютъ въ настоящее время свои правила строительное искусство, агрикультура, зоотехнія и металлургія. Такъ напр., «агрикультура разрабатывалась съ самыхъ раннихъ временъ, и уже со временъ отдаленной древности люди достигли значительнаго практическаго искусства въ воздѣлываніи полезныхъ растеній и эмпирически установили много научныхъ истинъ, касающихся условій процвѣтанія этихъ

---

[7]) Ср. *Селли*, Основныя начала психологіи, 1887, 5.

[8]) *Милль*, II, 532: «Основанія всякаго правила искусства должны быть отыскиваемы въ теоремахъ науки».

[9]) *Lewis*, l. c., II, 146.

растеній; но только уже на глазахъ многихъ изъ насъ химія съ одной стороны и физіологія растеній — съ другой достигли такой стадіи развитія, что онѣ сдѣлались въ состояніи доставить здравыя основы для научной агрикультуры» [10]). Многія искусства и по настоящее время остаются эмпирическими вполнѣ или отчасти вслѣдствіе того, что не могутъ опереться на выводы наукъ, недостаточно еще разработанныхъ «Художникъ рядомъ опытовъ добивается способа составленія извѣстной краски, отличающейся особенной яркостью или прочностью. Врачъ, наблюдая многочисленные случаи дѣйствія даннаго лекарства на опредѣленную болѣзнь, постепенно добивается установленія дозы, въ которой оно лучше всего дѣйствуетъ. Развитіе наукъ, познаніе природы, сравненіе и систематизація этихъ выработанныхъ самою жизнью правилъ, отодвигаютъ этотъ медленный способъ установленія нормъ, и на первый планъ выступаютъ правила, выведенныя теоретически на основаніи научныхъ данныхъ и только провѣряемыя эмпирически» [11])

Искусство толкованія законовъ до настоящаго времени не имѣетъ прочно установленной и сколько-нибудь раціональной теоріи, а довольствуется немногими эмпирическими правилами, формулированными въ большинствѣ случаевъ еще римскими юристами и имѣющими весьма ограниченное и условное значеніе [12]). Но отсюда еще вовсе не слѣдуетъ, что такое положеніе

---

[10]) *Гексли*, «О связи біологическихъ наукъ съ медициной» («Наблюд.» 1862. № 9, стр. 225).

[11]) *Шершеневичъ*, Опредѣленіе понятія о правѣ, 1896, 11 (Курсъ, 7).

[12]) Хорошую оцѣнку ихъ сдѣлалъ *Belime*, l. c. 491: «Qu'on me permette de blâmer l'abus qu'on fait souvent des brocards de palais, espèces d'adages dont l'influence a été pernicieuse dans la science. Ces brocards contenaient l'expression d'une certaine vérité relative, exacte dans quelques circonstances, et qu'on appliquait ensuite à tous les cas, sans verifier si les circonstances étaient les mêmes. Science si vaine, du reste, qu'il n'était presque pas une de ces maximes, qui n'eût démentie par une maxime contraire. Au brocard: ubi eadem ratio, idem jus, on répondait par celui ci: qui de uno dicit, de altero negat. L'adversaire insistait en disant: ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus; mais on ajoutait aussitôt par voie de réfutation: nisi subsit ratio distinguendi». Вотъ почему представляется совершенно правильнымъ замѣчаніе Безелера (System des gem. deut. Privatr., 1866, 64), что трудность ученія о толкованіи законовъ лежитъ не столько въ немъ самомъ, сколько въ тѣхъ заблужденіяхъ, которыми оно наполнено.

дѣла вполнѣ нормально и желательно, и что не нужно стремиться къ построенію раціональныхъ правилъ толкованія Напротивъ, если прогрессъ каждаго практическаго искусства заключается въ переходѣ его изъ эмпирической стадіи въ раціональную, то искусство толкованія тоже достигнетъ наибольшей степени совершенства тогда, когда получитъ раціональную теорію.

Посмотримъ, изъ какого матеріала и какимъ образомъ ее слѣдуетъ строить.

Цѣлью толкованія законовъ является раскрытіе истиннаго смысла законодательныхъ нормъ. Каждая такая норма представляетъ собою выраженную въ словахъ мысль законодателя Слѣдовательно, искусство толкованія законовъ сводится къ умѣнію понимать человѣческую рѣчь. Но обладать этимъ умѣніемъ нужно вообще всякому, кто имѣетъ дѣло съ произведеніями человѣческаго ума, облеченными въ форму слова. Отсюда слѣдуетъ, что при толкованіи законовъ должны быть соблюдаемы правила, необходимыя для пониманія всякаго иного литературнаго произведенія. Эти правила вырабатываются особой отраслью филологіи, называемой *герменевтикой* и занимающейся построеніемъ теоріи «искусства понимать устную или письменную рѣчь вообще и, въ особенности, произведенія древнихъ писателей» [13]). Ученіе о толкованіи законовъ является, какъ легко усмотрѣть изъ сказаннаго, спеціальной вѣтвью этой герменевтики и потому часто называется *юридической герменевтикой*, въ отличіе отъ *общей, или филологической* [14]).

Итакъ, матеріалъ для выработки пріемовъ и правилъ толкованія законовъ слѣдуетъ искать прежде всего въ данныхъ филологической герменевтики. А такъ какъ послѣдняя опирается въ своихъ выводахъ на цѣлый рядъ наукъ, имѣющихъ предметомъ духовную дѣятельность человѣка и въ особенности его литературное творчество, каковы психологія, логика, грамматика, стилистика, исторія языка, и пр., то и юристъ, не находя иной разъ необходимыхъ для себя данныхъ у филологической герменевтики, долженъ обращаться за помощью къ указаннымъ наукамъ.

---

[13]) *Блассъ*, Герменевтика и критика, 1891, стр 7

[14]) Существуетъ еще одна специальная вѣтвь герменевтики: богословская, излагающая правила интерпретаціи Священнаго Писанія.

Далѣе, дѣйствующіе законы отличаются отъ прочихъ литературныхъ произведеній нѣкоторыми особенностями. Такъ напр., они предназначены къ примѣненію на практикѣ, составляютъ въ своей совокупности одно связное цѣлое, издаются въ виду какой-либо практической цѣли, достиженіе которой желательно законодателю, основываются на тѣхъ или иныхъ соображеніяхъ справедливости или цѣлесообразности. Эти и другія особенности законовъ должны быть приняты въ разсчетъ и послужить матеріаломъ для видоизмѣненія общихъ герменевтическихъ правилъ и выработки новыхъ.

Наконецъ, самъ законодатель, заботясь о томъ, чтобы его велѣнія понимались правильно, зачастую устанавливаетъ правила толкованія ихъ, которыя обязательны для судовъ и для гражданъ, потому что являются такими же нормами, какъ и всякія иныя.

Такимъ образомъ, въ результатѣ оказывается, что матеріалъ для построенія правилъ толкованія законовъ долженъ быть заимствуемъ: 1) изъ филологической герменевтики и наукъ, на которыхъ она основана, 2) изъ анализа свойствъ законодательныхъ нормъ и 3) изъ предписаній самого законодателя. Характеромъ указаннаго матеріала обусловливается и характеръ вырабатываемыхъ изъ него правилъ Именно, тѣ правила, которыя опираются на данныя филологическихъ наукъ или выводятся изъ общихъ свойствъ законодательныхъ нормъ, отличаются универсальнымъ характеромъ и одинаково примѣнимы ко всѣмъ законодательствамъ Напротивъ, правила, установленныя въ какомъ-либо одномъ законодательствѣ, имѣютъ обязательное значеніе только при толкованіи этого законодательства

Въ виду существеннаго различія между этими двумя категоріями правилъ, представляется вполнѣ цѣлесообразнымъ раздѣлить ихъ, именно сначала попытаться построить, на основаніи выводовъ филологическихъ наукъ и изслѣдованія общихъ свойствъ юридическихъ нормъ, общую, раціональную теорію толкованія законовъ, а затѣмъ разсмотрѣть, въ чемъ ея основныя положенія подтверждаются, дополняются или измѣняются правилами толкованія установленными въ дѣйствующемъ русскомъ законодательствѣ

ГЛАВА I.

Критика.

§ 1.

Задачи и пріемы критики.

Критика занимается, какъ было указано выше, провѣркою подлинности юридическихъ нормъ. Въ примѣненіи къ писанному праву ея задача можетъ быть признана выполненной только въ томъ случаѣ, если установлена подлинность нормы какъ въ цѣломъ, такъ и во всѣхъ частяхъ, т. е во 1, если доказано, что данная норма дѣйствительно исходитъ отъ органа власти, которому приписывается, а во 2, если текстъ ея провѣренъ и приведенъ въ тотъ видъ, въ какомъ былъ санкціонированъ.

Дѣятельность критики, поэтому, слагается изъ двухъ стадій, или процессовъ: 1) установленія подлинности нормъ и 2) провѣрки правильности ихъ текста. Первый процессъ обыкновенно именуется *высшей критикой*, а второй — *низшей* [1]). Эти

---

[1]) *Vangerow*, § 23; *Unger*, § 12; *Windscheid*, § 21, Anm. 1; *Burchardi*, 7; *Малышевъ*, 281; *Коркуновъ*, Лекціи, § 61, и др. Но нѣкоторыми юристами термины «высшая и низшая критика» употребляются въ другихъ смыслахъ. Такъ, Савиньи (I, 242, 246—247) считаетъ задачей высшей критики «опредѣленіе истиннаго текста на основаніи даннаго матеріала», собираніе кото-

эпитеты заимствованы изъ филологіи [2]), гдѣ они употребляются въ сходномъ смыслѣ [3]).

Но въ юриспруденціи критика въ обѣихъ своихъ формахъ имѣетъ нѣсколько иное значеніе, чѣмъ въ филологіи.

1. Высшая критика въ филологіи занимается только установленіемъ подлинности литературнаго памятника [4]) въ цѣломъ, т. е. принадлежности его именно тому автору, которому онъ приписывается [5]). Но юристъ не можетъ ограничиться этимъ. Для него недостаточно убѣдиться, что актъ, содержащій въ себѣ норму или рядъ нормъ, является созданіемъ того или иного лица

раго составляетъ обязанность низшей критики. Мнѣніе Савиньи раздѣляется Регельсбергеромъ (133, 135—137) и Арндтсомъ (§ 9). По Мюленбруху высшая критика «занимается подлинностью сочиненія или отдѣльныхъ частей его», а низшая—«исправленіемъ отдѣльныхъ ошибокъ и восполненіемъ пробѣловъ» (§ 57).

[2]) Сочиненія по филологической критикѣ: *Классъ*, Герменевтика и критика, пер проф. Л. Воеводскаго. 1891, 25—29, 134—194; *Boeckh*, Encyclopadie und Methodologie der philologischen Wissenschaften, 1886, 169—254 (сокращенное изложеніе этого труда на русскомъ яз. издано проф *Аландскимъ* подъ заглавіемъ: «Энциклопедія и методологія филологическихъ наукъ», 1879, стр. 38—48), *Wundt*, Logik, II B, 2 Abth., 1895, 113 — 129, 313 — 318; *Bucheler*, Philologische Kritik, 1878; *Paul*, Grundriss der germ. Philologie, I, 1897, 184 ff, *Tobler* (въ *Grober's* Grundriss der rom. Philologie, 1888, I, 253 ff.).

[3]) *Классъ*, 134: «Можно сомнѣваться въ правильности даннаго мѣста или въ подлинности всего сочиненія Послѣдняго рода критика, задающаяся вопросомъ о подлинности, называется обыкновенно высшею, въ противоположность низшей, называемой критикою словъ (Wortkritik) потому, что она имѣетъ дѣло только со словами». Boeckh вводитъ другое дѣленіе критики; но его «индивидуальная» критика соотвѣтствуетъ высшей, «грамматическая и дипломатическая» — низшей, а «родовая» — эстетической. *Boekh*: «Man hat die Individualkritik auch als «hohere» bezeichnet und versteht dann unter der «niederen» die grammatische und diplomatische (211)... Die Gattungskritik kann allgemein als ästhetische Kritik bezeichnet Werden» (250). О другихъ дѣленіяхъ филологической критики см. у *Класса* (133—136).

[4]) Хотя предметомъ критики могутъ быть всякіе памятники человѣческаго творчества, но для насъ представляетъ важность только критика литературныхъ произведеній, такъ какъ нормы писаннаго права являются однимъ изъ видовъ именно этихъ произведеній.

[5]) *Классъ*, 134, 186 и сл.

или группы лицъ. Онъ долженъ еще знать, что этому лицу или этой группѣ лицъ дѣйствительно принадлежало право издавать такого рода нормы, и что послѣднія составлены и изданы съ соблюденіемъ необходимаго порядка [6]). При отсутствіи обоихъ этихъ условій или даже одного изъ нихъ, никакая норма не можетъ быть признана обязательной. Если, напр, административная власть издаетъ распоряженіе, выходящее за предѣлы ея компетенціи, или если законодатель формулируетъ свое юридическое мнѣніе частнымъ образомъ, внѣ порядка, установленнаго для созданія законовъ, то такіе акты не имѣютъ обязательной силы для гражданъ, хотя бы подлинность ихъ не подлежала ни малѣйшему сомнѣнію.

Такимъ образомъ, высшая критика въ примѣненіи къ юридическимъ нормамъ распадается на два процесса: а) изслѣдованіе подлинности и б) удостовѣреніе въ юридической обязательности [7]).

1 а. *Изслѣдованіе подлинности* представляетъ громадныя трудности по отношенію къ древнимъ юридическимъ памятни-

---

[6]) Это обстоятельство упускаютъ изъ виду тѣ авторы, которые признаютъ задачей критики одно лишь изслѣдованіе подлинности закона. Правильнаго взгляда держатся очень немногіе: *Holder*, § 8; *Коркуновъ*, § 61; *Гредескулъ*, 164, 167; *Reuterskiold*, 69.

[7]) Второй процессъ (удостовѣреніе въ юридической обязательности закона) обыкновенно выдѣляется изъ области критики и разсматривается особо въ формѣ ученія о правѣ судовъ и другихъ правительственныхъ учрежденій провѣрять правильность изданія юридическихъ нормъ. Это право носитъ техническое названіе «права изслѣдованія»—das Prufungsrecht. О немъ много писалось въ нѣмецкой литературѣ. См. указанія въ статьѣ Meier'a (Holtzendorff's Rechtslexikon, s. h v.), у Виндшейда (§ 14, Anm. 2), Регельсбергера (стр. 129—130, примѣч.), *Gierke*. 135—139. Какъ справедливо замѣтили Пфаффъ и Гофманъ, вопросъ о «правѣ изслѣдованія» является только одною наиболѣе рельефной стороною общаго вопроса объ условіяхъ обязательности юридическихъ нормъ для гражданъ (*Pfaff und Hofmann*, 132, Anm 17: «Es handelt sich nicht eigentlich um ein besonderes Prüfungsrecht, sondern vielmehr um «den bloss verfassungsmässigen Gehorsam» (Mohl, S. 66), also um die viel allgemeinere Frage nach den Voraussetzungen der Existenz der Rechtsnormen... das Prüfungsrecht ist nur die am meisten in die Augen fallende Seite dieses Streites». Ср. *Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, I, 1895, 527.

камъ и совершается по общимъ правиламъ филологической критики, ибо задача остается совершенно одинаковой, касается ли дѣло юридическаго или какого-либо иного литературнаго памятника: дигестъ Юстиніана или діалоговъ Платона [8]).

Но въ примѣненіи къ современнымъ законамъ эта задача чрезвычайно облегчена, благодаря тому, что государственная власть обставляетъ въ большинствѣ случаевъ изданіе новыхъ нормъ такимъ образомъ, чтобы подлинность ихъ не подлежала сомнѣнію: онѣ публикуются въ оффиціальныхъ сборникахъ и журналахъ. Одинъ фактъ помѣщенія какой-либо нормы въ такомъ оффиціальномъ изданіи служитъ достаточной гарантіей ея подлинности, такъ что справка съ этими изданіями составляетъ обыкновенно единственую обязанность высшей критики. Только по отношенію къ тѣмъ нормамъ, которыя не публикуются въ оффиціальныхъ изданіяхъ, необходимо прибѣгать къ другимъ способамъ повѣрки ихъ подлинности, какъ-то сравнивать писанныя и печатныя копіи съ оригиналами, удостовѣряться въ подлинности подписей и печатей, которыми скрѣпленъ оригиналъ и т д. Всѣ эти пріемы удостовѣренія въ подлинности не заключаютъ въ себѣ ничего спеціально-юридическаго.

1 б. Инымъ характеромъ отличается вторая стадія высшей критики — *удостовѣреніе въ законной силѣ нормы.* Это уже чисто юридическая дѣятельность.

Такъ какъ только тѣ нормы обладаютъ обязательною силой, которыя исходятъ отъ уполномоченной къ изданію ихъ власти и составлены ею согласно опредѣленному закономъ порядку, то задача критики въ данномъ случаѣ состоитъ въ томъ, чтобы, обратившись къ основнымъ, конституціоннымъ законамъ, разсмотрѣть, составлена ли данная норма согласно съ ними или нѣтъ. Весь вопросъ, слѣдовательно, сводится здѣсь къ толкованію соотвѣтствующихъ постановленій публичнаго права [9]).

---

[8]) *Регельсбергеръ*, 135.

[9]) Постановленія русскаго законодательства относительно порядка составленія и изданія нормъ страдаютъ неточностью, противорѣчіями и недомолвками, вслѣдствіе чего по настоящее время остаются въ литературѣ спорными капитальные вопросы въ родѣ слѣдующихъ: какое значеніе имѣютъ такъ наз. кодификаціонныя изданія, какія нормы являются законами въ стро-

Отъ этихъ постановленій зависитъ также самый объемъ примѣненія высшей критики къ различнымъ категоріямъ нормъ. Такъ напр., въ большинствѣ государствъ законы признаются обязательными, разъ они опубликованы въ установленномъ порядкѣ, и никакая иная повѣрка ихъ обязательности подчиненными органами не допускается[10]); напротивъ, по отношенію къ административнымъ распоряженіямъ критикѣ предоставлено больше простора [11]).

2. Когда высшая критика окончена, когда подлинность и юридическая обязательность нормы доказана, тогда наступаетъ очередь низшей критики, которая должна провѣрить правильность текста во всѣхъ его частяхъ

Подлинный текстъ нормы, т. е. тотъ актъ, на которомъ имѣется подпись ея автора, рѣдко бываетъ въ обращеніи; по большей части граждане знакомятся съ содержаніемъ нормъ по печатнымъ и писаннымъ копіямъ. Такъ какъ въ этихъ копіяхъ

гомъ смыслѣ слова, относятся ли къ законамъ уставы акціонерныхъ компаній и др Обзоръ мнѣній см. у г. *Анненкова* (Система, I, 48 и сл.). О кодификаціонныхъ изданіяхъ имѣется обстоятельная работа г. *Лозина-Лозинскаго*: «Кодификація законовъ по русскому государственному праву» (въ «Журналѣ Министерства Юстиціи», 1897, №№ 4—5). Споренъ до настоящаго времени даже вопросъ о томъ, что является дѣйствующимъ правомъ: Сводъ законовъ или же подлинныя узаконенія, на основаніи которыхъ онъ составленъ. Обзоръ доводовъ въ пользу обоихъ мнѣній сдѣланъ проф. *Коркуновымъ* («О значеніи Свода Законовъ» въ «Сборникѣ статей», 1898), г. *Лозина-Лозинскимъ* въ указ. статьѣ (стр. 107 и сл., № 5) и проф. *Шершеневичемъ* («Исторія кодификаціи гражд. права въ Россіи», 1898, стр. 83 и сл.).

[10]) Въ Австріи и Пруссіи это прямо воспрещено закономъ. *Регельсбергеръ*, 132, прим. 5; *Meier* (*Holtzendorff's* Rechtslexikon: Prüfungsrecht). По французскому праву вопросъ споренъ, но господствующее мнѣніе и судебная практика не признаютъ за судами права провѣрять, соотвѣтствуетъ ли данный законъ конституціи, разъ онъ правильно опубликованъ. *Gény*, 216, n. 1; *Garsonnet*, Précis de procédure civile, 1897, 11. Споренъ этотъ вопросъ и въ Италіи, но и здѣсь судебная практика пришла къ такому же результату, какъ во Франціи *Lessona*, 14—17. Наиболѣе широкимъ правомъ контроля пользуются суды въ Соединенныхъ Штатахъ. *Sedgwick*, 180—183, 185—186; *Bishop*, 30—32, 41—42. Допускается судебный контроль и во многихъ германскихъ государствахъ. *Gierke*, § 18, Anm. 45.

[11]) *Регельсбергеръ*, 129, прим. 3; *Lessona*, 32 ss., *Градовскій*, Нач., I, 54 и сл.

могутъ встрѣчаться всякаго рода ошибки, искаженія, описки, опечатки, пропуски, перестановки словъ, невѣрные знаки препинанія и т. д., то чтобы установить правильный текстъ, необходимо свѣрить данную копію съ оригиналомъ или съ замѣняющей его оффиціальной копіей. По отношенію къ современнымъ законамъ, напр., списокъ съ ихъ текста, публикуемый въ оффиціальныхъ сборникахъ, имѣетъ значеніе засвидѣтельствованной правительствомъ копіи.

Такъ какъ получаетъ санкцію и пріобрѣтаетъ обязательную юридическую силу только подлинный текстъ нормы, то ошибки и опечатки въ оффиціальныхъ копіяхъ тоже могутъ и должны быть исправляемы по подлинному тексту [12]). Такъ напр., если оффиціальная копія какого-нибудь циркуляра административной власти оказывается несходной съ подлинною рукописью, то лица, чьихъ правъ касается циркуляръ, могутъ указать органу власти, исполняющему его, на ошибку въ копіи и потребовать примѣненія подлиннаго текста. Въ другомъ положеніи находятся нормы, подлинники которыхъ не поступаютъ въ обращеніе, и которыя объявляются гражданамъ путемъ напечатанія въ оффиціальныхъ изданіяхъ. Въ этомъ случаѣ оффиціальная копія вполнѣ замѣняетъ подлинный текстъ, такъ что провѣрять и исправлять ее по тексту имѣетъ право только тотъ органъ власти, которому поручено обнародованіе нормъ [13]), если, разумѣется, конституціонные законы даннаго государства не предоставляютъ этого права еще и другимъ органамъ [14]).

Изъ сказаннаго видно, что дѣятельность низшей критики въ примѣненіи къ современнымъ нормамъ — чисто внѣшняя: она

---

[12]) *Регельсбергеръ*, 133; *Binding*, 459—460.

[13]) Такъ, у насъ «за вѣрность оффиціальнаго изданія отвѣтствуютъ тѣ мѣста и лица, по распоряженію или подъ надзоромъ которыхъ оно было печатано» (Прил. къ 318 ст. Учр. Правит. Сен., п. 2) Согласно съ этимъ списокъ опечатокъ и ошибокъ, попадающихся въ «Собраніи узаконеній и распоряженій Правительства», печатается въ этомъ же «Собраніи» подъ именемъ «оговорокъ».

[14]) Въ Соединенныхъ Штатахъ, напр, суды, усумнившись въ правильности отпечатаннаго текста статута, свѣряютъ его съ оригиналомъ, хранящимся въ государственной канцеляріи. *Bishop*, 39.

ограничивается простымъ сличеніемъ копіи закона съ оригиналомъ или замѣняющей его и равносильной ему оффиціальной копіей.

Несравненно болѣе трудную задачу представляетъ провѣрка текста тѣхъ древнихъ законодательныхъ памятниковъ, которые сохранились, подобно своду Юстиніана, только въ частныхъ, неудостовѣренныхъ оффиціально спискахъ. Здѣсь критика должна возстановить первоначальный подлинный текстъ на основаніи изученія и оцѣнки внутренняго содержанія копій. Это — задача чисто филологическая, ничѣмъ по существу не отличающаяся отъ возстановленія текста любого литературнаго памятника, а потому она разрѣшается исключительно по правиламъ филологической критики [15]).

Итакъ, въ методологическомъ отношеніи процессъ критики юридическихъ нормъ представляется весьма простымъ и не требующимъ соблюденія какихъ-либо спеціальныхъ правилъ. Въ примѣненіи къ древнимъ памятникамъ права онъ совершается по правиламъ филологической критики, а въ примѣненіи къ современнымъ нормамъ сводится къ механическому сличенію копій съ оригиналомъ (низшая критика) и къ толкованію постановленій публичнаго права, касающихся порядка изданія нормъ (высшая критика).

§ 2.

Границы критики.

Какъ только подлинность и обязательная сила нормы установлены, а правильность ея текста во всѣхъ частяхъ провѣрена,

[15]) Любопытно замѣтить, что были попытки возстановить текстъ Юстиніановыхъ законовъ безъ помощи филологической критики, попытки приведшія въ концѣ концовъ къ совершенно нелѣпому результату *Kruger*, Kritik des Iustinianischen Codex, 1867, 4; «Anstatt sich die Fortschritte einzueignen, welche die Kritik der Philologen gemacht hatte, bildete sich eine naturwüchsige Kritik aus, die, zunachst davon ausgehend, dass alle Handschriften und Ausgaben berücksichtigt werden müssten, ein Urtheil über den Werth der einzelnen dadurch zu erreichen glaubte, dass man die Anzahl guter Lesungen in dem einen oder dem andern Texte einander gegenüberstellte. Auf dem Gipfel der Verirrung steht wohl Schrader's arithmetische Berechnung, die den Werth der Handschriften bis auf Bruchzahlen feststellte».

роль критики оканчивается: она выполнила все, что требуется отъ нея, какъ отъ предшествующей толкованію дѣятельности.

Существуетъ, однако, въ литературѣ мнѣніе, что къ области критики относится еще и провѣрка правильности самого *подлиннаго* текста. Дѣло въ томъ, что и въ оригиналѣ, т. е. въ первоначальномъ текстѣ, встрѣчаются ошибки всякаго рода, начиная отъ простыхъ описокъ и кончая погрѣшностями въ способѣ выраженія мысли, носящими обыкновенно названіе редакціонныхъ промаховъ (Redactionsversehen). Всѣ эти ошибки, по мнѣнію нѣкоторыхъ авторовъ, могутъ и должны быть исправляемы посредствомъ критики текста [1]).

Съ этимъ никакъ нельзя согласиться.

Никто, кромѣ уполномоченной къ тому власти, не въ правѣ вносить какія бы то ни было измѣненія въ подлинный текстъ нормъ[2]). Разъ этотъ текстъ установленъ или оффиціально удостовѣренъ, онъ подлежитъ лишь толкованію, но не исправленію. «Критика текста», справедливо говоритъ Вехтеръ: «имѣетъ свою точно опредѣленную задачу, за границы которой она не смѣетъ выходить. Она должна только установить подлинный, утвержденный законодателемъ и отъ него исходящій текстъ... Какъ только подлинный текстъ установленъ..., функція критика прекращается; власть подвергать еще измѣненію опубликованный, имъ самимъ признанный подлиннымъ текстъ ему не можетъ принадлежать и не предоставлена никакимъ источникомъ права. . Если бы явилась необходимость прибѣгнуть къ исправленію опубликованнаго и утвержденнаго законодателемъ текста,

---

[1]) Главнымъ представителемъ и самымъ рѣшительнымъ защитникомъ этого взгляда является проф. Зонтагъ, къ которому присоединился въ послѣднее время Линдеманъ Къ своимъ единомышленникамъ Зонтагъ причисляетъ Тибо, Савиньи, Круга и Меркеля, утверждая, сверхъ того, что вообще отстаиваемое имъ мнѣніе представляется «наиболѣе распространеннымъ» (стр 10—11). Какъ обнаружится ниже изъ обзора литературы, Зонтагъ не вполнѣ правъ.

[2]) По ст. 65 Осн. Зак. «всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, *не перемѣняя* въ нихъ безъ доклада Императорскому Величеству *ни единой буквы*».

то только законодательные факторы могли бы произвести измѣненіе посредствомъ закона»[3]).

Далѣе, исправленіе подлиннаго текста, по самому существу своему, не можетъ быть дѣломъ критики, *какъ предшествующаго толкованію процесса*[4]). Чтобы исправить *копію* закона, не нужно понимать смысла его, а достаточно сличить внѣшнее начертаніе словъ Даже лицо, совершенно не знающее языка, на которомъ написанъ законъ, въ состояніи произвести подобное сличеніе и установить подлинный текстъ. Иначе говоря, низшая критика является въ примѣненіи къ современнымъ законамъ почти механическою дѣятельностью и во всякомъ случаѣ *не зависитъ* отъ пониманія ихъ смысла. Напротивъ, замѣтить какую-либо неправильность въ *подлинномъ* текстѣ, хотя бы даже самую грубую и явную, рѣшительно нельзя, если не сдѣлать попытки понять законъ, т е. не истолковать его. Положимъ, напримѣръ, что въ подлинномъ законѣ имѣется такая опечатка: вмѣсто «мужъ и жена» сказано «мужъ *а* жена», и что въ копію закона вкралась вторичная опечатка: «мужъ *о* жена». Обнаружить подмѣну въ копіи буквы *а* буквой *о*, можно и не понимая закона, путемъ простого сравненія буквъ. Но чтобы замѣтить опечатку въ оригиналѣ, нужно убѣдиться, что выраженіе «мужъ *а* жена» безсмысленно, т. е. нужно раньше истолковать законъ. Только тогда, когда толкованіе откроетъ какую-либо погрѣшность въ текстѣ закона и тѣмъ установитъ несоотвѣтствіе между мыслью законодателя и формой ея словеснаго выраженія, тогда возникнетъ вопросъ, какъ выйти изъ затрудненія и чему отдать преимущество: мысли или словамъ, духу закона или его буквѣ? А это—одинъ изъ основныхъ вопросовъ ученія о толкованіи законовъ (см. гл. IV, § 7)

---

[3]) *Wachter* (Gerichtssaal, XXIX, 324 - 325)

[4]) Въ филологіи критика постоянно чередуется съ толкованіемъ, то слѣдуя за нимъ, то предшествуя ему. Это объясняется тѣмъ, что филологамъ приходится имѣть дѣло съ древними памятниками литературы, оригиналы которыхъ утрачены, и которые сохранились только въ частныхъ копіяхъ, изобилующихъ всякаго рода ошибками и искаженіями. Возстановить правильный текстъ такихъ памятниковъ можно лишь путемъ изслѣдованія ихъ содержанія, т. е. съ помощью толкованія. *Wundt*, 114—115; *Boeckh*, 178—179, *Блассъ*, 25—27; *Bücheler*, 6; *Lang*, 16—18.

Отсюда видно, что какъ обнаружить какую-либо погрѣшность въ подлинной нормѣ, такъ и показать, въ чемъ именно она состоитъ, а равнымъ образомъ и устранить вызванное ею затрудненіе, можно только путемъ толкованія. Поэтому, вопросъ о всякаго рода промахахъ въ подлинномъ текстѣ законовъ выходитъ за предѣлы низшей критики и относится къ области толкованія, представляя собой одинъ изъ случаевъ несоотвѣтствія между содержаніемъ и формой законовъ.

Не нужно думать, что по существу совершенно безразлично, называть ли разсматриваемую дѣятельность критикой или толкованіемъ[5]). Вопросъ тутъ не въ одной лишь терминологіи. Критика отличается отъ толкованія не только по имени, но и по существу, являясь дѣятельностью совершенно иного рода. Съ одной стороны, она приводитъ въ окончательномъ результатѣ къ измѣненію текста. Свѣривъ копію закона съ подлинникомъ и найдя въ ней ошибку, мы исправляемъ текстъ копіи. Точно такъ же слѣдовало бы поступать и съ подлинникомъ, если бы признать его подлежащимъ критикѣ Между тѣмъ подлинный текстъ нормъ неприкосновененъ. Съ другой стороны, на критику не распространяются правила, имѣющія силу для толкованія Вслѣдствіе этого, назвать устраненіе несоотвѣтствія между мыслью и словами законодателя критикой, значитъ, иными словами, объявить эту дѣятельность свободной отъ правилъ толкованія, иной разъ стѣснительныхъ[6]).

Противоположный взглядъ, допускающій исправленіе опечатокъ и редакціонныхъ промаховъ въ подлинномъ текстѣ, опирается на то положеніе, что «дѣлать судью рабомъ буквы, не обращая никакого вниманія, соотвѣтствуетъ ли она мысли законодателя или нѣтъ, а только потому, что она опубликована въ сборникѣ законовъ, значитъ унижать положеніе судьи»[7]). Отсюда выводятъ, что за судьею должно быть признано право исправлять искажающіе мысль законодателя редакціонные промахи. Иногда онъ можетъ дѣлать это при помощи толкованія,

---

[5]) Такъ думаетъ *Регельсбергеръ* (§ 26, прим 17: «называть ли эту дѣятельность критикой или толкованіемъ,—это безразлично»).

[6]) Такъ и поступаетъ *Зонтагъ* (S. 25: «Es cessiren für diese Fehler die Interpretationsregeln vollkommen»).

[7]) *Sontag*, 3. Ср. *Merkel* (Holtzendorff's Handbuch, IV, 78, 79).

иногда же толкованіе оказывается безсильнымъ. Послѣднее бываетъ въ томъ случаѣ, если редакціоннымъ промахомъ обусловливается полное несоотвѣтствіе между мыслью и словами законодателя, именно если законодатель сказалъ совсѣмъ не то, что думалъ и хотѣлъ сказать. Здѣсь толкованіе безсильно, такъ какъ оно не въ правѣ игнорировать слова закона и придавать ему такой смыслъ, какого онъ не имѣетъ, но какой долженъ былъ бы имѣть. Между тѣмъ критика можетъ помочь бѣдѣ и, выяснивъ съ помощью посторонних источниковъ (законодательныхъ матеріаловъ, объяснительной записки и пр.) истинную мысль законодателя, исправить редакціонный промахъ въ текстѣ[8]).

Все это разсужденіе можно свести къ слѣдующему силлогизму: судья обязанъ руководствоваться не буквой закона, а дѣйствительной мыслью законодателя, но такъ какъ несоотвѣтствіе между буквой и мыслью не всегда можетъ быть устранено посредствомъ толкованія, то слѣдуетъ допустить исправленіе текста закона путемъ критики.

На первый взглядъ этотъ силлогизмъ представляется безукоризненнымъ. Но вникнувъ въ первую посылку, нетрудно убѣдиться, что она страдаетъ неточностью, а потому не вполнѣ вѣрна. Несомнѣнно, что судья, да и каждый гражданинъ обязаны руководствоваться не буквой закона, а мыслью законодателя. Но какою мыслью? Не тою, которую законодатель таилъ про себя, но совершенно *не выразилъ* въ законѣ, а тою, которая такъ или иначе выражена имъ въ утвержденномъ и опубликованномъ текстѣ закона, ибо обязательную силу имѣетъ для судей и для гражданъ не всякая мысль законодателя, а только облеченная въ форму закона. Раскрытіе этой мысли, или воли,

---

[8]) *Sontag*, 26—33. Линдеманъ приводитъ еще такой доводъ: «если признать необязательность опубликованнаго текста закона въ случаѣ опечатки, то нельзя не сдѣлать такого же вывода и въ случаѣ редакціоннаго промаха» (стр. 160). Но Линдеманъ упускаетъ изъ виду, что опечатки въ опубликованномъ текстѣ закона допускаютъ исправленіе посредствомъ сличенія съ оригиналомъ, и что если такая же опечатка (или описка) имѣется въ самомъ оригиналѣ, то она можетъ быть *исправлена* однимъ лишь авторомъ его, т. е. законодателемъ, а никакъ не подчиненными органами или частными лицами, для которыхъ оригиналъ закона — неприкосновенная святыня, подлежащая только толкованію.

законодателя составляетъ задачу толкованія закона. Слѣдовательно, если буква закона, вслѣдствіе ли редакціоннаго промаха, или по какой бы то ни было другой причинѣ, не соотвѣтствуетъ дѣйствительной мысли законодателя, скрытой въ законѣ, то это несоотвѣтствіе должно быть устранено посредствомъ толкованія Для критики же не остается въ данномъ случаѣ мѣста: исправлять промахи въ подлинномъ текстѣ согласно мысли законодателя, дѣйствительно заключающейся въ немъ, нѣтъ надобности, разъ толкованіе уже раскрыло эту мысль; измѣнять же текстъ согласно той мысли, которой законодатель абсолютно не выразилъ, а только хотѣлъ выразить, нельзя, ибо это значило бы самовольно возводить въ законъ то, что не имѣетъ его силы.

Господствующее въ современной литературѣ мнѣніе вполнѣ правильно считаетъ критику предварительнымъ условіемъ и основой толкованія. Однако немногіе писатели проводятъ отчетливо и точно границу между критикой и толкованіемъ. Къ числу ихъ относятся: Вехтеръ, мнѣніе котораго было уже приведено выше (стр 8), Биндингъ, Шютце, Кругъ и нѣкоторые другіе.

Биндингъ, исходя изъ того вполнѣ правильнаго положенія, что получаетъ санкцію и вмѣстѣ съ нею обязательную силу подлинникъ законодательнаго акта, заключаетъ, что, съ одной стороны, опубликованные даже оффиціально копіи закона могутъ и должны быть исправляемы по его оригиналу, а съ другой стороны, что текстъ самого оригинала, хотя бы въ немъ имѣлись редакціонные промахи, подлежитъ уже не критикѣ, а толкованію, которое должно выяснить истинную волю законодателя, примѣняя съ этой цѣлью свои обычныя правила [9]).

Таково, несомнѣнно, и мнѣніе Шютце, который, однако, не высказывается вполнѣ опредѣленно. Именно, онъ различаетъ три категоріи ошибокъ въ подлинномъ текстѣ: 1) ошибки въ мысли (lapsus in cogitando), 2) неточности въ способѣ выраженія (lapsus in loquendo) и 3) промахи при окончательномъ редактированіи текста (lapsus in redigendo). Ошибки въ мысли, т. е. неправильныя, нецѣлесообразныя и несоотвѣтствующія существу дѣла по-

[9]) *Binding*, 459—460, 462—463.

становленія, могутъ быть исправлены только законодательнымъ путемъ. Ошибки въ способѣ выраженія мысли, «хотя и требуютъ критики, но только въ рѣдкихъ случахъ нуждаются въ устраненіи посредствомъ толкованія, ибо по большей части смыслъ не подлежитъ никакому сомнѣнію». Что же касается редакціонныхъ промаховъ въ собственномъ смыслѣ, то и они, при ближайшемъ разсмотрѣніи, сводятся къ ошибкамъ въ способѣ выраженія, но «устраненіе ихъ путемъ толкованія является иногда выполнимымъ, а иногда невыполнимымъ... Если толкованіе съ несомнѣнностью показываетъ, что вслѣдствіе редакціоннаго недосмотра въ законѣ осталось какое-либо слово или какая-либо цифра параграфа..., то подобный редакціонный промахъ приравнивается къ опискѣ или опечаткѣ, т. е. разсматривается pro non scripto» [10])

Правильно разрѣшаетъ разсматриваемый вопросъ и Кругъ, подходя, впрочемъ, къ нему съ другой стороны. «Опечатки и описки, исходящія не отъ самого законодателя, а отъ механическихъ воспроизводителей закона, могутъ быть исправляемы, какъ только обнаружатся; даже чисто редакціонные промахи, вслѣдствіе которыхъ въ законъ внесено подчиненными органами что-либо несоотвѣтствующее волѣ законодателя, требуютъ для своего исправленія не закона, а только оффиціальнаго объявленія, что они—редакціонные промахи». Но «все, что является подлинною рѣчью законодателя, должно быть признаваемо непосредственнымъ и неизмѣннымъ выраженіемъ его воли» [11]).

Большинство ученыхъ либо выражаются по разсматриваемому вопросу недостаточно опредѣленно, либо держатся неправильнаго взгляда.

Такъ, изъ словъ Вангерова, что «если самъ подлинный законодательный актъ имѣется на лицо, то, *по общему правилу*, всякая критика исключается» [12]), можно вывести, что иногда, въ видѣ изъятія, допускается критика даже подлиннаго текста.

Столь же кратко и неопредѣленно высказывается Баронъ: «задача критики по отношенію къ законамъ новѣйшаго времени

---

[10]) *Schütze*, 351, 352, 356.

[11]) *Krug*, 72 Правильнаго мнѣнія держатся также: *Heffter*, 31; *John* (*Holtzendorff's* Handbuch des Strafr., III, 74), *Schulz*, 444—445, 447 и др.

[12]) *Vangerow*, 48.

сводится къ *ничтожнымъ размѣрамъ*, потому что теперь мы получаемъ законы обыкновенно въ подлинной формѣ»[13]). Но каковы эти ничтожные размѣры критики, авторъ не указываетъ.

Савиньи и Дернбургъ упоминаютъ только объ исправленіи опечатокъ, не выясняя, производится ли оно путемъ одной критики или съ помощью толкованія[14]).

Виндшейдъ совершенно умалчиваетъ о критикѣ текста современныхъ законовъ, а Вахъ, повидимому, допускаетъ исправленіе посредствомъ критики опечатокъ и описокъ, вопросъ же о редакціонныхъ промахахъ вполнѣ правильно относитъ къ области толкованія[15])

По мнѣнію Меркеля, если въ законъ по ошибкѣ попали слова, несоотвѣтствующія истинной волѣ законодателя, и если этотъ фактъ обнаруженъ критикой, то указанныя слова закона должны быть игнорируемы[16]). Но Меркель упускаетъ изъ виду, что для того, чтобы узнать, соотвѣтствуютъ ли слова законодателя его волѣ, нужно понять ихъ, т. е. истолковать. Поэтому, вопросъ о томъ, придавать или не придавать значеніе какимъ-либо словамъ законодателя, можетъ быть поднятъ и разрѣшенъ только путемъ толкованія закона.

Невѣрно опредѣляетъ границы критики и Унгеръ «Тамъ», говоритъ онъ, «гдѣ законодатель издаетъ текстъ закона въ такой формѣ, которую онъ самъ снабжаетъ оффиціальной достовѣрностью, высшей критикѣ нечего дѣлать. Актъ является подлиннымъ въ цѣломъ и въ частяхъ. . Напротивъ, для низшей критики, т. е. исправленія и установленія текста отдѣльныхъ параграфовъ, во всякомъ случаѣ остается нѣкоторый просторъ, ибо 1) могли вкрасться ошибки и опечатки, и 2) при редактированіи закона лицами, которымъ оно было поручено, могли быть употреблены не тѣ слова, какія желалъ бы видѣть употребленными законодатель (редакціонные промахи). Въ обоихъ случаяхъ критика должна быть практически допустима, т. е.

---

[13]) *Баронъ*, § 6. Почти такъ же выражаются: *Мейеръ*, (стр. 27); *Малышевъ* (стр. 282), *Гредескулъ* (стр. 164); *Menger* (107).

[14]) *Savigny*, 242—243; *Dernburg*, § 35, Anm. 1.

[15]) *Windscheid*, § 21; *Wach*, 266.

[16]) *Merkel* (*Holtzendorff*'s Handbuch, IV, 77 ff.).

должно быть дозволено разсматривать полученный критикой результатъ, какъ составную часть закона. Редакціонныя ошибки и опечатки исправляются, причемъ на мѣсто попавшаго вслѣдствіе описки или опечатки слова ставится то, которое желалъ законодатель, или переставленныя слова приводятся въ надлежащій порядокъ, а вкравшіяся по ошибкѣ вычеркиваются» [17]). Конечно, если бы какой-нибудь законодатель дозволилъ гражданамъ такъ свободно обращаться съ оффиціальнымъ текстомъ законовъ, то критика могла бы подвергать ихъ исправленію. Но въ томъ то и дѣло, что законодатели разрѣшаютъ гражданамъ и судамъ только толковать законы, а отнюдь не измѣнять и передѣлывать ихъ текстъ.

Регельсбергеръ различаетъ опечатки и редакціонные недосмотры. «Опечатка», говоритъ онъ, «заключается въ отклоненіи опубликованнаго оттиска отъ санкціонированнаго текста закона. Вина тутъ падаетъ на переписчика или наборщика. Опубликованный оттискъ не имѣетъ санкціи и потому не обязателенъ. Исправленіе его можетъ воспослѣдовать оффиціально черезъ органъ, которому ввѣрена публикація законовъ, или также черезъ критику закона» Съ этимъ можно согласиться, если прибавить, что критика въ данномъ случаѣ сводится къ сличенію оттиска съ санкціонированнымъ текстомъ. «Редакціонный недосмотръ», продолжаетъ Регельсбергеръ, «касается болѣе ранней стадіи возникновенія закона, и вина за него падаетъ на факторы, участвующіе въ законодательствѣ: или они внесли въ текстъ закона нѣчто такое, что при здравомъ разсужденіи не было бы въ него внесено (положительный редакціонный недосмотръ), или они по ошибкѣ что-либо отбросили (отрицательный редакціонный недосмотръ). Въ отношеніи такихъ редакціонныхъ погрѣшностей не можетъ быть мѣста исправленію со стороны органовъ правительственной власти. Если здѣсь можно помочь дѣлу авторитетно, то это дѣлается только путемъ изданія новаго закона. Со стороны критики исправленіе возможно въ данномъ случаѣ лишь настолько, *насколько оно вытекаетъ изъ самого закона или изъ соображенія его съ другимъ закономъ*. Не можетъ же, въ самомъ дѣлѣ, ошибка писца, допущенная при ре-

[17]) *Unger*, § 12.

дактированіи закона, оставаться такъ же неприкосновенной, какъ и самый законъ»[18]) Нетрудно замѣтить, что если устраненіе редакціонныхъ промаховъ допускается лишь по стольку, по скольку «вытекаетъ изъ самого закона или изъ соображенія его съ другими законами», то оно является просто результатомъ толкованія. Въ этомъ отношеніи Регельсбергеръ вполнѣ правъ. Но онъ ошибается, говоря въ данномъ случаѣ объ «*исправленіи*» закона, ибо подлинный текстъ закона можетъ быть исправляемъ только самимъ законодателемъ; граждане же и органы исполнительной власти въ правѣ лишь толковать законы

Аналогичное высказанному Регельсбергеромъ мнѣніе съ давнихъ поръ является господствующимъ во французской литературѣ и судебной практикѣ[19]).

Старые писатели считали критику частью толкованія, а именно грамматическаго[20]). Только Тибо подводилъ ее подъ логическое толкованіе на томъ основаніи, что «почти все въ ней представляетъ собой логическое толкованіе сообразно намѣренію законодателя»[21]).

Въ настоящее время тоже находятся еще ученые, настаивающіе на невозможности провести рѣзкую границу между критикой и толкованіемъ. Такъ напр., Пфаффъ и Гофманъ объявляютъ «не вполнѣ правильнымъ» утвержденіе, что критику слѣдуетъ строго отдѣлять отъ толкованія, и указываютъ, что «описки и опечатки могутъ быть обнаруживаемы какъ посредствомъ толкованія, такъ и внѣшнимъ (свойственнымъ только критикѣ) путемъ»[22]). Подъ «внѣшнимъ путемъ» авторы разумѣютъ провѣрку текста закона на основаніи подготовительныхъ работъ

---

[18]) *Регельсбергеръ*, 133—134. Сходно: *Таганцевъ*, 354—355.

[19]) *Delisle*, I, 579: «Remarquez que la rectification n'est admissible que dans le cas où de la loi elle-même telle qu'elle a été promulguée, il résulte qu'il y a ouverture à rectification *Brocher*, 27, *Gény*, 219, n. 1.

[20]) *Bienerus*, 4: «Criticam legum interpretationemque literalem una specie comprehendam esse», *Boehmerus*, § 12: *Eckhardus*, 13 (I, § XX); *Glück* 235. *Hufeland* (70—71) дѣлилъ толкованіе на логическое и филологическое, а послѣднее—на критику и грамматическое толкованіе.

[21]) *Thibaut*, Auslegung, 180, Anm X.

[22]) *Pfaff und Hofmann*, 175.

(проектовъ, протоколовъ, мотивовъ и пр.). Несомнѣнно, что ознакомленіе съ этими работами можетъ повести къ открытію описокъ и опечатокъ въ подлинномъ текстѣ закона. Тѣмъ не менѣе, во 1, и тутъ требуется пониманіе смысла закона и, слѣдовательно, толкованіе его, а, во 2, *исправленіе* текста все равно не можетъ быть допущено, ибо опять-таки никто, кромѣ самого законодателя, не въ правѣ измѣнять «ни едной буквы» въ подлинномъ текстѣ закона. Устранить обусловливаемое описками и опечатками искаженіе истиннаго смысла закона можно единственно посредствомъ толкованія его, которое только и разрѣшается гражданамъ и подчиненнымъ органамъ власти [23]).

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

[23]) Полнѣйшее смѣшеніе критики съ толкованіемъ встрѣчается въ «Энциклопедіи законовѣдѣнія» *Рождественскаго* (1863, стр 140—141). «Развѣ только въ немногихъ случаяхъ должно прибѣгать иногда къ толкованію распространительному, стѣснительному или изъяснительному, — именно эти толкованія могутъ быть необходимы при изученіи древнихъ законовъ, дошедшихъ до насъ въ рукописяхъ, которыхъ текстъ искаженъ въ теченіе времени».

ГЛАВА II.

Задачи и виды толкованія.

Толкованіемъ (Auslegung, Deutung), или *интерпретаціей* (interpretatio, interprétation), называется *совокупность пріемовъ, примѣняемыхъ къ произведеніямъ человѣческаго духа съ цѣлью понять ихъ* [1]).

Сущность процесса пониманія заключается съ психологической точки зрѣнія въ томъ, что условные знаки, служащіе средствомъ духовнаго общенія людей между собою (т. е. слова, письмена, образы и т. д.), возбуждаютъ въ воспринимающемъ ихъ тѣ же представленія, понятія и чувствованія, какія связывались съ этими знаками въ душѣ употребившаго ихъ лица. «Понимать», говоритъ Блассъ, «значитъ сознавать и чувствовать то, что сознавалъ и чувствовалъ пишущій (мы говоримъ теперь только о герменевтикѣ литературныхъ памятниковъ), или, другими словами, уподобить свое душевное состояніе состоянію пишущаго и, такъ сказать, отождествить себя съ авторомъ, имѣя,

---

[1]) *Wundt*, Logic, II B, 2 Abth., 1895, 82: «Als Interpretation bezeichnen wir allgemein den Inbegriff der Methoden, die uns ein Verstandniss geistiger Vorgänge und geistiger Schöpfungen verschaffen sollen». *Steinthal*, Die Arten und Formen der Interpretation (Verhandlungen der 32 Versammlung deutscher Philologen und Schulmanner, 1878), 28: «Den Weg zum Verstandniss, oder die Operation, durch welche das Verstandniss erwirkt wird, nennen wir Interpretation oder Deutung». Ср. *Boeckh*, Encyclopädie un Methodologie der philologischen Wissenschaften, 1889, S. 79 ff

притомъ, въ виду именно то время, когда онъ писалъ свое произведеніе» [2]).

Иногда процесъ пониманія совершается непропзвольно и мгновенно, какъ напр, рѣчь человѣка, образъ мыслей и способъ выраженія котораго намъ хорошо извѣстны, мы понпмаемъ безъ всякаго труда, схватывая мысль на лету, съ полу-слова [3]). Напротивъ очень часто полнаго понпманія можно достигнуть лишь при помощи болѣе илп менѣе сложнаго умственнаго процесса, какимъ и является толкованіе

Обращаясь спеціально къ нормамъ писаннаго права, необходпмо признать, что онѣ болѣе другпхъ литературныхъ произведеній нуждаются въ толкованіи, во 1, въ виду своего важнаго практическаго значенія, а во 2, въ силу предписанія закона.

Съ одной стороны, уже та роль, которую нормы выполняютъ въ соціальной жизни, служа гражданамъ руководствомъ въ ихъ поступкахъ, является весьма побудительной причиной къ тому, чтобы всѣ и каждый стремились какъ можно лучше понять смыслъ нормъ Съ другой стороны, самъ законодатель, воспрещая отговариваться невѣдѣніемъ законовъ (ст. 62 Осн. Зак), вмѣняетъ гражданамъ въ обязанность знать изданныя имъ нормы. Но знать законъ не значитъ просто выучить наизусть и хранить въ памяти его слова [4]). Нельзя отговариваться не только незнаніемъ закона, но и непониманіемъ или неправильнымъ пониманіемъ

---

[2]) *Блассъ*, Герменевтика и критика, 1891, 24. *Steinthal*, 28: «Das gemeine Verstehen geschieht unmittelbar und ist lediglich in dem psychologischen Processe enthalten, dass gehoerte Sprachlaute oder gesehene Schriftzeichen im Horenden oder Lesenden dieselben Gedanken erregen, durch welche sie im Sprechenden oder Schreibenden veranlasst waren». *Paul*, Methodenlehre der germanischen Philologie, 178, (въ его же Grundriss der germ. Phil., 1897).

[3]) Проф. *Штейнталь* наглядно изображаетъ этотъ процессъ такою формулой: «совокупность идей *P* вызываетъ у говорящаго рядъ звуковъ *L*, а этотъ рядъ звуковъ *L* снова возбуждаетъ въ слушающемъ ту же совокупность идей *P*. Такимъ образомъ *P*=*L* и *L*=*P*.» (стр. 28). *Tobler*, Methodik der philolog. Forschung, 277—278 (въ *Grober's* Grundriss der romanischen Philologie, I. 1888).

[4]) *Celsus*: «Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. (L. 17 D. de leg. 1, 3),

его: если полное невѣдѣніе права не принимается въ оправданіе и влечетъ невыгодныя послѣдствія (ignorantia juris nocet), то такое же значеніе имѣетъ и заблужденіе въ правѣ (error juris nocet) [5]). Отсюда слѣдуетъ, что граждане обязаны не только знать, но и понимать законы [6]), А послѣднее достижимо не иначе, какъ при помощи тщательнаго толкованія.

---

[5]) Какъ извѣстно, незнаніе и ошибка обсуждаются въ юриспруденціи одинаково *Savigny*, System, III, § 115; *Dernburg*, I, § 87.

[6]) Эта обязанность является по нашему праву безусловной, такъ какъ изъ принципа, выраженнаго въ 62 ст. Осн. Зак., не установлено изъятій, если не считать тѣхъ рѣдкихъ случаевъ, когда съ ошибкой въ правѣ связываются особыя послѣдствія, какъ, напр., признаніе владѣнія добросовѣстнымъ по ст. 529 I ч. X т. («владѣніе признается добросовѣстнымъ, если тотъ, кто владѣетъ имуществомъ, *не знаетъ*, что сіе имущество *по закону о наслѣдствѣ* или на основаніи законнаго акта... принадлежитъ другому»). О другомъ случаѣ (condictio indebiti) см. у г *Анненкова*, I, 85—86. Иначе обстоялъ разсматриваемый вопросъ въ римскомъ правѣ, которое разрѣшало отговариваться незнаніемъ законовъ цѣлымъ категоріямъ лицъ (малолѣтнимъ, женщинамъ, солдатамъ, необразованнымъ лицамъ) въ различной, впрочемъ, мѣрѣ, а иногда даже и каждому вообще гражданину. *Баронъ*, Сист. I, § 10; *Savigny*, System, III, Beilage VIII, № XXX ff. Несравненно меньше исключеній установлено въ современныхъ законодательствахъ, провозглашающихъ принципъ: «нельзя отговариваться невѣдѣніемъ опубликованнаго закона». (Австр. гражд. ул., § 2; Прусское Зем. право, Введ., § 12; Саксон. гражд. ул., § 97; Испан. гражд. ул., ст. 2; Португ. гражд. ул., ст. 9). По тѣмъ кодексамъ, гдѣ этотъ принципъ не выраженъ въ общей формѣ (франц., итал., герм.), ошибка въ правѣ считается извинительной чаще, *Laurent*, Principes, XV, n. 595 ss.; Saredo, 352—353; *Lebroue de Vareilles-Sommières*, Etude sur l'erreur, 1871, 360 ss.; *Kipp* (Windscheid, 353); *Adler*, Die Wirkungen des Rechtsirrthums (Jahrb. für Dogmatik, 1894, XXXIII B, 149 ff.). Въ недавнее время нѣкоторые писатели стали предлагать для принципа «никто не можетъ отговариваться незнаніемъ законовъ» другія формулировки: «кто дѣйствуетъ подъ вліяніемъ ошибки въ правѣ, дѣйствіе того, по общему правилу, ведетъ къ тѣмъ же послѣдствіямъ, къ какимъ привело бы, если бы онъ не ошибался» (*Pfaff und Hofmann*, Commentar, 152), «извѣстенъ ли былъ дѣйствующему лицу законъ или нѣтъ, это безразлично для юридическаго обсужденія его дѣйствія» (id., 151), «ошибка въ правѣ не можетъ помѣшать его примѣненію» (*Adler*, 152), «такъ какъ законъ предполагается яснымъ, то никто не можетъ выводить для себя какихъ-либо

Согласно сказанному, задача толкованія нормъ можетъ быть опредѣлена наиболѣе точнымъ образомъ такъ: *толкованіе должно воспроизвести тѣ представленія и понятія, которыя связывалъ съ данной нормой ея создатель.* Такъ какъ эти представленія и понятія составляютъ смыслъ или содержаніе нормы и въ то же время выражаютъ мысль и волю автора, то задачу толкованія можно еще формулировать, какъ «*раскрытіе содержанія нормы*», или «*развитіе ея смысла*»[7]), или «*выясненіе мысли и воли законодателя*»[8]). Можно даже, олицетворяя норму, говорить о «*выясненіи мысли или воли самой нормы*»[9]), но не слѣ-

---

правомочій изъ своего невѣдѣнія закона» (*Kühne*, Ungewissheit des Glaubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners, Jahrb fur Dogm, 1879. XVII B, 13—14) и др. Всѣ эти формулы выражаютъ въ сущности одну и ту же мысль: каждый гражданинъ долженъ знать и правильно понимать дѣйствующее право своей страны, а потому не можетъ ссылаться на свое невѣдѣніе или заблужденіе съ цѣлью отклонить отъ себя установленныя правомъ послѣдствія.

[7]) *Gluck*, 205—206: «Was heisst ein Gesetz erklaren? Nichts andres, als den wahren Sinn eines Gesetzes.. entwickeln. *Muhlenbruch*, I, § 53: «Ein Gesetz auszulegen heisst den Sinn oder den Inhalt desselben entwickeln». Аналогично: Hufeland, 4—5. *Windscheid*, § 20: «Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechts». *Dernburg*, § 34: «Interpretation der Gesetze ist die Ermittelung und Feststellung ihres Inhaltes». *Wach*, 254; *Proger*, Lehrbuch des gesammten Privatrechts, 1883, I, 158. *Регельсбергеръ*, 138: «Дѣятельность, направленная на объясненіе смысла закона, и есть толкованіе закона». *Малышевъ*, 282: «Толкованіе закона, т. е. изъясненіе и раскрытіе точнаго его смысла»; *Таганцевъ*, 348; *Реннекампфъ*, 103.

[8]) *Eckhardus*, I § XVI: «Interpretari nihil aliud est, quam sensum auctoris ex ejus verbis et ratione declarare». *Kierulff*, 34: «Wahre Interpretation ist treue Darstellung des gesetzgeberischen Gedankens»; *Gény*, 36: «Lorsqu'on entend celle-ci (l'interprétation), comme le prescrit l'étymologie du mot, d'un simple diagnostic d'une volonté (la volonté législative)». *Brocher*, 6; *Saredo*, 394; *Мейеръ*, 23—24: «Толковать законъ значитъ раскрывать истинный смыслъ его, изъяснять волю законодателя, облеченную въ форму слова» *Шершеневичъ*, 58: «Толкованіе... имѣетъ своею цѣлью раскрыть истинную волю законодателя».

[9]) *Savigny*, 213: «Das Geschäft der Auslegung.. (ist) die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens» *Lang*, 19: «Juristische Aus-

дуетъ забывать, что это не болѣе, какъ фигуральное выраженіе. Норма сама по себѣ не имѣетъ ни воли, ни мысли: она представляетъ собою совокупность словъ, т. е. извѣстныхъ условныхъ знаковъ, посредствомъ которыхъ ея создатель сообщаетъ гражданамъ то, что онъ думаетъ и желаетъ.

Между тѣмъ послѣднее обстоятельство упускаютъ изъ виду нѣкоторые писатели, противопоставляя мысль и волю закона мысли и воли законодателя Однимъ изъ первыхъ сдѣлалъ это разграниченіе Тель въ слѣдующихъ, ставшихъ знаменитыми словахъ: «законъ путемъ обнародованія отрывается отъ законодателя и, благодаря систематической связи, въ которой его отдѣльныя нормы находятся другъ съ другомъ и съ дѣйствующимъ уже правомъ, пріобрѣтаетъ такую самостоятельность, въ качествѣ обнародованной воли законодательной власти, что воля и мнѣніе настоящихъ авторовъ закона становятся безразличными» [10]).

Въ такомъ же духѣ высказался Биндингъ: «изданіе законовъ равносильно для обладателя законодательной власти отчужденію своей индивидуальной воли: воля права пріобрѣтаетъ по отношенію къ нему значеніе объективной силы Онъ ставитъ себя въ подчиненіе закону и наравнѣ со своими подданными уважаетъ право. Личной является воля, сообщающая нормѣ силу закона, личнымъ является разумъ, вырабатывающій проектъ... Но относительно того, что въ дѣйствительности думаетъ, а, слѣдовательно, и желаетъ законъ, уже не имѣетъ, послѣ обнародованія его, рѣшающаго значенія ничья личная воля. Законъ думаетъ и желаетъ то, что добываетъ изъ него разумно толкующій народный духъ (подъ этимъ я разумѣю на-

---

legung ist Ergründung und Darlegung des in der Rede enthaltenen juristischen Willens». *Krug*, 27 (какъ Савиньи); *Gény*, 228 ss. Въ источникахъ римскаго права употребляются всѣ перечисленные способы выраженія: legum sententia, voluntas legislatoris, mens legislatoris, voluntas legis и пр Всѣ они сведены у Келера (Interpretation, 1, Anm. 2).

[10]) *Thol*, 150.

родъ, какъ совокупность гражданъ, поскольку они умственно занимаются закономъ.)» [11]).

Аналогичныя выраженія употребляетъ Вахъ: «Законъ есть особаго рода выраженіе мысли Онъ—волеизъявленіе... не слово, за которымъ находится воля. а превратившаяся въ слово воля (Wort gewordener Wille). Толковать законъ значитъ отыскивать и раскрывать не ту волю, которая была источникомъ слова, а ту, которая составляетъ его содержаніе» [12]). По словамъ Штоббе, «при толкованіи закона рѣчь идетъ не о томъ, чего желалъ законодатель, — обыкновенно это даже нельзя установить, — а о томъ, что онъ объявилъ своею законодательною волею въ формѣ закона» [13]).

Но особенно подробно развилъ этотъ взглядъ Колеръ.

«Господствующая теорія», говоритъ онъ: «считаетъ задачей толкованія опредѣленіе того, что законодатель желалъ, каковы были мысли законодателя, нашедшія себѣ выраженіе въ его словахъ. . Обычное ученіе ложно; рѣшающее значеніе имѣетъ не то, что желаетъ составитель закона, а то, что желаетъ законъ. Конечно, законъ не имѣетъ воли въ психологическомъ смыслѣ, но имѣетъ ее въ телеологическомъ смыслѣ, въ качествѣ органическаго стремленія къ цѣли (Zweckbestreben); и наступаютъ не тѣ послѣдствія, коихъ желалъ авторъ закона, а тѣ, которыя обнаруживаются изъ органическаго стремленія къ цѣли закона и вытекаютъ изъ созданнаго въ законѣ духовнаго организма. Составитель закона можетъ создать его или не создать; но если онъ его создаетъ, то создаетъ со всѣми непосредственными и посредственными юридическими послѣдствіями, которыя, быть можетъ, лежатъ далеко за предѣлами его кругозора. Юридическое содержаніе закона далеко не всегда вполнѣ ясно его творцу; наоборотъ, часто отъ его взора скрыта значительная часть юридической и экономической природы закона, и примѣненіе послѣдняго нерѣдко даетъ совершенно не ту картину, которую представлялъ себѣ законодатель. Другими словами, за-

---

[11]) *Binding*, 455, 456. Аналогично: Schlesinger (*Reuterskiold*, 16).

[12]) *Wach*, 256. Аналогично: *Danz*, 34—25; *Hefftev*, 28, 31.

[13]) *Stobbe*, 196. Ср. *Holder*, Auslegung, 4—5; *Meyer*, 2 ff.; *Boeckh* (Jahrb. f, Dogm., XXXIV, 74 ff.)

конъ представляетъ по отношенію къ своему автору нѣчто новое, постороннее, даже чуждое, и изслѣдованіе его юридическаго дѣйствія является для него столь же новой задачей, какъ для музыканта и живописца—анализъ звуковыхъ и цвѣтовыхъ эффектовъ, на которыхъ основана эстетическая прелесть ихъ произведеній . Законъ представляетъ собою организмъ, т. е. тѣло, проникнутое духовной созидающей силой (Bildungstrieb)... Законъ — только то, что воплотилось въ словѣ Поэтому, слово закона есть мѣра законодательнаго дѣйствія, законодательнаго акта... Съ другой стороны, слово не мертво, оно — носитель духовнаго, воплощеніе опредѣленнаго духовнаго стремленія къ цѣли»...[14]).

Если устранить изъ приведенныхъ разсужденій образы и олицетворенія и разсмотрѣть ихъ логическій скелетъ, то окажется, что мнѣніе Теля, Биндинга, Колера и др. сводится къ слѣдующему. Воля и мысль законодателя не всегда находятъ полное и точное выраженіе въ нормахъ. То, что онъ думалъ и хотѣлъ выразить въ данной нормѣ, можетъ не совпадать съ тѣмъ, что въ дѣйствительности выражено въ ея словахъ. А такъ какъ граждане обязаны соблюдать волю законодателя лишь по стольку, по скольку она воплощена въ нормѣ и обнародована, значитъ, задача толкованія состоитъ въ раскрытіи того, что въ нормѣ выражено, а не того, что законодатель хотѣлъ въ ней выразить, но не выразилъ.

Въ этомъ воззрѣніи имѣется доля истины. Что въ словахъ закона далеко не всегда выражаются дѣйствительная воля и мысль законодателя, это — несомнѣнный и вполнѣ понятный фактъ. Законодатель, сообщая гражданамъ свои мысли и желанія, пользуется словами. При этомъ онъ легко можетъ избрать не вполнѣ подходящія слова, которыя, согласно своему обычному употребленію въ литературѣ и жизни, означаютъ не тѣ представленія и понятія, какія онъ имѣлъ въ виду. Вслѣдствіе этого получается разладъ между мыслью и словами законодателя: выходитъ, что онъ хотѣлъ сказать одно, а сказалъ другое. Но можно ли, въ виду этого, утверждать, что предпочтеніе *всегда*

---

[14]) *Kohler* Interpretation, 1—3, 20, 33—34.

должно быть отдаваемо словамъ законодателя, и что не нужно стремиться къ раскрытію его дѣйствительной мысли и воли? Вовсе нѣтъ. Законодатель прибѣгаетъ къ помощи словъ потому, что не имѣетъ другаго способа объявлять гражданамъ свои велѣнія Вслѣдствіе этого слова, изъ которыхъ состоятъ нормы, имѣютъ значеніе только средства къ познанію воли и мысли законодателя, средства ближайшаго, но не безусловно вѣрнаго и не единственнаго Поэтому, совершенно неправильно придавать имъ самостоятельное значеніе и ставить выше воли и мысли, знаками и показателями которыхъ они служатъ. Напротивъ, если въ какомъ-либо случаѣ доказано, что законодатель выразился неправильно или неточно, то дѣйствительная его мысль должна имѣть преимущество предъ словами, которыя ее передаютъ невѣрно Вопросъ заключается только въ томъ, изъ какихъ источниковъ, кромѣ самого текста нормы, могутъ быть почерпаемы свѣдѣнія относительно истинной мысли и воли законодателя. Но это — уже другой вопросъ, неотносящійся къ существу дѣла: какъ бы онъ ни былъ разрѣшенъ, во всякомъ случаѣ остается незыблемымъ положеніе, что слова нормы являются лишь средствомъ для выраженія мысли законодателя, а отсюда слѣдуетъ, что они имѣютъ значеніе лишь по стольку, по скольку достигаютъ этой цѣли.

Итакъ, задача толкованія нормъ состоитъ въ раскрытіи дѣйствительной мысли ихъ автора. Но это — только непосредственная и ближайшая задача. Кромѣ нея, толкованіе преслѣдуетъ еще одну цѣль.

Каждая законодательная норма, разъ ея подлинность установлена и истинный смыслъ раскрытъ, является для юриста своего рода аксіомой, т. е. положеніемъ, безусловно достовѣрнымъ и не требующимъ доказательствъ. Поэтому, логическія выводы изъ нормъ, если только, разумѣется, они сдѣланы правильно, имѣютъ такое же точно аксіоматическое, обязательное значеніе. Другими словами, изъ наличныхъ нормъ можно извлекать новыя нормы, явно законодателемъ не установленныя, но implicite содержащіяся въ его прямыхъ велѣніяхъ и потому обязательныя для гражданъ. Этотъ процессъ можно назвать *логическимъ развитіемъ нормъ*. Необходимость его обусловливается самою сущностью юридическихъ нормъ. «Онѣ», справедливо говоритъ Менгеръ: «предназначены для примѣненія къ дѣйстви-

тельной жизни; при помощи небольшого числа нормъ, частью крайне несовершенно формулированныхъ, должна быть охватываема и упорядочиваема вся безконечно богатая содержаніемъ жизнь народа на протяженіи многихъ поколѣній... Филологъ наилучшимъ образомъ выполнитъ задачу толкованія, если ограничится тѣмъ кругомъ мыслей, который нашелъ себѣ выраженіе въ данномъ текстѣ, и сообщитъ его читателю съ наибольшей ясностью и наглядностью. Изслѣдованіе возможныхъ случаевъ, о которыхъ авторъ не думалъ, совершенно чуждо цѣли филолога Ни одинъ филологъ, напр, не будетъ серьезнымъ образомъ заниматься разсмотрѣніемъ вопроса, какой видъ получили бы послѣдующія пѣсни Иліады, если бы Патроклъ вмѣсто того, чтобы быть убитымъ Гекторомъ, вернулся здравымъ и невредимымъ въ греческій лагерь Интерпретаторъ — юристъ, напротивъ, долженъ, если желаетъ выполнить свою задачу, постоянно переходить за предѣлы того міра идей, подъ вліяніемъ котораго дѣйствовалъ законодатель, и распространять юридическія нормы на такія явленія, о которыхъ тотъ не думалъ или даже не могъ думать» [15])

Отсюда видно, что толкованіе нормъ, въ отличіе отъ толкованія другихъ литературныхъ произведеній, не можетъ останавливаться на опредѣленіи прямого, непосредственнаго смысла нормъ, а должно обнаруживать еще и скрытое ихъ содержаніе. Сообразно съ этимъ, оно дѣлится на два вида: 1) *толкованіе въ тѣсномъ смыслѣ слова или, изъясненіе* (Erklarung, explication) и 2) *логическое развитіе* (ratiocinatio, Ableitung der Rechtssatze) [16]).

---

[15]) *Menger*, 109, Anm 7.

[16]) Въ другомъ смыслѣ употребляетъ термины «толкованіе въ обширномъ и тѣсномъ смыслѣ» *Pacifici-Mazzoni*, понимая подъ первымъ опредѣленіе значенія всѣхъ вообще нормъ, а подъ вторымъ — только неясныхъ. *Pacifici-Mazzoni*, Istituzioni di diritto civile italiano, 1875, I, 141—147: «L'interpretazione (delle leggi) nel suo più largo significato consiste in quella operazione intelletuale, con cui giungiamo a conoscerle il significato, all' effetto di applicarle ai singoli casi particolari... In senso stretto per interpretazione intendiamo la spiegazione di una legge diffetosa». Аналогично: *Jannuzzi*, 73. Противоположеніе изъясненія и толкованія встрѣчается и у нашихъ старыхъ писателей. *Горюшкинъ*, Руководство къ познанію россійскаго законоискусства, 1811, I, 38—39: «Понеже должность законоискусниковъ въ томъ состоитъ, чтобы знать законы такъ, дабы оные примѣнять къ дѣламъ, слѣдова-

Необходимость второго вида толкованія сознается вполнѣ ясно весьма немногими авторами [17]), хотя о нѣкоторыхъ его пріемахъ (заключеніи по аналогіи, a contrario и пр.) говорятъ почти всѣ. Обыкновенно толкованіе отождествляется съ изъясненіемъ нормъ, вслѣдствіе чего упомянутые пріемы выдѣляются изъ области толкованія и включаются въ ученіе о «примѣненіи права». Въ дѣйствительности они, не подходя подъ понятіе толкованія въ строгомъ смыслѣ, относятся къ логическому развитію нормъ. Тою же причиной, главнымъ образомъ, обусловливается господствовавшее среди старыхъ писателей и повторяе-

---

тельно и изъяснить ихъ такъ, чтобы можно было понимать ихъ или точныя слова, или силу; а таковыя изъясненія не суть инаковыя толкованія, но вразумленіе въ нихъ себя или другихъ Ибо толкованіе инаковое въ законномъ смыслѣ не иное что значитъ, какъ выводъ изъ нѣкоторыхъ словъ законовъ такихъ заключеній, которые противны силѣ и словамъ оныхъ. По всему оному толковать законы послѣ обнародованія инако, или противно предначертанному въ нихъ, не есть дѣло законоискусника». *Кукольникъ*, Начальныя основанія россійскаго частнаго гражданскаго права, 1813, § 13: «Случается иногда, что законъ темно написанъ; посему нужно его толковать, или по крайней мѣрѣ изъяснять. Толкованіе законовъ принадлежитъ самому законодателю, ибо оно есть не иное что, какъ изданіе яснаго закона вмѣсто бывшаго темнаго; изъясненіе же дѣлаетъ правовѣдецъ въ случаѣ примѣненія закона къ дѣянію, соотвѣтственно причинѣ и цѣли онаго, съ тою однакожъ осторожностью, чтобы опредѣляемый чрезъ изъясненіе смыслъ и сила закона не противорѣчили словамъ его» (8—9)

[17]) *Duareni*, In primam partem Pandectarum partitio, De leg., c. IX (Opera, Lugd., 1579, p 8—9): «Ratiocinatio est, inquit Cicero, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est pervenitur. Alii collectionem vocant; quoniam ex scripto colligitur ratiocinando id, quod scriptum non est». *Eckhardus*, I, §§ XVII, XXIII. *Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 1837 (5 Aufl.), I, 50: «Gesetze interpretiren heisst im weiteren Sinne Rechtssatze aus denselben ableiten, im engeren, den Sinn der Gesetze auffinden und aussprechen Auf Interpretation im weiteren Sinne beruht die analoge Anwendung». *Vangerow*, 47: «Auslegung . . in einem weiteren Sinne fur Ableitung von Rechtssatzen aus einem gegebenen Gesetze gebraucht wird» *Dernburg*, § 34; «Die Interpretation hat nicht bloss das direkt im Gesetze Ausgesprochene als massgebend anzusehen, sondern ebensosehr das indirekt im Gesetze ausgedruckte. Man kann dies als den «latenten Inhalt» des Gesetzes bezeichnen». *Pfaff und Hofmann*, 184 (смѣшивая логическое толкованіе съ логическимъ развитіемъ): «Zur logischen

мое донынѣ мнѣніе, будто не всѣ нормы нуждаются въ толкованіи, а только неясныя [18]). Не говоря уже о томъ, что и безусловно ясныя нормы подлежатъ второй формѣ толкованія—логическому развитію, самое признаніе нормы ясной или неясной является результатомъ предварительнаго ея толкованія Вътолкованіи не было бы надобности, если бы, по вѣрному замѣчанію Моля, «всѣ законы явно и несомнѣнно распредѣлялись по какому либо внѣшнему надежному признаку на ясные и неясные—подобно тому,

---

Auslegung gehort auch die Darlegung der Consequenzen des ausgedruckten Gesetzinhaltes, also die Entfaltung des implicite darin Enthaltenen» Менгеръ, отчетливо формулирующій разницу между изъясненіемъ и логическимъ развитіемъ, даетъ первому названіе историческаго толкованія, а второму—практическаго, ошибочно, впрочемъ, относя къ послѣднему только примѣненіе нормъ по аналогіи и устраненіе противорѣчій между ними Какъ будетъ показано ниже (см. гл. V), логическое развитіе обнимаетъ еще и другіе пріемы.

[18]) *Duaren*, ibid., c. VI: «Certi juris nulla interpretatio desideratur», *Voodti*, Comment. in Dig. (Opera, Col., 1732, II, p. 11): «Monebo legem certam atque indubitatam neque desiderare, neque pati interpretationem, nam legem interpretari est, ejus ambiguitatem regere, aequitate petita ab ejus mente». *Forsterus*, L 1, c. 1, § 4: «Interpretari jura nihil est aliud, quam textum juris, qua verbum, aut integram orationem obscurum, et ambiguum, aut difficilem et perplexum, non recte lectum vel intellectum, concongrue exponere et planum, facilem, justum atque genuinum reddere». *Thomasii*, Instit. jurispr., 6 ed., 1717, L. 1, c III, § 3: «Interpretatio est expositio voluntatis alienae et dubiae» *Gluck*, 208: «Ein Gesetz, das vollstandig, deutlich, und bestimmt gefasst ist, bedarf keiner Erklarung». *Brinz*, 117—118: «Diese Nothwendigkeit (der Auslegung) entspringt einzig und allein aus dem Worte, und zwar aus einer Zweideutigkeit desselben... Ein unzweideutiger Ausspruch muss als das genommen werden, was er sagt» *Marlher de Chassat*, 3: «L'interprétation a pour but de donner le sens d'un texte obscur.» *Delisle*, I, 3, *Folleville*, 29, *Demolombe*, 129; *Roels*, 17; *Bianchi*, Corse element. di Codice civile italiano, I, 1869, 322, *Flore*, II, 520, 523, 527. Гирке выражается такимъ образомъ, что даетъ право причислить себя къ сторонникамъ этого мнѣнія *Gierke*, 139: «Die Feststellung des Inhaltes der Gesetze, *insoweit Zweifel entstehen*, erfolgt durch richterliche Auslegung» Въ защиту этого же мнѣнія выступилъ у насъ въ послѣднее время г. *Гредескулъ* (стр, 153—169), тоже ограничивающій задачу толкованія устраненіемъ «объективной неясности или субъективной непонятности» закона» (стр. 153).

какъ они распадаются на законы и административныя распоряженія, на иностранные и туземные и т. д. Въ такомъ развѣ случаѣ могло бы быть выставлено правило, (если бы можно было доказать его вѣрность), что категорія ясныхъ законовъ должна быть толкуема однимъ способомъ, а категорія неясныхъ—другимъ. Но указанное дѣленіе, какъ извѣстно, не существуетъ въ такомъ видѣ. Законодатель выдаетъ каждый законъ за ясный, и сужденіе, что онъ не ясенъ, представляетъ лишь результатъ субъективнаго изслѣдованія и пониманія»[19]) Поэтому, положеніе, что ясныя законы не нуждаются въ толкованіи, заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе[20])

Далѣе, первый видъ толкованія—изъясненіе, въ свою очередь, распадается на двѣ стадіи, сообразно съ тѣми средствами, которыя ведутъ къ познанію смысла нормъ. Именно, смыслъ каждой нормы можно опредѣлять прежде всего на основаніи значенія словъ, изъ которыхъ она состоитъ, а затѣмъ и съ помощью разныхъ другихъ данныхъ. Въ первомъ случаѣ толкованіе является чисто *словеснымъ*, такъ какъ имѣетъ дѣло только со словесною оболочкой нормы и ведетъ къ раскрытію словеснаго, или *буквальнаго*, ея смысла.

Но слова, какъ было указано, рѣдко являются полнымъ воплощеніемъ мысли подобно тому, какъ лицо рѣдко бываетъ зеркаломъ души. Поэтому, буквальный смыслъ закона далеко не всегда соотвѣтствуетъ его дѣйствительному, внутреннему смыслу, который можетъ быть обнаруженъ, если, кромѣ словъ нормы, принять въ разсчетъ другія данныя, какъ то: цѣль нормы, поводъ къ ея изданію, отношеніе къ прежнему праву и т д. Опредѣленіе дѣйствительнаго, внутренняго смысла нормъ составляетъ задачу *реальнаго* толкованія

Различіе между двумя только что охарактеризованными видами толкованія настолько ясно, что не могло укрыться отъ взора ученыхъ, занимавшихся вопросомъ о толкованіи законовъ. Еще римскіе юристы разграничивали «слова» закона и «мысль» или «волю» его[21]). Это разграниченіе перешло въ юридическую

[19]) *Mohl*, 119.

[20]) *Wach*, 268; *Bierling*, 157.

[21]) L 6 § 1 D. de verb signif. (50, 16): «Verbum: ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis». Ср L. 25 § 1 D de leg. (32) Основываясь на различіи между буквой и мыслью закона

литературу новыхъ народовъ [22]) и остается обще-признаннымъ по настоящее время [23]). Словесное толкованіе обыкновенно именуется *грамматическимъ*, а реальное—*логическимъ*. Но употребляются и другія названія: для словеснаго — филологическое, [24]) буквальное [25]), а для логическаго — діалектическое, [26]) философское, [27]) историческое, [28]) научно-юридическое, [29]) телеологическое, [30]) идеологическое [31]). Наиболѣе подходящими представляются термины «словесное» и «реальное», такъ какъ ими съ полной точностью характеризуется сущность обоихъ процессовъ толкованія, изъ которыхъ одинъ опредѣляетъ *словесный* смыслъ закона, а другой — *дѣйствительный*, *реальный*. Для обозначенія подобнаго же различія употребляются, какъ извѣстно, термины

римскіе юристы опредѣляли обходъ закона, какъ такое дѣяніе, которое, согласуясь съ буквальнымъ смысломъ закона, противорѣчитъ его внутреннему смыслу L 29 D de leg (1, 3): «Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit». Ср. L. 30 D. eod.; L. 5. C. de leg. (1, 14).

[22]) *Donelli*, Comment. de jure civ., I, c XIII, § 1 (Opera, Lucae, 1762) I): «Verba sunt, quibus lex quaque scripta est, sententia, quod lex ex verbis sentire et velle intelligitur» *Rogerius*, 386; *Federicis*, I, § 1 (p 210).

[23]) Рельефно и остроумно формулируетъ его Вангеровъ, говоря, что грамматическое толкованіе опредѣляетъ смыслъ закона по его словамъ, а логическое—толкуетъ слова согласно смыслу». *Vangerow*, § 24.

[24]) *Hufeland*, 70; *Регельсбергеръ*, 146.

[25]) *Saredo*, 396: *Gény*, 25 О разницѣ между терминами «буквальное толкованіе» и «грамматическое»: *Gauguier*, 73—77

[26]) *Brenerus*, 4; *Eckhardus*, §§ XVII, XXIII.

[27]) *Gluck*, 225.

[28]) *Krug*, 60

[29]) *Thol*, 147; *Holder*, Pand., 42 (юридическое).

[30]) *Kohler*, Interpretation, 35, Anm. 98.

[31]) *Fiore*, II, 518 Въ старину употреблялись еще и другія названія: этимологическое, аналогическое и пр. Напр, *Hopperi*, De juris arte (въ Tractatus universi juris, Venet. 1584, p. 87): «... verborum interpretatio, quae historica Varroni dicitur... Deinde, mentis et orationis, quae etymologica nominatur.. Ultimo, locorum vel adversantium, vel correspondentium collatio, quae analogica dicitur».

«словесный» (вербальный, номинальный) и «реальный» въ логикѣ примѣнительно къ опредѣленіямъ [32]).

Правильность дѣленія толкованія на словесное и реальное оспаривалась очень рѣдко, причемъ возраженія касались, главнымъ образомъ, терминологіи и сравнительнаго значенія обѣихъ стадій толкованія. Такъ, Бринцъ указывалъ, что «по своему предмету всякое толкованіе заслуживаетъ имени словеснаго, а по своимъ средствамъ оно не представляется ни чисто словеснымъ, ни чисто логическимъ, но всѣмъ тѣмъ, что можетъ повести къ установленію даннаго факта (несомнѣнной воли законодателя).» [33]) Съ другой стороны, Савиньи подвергъ критикѣ воззрѣніе на словесное и реальное толкованіе, какъ на два совершенно самостоятельныхъ пріема. «Ихъ считаютъ», говоритъ онъ: «не такими элементами всякаго толкованія, которые всегда должны дѣйствовать совмѣстно, а такими, которые другъ другу противоположны и взаимно себя исключаютъ. Грамматическое толкованіе должно-де руководствоваться только значеніемъ словъ, а логическое—только мыслью, или основаніемъ закона [34]); грам

---

[32]) *Владиславлевъ*, Логика, 1881, 71—72: «Различаютъ опредѣленія номинальныя и реальныя, Первыя состоятъ въ разъясненіи слова или названія понятія... Въ реальныхъ опредѣленіяхъ разъясняется самое содержаніе опредѣляемой мысли или понятія». Термины «словесное и реальное» толкованіе употребляютъ *Tobler*, 276, и *Paul*, 179 (въ другомъ смыслѣ).

[33]) *Brinz*, 119: «Nach ihrem Anlass müsste man alle Auslegung eine sprachliche nennen; nach ihren Mitteln aber ist sie weder blos sprachlich noch blos logisch». *Pfaff und Hofmann*, 176: «Gegen den Namen der «grammatischen» Auslegung lässt sich nichts einwenden, wohl gegen den der «logischen» das, dass man hier nicht blos die Wissenschaft der Logik, sondern auch andere Disciplinen in Anspruch nimmt». Аналогично: *Menger*, 107 Anm. 5; *Reuterskiold*, 89.

[34]) Этотъ взглядъ былъ высказанъ, между прочимъ, Тибо, котораго, повидимому, имѣлъ въ виду Савиньи, почти буквально повторяющій слова Тибо, не называя, однако, имени послѣдняго. *Thibaut*, Auslegung, § 3: «..die bekannte Eintheilung der Auslegung in die grammatische und die logische. Die letzte hat es allein mit dem Grunde des Gesetzes, und der Absicht des Gesetzgebers zu thun; die erste hingegen nimmt blos auf den Wortverstand Rücksicht, und findet da ihre Grenzen, wo der Sinn eines Gesetzes durch den Sprachgebrauch nicht ausgemittelt werden kann».

матическое должно имѣть силу правила, а логическое — допускаться только въ видѣ исключенія» [35])

Но, отвергнувъ общепринятое дѣленіе и предложивъ различать въ толкованіи четыре элемента (грамматическій, логическій, историческій и систематическій), Савиньи, какъ справедливо было указано въ литературѣ [36]), просто на просто измѣнилъ терминологію [37]). Въ самомъ дѣлѣ, грамматическій элементъ, имѣющій по словамъ Савиньи, «предметомъ слово, которое является посредникомъ между мышленіемъ законодателя и нашимъ», совпадаетъ со словеснымъ толкованіемъ Что же касается логическаго, историческаго и систематическаго элементовъ, изъ которыхъ первый изслѣдуетъ «логическое отношеніе отдѣльныхъ частей мысли другъ другу», второй выясняетъ отношеніе толкуемаго закона къ предшествовавшимъ ему нормамъ, а третій «касается внутренней связи, соединяющей всѣ юридическіе институты и нормы въ одно великое цѣлое», то всѣ эти элементы входятъ въ составъ реальнаго, или логическаго толкованія [38]).

Какъ вполнѣ основательно замѣтилъ Лангъ, дѣленіе толкованія на грамматическое и логическое «столь глубоко коренится въ самой сущности толкованія, что мы его встрѣчаемъ повсюду въ спеціальной герменевтикѣ [39]), хотя и подъ другими

---

[35]) *Savigny*, 320. Съ такой же точки зрѣнія возражаютъ противъ разсматриваемаго дѣленія: *Kohler*, 33, Anm. 95: «beide sind nur die zwei verschiedenen Seiten einer und derselben Thatigkeit»; *Puchta*, 39 «In der That ist dies nur eine Eintheilung der Hülfsmittel. Diese konnen nicht getrennt, sie mussen mit einander gebraucht werden»

[36]) *Krug*, 103—104; *Lang* 63—64; *Vangerow*, 51: *Dernburg*, 74, Anm 2.

[37]) *Savigny*, 213—214. Дѣленіе Савиньи нашло немногихъ послѣдователей, напр., *Brocher*, 14—15; *Малышевъ*, 287-288; *Saredo*, 389—390

[38]) Точнѣе говоря, логическій элементъ Савиньи входитъ отчасти въ составъ словеснаго толкованія, отчасти же въ составъ реальнаго. См. ниже, гл. III, § 1, № 3.

[39]) Это совершенно вѣрно. Въ филологической и богословской герменевтикахъ грамматическое толкованіе тоже противопоставляется логическому, причемъ послѣднее обыкновенно расчленяется на нѣсколько частей. Такъ, Астъ дѣлитъ интерпретацію на грамматическую, историческую и духовную, Шлейермахеръ—на грамматическую и психологическую, Бласъ—на словес-

названіями, и потому оно представляетъ собою не нѣчто произвольное, подлежащее устраненію, а, напротивъ, внутренне—необходимое, вытекающее изъ самого принципа толкованія... Мы толкуемъ законы грамматически, пока стараемся понять смыслъ, какой имѣютъ слова закона сами по себѣ и въ ихъ связи, по правиламъ рѣчи, согласно словоупотребленію Если же мы принимаемъ въ разсчетъ, кромѣ словоупотребленія, еще внутреннюю связь самого закона, исторію его возникновенія, его отношеніе къ праву, которое онъ измѣняетъ, и связь со всею прочею системой права, какія-либо другія выраженія волп законодателя, основанія, на которыхъ построенъ законъ, предшествовавшія ему совѣщанія, источники, которыми пользовался законодатель, и другія данныя, вліявшія на него,—то мы толкуемъ не только грамматически; называть ли этотъ процессъ историческимъ толкованіемъ или логическимъ, безразлично» [40]). Поэтому, всякія подраздѣленія толкованія,—если конечно, имѣется въ виду только различіе въ средствахъ, которыми пользуется толкователь,—могутъ быть сведены къ рубрикамъ: словесное и реальное [41]), сообразно тому, являются ли этими средствами одни только слова нормы, пли еще какія-либо пныя данныя [42]).

ную, историческую и техническую (причемъ самъ сознается, что третій видъ логически совпадаетъ съ первымъ), Бекъ—на грамматическую, историческую, индивидуальную и видовую, Штейнталь—на грамматическую, реальную, стилистическую, индивидуальную, историческую и психологическую, Тоблеръ и Пауль—на словесную и реальную. *Paul*, 179, *Tobler*, 275—276; *Блассъ*, 30—34; *Boeckh* 81—83; *Steinthal*, 29 ff.

[40]) *Lang*, 58, 60—61.

[41]) Такъ, упоминаемое нѣкоторыми старыми писателями *политическое* толкованіе (изъясненіе закона по соображеніи тѣхъ бытовыхъ условій, для которыхъ онъ изданъ) относится, какъ справедливо замѣтилъ Glück (226—227), къ логическому толкованію. Наиболѣе подробное подраздѣленіе толкованія принадлежитъ Форстеру, который различалъ, кромѣ грамматическаго толкованія, еще цѣлый рядъ видовъ: діалектическое, риторическое, историческое, этико-политическое, поэтическое, ариѳметическое, геометрическое, физико-медицинское и др., смотря по тому, какія знанія примѣняются при интерпретаціи *Forster*, Lib. I.

[42]) *Gény*, 240: «Si une distinction peut être faite de quelque utilité pour la méthode, elle doit, à mon sentiment, s'établir entre l'interprétation par *la formule du texte*, et celle obtenue à l'aide d'éléments étrangers à la formule».

Несмотря, однако, на всю очевидность этого обстоятельства, все-таки встрѣчаются писатели, принципіально отрицающіе возможность дѣленія толкованія на словесное и реальное

Такъ, по словамъ Мейера, указанное дѣленіе представляетъ собой «схоластическую ошибку». Такъ какъ, разсуждаетъ онъ, въ законѣ воля проявляется въ словахъ и, слѣдовательно, совпадаетъ съ ихъ содержаніемъ, то выходитъ, «будто отыскивать содержаніе словъ нужно сначала (посредствомъ грамматическаго толкованія) въ словахъ, а затѣмъ (посредствомъ логическаго, т. е. рѣшающаго) внѣ этихъ словъ, что нелѣпо»[43]). Ошибка Мейера ясна съ перваго взгляда. Словесный смыслъ закона часто не совпадаетъ съ внутреннимъ смысломъ его. Поэтому, различіе между грамматическимъ и логическимъ толкованіемъ «не схоластическая ошибка, а просто признаніе того обстоятельства, что слово не всегда въ состояніи вполнѣ передать мысль»[44])

Итакъ, первой стадіей толкованія нормъ является словесное, опредѣляющее смыслъ закона исключительно на основаніи значенія употребленныхъ въ немъ словъ. Вторую стадію составляетъ реальное толкованіе, пользующееся для той же цѣли разными другими данными[45]). Послѣ того, какъ словесное и реальное толкованіе какой-либо нормы окончены, необходимо еще вывести изъ нея логическія послѣдствія.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что ученіе о толкованіи нормъ должно распадаться на три главныя части: 1) о словесномъ толкованіи, 2) о реальномъ толкованіи и 3) о логическомъ развитіи нормъ.

---

[43]) *Meyer*, 2, 15.

[44]) *Deutschmann*, 811

[45]) Англійскіе и американскіе юристы не придерживаются этого дѣленія при изложеніи правилъ толкованія (*Beal*, 129 ss., 135 ss; *Sedgwick*, 190 ss.; *Bishop*, 57 ss.), хотя разница между словеснымъ и реальнымъ толкованіемъ отчетливо сознается нѣкоторыми изъ нихъ. *Austin*, 1024; *Maxwell*, 2 ss. (literal-construction).

ГЛАВА III.

Словесное толкованіе.

§ 1.

Задачи и средства словеснаго толкованія.

Первую стадію толкованія составляетъ, какъ было указано въ предыдущей главѣ, словесное толкованіе, имѣющее задачей опредѣлить содержаніе нормы на основаніи смысла словъ, изъ которыхъ она состоитъ.

Словесная оболочка нормъ служитъ единственнымъ матеріаломъ, надъ которымъ работаетъ эта форма толкованія, и единственнымъ средствомъ, съ помощью котораго она стремится къ достиженію своей цѣли. «Словесное толкованіе», говоритъ Блассъ: «не обращаетъ вниманія ни на цѣль [1]) автора, ни на обстоятельства, при которыхъ писалось произведеніе, ни даже на предметы, о которыхъ въ немъ трактуется, а только на слова и ихъ взаимную связь, насколько ими выражаются мысли» [2]). Иначе говоря, смыслъ нормы изъясняется исключительно на основаніи «объективнаго значенія рѣчи» [3]), т. е. «смысла, который имѣютъ слова сами по себѣ и въ связи по правиламъ рѣчи» [4]).

Словесная оболочка нормъ при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается состоящей изъ нѣсколькихъ элементовъ.

Возьмемъ какую-либо норму, напр., 534 статью X т 1 ч.:

---

[1]) Блассъ прибавляетъ: «художественную», имѣя въ виду специально произведенія изящной литературы.

[2]) *Блассъ*, 36

[3]) *Boeckh*, 82, 83.

[4]) *Lang*, 93; *Steinthal*, 30

«движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано». Въ этой статьѣ мы видимъ прежде всего рядъ отдѣльныхъ словъ: существительныхъ («вещи», «собственностью»), прилагательныхъ («движимыя», «противное»), мѣстоименій («того», «кто», «ими»), глаголовъ («почитаются», владѣетъ») и т. д. Разсматриваемыя порознь, слова являются тѣмъ сырымъ матеріаломъ, тѣми атомами, изъ которыхъ состоитъ человѣческая рѣчь [5]). Они образуютъ ея *лексическій* элементъ [6]).

Далѣе, въ 534 статьѣ слова не стоятъ изолированно другъ отъ друга, а соединены въ три предложенія («движимыя вещи почитаются собственностью того», «кто ими владѣетъ», «доколѣ противное не будетъ доказано»). Въ предложеніяхъ слова получаютъ опредѣленную форму: предложенія строются изъ словъ, какъ зданія изъ камней, по правиламъ словесной архитектуры, именуемой синтаксисомъ. Способъ сочетанія словъ образуетъ второй элементъ рѣчи — *синтаксическій* [7])

Но слова—не пустые. безсмысленные звуки. Они — знаки, показатели идей. Подъ каждымъ словомъ скрывается какое-либо представленіе или понятіе, и соединяются слова въ предложенія не ради достиженія одной лишь звуковой красоты сочетаній, а съ тѣмъ, чтобы выразить ту или иную мысль. Въ 534 ст., напр., высказана законодателемъ та мысль, что владѣніе движимостью служитъ презумпціей права собственности на нее. Каждое предложеніе, поэтому, разсматриваемое съ внутренней стороны является ничѣмъ инымъ, какъ воплощенной въ словахъ мыслью, и во всякомъ предложеніи между составляющими его словами имѣется не только синтаксическая, но и логическая связь: одни слова предложенія обусловливаютъ, модифицируютъ, влекутъ за собой другія Это — *логическій* элементъ рѣчи [8]).

---

[5]) *Блассъ*, 37: «Слово—недѣлимый атомъ, который всегда можно разсматривать внѣ даннаго сочетанія».

[6]) *Lang*, 67; *Блассъ*, 37, 40; *Boeckh*, 93.

[7]) *Lang*, 67, 122—123; *Блассъ*, 61; *Boeckh*, 107.

[8]) *Lang*, 67, 123–124; Ср. *Eckhardus*. I, § X.

Наконецъ, одна и та же мысль можетъ быть выражена разными словами и различными способами сочетанія ихъ. Такъ, постановленіе 534 статьи допускаетъ и болѣе краткую, и болѣе пространную формулировки. Вотъ болѣе краткая: «владѣніе движимостью служитъ презумпціей права собственности на нее», а вотъ болѣе пространная: «пока кто-либо не доказалъ своего права собственности на движимую вещь, до тѣхъ поръ собственникомъ ея считается тотъ, въ чьемъ фактическомъ владѣніи она находится» Способъ выраженія мысли въ рѣчи, проявляющійся въ подборѣ словъ и употребленіи синтаксическихъ конструкцій, называется *слогомъ* или *стилемъ* и составляетъ четвертый элементъ рѣчи—*стилистическій* [9]).

Обратимся къ подробному разсмотрѣнію каждаго изъ названныхъ четырехъ элементовъ порознь.

1. Лексическій элементъ

Для того, чтобы понять норму, нужно прежде всего выяснить смыслъ отдѣльныхъ словъ, изъ которыхъ она состоитъ, ибо, не «зная, какія понятія и отношенія обозначаются отдѣльными элементами рѣчи, мы не могли бы понять идею, выражаемую ихъ сочетаніемъ»[10]). Смыслъ словъ опредѣляется *словоупотребленіемъ*, которое представляетъ собою господствующій и общепринятый способъ обозначенія словами понятій и представленій (norma loquendi, usus communis) [11])

---

[9]) *Lang*, 67—68; *Блассъ*, 71, 76. *Бекъ* выдѣляетъ стилистическій элементъ изъ области грамматическаго толкованія и дѣлаетъ его предметомъ особаго—*индивидуальнаго* толкованія (*Boeckh*, 124 ff). Штейнталь вводитъ спеціальное—*стилистическое* толкованіе, служащее дополненіемъ грамматическаго (*Steinthal*, 31).

[10]) *Блассъ*, 36—37.

[11]) Лангъ понимаетъ терминъ «словоупотребленіе» въ болѣе обширномъ смыслѣ, какъ «духъ даннаго языка». *Lang*, 93: «Sprachgebrauch ist die Art und Weise, in welcher ein grosserer Verein von Menschen, ein Volk oder eine Classe des Volks, daher auch die dazu gehorenden Schriftsteller ihre Sprache zum Ausdruck ihrer Gedanken gebrauchen. Er beherrscht die einzelnen Worter, ihr gegenseitiges Verhaltniss im Satzbau, den Zusammenhang der Sätze, den Styl»

Словоупотребленіе опредѣляется путемъ изслѣдованія значенія, которое связывается со словами въ жизни и литературѣ. При этомъ важную роль играетъ изученіе этимологическаго происхожденія словъ, синонимовъ и противоположныхъ по смыслу словъ. Установивъ, отъ какого корня происходитъ данное слово, какими оттѣнками отличается отъ сходныхъ по значенію словъ и какимъ противоположнымъ словамъ соотвѣтствуетъ, можно получить точное понятіе о сферѣ его примѣненія. Результаты этого изслѣдованія заносятся въ словари, которые и служатъ ближайшимъ источникомъ для познанія словоупотребленія.

Но словоупотребленіе не представляетъ собою чего-либо единаго и безусловно устойчиваго. Оно, прежде всего, измѣняется съ теченіемъ времени Слова живутъ, подобно организмамъ: они тоже рождаются, развиваются, борются между собою за существованіе, взаимно вліяютъ другъ на друга и, наконецъ, погибаютъ, уступая мѣсто новымъ словамъ [12]). Кромѣ этой внѣшней жизни, слова проявлютъ еще и внутреннюю, заключающуюся въ измѣненіи ихъ смысла. «Каждое слово и каждый оборотъ имѣютъ свою исторію, и въ ней часто отражается культурная исторія всего народа» [13]).

Далѣе, словоупотребленіе измѣняется не только во времени, но и въ пространствѣ: одно и то же слово можетъ имѣть разное значеніе у разныхъ народовъ или племенъ одного народа и въ разныхъ мѣстностяхъ. Слово «вѣра», напр., считается въ нѣкоторыхъ губерніяхъ синонимомъ слова «желаніе», а въ другихъ означаетъ «обычай»; «вѣткой» называется въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ лодка, а «вѣхой» —вредная для скота трава и т. д. [14]).

---

[12]) *Darmesteter*, La vie des mots, 1895, 26.

[13]) *Boeckh*, 98.

[14]) Опытъ областного великорусскаго словаря, изд. 2 отдѣл. Императорской Академіи наукъ, 1852. Еще примѣръ: «Въ Черногоріи слова «лукавство, лукав, лукаво», не имѣютъ того значенія, какъ въ другихъ сербскихъ и хорватскихъ странахъ; тамъ значеніе этихъ словъ гораздо слабѣе, оно скорѣе подходитъ къ сметливости или позволительной хитрости». *Богишичъ*, О техническихъ терминахъ въ законодательствѣ, 1890, 15—16.

Затѣмъ, даже въ предѣлахъ одного и того же періода времени и пространства съ каждымъ почти словомъ связывается цѣлый рядъ значеній. Такъ, слѣдуетъ различать: *основное* (коренное), или *собственное* (significatio propria), значеніе, которое первоначально было присуще данному слову и соотвѣтствуетъ его этимологическому происхожденію [15]), и *переносное*, или *несобственное* (sign. impropria), которое впослѣдствіи пріобрѣтено словомъ [16]), *обычное*, часто примѣняемое [17]), и *исключительное*, встрѣчающееся рѣдко; *обширное*, или *родовое* (generalis. lata), обнимающее цѣлый классъ предметовъ, и *узкое*, или *видовое* (specialis, stricta), относящееся къ одному виду или предмету даннаго класса; *обыденное* (vulgaris), употребляемое въ житейскомъ обиходѣ, и *спеціальное*, *техническое* (particularis, terminus technicus), которымъ руководствуются представители того или другаго профессіональнаго круга [18]).

Разницу между всѣми этими значеніями можно пояснить на одномъ примѣрѣ. Слово «владѣніе» означаетъ въ обыденной жизни всякое отношеніе власти или господства. Мы говоримъ: «владѣніе своими руками и ногами, владѣніе домомъ, владѣніе государствомъ, подданными». Не таковъ техническій смыслъ слова «владѣніе» Оно употребляется въ юриспруденціи для означенія фактическаго господства лица надъ вещью, въ отличіе отъ юридическаго господства, каковымъ является право соб-

---

[15]) *Классъ*, 45—47; *Boeckh*, 98 ff.

[16]) *Классъ*, 57—61; *Boeckh*, 96—97; *Paul*, 180.

[17]) Лангъ называетъ обычное значеніе *собственнымъ*, а исключительное—*несобственнымъ* и отличаетъ ихъ отъ коренного и переноснаго *Lang*, 133—134. Такъ же: *Thibaut*, System, § 47. Но болѣе правильной представляется общепринятая терминологія, по которой *собственное* значеніе слова отождествляется съ *кореннымъ*, а обычное такъ и называется: обычнымъ.

[18]) Обо всѣхъ видахъ значенія словъ упоминаютъ: *Muhlenbruch*, § 59; *Thibaut*, § 47; *Lang*, 129 ff. *Krug*, §§ 9, 18. Изъстарыхъ авторовъ—*Hopperi*, De juris arte, L. II: «Verborum significatio alia est propria, quae communi loquentium usu est frequentata (какъ Лангъ, см. предыд. прим.), alia impropria, quae vel nova est, vel vetus, vel translatitia, alia lata, ut cum omnes res et possessiones pecuniae appellatione significamus, alia stricta, ut cum actionem eam definimus, quae in personam infertur» (p 93).

ственности. Это—*техническое* и въ то же время *основное* и *обширное* значеніе. Въ *переносномъ* смыслѣ подъ владѣніемъ понимается юристами осуществленіе содержанія какого-либо права («владѣніе правомъ, quasi possessio»), а въ *узкомъ*—защищаемое особыми исками фактическое господство въ отличіе отъ лишеннаго такой защиты держанія (detentio).

Не съ каждымъ словомъ, конечно, могутъ быть связываемы всѣ перечисленные виды значеній, но сравнительно немногія слова имѣютъ всего одно: только собственныя имена, названія матеріальныхъ предметовъ и техническіе термины, да и то далеко не всегда [19]).

Помимо всего этого, каждый авторъ можетъ въ томъ или другомъ случаѣ отступать отъ установившагося словоупотребленія и создавать свое собственное [20]), индивидуальное [21]).

Опредѣленіе смысла словъ часто затрудняется еще существованіемъ гомонимовъ, т. е. словъ, одинаковыхъ по начертанію, но разныхъ по значенію [22]), какъ напр., «коса» — (заплетенные волосы), «коса» (орудіе для скашиванія травы) и «коса» (мысъ).

---

[19]) Такъ напр., слово «условіе», употребляемое даже въ качествѣ техническаго термина, обозначаетъ различныя понятія: 1) договоръ, 2) какой-либо пунктъ договора, 3) принадлежность договора (conditio) и 4) возложенную по сдѣлкѣ обязанность (modus). *Муллова*, О разработкѣ рус. юрид терминологіи («Журн. Министъ. Юст.», 1864, № 1, стр. 72—73).

[20]) Лангъ (95—96) полагаетъ, что въ этомъ случаѣ неправильно говорить о *словоупотребленіи*, подъ которымъ слѣдуетъ понимать принятый въ болѣе или менѣе обширномъ кругу людей способъ обозначенія предметовъ и явленій (norma loquendi). Но за неимѣніемъ въ русскомъ языкѣ выраженія, соотвѣтствующаго предложенному Лангомъ термину «Redegewohnheit», приходится удержать выраженіе: «индивидуальное словоупотребленіе»

[21]) Это обстоятельство упускаетъ изъ виду Іерингъ, говоря, что «для грамматическаго толкованія, разсматривающаго слово, какъ нѣчто самостоятельное, независящее отъ субъективности говорящаго и сопутствующихъ обстоятельствъ, само себя опредѣляющее, для него одно и то же слово, одно и то же предложеніе, кѣмъ бы и при какихъ бы обстоятельствахъ ни было употреблено, всегда имѣетъ одно и то же значеніе». *Jhering*, Geist, II, 1, 447

[22]) *Aristot.* Categ., 1: «homonyma dicuntur, quorum nomen solum est commune, ad illud vero nomen accomodata definitio est diversa». Филологи

Наконецъ, въ литературныхъ произведеніяхъ встрѣчаются слова, употребленіе которыхъ вовсе неизвѣстно. Въ такихъ случаяхъ филологическая герменевтика рекомендуетъ примѣнять слѣдующіе пріемы для опредѣленія смысла подобныхъ *темныхъ* словъ. Нужно прежде всего обратиться къ такъ наз. *параллелизмамъ*, т. е. тѣмъ мѣстамъ толкуемаго произведенія, гдѣ встрѣчается данное слово [23]), и подвергнуть ихъ индуктивному изслѣдованію. Именно, «слѣдуетъ собрать всѣ мѣста, гдѣ слово встрѣчается, и значеніе, найденное посредствомъ догадки для одного изъ нихъ, провѣрить на всѣхъ остальныхъ мѣстахъ» [24]). Въ пособіе этому индуктивному методу необходимо примѣнять и дедуктивный, заключающійся въ опредѣленіи смысла слова на основаніи его этимологіи [25]). Если этотъ пріемъ оказался безуспѣшнымъ, то, не ограничиваясь однимъ подлежащимъ толкованію произведеніемъ, нужно обратиться къ прочимъ сочиненіямъ того же автора [26]), а въ случаѣ недостаточности и этого матеріала — «къ

различаютъ два вида гомонимовъ: 1) происходящіе отъ различныхъ корней и имѣющіе неодинаковое основное значеніе и 2) тождественные по этимологическому происхожденію, но имѣющіе нѣсколько основныхъ значеній. Первые именуются обыкновенно ненастоящими, мнимыми гомонимами, вторые— настоящими (прямо противоположную терминологію употребляетъ Doederlein). *Блассъ*, 40—41; *Boeckh*, 94—95.

[23]) Параллелизмы раздѣляются на словесные и реальные, смотря по тому, повторяются ли въ нѣсколькихъ мѣстахъ одни и тѣ же слова или одни и тѣ же мысли. *Eckhardus*, I, § XV; *Lang*, 110.

[24]) *Блассъ*, 50. Индуктивный методъ, какъ признано современной логикой, состоитъ изъ предварительнаго наблюденія и изученія фактовъ, построенія гипотезы, дедуктивнаго умозаключенія изъ гипотезы и повѣрки его на фактахъ. *Джевонсъ*, Основанія логики, 1878, 77; *Джевонсъ*, Основы науки, 1881, 252 и сл.; *Wundt*, Logic, II B., I Abth., 1894, 25; *Sigwart*, Logic, II, 1893, 428 ff.

[25]) *Блассъ*, 50, 45 и сл.

[26]) *Boeckh*, 102: «Доказательная сила параллельныхъ мѣстъ зависитъ естественнымъ образомъ, отъ степени родства, въ которомъ они состоятъ съ подлежащимъ изъясненію мѣстомъ... Авторъ находится въ ближайшемъ родствѣ, очевидно, съ самимъ собою; поэтому, словоупотребленіе каждаго автора прежде всего должно быть выясняемо съ помощью его же сочиненій» *Lang*, 109 ff.

другимъ письменнымъ памятникамъ, представляющимъ ближайшее сходство съ языкомъ разсматриваемаго памятника»[27]).

Само собою понятно, что эти пріемы опредѣленія смысла темныхъ словъ должны быть примѣняемы и при толкованіи нормъ, хотя въ нихъ не всегда чувствуется одинаковая надобность: изслѣдователь древнихъ юридическихъ памятниковъ нуждается въ нихъ часто, интерпретаторъ же современныхъ, дѣйствующихъ нормъ, написанныхъ на родномъ ему и живомъ языкѣ, — чревычайно рѣдко.

2. Синтаксическій элементъ.

Слова употребляются въ рѣчи не порознь, не каждое въ отдѣльности[28]), а въ связи между собою, въ видѣ предложеній и періодовъ. «Звуковые элементы рѣчи», говоритъ Бекъ: «раздѣляются по своему значенію на матеріальные и формальные. Первыми, выражающими содержаніе представленій, являются существительныя, глаголы и въ дополненіе къ нимъ—прилагательныя и нарѣчія Формальные элементы, обозначающія отношенія и соединенія между представленіями, бываютъ двоякаго рода: флексіи и частицы, изъ которыхъ однѣ спаяны съ матеріальными элементами, а другія представляютъ собой самостоятельныя слова Самая связь состоитъ частью въ простомъ сопоставленіи матеріальныхъ элементовъ рѣчи, между содержаніемъ которыхъ имѣется связь, частью же въ сочетаніи матеріальныхъ элементовъ съ формальными, благодаря чему болѣе точно опредѣляется связь содержанія. Въ обоихъ случаяхъ оказываетъ также вліяніе способъ размѣщенія словъ»[29]).

Синтаксическая форма обусловливаетъ какъ значеніе отдѣльныхъ словъ, такъ и общій смыслъ предложеній.

Съ одной стороны, смыслъ слова измѣняется, смотря по тому, въ какой синтаксической связи оно находится съ другими

---

[27]) *Блассъ*, 67; *Boeckh.* 102—104; *Lanq*, 100—101. Противъ этого правила, по словамъ Бёка, «забавнѣйшимъ образомъ погрѣшали», нѣкоторые ученые, устанавливавшіе «словоупотребленіе Новаго Завѣта съ помощью Полибія, Аппіана и даже Гомера».

[28]) Исключеніе составляютъ только восклицанія

[29]) *Boeckh*, 107.

словами [30]) Такъ, слово «отецъ» обозначаетъ неодинаковыя понятія въ предложеніяхъ: «онъ былъ отецъ двухъ сиротъ» и «онъ былъ отцомъ двумъ сиротамъ».

Съ другой стороны, цѣлая совокупность однихъ и тѣхъ же словъ получаетъ различный смыслъ въ зависимости отъ приданной имъ синтаксической формы. Не все равно, сказать ли: «я здоровъ, когда я много хожу». или: «когда я здоровъ, я много хожу», «я не пойду въ театръ сегодня». или: «я пойду въ театръ не сегодня».

Синтаксическое строеніе рѣчи, даже если дѣло идетъ о произведеніяхъ, написанныхъ на нашемъ родномъ языкѣ, не всегда ясно съ перваго взгляда. Оно затемняется не только употребленіемъ сложныхъ, запутанныхъ оборотовъ, но и существованіемъ въ области синтаксиса «явленій, аналогичныхъ съ гомониміями«[31]). Подобно тому, какъ тождественныя по начертанію слова означаютъ разныя понятія, такъ однимъ и тѣмъ же сочетаніемъ словъ могутъ быть выражаемы разныя мысли. Вотъ простѣйшій примѣръ синтаксической гомониміи: «мать любитъ дочь» (двоякій смыслъ: «мать любима дочерью» и «дочь любима матерью»).

3 Логическій элементъ.

Каждое предложеніе представляетъ собою съ логической точки зрѣнія — сужденіе. «Если грамматическая связь», говоритъ Лангъ: «основывается на правилахъ грамматики, то логическая связь представляетъ собою соединеніе словъ и предложеній, отдѣльныхъ предложеній и цѣлыхъ рядовъ ихъ съ предшествующими и послѣдующими согласно законамъ мышленія. Логическую связь рѣчи можно раздѣлить на ближайшую и отдаленную. Ближайшая относится къ субъекту и предикату одного

---

[30]) Основываясь на этомъ, нѣкоторые (напр., *Lang*, 132—133) различаютъ *абсолютное* значеніе, которое имѣютъ слова сами по себѣ, и *относительное*, которое они пріобрѣтаютъ вслѣдствіе связи съ другими словами. Но абсолютное значеніе, опредѣляемое этимологическимъ строеніемъ слова, въ сущности тождественно съ основнымъ, или кореннымъ.

[31]) *Блассъ*, 62.

отдѣльнаго предложенія, какъ понятіямъ, къ соединенію этихъ понятій, къ основанію этого соединенія и къ побочнымъ понятіямъ Болѣе отдаленная связь имѣетъ мѣсто между двумя, тремя и нѣсколькими другъ съ другомъ связанными предложеніями, которыя соединены между собою либо посредствомъ частицъ, либо безъ нихъ, и вслѣдствіе этого соединенія образуютъ одно логическое цѣлое» [32])

При словесномъ толкованіи, имѣющемъ цѣлью опредѣлить смыслъ одной какой-либо нормы исключительно на основаніи употребленныхъ въ ней словъ, должна быть принимаема въ соображеніе только ближайшая логическая связь, т. е. та, которая существуетъ между словами этой нормы [33]). Изслѣдованіе болѣе отдаленной связи предполагаетъ сопоставленіе толкуемой нормы съ другими нормами и со всею системой дѣйствующаго законодательства, а это уже дѣло реальнаго толкованія [34]).

Логическая связь между понятіями и представленіями, соединенными въ предложеніи, опредѣляетъ смыслъ отдѣльныхъ словъ и разъясняетъ синтаксическое строеніе этого предложенія Такъ, слово «коса» пріобрѣтаетъ различное значеніе въ зависимости отъ словъ, съ которыми стоитъ въ связи, какъ напр, въ выраженіяхъ: «заплести косу», «точить косу», «взобраться на косу». Равнымъ образомъ, синтаксическая гомонимія: «мать любитъ дочь» теряетъ двусмысленность, если за этой фразой слѣдуетъ другая: «а отецъ сына» Въ данномъ случаѣ логическая связь между обѣими фразами указываетъ, что подлежащими въ нихъ являются: «мать» и «отецъ», а не «дочь» и «сынъ».

---

[32]) *Lang*, 184

[33]) Упуская изъ виду существованіе этой связи, почти всѣ авторы умалчиваютъ о логическомъ элементѣ словеснаго толкованія, относя этотъ элементъ цѣликомъ къ реальному толкованію

[34]) Лангъ разсматриваетъ обѣ эти формы логической связи вмѣстѣ признавая, однако, что онѣ не входятъ въ составъ одного только словеснаго толкованія, которому посвящено его сочиненіе. *Lang*, 64, Anm. n.: «Ich weiche nur darin von diesem Schriftsteller (Vangerow) ab, dass ich das «logische Element» nicht ausschliesslich der logischen Auslegung zuweise».

4. Стилистическій элементъ.

Для надлежащаго пониманія литературнаго произведенія необходимо знакомство съ особенностями его слога.

Разный слогъ присущъ, прежде всего, разнымъ націямъ, затѣмъ, разнымъ родамъ и видамъ произведеній и, наконецъ, отдѣльнымъ авторамъ. Всякому извѣстна разница между легкой, ясной и сжатой рѣчью французовъ и тяжелымъ, туманнымъ, запутаннымъ слогомъ нѣмцевъ. Съ другой стороны, ученыя сочиненія пишутся не такимъ стилемъ, какъ поэтическія, а среди поэтическихъ — элегія не такъ, какъ ода, сатира не такъ, какъ драма. Къ довершенію различія, каждый авторъ обладаетъ болѣе или менѣе своеобразной манерой выражаться, въ которой проявляется его индивидуальность [35]). «Стиль различныхъ авторовъ», говоритъ Блассъ: «бываетъ индивидуаленъ въ различной степени, соотвѣтственно большей или меньшей самобытности характера самихъ авторовъ. Чтобы узнать, что принадлежитъ собственно стилю писателя, слѣдуетъ выдѣлить черты національнаго стиля, а затѣмъ и все свойственное тому литературному роду, къ которому относится произведеніе» [36]).

Обращаясь къ стилю юридическихъ нормъ, слѣдуетъ начать съ указанія на то обстоятельство, что такъ какъ въ настоящее время законы составляются и формулируются не однимъ лицомъ и во всякомъ случаѣ подвергаются неоднократному обсужденію со стороны многихъ лицъ, то индивидуальный

---

[35]) *Тэнъ*, Французская философія первой половины XIX в., 1896, стр. 55: «По слогу судятъ объ умѣ. Слогъ открываетъ господствующую способность ума и, давая мѣрку его силы или слабости, заставляетъ предвидѣть его заслуги и заблужденія. Вѣдь что такое слогъ, какъ не привычный способъ выраженія? А что опредѣляетъ этотъ способъ, какъ не обыкновенное состояніе ума? Слѣдовательно, зная его, мы знаемъ причину, причину всемогущую, такъ какъ она дѣйствуетъ всегда, и всегда въ одинаковомъ направленіи. Мы знаемъ, остороженъ или опрометчивъ, ясенъ или теменъ, систематиченъ или безалабаренъ умъ, и въ какой именно степени. Итакъ, выборъ словъ, длина и краткость періодовъ, родъ и число метафоръ являются великими признаками; въ оборотѣ фразъ выражается качество мыслей, а въ писателѣ обнаруживается весь человѣкъ».

[36]) *Блассъ*, 79.

стиль автора первоначальнаго проекта сглаживается, благодаря послѣдующимъ поправкамъ и измѣненіямъ. Исключеніе составляютъ, разумѣется, тѣ немногіе законодательные акты, которые либо выходятъ изъ подъ пера одного лица, либо составляются по частямъ отдѣльными лицами и получаютъ санкцію именно въ такомъ видѣ

Несравненно больше значенія представляетъ въ стилѣ современныхъ юридическихъ нормъ національный элементъ Нашъ Сводъ законовъ столь же мало похожъ по языку на новое гражданское уложеніе Германіи. какъ и на Наполеоновъ кодексъ, въ свою очередь рѣзко отличающійся отъ названнаго уложенія

Но національный элементъ сообщаетъ только національную окраску специфическому стилю. свойственному юридическимъ нормамъ, какъ особому роду литературныхъ произведеній, и характеризуемому, съ одной стороны, простотой рѣчи, а, съ другой стороны, техническимъ характеромъ Простота проявляется въ стремленіи выражать мысль прямо и ясно, безъ помощи какихъ бы то ни было описательныхъ оборотовъ и литературныхъ украшеній, въ родѣ сравненій, аллегорій, метафоръ, епнекдохъ, гиперболъ восклицаній, вопрошеній и пр Техническій же характеръ обусловливается обиліемъ спеціальныхъ терминовъ Всѣ эти особенности — полное преобладаніе національнаго стиля надъ индивидуальнымъ. простота и технической характеръ языка—сообщаютъ слогу современныхъ законовъ сравнительную точность и ясность [37]).

Стиль автора оказываетъ вліяніе на смыслъ употребляемыхъ имъ словъ и оборотовъ. Одинъ и тотъ же эпитетъ, одна и та же фраза пріобрѣтаютъ различное значеніе, смотря потому, употреблены ли они писателемъ, отличающимся простотою и умѣренностью стиля, или же авторомъ, любящимъ яркія и напыщенныя выраженія[38]).

---

[37]) *Gunther*, Recht und Sprache, 1898, 21 und Anm. 231—233, 236 – 238

[38]) *Блассъ*, 77: «Кто послѣ чтенія греческихъ писателей, республиканскаго періода перейдетъ къ чтенію римскихъ, тотъ будетъ склоненъ приписывать слишкомъ большое значеніе напыщеннымъ выраженіямъ послѣднихъ; и наоборотъ, приступая послѣ чтенія римлянъ къ чтенію грековъ, онъ невольно станетъ придавать скромнымъ аттическимъ выраженіямъ меньше вѣса, чемъ слѣдуетъ». *Boeckh*, 138—140

§ 2

Правила словеснаго толкованія.

Сдѣланное въ предыдущемъ параграфѣ изслѣдованіе состава рѣчи обнаружило, что она состоитъ изъ четырехъ элементовъ (лексическаго, синтаксическаго, логическаго и стилистическаго), которые, находясь между собою въ тѣсной связи и вліяя другъ на друга, создаютъ въ своей совокупности словесный смыслъ каждаго предложенія Отсюда само собою слѣдуетъ, что методическій процессъ словеснаго толкованія нормъ долженъ заключаться въ анализѣ всѣхъ названныхъ элементовъ порознь, а затѣмъ въ синтезѣ добытыхъ данныхъ[1]) Иначе говоря, интерпретаторъ долженъ разсмотрѣть лексическій элементъ нормы, установить смыслъ каждаго ея слова въ отдѣльности, выяснить синтаксическое строеніе нормы и логическую связь между ея частями, принять въ разсчетъ стиль автора и затѣмъ, основываясь на полученныхъ результатахъ, опредѣлить смыслъ того сочетанія всѣхъ разобранныхъ элементовъ, какое дано въ подлежащей толкованію нормѣ

Обратимся къ болѣе подробному разсмотрѣнію этого процесса и разъясненію его на примѣрахъ.

Наибольшія трудности при толкованіи юридическихъ нормъ представляетъ ихъ лексическій элементъ. Синтаксическое строеніе современныхъ нормъ, логическая связь между ихъ частями и стиль отличаются, говоря вообще, простотою и ясностью и только въ рѣдкихъ случаяхъ тормозятъ пониманіе велѣній законодателя. Главнѣйшей помѣхой въ этомъ отношеніи служатъ

---

[1]) *Владиславлевъ*, Логика, 1881, 247 : «Грамматическимъ анализомъ мѣсто автора можетъ быть расчленено на отдѣльныя составныя части, объяснено значеніе каждаго слова, разъяснена его форма; анализъ можетъ идти далѣе къ разъясненію этимологической формы словъ. Но пониманіе мѣста можетъ даться только чрезъ синтезъ. Полное пониманіе чужой мысли есть воспроизведеніе ея въ томъ цѣльномъ видѣ, въ какомъ она вышла изъ головы автора. Это возсозданіе можетъ быть произведено, только когда отдѣльныя значенія словъ, данныя анализомъ, синтетически соединятся въ одно цѣлое» *Tobler*, 277—278.

отдѣльныя слова нормъ вслѣдствіе того, что каждое почти слово, какъ было указано въ предшествующей главѣ, имѣетъ нѣсколько значеній.

Спрашивается, чѣмъ же слѣдуетъ руководствоваться, и какъ вообще нужно поступать при опредѣленіи того смысла, какой въ каждомъ данномъ случаѣ должно имѣть какое-либо слово?

Прежде всего, слѣдуетъ замѣтить, что эту задачу нерѣдко облегчаетъ самъ законодатель, указывая, въ видахъ наибольшей ясности и удобопонятности своихъ постановленій, въ какомъ значеніи онъ употребляетъ данное слово. Это обыкновенно дѣлается по отношенію къ техническимъ терминамъ, которыми изобилуетъ каждое развитое законодательство.

Такъ какъ вообще словамъ слѣдуетъ придавать то значеніе, какое съ ними связывалъ ихъ авторъ, хотя бы онъ и отступалъ отъ общепринятаго словоупотребленія, и такъ какъ, вдобавокъ, данное въ законѣ опредѣленіе какого-либо термина является своего рода нормой и потому имѣетъ обязательное значеніе для гражданъ, то первымъ и основнымъ правиломъ словеснаго толкованія нормъ является слѣдующее: *если самимъ авторомъ нормы въ ея текстѣ указано, въ какомъ смыслѣ употреблено какое-либо слово, то въ такомъ именно смыслѣ оно и должно быть понимаемо*[2]).

Приведемъ пару примѣровъ.

Въ обыденной рѣчи и въ литературномъ языкѣ подъ «уплатой» точно такъ же, какъ и подъ «платежемъ», разумѣется всякое вообще удовлетвореніе по денежному обязательству, какъ полное, такъ и частичное Но въ 2051 ст. 1 ч. X т. говорится, что «если должникомъ заплачена заимодавцу часть долговой суммы, то таковое удовлетвореніе называется *уплатой*». Отсюда видно, что законодатель придаетъ термину «уплата», въ отличіе отъ обычнаго словоупотребленія, смыслъ частичнаго погашенія долга, и въ этомъ смыслѣ, значитъ, нужно понимать данный терминъ при толкованіи тѣхъ статей 1 ч. X т., гдѣ онъ встрѣчается.

---

[2]) Это правило указывалось старыми авторами. *Rogerius*, II, § 1: «Significatio est proprius et verus sensus attributus dictioni ab intellectu, vel statuto legislatoris». *Forsterus*, L. II, c. IV. Новѣйшіе писатели о немъ обыкновенно умалчиваютъ

Другой примѣръ. Въ ст. 454—463 1 ч. X т идетъ рѣчь о «правѣ въѣзда въ лѣса» Согласно обыденному словоупотребленію, можно было бы думать, что тутъ имѣется въ виду право въѣзжать въ чужой лѣсъ для какой бы то ни было надобности, напр, для охоты Но въ 453 ст самъ законодатель поясняетъ, что «право въѣзда въ лѣса состоитъ въ пользованіи строевымъ и дровянымъ лѣсомъ изъ чужихъ дачъ»

Однако нерѣдко случается, что, вопреки своему собственному опредѣленію, законодатель придаетъ извѣстному слову въ какомъ-либо частномъ случаѣ другой смыслъ. Это зависитъ либо отъ простого недосмотра, либо отъ того, что нормы, въ которыхъ встрѣчается извѣстное слово, изданы въ разное время, или исходятъ не отъ одного и того же носителя законодательной власти, или редактированы разными лицами [3]). Въ такомъ случаѣ разсматриваемое правило толкованія теряетъ свою силу.

Въ самомъ дѣлѣ, хотя устанавливаемыя въ законѣ опредѣленія терминовъ являются въ сущности предписаніями понимать эти термины въ извѣстномъ смыслѣ и потому имѣютъ характеръ нормъ, соблюденіе которыхъ обязательно для гражданъ [4]), тѣмъ не менѣе это — нормы особаго рода: второстепенныя, вспомогательныя, пояснительныя [5]). Онѣ не обладаютъ самостоятельнымъ значеніемъ и сами по себѣ не могутъ получить примѣненія въ жизни [6]), а служатъ исключительно для разъясненія

---

[3]) *Eisele*, 48

[4]) *Регельсбергеръ*, 92: «Положенія права, устанавливающія значеніе употребляемыхъ въ законѣ выраженій,—такъ называемыя терминологическія положенія,—не составляютъ въ этомъ отношеніи исключенія. Положеніе закономъ въ смыслѣ устава гражданскаго судопроизводства признается всякая норма права (Einf. — Ges. Zur CPO. § 12), опредѣляетъ то, что «законъ» долженъ быть понимаемъ здѣсь ни въ какомъ иномъ, а именно въ указанномъ смыслѣ». *Bierling*, Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe, II, 1883, 25—26, Anm.; *Bierling*, Iuristische Prinzipienlehre, I, 1894, 88—90.

[5]) *Thol*, § 35: «begriffsentwickelnde Rechtssatze; *Windcheid*, § 27: «declaratorische Rechtssatzé»; *Gierke*, 124 · «deutende»; *Регельсбергеръ*, 92: «терминологическія положенія»; *Bierling*, Prinzipienl., I, 90, Anm.: «positiv modifizierende».

[6]) *Kipp (Windsheid*, § 27 Anm. 5): Sie geben für sich allein Niemandem eine Verhaltungsmassregel, und es ist unmoglich, dass der Richter jemals sie allein anwende. Sie haben ihren Werth nur als Aufklarungen anderer Sätze».

смысла другихъ нормъ. Поэтому, если онѣ въ какомъ-либо частномъ случаѣ достиженію этой цѣли не способствуютъ, то ихъ слѣдуетъ игнорировать.

Съ другой стороны, пояснительныя нормы могутъ быть также разсматриваемы, какъ заявленія законодателя о томъ, что онъ намѣренъ употреблять извѣстныя слова въ опредѣленномъ смыслѣ. Разъ съ несомнѣнностью доказано, что онъ въ данномъ случаѣ этого намѣренія не исполнилъ и употребилъ слово въ иномъ смыслѣ, то въ такомъ именно смыслѣ оно и должно быть понимаемо, ибо задача толкованія состоитъ въ томъ, чтобы раскрыть дѣйствительную мысль автора [7]). Такъ наприм., терминъ «уплата» примѣняется въ установленномъ статьею 2051 X т. 1 ч. смыслѣ частичнаго платежа не только въ X т (ст 2052—2056), но и въ уставѣ о векселяхъ (ст 70: «въ срокъ векселя векселедержатель не можетъ отказаться принять *уплату* въ счетъ платежа, учинивъ, впрочемъ, протестъ въ остальной части; причемъ плательщику предоставляется сдѣлать о той *уплатѣ* на векселѣ надпись») Но въ примѣчаніи къ 71 ст. уст. о векс. (по прод. 1895 г.) говорится: «по сдѣлкамъ, писаннымъ на россійскую золотую монету, уплата производится либо золотою монетою въ опредѣленной сдѣлкою суммѣ, либо государственными кредитными билетами по курсу на золото» .. Здѣсь уже, очевидно, подъ *уплатой* разумѣется не только частичное, но и полное погашеніе долга. Такой смыслъ въ данномъ случаѣ и долженъ быть связываемъ со словомъ «уплата», Иначе, если бы слѣдовать обычному словоупотребленію законодателя, его предписаніе получило бы совершенно нелѣпый смыслъ: будто счетъ на золотую валюту требуется только

---

[7]) *Eisele*, 48: «Das Gebot :mit diesem Worte soll bei der Anwendung des Gesetzes jeder diesen Begriffsinhalt verbinden, enthalt zugleich eine Ankündigung des Gesetzgebers, dass er selbst das Wort nur in diesem Sinne gebrauchen werde. Wo sich bestimmt erkennen lasst, dass der Gesetzgeber dieser Ankundingung untreu geworden ist, da ist insoweit auch der begriffsentwickelnde Rechtssatz vom Gesetzgeber ausser Kraft gesetzt. Sonach kann der in einem begriffsentwickelnden Rechtssatz enthalthene Befehl mit der begrifflichen Aufgabe jeder Gesetzesauslegung den wirklichen gesetzgeberischen Willen festzustellen, nicht in Conflict gerathen». *Bierling*, Kritik, II, 25, Anm.

при частичномъ погашеніи вексельнаго долга и необязателенъ при полномъ.

Если самъ законодатель не указалъ, въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать то или другое слово, то опредѣленіе этого смысла, когда онъ, конечно, не очевиденъ и возбуждаетъ какое-либо сомнѣніе, производится по общимъ правиламъ филологической герменевтики

Раньше всего нужно убѣдиться, не имѣемъ ли мы дѣла въ данномъ случаѣ съ индивидуальнымъ словоупотребленіемъ законодателя Съ этою цѣлью слѣдуетъ разыскать и сопоставить между собою встрѣчающіяся въ законѣ параллельныя мѣста. Нерѣдко представляющееся неяснымъ слово получаетъ вполнѣ опредѣленный смыслъ, благодаря тому, что оно въ другой нормѣ употреблено въ сочетаніи съ иными словами или замѣнено болѣе точнымъ выраженіемъ (interpretatio ex dictis alio loco) [8]).

Вотъ примѣры пользованія параллелизмами.

Ст. 701 X т. 1 ч. говоритъ, что «свобода произвола и согласія» при заключеніи сдѣлокъ по имуществамъ «нарушается: 1) принужденіемъ и 2) подлогомъ». Смыслъ термина «принужденіе «опредѣленъ въ слѣдующей (702) статьѣ, а о «подлогѣ» законодатель умалчиваетъ. Разыскавъ и разсмотрѣвъ тѣ статьи гражданскихъ законовъ, гдѣ встрѣчается слово подлогъ, мы останавливаемся на одной изъ нихъ, именно на 526, которая проливаетъ свѣтъ на значеніе этого термина. Изъ этой статьи («владѣніе есть подложное, когда оно основано на подложномъ актѣ или на иномъ обманѣ») видно, что въ X томѣ подлогъ понимается въ обширномъ смыслѣ всякаго вообще обмана, въ противоположность обыденному словоупотребленію, согласно которому подлогомъ называется только одинъ изъ частныхъ случаевъ обмана [9])

Другой примѣръ Въ 560 ст. 1 ч. X т. постановлено, что «для силы давности надобно владѣть *на правѣ собственности*, а

---

[8]) *Eckhardus*, I, § XV; *Zachariae* § 34. Послѣдній авторъ усматриваетъ тутъ, а также и въ томъ случаѣ, когда самъ законодатель опредѣлилъ значеніе употребленныхъ имъ словъ, аутентическое толкованіе.

[9]) *Неклюдовъ* («Журн. гр. и уг. пр.» 1880, май, 172 и сл., проток. петерб юрид общ.).

не на иномъ основаніи». Сопоставивъ эту статью съ 533 ст. того же тома («спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе *въ видѣ собственности* превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности»), мы убѣждаемся, что подъ выраженіемъ «владѣніе на правѣ собственности» законъ разумѣетъ «владѣніе въ видѣ собственности», т е. имѣющее внѣшній видъ собственности, самостоятельное, соединенное съ намѣреніемъ осуществлять по отношенію къ данному имуществу содержаніе права собственности (possessio cum animo domini)[10].

При отсутствіи въ законѣ опредѣленій терминовъ и параллелизмовъ, слѣдуетъ для выясненія смысла сомнительнаго слова установить, на основаніи этимологическаго разбора и изслѣдованія словоупотребленія[11], всевозможныя значенія этого слова, а затѣмъ обратить вниманіе на тѣ данныя, которыми можетъ опредѣляться его смыслъ въ каждомъ частномъ случаѣ Такими данными, какъ выяснилось въ предъидущемъ параграфѣ, являются: 1) время, когда написано произведеніе, 2) мѣстность, діалектомъ которой пользовался авторъ, 3) кругъ лицъ, которыхъ онъ имѣлъ въ виду, 5) синтаксическая и логическая связь даннаго слова съ другими словами и 6) стиль автора[12].

---

[10]) *Гольмстенъ* (у *Мейера*, 295)

[11]) *Блассъ*, 45 и сл.; *Boeckh*, 93 ff.; *Paul*, 181 ff; *Lang*, 129 ff Рѣшающее значеніе при опредѣленіи смысла словъ имѣетъ словоупотребленіе *Boeckh*, 98· «Основное значеніе слова должно быть отыскиваемо посредствомъ этимологіи, т. е. сведенія сложныхъ образованій на значеніе ихъ простѣйшихъ составныхъ частей» (корней) Но смыслъ корней тоже познается не иначе, какъ изъ словоупотребленія, такъ что «вездѣ вопросъ сводится къ словоупотребленію» (106).

[12]) Что словоупотребленіе зависитъ отъ этихъ данныхъ, яснѣе другихъ старыхъ авторовъ выразилъ Экгардъ. *Eckhardus*, § I, XVIII: «Usum loquendi sic intelligi necesse est, ut, quo sensu quodque verbum, quoque tempore, a quocunque hominum genere, in certo quodam contextu verborum, dictum sit, quaeratur». Ср. также *Mühlenbruch* § 60: «Fur jede Art der Interpretation, und so denn auch für die grammatische, ist wichtig: die Berücksichtigung des Zusammenhangs, die Anwendung des Parallelismus, die Rücksicht auf die Eigenhtümlichkeiten des Gegenstandes, des Urhebers der Rede, des Zeitalters und des Orts, wo sie entstanden ist, so wie der Menschen, fur welche sie bestimmt ist...» *Zachariae*, § 73, *Lang*, 145.

Вліяніе времени, сказывающееся въ томъ, что значеніе словъ измѣняется въ разные періоды жизни народа, давно оцѣнено филологами и послужило поводомъ къ установленію особаго герменевтическаго правила: *словамъ долженъ быть придаваемъ смыслъ, въ которомъ они употреблялись въ то время, когда было написано данное произведеніе* [13]).

Это правило имѣетъ полную силу и въ примѣненіи къ толкованію нормъ[14]). Дѣйствительно, съ перваго взгляда очевидно, что, изъясняя Русскую Правду, нельзя руководствоваться словоупотребленіемъ эпохи Уложенія 1649 г., а слова современныхъ законовъ понимать въ томъ смыслѣ, какой они имѣли во время изданія Судебниковъ.

Слѣдуетъ еще замѣтить, что разсматриваемое правило въ одинаковой степени относится какъ къ обыденнымъ, обще-литературнымъ словамъ, такъ и къ техническимъ терминамъ. Хотя послѣдніе въ общемъ отличаются большею устойчивостью смысла, нерѣдко представляя собою слова, искусственно созданныя или заимствованныя изъ чужого языка спеціально для обозначенія точно опредѣленныхъ понятій, тѣмъ не менѣе и они могутъ пріобрѣтать съ теченіемъ времени различные оттѣнки [15]).

---

[13]) *Блассъ*, 67 и сл ; *Boeckh*, 101 ff., 106. Послѣдній авторъ формулируетъ это правило слѣдующимъ образомъ: не должно толковать произведеніе въ такомъ смыслѣ, въ какомъ оно не могло бы быть понимаемо никѣмъ изъ его современниковъ.

[14]) Его приводятъ многіе юристы. *Eckhardus*, I, § XIX, II, § LXXVII: «Quum vero leges imperii non uno eodemque tempore conditae sunt, et consuetudo loquendi ipsa subinde mutata est · ejus potissimum aetatis, qua lex quaeque scripta est, consuetudo, quem cuique verbo, in quaque coniunctione formae item loquendi, sensum tribuerit, diligenter est inquirendum». *Gluck*, 229; *Zachariae*, § 37: *Thibaut*, Pand, § 49; *Muhlenbruch*, § 60; *Unger*, 80; *Burchardi*, 70—71; *Windscheid*, § 21, Anm. 2; *Bishop*, § 75.

[15]) Техническіе термины обѣихъ категорій одинаково затрудняютъ пониманіе юридическихъ нормъ для неспеціалистовъ. *Schellhas*, Die Terminologie des Rechts (Arch. für offentl. Recht, 1900, XV B. 433) Такъ какъ, однако, обойтись безъ такихъ терминовъ врядъ ли возможно, да и не желательно въ виду ихъ преимуществъ, указанныхъ въ текстѣ, то помочь бѣдѣ могли бы только тщательно составленные словари юридической терминологіи. Къ сожалѣнію, у насъ до сихъ поръ нѣтъ удовлетворительнаго словаря

Поэтому, при опредѣленіи ихъ смысла, нужно имѣть въ виду словоупотребленіе, господствовавшее въ юридической литературѣ и практикѣ во время изданія толкуемаго закона

Такъ какъ, далѣе, значеніе словъ измѣняется не только во времени, но и въ пространствѣ, то *при опредѣленіи его нужно имѣть въ виду особенности мѣстнаго діалекта, которымъ авторъ могъ въ данномъ случаѣ пользоваться*[16]). Такъ напр., въ 1 ч. X т. встрѣчается слово «улиточный». На великорусскомъ нарѣчіи оно означаетъ «относящійся къ улитѣ» Но совершенно не то значеніе имѣетъ оно въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ, къ которымъ относится та статья X т., гдѣ оно помѣщено: «въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской записи объ уступкѣ открывшагося уже наслѣдства или о передачѣ правъ на отысканіе онаго остаются въ своей силѣ и именуются улиточными» (прим. къ 710 ст. 1 ч. X т.). Если бы самъ законодатель не опредѣлилъ здѣсь значенія термина «улиточный», то нужно было бы сдѣлать это, основываясь на словоупотребленіи, принятомъ въ Малороссіи[17]).

Аналогичное правило должно быть установлено и относительно опредѣленія смысла словъ въ зависимости отъ круга лицъ, къ которому обращена или который имѣетъ въ виду норма: *словамъ должно быть придаваемо то значеніе, какое съ ними связывается въ данномъ кругу лицъ*[18]).

Такъ напр., слово «дворъ», употребляемое въ общихъ гражданскихъ законахъ въ своемъ обычномъ смыслѣ (Прим. къ 394 ст. 1 ч. X т.: «обывателямъ городовъ дозволено раздѣлять обширныя мѣста и дворы на части для продажи порознь»...),

---

встрѣчающихся въ нашихъ законахъ юридическихъ терминовъ, хотя попытки составить его дѣлались неоднократно, начиная еще съ конца прошлаго вѣка. *Муллова*, О разработкѣ и установленіи русской юридической терминологіи («Журн. Мин. Юст.», 1864, № 1, стр. 75 и сл).

[16]) *Boeckh*, 98; *Zachariae*, § 37; *Burchardi*, 76; *Windscheid*, § 21, Anm. 3; *Bishop*, § 102.

[17]) Въ русскомъ языкѣ имѣется немало областныхъ словъ, означающихъ юридическія отношенія, по преимуществу семейныя. *Муллова*, Областной термино-юридическій словарь (въ «Журн. Мин. Юстиціи», 1865, № 2).

[18]) *Bishop*, § 100.

обозначаетъ въ Пол. о крест пное понятіе: «когда земля пріобрѣтена крестьянскими *дворами* .» (ст. 131). Равнымъ образомъ, слово «курсъ» имѣетъ въ торговомъ быту одно значеніе, а въ морскомъ —другое (115 ст 1 прилож. къ 592 ст. уст. торг.: «гофъ-маклеры... назначаются для собиранія свѣдѣній... о *курсахъ* денежномъ и вексельномъ»; ст. 436 уст. торг: «если два паровыхъ судна идутъ на пересѣчку *курса* одно другому»...).

Сюда же относится та категорія юридическихъ терминовъ, которая образовалась путемъ спеціализаціи значенія обыденныхъ, общеупотребительныхъ словъ. Такъ, «юристъ соединяетъ съ владѣніемъ, свойствомъ, завѣщаніемъ и наслѣдованіемъ, съ тюрьмою и арестомъ, съ убійствомъ и лишеніемъ жизни и т. д — иныя понятія, чѣмъ тѣ, какія приняты въ народномъ словоупотребленіи; vis major, случай, промедленіе и др. имѣютъ значеніе особыхъ понятій, выработанныхъ исторіей права»[19]).

Затѣмъ, смыслъ каждаго слова зависитъ также отъ тѣхъ словъ, съ которыми оно соединяется въ томъ или иномъ случаѣ, а потому *слова должны быть толкуемы не порознь, а въ совокупной связи*[20]).

Такъ, слово «содержаніе» имѣетъ совершенно различный смыслъ въ статьяхъ: 106 («мужъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и *содержаніе* по состоянію и возможности своей»), 1585 («... въ *содержаніи* договора было изъяснено»...), и 1691 X т. 1 части («при наймѣ или отдачѣ въ *содержаніе* частныхъ имуществъ...).

Наконецъ, отражается на смыслѣ словъ и стиль автора, проявляющійся въ болѣе или менѣе своеобразномъ употребле-

---

[19]) *Регельсбергеръ*, 147. Dernburg, § 35, 1.

[20]) *Boeckh*, 107—108; *Классъ*, 70—71; *Paul*, 182—183; *Tobler*, 174, *Eckhardus*, I, § V: «Quum enim oratio ex pluribus inter se junctis verbis constet, et notiones verborum per conjunctionem cum aliis mutantur: consequens est, ut frustra de eruendo auctoris sensu laboret, qui ad nexum et structuram verborum non respicit etiamsi vim et potestatem singulorum verborum perspiciat». *Glück*, 228, *Burchardi*, 72—73; *Unger*, 80; *Bishop*, § 93; *Beal*, 145. *Dernburg* (§ 35) неправильно относитъ изслѣдованіе связи между словами закона всецѣло къ логическому толкованію

ніи словъ и оборотовъ. Согласно съ этимъ, *словамъ должны быть придаваемы оттѣнки соотвѣтственно стилю автора*[21]).

Если языкъ какого-либо кодекса отличается сжатостью и точностью выраженій, то отдѣльныя слова его статей слѣдуетъ понимать въ ихъ строгомъ и точномъ смыслѣ. Наоборотъ, въ нашемъ Сводѣ законовъ, который въ значительной части составленъ изъ старинныхъ указовъ и, подобно имъ, страдаетъ многословіемъ и расплывчатостью, отдѣльныя слова могутъ быть толкуемы свободнѣе, въ болѣе общемъ и менѣе опредѣленномъ смыслѣ. Такъ, если бы мы прочли выраженіе: «когда кто-либо захваченъ во власть другаго» въ Наполеоновомъ кодексѣ, то придали бы ему точный смыслъ: «когда кто-либо овладѣлъ другимъ лицомъ и подчинилъ его своему физическому господству». Но, встрѣтивъ эти слова въ 702 ст. 1 ч. X тома, заимствованной изъ Уложенія 1649 г. («принужденіе бываетъ, когда кто-либо, *бывъ захваченъ во власть другаго*, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство насильственно страхомъ настоящаго или будущаго зла»...), мы понимаемъ слова закона въ болѣе общемъ смыслѣ: «когда кто-либо принуждается къ заключенію сдѣлки угрозами и не *имѣетъ возможности предотвратить ихъ осуществленіе*»..

Таковы данныя, которыя обусловливаютъ смыслъ отдѣльныхъ словъ и должны быть принимаемы въ соображеніе при толкованіи почти каждой нормы[22]). Безъ надлежащей ихъ оцѣнки невозможно правильное пониманіе нормъ, хотя не всегда даже тщательное взвѣшиваніе ихъ приводитъ къ удовлетворительному результату.

---

[21]) *Блакст*, 76 и сл.; *Boeckh*, 139—140; *Lang*, 226 ff

[22]) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ выясненію смысла словъ закона могутъ содѣйствовать еще и другія данныя. Такъ напр., если какой либо законодательный актъ изданъ одновременно на двухъ языкахъ, причемъ оба текста получили санкцію, то сомнительныя мѣста одного текста должны быть разъясняемы съ помощью другаго. Но такъ какъ мы разсматриваемъ процессъ словеснаго толкованія въ общемъ видѣ, въ примѣненіи ко всѣмъ нормамъ, то подобные исключительные и рѣдкіе случаи оставлены нами безъ разсмотрѣнія. Примѣры изданія законовъ на двухъ языкахъ сразу см у г. *Малышева*, стр. 287—289.

Обратимся теперь къ синтаксическому элементу нормъ. Методическій разборъ этого элемента, поскольку дѣло касается современныхъ нормъ, написанныхъ на нашемъ родномъ языкѣ и отличающихся въ общемъ простотой конструкціи, требуется въ рѣдкихъ случаяхъ, именно если возникаетъ какое-либо сомнѣніе въ смыслѣ нормы или замѣчается неправильность въ способѣ выраженія [23]).

Приведемъ примѣръ. Ст 533 X т. 1 части постановляетъ, что, «спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіи установленной закономъ давности» Что означаетъ терминъ: «непрерывное»? Нѣкоторые цивилисты полагаютъ, что этотъ терминъ слѣдуетъ относить не къ владѣнію, а къ качествамъ владѣнія, и понимать ст. 533 такъ: непрерывно спокойное и непрерывно безспорное владѣніе превращается [24]) и т. д. Однако такое толкованіе противорѣчитъ синтаксическому строенію этой статьи, такъ какъ въ ней слово «непрерывное» является такимъ же опредѣленіемъ подлежащаго «владѣніе», какъ и слова «спокойное и безспорное».

Подобнымъ же образомъ и къ логическому разбору нормъ нужно прибѣгать только въ случаѣ сомнѣнія относительно ихъ смысла. Напр, ст. 2066 X. т. 1 ч. гласитъ: «отдача казеннаго имущества въ частныя руки не допускается; но если *запасъ провіанта и фуража* собственно по военному вѣдомству, по надлежащемъ изысканіи всѣхъ средствъ къ продажѣ ихъ, *окажется неуспѣшнымъ* и самая необходимость укажетъ единственный способъ къ сбыту ихъ чрезъ отдачу въ частную ссуду подъ достаточные залоги, то всякій разъ испрашивать на сіе особыя раз-

---

[23]) Русскій юридическій языкъ не отличается какими-либо особыми синтаксическими неправильностями. Другое явленіе замѣчается въ Германіи. *Günther*, Recht und Sprache, 36: «Die Verstosse der Iuristensprache gegen die Regeln der Grammatik und Syntax, gegen Satzbildung und Satzstellung, gegen die Lehren vom Tempus und Modus u. s. w. sind anerkanntermassen leider so zahlreich, dass wir uns im Folgenden darauf beschränken mussen eine kleine Blütenlese aus den besonders häufigen Fällen zusammenzustellen».

[24]) Указанія см. у г. *Анненкова*, Система, II, (2 изд.), 204—207.

рѣшенія высшаго начальства». Прочитывая эту статью, мы наталкиваемся на безсмысленное выраженіе: «запасъ провіанта и фуража... окажется безуспѣшнымъ». Чтобы выяснить, о чемъ идетъ рѣчь, нужно подвергнуть статью разбору и тогда обнаружится редакціонная ошибка: вмѣсто «сбытъ провіанта и фуража» сказано просто «провіантъ и фуражъ.

Наконецъ, стилистическій элементъ, взятый самъ по себѣ, тоже лишь въ рѣдкихъ случаяхъ затрудняетъ пониманіе современныхъ нормъ. Конечно, и въ нихъ попадаются погрѣшности противъ стиля[25]). Въ нашемъ Сводѣ законовъ, напр, благодаря способу его составленія[26]), имѣется много архаизмовъ На каждомъ шагу встрѣчаются устарѣвшія слова и выраженія, въ родѣ слѣдующихъ: «токмо», посему», «оный», «сопряженный» (вмѣсто соединенный, связанный: ст. 100 X т. 1 ч.), «сопричтенный» (вмѣсто причисленный, ст. 144 X т. 1 ч.), «смотрѣніе» вмѣсто завѣдываніе, ст. 266 X т. 1 ч.), «буде» (вмѣсто «если»), «какъ, то» вмѣсто «такъ какъ, то» (ст 574 X т. 1 ч.: «*какъ* по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, *то* всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому-либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой производятъ право требовать вознагражденіе», ср также ст. 560) и т. д. Но все это само по себѣ не является препятствіемъ къ пониманію статей Свода.

Изслѣдованіе процесса словеснаго толкованія нормъ показываетъ, что руководствомъ при немъ должны служить общія правила грамматики, стилистики, логики и филологической герменевтики.

---

[25]) Такихъ погрѣшностей особенно много въ нѣмецкомъ юридическомъ языкѣ, о которомъ *Günther* говоритъ: «man wird ein bekanntes älteres Sprichwort über die Juristen etwas verändernd, wohl behaupten dürfen, das sie «böse Stilisten» sind» 42—43.

[26]) При извлеченіи статей Свода изъ старыхъ указовъ, какъ извѣстно, было принято за правило «излагать ихъ тѣми самыми словами, какія стоятъ въ текстѣ безъ малѣйшаго ихъ измѣненія, ибо въ законѣ не столько изящество слога, сколько сила и важность его, а для важности древность драгоцѣнна». *Ремненкампфъ*, 129.

Но хотя для построенія какихъ-либо особыхъ, спеціально юридическихъ правилъ нѣтъ ни надобности, ни основанія, подобныя правила все-таки устанавливаются нѣкоторыми писателями и кодексами. Сюда относятся, напр, такія положенія: «въ случаѣ сомнѣнія, (т. е. когда невозможно съ достовѣрностью сказать, въ какомъ именно смыслѣ употреблено данное слово), слѣдуетъ отдавать предпочтеніе обычному значенію предъ исключительнымъ, техническому предъ обыденнымъ, обширному предъ узкимъ», «законъ слѣдуетъ толковать такъ, чтобы ни одно слово въ немъ не оказывалось лишнимъ и не имѣющимъ значенія» и пр. Однако, при ближайшемъ разсмотрѣніи, не трудно убѣдиться, какъ справедливо было уже замѣчено нѣкоторыми авторами, что эти положенія представляютъ собою на самомъ дѣлѣ не правила, соблюденіе которыхъ необходимо для раскрытія истиннаго смысла нормъ, а основанныя на вѣроятности предположенія относительно этого смысла на тотъ случай, когда его не удалось опредѣлить съ достовѣрностью[27]). Вотъ почему эти правила слѣдуетъ присоединить къ числу предположеній и разсмотрѣть совмѣстно съ послѣдними. (См. ниже, гл IV, § 8).

§ 3.

Результатъ словеснаго толкованія.

Подвергнувъ норму словесному толкованію, мы узнаемъ ея словесный смыслъ При этомъ можетъ оказаться одно изъ двухъ: 1) что словесный смыслъ вполнѣ ясенъ, или 2) что онъ неясенъ.

Словесный смыслъ представляется яснымъ тогда, когда норма, согласно своему грамматическому строенію и установившемуся словоупотребленію, допускаетъ только одинъ безусловно точный и опредѣленный способъ пониманія[1]). Въ противномъ случаѣ она должна быть признана неясной.

---

[27]) *Lang*, 144—145: «Aus dem gesagten ergiebt sich, dass die erwahnten Regeln weniger Regeln sind, als Gesichtspunkte, von welchen man bei der Entscheidung für die eine oder die andere der mehreren Bedeutungen unter gewissen Voraussetzungen ausgehen kann.» *Krug*. 110—111.

[1]) Иначе опредѣляютъ «ясность» нормъ Савиньи и Кругъ. По словамъ перваго, законъ представляется нормальнымъ, «здравымъ», когда «выражаетъ вполнѣ законченную мысль, и когда нѣтъ никакого обстоятельства, которое

Возьмемъ для примѣра 44 ст. 1 ч. X т.: «по смерти одного изъ супруговъ, оставшійся въ живыхъ можетъ вступить въ новый бракъ, если нѣтъ никакихъ законныхъ къ тому препятствій». Многія изъ словъ, употребленныхъ въ этой статьѣ, имѣютъ по нѣсколько значеній. Такъ, «бракъ» означаетъ: 1) супружество, 2) негодный товаръ и 3) опредѣленіе сортовъ товара; «вступить» значитъ: 1) войти, 2) начать («вступить въ бой») и 3) поступить («вступило отъ овецъ прошеніе въ приказъ»); «живой» значитъ: 1) живущій, 2) подвижной, рѣзвый, 3) отзывчивый («живая газета»), 4) рельефный, яркій (живо изобразить) и т. д. Однако эти слова, толкуемыя въ той связи, въ какую они поставлены въ приведенной статьѣ, могутъ быть понимаемы только въ одномъ, вполнѣ опредѣленномъ и точномъ смыслѣ Поэтому, статья 44 должна быть признана ясной

Неясность нормъ проявляется въ разныхъ формахъ и зависитъ отъ различныхъ причинъ

Во 1, иногда норма не имѣетъ разумнаго смысла, т. е выраженная въ ея словахъ мысль представляется непонятной. Въ такомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ *темнотою*, или *неясностью* въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Этого рода неясность можетъ обусловливаться либо тѣмъ, что норма дошла до насъ въ искаженномъ видѣ, либо тѣмъ, что въ ней употреблены непонятныя слова или скрыто внутреннее

препятствовало бы намъ признать эту мысль истиннымъ содержаніемъ закона» (*Savigny*, 222). Кругъ выставляетъ такое положеніе: «законъ долженъ считаться яснымъ, если онъ, разсматриваемый во всей цѣлости, выражаетъ законченную мысль. если эта мысль не противорѣчитъ другимъ постановленіямъ законовъ, не указываетъ на дѣйствительный пробѣлъ въ правѣ, и если, наконецъ, ничто не даетъ права думать, что законъ основывается на какой-либо оправдываемой словоупотребленіемъ небрежности въ способѣ выраженія» (*Krug*, 97—98). Оба эти автора, какъ видно изъ приведенныхъ словъ, имѣютъ въ виду «ясность» не словеснаго смысла нормъ, обнаруживаемаго изслѣдованіемъ одной лишь наружной оболочки ихъ, а внутренняго, дѣйствительнаго, который раскрывается посредствомъ сопоставленія толкуемаго закона съ другими законами съ помощью разныхъ иныхъ данныхъ.

противорѣчіе [2]). Первые два случая наблюдаются нерѣдко при изученіи древнихъ юридическихъ памятниковъ; съ третьимъ можно встрѣтиться и при толкованіи современныхъ нормъ. Рельефнымъ примѣромъ служитъ 220 ст. 1 ч. X т., первая половина которой («достигшій 17 лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имуществомъ») парализуется второю (но не можетъ «дѣлать долги, давать письменныя обязательства и совершать акты и сдѣлки какого-либо рода»), ибо управленіе имуществомъ немыслимо при невозможности совершать какія бы то ни было сдѣлки

Во 2, неясность происходитъ очень часто отъ того, что норма допускаетъ нѣсколько одинаково возможныхъ способовъ пониманія, т. е., что употребленныя въ ней слова или обороты страдаютъ *двусмысленностью* [3]). Такъ напр., по 648 ст. 1 ч. X т. соучастники въ преступленіи отвѣчаютъ за причиненные имъ убытки поровну, а «буде кто-либо изъ нихъ окажется *несостоятельнымъ*, то слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ участвовавшихъ въ совершеніи сего преступленія». Эта норма страдаетъ двусмысленностью, такъ какъ терминъ *несостоятельность* можетъ означать просто фактическое неимѣніе средствъ или же юридически засвидѣтельствованную неспособность къ платежу (путемъ объявленія даннаго лица несостоятельнымъ должникомъ).

Въ 3, неясность обусловливается иногда *неточностью* употребленныхъ словъ и выраженій, благодаря чему предметъ, о которомъ идетъ рѣчь въ нормѣ, обозначается недостаточно опредѣленно въ качественномъ или количественномъ отношеніи [4]). Въ нашемъ X томѣ, напр., часто употребляется не-

---

[2]) *Eckhardus*, I, § XXIX; *Mühlenbruch*, § 59.

[3]) *Savigny*, 226—227; *Del Rosso*, 335: «Una espressione ambigua esprime due pensieri *con apparenza d'eguale probabilità* di volere in colui, che la proferisce». Что двусмысленность всегда связана съ неясностью, а неясность можетъ быть не связана съ двусмысленностью, замѣтилъ Куяцій. *Cujacii*, in Iuliani librum singul de ambiguitatibus recitationes solemnes (Opera, Venet., 1758, VI, p. 499): «In obscuro quid dictum sit quaeritur, in ambiguo, utrum dictum sit, hoc an illud. Et ambiguum quidem etiam est obscurum, sed non contra: non omne scilicet obscurum etiam ambiguum».

[4]) *Lang*, 116—147.

опредѣленное выраженіе «хозяинъ» взамѣнъ точныхъ юридическихъ терминовъ: «собственникъ», «владѣлецъ», «арендаторъ» и т. д, вслѣдствіе чего иной разъ остается неизвѣстнымъ, какую изъ этихъ категорій лицъ законъ имѣетъ въ виду (ст. 442, 445, 609 и др.).

Наконецъ, въ 4, нормы бываютъ неясны по причинѣ своей *неполноты*, т. е. вслѣдствіе того, что законодатель не выразилъ вполнѣ законченной мысли, упустивъ изъ виду нѣкоторыя стороны предмета, о которомъ говорилъ [5]). Примѣромъ могутъ служить 397 и 399 ст. 1 ч X т., которыя, говоря, когда имущества считаются родовыми, а когда—благопріобрѣтенными, упускаютъ изъ виду цѣлый рядъ случаевъ, вслѣдствіе чего остается неяснымъ, какими слѣдуетъ признавать имущества, доставшіяся по выдѣлу, въ приданое, по давности владѣнія и пр.

Итакъ, *неполнота*, *неточность*, *двусмысленность* и *темнота* (неясность въ строгомъ смыслѣ слова), вотъ четыре основныя причины, или, иначе говоря, формы неясности нормъ [6])

Необходимо добавить, что онѣ могутъ комбинироваться между собою. Такъ, 284 ст. 1 ч. X т., по которой «опекуны получаютъ за свои труды 5% изъ доходовъ малолѣтняго», страдаетъ неточностью, а потому двусмысленна: законодатель не опредѣлилъ, какой доходъ онъ имѣетъ въ виду, чистый или валовой. Точно также можетъ вести къ двусмысленности и неполнота нормы. Если, напр., въ ст. 397 — 398 не указано, относятся ли имущества, полученныя въ приданое, къ родовымъ или благопріобрѣтеннымъ, то этотъ вопросъ допускаетъ двоякое рѣшеніе.

По окончаніи словеснаго толкованія возникаютъ два важныхъ вопроса: 1) считать ли задачу толкованія выполненной, когда словесный смыслъ нормы оказался яснымъ, и 2) какъ быть, если онъ въ какомъ-либо отношеніи неясенъ?

---

[5]) Савиньи удачно разъясняетъ понятіе «неполноты» закона, уподобляя ее тому случаю, когда кто-нибудь прерываетъ начатую рѣчь, не успѣвъ высказать всей своей мысли. *Savigny*, 225—226. Но приводимая Савиньи въ качествѣ примѣра 107 новелла Юстиніана, которая требовала присутствія свидѣтелей при заключеніи извѣстнаго рода сдѣлокъ, но не опредѣляла числа этихъ свидѣтелей, скорѣе представляетъ собою случай *неточности*.

[6]) Савиньи различаетъ: 1 неопредѣленность выраженій, распадающуюся на неполноту и двусмысленность и 2) неправильность, которая состоитъ

I. Останавливаясь сначала на первомъ вопросѣ, нужно замѣтить, что онъ допускаетъ два противоположныхъ отвѣта. Можно признать, во 1, что если словесный смыслъ нормы ясенъ, то никакое дальнѣйшее толкованіе ея недопустимо, и она должна быть понимаема и примѣняема именно въ этомъ смыслѣ, или же во 2, что ясность словеснаго смысла нормы не служитъ препятствіемъ къ дальнѣйшему толкованію ея, и что необходимо еще провѣрить, соотвѣтствуетъ ли ея словесный смыслъ внутреннему, т. е. дѣйствительной волѣ законодателя.

Оба эти взгляда поперемѣнно господствовали въ законодательствахъ и литературѣ.

Первый, свидѣтельствующій о преклоненіи предъ словами, предъ «буквой» закона, свойственъ народамъ, стоящимъ на низшихъ ступеняхъ юридическаго развитія. «Исторія права», говоритъ Іерингъ: «могла бы поставить въ качествѣ эпиграфа къ своей первой главѣ фразу: «въ началѣ было слово». Всѣмъ необразованнымъ народамъ слово, какъ написанное, такъ и торжественно произнесенное (формула), представляется чѣмъ-то таинственнымъ; наивная вѣра приписываетъ ему сверхъестественную силу. Нигдѣ эта вѣра въ слово не была сильнѣе, чѣмъ въ древнемъ Римѣ. Культъ слова проходитъ сквозь всѣ отношенія публичной и частной жизни, религіи, нравовъ и права[7])». Сообразно съ этимъ, юристы древняго Рима ограничивались словеснымъ толкованіемъ, считая букву закона ненарушимой святыней и не доискиваясь истинной мысли и воли законодателя[8]).

въ несоотвѣтствіи словъ закона дѣйствительной мысли законодателя. *Savigny*, 222 ff. Аналогично: *Saredo*, 416—418. Большинство авторовъ указываютъ только на двусмысленность и неясность нормъ, не подраздѣляя неясности на виды. *Zachariae*, § 30 (Undeutlichkeit und Vieldeutigkeit); *Unger*, 90 (Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit); *Регельсбергеръ*, § 29, и др. Кругъ различаетъ слѣдующія формы неясности: 1) двусмысленности, 2) противорѣчія и 3) пробѣлы. *Krug*, 80 ff. Но о противорѣчіяхъ между нормами и пробѣлами въ нихъ можетъ идти рѣчь только послѣ того, какъ выясненъ ихъ внутренній смыслъ, т. е. послѣ реальнаго толкованія.

[7]) *Ihering*, Geist, II, 1, 441 (§ 44).

[8]) *Kierulff*, 19—21. Это обстоятельство однако не мѣшало имъ чутко прислушиваться къ потребностямъ жизни и подводить подъ законныя формулы такія отношенія, которыхъ законодательство вовсе не имѣло въ виду. *Ihering*, Geist, II, 1, § 44, 458—468; *Karlowa*, Romische Rechtsgeschichte, I, 1885, 478—479; *Iors*, Romische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, 1888, 83, 85—97.

Съ теченіемъ времени римская юриспруденція постепенно перешла къ свободному толкованію, поставивъ себѣ задачей раскрытіе внутренняго смысла нормъ, которому должно быть отдаваемо предпочтеніе предъ словеснымъ [9]). Этотъ принципъ, мастерски примѣнявшійся представителями римской юриспруденціи въ эпоху ея разцвѣта, былъ доведенъ до крайности западно-европейской юриспруденціей и судебной практикой среднихъ вѣковъ и новаго времени, когда подъ вліяніемъ практической необходимости приходилось перетолковывать и приспособлять нормы Юстиніановыхъ сводовъ къ измѣнившимся отношеніямъ жизни. Свободное толкованіе обратилось въ произволъ, не останавливавшійся предъ самымъ явнымъ искаженіемъ текста и мысли толкуемыхъ законовъ. Вслѣдствіе этого возникла въ XVIII вѣкѣ реакція, которая закончилась тѣмъ, что законодательства многихъ странъ предписали примѣнять законы по буквальному смыслу, воспретивъ всякое ихъ толкованіе [10]). Но нераціональность такой системы про-

---

[9]) *Kierulff*. 21 ff *Iors*, 227; *Dernburg*, § 34. Одинъ изъ пунктовъ различія между сабиньянцами и прокулеянцами состоялъ въ томъ, что первые строго придерживались буквы закона, а вторые отдавали предпочтеніе внутреннему смыслу его. *Chénon*, Etude sur les controverses entre les proculiens et les sabiniens, 1881, 87.

[10]) Codex Maximil. Bavar. I, I, § 9: «Deutliche Gesetze und Ordnungen soll man nicht auszulegen suchen, sondern die Worte bei ihrer gewohnlichen nnd landlaufigen Bedeutung ohne Verdrehung bllassen». Фридрихъ II неоднократно высказывался противъ права толкованія судами законовъ *Borneman*, Systematische Darstellung des Preuss. Civilrechts 1834, I, § 37. Этотъ взглядъ проявился какъ въ проектахъ, такъ и (въ смягченномъ, впрочемъ, видѣ) въ окончательной редакціи Прусскаго Земскаго Права 1794 г (Allg Landr., Einl. § 46: «bei der Entscheidung streitiger Rechtsfalle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beilegen, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus *dem nächsten nnzweifelhaften Grunde des Gesetzes.* deutlich erhellet» Подчеркнутыя слова разрѣшаютъ судамъ логическое толкованіе, но только въ одной формѣ: согласно несомнѣнному основанію закона). Аналогичное явленіе повторилось въ XVIII вѣкѣ въ Австріи, гдѣ Іосифъ II то же предписывалъ судамъ примѣнять законы по буквальному ихъ смыслу, и гдѣ отголоски этого предписанія сохранились въ § 6 гражд. уложенія 1811 г, воспроизводящемъ другими словами приведенное только что постановленіе Прусскаго Зем Права. *Unger*, 85 — 96. Подобныя же попытки ограничить

явилась очень скоро, такъ что уже въ началѣ XIX в. перевѣсъ получило противоположное воззрѣніе, которое и является господствующимъ въ настоящее время.

Тѣмъ не менѣе и первое мнѣніе имѣетъ еще многихъ защитниковъ [11]).

Въ его пользу приводились и приводятся слѣдующіе доводы.

1. «Текстъ и мысль закона — не двѣ различныя вещи, а одна и та же, именно воля законодателя Какимъ образомъ мы познаемъ эту волю? Онъ самъ взялъ на себя задачу объявить ее намъ въ аутентическомъ текстѣ, въ самомъ торжественномъ изъ всѣхъ актовъ... Такимъ образомъ, текстъ является истинною мыслью законодателя въ томъ видѣ, какъ самъ законодатель ее формулировалъ. Поэтому слѣдуетъ держаться текста, такъ какъ онъ обнаруживаетъ съ несомнѣнностью то, чего желалъ законодатель, т. е мысль закона» [12]).

2. Законодатель, изъявляя свою волю черезъ посредство словъ, прилагаетъ всѣ старанія къ тому, чтобы выразиться воз-

---

право судебнаго толкованія законовъ наблюдаются во Франціи. Въ проектъ Наполеонова кодекса была даже внесена статья, прямо воспрещавшая отступать отъ яснаго буквальнаго смысла закона: «quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit» *Laurent*, Cours, 1, 160 ss. Эта общая тенденція западно-европейскихъ законодательствъ и литературы XVIII в. отразилась въ Наказѣ Екатерины II и въ различныхъ узаконеніяхъ, изъ которыхъ впослѣдствіи была составлена 65 ст. Осн зак., которая требуетъ, чтобы законы были «исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія и распространенія», и не допускаетъ «обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій» (послѣднее выраженіе цѣликомъ взято изъ Наказа). *Градовскій*, О толкованіи 6 и слѣд.

[11]) Среди французскихъ, итальянскихъ и американскихъ юристовъ. Самымъ видимымъ и рьянымъ приверженцемъ этого воззрѣнія является извѣстный бельгійскій ученый Лоранъ, излагавшій и проводившій свои взгляды какъ при толкованіи французскаго кодекса (въ своихъ «Principes de droit civil»), такъ и при выработкѣ проекта новаго гражданскаго уложенія (Avant-projet de la révision du Code civil, I, 1892, p. 176 ss). Наиболѣе полно и подробно изложенъ взглядъ Лорана въ предисловіи къ его «Cours élémentaire de droit civil».

[12]) *Laurent*, Cours, 12—13, 16); *Saredo*, 397—398, *Maxwell*, 3

можно яснѣе и точнѣе. Если ему это удалось, если словесный смыслъ данной нормы вполнѣ ясенъ и не возбуждаетъ самъ по себѣ никакихъ сомнѣній, то слѣдуетъ признать, что имъ выражается истинная воля законодателя. Отступать отъ этого смысла значитъ уже не толковать законъ, а замѣнять его другимъ, присвапвая себѣ законодательную власть [13]).

3. Словесный смыслъ нормы опредѣляется на основаніи установившагося словоупотребленія и общеизвѣстныхъ правилъ грамматики, а потому въ томъ случаѣ, когда онъ вполнѣ ясенъ, онъ представляетъ собою нѣчто безусловно опредѣленное, всѣми и каждымъ одинаково понимаемое, а слѣдовательно, объективное и незыблемое. Напротивъ, то, что носитъ названіе внутренняго смысла, или духа, нормы должно быть раскрываемо путемъ разсужденій и является въ силу этого лишь болѣе или менѣе вѣроятнымъ, т е., иначе говоря, сомнительнымъ, неустойчивымъ, субъектпвнымъ: разные толкователи приписываютъ нерѣдко одной и той же нормѣ различный внутренній смыслъ. Поэтому, не довольствоваться яснымъ словеснымъ смысломъ нормъ и разыскпвать въ нихъ какой-то проблематичный «духъ» значитъ предпочитать вѣрному сомнительное, прочному—шаткое, объективному —субъективное [14]).

4. Въ практическомъ примѣненіи право толкованія ясныхъ законовъ открываетъ двери произволу и злоупотребленіямъ судей. Кто поручится, что судьи не станутъ толковать и перетолковывать законы вкривь и вкось, выдавая свои субъективныя мнѣнія за духъ законодательства? «Нѣтъ ничего опаснѣе», писалъ знаменитый Беккарія, «общепринятой аксіомы, что судья долженъ сообразоваться съ духомъ законовъ. Это гнилой оплотъ противъ произвольныхъ мнѣній судьи. Выраженное мною мнѣніе покажется парадоксомъ для того, кто останавливается только на мелкихъ неудобствахъ настоящей минуты и забываетъ объ отдаленныхъ вредныхъ послѣдствіяхъ, происходящихъ отъ ложнаго начала, укоренившагося въ народѣ. Наши понятія и всѣ идеи на-

---

[13]) *Laurent*, ib., 13—14; *Hufeland*, 83; *Fiore*, 520, 523; *Saredo*, 399; *Sedgwick*, 179—188; *Maxwell*, 6.

[14]) *Laurent*, ib., 15—16, 161—162; *Zachariae*, 163—164, *Saredo*, 398

ходятся въ тѣсной взаимной связи: чѣмъ сложнѣе идеи, тѣмъ многочисленнѣе пути, по которымъ онѣ приходятъ къ намъ и уходятъ изъ нашего сознанія. У каждаго человѣка есть своя точка зрѣнія, которая мѣняется съ теченіемъ времени. Значитъ, духъ законовъ у каждаго судьи ничто иное, какъ результатъ здравой или превратной логики, послѣдствіе легкаго или дурнаго пищеваренія; онъ зависитъ отъ страстей, слабостей, личныхъ отношеній судьи къ обвиняемому и отъ тысячи почти неуловимыхъ обстоятельствъ, подъ вліяніемъ которыхъ одинъ и тотъ же предметъ въ разные моменты представляется непостоянному уму человѣка въ самыхъ разнообразныхъ видахъ. Вотъ почему въ разныхъ судебныхъ инстанціяхъ судьба подсудимыхъ рѣшается различно, и весьма часто жизнь людей зависитъ отъ ошибочныхъ умозаключеній или минутнаго настроенія судьи, который толкуетъ законъ вкривь и вкось по смутнымъ соображеніямъ, попавшимъ ему въ голову Вотъ почему одинъ и тотъ же судъ за одни и тѣ же преступленія назначаетъ въ разное время различныя наказанія, ибо судьи примѣняютъ не неизмѣнное и точное слово закона, а свои произвольныя и неустойчивыя толкованія. Невыгоды отъ буквальнаго примѣненія уголовныхъ законовъ слишкомъ незначительны въ сравненіи съ вредными послѣдствіями, которыя происходятъ отъ свободнаго толкованія. Неточныя слова въ законѣ или неопредѣленныя выраженія, коль скоро они замѣчены, легко исправить, а слишкомъ широкая свобода толкованія неизбѣжно ведетъ къ произволу и продажности въ судахъ» [15]) При полной свободѣ толкованія, судья, по словамъ Бентама, «то сообразуясь съ прямымъ смысломъ закона, то объясняя законъ, всегда можетъ произнести рѣшеніе въ пользу того или другаго, какъ ему заблагоразсудится,—онъ всегда увѣренъ, что можетъ прикрыть свое лицепріятіе или буквальнымъ, или истолковательнымъ смысломъ закона. Такимъ образомъ, судья превращается въ шарлатана, который, къ великому удивленію зрителей, уго-

---

[15]) *Беккарія*, О преступленіяхъ и наказаніяхъ, § IV (пер. Бѣликова. 1889, стр. 20—21). Хотя Беккарія имѣетъ въ виду не гражданскіе, а уголовные законы, но это обстоятельство не представляетъ въ данномъ случаѣ значенія, такъ какъ процессъ изъисненія смысла тѣхъ и другихъ совершенно одинаковъ. Идеи Беккарія воспроизведены въ Наказѣ Екатерины II (ст. 153).

щаетъ изъ одной и той же бутылки то сладкимъ, то горькимъ напиткомъ» [16]).

Обратимся къ критической оцѣнкѣ изложенныхъ доводовъ.

1. Отождествлять текстъ нормы съ ея мыслью и видѣть въ этомъ текстѣ полное воплощеніе воли законодателя значитъ преувеличивать значеніе словъ На самомъ дѣлѣ слова—не болѣе, какъ средства, которыми пользуется авторъ нормы для выраженія своихъ мыслей и желаній [17]), и которыя имѣютъ значеніе лишь постольку, поскольку дѣйствительно достигаютъ этой цѣли (см стр. 25)

2. Далѣе, хотя законодатель старается формулировать нормы такимъ образомъ, чтобы каждая изъ нихъ вполнѣ ясно и точно выражала его мысль, однако достигнуть этого ему удается въ очень рѣдкихъ случаяхъ. Причина заключается не только въ чрезвычайной трудности самой задачи, но и въ томъ обстоятельствѣ, что законодатель, регулируя какой-нибудь видъ отношеній, излагаетъ свою волю не въ одной совершенно изолированной нормѣ, а въ цѣлой группѣ нормъ, которыя логически связаны другъ съ другомъ и взаимно себя дополняютъ, развиваютъ или ограничиваютъ [18]). Вслѣдствіе этого оказывается иногда, что са-

---

[16]) *Бентамъ*, Избранныя сочиненія, перев. Пыпина и Невѣдомскаго, 1867, 379. *Laurent*, 161—162; *Roels*, 18—19; *Fiore*, 527. Бентамъ думаетъ даже, что не только ясные законы, но и неясные должны быть понимаемы буквально (стр 388), упуская изъ виду, что неяснымъ слѣдуетъ считать законъ именно тогда, когда онъ не можетъ быть понимаемъ буквально, такъ какъ не заключаетъ въ себѣ точнаго и опредѣленнаго смысла.

[17]) Въ пользу предпочтенія словамъ закона внутренняго смысла его обыкновенно приводится именно то соображеніе, что слова — только знаки мысли, только средства для ея выраженія. *Tomasii*, Instit. jurispr., 1717, L. II, c. III, § 6: «Cum verba sint signa mentis, inde in universum constat, verba menti, non mentem verbis esse subordinandum». *Savigny*, § 37 (230 — 231): «Da der Ausdruck blosses Mittel ist, der Gedanke aber der Zweck, so ist es unbedenklich, das der Gedanke vorgezogen, der Ausdruck also nach ihm berichtigt werden muss» *Kierulff*, 28; *Unger*, 86; *Windscheit*, § 21, Anm. 9; *Ihering*, Geist, II, 1, 444 ff. На это указывали еще римскіе юристы. L. 7 § 2 D. de supell leg. (33, 10): «quorsum nomina, inquit (Tubero), nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis?». Старые авторы, отдавая преимущество духу закона предъ буквой, мотивировали это многими причинами, зачастую фантастическими. Напр., *Federicis*, I, § 3, ss.; «...quia mens perfectior est .. quia mens animae similis esse dicitur. verba vero corpori ..» etc.

[18]) *Kierullf*, 28; *Thibaut*, 39.

мая ясная норма пріобрѣтаетъ совершенно иной смыслъ, если ее привести въ связь съ другими нормами. Если бы и въ такихъ случаяхъ интерпретаторъ отдавалъ предпочтеніе словесному смыслу нормы, явно несоотвѣтствующему дѣйствительной мысли и волѣ законодателя, то это было бы прямымъ ослушаніемъ велѣніямъ законодателя, искаженіемъ и обходомъ закона, а не толкованіемъ его.

Изъ того, что законы составляются и редактируются очень тщательно, слѣдуетъ только, что если ихъ словесный смыслъ ясенъ, то отступать отъ этого смысла можно лишь тогда, когда несомнѣнно доказано, что онъ не выражаетъ истинной воли законодателя. Иначе говоря, тщательность составленія законовъ можетъ служить основаніемъ только для презумпціи: словесный смыслъ закона считается вѣрнымъ выраженіемъ мысли законодателя, пока не доказано противное[19]). Но доказываніе противнаго должно быть допущено, ибо иначе просто будетъ извращена задача толкованія. Какъ было выяснено во II главѣ, толкованіе должно воспроизводить тѣ представленія и понятія, которыя связывалъ съ данной нормой ея авторъ. Между тѣмъ разбираемое мнѣніе ограничиваетъ задачу толкованія опредѣленіемъ только того смысла, который обнаруживается непосредственно изъ ея словъ. Но такъ какъ законодатель даже при самомъ тщательномъ редактированіи закона можетъ употребить неподходящіе слова и обороты, не выражающіе дѣйствительной его мысли, то, слѣдовательно, довольствоваться выясненіемъ одного словеснаго смысла нормъ значитъ останавливаться на половинѣ дороги, не достигая истинной цѣли толкованія.

---

[19]) Это высказываетъ, хотя и мимоходомъ, самъ Лоранъ, впадая въ противорѣчіе со своею теоріей *Laurent*, Cours: «Dira-t-on que le texte peut ne pas être l'expression de la volonté du législateur? Sans doute, mais c'est à celui qui fait cette allégation d'en administrer la preuve (p. 13). Il est certain que s'il était prouvé qu'une loi est en opposition avec la volonté du législateur, il faudrait laisser là le texte, pour s'en tenir à ce que les auteurs de la loi ont voulu» (p. 14). Но вслѣдъ за этимъ заявленіемъ Лоранъ дѣлаетъ логическій скачекъ и возвращается къ своей теоріи: «Là n'est pas la difficulté. La plupart des lois sont claires et les articles du code civil surtout brillent par leur clarté. Si la loi est claire, le texte nous fait connaître par cela même la volonté du législateur, ou l'esprit de la loi (p. 14).. Je conteste aux intérprétes le droit de s'écarter du texte clair et formel, en se fondant sur l'esprit de la loi». (p 15)

3 Хотя словесное толкованіе въ общемъ представляется болѣе легкимъ процессомъ, чѣмъ логическое, однако и оно совершается путемъ разсужденій и требуетъ иной разъ немалыхъ усилій Да и результатъ, получаемый посредствомъ словеснаго толкованія, далеко не всегда является «опредѣленнымъ, одинаково всѣми понимаемымъ, объективнымъ» Напротивъ, самъ Лоранъ замѣчаетъ, что «буква закона можетъ имѣть совершенно ясный смыслъ, и тѣмъ не менѣе этотъ смыслъ можетъ быть неясенъ для того, кто читаетъ законъ»[20]). Другими словами, признаніе нормы ясной или неясной точно такъ же представляетъ собою актъ субъективнаго пониманія, какъ и раскрытіе ея внутренняго смысла. Вдобавокъ, когда рѣчь идетъ о томъ, что духъ закона долженъ имѣть преимущество предъ буквой его, то имѣется въ виду не «проблематичный», не «вѣроятный» духъ, а съ полною несомнѣнностью установленная мысль законодателя.

4. Что касается, наконецъ, трудности опредѣлять внутренній смыслъ законовъ и возможности произвола и злоупотребленій со стороны судовъ, то помочь этой бѣдѣ можно посредствомъ установленія нѣкоторыхъ гарантій, которыя предотвращали бы и устраняли вольныя и невольныя прегрѣшенія судовъ. Къ числу этихъ гарантій относятся: высокій умственный и нравственный цензъ судей, разсмотрѣніе дѣлъ въ нѣсколькихъ инстанціяхъ, существованіе верховнаго кассаціоннаго суда, наблюдающаго за правильнымъ и однообразнымъ примѣненіемъ законовъ, участіе въ процессѣ хорошо подготовленной адвокатуры, гласность производства, благодаря которой дѣятельность судовъ контролируется обществомъ и прессой[21]). Таковы важнѣйшія условія правильнаго отправленія правосудія[22]), достаточныя для того, чтобы побудить судей къ безпристрастному и добросовѣстному примѣненію законовъ.

---

[20]) *Laurent*, Cours, 14. Ср. *Krug*, 75—77

[21]) Ср. *Муромцевъ*, Судъ и законъ («Юрид. Вѣстн.», 1880, № 11, 392).

[22]) Къ числу ихъ слѣдуетъ отнести еще одно: умѣніе судей толковать законы. Это умѣніе пріобрѣтается юридическимъ образованіемъ вообще и изученіемъ пріемовъ толкованія въ частности. Если судья усвоилъ выработанныя теоріей пріемы и правила толкованія и научился сознательно примѣнять ихъ, то тѣмъ самимъ онъ въ значительной степени оградилъ себя

II. Второй вопросъ — какъ поступать, если словесный смыслъ нормы окажется неяснымъ—тоже можетъ быть разрѣшенъ двоякимъ образомъ.

На первый взглядъ наиболѣе естественный и правильный выходъ изъ затрудненія, казалось бы, долженъ состоять въ томъ, чтобы, встрѣтивъ неясную норму, обратиться за соотвѣтствующимъ разъясненіемъ къ ея автору. Этотъ способъ съ полнымъ успѣхомъ примѣняется въ дѣйствительности къ нѣкоторымъ видамъ юридическихъ нормъ, какъ-то къ административнымъ распоряженіямъ и судебнымъ рѣшеніямъ. Сомнѣнія, возникающія при исполненіи тѣхъ и другихъ, обыкновенно безъ особыхъ неудобствъ разрѣшаются ихъ авторами [23]). Подобный же порядокъ былъ установленъ во многихъ государствахъ и по отношенію къ законамъ въ собственномъ смыслѣ слова [24]) Въ оправданіе его приводились слѣдующія соображенія.

отъ невольныхъ промаховъ, обусловливаемыхъ, по выраженію Беккарія, превратной логикой или дурнымъ пищевареніемъ. Съ другой стороны, строгое примѣненіе судами одинаковыхъ пріемовъ толкованія можетъ обезпечить единообразное и согласное съ истиннымъ смысломъ законовъ разрѣшеніе дѣлъ. Отсюда, между прочимъ, видно, какую громадную важность имѣетъ ученіе о толкованіи законовъ. Во вступительной редакціонной статьѣ «Вѣстника права» (1899, кн. 1, стр. XXV) справедливо было замѣчено, что юридическая герменевтика представляетъ собою ничто иное, какъ методическое руководство къ осуществленію принципа закономѣрности.

[23]) Напр., общ. губ. учр., ст. 161: учр. мин., ст. 192. Ст 964 уст. гражд. суд: «Споры, касающіеся толкованія приводимаго въ исполненіе рѣшенія, подлежатъ разсмотрѣнію суда, постановившаго рѣшеніе». Въ мотивахъ къ этой статьѣ, между прочимъ, сказано: «Жалобы на неправильное исполненіе рѣшенія .. подлежатъ разсмотрѣнію того суда, въ округѣ коего рѣшеніе приводится въ исполненіе. Исключеніе изъ этого общаго правила сдѣлано только въ отношеніи тѣхъ споровъ, которые происходятъ изъ различнаго толкованія почему-либо неясныхъ мѣстъ рѣшенія. Конечно, разрѣшить встрѣтившуюся въ рѣшеніи неясность можетъ лучше всего тотъ судъ, который постановилъ самое рѣшеніе». (Судебные уставы 20 нояб 1864 г. съ излож. разсужденій, на коихъ они основаны, 1866, I, стр. 453).

[24]) Въ Римѣ возникъ въ императорскій періодъ обычай испрашивать разъясненія сомнительныхъ законовъ у императора до постановленія рѣшенія (consultatio ante sententiam). Юстиніанъ санкціонировалъ этотъ обычай (L. 2 § 21 C. de vet, jure enucl. (1,17): «si quid... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per judices referatur, et ex auctoritate augusta mani-

1. Право толковать законы принадлежитъ только законодателю. Въ самомъ дѣлѣ, разъясненіе закона, смыслъ котораго сомнителенъ, представляетъ собою въ сущности изданіе новаго

---

festetur ..»). Впрочемъ, о постановленіяхъ Юстиніана, касающихся толкованія законовъ, въ литературѣ идетъ споръ. Въ то время какъ одни думаютъ, что Юстиніанъ совершенно воспретилъ всякое вообще толкованіе законовъ (*Savigny*, 299, ff; *Windscheid*, § 29), по мнѣнію другихъ, суды имѣли право толковать законы по общимъ правиламъ герменевтики (преподаннымъ, между прочимъ, въ Дигестахъ) и только въ случаѣ безуспѣшности своихъ усилій должны были обращаться за разъясненіемъ къ императору. *Hufeland*, 117—121; *Thibaut*, Pand., § 46: Auslegung, 112, 47, 25; *Muhlenbruch*, § 54, *Kierulff*, 37; *Holder*, 61, Anm.; *Kipp* (*Windscheid*, § 25, Anm. 1) *Lang*, (43—56) доказываетъ даже, что Юстиніанъ имѣлъ въ виду вовсе не судебное толкованіе, а легальное, которое объявилъ своею прерогативой. Во Франціи дореволюціоннаго періода суды, затрудняясь рѣшить какое-либо дѣло, отсылали тяжущихся къ королю. Во время революціи этотъ порядокъ былъ сохраненъ и узаконенъ. Loi du 24 août 1790, t. II, art. 12 (суды должны обращаться за разъясненіемъ къ законодательному собранію «toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire d'interpréter une loi»). *Laurent*, Principes, I, n. 254. Такой же порядокъ ввелъ въ Пруссіи Фридрихъ II, который писалъ въ указѣ 1780 г (Cabin-Ordre v 14 Apr. 1780): «ich werde nicht gestatten, dass irgend ein Richter, Collegium oder Etats-Ministre die Gesetze zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, vielweniger neue Gesetze zu geben sich einfallen lasse; sondern er muss, wenn sich in der Folge Zweifel oder Mangel an den Gesetzen oder in der Processordnung finden, der Gesetz-Commission davon Nachricht geben...» Это было осуществлено въ Corpus jur. Frideric., XIII Tit., §§ 7—9 и Allgem. Landrecht, Einl., § 47. То же самое сдѣлалъ въ Австріи Фридрихъ II (Ioseph. Gesetzbuch, I, § 24). *Unger*, 95. Эта тенденція законодателей XVIII в. ограничить право судебнаго толкованія темныхъ законовъ основывалась на томъ же недовѣріи къ судамъ, какимъ было обусловлено требованіе буквальнаго толкованія ясныхъ законовъ (см. выше примѣч. 10), и получила осуществленіе въ нашемъ законодательствѣ, именно прежде всего въ манифестѣ 15 дек. 1763 г. (п. 11: «Когда-жъ случится, что къ рѣшенію дѣлъ точныхъ указовъ не будетъ, о томъ не рѣша въ Департаментахъ, но имѣть общее разсужденіе и представлять куда слѣдуетъ съ мнѣніемъ»), а затѣмъ, въ 65 ст Осн. зак. и другихъ органическихъ законахъ. *Градовскій*, Толкованіе, 11 и сл. Впрочемъ, въ Россіи тоже изстари существовалъ въ судахъ обычай обращаться къ государю съ докладомъ въ случаѣ затрудненія при разборѣ дѣлъ. *Дювернуа*, Источники права и судъ въ древней Россіи, 1869, 408 и сл.; *Дмитріевъ*, Исторія судебныхъ инстанцій, 1859, 152 и сл., 283 и сл., 291.

закона, а слѣдовательно, можетъ быть дѣлаемо только тѣмъ, кто имѣетъ право издавать законы [25]).

2. Въ силу принципа отдѣленія судебной власти отъ законодательной, рѣшенія судовъ должны быть только примѣненіемъ общихъ, абстрактныхъ нормъ, установленныхъ законодателемъ, къ частнымъ случаямъ жизни. Поэтому, судья, ограничиваясь «механическимъ приложеніемъ» закона къ жизни, долженъ при всякомъ сомнѣніи въ смыслѣ закона обращаться за разъясненіемъ къ законодателю [26]).

3. Дозволить судамъ самостоятельно толковать неясные законы значитъ открыть широкій просторъ противорѣчащимъ другъ другу судебнымъ рѣшеніямъ по однороднымъ дѣламъ и, что еще важнѣе, произволу и злоупотребленіямъ судей [27]).

Противъ этихъ разсужденій можно возразить слѣдующее.

1. Толкованіе закона можно уподобить изданію новаго закона только къ томъ случаѣ, если смыслъ толкуемаго закона, не смотря на всѣ усилія, остается совершенно непонятнымъ. Тогда дѣйствительно, придавать ему *произвольно* тотъ или другой смыслъ значило бы издавать новый законъ [28]) Но въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о неясности одного только *словеснаго* смысла нормъ. Между тѣмъ вполнѣ возможно, что словесный смыслъ нормы неясенъ, а внутренній безусловно ясенъ. Отысканіе этого внутренняго смысла не только не является присвоеніемъ законодательной власти, а, наоборотъ, составляетъ прямую задачу судебнаго толкованія, такъ какъ, постановляя рѣшеніе, судьи обязаны руководствоваться *дѣйствительною* волею законодателя.

---

[25]) *Eckhardus*, II, § LXXXIX; *Zachariae*, 161 ff.; *Беккарія*, ук. с., § IV. Ср. *Юстиніанъ*: «Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet.. Quis aenigmata solvere, et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est?» (L. 12 § 1 C. de leg., I, 14)

[26]) *Montesquieu*, De l'esprit des lois, l. XI, ch. VI; Наказъ Екатерины II, ст. 151—152. Ср. *Градовскій*, Толкованіе, 1—2.

[27]) *Dernburg*, Lehrb. des preuss Privatrechts, I, § 9. Ср. *De la Grasserie*, 1: «Une des causes les plus importantes de la multiplicité des procès, de l'incertitude de la proprieté et des autres droits, c'est l'absence de lois interprétatives»...

[28]) См. гл. IV, § 8.

2. Воспрещеніе судамъ толковать неясные законы, опираясь на принципъ раздѣленія законодательной и судебной властей, на самомъ дѣлѣ прямо противорѣчитъ ему: оно не даетъ возможности судьѣ возвыситься до роли законодателя, но зато принуждаетъ законодателя становиться на мѣсто судьи. Между тѣмъ благотворное значеніе и практическое основаніе принципа раздѣленія законодательной и судебной властей состоятъ именно въ томъ, что законодатель напередъ устанавливаетъ нормы, съ которыми граждане должны сообразовать свое поведеніе, и что эти и только эти нормы примѣняются судами. Если же частный случай, поставившій судью въ затрудненіе, разрѣшается законодателемъ путемъ новаго закона, то ясно, что принципъ раздѣленія властей не достигаетъ цѣли, такъ какъ къ начавшимъ процессъ гражданамъ примѣняется норма, которой они не знали и не могли принять въ разсчетъ. Вотъ почему принципъ отдѣленія законодательной власти отъ судебной можетъ получить полное осуществленіе только въ томъ случаѣ, когда и судья лишенъ права законодательствовать, и законодатель не имѣетъ возможности судить. А для этого необходимо, чтобы судебныя учрежденія разрѣшали всѣ безъ исключенія дѣла на основаніи существующихъ законовъ, не смѣя обращаться за разъясненіями къ законодателю. При такой системѣ единственнымъ руководствомъ для гражданъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ и единственной основой для рѣшеній судовъ становятся наличныя законодательныя нормы, надлежащимъ порядкомъ обнародованныя и доступныя всѣмъ и каждому [29]).

3. Ошибки и злоупотребленія судовъ при толкованіи неясныхъ законовъ могутъ быть предотвращены тѣми же средствами, какъ и при толкованіи ясныхъ (см. стр 70).

4. Если сверхъ всего сказаннаго еще принять во вниманіе, что пріостановка судебнаго разбирательства впредь до разъясненія законодателемъ смысла подлежащей въ данномъ случаѣ примѣненію и представляющейся сомнительною нормы чрезвычайно замедляетъ отправленіе правосудія и обременяетъ законо-

---

[29]) *Градовскій*, Начала, 77; Толкованіе, 20—21; *Laurent*, Cours, 155—157; *Малышевъ*, 285; *J. Portalis*, Discours et travaux inédits sur le Code civil (publ. par. Fr. Portalis), 1844, 136—137, 13—15.

дателя чисто судейской работой [30]), то нельзя будетъ не признать, что судамъ должно быть предоставлено право самостоятельно толковать законы, словесный смыслъ которыхъ неясенъ [31]).

Итакъ, мы пришли къ тому выводу, что каковъ бы ни былъ результатъ словеснаго толкованія, т. е. оказался ли словесный смыслъ нормы яснымъ или неяснымъ, во всякомъ случаѣ за словеснымъ толкованіемъ должно слѣдовать реальное.

Теперь становится понятнымъ истинное значеніе словеснаго толкованія. Оно—не особый самостоятельный процессъ, завершающійся окончательнымъ результатомъ, а только первая ступень, начальная стадія, за которою слѣдуетъ главный, рѣшающій процессъ — раскрытіе внутренняго смысла нормы [32]). Опредѣляя словоупотребленіе того или иного слова, указывая различныя значенія, которыя связываются съ послѣднимъ, подвергая грамматическому и логическому разбору сомнительныя конструкціи, обнаруживая недостатки и несовершенства словесной оболочки нормъ, словесное толкованіе «даетъ лишь рамки, внутри которыхъ заключено содержаніе закона, или, другими сло-

---

[30]) Эти практическія неудобства побудили законодателей, пытавшихся ввести разсматриваемую систему легальнаго толкованія неясныхъ законовъ, очень скоро отступить отъ нея. Юстиніанъ отмѣтилъ ее 125 новеллой. Въ Пруссіи этотъ порядокъ продержался всего 4 года (Kab Ord v. 8 und 21 Marz 1798), въ Австріи и Франціи нѣсколько дольше (*Unger*, 95—96; *Малышевъ*, 284, прим.; *Laurent*, Cours, 156). Въ Россіи онъ существовалъ и послѣ судебной реформы 1864 г. въ судахъ прежняго устройства. Насколько онъ былъ неудобенъ, видно, между прочимъ, изъ статьи 476 Общ. губ. учр.: «запрещается, *подъ предлогомъ мнимой неясности*, испрашивать указа на указъ». *Градовскій*, Толкованіе 19—20. Ср. мотивы къ 10 ст. уст гр суд. Суд. Уставы съ разсужд , 1866, I, стр 20—22.

[31]) Таково общепринятое въ современной литературѣ мнѣніе. Правильность его считается настолько очевидной, что обыкновенно даже не подкрѣпляется никакими доказательствами.

[32]) *Holder*, Pand , 46—47. Ср. *Kierulff*, 28.

вами, даетъ лишь возможное содержаніе»[33]), опредѣляетъ «границы этого содержанія»[34]), «расчищаетъ и выравниваетъ почву»[35]), «кладетъ фундаментъ»»[36]) для реальнаго толкованія, которому уже предстоитъ окончательно разрѣшить задачу толкованія: раскрыть дѣйствительную мысль автора нормы

---

[33]) *Регельсбергеръ*, 147. Ср. *Thol*, 145 f.

[34]) *Reuterskiold*, 90.

[35]) *Kohler*, Interpretation, 33, Anm. 95: «Es ist vollständig unrichtig von einer grammatischen und logischen Interpretation zu sprechen; beide sind nur die zwei verschiedenen Seiten einer und derselben interpretativen Thätigkeit—ebenso wie man auch bei dem Bau zuerst ein Terrain aussteckt und dann die beste Vertheilung des Baues innerhalb dieses Terrains prüft —beides sind nur zwei Aeusserungen derselben Bauthätigkeit».

[36]) *Brocher*, 22; Ср *Gény*, 239. *Binding*, 458, Anm. 3: «Die Ausdrücke (vorläufige) Erschliessung des Rechtsgedankens und (endliche) Erschliessung des Rechtswillens sind genauer und volständiger, als die Bezeichnung logische und grammatische Auslegung».

ГЛАВА IV.

Реальное толкованіе.

§ 1.

Задачи и средства реальнаго толкованія.

Послѣ того, какъ словесное толкованіе выполнило свою задачу и опредѣлило словесный смыслъ какой-либо нормы, наступаетъ очередь реальнаго толкованія, имѣющаго цѣлью раскрыть дѣйствительный, внутренній смыслъ ея. Дѣятельность юриста походитъ въ этомъ отношеніи на дѣятельность анатома: изучивъ наружный покровъ, онъ принимается за изслѣдованіе внутренняго строенія [1]).

Исходной точкой для реальнаго толкованія служитъ результатъ, полученный словеснымъ толкованіемъ. Не обращаясь больше къ изслѣдованію словъ нормы, толкователь беретъ готовый уже словесный смыслъ ея, которымъ опредѣляется возможное содержаніе нормы, и приступаетъ къ изслѣдованію его съ помощью другихъ данныхъ, способныхъ пролить свѣтъ на дѣйствительную мысль законодателя.

Обратимся къ выясненію и предварительной характеристикѣ этихъ данныхъ.

1. Случается иногда, что подлежащая толкованію норма уже получила разъясненіе и, притомъ, такое, что его слѣдуетъ принять къ руководству безъ всякой дальнѣйшей повѣрки. Такъ, норма можетъ быть истолкована въ цѣломъ или въ части какою-либо позднѣйшею нормой, обычаемъ, постановленіемъ уполномоченнаго органа власти и т. д.

Подобныя разъясненія можно назвать *авторитетными*.

---

[1]) *Пуфендорф*, 175.

2. Каждая норма представляетъ собою только звено въ общей цѣпи законодательства и соединена съ другими нормами болѣе или менѣе тѣсными логическими узами. «Отдѣльныя положенія права связаны между собою и являются членами болѣе крупнаго цѣлаго Они производятъ извѣстный эффектъ въ соединеніи съ другими положеніями, и только въ этомъ соединеніи получаютъ свое истинное освѣщеніе» [2]).

Логическое отношеніе между нормами бываетъ различно· одна норма можетъ развивать и дополнять другую, распространять или ограничивать ее въ томъ либо иномъ направленіи, подтверждать и обосновывать или, наконецъ, прямо противорѣчить ей.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ.

Ст. 558 X т. 1 ч. гласитъ: «владѣніе, на которое нѣтъ притязаній отъ постороннихъ лицъ, называется безспорнымъ; въ противномъ случаѣ оно почитается спорнымъ». Слѣдующая 557 ст. разъясняетъ эту норму: «притязанія постороннихъ лицъ на имущество тогда только дѣлаютъ владѣніе спорнымъ, когда поступили въ судебныя мѣста не только явочныя, но и исковыя прошенія».

Ст. 397 (п 7) X т 1 ч выставляетъ общее положеніе, что «благопріобрѣтеннымъ считается имущество, собственнымъ трудомъ и промысломъ нажитое», а ст. 399 (п. 3 и 4) ограничиваетъ это положеніе, устанавливая изъ него изъятіе и объявляя родовыми имущества, купленныя у родственниковъ, и строенія, возведенныя владѣльцемъ на родовой землѣ.

По ст. 537 1 ч. X т. находка чужой движимой вещи даетъ право пользованія ею, а по слѣдующимъ статьямъ (538 и 539)—право собственности.

Логическое отношеніе между нормами часто называютъ *систематическимъ* элементомъ толкованія, а изъясненіе законовъ на основаніи него—*систематическимъ* толкованіемъ [3]). Но гораздо правильнѣе въ данномъ случаѣ говорить о *логическомъ* элементѣ и *логическомъ* толкованіи въ тѣсномъ смыслѣ слова.

---

[2]) *Регельсбергеръ*, 149.

[3]) Напр., *Savigny*, 214; *Unger*, 82; *Регельсбергеръ*, 150.

3 Не только логическая связь съ другими нормами, но и мѣсто, занимаемое нормою среди нихъ и вообще въ системѣ законодательства, отражается на ея значеніи. Смотря по тому, въ какомъ отдѣлѣ, въ какой главѣ, подъ какою рубрикой, между какими нормами помѣщено данное правило, оно получаетъ разный смыслъ, расширяясь или стѣсняясь въ кругѣ своего дѣйствія, пріобрѣтая тѣ или иные оттѣнки. Такъ, «законъ, помѣщенный въ системѣ законодательства подъ рубрикой, въ которой опредѣляются видовыя юридическія отношенія, не можетъ быть примѣненъ къ юридическимъ отношеніямъ другаго вида, хотя бы и обнималъ ихъ общею формою своего выраженія. Напр., наше законодательство раздѣляетъ духовныя завѣщанія на нотаріальныя и домашнія и особыя опредѣленія о тѣхъ и другихъ излагаетъ въ отдѣльныхъ рубрикахъ; но подъ рубрикою о нотаріальныхъ духовныхъ завѣщаніяхъ встрѣчаются опредѣленія, въ которыхъ говорится о духовныхъ завѣщаніяхъ вообще, безъ ближайшаго объясненія, что рѣчь идетъ о завѣщаніяхъ нотаріальныхъ: тѣмъ не менѣе нельзя относить такія опредѣленія къ завѣщаніямъ домашнимъ» [4]).

Положеніе нормы въ системѣ права можно назвать *систематическимъ* элементомъ толкованія [5]).

4. Каждый законъ чѣмъ-либо вызванъ, на чемъ-либо основанъ, имѣетъ свою причину (causa) или, какъ принято выражаться, *основаніе* (ratio, Grund) Этимъ общимъ терминомъ объемлются нѣсколько понятій и, притомъ, совершенно различныхъ.

---

[4]) *Мейеръ*, Рус. гр. право, 28.

[5]) Нѣкоторые авторы не проводятъ различія между логическимъ и систематическимъ элементами, соединяя ихъ вмѣстѣ подъ именемъ систематическаго элемента Напр., *Шершеневичъ*, 60. Проф. Коркуновъ (Лекціи, § 63) называетъ систематическимъ толкованіемъ «выясненіе смысла нормы изъ соображенія ея отношенія къ общей системѣ права», а «объясненіе нормы по соображенію съ заголовкомъ того отдѣла законодательнаго акта, гдѣ она помѣщена, обыкновенно называемое у насъ систематическимъ толкованіемъ», считаетъ «частнымъ видомъ логическаго». Но правильнѣе представляется какъ разъ обратная терминологія: «отношеніе нормы къ общей системѣ права», выражающееся въ логической связи между нормами, вполнѣ соотвѣтственно называть логическимъ элементомъ

а Въ логическомъ смыслѣ основаніемъ нормы служитъ какое-либо общее юридическое положеніе, изъ котораго она вытекаетъ, какъ логически необходимое слѣдствіе, какъ заключеніе изъ большой посылки силлогизма. Это общее положеніе обыкновенно называется *юридическимъ принципомъ* (ratio juris, Rechtsgrundsatz) и представляетъ собою *формально-юридическій* элементъ толкованія. Такъ напр, въ ст 574 X т 1 ч говорится: «какъ по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому-либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой стороны производятъ право требовать вознагражденіе». Въ первой части этой статьи выставленъ общій юридическій принципъ, изъ котораго логически вытекаетъ вторая ея часть.

б Съ законодательно-политической точки зрѣнія основаніемъ нормы является цѣль, ради достиженія которой норма установлена. Дѣятельность законодателя не имѣетъ характера безсознательнаго, безцѣльнаго творчества. Нормы издаются для того, чтобы выполнить извѣстную «соціальную функцію»[6]), «удовлетворить какой-либо соціальной потребности посредствомъ регулированія жизненныхъ отношеній»[7]), словомъ, для того, чтобы достигнуть тѣхъ или иныхъ практическихъ результатовъ[8]), каковы, напр., огражденіе интересовъ лицъ съ незрѣлой волей, охрана семейнаго начала, развитіе промышленности, обезпеченіе кредита и т. п.

Цѣль нормы (ratio legis, Zweck), является *законодательно-политическимъ* или *телеологическимъ* элементомъ толкованія.

в. Становясь на субъективную, психологическую точку зрѣнія, можно назвать основаніемъ нормы совокупность тѣхъ соображеній и стремленій, которыя побудили законодателя къ ея изданію, и которыя въ психологіи носятъ названіе *мотивовъ*.

---

[6]) *Iung*, 139.

[7]) *Kohler*, Interpretation, 35.

[8]) Отъ цѣли нормъ слѣдуетъ отличать ихъ *назначеніе*, состоящее въ томъ, что онѣ должны быть примѣняемы въ жизни и служить руководствомъ для гражданъ. Ср. *Бласс*, Герменевтика и критика, 88.

Подъ понятіе мотивовъ, между прочимъ, подходятъ юридическое основаніе и цѣль нормы въ томъ видѣ, какъ ихъ представлялъ себѣ законодатель [9]). Поэтому, вмѣсто того, напр., чтобы говорить: «цѣлью данной нормы является огражденіе интересовъ несовершеннолѣтнихъ лицъ» можно выражаться такъ: «мотивомъ этой нормы было желаніе оградить несовершеннолѣтнихъ лицъ отъ эксплуатаціи». Но во избѣжаніе путаницы понятій правильнѣе будетъ выдѣлить основаніе и цѣль нормъ изъ сферы мотивовъ и побужденій, руководившихъ законодателемъ и не обнимаемыхъ понятіями: «основаніе» и «цѣль». Таковы: религіозныя вѣрованія, этическіе принципы, философскія идеи, существующіе обычаи и нравы и т. п. [10]) Такъ напр., ст. 21 X т. 1 ч, запрещающая вступать въ четвертый бракъ, не имѣетъ юридическаго основанія и не преслѣдуетъ особой практической цѣли; она создана законодателемъ потому, что онъ хотѣлъ санкціонировать ученіе греческой церкви, т е. по мотивамъ религіознаго характера [11]).

Мотивы нормъ въ разъясненномъ только что смыслѣ могутъ быть названы *психологическимъ* элементомъ толкованія.

г. «Никакое произведеніе никогда не бываетъ вполнѣ самобытнымъ; всегда на автора оказывали вліяніе предшественники, причемъ все равно, служили ли они ему предметомъ подражанія или критики. Поэтому, нельзя имѣть вполнѣ точнаго понятія о значеніи произведенія, не зная произведеній предшественни-

---

[9]) *Таганцевъ*, Курсъ угол. пр. II, 36: «Мотивы и цѣль являются двумя наименованіями одного и того же момента психической дѣятельности, разсматриваемаго только съ различныхъ точекъ зрѣнія. Ощущеніе голода рождаетъ въ насъ желаніе его удовлетворенія; если за нимъ слѣдуетъ дальнѣйшая дѣятельность, то это желаніе, какъ исходный пунктъ нашей дѣятельности, можетъ быть названо мотивомъ, а такъ какъ съ наступленіемъ этого удовлетворенія предположенная нами дѣятельность не только объективно, но и субъективно окончена, то это удовлетвореніе можетъ разсматриваться, какъ цѣль нашей дѣятельности».

[10]) Такой терминологіи придерживались нѣкоторые изъ старыхъ писателей: *Hufeland* (19—20), *Seuffert* (Erorterungen, 20), *Wening — Ingenheim*, Lehrbuch des gem. Civilrechts, 1837, I, § 10, *Guyet*, 163—164.

[11]) *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гр. пр., II, 34 (1896 г.).

ковъ» [12]). Это справедливо и въ примѣненіи къ законодателямъ Очень немногія нормы изъ числа изданныхъ въ теченіе извѣстнаго періода времени заключаютъ въ себѣ безусловно новыя правовыя идеи. Большинство законовъ только подтверждаетъ, измѣняетъ, развиваетъ, дополняетъ, разрабатываетъ и улучшаетъ существовавшія раньше законодательныя постановленія. «Если сравнить статьи какого-либо закона съ прежнимъ правомъ, то по отношенію ко многимъ изъ нихъ обнаружится, что онѣ могутъ быть поняты только какъ воспроизведеніе этого прежняго права, иныя представятся въ качествѣ разрѣшенія существовавшихъ до той поры споровъ, иныя — въ качествѣ намѣреннаго преобразованія прежняго правопорядка» [13]).

Съ другой стороны, даже въ своей реформаторской дѣятельности законодатель не является совершенно самобытнымъ, ничьимъ примѣромъ не руководимымъ новаторомъ. Очень часто онъ подражаетъ законодателямъ другихъ странъ, заимствуя у нихъ нужныя ему нормы, и прислушивается къ голосу современной науки права. Поэтому, корни многихъ нормъ могутъ быть отысканы въ постановленіяхъ иностранныхъ законодательствъ и въ теоретическихъ сочиненіяхъ по юриспруденціи

Источники нормъ составляютъ *историческое основаніе* ихъ или *историческій элементъ* и даютъ матеріалъ для *историческаго* толкованія [14]).

д. Помимо внутреннихъ основаній, являющихся дѣйствительной причиной появленія нормъ, существуютъ еще и внѣш-

---

[12]) *Блассъ*, 128

[13]) *Lenel*, Das bürgerliche Gesetzbuch und das Studium der rom. Rechts, 1896, 10

[14]) Неточно опредѣляетъ этотъ видъ толкованія Савиньи, по словамъ котораго «историческій элементъ имѣетъ предметомъ то регулированное нормами состояніе, въ какомъ находилось извѣстное правоотношеніе во время изданія толкуемаго закона. На это состояніе законъ долженъ былъ повліять опредѣленнымъ образомъ, и характеръ этого вліянія, именно то новое, что прибавлено этимъ закономъ къ прежнему праву, долженъ обнаружить историческій элементъ» (стр. 214). Но для пониманія истиннаго смысла закона важно знать не только его отношеніе къ прежнему праву, но также источникъ, откуда онъ заимствованъ. Мнѣніе Савиньи раздѣляетъ проф. Коркуновъ (Лекціи, стр. 345).

нія. а именно, такъ наз. *поводы* (occasio legis, ratio extrinseca, Veranlassung). Этимъ именемъ обозначаются конкретные факты, побудившіе законодателя обратить вниманіе на извѣстныя явленія жизни и создать ту или иную норму.

Разница между внѣшнимъ поводомъ и внутреннимъ основаніемъ нормы ясно обнаруживается изъ слѣдующаго примѣра. Ульпіанъ сообщаетъ, что существовавшее въ Римѣ запрещеніе женщинамъ вести чужія судебныя дѣла было вызвано назойливостью нѣкоей Карфаніи, безстыдной, по его словамъ, женщины, надоѣдавшей претору своими кляузами. Это былъ поводъ къ изданію преторскаго эдикта. Что же касается внутренняго основанія, то оно, по словамъ Ульпіана, состояло въ томъ, чтобы «женщины, въ противность приличной ихъ полу скромности, не вмѣшивались въ чужія дѣла и не занимались мужскими обязанностями»[15])

Итакъ, *авторитетныя разъясненія*, *логическое соотношеніе между нормами*, *систематическое положеніе и основаніе*, — вотъ четыре категоріи данныхъ, способныхъ служить средствами для реальнаго толкованія нормъ[16]). По этимъ рубрикамъ можетъ быть распредѣленъ весь тотъ матеріалъ, который находится въ распоряженіи юриста, старающагося раскрыть внутренній смыслъ нормы[17]).

---

[15]) L. 1 § 5 D. de postul. (3, 1).

[16]) Исчерпывающее перечисленіе ихъ даютъ не всѣ авторы. Обыкновенно упускается изъ виду психологическій элементъ въ разъясненномъ выше смыслѣ. Но встрѣчается игнорированіе также и другихъ элементовъ. Такъ напр., Мейеръ не упоминаетъ о логическомъ элементѣ, смѣшивая логическое толкованіе съ логическимъ развитіемъ (Рус. гр. пр., 29: «логическое толкованіе состоитъ въ непосредственномъ приложеніи къ закону правилъ мышленія, преимущественно въ приложеніи умозаключеній»).

[17]) Такъ, нѣкоторые авторы указываютъ на необходимость знакомства съ «исторіей возникновенія» толкуемаго закона. Напр., *Roels*, 32; *Коркуновъ*, Лекціи, 344. Но знать исторію закона полезно только потому, что изъ нея можно: 1) почерпнуть свѣдѣнія относительно основанія закона (почему, для чего онъ созданъ, откуда заимствованъ и т. д.) и 2) получить авторитетное разъясненіе закона (узнать, въ какомъ смыслѣ былъ онъ понимаемъ своимъ авторомъ).

Прежде чѣмъ перейти къ подробному изслѣдованію каждаго изъ средствъ реальнаго толкованія и опредѣленію ихъ сравнительной важности, необходимо разсмотрѣть, изъ какихъ источниковъ могутъ быть черпаемы свѣдѣнія относительно нихъ.

Ближайшимъ и достовѣрнѣйшимъ источникомъ является дѣйствующее законодательство, въ составъ котораго входитъ толкуемая норма Очень часто въ самомъ текстѣ законовъ мы находимъ разъясненіе смысла данной нормы, либо изъ того же текста узнаемъ логическое отношеніе ея къ другимъ нормамъ, положеніе въ системѣ права, юридическое основаніе, цѣль, поводъ, происхожденіе

Затѣмъ, эти свѣдѣнія могутъ быть иногда почерпнуты и изъ другихъ источниковъ права: изъ существующихъ юридическихъ обычаевъ, когда, напр, обычай устанавливаетъ извѣстное пониманіе нормы или заключаетъ въ себѣ ея юридическое основаніе, изъ обязательныхъ постановленій и распоряженій, поясняющихъ смыслъ нормы или указывающихъ ея цѣль, поводъ, источники и т. д.

Наконецъ, матеріалъ для реальнаго толкованія можетъ быть добытъ и изъ источниковъ постороннихъ, лежащихъ внѣ дѣйствующаго права, какъ-то изъ объяснительныхъ записокъ и мотивовъ къ законамъ, изъ протоколовъ засѣданій редакціонныхъ коммиссій и законодательныхъ учрежденій, изъ сочиненій, мемуаровъ и переписки составителей законовъ, изъ историческихъ и юридическихъ изслѣдованій и т. д.

Обычаи, законы и вообще дѣйствующія нормы заслуживаютъ имени *внутреннихъ* источниковъ, а заключающіяся въ нихъ данныя—*внутреннихъ*; напротивъ, всякіе другіе источники, не входящіе въ составъ дѣйствующаго права, равно какъ и добываемыя изъ нихъ данныя можно соотвѣтственнымъ образомъ назвать *внѣшними*[18]).

---

[18]) Изъ сказаннаго въ текстѣ само собою явствуетъ разница между *средствами*, или *данными*, толкованія и *источниками*, откуда заимствуются свѣдѣнія объ этихъ данныхъ, или средствахъ. Между тѣмъ нѣкоторые авторы смѣшиваютъ эти понятія. Такъ напр., Унгеръ, перечисляя средства

Обращаясь сначала къ внутреннимъ источникамъ, слѣдуетъ признать, что пользованіе ими при толкованіи нормъ составляетъ юридическую обязанность гражданъ Въ самомъ дѣлѣ. положеніе: «никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, установленнымъ порядкомъ обнародованнаго» (ст 62 Осн. зак) означаетъ, что каждый гражданинъ обязанъ не только знать обнародованныя слова закона, но и правильно понимать ихъ (стр. 19—20). А такъ какъ однимъ изъ средствъ къ правильному пониманію какого-либо закона служитъ знакомство съ другими законами, и такъ какъ это знакомство для всѣхъ гражданъ обязательно, то, значитъ, толкуя нормы, необходимо раньше всего почерпать нужныя для этого данныя изъ текста дѣйствующаго законодательства. Одинаковое значеніе съ законами имѣютъ въ разсматриваемомъ отношеніи юридическіе обычаи, поскольку, конечно, они входятъ въ составъ дѣйствующаго права, а также и прочіе внутренніе источники въ той мѣрѣ, въ какой они снабжены обязательной силой и должны быть принимаемы къ руководству гражданами.

Но, спрашивается теперь, какъ же быть съ внѣшними источниками, которые не имѣютъ характера дѣйствующаго права? Когда, при какихъ условіяхъ обязательно къ нимъ обращаться и въ какихъ предѣлахъ можно ими пользоваться?

Этотъ чрезвычайно важный вопросъ требуетъ подробнаго разсмотрѣнія, которому и посвященъ слѣдующій параграфъ

(Mittel) толкованія (основаніе, цѣль, поводъ и т. д.), относитъ къ нимъ также законодательные матеріалы, мотивы, протоколы засѣданій редакціонныхъ коммиссій и тому подобные *источники* (стр. 82). Ср. *Gény* 250; *Roels*, 29 ss. Любопытно отмѣтить, что подъ *средствами* толкованія нѣкоторые старые писатели понимали совершенно иное, а именно качества и способности, которыми долженъ обладать тотъ, кто толкуетъ законы. Такъ, по словамъ Рогерія, интерпретатору нужны: intelligentia, scientia, sapientia et ars (*Rogerius*, XII, 1, p. 394). Подобныя выраженія встрѣчаются и у новыхъ писателей. *Del Rosso*: Strumenti logici—sensazione, memoria, imaginazione, attenzione, confronto, giudizio, ragionamento (p. 96 ss.). *Reuterskiold*, 89: «Die eigentlichen Auslegungsmittel sind das aufgeklärte logische Denken und das Rechtsgefuhl».

§ 2.

Значеніе внѣшнихъ источниковъ.

Если значеніе внутреннихъ источниковъ представляется очевиднымъ и не возбуждаетъ никакихъ споровъ въ литературѣ, то, наоборотъ, относительно внѣшнихъ господствуетъ среди ученыхъ полное разногласіе. Въ то время какъ одни авторы склонны приравнивать внѣшніе источники и данныя къ внутреннимъ, другіе отрицаютъ за ними всякое значеніе, а третьи ограничиваютъ пользованіе ими, расходясь между собою при установленіи предѣловъ этого пользованія.

1. Съ перваго взгляда казалось бы, что всѣ данныя имѣютъ право на одинаковое вниманіе, и что для цѣлей толкованія совершенно безразлично, откуда заимствуются свѣдѣнія объ истинномъ смыслѣ нормъ, ихъ цѣли, мотивахъ и т. д., а важно только, чтобы эти свѣдѣнія были вполнѣ достовѣрны.

Въ самомъ дѣлѣ, филологическая герменевтика не ставитъ толкователю никакихъ искусственныхъ преградъ, не только разрѣшая, но и предписывая пользоваться для выясненія истиннаго смысла толкуемаго сочиненія всевозможными данными. Когда филологи комментируютъ рѣчи Цицерона или драмы Гете, они не замыкаются въ предѣлахъ матеріала, представляемаго этими произведеніями, а обращаются и къ другимъ источникамъ: къ прочимъ сочиненіямъ этихъ авторовъ, къ ихъ перепискѣ, къ разговорамъ, записаннымъ другими лицами, къ сочиненіямъ ихъ современниковъ и т. д Но развѣ толкователь юридической нормы находится въ иномъ положеніи, развѣ онъ не стремится къ той же самой цѣли—къ опредѣленію дѣйствительной мысли автора нормы, а если такъ, то не слѣдуетъ ли признать, что при толкованіи всякой нормы можно и нужно пользоваться съ одинаковымъ правомъ всѣми источниками, которые въ состояніи доставить матеріалъ для сужденія о дѣйствительномъ ея содержаніи?

Многіе авторы разрѣшали этотъ вопросъ утвердительно, если не въ общемъ видѣ, то въ примѣненіи къ частнымъ случаямъ, если не прямо, не категорически, то косвенно.

Такъ, по словамъ Гуфланда, въ качествѣ основанія закона не должно быть принимаемо въ разсчетъ одно лишь то,

что указано въ самихъ законахъ или «обнаруживается изъ положенія, порядка и связи законовъ», ибо «нельзя усмотрѣть никакой причины, по которой слѣдовало бы исключить все прочее, хотя бы даже вполнѣ достовѣрно извѣстное и доказанное» [1]).

«Воля законодателя», замѣчаетъ Вангеровъ, «очевидно, состоитъ въ томъ, чтобы законъ былъ понимаемъ подданными въ своемъ истинномъ смыслѣ, а потому онъ долженъ разрѣшить имъ все, что можетъ привести къ отысканію этого смысла» [2]).

«Духъ закона», пишетъ другой авторъ, «можетъ быть понятъ только въ томъ случаѣ, если наука... пользуется всѣми путями, ведущими къ мысли закона... Толкователь не только обязанъ критически изслѣдовать самымъ тщательнымъ образомъ содержаніе матеріаловъ [3]), отдѣлить въ нихъ неважное и одностороннее отъ важнаго, и лишь это важное, поскольку его внутренняя основательность установлена съ помощью научныхъ правилъ толкованія, признавать и примѣнять, какъ имѣющее юридическое значеніе, но и, съ другой стороны, не долженъ считать себя связаннымъ при изслѣдованіи содержанія закона одними матеріалами.. Толкованіе вѣдь представляетъ науку, и его область необозрима и неисчерпаема. Если, поэтому, толкователь находитъ и внѣ матеріаловъ пути, ведущіе къ мысли закона, то онъ можетъ и долженъ идти по нимъ» [4]).

«Если доказано», разсуждаетъ К. Вехтеръ, «что законъ хотѣлъ выразить въ своихъ словахъ больше или меньше, чѣмъ они, взятыя въ своемъ собственномъ смыслѣ, выражаютъ, то судья

---

[1]) *Hufeland*, 28.

[2]) *Vangerow*, 52.

[3]) Рѣчь идетъ о такъ наз. законодательныхъ матеріалахъ, т. е. документахъ, относящихся къ подготовительнымъ работамъ по изданію законовъ, каковы: предварительные проекты съ объяснительными записками, протоколы засѣданій редакціонныхъ коммиссій и т. д. Нужно замѣтить, что большинство авторовъ, касаясь вопроса о значеніи внѣшнихъ источниковъ, имѣетъ въ виду спеціально законодательные матеріалы, составляющіе важнѣйшую категорію этихъ источниковъ

[4]) *Deutschmann*, 819. Ср. *Schletter*, 1: «Quum doctrinae quovis auxilio ad indagandum id, quod verum sit, uti liceat, omnia media eruendi veri sensus, quem legislator legi inesse voluit, adhiberi et possunt et debent. *Schweppe*, Das rom. Privatrecht, I, 1828, 4 Aufl., § 14.

долженъ примѣнять въ первомъ случаѣ большее, а во второмъ меньшее, не придерживаясь словъ. Подобно тому, какъ мы выходимъ и должны выходить за предѣлы словъ закона, когда разсмотрѣніе самого закона приводитъ къ иному смыслу, который былъ связываемъ законодателемъ съ этими словами, такъ же точно мы можемъ и должны идти дальше словъ закона, если съ помощью другихъ источниковъ точно доказано, что законодатель хотѣлъ опубликовать этотъ смыслъ вмѣстѣ со своими словами и въ дѣйствительности опубликовалъ его, хотя не вполнѣ опредѣленно и не такъ, чтобы для раскрытія этого смысла можно было обойтись безъ употребленія особыхъ вспомогательныхъ средствъ» [5]).

Гольдшмидтъ, касаясь вопроса о значеніи законодательныхъ матеріаловъ, не признаетъ за ними формально обязательнаго значенія,[1] а считаетъ ихъ только средствомъ научнаго толкованія, но средствомъ наиболѣе важнымъ[6]). Въ другомъ мѣстѣ онъ выражается болѣе точно и опредѣленно. По его словамъ, толкователь можетъ отступать даже отъ безусловно яснаго словеснаго смысла закона, если законодательные матеріалы обнаруживаютъ, что законодатель сказалъ не то, что хотѣлъ сказать. «Если бы, напр., можно было на основаніи недвусмысленныхъ и согласныхъ заявленій составителей законовъ въ подготовительныхъ матеріалахъ доказать, что подъ словомъ «покупать» понимались всякія возмездныя сдѣлки пріобрѣтательнаго характера, то врядъ ли толкованіе могло бы отказаться отъ права выйти за предѣлы техническаго смысла этого слова» [7]).

Точно также по мнѣнію Киппа, «закономъ слѣдуетъ считать то, что разумные и справедливо мыслящіе люди, *пользуясь всѣми доступными средствами познанія*, должны находить выраженнымъ въ качествѣ воли законодателя» [8]).

---

[5]) *Wachter*, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1835, I, 245, 248 (цитир. Кругомъ, стр. 66) *Wachter*, De lege Saxonica VIII Febr. 1834 Comment., 1835, 46–47 (Mohl, 98—1 0; Reuterskiold, 12 - 13).

[6]) *Goldschmidt*, Handbuch, 319.

[7]) *Goldschmidt*, Die Bedeutung der Protokolle, 64.

[8]) *Windscheid*, § 21, Anm. 4 a.

Къ сторонникамъ излагаемаго воззрѣнія слѣдуетъ причислить и тѣхъ писателей, которые либо вовсе не усматриваютъ разницы между внутренними и внѣшними источниками, либо сводятъ ее только къ степени достовѣрности. Такъ напр., Лоранъ, доказывая, что логическому толкованію подлежатъ только неясные законы, не устанавливаетъ никакого различія между средствами этого толкованія, а просто перечисляетъ ихъ [9]). Съ другой стороны, Савиньи, говоря о значеніи основанія закона (ratio legis) для выясненія смысла послѣдняго, замѣчаетъ только, что «знаніе основанія закона можетъ быть болѣе или менѣе достовѣрнымъ», что «высшей достовѣрности оно достигаетъ тогда, когда основаніе выражено въ самомъ законѣ», и что «пользованіе основаніемъ закона для толкованія послѣдняго зависитъ отъ различной степени достовѣрности его» [10]).

Сюда же, наконецъ, должны быть отнесены и тѣ ученые, которые считаютъ толкованіе юридическихъ нормъ ничѣмъ не отличающимся отъ толкованія всякихъ иныхъ литературныхъ произведеній, а слѣдовательно, подчиненнымъ только правиламъ филологической герменевтики, съ точки зрѣнія которой внѣшніе источники и данныя имѣютъ одинаковое значеніе съ внутреннимп. Такъ напр., Іерингъ, раздѣляя юриспруденцію на низшую и высшую и относя толкованіе законовъ къ первой, замѣчаетъ, что «толкованіе не представляетъ собою спеціально юридической операціи», и что «только на высшей (догматической) ступени задача и методъ юриспруденціи становятся чисто юридическими» [11]).

Но хотя на первый взглядъ приравненіе внѣшнихъ источниковъ и данныхъ по ихъ значенію къ внутреннимъ представляется вполнѣ естественнымъ, ближайшее изслѣдованіе обнаруживаетъ его несостоятельность Противъ него нельзя было бы ничего возразить, если бы юридическія нормы ничѣмъ существенно не отличались отъ всякихъ иныхъ литературныхъ произведеній. Тогда, дѣйствительно, при толкованіи ихъ можно

---

[9]) *Laurent*, Cours, 14—16, 20, 37, 100—163.

[10]) *Savigny*, 218—221.

[11]) *Ihering*, Geist, II, 1, 358—359 (§ 41).

было бы руководствоваться правилами филологической герменевтики, которой неизвѣстно дѣленіе источниковъ и средствъ толкованія на внутренніе и внѣшніе. Но юридическія нормы обладаютъ двумя важными особенностями: во 1, ихъ назначеніе состоитъ въ томъ, чтобы руководить поведеніемъ гражданъ, а во 2, въ большинствѣ случаевъ неизвѣстно, кто является ихъ истиннымъ авторомъ.

Первая особенность юридическихъ нормъ находитъ свое выраженіе въ томъ, что онѣ, составляя въ своей совокупности дѣйствующее право, должны быть всѣмъ извѣстны и всѣми строго исполняемы. Въ примѣненіи къ главному виду нормъ, который насъ наиболѣе интересуетъ, — къ законамъ, это означаетъ, между прочимъ, что «никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ законовъ, обнародованныхъ установленнымъ порядкомъ» (ст. 62 Осн. зак.). Въ этомъ принципѣ имѣются двѣ стороны: положительная и отрицательная Положительная заключается въ томъ, что каждый гражданинъ обязанъ знать содержаніе дѣйствующаго законодательства, а отрицательная въ томъ, что никто не обязанъ знать того, что лежитъ внѣ законодательства. Въ практическомъ примѣненіи первое положеніе означаетъ, что незнаніе закона или ошибка въ немъ не служатъ извинительнымъ обстоятельствомъ и не избавляютъ отъ законной отвѣтственности (ignorantia juris nocet) Наоборотъ, изъ второго положенія слѣдуетъ, что незнаніе какихъ-либо иныхъ фактовъ, кромѣ содержащихся въ законодательствѣ, принимается во вниманіе и освобождаетъ отъ отвѣтственности (ignorantia facti non nocet). Не вытекаетъ ли отсюда, что граждане *юридически обязаны* знать только нормы дѣйствующаго законодательства своей страны, и что мотивы законовъ, протоколы законодательныхъ и редакціонныхъ коммиссій и всякаго рода подготовительные матеріалы, а также ученые труды, частная переписка авторовъ закона и вообще всѣ внѣшніе источники могутъ быть гражданами игнорируемы, ибо не входятъ въ составъ дѣйствующаго законодательства?

Другая особенность юридическихъ нормъ, это—трудность, а иногда и прямо невозможность опредѣлить, кто именно является ихъ авторомъ. Въ самомъ дѣлѣ, законы въ наше время рѣдко бываютъ произведеніями одного лица Обыкновенно въ

созданіи ихъ участвуетъ цѣлый рядъ лицъ, изъ которыхъ одни составляютъ проектъ, другія обсуждаютъ и измѣняютъ его, третьи придаютъ окончательную редакцію и т. д., пока, наконецъ, носитель или носители законодательной власти не скрѣпятъ результата всѣхъ этихъ трудовъ своимъ властнымъ словомъ. Вслѣдствіе этого, зачастую остается совершенно неизвѣстнымъ, кто собственно является авторомъ данной нормы, и чью волю слѣдуетъ раскрывать при толкованіи этой нормы

2. Опираясь на приведенныя соображенія относительно спеціальныхъ особенностей нормъ, рѣзко отличающихъ ихъ отъ прочихъ литературныхъ произведеній, многіе ученые пришли къ тому выводу, что нормы должны быть толкуемы съ помощью только тѣхъ данныхъ, которыя заключаются въ дѣйствующемъ правѣ, и что обращаться къ внѣшнимъ источникамъ не обязательно и даже нельзя.

Первымъ, кто прямо и рѣшительно вывелъ такое заключеніе, былъ Тибо «Можетъ ли юристъ-практикъ (ибо то, что дѣлаетъ для своего удовольствія теоретикъ, не подлежитъ никакой цензурѣ) вообще толковать логически законы, если данныя для изслѣдованія ихъ смысла могутъ быть заимствуемы не изъ самого права? Отвѣтить на это можно не иначе, какъ безусловно отрицательно, если исходить изъ тѣхъ не нуждающихся въ доказательствѣ принциповъ, что подданный обязанъ повиноваться только тому, что ему обнародовано въ качествѣ закона, и что по L. 12 de ll. логическое толкованіе имѣетъ мѣсто лишь тамъ, гдѣ духъ закона юридически явенъ [12]). Остановимся хотя бы на исторіи. Законы изданы не только для историковъ, но и для всѣхъ подданныхъ. Если исходить изъ того положенія, что объемъ закона можетъ быть опредѣляемъ также при помощи историческихъ данныхъ, то тѣмъ самымъ будетъ похоронена достовѣрность права и сдѣлано невозможнымъ общее рас-

---

[12]) Въ законѣ, на который ссылается Тибо, сказано: «Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet». L. 12 D. de leg. (1, 3).

пространеніе его. Открытіе какого-либо историческаго разъясненія всегда является чѣмъ-то случайнымъ; точно также случайно и то обстоятельство, что о сдѣланномъ какимъ-нибудь писателемъ открытіи узнаютъ другія лица. Ни подданный, ни даже ученый юристъ не могутъ изучать всѣ историческія и юридическія сочиненія только изъ за того, что *могутъ получить возможность* уяснить себѣ смыслъ того или другаго закона. Законы могутъ быть извѣстны всѣмъ; напротивъ, историческія свѣдѣнія всегда разбросаны, и въ иномъ плохомъ сочиненіи находятся поясненія и замѣчанія, которыхъ тщетно ищутъ въ классическихъ произведеніяхъ. Если бы, такимъ образомъ, возвести въ источникъ права исторію, на которую нѣтъ ссылки въ самомъ данномъ законѣ, то это было бы равносильно тому, какъ если бы дать каждому подданному особое право и притомъ опредѣлить вообще, какое изъ этихъ различныхъ правъ въ случаѣ столкновенія имѣетъ преимущество передъ другими [13]).

«Господствующее до сихъ поръ мнѣніе», пишетъ по поводу новаго германскаго гражданскаго уложенія Цительманъ, «усматриваетъ задачу толкованія не въ опредѣленіи смысла закона, а задается вопросомъ: чего желалъ законодатель? Это— смѣшеніе юридическаго толкованія съ историческимъ... Особенно опаснымъ оно становится въ примѣненіи въ современному законодательству Такъ какъ въ современномъ государствѣ нѣтъ такого законодателя, который лично составлялъ бы и продумывалъ законъ, то слишкомъ легко, при помощи дальнѣйшаго удобнаго смѣшенія, придаютъ авторитетное значеніе вмѣсто законодателя отдѣльнымъ лицамъ, которыя были случайнымъ образомъ причастны къ составленію закона; начинаютъ пользоваться заявленіями правительственныхъ чиновниковъ и отдѣльныхъ членовъ парламента, словомъ утверждаютъ, что смыслъ закона опредѣляется на основаніи всей совокупности матері-

---

[13]) *Thibaut*, Auslegung, 28—31. Послѣдняя фраза Тибо не совсѣмъ ясна. Повидимому, онъ хотѣлъ выразить ту мысль, что права гражданъ не могутъ быть прочными и обезпеченными, если законамъ, на которыхъ эти права основаны, можетъ быть придаваемъ иногда одинъ смыслъ, иногда другой по мѣрѣ того, какъ открываются какіе-либо посторонніе исторические источники, проливающіе свѣтъ на волю законодателя.

аловъ, проектовъ, предварительныхъ совѣщаній. Мы уже пережили въ этомъ отношеніи нѣчто ужасное. Намъ извѣстны такого рода комментаріи и монографіи, которыя какъ кто-то мѣтко выразился, были созданы при помощи однѣхъ лишь ножницъ и клея; вслѣдъ за появленіемъ всякаго обширнаго законодательнаго акта литература наводняется подобными произведеніями. Но въ этомъ еще не было бы въ концѣ концовъ бѣды, такъ какъ всѣ они черезъ короткое время безславно погружаются въ преисподнюю. Хуже однако, если серьезныя научныя работы и судебныя рѣшенія дѣлаютъ изъ матеріаловъ ненадлежащее употребленіе. Это уже — несчастіе; это значитъ фактически отнимать у народа то самое право, которое ему только что дано, и отсылать его къ источнику, почти для него недоступному. Немногіе могутъ знать, что содержится въ матеріалахъ уже потому, что послѣдніе не легко доступны: ихъ содержаніемъ нельзя овладѣть безъ серьезныхъ предварительныхъ занятій. Какимъ же образомъ можно отсылать гражданина, который собственной шкурой расплачивается за свою ошибку въ правѣ, къ содержанію матеріаловъ? Вотъ лишь нѣсколько цифръ. Подготовительные матеріалы къ первому проекту гражданскаго уложенія, обнимаютъ, какъ сообщила коммиссія въ предисловіи къ этому проекту, 19 печатныхъ томовъ in folio, а металлографированные протоколы засѣданій—12,309 страницъ in folio. Эти предварительные труды существуютъ лишь въ немногихъ экземплярахъ и не имѣются въ продажѣ, — въ Боннѣ, напр., нѣтъ ни одного экземпляра въ публичныхъ библіотекахъ. Затѣмъ, въ продажу поступили мотивы къ первому проекту въ 5 томахъ съ 4144 страницами убористаго шрифта и одинъ томъ мотивовъ къ закону о введеніи въ дѣйствіе уложенія Насколько обширны протоколы ко второй и третьей редакціи проекта, мнѣ неизвѣстно; но въ окончательномъ проектѣ цитируется 8765 страница: на основаніи этого можно себѣ составить понятіе. Сюда присоединяются еще протоколы рейхстага со всѣмъ, что къ нимъ относится. И изъ всей этой массы мы должны извлекать свое право! По истинѣ чувствуешь искушеніе воскликнуть съ тяжкимъ вздохомъ: ахъ, если бы всѣ подготовительныя работы были заблаговременно уничтожены, и если бы во главѣ проекта стояло правило: это уложеніе должно быть толкуемо съ помощью него самого! Такой лозунгъ дѣйствительно долженъ

быть провозглашенъ. Онъ означаетъ: не признается законнымъ правомъ ничто, чего нельзя вывести изъ закона, какъ такового. хотя бы оно было въ мысляхъ того или другаго составителя закона, и законнымъ правомъ является все то, что вытекаетъ изъ закона, хотя бы объ этомъ не думалъ его авторъ» [14]).

Въ такомъ же духѣ разсуждаетъ Биндингъ, также исходящій изъ того положенія, что задачей толкованія служитъ раскрытіе смысла закона, а не мысли и воли законодателя (см стр. 22): «никоимъ образомъ нельзя придавать мотивамъ рѣшающаго значенія при толкованіи. Кто, толкуя законъ, исправляетъ его съ помощью мотивовъ или преній (парламентскихъ), тотъ его ниспровергаетъ подъ видомъ примѣненія. Точно также тотъ, кому удается разъяснить двусмысленный законъ только благодаря тому, что онъ, не обинуясь, выдаетъ поддерживаемое въ матеріалахъ мнѣніе за мнѣніе закона, тотъ возводитъ матеріалы въ законъ. Для развитія здраваго толкованія было бы лучше, если бы законы не появлялись на свѣтъ съ длинной исторіей своего происхожденія и обремененные грудой матеріаловъ, ибо причиняемый послѣдними двойной вредъ—обезсиленіе толкованія и уснащеніе дѣйствующаго права массой необязательнаго матеріала—далеко перевѣшиваетъ, на мой взглядъ, ихъ пользу» [15]).

«Относительно какого-нибудь извѣстнаго писателя», замѣчаетъ Ленель, «можно по общему правилу предположить, что онъ понималъ каждое изъ своихъ выраженій въ одномъ опредѣленномъ смыслѣ; въ какомъ именно смыслѣ, это—проблема историческаго познанія... Но чье мнѣніе должно быть опредѣляемо при толкованіи кодекса? Еще и теперь многіе отвѣчаютъ: законодателя. Но, какъ давно уже признано, этотъ такъ наз. законодатель представляетъ собою фиктивную личность, которую нельзя уловить и установить... Задачей толкованія, поэтому,

---

[14]) *Zitelmann*, Die Gefahren des burgerlichen Gesetzbuches fur die Rechtswissenschaft, 1896, 11 — 14 Въ своемъ учебникѣ Цительманъ повторяетъ: «Gemass der richtigen neuen Theorie, das BGB ist aus sich selbst auszulegen». *Zitelmann*, Das Recht des bürg Gesetzbuches, 1900, I, 5.

[15]) *Binding*, 472—473. Аналогично: *Schlesinger* (*Goldschmidt*, Bedeutung, 62—63).

можетъ быть только выясненіе объективнаго смысла закона, т. е. изслѣдованіе того, что могъ выразить закономъ не тотъ или другой опредѣленный человѣкъ, а вообще разумный человѣкъ in abstracto, какъ предполагаемый авторъ закона. Въ такомъ смыслѣ утвержденъ законъ факторами законодательства, къ такомъ же долженъ онъ быть и толкуемъ» [16]).

Противъ обязательности пользованія внѣшними источниками и данными высказывалась и судебная практика нѣкоторыхъ государствъ [17]).

Переходя къ оцѣнкѣ взгляда, отрицающаго всякое значеніе за внѣшними источниками и данными, нужно прежде всего провѣрить, можетъ ли служить основаніемъ для него принципъ: «никто не въ правѣ отговариваться невѣдѣніемъ законовъ» Изъ этого принципа выводятъ, что можно отговариваться невѣдѣніемъ внѣшнихъ источниковъ, а слѣдовательно, не пользоваться внѣшними данными. Такой выводъ представляется правильнымъ только потому, что первой посылкѣ придается не вполнѣ точный смыслъ. Дѣло въ томъ, что «знать» законъ не значитъ имѣть свѣдѣнія о его существованіи и хранить въ памяти его текстъ. Какъ было уже выяснено (стр. 19 — 20), «знать» законъ означаетъ также понимать его смыслъ и, притомъ, понимать правильно, ибо

---

[16]) *Lenel*, Das burgerliche Gesetzbuch und das Studium des romischen Rechts, 1896, 7, 8.

[17]) Англіи и Соединенныхъ Штатовъ. Англійскіе суды считаютъ необязательнымъ и даже недопустимымъ пользованіе законодательными матеріалами. *Beal*, 135: «We must construe Acts of Parliament as they are, without regard to consequences, except in those cases where the words used are so ambiguous, that they may be construed in two senses, and even then we must not regard what happened in Parliament». *Bishop*, 77, note 7: « If a statute is not clearly worded, ist Parliamentary history is wisely inadmissible to explain it .. The court cannot look at the history of a clause, or of the introduction of a proviso... nor at amendments and alterations made in committee... nor at the principles which govern Houses of Parliament in passing private bills» Такова же общая тенденція сѣверо-американскихъ судовъ. *Sedgwick*, 205: «The tendency of all our modern decisions is to the effect, that the intention of the Legislature is to be found in the statute itself, and that there only the judges are to look for the mischiefs meant to be obviated, and the remedy meant to be provided». *Bischop*, § 77.

ошибка въ правѣ не считается извинительной. Между тѣмъ бываютъ случаи, когда законъ самъ по себѣ настолько неясенъ, что вовсе не можетъ быть понятъ безъ помощи внѣшнихъ данныхъ, напр., мотивовъ или объяснительной записки къ нему [18]) Въ такихъ случаяхъ граждане не только въ правѣ, но и обязаны обращаться къ этимъ внѣшнимъ даннымъ, ибо не смѣютъ ссылаться на непониманіе законовъ.

Оказывается, такимъ образомъ, что принципъ «никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ законовъ» не допускаетъ того крайняго вывода, который изъ него дѣлается. Не служитъ опорой для этого вывода и разграниченіе воли закона отъ воли законодателя, ибо оно не выдерживаетъ критики (см. стр. 22—25). Что касается третьяго довода въ пользу возможности игнорировать внѣшнія данныя, довода, состоящаго въ томъ, что зачастую нельзя установить, кто собственно является истиннымъ авторомъ нормы, то онъ не затрагиваетъ существа вопроса, указывая только на фактическое препятствіе, которое затрудняетъ пользованіе внѣшними данными, но не разрѣшая вопроса, какъ же слѣдуетъ поступать, если личность автора нормы можетъ быть установлена.

3. Итакъ, разборъ двухъ крайнихъ мнѣній относительно значенія внѣшнихъ данныхъ приводитъ къ такому выводу: хотя внѣшнія данныя не могутъ быть поставлены на одну линію съ внутренними, заключающимися въ самомъ текстѣ законодательства, знаніе котораго безусловно обязательно для гражданъ, однако совершенно пренебрегать ими тоже нельзя. Такого именно мнѣнія держится большинство современныхъ ученыхъ. Но при опредѣленіи границъ и условій пользованія внѣшними источниками и данными, взгляды рѣзко расходятся. Тѣмъ не менѣе всѣхъ авторовъ можно раздѣлить на нѣсколько группъ.

---

[18]) *Schletter*, 2: «Si illud subsidii nos deficeret, de fine ac modo singularum sanctionum quid? quod de sensu singulorum verborum prorsus incerti ac consilii inopes essemus futuri». Ср. *Vangerow*, 52. Миттельштедтъ замѣчаетъ, что нѣкоторые изъ новѣйшихъ германскихъ таможенныхъ и финансовыхъ законовъ «безъ помощи матеріаловъ являются совершенно непонятными и недоступными толкованію». *Mittelstädt*, 5.

А. Первую группу образуютъ тѣ многочисленные ученые, которые либо просто высказываются за необходимость пользоваться при толкованіи внѣшними источниками и данными [19]), либо ограничиваются общими и неопредѣленными заявленіями о томъ, что это — важное средство толкованія [20]), но что имъ надо пользоваться осторожно [21]) и подвергать его тщательной критикѣ.

Далѣе, сюда же должны быть причислены и нѣкоторые изъ тѣхъ авторовъ, которые считаютъ задачей толкованія раскрытіе мысли закона, а не законодателя (см стр. 22 и сл.), а потому должны были бы отрицать всякое значеніе за внѣшними данными, но на самомъ дѣлѣ все-таки находятъ, что безъ нихъ нельзя обойтись

Такъ, Колеръ, касаясь вопроса о значеніи законодательныхъ матеріаловъ, замѣчаетъ, что если бы толкованіе закона имѣло цѣлью обнаружить мысль и волю его составителей, то не было бы причины ограничиваться изученіемъ мотивовъ, протоколовъ засѣданій редакціонныхъ коммиссій и другихъ офи-

---

[19]) *Unger*, 82: «Auch andere Gesetzgebungen, welche benutzt wurden, so wie Verhandlungen, welche dem Gesetze vorhergingen, Motive, Berichte, Mittheilungen von Seite der mit der Abfassung des Gesetzes Beauftragten u. s. w. konnen mit Erfolg benützt werden...» *Eck*, Vorträge uber das Recht des bürgerl Gesetzb., I, 1898 (2 Aufl.), § 9: «Wie jedes Geisteserzeugniss, so wird auch das Gesetz erst durch Kenntniss seiner Entstehungsgeschichte ganz verstandlich, und die Erkenntnissquelle fur diese bilden eben die Gesetzesmaterialien» (30). *Endemann*, Einführung in das Studium des burg Gesetzbuchs, 1897, I, 43; *Cosack*, Lehrb. des deut. burgerl. Rechts, 1897, I, § 11, S. 42; *Windscheid*, § 21. Anm. 6; *Mittelstadt*, 6 ff и др.

[20]) *Reuterskiold*, 91: «Die indirekten Interpretationsmittel sind, richtig gebraucht, ofters sehr werthvoll und sogar unentbehrlich». *Menger*, 112—113: «werthvolle Aufschlusse». *Коркуновъ*, 344 и сл

[21]) *Gierke*, 140: «Doch darf von ihnen (Gesetzesmaterialien) nur in vorsichtiger und freier Weise Gebrauch gemacht werden». *Roels*, 37: «Quand il faudra pour interprêter une loi faire des recherches historiques, consulter l'un ou l'autre des nombreux documents que nous venons d'énumérer, lire ces longs et savants rapports, parcourir ces discussions parfois claires, parfois vagues, mais où la passion politique domine trop souvent la raison, on sera prudent et circonspect».

ціальныхъ матеріаловъ, а пришлось бы почерпать свѣдѣнія объ истинныхъ мнѣніяхъ составителей также изъ ихъ сочиненій, переписки и вообще изъ всякихъ частныхъ источниковъ При такихъ условіяхъ «толкованіе законовъ обратилось бы въ частное разслѣдованіе, и законъ былъ бы низведенъ съ высоты своего верховнаго значенія въ сферу частныхъ инспираціи, частныхъ стремленій, частныхъ взглядовъ». Дальнѣйшимъ результатомъ было бы еще и то, что «законъ совершенно устранялся бы, если бы было доказано, что его текстъ противорѣчитъ истинному мнѣнію его составителей, ибо не имѣло бы силы ни то, что въ законѣ сказано, такъ какъ этого не желалъ законодатель, ни то, чего желалъ послѣдній, такъ какъ оно въ законѣ не выражено» [22]). Отсюда, казалось бы, можно заключить, что Колеръ отрицаетъ за внѣшними данными всякое значеніе. Между тѣмъ онъ продолжаетъ свое разсужденіе слѣдующимъ образомъ: «значеніе подготовительныхъ работъ чисто фактическое; онѣ—важное вспомогательное средство къ ближайшему познанію основанія и цѣли закона, но въ качествѣ такового, онѣ не стоятъ одиноко, а раздѣляютъ это значеніе съ другими элементами. Юридическое сочиненіе, вскрывающее тѣ или иные (соціальные) недуги, практическій случай, въ которомъ проявляется какая-либо потребность, заявленія спеціалистовъ, которыя дали толчекъ законодательной дѣятельности, законодательство сосѣдняго государства, послужившее образцомъ, все это—элементы, столь же пригодные для выясненія телеологическаго значенія закона, какъ и мотивы правительства или парламентскія рѣчи. Эти матеріалы имѣютъ значеніе и важное значеніе для опредѣленія интересовъ, которые законъ стремится культивировать, для обнаруженія потребностей, которыя онъ стремится удовлетворить, для обрисовки умственнаго настроенія, которое было господствующимъ во время (изданія) закона... Все это не прямыя законодательныя средства толкованія, это—средства къ объективному выясненію круга культурныхъ стремленій, проявившихся черезъ посредство закона,—это объективныя средства къ историческому увѣковѣченію извѣстныхъ обстоятельствъ, вліяніе которыхъ вызвало законъ въ качествѣ соотвѣтствующаго противо-

[22]) *Kohler*, Interpretation, 30—31.

вѣса» [23]). Какъ ни сильно и ярко выражается Колеръ, тѣмъ не менѣе граница пользованія внѣшними источниками и сравнительное значеніе внѣшнихъ и внутреннихъ данныхъ остаются у него невыясненными съ точностью.

Еще болѣе смутны и противорѣчивы выводы Мейера. «Предметомъ толкованія закона должна быть, конечно, считаема воля законодателя. Но такъ какъ законодатель представляетъ собою фиктивную личность государства, то и его воля является только фиктивною волею государства, а сдѣланное надлежащимъ порядкомъ обнародованіе закона—единственною основою этой фикціи. Законодательная воля, или ея фикція, имѣетъ силу, поэтому, лишь въ предѣлахъ обнародованія, или въ виду того, что единственнымъ предметомъ обнародованія является текстъ закона,— въ предѣлахъ обнародованнаго текста... Такъ какъ законодательные матеріалы не обнародованы въ качествѣ закона, то они никогда не могутъ пролить свѣта на фиктивную волю законодателя, а въ лучшемъ случаѣ—только на волю законодательныхъ факторовъ или ихъ помощниковъ, которая однако не позволяетъ дѣлать достовѣрныя заключенія относительно, быть можетъ, отличающейся отъ нея законодательной воли [24]). Воля законодательныхъ факторовъ относится къ закону точно такъ же, какъ матеріальное право къ формальной силѣ судебнаго рѣшенія; ибо подобно тому, какъ послѣдняя парализуетъ матеріальное право, такъ законъ отнимаетъ всякое юридическое значеніе у воли законодательныхъ факторовъ» [25]). Ихъ воля, насколько она не воплощена въ законѣ, «является духомъ безъ тѣла, призракомъ, блуждающимъ огонькомъ, который, если за нимъ слѣдовать, легко заведетъ въ болото» [26]). Поэтому, знаніе матеріаловъ не обязательно [27]), и пользоваться ими нельзя даже тогда, когда въ законѣ обнаруживается неясность или редакціонный промахъ [28]). Но, высказавъ категорически столь

---

[23]) *Kohler*, ib., 38—39.

[24]) *Meyer*, 2—3

[25]) *Meyer*, 10.

[26]) Id., 6.

[27]) Id., 4.

[28]) Id., 8—9, 10.

крайнее мнѣніе, Мейеръ затѣмъ, въ противорѣчіе самому себѣ, признаетъ, что толкователь долженъ «возможно лучше вдуматься въ положеніе законодателя и прежде всего обратить вниманіе на предшествующее положеніе вещей и исторію возникновенія закона», а съ этой цѣлью и на матеріалы, «знаніе которыхъ хотя не составляетъ всеобщей юридической обязанности, но является профессіональной обязанностью толкователя» [29]).

Всѣ эти неопредѣленныя и противорѣчивыя мнѣнія относительно внѣшнихъ источниковъ и данныхъ [30]) не требуютъ и не допускаютъ критическаго разбора Поэтому, оставляя ихъ въ сторонѣ, можно прямо перейти ко второй группѣ ученыхъ.

Б. Къ этой группѣ слѣдуетъ отнести тѣхъ ученыхъ, которые думаютъ, что пользоваться внѣшними источниками можно только для повѣрки и подтвержденія результатовъ, добытыхъ съ помощью внутреннихъ.

Такъ, Шаффратъ, опираясь на то положеніе, что для гражданъ обязательна воля закона лишь постольку, поскольку она формально выражена и обнародована въ законахъ, и что только законы всѣмъ доступны и всѣмъ должны быть извѣстны, приходитъ къ заключенію, что при толкованіи нужно принимать въ соображеніе только данныя, заключающіяся въ самихъ законахъ. Что же касается постороннихъ источниковъ, то прибѣгать къ ихъ помощи можно единственно для того, чтобы подтвердить правильность уже сдѣланнаго толкованія [31]).

Законодательные матеріалы, говоритъ Вахъ, «это — исторія закона или документальное свидѣтельство о ней. Въ нихъ раскрываются дѣйствительно причинныя представленія интеллектуальныхъ авторовъ закона (а не законодателя). Въ ихъ взглядахъ и представленіяхъ о томъ, что должно было стать закономъ вмѣстѣ съ употребленными ими словами, содержится весьма

---

[29]) Id., 14, 15.

[30]) Не устанавливаютъ сколько-нибудь точной границы пользованія этими данными еще многіе другіе авторы, какъ напр., *Thol*, § 60; *Holder*, Auslegung, 61—65 *Unger*, 82, Anm. 28; *Mittermaier*, 220 и др.

[31]) *Schaffrath*, §§ 18, 28, 32—35.

важное средство для познанія его. но при самомъ полномъ сохраненіи самостоятельности и единства довлѣющаго себѣ и указывающаго на самого себя закона. Поэтому, матеріалами злоупотребляютъ, если замѣняютъ ими изслѣдованіе и толкованіе закона изъ него самого, если они примѣняются для дополненія или даже опроверженія результата раціональнаго толкованія. Но они оказываютъ существенную услугу въ связи съ этимъ толкованіемъ, когда дѣло идетъ о томъ, чтобы подкрѣпить его» [32])

Несомнѣнно, что какъ законодательные матеріалы, такъ и вообще внѣшніе источники могутъ быть полезны въ качествѣ провѣрочнаго средства, когда съ ихъ помощью устанавливается правильность сдѣланнаго уже толкованія закона. Но если ихъ роль ограничивается только этимъ, значитъ, они не имѣютъ самостоятельнаго значенія и могутъ быть игнорируемы, ибо не вліяютъ на окончательный результатъ толкованія. Оказывается, такимъ образомъ, что въ сущности мнѣніе Шаффрата и Ваха равносильно отрицанію обязательности пользованія внѣшними данными, а это, какъ было указано выше, невѣрно. И въ самомъ дѣлѣ, если къ внѣшнимъ даннымъ дозволительно обращаться только для подтвержденія результата, полученнаго при посредствѣ внутреннихъ, значитъ въ томъ случаѣ, когда толкованіе закона съ помощью внутреннихъ данныхъ оказалось безуспѣшнымъ, внѣшнія данныя должны быть игнорируемы. А между тѣмъ именно въ этомъ случаѣ помощь ихъ наиболѣе нужна, такъ какъ они являются тогда единственнымъ средствомъ къ уясненію смысла закона.

В Третью группу образуютъ тѣ ученые, которые признаютъ, что пользоваться внѣшними данными можно и должно въ предѣлахъ смысла нормы, обнаруживающагося изъ ея словъ и логической связи съ другими нормами законодательства.

Это мнѣніе, имѣющее многочисленныхъ защитниковъ, наиболѣе точно и подробно обосновывается К. Вехтеромъ, Молемъ Бирлингомъ.

Вехтеръ опредѣляетъ границу примѣненія внѣшнихъ данныхъ такъ: «Если законодатель хотѣлъ сказать своими словами

---

[32]) *Wach*, 283—284

что-либо иное или большее, чѣмъ они въ дѣйствительности въ состояніи выразить, и если то, что онъ хотѣлъ сказать, не можетъ быть обнаружено изъ самого закона и его связи съ остальнымъ законодательствомъ, то, что онъ хотѣлъ сказать, но не сказалъ, должно быть разсматриваемо, какъ несуществующее, именно потому, что оно не было сказано, т. е не было на самомъ дѣлѣ обнародовано» [33]).

Моль начинаетъ съ того, что выставляетъ нѣсколько положеній, «противъ которыхъ, навѣрно, никто не будетъ возражать», а именно: «1) въ составъ понятія закона входитъ обнародованіе его. Пока желаемое законодателемъ постановленіе остается у него въ мысляхъ и не сообщено подданнымъ, имѣющій обязательную силу актъ законодательства еще не законченъ; 2) это обнародованіе, чтобы считаться совершеннымъ, должно произойти въ установленномъ обычаемъ или закономъ порядкѣ. Подданный, несомнѣнно, обязанъ знать всѣ законы; но требовать этого отъ него можно разумнымъ образомъ и согласно положительнымъ постановленіямъ большинства государствъ только тогда, когда обнародованіе сдѣлано опредѣленнымъ, достовѣрно распознаваемымъ и явнымъ образомъ.. 3) Подданный долженъ знать и соблюдать истинный смыслъ закона и только этотъ смыслъ. Утвержденіе противнаго содержитъ въ себѣ абсурдъ. Къ познанію этого смысла служитъ толкованіе... 4) Слова закона являются формой, въ которую законодатель воплощаетъ свою волю, а не самою этой волей. Эта форма можетъ вслѣдствія неумѣлаго примѣненія правилъ рѣчи или небрежнаго отношенія къ содержанію, страдать недостатками, отъ которыхъ свободна сама воля законодателя» [34]). Изъ этихъ положеній Моль выводитъ, что при толкованіи законовъ для опредѣленія истинной воли законодателя не только можно, но и должно пользоваться всѣми рѣшительно источниками и данными Обращаясь затѣмъ къ опредѣленію объема этого пользованія, Моль выставляетъ два ограниченія. Первое состоитъ въ томъ, что съ помощью внѣшнихъ данныхъ нельзя дополнять постановленій закона. «Если

---

[33]) *Wachter*, Württemb. Privatrecht, § 24 (цит. Бирлингомъ, 153).

[34]) *Mohl*, 106—107.

часть того, что рѣшилъ законодатель, совершенно опущена въ обнародованныхъ словахъ его, то восполненіе конкретнаго закона изъ какихъ бы то ни было другихъ источниковъ недопустимо», такъ какъ нельзя требовать, чтобы «граждане повиновались мнѣніямъ, которыя не объявлены имъ въ качествѣ государственной воли». и такъ какъ «то, что не обнародовано, не можетъ быть примѣняемо» [35]) Второе ограниченіе касается случаевъ несоотвѣтствія между смысломъ закона и дѣйствительною волей законодателя, обнаруживающеюся изъ внѣшнихъ данныхъ «Если обнародованныя слова закона содержатъ въ себѣ что-либо существенно отличное отъ обнаруженной воли законодателя», то «такое мѣсто закона подданный не обязанъ соблюдать, а власти—примѣнять». ибо «только дѣйствительная и истинная воля законодателя имѣетъ обязательную силу». «Но если такое мѣсто закона отпадаетъ, то, съ другой стороны, отнюдь не дозволяется замѣнять его другимъ, не обнародованнымъ. Какъ бы несомнѣнно ни было доказано намѣреніе законодателя, все же ему не хватаетъ необходимаго условія—обнародованія въ установленномъ порядкѣ. Поэтому, въ подобныхъ случаяхъ слѣдуетъ поступать такъ, какъ если бы въ законѣ былъ пробѣлъ» [36]) Частнымъ видомъ разсматриваемаго несоотвѣтствія между волей законодателя и смысломъ закона является тотъ случай, «когда обнародованный законъ постановляетъ больше, чѣмъ въ дѣйствительности желалъ законодатель. И этотъ излишекъ долженъ быть устраняемъ, какъ несуществующій, ибо хотя формально обязательное обнародованіе имѣется на лицо, однако оно не соотвѣтствуетъ волѣ законодателя, а потому лишено силы» [37])

Въ общемъ видѣ взглядъ Моля можетъ быть формулированъ такъ: внѣшними источниками и данными можно и нужно пользоваться наравнѣ съ внутренними, но съ помощью ихъ: 1) нельзя вносить въ законъ ничего новаго, въ его текстѣ невыраженнаго, и 2) должно устранять изъ закона все, что оказалось несоотвѣтствующимъ истинной волѣ законодателя.

Обращаясь сначала ко второму положенію Моля, нетрудно

---

[35]) Id., 108.

[36]) Id., 108—109

[37]) Id., 110

замѣтить, что оно неправильно отнесено авторомъ къ области толкованія, которое можетъ только придавать закону тотъ или иной смыслъ, но никакъ не признавать его необязательнымъ въ цѣломъ или въ части. Самъ Моль указываетъ, что здѣсь дѣло сводится къ «праву гражданина и чиновника провѣрять содержаніе закона въ отношеніи его дѣйствительности, согласно государственному устройству» [38]), а такая провѣрка составляетъ задачу не толкованія, а высшей критики [39]) и, какъ мы видѣли (стр. 4 — 5), не во всѣхъ государствахъ допускается въ одинаковомъ размѣрѣ. Если устранить второе положеніе Моля, какъ не относящееся къ области толкованія, то въ остальномъ взглядъ этого автора вполнѣ совпадетъ съ приведенной выше формулой Вехтера

Къ такому же результату пришелъ путемъ критическаго изслѣдованія различныхъ мнѣній другихъ ученыхъ Бирлингъ, по словамъ котораго, «границей всякаго толкованія долженъ быть считаемъ дѣйствительно обнародованный текстъ закона, но, разумѣется, разсматриваемый не самъ по себѣ (изолированно), а всегда въ связи съ остальными постановленіями того же закона, а затѣмъ также и всего прочаго законодательства» [40]).

Изъ русскихъ ученыхъ наиболѣе обстоятельное изложеніе разсматриваемой теоріи представилъ г. Малышевъ «Весь историческій матеріалъ толкованія, по степени его годности, можно раздѣлить на двѣ группы: во-первыхъ, рядъ старыхъ законовъ, послѣдовательно смѣнявшихъ другъ друга, изъ коихъ развилось дѣйствующее законодательство; во-вторыхъ, разные историческіе матеріалы и обстоятельства, лежащіе внѣ этой положительной почвы, внѣ текста самихъ законовъ. Первая группа имѣетъ болѣе важное значеніе, потому что, слѣдя за видоизмѣненіемъ понятій и терминовъ въ самомъ текстѣ старыхъ и новыхъ законовъ, возможно выяснить точный разумъ нынѣ дѣйствующаго законодательства. При историческихъ изслѣдованіяхъ этого рода нужно только не упускать изъ вида, что каждый новый законъ, заключающій въ себѣ какія-либо новыя правила

---

[38]) Id., 109.

[39]) На это указали Молю Кругъ (68) и Бирлингъ (156).

[40]) *Bierling*, 197.

или постановленія, тѣмъ самымъ отмѣняетъ или измѣняетъ прежніе законы, а потому точный разумѣ его словъ и понятій, въ немъ выраженныхъ, долженъ быть объясняемъ *прежде всего на основаніи его текста*; не слѣдуетъ вводить въ него никакихъ устарѣвшихъ, антикварныхъ понятій, а напротивъ. должно опредѣлять его смыслъ *сообразно съ системою новаго, исторически развивающагося законодательства.* Что же касается второй группы историческихъ матеріаловъ, т е. тѣхъ поводовъ, мотивовъ, соображеній и обстоятельствъ, которые сопровождали изданіе закона, то они имѣютъ значеніе *лишь настолько, насколько отразились въ самомъ текстѣ закона и согласуются съ его содержаніемъ* Если же какой-нибудь мотивъ, хотя и высказанъ былъ при обсужденіи проекта закона въ коммиссіяхъ или въ законодательныхъ учрежденіяхъ, но въ окончательномъ текстѣ закона не отразился и даже противорѣчитъ ему, то мотивъ этотъ слѣдуетъ считать оставленнымъ, непринятымъ и на основаніи его нельзя измѣнять текста закона»[41])

Приверженцами излагаемаго взгляда являются еще многіе другіе ученые, либо опирающіеся на то положеніе, что для гражданъ обязателенъ только текстъ законодательства[42]), либо

---

[41]) *Малышевъ*, 290—291

[42]) *Таганцевъ*, 360, 361, 362: «Совершенно иной родъ толкованія составляетъ разъясненіе закона на основаніи данныхъ и соображеній, внѣ закона лежащихъ. Сюда относится, прежде всего, разъясненіе закона изъ его прошлаго, изъ условій его развитія, или такъ называемое толкованіе историческое.. При этомъ пріемѣ толкованія нужно имѣть въ виду, что можетъ быть выяснено только то, что нашло выраженіе въ текстѣ новаго закона.. Другимъ пріемомъ такового же толкованія является разъясненіе текста на основаніи мнѣній его составителей, выраженныхъ въ мотивахъ или объяснительныхъ запискахъ къ законопроекту или въ журналахъ установленій, разсматривавшихъ проектъ... Всякій примѣнитель закона долженъ помнить, что санкціонированъ только текстъ закона, а не мотивы, что, слѣдовательно, мотивы могутъ имѣть значеніе лишь настолько, насколько они нашли выраженіе въ текстѣ».—*Гредескулъ*, 149: «Наряду съ текстомъ закона мы можемъ привлекать къ своему разсмотрѣнію различные документы и памятники, которые могутъ помочь намъ уяснить себѣ, чего именно законодатель хотѣлъ, какъ закона, но ими надо пользоваться въ этомъ отношеніи въ высшей степени осторожно и во всякомъ случаѣ считать, что если законодатель даже хотѣлъ

высказывающіе свое мнѣніе безъ всякой мотивировки и обыкновенно въ примѣненіи только къ законодательнымъ матеріаламъ[43]), а не ко всѣмъ внѣшнимъ источникамъ[44])

Изложеннымъ взглядомъ устанавливается въ общемъ вѣрно тотъ предѣлъ, за который нельзя переходить, пользуясь внѣшними данными. Дѣйствительно, разъ обязательную юридическую силу имѣетъ только содержаніе дѣйствующаго законодательства,

---

чего-либо, какъ закона, но не рѣшился и не успѣлъ выразить этого передъ обществомъ въ формѣ закона, то такого его желанія нельзя возводить въ законъ, ибо это значило бы дѣлать это помимо него самого Значитъ, единственнымъ вмѣстилищемъ обязательной для гражданъ воли законодателя можетъ быть текстъ закона, а все остальное, если и способно здѣсь играть какую либо роль, то только роль вспомогательнаго средства или матеріала для лучшаго сужденія о волѣ, выразившейся въ законѣ». *Hahn*, XLVIII ff. Послѣдній авторъ, впрочемъ, мѣнялъ свой взглядъ См. *Goldschmidt*, Bedeutung, 55 und Anm 1

[43]) *Pfaff und Hofmann*, 188· «протоколы должны отступать на задній планъ, когда они находятся въ явномъ или скрытомъ противорѣчіи съ закономъ».. *Pfaff*, 298; Stobbe, § 26; *Forster-Eccius*, § 12: «Die Materialien werden zur Feststellung des wahren Sinnes des Gesetzes benuzt konnen, aber der innere Zusammenhang geht vor». *Dernburg*, § 35, Anm. 6: «Ein Rechtssatz, welcher im Gesetze selbst nicht enthalten ist, kann nie aus den Motiven oder derartigen Verhandlungen hergeleitet werden». *Biener*, Wechselrechtliche Abhandlungen, 1839, 492 *Gény*, 256—257· «Les travaux préparatoires d'une loi ne doivent être accueillis, comme illustration autorisée du texte, et pour son interprétation intrinséque, qu'autant que les idées, qu'on puise, ont été exprimées sans contradiction notable, dans des conditions permettant de les attribuer à la volonté, le plus souvent collective, qui crée la loi, et pourvu encore que le texte de celle-ci ne répugne pas à ce complément d'explications». Француз. и нѣмец. суд. практика: *Gény*, 257, n 4; *Kipp - Windscheid*, § 21, Anm. 6

[44]) Такъ напр., Регельсбергеръ замѣчаетъ, что если законодательные матеріалы «указываютъ опредѣленно на смыслъ, который законодатель соединялъ съ даннымъ положеніемъ, и *этотъ смыслъ согласуется со словами закона*, то выведенное отсюда заключеніе будетъ имѣть обязательную силу» (ст. 154—155). Однако по отношенію къ историческимъ источникамъ закона Регельсбергеръ такого ограниченія не устанавливаетъ (стр. 153—154) Аналогично: *Saredo*, 411—412 («l'interprete deve in ogni caso e sempre dare la prevalenza al testo, quando questo risulti contrario ai motivi che si trovano nei lavori preparatori»), 405—410 (storia).

то при толкованіи какой-либо нормы нельзя вносить въ нее ничего такого, что не соотвѣтствовало бы смыслу, обнаруживающемуся изъ ея словъ и изъ ея связи со всѣмъ прочимъ законодательствомъ.

Однако эта формула страдаетъ неточностью. Съ одной стороны, въ ней упускается изъ виду, что помимо логической связи между нормами, существуютъ еще другія *внутреннія* данныя, которыя должны быть обязательно принимаемы въ разсчетъ. такъ какъ явствуютъ изъ самого текста законодательства Таковы: юридическій принципъ, проведенный въ нормѣ, цѣль ея, мотивы, вызвавшіе ее къ жизни, историческіе источники. словомъ, все то, что объемлется общимъ именемъ *основанія* нормы. Если то или другое основаніе нормы обнаруживается изъ нея самой или изъ другихъ нормъ, оно должно быть примѣнено при толкованіи нормы (см. стр. 85)

Съ другой стороны, одно начертаніе границы, дальше которой не можетъ идти пользованіе внѣшними источниками и данными, еще не опредѣляетъ окончательно ихъ значенія и роли въ предѣлахъ этой границы. Остается все-таки неяснымъ, когда и для чего же собственно нужно прибѣгать къ внѣшнимъ даннымъ, и какую пользу онѣ могутъ принести, если съ ихъ помощью все равно нельзя вносить ничего новаго въ содержаніе законодательства? Между тѣмъ отвѣтить на этотъ вопросъ вовсе не трудно Если толкованіе нормы при помощи внутреннихъ данныхъ привело къ удовлетворительному результату, обнаруживъ вполнѣ ясный смыслъ закона, то къ внѣшнимъ источникамъ и даннымъ можно не обращаться, такъ какъ измѣнить съ ихъ помощью уже установленнаго смысла нормы нельзя. Въ такомъ случаѣ онѣ могутъ только служить къ подтвержденію добытаго результата. Напротивъ, когда толкованіе нормы, несмотря на примѣненіе всѣхъ внутреннихъ данныхъ, оказалось безуспѣшнымъ, и смыслъ нормы остался неяснымъ, тогда положеніе дѣла измѣняется. Такъ какъ отговариваться непониманіемъ закона нельзя, то, значитъ, нужно обратиться къ внѣшнимъ источникамъ и съ помощью заключающихся въ нихъ данныхъ постараться опредѣлить смыслъ нормы. Здѣсь внѣшнія данныя пріобрѣтаютъ уже характеръ самостоятельнаго средства толкованія, прибѣгать къ которому обязательно.

Изъ сказаннаго видно, что выставленное Вехтеромъ, Молемъ, Бирлингомъ и др. положеніе нуждается въ двухъ поправкахъ. Во 1, границей пользованія внѣшними данными нужно считать смыслъ нормы, обнаруживающійся не только изъ ея словъ и изъ сопоставленія съ другими нормами дѣйствующаго законодательства, но и изъ принятія въ соображеніе всѣхъ другихъ внутреннихъ данныхъ. Во 2, примѣненіе внѣшнихъ данныхъ слѣдуетъ признать обязательнымъ только тогда, когда внутреннія оказались недостаточными для уясненія смысла закона.

Первую поправку сдѣлалъ самъ Вехтеръ. Въ своемъ «Учебникѣ саксонскаго и тюрингенскаго уголовнаго права» онъ пишетъ. «При всякомъ толкованіи возникаетъ вопросъ, можетъ ли судья пользоваться для толкованія и такими средствами, которыя не заключаются въ самомъ обнародованномъ законодательствѣ? Что на этотъ вопросъ слѣдуетъ дать вообще утвердительный отвѣтъ, не можетъ подлежать сомнѣнію и всѣми признается. Но имѣетъ ли такой утвердительный отвѣтъ безусловное и неограниченное значеніе? И на это я отвѣтилъ утвердительно вмѣстѣ со многими другими въ своихъ указанныхъ выше «Изслѣдованіяхъ» (1835 г.)[45]) Но вскорѣ я убѣдился, что такой отвѣтъ нуждается въ ограниченіи, и постарался уже черезъ нѣсколько лѣтъ[46]) свести сказанное мною по этому поводу въ моихъ «Изслѣдованіяхъ» въ надлежащіе предѣлы Силу закона можетъ имѣть только то, что санкціонировано законодателемъ и объявлено въ согласной съ конституціей формѣ закона Одна мысль законодателя, т е. то, что онъ только предполагалъ объявить въ законѣ, въ дѣйствительности еще не является закономъ, не является имъ, поэтому, и тогда, когда законодатель выразилъ намѣреніе объявить ее, въ качествѣ закона, въ какомъ-либо иномъ мѣстѣ, напр. въ проектѣ закона, предложенномъ парламенту. Эти посылки, правильность которыхъ врядъ ли кѣмъ-нибудь будетъ оспариваема, приводятъ къ слѣдующимъ заключеніямъ въ томъ случаѣ, если мысль законодателя шла дальше

---

[45]) См. выше прим. 5 на стр. 88.

[46]) Въ 1838 г. (Verhandlungen der Württ. Kammer der Abgeordneten v. 1838. Sitzung 67, S. 12) и въ 1842 (Handbuch des Wurtt. Privatrechts, II, S 144 ff) (Прим. Вехтера).

словъ, которыя онъ употребилъ въ обнародованномъ законѣ, когда, слѣдовательно, слова отдѣльнаго мѣста закона выражаютъ меньше, чѣмъ онъ хотѣлъ ими выразить и опредѣлить. Если несоотвѣтствіе между тѣмъ, что законодатель хотѣлъ сказать, и тѣмъ, что онъ, судя по однимъ словамъ закона, сказалъ, познается изъ самого закона, безразлично, изъ соотношенія ли отдѣльныхъ его частей, или изъ его связи съ другими дѣйствующими законами, или изъ *мотива, указаннаго въ самомъ законѣ и тѣмъ самымъ обнародованнаго, въ качествѣ части закона*, и если на основаніи этихъ данныхъ можно показать, въ чемъ состоитъ то большее, что онъ хотѣлъ высказать и для чего употребилъ слишкомъ узкое выраженіе, то истиннымъ содержаніемъ закона слѣдуетъ признать и въ качествѣ закона примѣнять не черезчуръ узкую букву закона, а выходящую за ея предѣлы мысль законодателя, ибо эта мысль получила существенное для себя воплощеніе—обнародованіе въ формѣ закона и обнародована путемъ него, хотя и въ несовершенномъ видѣ Иначе слѣдуетъ разрѣшить вопросъ, если это доказательство заимствуется не изъ указанныхъ данныхъ, не изъ, такъ сказать, зерцала закона, а изъ другихъ данныхъ, лежащихъ внѣ этого круга, напр , изъ источниковъ, изъ которыхъ черпалъ самъ законодатель, изъ мотивовъ, которыми онъ снабдилъ проектъ закона, изъ заявленій его органовъ при парламентскихъ преніяхъ и т. п Въ этомъ случаѣ мысли законодателя, поскольку она переступаетъ за границы смысла закона, дѣйствительно выраженнаго посредствомъ словъ послѣдняго, недостаетъ воплощенія, которое ей необходимо для пріобрѣтенія силы закона: согласнаго съ конституціей обнародованія въ качествѣ закона. Тогда эта часть мысли законодателя вовсе не превратилась въ законъ, обладаетъ совершенно одинаковымъ значеніемъ съ необнародованнымъ, а лишь предположеннымъ закономъ, а потому столь же мало можетъ имѣть силу, какъ и законопроектъ, который принятъ парламентомъ, и который законодатель рѣшилъ обнародовать, но еще не обнародовалъ» [47]).

Вторую поправку сдѣлали Кругъ, Меркель, Броше, Фіоре и нѣкоторые другіе авторы.

---

[47]) *Wachter*, Das Sachsische und Thüringische Strafrecht, I, 1857, § 18, 110—111.

Наиболѣе обстоятельно доказываетъ необходимость ея Кругъ Начиная съ опредѣленія задачи толкованія и средствъ, которыми оно должно пользоваться, Кругъ вслѣдъ за Савиньи [48]) объявляетъ цѣлью его воспроизведеніе мысли, заключающейся въ законѣ [49]) Отсюда онъ выводитъ, что первымъ и важнѣйшимъ источникомъ познанія этого смысла служатъ слова закона, посредствомъ которыхъ законодатель выразилъ свою волю [50]). Но они должны быть толкуемы не порознь, не каждое въ отдѣльности, а во взаимной связи [51]) Равнымъ образомъ, каждая норма должна быть приведена въ связь съ другими и со всею системой права [52]). Въ результатѣ такого толкованія закона можетъ получиться одно изъ двухъ: либо ясный смыслъ, либо неясный. Смыслъ закона представляется яснымъ тогда, «когда законъ, разсматриваемый во всей цѣлости, выражаетъ законченную мысль, которая не противорѣчитъ другимъ постановленіямъ закона и не указываетъ на дѣйствительный пробѣлъ въ правѣ. и когда ничто не даетъ права думать, что законъ основывается на какой-либо оправдываемой словоупотребленіемъ небрежности въ способѣ выраженія» [53]). Если въ результатѣ толкованія закона съ помощью его словъ и въ связи со всѣмъ дѣйствующимъ законодательствомъ получится ясный смыслъ, то задача толкованія оканчивается. Только въ томъ случаѣ, когда смыслъ закона остался неяснымъ, приходится прибѣгнуть къ другимъ источникамъ, которые «могутъ обнаружить, что законодатель въ извѣстный моментъ времени думалъ и хотѣлъ выразить закономъ» [54]). Въ самомъ дѣлѣ, обязательную силу имѣетъ «не воля законодателя сама по себѣ, а только выраженная въ формѣ закона и обнародованная его воля.. Толкованіе должно обнаружить, что содержится въ законѣ, т. е. въ формально обнародованномъ законѣ. Если этотъ законъ неясенъ, то содержаніемъ его (которое законодатель представлялъ себѣ неясно) являются

---

[48]) *Savigny*, 213

[49]) *Krug*, 42—43.

[50]) Id., 43.

[51]) Id., 44—45

[52]) Id., 56—57.

[53]) Id., 96—98.

[54]) Id., 60.

нѣсколько положеній, и толкованіе должно опредѣлить дѣйствительное содержаніе съ помощью какихъ-либо другихъ источниковъ; если же законъ ясенъ, то свое единственно возможное содержаніе опредѣляетъ онъ самъ» [55]).

«Исторія и въ частности исторія права», говоритъ Броше. имѣя въ виду французскій кодексъ, «представляетъ большую важность для толкованія закона; только изъ нея интерпретаторъ можетъ почерпнуть точныя свѣдѣнія относительно обстоятельствъ, въ которыхъ находился законодатель, источниковъ. откуда онъ заимствовалъ свои убѣжденія, потребностей, которыя нужно было удовлетворить, и цѣли, къ достиженію которой онъ долженъ былъ стремиться. Въ особенности источники. откуда заимствована каждая часть кодекса, имѣютъ большое значеніе для пониманія ея смысла и объема дѣйствія. Но слѣдуетъ прибавить, что эти источники могутъ быть примѣняемы лишь въ той мѣрѣ, въ какой ихъ можно согласовать съ другими частями кодекса и общими его принципами. Закономъ является только законъ; онъ долженъ быть толкуемъ прежде всего съ помощью себя самого, и побочныя средства никогда не должны имѣть преимущества предъ нимъ» [56]) Обращаясь затѣмъ къ законодательнымъ матеріаламъ Наполеонова кодекса, Броше продолжаетъ: «если мы спросимъ, каково можетъ быть интерпретативное значеніе подготовительныхъ работъ, предшествовавшихъ окончательному голосованію, то мы будемъ склонны отвѣтить, что это значеніе равно нулю... Этотъ отвѣтъ безусловно вѣренъ и представляется неоспоримымъ, когда рѣчь идетъ о точномъ и ясномъ текстѣ (закона), не обнаруживающемъ ни темноты, ни двусмысленности, ни явнаго противорѣчія» [57]). Къ сомнительнымъ же и двусмысленнымъ законамъ этотъ принципъ, по мнѣнію Броше,—непримѣнимъ [58]).

Такой же взглядъ высказалъ въ другой формѣ Фіоре: «по отношенію какъ къ подготовительнымъ работамъ, такъ и ко всякому иному историческому элементу мы заключаемъ, что..

---

[55]) Id., 65. Ср. *Merkel* (Holtzendorff, II, 73; IV, 82).

[56]) *Brocher*, 35.

[57]) Id., 53.

[58]) Id., 55—56.

каждый разъ, когда можно истолковать законъ съ помощью закона, не слѣдуетъ оставлять этотъ главный и болѣе надежный способъ и отдавать преимущество историческому элементу» [59]).

Если соединить вмѣстѣ обѣ дополняющія другъ друга поправки (Вехтера съ одной стороны и Круга, Броше и Фіоре — съ другой), то значеніе внѣшнихъ источниковъ и данныхъ будетъ опредѣлено наиболѣе правильнымъ и точнымъ образомъ слѣдующей формулой: *внѣшнія данныя, во—1, могутъ служить вспомогательнымъ, провѣрочнымъ средствомъ толкованія, подкрѣпляя выводы, полученные съ помощью внутреннихъ данныхъ, а во—2, получаютъ самостоятельное значеніе и обязательно подлежатъ примѣненію, когда внутреннія данныя не привели къ удовлетворительному результату и смыслъ нормы остался неяснымъ.*

Такой формулы не выставилъ, сколько намъ извѣстно, ни одинъ изъ ученыхъ, занимавшихся вопросомъ о значеніи внѣшнихъ данныхъ, хотя, какъ видно изъ предыдущаго изложенія, многіе были недалеки отъ нея. Но ближе всѣхъ подошелъ къ ней опять таки Вехтеръ *«При ясности словъ закона»*, читаемъ мы въ его посмертныхъ «Пандектахъ», «примѣненіе логическаго толкованія ограничивается... въ отношеніи допустимыхъ средствъ толкованія. Если законодатель желалъ сказать что-либо большее (или иное), чѣмъ сказано въ законѣ, то это можетъ быть считаемо содержаніемъ закона только тогда, когда оно познается и устанавливается, въ качествѣ смысла закона, *изъ самого закона и его основаній или изъ связи его съ остальнымъ обнародованнымъ законодательствомъ*, ибо тогда и это бо́льшее (или иное) представляется обнародованнымъ. Если же этотъ отклоняющійся смыслъ можетъ быть добытъ только изъ данныхъ, лежащихъ внѣ обнародованнаго законодательства, напр., изъ предшествовавшихъ закону объясненій или совѣщаній, то судья не въ правѣ признать его содержаніемъ закона, такъ какъ его нельзя получить изъ обнародованнаго законодательства, а

---

[59]) *Fiore*, 539, а также 537—538. Ср. *Maxwell*, 22—23: «It is necessary to add, that the external circumstances which may be thus referred to, do not justify a departure from every meaning of the language of the Act. Their function is limited to suggesting a key to the true sense, when the words are fairly open to more than one». *Beal*, 134 *Milhauser*, (*Mohl*, 118).

слѣдовательно, онъ не обнародованъ. Если слова закона неопредѣленны, неясны или двусмысленны..., то въ такихъ случаяхъ нужно съ помощью (всѣхъ) средствъ логическаго толкованія постараться узнать, въ какомъ смыслѣ понималъ слова (въ данномъ мѣстѣ) законодатель» [60]).

Какъ видно изъ этого отрывка, Вехтеру оставалось сдѣлать только одинъ шагъ, чтобы притти къ безусловно правильному мнѣнію: нужно было указать, что при толкованіи нормъ, словесный смыслъ которыхъ неясенъ, слѣдуетъ сначала обращаться къ внутреннимъ даннымъ и только въ случаѣ недостаточности ихъ — къ внѣшнимъ.

До сихъ поръ, выясняя значеніе внѣшнихъ данныхъ и устанавливая предѣлы пользованія ими, мы, подобно тѣмъ авторамъ, мнѣнія которыхъ приводили и разбирали, не дѣлали никакого различія между отдѣльными категоріями источниковъ, изъ которыхъ эти данныя заимствуются. Между тѣмъ относительное значеніе внѣшнихъ источниковъ далеко не одинаково. Они различаются между собою на степени: 1) доступности и 2) достовѣрности.

1. Степень доступности внѣшнихъ источниковъ чрезвычайно разнообразна. Въ этомъ отношеніи объяснительныя записки, публикуемыя вмѣстѣ съ текстомъ закона, и замѣтки редакторовъ закона, хранящіяся у частныхъ лицъ или въ архивахъ, представляютъ двѣ противоположныя крайности, между которыми располагаются въ послѣдовательномъ порядкѣ рукописные и печатные законодательные матеріалы, опубликованные во всеобщее свѣдѣніе и хранящіеся въ разныхъ учрежденіяхъ и архивахъ, сочиненія ученыхъ, иностранные законы, послужившіе источникомъ и образцомъ для законодателя и т. д.

Спрашивается, имѣетъ ли какое-либо существенное значеніе большая или меньшая доступность этихъ источниковъ?

Громадное большинство ученыхъ, которые высказывались

---

[60]) *C. Wachter*, Pandekten (herausgeg. d. O. Wächter), I, 1880, § 28, 132—133.

о значеніи внѣшнихъ данныхъ, этого вопроса вовсе не затрагивали Изъ тѣхъ же немногихъ, которые коснулись его, одни ограничились общими и неопредѣленными заявленіями о томъ, что внѣшніе источники, которыми слѣдуетъ пользоваться при толкованіи законовъ, должны быть «доступны» или «общеизвѣстны» [61]). а другіе пришли къ неправильному заключенію, будто доступность или недоступность этихъ источниковъ не имѣютъ никакого значенія [62]).

Наиболѣе подробное изложеніе послѣдняго мнѣнія далъ Кругъ. «Архивные документы», говоритъ онъ: «имѣютъ одинаковое значеніе съ протоколами ландтага, ибо общедоступность послѣднихъ является случайнымъ обстоятельствомъ, которое само по себѣ не имѣетъ вліянія на ихъ внутреннюю цѣнность для толкованія законовъ» [63]). Съ этимъ нельзя согласиться. Конечно, внутренняя цѣнность всякаго вообще документа нисколько не зависитъ отъ его доступности или недоступности. Тѣмъ не менѣе *пользованіе* этимъ документомъ обусловливается его доступностью А въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ именно о томъ, въ какихъ границахъ *обязательно для гражданъ пользованіе* внѣшними источниками.

Упустивъ изъ виду это обстоятельство, Кругъ разсужда-

---

[61]) Напр., *Kipp (Windcheid*, § 21, Anm. 4 a): «закономъ слѣдуетъ считать то, что разумные и справедливо мыслящіе люди, пользуясь всѣми *доступными* средствами познанія, должны находить выраженнымъ въ законѣ въ качествѣ воли законодателя». Броше, отрицая всякое значеніе за подготовительными матеріалами французскаго кодекса для толкованія послѣдняго, ссылается, между прочимъ, на ихъ ограниченную извѣстность (p. 53: «documents d'une notoriété restreinte»). Пользованіе необнародованными протоколами редакціонной коммиссіи одинъ нѣмецкій авторъ (Vierhaus) обозвалъ даже «нескромностью». *Holder*, Auslegung, 27—28.

[62]) Менгеръ, напр , думаетъ, что при толкованіи законовъ должна быть принимаема во вниманіе даже «вся литература даннаго народа» (стр. 113). *Vangerow*, 52· «Betrachtet man das romische Recht, so kann es hiernach keinen Zweifel leiden, dass auch die juristischen Quellen des Vor—nnd Nachjustinianischen Rechts, und andere romische Shriftsteller, obgleich sie nicht als Gesetz publicirt sind, als Hulfsmittel zur Interpretation des Korp. jur gebraucht werde durfen», Ср *Dernburg*, Lehrb des preuss. Privatr., I, 1881 18.

[63]) *Krug*, 120.

етъ далѣе такъ: «Здѣсь, какъ вообще при историческомъ доказательствѣ, должно быть достаточнымъ всякое достойное довѣрія свѣдѣніе, и потому при толкованіи римскихъ законовъ съ полнымъ правомъ принимаются въ разсчетъ сохранившіяся отдѣльно отъ corpus'a juris сочиненія писателей юристовъ и неюристовъ. Противъ этого нельзя возражать, что эти источники не обнародованы, и что, значитъ, гражданинъ можетъ ихъ не знать Такъ можно было бы возражать и съ полнымъ правомъ противъ пользованія ими съ цѣлью устранить ясный словесный смыслъ закона Но по отношенію къ неяснымъ законамъ достаточно того, что гражданинъ долженъ знать законъ и вмѣстѣ съ тѣмъ его неясность. Онъ обязанъ въ такомъ случаѣ сказать себѣ, что эта неясность требуетъ устраненія, что для этого должны быть примѣнены даже, быть можетъ, *неизвѣстные ему источники знанія*, и что ихъ результатъ одинаково легко можетъ дать перевѣсъ какъ благопріятному для него. такъ и неблагопріятному изъ возможныхъ толкованій Онъ долженъ быть. такимъ образомъ, приготовленъ даже къ невыгодному для себя толкованію, если только оно правильно» [64]).

Въ этомъ разсужденіи Круга придается невѣрный смыслъ принципу нельзя отговариваться незнаніемъ закона» и вмѣстѣ съ тѣмъ смѣшивается научное толкованіе права съ практическимъ.

Обойтись безъ пользованія внѣшними данными нельзя въ силу того, что въ предписаніи «знать законы» содержится требованіе «правильно понимать ихъ» (см. стр 96). Но подобно тому, какъ предписаніе «знать законы» относится естественнымъ образомъ только къ обнародованнымъ нормамъ, такъ и требованіе «понимать законы» получаетъ разумный смыслъ лишь въ томъ случаѣ, если имѣется въ виду пониманіе съ помощью такихъ средствъ, которыя всѣмъ гражданамъ доступны. Этими средствами являются: 1) общепринятый литературный языкъ, на которомъ пишутся нормы, 2) внутреннія данныя, заключающіяся въ нормахъ дѣйствующаго права и 3) внѣшнія данныя. которыя либо сами по себѣ должны быть извѣстны гражданамъ,

---

[64]) Id., 119.

до коихъ относится данный законъ[65]), либо *содержатся въ источникахъ, одинаково съ законами доступныхъ.* Если не сдѣлать послѣдняго, курсивомъ обозначеннаго ограниченія, то получится глубокое противорѣчіе, подрывающее принципъ закономѣрности, именно окажется, что граждане въ правѣ не знать законовъ, если они не обнародованы, но обязаны знать неопубликованные и доступные лишь отдѣльнымъ лицамъ законодательные матеріалы и частные документы.

Съ другой стороны, если при толкованіи всякаго права, въ томъ числѣ и римскаго, принимаются и должны приниматься въ разсчетъ всевозможныя внѣшнія данныя, то это вполнѣ естественно и даже необходимо, поскольку дѣло идетъ о чисто *научномъ, историческомъ изученіи.* Такъ какъ наука стремится только къ истинѣ, то она должна употреблять всѣ ведущія къ достиженію ея средства и пріемы Совсѣмъ иначе разрѣшается вопросъ, если рѣчь идетъ о толкованіи законовъ гражданами и судами *съ цѣлью примѣненія ихъ на практикѣ.* Знать все, что можетъ содѣйствовать раскрытію истиннаго смысла законовъ, обязанъ въ силу своей профессіи ученый. Но даже для ученаго это — чисто нравственная обязанность, не влекущая за собою, въ случаѣ нарушенія, никакихъ юридическихъ послѣдствій. Требовать же подобнаго знанія отъ всѣхъ гражданъ, вмѣняя имъ въ вину ошибку въ правѣ, значило бы провозгласить нравственную обязанность ученаго юридическою обязанностью каждаго гражданина. Противъ этого нельзя возражать, что граждане могутъ въ случаѣ затрудненія обращаться за разъясненіе-

---

[65]) Такъ напр., каждый долженъ знать, сколько недѣль въ году или дней въ недѣлѣ; купецъ не можетъ отговариваться незнаніемъ торговыхъ операцій, которыя регулируются закономъ; морякъ предполагается знакомымъ съ морскими техническими терминами и т. д. Всѣ эти данныя относятся къ числу тѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, доказываніе которыхъ считается излишнимъ въ гражданскомъ процессѣ, согласно правилу: notorium non eget probatione Объ этомъ правилѣ см. *Wetzell*, System des ordentl. Civilprozesses, 1878, § 20; *Малышевъ*, Курсъ гражд. судопр., 1874, I, 267—268; *Holtzendorff's*, Rechtslex.: Notorietät. Чрезмѣрно расширилъ понятіе «Notorietat» Шлезингеръ, распространивъ его даже на юридическія сочиненія и иностранныя законодательства, которыми пользовался авторъ толкуемаго закона. *Goldschmidt*, Bedeutung, 65.

ями къ спеціалистамъ — юристамъ [66]) Если бы законодатель имѣлъ въ виду такой выходъ, то онъ долженъ былъ бы постановить, что ошибка въ правѣ не вмѣняется въ вину гражданину, который не имѣлъ возможности посовѣтоваться съ юристомъ или же получилъ отъ него неправильное разъясненіе Такое изъятіе, дѣйствительно, существовало въ римскомъ и пандектномъ правѣ [67]). Но оно не установлено современными законодательствами [68]), да и вводить его нежелательно Нормальнымъ и раціональнымъ является не такой порядокъ вещей, когда знакомство съ дѣйствующимъ правомъ составляетъ достояніе небольшого круга спеціалистовъ, безъ содѣйствія которыхъ (притомъ, возмезднаго) обыкновенные граждане не могутъ сдѣлать ни одного шага, а, напротивъ, такой порядокъ, когда каждый гражданинъ самъ знаетъ свои права и обязанности и несетъ полную отвѣтственность за свои поступки, не смѣя прикрываться чужимъ авторитетомъ, чтобы отклонить отъ себя установленныя закономъ послѣдствія. Поэтому законодатель долженъ, съ одной стороны, требовать отъ гражданъ безусловнаго знанія и пониманія своихъ велѣній, а съ другой стороны, облегчить имъ то и другое въ наивозможно большей степени. Для достиженія послѣдней цѣли законодателю необходимо позаботиться о томъ, чтобы законы обнародовались надлежащимъ образомъ, чтобы экземпляры ихъ поступали во всеобщее обращеніе по самой дешевой цѣнѣ или безплатно [69]), чтобы правовѣдѣніе преподавалось въ школахъ [70]) и т. д.

---

[66]) *Mohl*, 113, Anm. 1.

[67]) *Баронъ*, Система, I, § 10, *Windscheid*, § 79: «Der Rechtsirrthum ist entschuldbar, wenn es an der Moglichkeit fehlte, die nothige Rechtsbelehrung einzuziehen, oder die eingezogene unrichtig ist».

[68]) См. стр 20, прим 6.

[69]) Г. Дружининъ справедливо замѣчаетъ, что «разсуждая послѣдовательно, нужно признать, что изданія законовъ и печатные оттиски всѣхъ обнародованныхъ постановленій должны раздаваться даромъ всѣмъ желающимъ имѣть ихъ». *Дружининъ*, Законность управленія и кодификація права («Наблюдатель», 1894, № 4, стр. 49).

[70]) Къ сожалѣнію, въ этомъ направленіи почти ничего не дѣлается *Krückmann*, Die Entfremdung zwischen Recht und Volk, 1899, 5: «Fast alle Aufgaben des Elternhauses hat die Schule ubernommen, nur nicht die Aufgabe die heranwachsenden Bürger mit der wichtigsten vaterlandischen Einrichtung, mit dem vaterlandischen Rechte bekannt zu machen».

Итакъ, если законодатель требуетъ отъ гражданъ пониманія своихъ велѣній, то это не значитъ, что они должны стремиться къ этому пониманію всякими путями, хотя бы тайными и непроходимыми для обыкновеннаго человѣка Напротивъ, законодатель имѣетъ въ виду только общеизвѣстныя, всѣмъ и каждому доступныя, «торныя» дороги[71]) Онъ не можетъ требовать, чтобы граждане и суды, прежде чѣмъ примѣнить какой-нибудь законъ, докапывались, подобно ученымъ, до истиннаго его смысла съ помощью хранящихся въ архивахъ документовъ и разыскивали его корни въ древнихъ юридическихъ памятникахъ, въ Юстиніановыхъ сводахъ, въ теоріяхъ греческихъ философовъ, въ законахъ іудеевъ, египтянъ и индусовъ Для гражданъ и судовъ обязателенъ не тотъ смыслъ закона, который можетъ быть полученъ съ помощью подобныхъ ученыхъ изслѣдованій. а тотъ, который обнаруживается изъ словъ самого закона, толкуемаго въ связи съ дѣйствующимъ правомъ и съ посторонними источниками, доступными каждому гражданину наравнѣ съ обнародованнымъ текстомъ законодательства[72]).

Изъ сказаннаго видно, что степень доступности внѣшнихъ данныхъ имѣетъ важное значеніе: при толкованіи законовъ обязательно примѣнять только такія внѣшнія данныя, которыя

---

[71]) Совершенно неправильную постановку дали разсматриваемому вопросу въ своемъ спорѣ Hahn и Goldschmidt. Первый указалъ второму, что если придавать законодательнымъ матеріаламъ одинаковое значеніе съ внутренними данными, то слѣдовало бы признать законодателя *обязанными* сдѣлать эти матеріалы доступными для гражданъ На это Гольдшмидтъ возразилъ, что «подданные *имѣютъ столь же мало права* на подготовительныя работы по изданію законовъ, какъ и на предоставленіе себѣ какихъ-либо иныхъ средствъ толкованія, вродѣ, напр., приспособленнаго къ языку закона словаря». *Goldschmidt*, Handbuch, § 34, Anm. 26 (316). Оба автора упустили изъ виду, что въ вопросѣ о доступности внѣшнихъ источниковъ дѣло идетъ объ обязанностяхъ не законодателя, а подданныхъ, т. е. не о томъ, долженъ ли законодатель публиковать предварительныя работы по составленію законовъ, а о томъ, обязаны ли подданные знать эти работы, когда онѣ не преданы гласности.

[72]) Помимо всего прочаго, гражданамъ и судамъ для подобныхъ ученыхъ изслѣдованій просто недостаетъ времени. Проф. Владимірскій вѣрно за-

черпаются изъ источниковъ столь же доступныхъ, какъ и сами законы.

2. Достовѣрность всякаго документа тѣмъ выше, чѣмъ меньше сомнѣній возбуждаетъ подлинность и правильность его текста. Въ этомъ отношеніи на первомъ планѣ стоятъ, конечно, рукописные оригиналы, самимъ авторомъ написанные или, по крайней мѣрѣ, скрѣпленные его подписью. Сюда относятся, напр., хранящіеся въ архивахъ подлинники протоколовъ засѣданій законодательныхъ учрежденій, проектовъ, объяснительныхъ записокъ и пр. Слѣдующее мѣсто занимаютъ оффиціально засвидѣтельствованныя копіи подлинныхъ документовъ, т. е., иными словами, сдѣланныя правительственными учрежденіями изданія указанныхъ только что источниковъ. Эти изданія замѣняютъ обыкновенно мало кому доступные подлинники и имѣютъ въ свою пользу презумпцію достовѣрности и правильности. Напротивъ, частныя копіи и изданія тѣхъ же матеріаловъ не обладаютъ никакой внѣшней гарантіей достовѣрности.

Само собой понятно, что при толкованіи законовъ граждане могутъ и обязаны пользоваться только подлинными источниками Но, далѣе, нельзя требовать, чтобы они каждый разъ занимались критической провѣркой подлинности и правильности текста этихъ источниковъ. Какъ мы видѣли выше, законодатель, предписывая гражданамъ правильно понимать законы, разсчитываетъ только на столь же доступныя средства познанія, какъ самый текстъ дѣйствующаго законодательства. Подобнымъ же

мѣтилъ относительно уголовнаго процесса: «научное изслѣдованіе можетъ длиться столько времени, сколько это нужно для полученія полныхъ доказательствъ добытаго результата. Этотъ результатъ можетъ быть вновь провѣренъ, если бы открыты были новые существенные факты, или сдѣланы были бы возраженія противъ способа разработки вопроса. Въ судебныхъ изслѣдованіяхъ обязательна извѣстная скорость въ рѣшеніи дѣлъ; живой человѣкъ, ожидающій рѣшенія участи, не научный вопросъ, который можетъ и дѣйствительно ждетъ порѣшенія въ теченіи десятковъ лѣтъ. Гуманность, польза общественная и интересы правосудія съ одинаковою настойчивостью требуютъ, чтобы состояніе подсудимости прекращалось по возможности скорѣе. *Владиміровъ*, «Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ», 1882, 15. Все это справедливо и въ примѣненіи къ гражданскому процессу.

образомъ долженъ быть разрѣшенъ и вопросъ о подлинности источниковъ: для выясненія истиннаго смысла законовъ граждане обязаны пользоваться лишь оффиціальными источниками, подлинность которыхъ столь же достовѣрна, какъ и подлинность самихъ законовъ. Допустить противное значило бы вмѣнить въ обязанность гражданамъ быть учеными, такъ какъ критика источниковъ составляетъ филологическую дѣятельность и предполагаетъ спеціальныя знанія.

Необходимость этого ограниченія страннымъ образомъ ускользнула отъ вниманія ученыхъ, изслѣдовавшихъ значеніе внѣшнихъ источниковъ. Изъ нихъ только Моль и Кругъ остановились на этомъ вопросѣ, причемъ Кругъ—ограничился указаніемъ, что «изъ нѣсколькихъ имѣющихся на лицо источниковъ заслуживаетъ ceteris paribus предпочтенія тотъ, который превосходитъ другіе степенью своей достовѣрности», а Моль замѣтилъ, что частными источниками можно пользоваться «съ большою осторожностью» и то лишь «съ цѣлью общаго оріентированія» [73]).

Общій итогъ сдѣланнаго только что изслѣдованія значенія внѣшнихъ источниковъ и данныхъ можетъ быть выраженъ слѣдующими положеніями.

I Примѣненіе внѣшнихъ данныхъ при толкованіи нормы является обязательнымъ при наличности двухъ условій: 1) если смыслъ нормы остался неясенъ, несмотря на толкованіе ея съ помощью всѣхъ внутреннихъ данныхъ, и 2) если внѣшнія данныя могутъ быть почерпнуты изъ источниковъ, доступныхъ и достовѣрныхъ наравнѣ съ законами.

II. При отсутствіи одного изъ указанныхъ условій пользованіе внѣшними данными представляется необязательнымъ и можетъ служить только для повѣрки и подтвержденія результата, къ которому привело толкованіе съ помощью внутреннихъ данныхъ.

---

[73]) *Кругъ*, 119. *Mohl*, 122, Anm.

§ 3.

Авторитетныя разъясненія.

Переходя къ болѣе подробному разсмотрѣнію отдѣльныхъ категорій средствъ реальнаго толкованія, слѣдуетъ начать съ первой, которой нами дано названіе «авторитетныхъ разъясненій» (см. стр. 77). Существенная особенность этой категоріи. рѣзко отличающая ее отъ прочихъ, состоитъ въ томъ, что она прямо и непосредственно раскрываетъ смыслъ нормъ. между тѣмъ какъ достигнуть той же цѣли посредствомъ другихъ данныхъ можно лишь путемъ болѣе или менѣе сложнаго логическаго процесса Вполнѣ соотвѣтственно, поэтому, дать авторитетнымъ разъясненіямъ имя *прямыхъ* данныхъ въ отличіе отъ всѣхъ прочихъ, заслуживающихъ названія *косвенныхъ*.

Взаимное отношеніе между тѣми и другими ясно съ перваго взгляда: такъ какъ авторитетныя разъясненія являются. въ силу именно своей авторитетности, безусловно обязательными, то, значитъ, имъ должно быть отдаваемо преимущество предъ всѣми иными данными. Отсюда слѣдуетъ, что при толкованіи нормъ нужно прежде обращаться къ прямымъ даннымъ и только за отсутствіемъ либо недостаточностью ихъ пользоваться косвенными данными.

Но, спрашивается, чьи же и какія именно разъясненія должны быть признаваемы авторитетными?

Въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, авторитетность можетъ быть *внѣшнею*, или *формальной*, и *внутреннею*, или *матеріальной*. Первая присуща разъясненіямъ, облеченнымъ въ форму какого-либо источника права и потому юридически обязательнымъ Второю обладаютъ тѣ разъясненія, которыя заслуживаютъ полнаго довѣрія вслѣдствіе своей очевидной и безспорной правильности.

Среди формально-авторитетныхъ разъясненій, обыкновенно именуемыхъ *легальными* толкованіемъ [1]), первое мѣсто занимаютъ

---

[1]) *Eckhardus*, I, § XXXVII; *Gluck*, 214; *Thibaut*, § 44; *Savigny*, 209; *Kierulff*, 36; *Unger*, 96; *Windscheid*, § 20. Anm. 2; *Wachter*, Pand., 135; *Arndts*, Pand., § 6, Anm. 1; *Регельсбергеръ*, 140 и др

тѣ, которыя заключаются въ законодательныхъ нормахъ и носятъ названіе *аутентическаго* толкованія [2]).

Опредѣляя понятіе этого вида толкованія, нужно признать, что оно характеризуется слѣдующими признаками.

Во 1, оно представляетъ собою законодательную норму, а потому, чтобы быть обязательнымъ, должно обладать всѣми признаками, свойственными этимъ нормамъ, т. е. должно быть надлежащимъ образомъ санкціонировано и обнародовано [3]).

Во 2, значеніе аутентическаго толкованія имѣетъ не всякая норма, разъясняющая содержаніе другой нормы, а лишь такая, которая издана именно съ цѣлью разъяснить другую. Въ самомъ дѣлѣ, всѣ нормы дѣйствующаго права находятся между собою въ логической связи, взаимно дополняя, развивая, ограничивая, словомъ, разъясняя другъ друга. Но такая связь должна быть предварительно раскрыта и установлена, а затѣмъ уже путемъ ея изслѣдованія можно прійти къ тому или иному пониманію нормы Другими словами, логическая связь между нормами дѣйствующаго права принадлежитъ къ числу косвенныхъ данныхъ толкованія. Между тѣмъ аутентическое толкованіе представляетъ собою одинъ изъ случаевъ прямого авторитетнаго разъясненія смысла нормъ, когда самъ законодатель, побужденный неясностью или неправильнымъ примѣненіемъ данной нормы въ жизни, считаетъ нужнымъ установить ея истинный смыслъ Слѣдовательно, одна изъ отличительныхъ особенностей аутентическаго толкованія состоитъ въ томъ, что оно дается спеціально съ цѣлью разъяснить уже существующую норму. На эту цѣль иногда указываетъ самъ законодатель, объявляя, что данная норма установлена въ поясненіе другой. Но часто толкователю приходится рѣшать, имѣетъ ли тотъ или иной законъ характеръ аутентическаго толкованія или нѣтъ [4]).

Въ 3, аутентическое толкованіе принимается къ руковод-

---

[2]) Нѣкоторые говорятъ въ данномъ случаѣ о *легальномъ* толкованіи, понимая подъ аутентическимъ то, что господствующая терминологія называетъ легальнымъ. *Dernburg*, § 37; *Unger*, 96, Anm. 1.

[3]) *Dernburg*, § 37; *Unger*, 99; *Wächter*, Pand, 135; *Регельсбергъ*, 141; *Коркуновъ*, Лекціи, 347.

[4]) *Unger*, 98, Anm. 10; *Dernburg*. § 37; *Регельсбергъ*, 142.

ству независимо отъ своей правильности или неправильности. Хотя бы можно было съ несомнѣнностью доказать, что законодатель, разъясняя норму, самъ впалъ въ ошибку или умышленно придалъ ей совершенно невѣрный смыслъ, тѣмъ не менѣе его разъясненіе безусловно обязательно, такъ какъ само является юридической нормой и, притомъ, позднѣйшей, а позднѣйшія нормы отмѣняютъ предшествовавшія въ тѣхъ частяхъ, въ которыхъ другъ другу противорѣчатъ [5]).

Слѣдующее мѣсто за аутентическимъ толкованіемъ занимаютъ разъясненія нормъ, заключающіяся въ обычномъ правѣ и носящія названія *узуальнаго* толкованія [6]).

Подобно тому, какъ аутентическое толкованіе представляетъ собою въ сущности законъ, такъ узуальное является ничѣмъ инымъ, какъ юридическимъ обычаемъ Поэтому. оно обязательно, во — 1, лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ вообще признается сила юридическихъ обычаевъ, а во — 2, лишь въ томъ случаѣ, если совмѣщаетъ въ себѣ признаки обычая [7]). Такъ какъ оба эти условія опредѣляются въ различныхъ государствахъ различно, то значеніе узуальнаго толкованія, въ противоположность аутентическому, не вездѣ одинаково Такъ напр., въ Австріи за узуальнымъ толкованіемъ не признается юридической силы, такъ какъ по § 10 австрійскаго гражданскаго уложенія обычаи принимаются во вниманіе только въ случахъ, когда на нихъ ссылается законъ [8]). Напротивъ, у насъ узуальному толкованію предоставленъ широкій просторъ: оно возможно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ какихъ за обычаями признано значеніе самостоятельнаго, равносильнаго съ закономъ источника права.

Наконецъ, третью и послѣднюю группу формально-авторитетныхъ данныхъ образуютъ всякаго рода постановленія, распо-

---

[5]) *Savigny*, 209; *Kierulff*, 36; *Dernburg*, § 37; *Unger*, 97, 99; *Регельсбергеръ*, 141; *Wachter*, 135; *Мейеръ*, 24.

[6]) По общепринятому мнѣнію, легальное толкованіе раздѣляется на аутентическое и узуальное. См. авторовъ, указанныхъ въ прим. 1.

[7]) *Eckhardus*, I, § XXXVII; *Glück*, 218; *Dernburg*, § 37; *Wachter*, 109; *Коркуновъ*, 347,

[8]) *Unger*, 96.

ряженія, рѣшенія и циркуляры подчиненныхъ органовъ власти, которымъ предоставлено право разъяснять и развивать тѣ или иные законы. Такъ какъ эти органы дѣйствуютъ по препорученію законодательной власти, то ихъ разъясненія тоже могутъ быть названы *аутентическими*[9]) Само собою разумѣется, что они имѣютъ обязательную силу лишь при томъ условіи, если издавшіе ихъ органы власти дѣйствовали въ предѣлахъ своей компетенціи.

Изъ разсмотрѣнія общаго характера формально-авторитетныхъ разъясненій обнаруживается, что прежде чѣмъ принимать ихъ къ руководству, къ нимъ необходимо примѣнять высшую критику, чтобы убѣдиться, дѣйствительно ли они являются юридическими нормами Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта на этотъ вопросъ, съ ними слѣдуетъ поступать, какъ съ нормами, т. е. установить путемъ низшей критики правильный текстъ, а затѣмъ подвергнуть ихъ толкованію.

Обратимся къ матеріально-авторитетнымъ разъясненіямъ. Они содержатся не въ нормахъ, а въ какихъ-либо иныхъ источникахъ, неимѣющихъ юридической силы, и обязательны потому, что ихъ правильность очевидна и несомнѣнна. Такимъ характеромъ отличаются разъясненія смысла той или иной нормы, данныя самимъ авторомъ ея въ объяснительной запискѣ, мотивахъ и тому подобныхъ внѣшнихъ источникахъ

Такъ какъ никто лучше самого автора не знаетъ, что именно хотѣлъ онъ выразить въ словахъ нормы, то его разъясненія заслуживаютъ полнаго довѣрія, не требуя предварительной повѣрки своей правильности (quilibet optimus verborum suorum interpres).

Но это общее положеніе, нуждается въ двоякомъ ограниченіи.

Во-первыхъ, такъ какъ задачей толкованія является опредѣленіе того, что думалъ и желалъ законодатель во время созданія нормы, то его разъясненія имѣютъ обязательное значеніе лишь тогда, когда они относятся именно къ этому времени. Если же они даются уже послѣ изданія закона, то, по справедливому замѣчанію Круга, «ими удостовѣряется только то, что

---

[9]) *Unger*, 97: «Die authentische Auslegung ist jene, welche der Gesetzgeber selbst oder die von ihm hierzu autorisirte Behorde giebt».

законодатель желалъ позже, когда ихъ высказывалъ, а это можетъ быть совершенно отличнымъ отъ того, что онъ желалъ во время изданія закона [10]). «Хотя составителю закона», продолжаетъ тотъ же авторъ, «не всегда можно вмѣнить въ вину, что изъ закона выводятся такія слѣдствія, которыя онъ могъ бы предотвратить болѣе точной редакціей, если бы о нихъ зашла рѣчь при выработкѣ закона, тѣмъ не менѣе является вполнѣ естественнымъ его желаніе дать закону такое разъясненіе, которое исключало бы указанныя слѣдствія, а это легко и невольно оказываетъ вредное вліяніе на обнаруженіе того, что онъ самъ думалъ и желалъ при составленіи закона Въ этомъ случаѣ законодатель находится почти въ такомъ же положеніи, какъ судья, безпристрастіе котораго возбуждаетъ сомнѣніе, когда ему приходится толковать имъ же самимъ составленный протоколъ» [11]). Въ виду этого, разъясненія смысла нормы, сдѣланныя законодателемъ послѣ ея изданія и не въ видѣ закона, не обладаютъ авторитетнымъ характеромъ и не устраняютъ необходимости толкованія, а потому не могутъ быть причислены къ прямымъ даннымъ.

Во-вторыхъ, съ юридической точки зрѣнія авторомъ закона является не тотъ, кто его въ дѣйствительности составилъ, а носитель или носители законодательной власти, которымъ принадлежитъ право санкціонировать его. До санкціи законъ юридически не существуетъ: онъ зачатъ, но не рожденъ. Юридическую жизнь онъ получаетъ въ моментъ утвержденія, и авторомъ его считается тотъ, кому въ указанный моментъ принадлежитъ законодательная власть, точно такъ же, какъ юридическимъ отцомъ новорожденнаго ребенка всегда признается законный мужъ матери, пока не доказано противное. И подобно тому, какъ на всякаго ребенка переходятъ права состоянія его юридическаго отца, такъ и каждый законъ, кѣмъ бы ни былъ созданъ его проектъ, считается воплощеніемъ воли законодателя.

Отсюда слѣдуетъ, что для опредѣленія смысла закона важно знать, что думалъ и желалъ выразить въ моментъ утвержденія

---

[10]) *Kpyiз*, 122.

[11]) Id., 122. Ср *Holder*, Auslegung, 23.

закона самъ законодатель, т. е. въ неограниченной монархіи — государь, а въ республикахъ и конституціонныхъ монархіяхъ— всѣ лица, которымъ въ совокупности принадлежитъ законодательная власть. Что же касается фактическихъ составителей законопроектовъ, то ихъ мнѣнія и заявленія относительно смысла создаваемыхъ нормъ получаютъ авторитетное значеніе только въ томъ случаѣ, если положительно доказано, или если съ полною достовѣрностью слѣдуетъ допустить, что съ ними былъ согласенъ законодатель

Исходя изъ этихъ соображеній, нѣмецкіе ученые пытались точно опредѣлить общія условія, при наличности которыхъ разъясненія составителей закона и факторовъ законодательства пріобрѣтаютъ авторитетный характеръ. Такъ, Вехтеръ, а за нимъ Шлеттеръ, имѣя въ виду, что въ германскихъ государствахъ законодательная власть принадлежитъ правительству совмѣстно съ обѣими палатами, пришли къ выводу, что для выясненія смысла закона нужно принимать въ разсчетъ прежде всего совмѣстныя и согласныя мнѣнія и заявленія всѣхъ трехъ факторовъ законодательства, а затѣмъ двухъ или одного изъ нихъ, если со стороны прочихъ не было выражено явнаго противорѣчія, и если, поэтому, имѣется основаніе предположить, что всѣ факторы согласны между собой. Сообразно съ этимъ, Вехтеръ и Шлеттеръ распредѣлили заявленія и мнѣнія отдѣльныхъ факторовъ законодательства по степени ихъ убывающей важности и признали, что закону слѣдуетъ придавать тотъ смыслъ, какой съ нимъ связывали: 1) обѣ палаты и правительство въ силу явнаго соглашенія между собою, 2) обѣ палаты отдѣльно отъ правительства, которое однако не возражало, 3) правительство. если не противорѣчили палаты, 4) одна изъ палатъ, если опять-таки не встрѣчала возраженій, 5) парламентскія коммиссіи и даже отдѣльные члены палатъ, поскольку дѣло идетъ о предложенныхъ ими и принятыхъ факторами законодательства измѣненіяхъ въ проектѣ закона [12]).

Эту классификацію исправилъ и дополнилъ Моль [13]), а за-

---

[12]) *Wächter*, Württ. Priv R. II, 147 ff. (Bierling, 161—162, *Mohl*, 98—100); *Schletter*, §§ 1—3.

[13]) *Mohl*, 122 ff.

тѣмъ окончательно усовершенствовали Кругъ и Бирлингъ. выработавшія слѣдующія общія положенія.

Заявленія относительно смысла закона могутъ и должны служить средствомъ толкованія при наличности четырехъ условій: 1) если они исходятъ отъ компетентныхъ лицъ. т е. отъ такихъ, которыя имѣли право въ силу своего оффиціальнаго положенія высказывать предъ факторами законодательства мнѣнія о смыслѣ проектируемаго закона, 2) если эти заявленія сдѣланы умышленно съ цѣлью разъяснить смыслъ закона. 3) если они касаются предмета, дѣйствительно подлежавшаго обсужденію и рѣшенію законодательныхъ факторовъ, и 4) если они оффиціально доведены до свѣдѣнія законодательныхъ факторовъ, согласіе которыхъ въ данномъ случаѣ требуется. При наличности этихъ четырехъ условій, дѣйствительно, есть полное основаніе предполагать, согласно цивилистическому принципу—«qui tacet cum loqui potuit et debuit, consentire videtur», что мнѣніе одного или нѣсколькихъ изъ лицъ, участвовавшихъ въ составленіи закона, раздѣлялось всѣми факторами законодательства, хотя бы даже они явно этого не выразили [14]). Въ такомъ только случаѣ заявленія о смыслѣ закона, сдѣланныя при изданіи его, пріобрѣтаютъ матеріально-авторитетный характеръ.

Правильность этого вывода, естественнымъ образомъ, должна была подвергнуться оспариванію со стороны тѣхъ ученыхъ, которые отрицаютъ за подготовительными матеріалами значеніе самостоятельнаго средства толкованія. И дѣйствительно, Биндингъ, Вахъ, Колеръ и другіе авторы высказались въ томъ смыслѣ, что мнѣнія и заявленія законодательныхъ факторовъ относительно смысла санкціонируемыхъ ими нормъ не имѣютъ обязательнаго характера [15]), что «имъ нельзя придавать ни въ какомъ случаѣ рѣшающаго значенія для толкованія» [16]), и что «если бы даже всѣ факторы законодательства выразили согла-

---

[14]) *Krug*, § 13; *Bierling*, 198—199.

[15]) *Binding*, 471: «Schaffrath hat zuerst betont, dass das Gesetz allein verbindlicher Wille und allein aus sich selbst auszulegen sei, die Motive aber, die Gutachten der Kammerdeputationen, die standischen Schriften unverbindliche Meinungsausserungen seien».

[16]) *Binding*, 472.

сное мнѣніе о какой-либо нормѣ закона, то и это было бы только частнымъ и для насъ вовсе необязательнымъ мнѣніемъ»[17]). Свой взглядъ названные ученые основываютъ на томъ положеніи, что законъ послѣ санкціи и обнародованія пріобрѣтаетъ самостоятельное существованіе и значеніе, а потому долженъ быть толкуемъ съ помощью своего текста, независимо отъ мнѣній законодателя[18]). Такъ какъ это положеніе невѣрно (см. стр. 25), то вмѣстѣ съ нимъ падаетъ и выведенное изъ него заключеніе[19])

---

[17]) *Kohler*, Interpretation, 26.

[18]) *Binding*, 472: «Ob der Entwurf die Sanktion erhalt, daruber entschei det der Gesetzgeber; in welchem Sinn das Gesetz gelten soll, darüber ent scheidet nicht einmal dieser», *Kohler*, 27: «Nicht was diese Gesetzgebungsorgane unter den Worten gemeint haben, wird Gesetz, sondern dasjenige, was in dem Gesetze gesagt ist». *Merkel*, 82: «Der Gesetzgeber spricht als solcher lediglich in publizirten Gesetzen. Alle jene Erklarungen, von welchen Bierling handelt, haben daher keine formale bindende Bedeutung». *Wach*, 261—262: «Das Parlament beschliesst nur uber den Text, nicht uber den Sinn des Gesetzes; die Uebereinstimmung der sog. gesetzgebenden Faktoren ist nicht Vertrag über den bestimmten Sinn, sondern vereinbarte Feststellung des Textes». Ср. *Holder*, Pand., 42—43.

[19]) Нельзя не замѣтить, что названные авторы, излагая критикуемую ими теорію, упускаютъ изъ виду нѣкоторыя существенныя обстоятельства. Такъ, согласно этой теоріи въ той наиболѣе совершенной формѣ, какую ей придали Бирлингъ и Кругъ, мнѣнія законодательныхъ факторовъ имѣютъ авторитетное значеніе въ томъ случаѣ, если 1) доказано или слѣдуетъ предположить, что всѣ факторы согласны между собою по данному вопросу, 2) если ихъ мнѣнія касаются смысла (а не цѣли, основанія его и т. п.) и 3) если смыслъ закона неясенъ (т. е. не можетъ быть опредѣленъ съ помощью однѣхъ внутреннихъ данныхъ). *Bierling*, 197—200; *Krug*, §§ 12, 13 Между тѣмъ, Биндингъ, игнорируя второе условіе, говоритъ: «такъ какъ молчаливое соглашеніе законодательныхъ факторовъ достаточно (для санкціи закона), а разумные люди имѣютъ болѣе важныя дѣла, чѣмъ опроверженіе плохихъ чужихъ *доводовъ* въ пользу, быть можетъ, хорошей вещи, то всякій, кто только откроетъ ротъ, будь то составитель мотивовъ, или же палата, или вожакъ какой-либо партіи, вдругъ получаетъ значеніе законодателя» (стр. 471). Съ другой стороны, ни Биндингъ, ни Вахъ не приводятъ третьяго выставленнаго Кругомъ условія. Упоминаетъ о немъ мимоходомъ только Колеръ, признавая, что въ немъ заключается нѣчто справедливое (*Kohler*, 23, Anm. 70: «die Restriction Krug's ist von einem richtigen Gefuhle getragen»)

Но если заявленія фактическихъ составителей законопроекта относительно его смысла являются авторитетными только тогда, когда можно доказать или съ достовѣрностью предположить, что съ ними согласенъ законодатель (единоличный или коллективный), то, спрашивается, имѣютъ ли они какое-либо рѣшающее значеніе внѣ этихъ случаевъ? На этотъ вопросъ многіе отвѣчаютъ отрицательно и, прежде всего, конечно, тѣ, которые не признаютъ авторитетнаго характера даже за мнѣніями законодателя. И въ самомъ дѣлѣ, развѣ законодатель, который санкціонируетъ одинъ только текстъ закона, независимо отъ мотивовъ и объяснительныхъ записокъ къ нему [20]), не можетъ понимать его совсѣмъ въ иномъ смыслѣ, нежели понимали составители проекта? А если такъ, то не безразлично ли, что думали эти составители, придавая закону ту или другую редакцію? [21]).

Прямою противоположностью этому взгляду является другой, согласно которому пока не доказано, что законодатель понималъ норму не такъ, какъ ея составители, слѣдуетъ предполагать, что онъ былъ согласенъ съ ними. Наиболѣе рѣшительно высказалъ такое мнѣніе примѣнительно къ германскому торговому уставу Гольдшмидтъ, основываясь на слѣдующемъ общемъ положеніи: «законъ содержитъ въ себѣ не обнародованныя слова, а обнародованную въ словахъ волю. Если, поэтому, законодательные факторы отдѣльныхъ государствъ не могли возвести въ законъ одни слова нюренбергскаго проекта безъ всякой воли, то такъ какъ своей собственной воли они нигдѣ не высказы-

[20]) *Schaffrath*, 27: «Nicht uber die Motiven und Auslegung, sondern nur über die Worte des Gesetzentwurfs wird abgestimmt»; *Wach*, 261, 260; *Kohler*, 25: «Nur der Gesetzestext ist Gegenstand der Abstimmung, nur die Fassung des Gesetzestextes findet die Billigung der Kammer. Wäre es anders, so müssten auch die Regierungserlauterungen zum Gegenstand der Fassung, der Redaction und der entsprechenden Abstimmung gemacht werden».

[21]) *Eckhardus*, II, LXXXII; *Merkel* (Holtzendorff, IV, 82). Ср. *Maxwell*, 23: «The Language of an Act can be regarded only as the language of the Legislature and the meaning attached to it by its framers or by members of parliament cannot control the construction of the language when it becomes that of the Legislature».

вали, необходимо предположить, что они желали, чтобы воля нюренбергской коммиссіи разсматривалась, какъ ихъ собственная» [22])

Ни съ тѣмъ, ни съ другимъ изъ этихъ мнѣній нельзя согласиться, хотя исходныя положенія обоихъ вполнѣ правильны. Съ одной стороны, дѣйствительно, совершенно вѣрно, что получаетъ санкцію только текстъ закона, а съ другой стороны, не менѣе справедливо и то, что этотъ текстъ имѣетъ силу закона не самъ по себѣ, а постольку, поскольку въ немъ проявляется воля законодателя. Изъ обоихъ этихъ положеній, взятыхъ вмѣстѣ, а не порознь, какъ сдѣлали защитники обоихъ противоложныхъ взглядовъ, вытекаетъ слѣдующее заключеніе: закономъ является воля законодателя, воплощенная въ санкціонированномъ текстѣ, а потому опредѣлять эту волю нужно прежде всего на основаніи данныхъ, заключающихся въ текстѣ закона. Но какъ же быть, если эти данныя оказались недостаточными, и воля законодателя осталась невыясненной? Такъ какъ отговариваться непониманіемъ закона нельзя, то приходится, значитъ, обратиться къ другимъ даннымъ — внѣшнимъ. А если и съ ихъ помощью нельзя будетъ прійти къ достовѣрному выводу, то не остается ничего иного, какъ прибѣгнуть къ помощи предположеній для опредѣленія наиболѣе вѣроятной воли законодателя Къ числу этихъ предположеній слѣдуетъ отнести и такое: если нельзя съ точностью установить, въ какомъ смыслѣ понималъ данную норму законодатель, то можно, между прочимъ, предположить, что онъ понималъ ее такъ же, какъ и ея фактическіе составители. На возможность такого заключенія указали нѣкоторые ученые [23]), и оно будетъ разсмотрѣно ниже, вмѣстѣ съ другими предположеніями о смыслѣ неясныхъ законовъ.

---

[22]) *Goldschmidt*, Bedeutung, 60. Ср. *Eckhardus*, II, § LXXXIV: «Prima vero regula haec esto· si legis verba eum recipiunt sensum, quem in commentariis actorum, sive protocollis, declarationibus, et aliis eius generis scriptis publicis, expressum deprehendimus, is pro vero et genuino tenendus est».

[23]) *Wachter*, Das sachsische und das Thüring. Strafrecht, 113; *Brocher*, 55 ss.: *Beal*, 134; *Holder*, Auslegung, 19 ff. и др. Даже Гольдшмидтъ, впадая въ противорѣчіе съ самимъ собой, высказался мимоходомъ въ такомъ же

§ 4.

Логическій и систематическій элементы.

Въ то время, какъ разсмотрѣнныя въ предыдущемъ параграфѣ прямыя данныя непосредственно раскрываютъ смыслъ нормъ, косвенныя данныя служатъ только сырымъ матеріаломъ, нуждающимся еще въ разработкѣ для того, чтобы привести къ той же цѣли

Косвенными данными являются, какъ мы видѣли (см. стр. 78—83): 1) логическая связь толкуемой нормы съ другими нормами, или логическій элементъ, 2) положеніе нормы въ системѣ права, или систематическій элементъ, и 3) основаніе нормы во всѣхъ своихъ видахъ: юридическое, телеологическое, психологическое, историческое и внѣшнее

Вникая глубже въ характеръ этихъ элементовъ и оцѣнивая ихъ сравнительное значеніе, нетрудно убѣдиться, что на первый планъ по своей важности долженъ быть поставленъ логическій элементъ, имѣющій преимущество предъ всѣми прочими въ трехъ отношеніяхъ.

Съ одной стороны, мы уже видѣли, что не всѣми перечисленными элементами можно пользоваться въ каждомъ данномъ случаѣ, и что существуютъ нормы, не имѣющія ни юридическаго основанія, ни практической цѣли (см. стр 81). Равнымъ образомъ, нетрудно указать нормы, не опирающіяся на историческіе источники, и, наоборотъ, такія, которыя являются просто историческими переживаніями. Но врядъ ли можно найти въ современныхъ законодательствахъ хотя бы одну норму, которая была бы настолько изолирована, что не состояла бы ни въ какой связи съ другими нормами. Вслѣдствіе этого, логическій элементъ общъ всѣмъ рѣшительнымъ нормамъ, имѣетъ, такъ

смыслѣ. *Goldschmidt*, Bedeutung, 58: «..da sie (Regierungen und Kammern) das Gesetzbuch durchaus unverandert als ein allgemeines deutsches haben einfuhren wollen, so kann im Zweifelsfalle vernunftigerweise ihr Wille nur dahin gegangen sein, das der von diesen Kommissionen mit den Worten des Gesetzes verbundene Sinn, also der Wille dieser Kommissionen, wie der Wille des wirklichen Gesetzgebers angesehen werden, somit für die Auslegung des Gesetzes maassgebend sein solle».

сказать, универсальное значеніе и долженъ быть принимаемъ въ разсчетъ всегда, при толкованіи всякой нормы

Съ другой стороны, такъ какъ логическая связь состоитъ въ томъ, что нормы соприкасаются между собою своимъ содержаніемъ, значитъ, она заключается въ самомъ содержаніи нормъ. Между тѣмъ прочія данныя (систематическое положеніе, основаніе, цѣль, мотивы, источники), даже если они явствуютъ изъ текста законодательства, все-таки лежатъ внѣ непосредственнаго содержанія нормъ. Поэтому, одинъ только логическій элементъ имѣетъ столь же безусловно обязательный характеръ, какъ и все вообще содержаніе нормъ.

Наконецъ, заключаясь въ самихъ нормахъ, логическій элементъ всегда вполнѣ достовѣренъ, чего нельзя сказать о прочихъ элементахъ, знакомство съ которыми часто черпается изъ внѣшнихъ источниковъ [1]).

Благодаря этимъ отличительнымъ особенностямъ, логическій элементъ является важнѣйшимъ и надежнѣйшимъ средствомъ толкованія, къ которому необходимо раньше всего обращаться при выясненіи внутренняго смысла нормъ [2]).

Слѣдующее по значенію мѣсто занимаетъ систематическій элементъ Онъ приближается къ логическому въ томъ отношеніи, что обыкновенно познается тоже изъ самого текста законодательства Но, во первыхъ, свѣдѣнія о положеніи данной нормы въ системѣ дѣйствующаго права могутъ быть иногда получены исключительно изъ внѣшнихъ источниковъ(напр ,изъ объяснительной записки, а во вторыхъ, оглавленія и рубрики, въ которыхъ преимущественно проявляется систематизація права, не представляютъ собою нормъ въ собственномъ смыслѣ слова, какъ правилъ, опредѣ-

---

[1]) Конечно и о логической связи между нормами иногда сообщаются свѣдѣнія въ посторонніхъ источникахъ (особенно законодательныхъ матеріалахъ). Но эти свѣдѣнія имѣютъ значеніе лишь въ той мѣрѣ, въ какой оправдываются путемъ изслѣдованія содержанія нормъ.

[2]) *Roels*, 38 : «Cette méthode est généralement bonne et nous ne pouvons assez la recommander Elle offre ce grand avantage que le document auquel on a recours a la même valeur et la même origine que celui qu'on interprète et que par là le résultat obtenu offre en quelque sorte une certitude absolue».

ляющихъ поведеніе гражданъ или органовъ власти, а слѣдовательно, даже въ томъ случаѣ, если они спеціально обсуждались и утверждались законодателемъ [3]), не имѣютъ безусловной обязательности. Законодатель распредѣляетъ нормы по отдѣламъ и снабжаетъ эти отдѣлы заголовками, съ одной стороны, для того, чтобы облегчить пріисканіе нормъ [4]), съ другой стороны, для того, чтобы указать, къ какому именно виду отношеній слѣдуетъ примѣнять тѣ или иныя нормы [5]) Соотвѣтственно первой цѣли рубрики имѣютъ чисто фактическое значеніе справочныхъ указателей, а поскольку удовлетворяютъ второй цѣли, постольку приближаются къ такъ наз. вспомогательнымъ, поясняющимъ нормамъ (см. стр. 49—50), но въ обоихъ случаяхъ стоятъ ниже настоящихъ нормъ [6]). Отсюда слѣдуетъ, что при столкновеніи логическаго элемента съ систематическимъ и при равенствѣ другихъ условій, предпочтеніе должно быть отдаваемо первому. Инымъ словами, если норма въ связи съ другими имѣетъ одинъ смыслъ, а по своему систематическому положенію въ законодательствѣ — другой, и если нѣтъ возможности опредѣлить съ полной достовѣрностью, какой изъ этихъ смысловъ соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ законодателя, то слѣдуетъ остановиться на томъ, который обнаруживается изъ логическаго соотношенія данной нормы съ другими [7]) Такъ напр., ст. 2066 т. X ч. 1 от-

---

[3]) Какъ было, напр., при разсмотрѣніи проекта германскаго уложенія. *Endemann*, Einführung in das Studium des bürg Gesetzb., I, 1897, 42, Anm. 2: «Auch Ueberschriften sind berathen und beschlossen». Напротивъ, рубрики Наполеонова кодекса не подвергались особому обсужденію *Brocher*, 68: «Elles n'ont généralement pas été soumises à la discussion et à une votation précise et détaillée».

[4]) *Eisele*, 44; *Brocher*, 68.

[5]) *Wach*, 267; *Brocher*, 69.

[6]) *Eisele*, 44: « Ist die Frage, ob der Gesetzgeber systematisieren solle, keineswegs allgemein zu verneinen: so gilt von der systematischen Anordnung ganz ebenso, wie von der Klassification, dass sie die bindende Kraft eines Rechtssatzes nicht hat». *Brocher*, 68: «On sent très bien qu'elles (les rubriques) ne peuvent pas avoir la même importance que la loi».

[7]) Это положеніе хотя и не высказывается прямо, но примѣняется на дѣлѣ нѣкоторыми авторами См. примѣры неправильной систематизаціи, приводимыя Вахомъ (стр. 277—281) и Броше (стр. 69—72).

носится, по буквальному своему смыслу, къ ссудѣ [8]) и помѣщена въ главѣ, посвященной этому договору Между тѣмъ, сопоставивъ ее съ даннымъ закономъ опредѣленіемъ ссуды (ст 2064) и постановленіями о займѣ (ст. 2012 и сл.), можно убѣдиться, что въ ней имѣется въ виду заемъ. Отдавая, поэтому, преимущество логической связи 2066 ст съ другими нормами, относящимися къ тому же предмету, слѣдуетъ признать систематизацію закона въ данномъ случаѣ неправильной и понимать ст 2066 согласно ея связи съ другими статьями X тома.

Обращаясь спеціально къ логическому элементу и подвергая его болѣе внимательному разсмотрѣнію, можно замѣтить, что онъ проявляется въ двухъ формахъ. Именно, логическая связь между нормами можетъ быть 1) *ближайшей*, или *тѣсной*, и 2) *отдаленной* Ближайшею соединены смежныя нормы, входящія въ составъ одного и того же законодательнаго акта, т е. отдѣльнаго закона или цѣлаго кодекса. Болѣе отдаленная связь существуетъ между нормами разныхъ законовъ или отдѣловъ законодательства

Сравнительное значеніе обѣихъ этихъ формъ связи неодинаково.

Какъ было уже мимоходомъ замѣчено выше (стр. 68), законодатель, регулируя какой-нибудь видъ отношеній, обыкновенно не въ состояніи выразить свою мысль въ одной совершенно самостоятельной и изолированной нормѣ, а долженъ для этого создавать болѣе или менѣе обширную группу нормъ [9]). Вслѣдствіе этого, каждая норма, взятая отдѣльно, заключаетъ въ себѣ только

---

[8]) «Отдача казеннаго имущества въ частныя *ссуды* не допускается; но если .. самая необходимость укажетъ единственный способъ къ сбыту ихъ (фуража и провіанта по военному вѣдомству) чрезъ отдачу въ частныя *ссуды* подъ достаточные залоги, то всякій разъ испрашивать на сіе особое разрѣшеніе высшаго начальства». Такъ какъ провіантъ и фуражъ отдаются для потребленія, а при ссудѣ имущество не должно быть потребляемо (ст. 2064 т. X I ч.), то ясно, что ст. 2065 имѣетъ въ виду заемъ, а не ссуду. *Побѣдоносцевъ*, Курсъ, III, 332 (1896 г.)

[9]) *Thibaut*, Auslegung, 39: «Welcher Gesetzgeber war je der Sprache genug gewachsen, um in einem Satz auf einmal seine ganze Absicht bestimmt auszudrucken»?

частицу мысли законодателя и можетъ быть понята надлежащимъ образомъ только тогда, когда будетъ приведена въ связь съ другими нормами, которыя вмѣстѣ съ нею образуютъ одно цѣлое и выражаютъ мысль законодателя во всей полнотѣ [10]). Вотъ почему ближайшая логическая связь между нормами всегда считалась и считается наилучшимъ средствомъ къ познанію ихъ смысла [11]).

Но для выясненія истиннаго смысла какой-либо статьи закона имѣютъ первостепенное значеніе не только другія статьи, соединенныя вмѣстѣ съ нею въ одинъ отдѣлъ, но и остальныя нормы того же самаго законодательнаго акта. Подобно тому, какъ единичная норма содержитъ въ себѣ лишь частицу мысли законодателя, выраженной въ данномъ отдѣлѣ закона, такъ и заключающаяся въ каждомъ отдѣлѣ мысль, въ свою очередь, является частью общей мысли, которую законодатель воплотилъ въ цѣломъ законодательномъ актѣ. Отсюда слѣдуетъ, что на всѣхъ нормахъ, входящихъ въ составъ какого-либо закона, лежитъ печать духовнаго единства, и что, слѣдовательно, онѣ должны взаимно дополнять и пояснять другъ друга. Согласно съ этимъ, при толкованіи всякаго законодательнаго акта, будь то отдѣльный законъ, или цѣлый кодексъ, въ родѣ нашего уложенія о наказаніяхъ, или даже совокупность нѣсколькихъ кодексовъ (какъ напр. судебные уставы 1864 г.), каждая статья

---

[10]) *Гегельсбергеръ*, 149; *Gény*, 247; *Brocher*, 82—83.

[11]) *Celsus*: «Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere», L 24 D. de leg. (1, 3). *Duareni* Opera, Lugd., 1579, p. 9: «qua in re perpetuo debemus meminisse illud Celsi .. Vix enim aliter sensus ac mens legislatoris percipi potest. Ac merito Aeschinem Demosthenes accusat, quod truncatas leges citaverit». *Donelli*. Comment de jure civ., I. c. XIII, § 8; *Eckhardus*, I, § CLXIII; *Glück*, 248; *Thibaut*, Auslegung, 39; *Savigny*, 223, *Windscheid*, § 21; *Brocher*, 80 и др. Кругъ даже отказывается признать ближайшую логическую связь средствомъ толкованія, такъ какъ въ ней прямо и непосредственно выражается мысль законодателя. *Krug*, 112: «Der unzweideutige Zusammenhang fällt nach Obigem gar nicht in das Gebiet der Gesetzerklärung. Er giebt sofortigen Aufschluss über den Sinn des Gesetzes, er verleiht demselben Klarheit, und eine weitere Erklärung desselben ist daher eben so unnöthig, als unzulässig».

должна быть приводима въ связь со всѣми прочими статьями того же акта, хотя бы помѣщенными въ другихъ отдѣлахъ. Такъ напр, изъясняя какую-либо статью устава гражданскаго судопроизводства, нужно прибѣгать къ сопоставленію ея не только со смежными статьями, но и съ другими, заключающимися какъ въ этомъ уставѣ, такъ и въ другихъ частяхъ судебныхъ уставовъ.

Иное значеніе имѣетъ отдаленная логическая связь, которая существуетъ между всѣми вообще нормами дѣйствующаго права, хотя бы онѣ были изданы различными законодателями и въ разное время или даже лежали за предѣлами законодательства, принадлежа къ обычному праву. Поскольку такія разнородныя нормы соприкасаются между собою своимъ содержаніемъ, постольку онѣ находятся въ логической связи. Но эта связь не въ состояніи служить средствомъ для выясненія мысли, которую законодатель хотѣлъ выразить въ какой-либо нормѣ Возьмемъ для примѣра статьи 1243 и 1244 1 ч. X т, говорящія о безвѣстномъ отсутствіи и возбуждающія сомнѣнія, имѣютъ ли онѣ въ виду безвѣстно отсутствующихъ собственниковъ имущества или же лицъ, въ пользу которыхъ открылось наслѣдство [12]). О безвѣстномъ отсутствіи существуетъ еще рядъ статей въ уставѣ гражд. судопроизводства, гдѣ установлены подробныя правила о томъ, какъ поступать съ имуществомъ безвѣстно отсутствующаго лица. Но, спрашивается, проливаютъ ли постановленія устава гражд. судопроизводства какой-либо свѣтъ на истинный смыслъ 1243 и 1244 ст. 1 ч X т., т. е. на ту мысль, которую желалъ высказать въ нихъ законодатель? Конечно, не проливаютъ и не могутъ пролить, ибо X томъ и уставъ гражд. судопроизводства составлены разными лицами,

---

[12]) 1243 ст. относится по своему словесному смыслу къ безвѣстно отсутствующимъ собственникамъ, а 1244 ст.—къ такимъ же наслѣдникамъ. Ст. 1243: «Имѣніе лица, въ безвѣстномъ отсутствіи находящагося, по надлежащемъ въ томъ удостовѣреніи, берется въ казенный присмотръ». Ст. 1244: «Если безвѣстно отсутствующій явится прежде истеченія десятилѣтняго срока со дня объявленія въ вѣдомостяхъ, и надлежащимъ образомъ докажетъ, что имѣніе *по наслѣдству* принадлежащимъ ему, тогда оно возвращается ему со всѣми доходами» и т. д.

санкціонированы разными законодателями и изданы въ разное время.

Однако это еще не означаетъ, что отдаленная связь между нормами можетъ быть игнорируема при толкованіи Оставлять ее безъ вниманія нельзя по другой причинѣ. Дѣло въ томъ, что если какія-либо нормы находятся между собою въ нѣкоторой логической связи, то это значитъ, что онѣ такъ или иначе соприкасаются своимъ содержаніемъ, т. е., относясь къ одному и тому же предмету и кругу явленій, другъ друга дополняютъ, подтверждаютъ, развиваютъ, иллюстрируютъ, ограничиваютъ или даже парализуютъ. Между тѣмъ всѣ нормы, входящія въ составъ дѣйствующаго права, обязательны для гражданъ и должны быть ими соблюдаемы. Отсюда вытекаетъ, что прежде чѣмъ примѣнять какую-либо норму, нужно убѣдиться, не измѣнена ли она въ какомъ-либо отношеніи другими нормами, соприкасающимися съ нею содержаніемъ Возьмемъ для примѣра тѣ же 1243 и 1244 ст. 1 ч. X т. Въ нихъ постановлено, между прочимъ, что имѣніе безвѣстно отсутствующаго лица «берется въ казенный присмотръ», тогда какъ по ст. 1453 уст. гражд. судопроизводства оно отдается окружнымъ судомъ въ опеку. Затѣмъ, изъ ст. 1244 въ связи съ 1239—1241 ст X т. видно, что безвѣстно отсутствующій можетъ просить о возвращеніи ему взятаго въ опеку имущества до истеченія десятилѣтняго срока со дня публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ, а по 1459 — 1460 ст уст. гражд. суд. этотъ срокъ «исчисляется со дня первой публикаціи окружнаго суда о безвѣстномъ отсутствіи». Такъ какъ всѣ эти постановленія имѣютъ одинаково обязательную силу, то возникаетъ вопросъ, какъ же согласовать ихъ между собою, вопросъ, который долженъ быть разрѣшенъ путемъ сопоставленія и совмѣстнаго толкованія всѣхъ названныхъ статей.

Оказывается, такимъ образомъ, что какъ бы далеки ни были по своему происхожденію и положенію въ системѣ права какія-либо нормы, все равно существующая между ними логическая связь, не проливая непосредственнаго свѣта на ихъ смыслъ, тѣмъ не менѣе отражается на немъ косвенно. Въ этомъ заключается одна изъ важныхъ и существенныхъ особенностей юридическихъ нормъ. Соотношеніе одновременно существующихъ нормъ, справедливо замѣчаетъ проф. Коркуновъ: «представляется далеко не тожественнымъ съ соотношеніемъ, напр., памят-

никовъ историческихъ и литературныхъ. Совокупность историческихъ памятниковъ, относящихся къ опредѣленной исторической эпохѣ, не составляетъ вовсе чего-либо цѣлаго. Каждый изъ нихъ толкуется отдѣльно, и появленіе новаго памятника не можетъ измѣнить смысла прежде существовавшихъ. Конечно, новые памятники могутъ помочь болѣе правильному пониманію старыхъ. Но смыслъ самъ по себѣ отъ этого не мѣняется. Совокупность одновременно существующихъ юридическихъ нормъ, напротивъ, представляетъ собою весь юридическій порядокъ даннаго общества и притомъ такъ, что каждая норма имѣетъ свою исключительную сферу примѣненія. къ одному и тому же предмету не можетъ быть одновременно примѣняемо нѣсколько нормъ [13]). Поэтому, совокупность юридическихъ нормъ есть одно цѣлое, составляетъ одну связную систему, и появленіе новой нормы всегда измѣняетъ нѣсколько смыслъ прежде существовавшихъ нормъ, расширяя или ограничивая его. Въ этомъ отношеніи юридическія нормы сходны съ догматами религіи, которые также составляютъ одно систематическое цѣлое» [14]).

Теперь становится яснымъ сравнительное значеніе ближайшей и отдаленной логической связи. При толкованіи любой нормы нужно обращаться къ нормамъ, находящимся съ нею въ ближайшей связи, потому что онѣ содѣйствуютъ раскрытію истинной мысли законодателя Напротивъ, нормы, соединенныя съ нею отдаленною логической связью, принимаются въ разсчетъ въ силу своей юридической обязательности, съ цѣлью согласовать ихъ между собою. Отсюда вытекаетъ, что ближайшая логическая связь болѣе важное средство толкованія, и что къ нему слѣдуетъ прибѣгать прежде.

Существенное различіе между обѣими разсмотрѣнными формами логической связи было замѣчено немногими учеными, а вполнѣ отчетливо формулировано однимъ Броше. «Законодательство каждаго государства», говоритъ онъ, «слагается изъ совокупности постановленій, которыя всѣ имѣютъ обязательную силу, откуда вытекаетъ, что каждое изъ нихъ соприкасается съ дру-

---

[13]) Если, конечно, онѣ другъ съ другомъ не согласуются.

[14]) *Коркуновъ*, Лекціи, 344—345 О единствѣ религіозныхъ нормъ: *Lange*, Grundriss der biblischen Hermeneutik, 1878, 17, 21, 27—28.

гими и должно быть, насколько возможно, толкуемо такимъ образомъ, чтобы согласоваться со всею этой совокупностью. Это правило основывается либо на природѣ вещей, которая устанавливаетъ внутреннюю связь между мыслями, такъ что онѣ зависятъ одна отъ другой и должны пояснять другъ друга, либо на необходимости избѣгать, насколько возможно, аномалій, вслѣдствіе которыхъ пришлось бы дѣлать выборъ между различными постановленіями закона, сообразоваться съ одними и отвергать примѣненіе другихъ, такъ какъ они противорѣчили бы первымъ» [15]).

Менѣе опредѣленныя и точныя выраженія употребляютъ другіе авторы Такъ, Виндшейдъ замѣчаетъ: «Результатъ грамматическаго толкованія можетъ быть неудовлетворителенъ; возможно, что оно не привело къ ясному смыслу или предоставляетъ выборъ между нѣсколькими различными смыслами. Въ этомъ случаѣ нужно сперва разсмотрѣть остальное, установленное уже содержаніе закона; затѣмъ разъясненіе можетъ быть добыто изъ другихъ законовъ того же самаго законодателя или даже различныхъ законодателей, поскольку между этими другими законами и толкуемымъ можетъ быть предполагаемо единство» [16]). По поводу послѣдняго ограниченія, сдѣланнаго Виндшейдомъ, слѣдуетъ замѣтить, что «единство» предполагается между всѣми нормами дѣйствующаго права, ибо всѣ онѣ одинаково подлежатъ совмѣстному примѣненію, а слѣдовательно, должны быть согласуемы другъ съ другомъ. Но ни это единство, ни логическая связь между *разными* законами одного и того же законодателя не могутъ быть, какъ мы видѣли, поставлены, въ качествѣ средства толкованія, на ряду съ тою ближайшей связью, которою соединены нормы одного и того же закона [17]).

---

[15]) *Brocher*, 79

[16]) *Windscheid*, § 21.

[17]) Исключеніе составляетъ, само собой разумѣется, тотъ случай, когда законодателемъ спеціально предписано разсматривать различные изданные имъ законы, какъ одно цѣлое. Такъ поступилъ напр., Юстиніанъ. L. 2 § 12, 23 C. de vet jure enucl. (1, 17); Constit. *Omnem* § 7; Const. *Summa*, § 3. *Savigny* 270 ff.

Изложенное мнѣніе Виндшейда представляетъ собою сжатую формулировку разсужденій Савиньи, который тоже думаетъ, что «самымъ надежнымъ изъ всѣхъ способовъ толкованія» является изъясненіе сомнительной части закона «съ помощью другихъ частей того же закона», но что возможно и толкованіе одного закона посредствомъ другаго, причемъ «такого рода толкованіе тѣмъ вѣрнѣе, чѣмъ ближе стоятъ оба закона другъ къ другу, а слѣдовательно, наиболѣе вѣрно, если они исходятъ отъ одного и того же законодателя» [18]) «Но», продолжаетъ Савиньи, «другіе законы (примѣненные для толкованія) могутъ быть старше изъясненнаго съ ихъ помощью, причемъ основаніемъ является правильное предположеніе, что авторъ толкуемаго закона имѣлъ въ виду эти прежніе законы, и что, значитъ, они служили дополненіемъ къ его мысли. Употребленные для толкованія законы могутъ быть, наконецъ, и болѣе новыми; только этотъ случай рѣже входитъ въ область чистаго толкованія, ибо въ большинствѣ случаевъ такіе новые законы измѣняютъ или аутентически разъясняютъ сомнительный законъ, а это уже не настоящее толкованіе. Гдѣ этотъ процессъ является чистымъ толкованіемъ, онъ опирается на предположеніе, что образъ мыслей прежняго законодателя сохранился и въ позднѣйшемъ законодательствѣ» [19]). Но если бы это было такъ, если бы законы разныхъ законодателей, составляющіе дѣйствующее право, служили средствомъ толкованія другъ друга только на основаніи предположенія, что каждый законодатель, издавая новую норму, принялъ въ разсчетъ всѣ уже существующія и приспособился къ образу мыслей своихъ предшественниковъ, то отсюда слѣдовало бы, что въ томъ случаѣ, когда доказана ложность этого предположенія, уже нельзя толковать одинъ законъ съ помощью другаго. Пояснимъ примѣромъ. Представляется почти несомнѣннымъ, что какъ составители судебныхъ уставовъ 1864 г., такъ и Государственный Совѣтъ, создавая правила о безвѣстномъ отсутствіи, основывались на ошибочномъ пониманіи 1243 и 1244 ст. 1 ч. X т. и полагали, что въ этихъ двухъ статьяхъ ясно опредѣлена судьба имущества безвѣстно отсутствующихъ собствен-

[18]) *Savigny*, 223.

[19]) Id., 223—224

никовъ, тогда какъ въ дѣйствительности онѣ, толкуемыя въ логической связи со смежными статьями, имѣютъ въ виду безвѣстно отсутствующихъ наслѣдниковъ, а не собственниковъ[20]). Такъ какъ въ этомъ случаѣ предположеніе, указанное Савиньи, отпадаетъ, то слѣдовало бы заключить, что статьи 1243 и 1244 т. X ч. 1 не могутъ быть толкуемы съ помощью правилъ устава гражданскаго судопроизводства А между тѣмъ на самомъ дѣлѣ тѣ и другія все-таки должны быть толкуемы совмѣстно въ силу того, что всѣмъ имъ присуща одинаковая обязательность, и что ихъ нужно согласовать между собою. Такимъ образомъ, отдаленная логическая связь между нормами должна быть принимаема въ соображеніе не вслѣдствіе выставленнаго Савиньи предположенія, а въ силу одинаковаго юридическаго значенія всѣхъ нормъ дѣйствующаго права. Хотя послѣднее обстоятельство тоже не укрылось отъ вниманія Савиньи, но онъ думаетъ, что «толкованіе отдѣльнаго самостоятельнаго закона съ помощью другаго закона, не слѣдуетъ смѣшивать съ устраненіемъ противорѣчій, которое относится къ толкованію всей совокупности источниковъ права, какъ одного цѣлаго»[21]). Однако, въ обоихъ случаяхъ сопоставленіе отдѣльныхъ законовъ производится по одной и той же причинѣ: въ силу ихъ юридической обязательности.

Переходя отъ логическаго элемента къ систематическому, безъ особаго труда можно убѣдиться, что и онъ проявляется въ такихъ же двухъ формахъ. Ближайшая систематическая связь существуетъ между нормами одного и того же законодательнаго акта. Распредѣленіе нормъ по группамъ, размѣщеніе этихъ группъ, заголовки и, наконецъ, положеніе, занимаемое нормами въ предѣлахъ каждой группы, все это обусловливается логическимъ соотношеніемъ нормъ, а потому, въ свою очередь, можетъ служить къ уясненію логической связи между ними. Съ этой стороны систематическій элементъ представляетъ необходимое дополненіе къ ближайшей логической связи и имѣетъ одинаковое значеніе съ нею, помогая раскрыть истинную мысль

---

[20]) *Анненковъ*, Система, I, 139 и сл., 145 (2 изд.).

[21]) *Savigny*, 223, Anm. b. Ср. 255, Anm. a, 262—264.

законодателя. «Въ законахъ», справедливо замѣчаетъ одинъ авторъ, «рубрика каждой главы служитъ для содержащихся тамъ постановленій тѣмъ же, чѣмъ является знамя для солдатъ, принадлежащихъ къ какому-нибудь отряду: она опредѣляетъ предметъ и объемъ своихъ постановленій» [22]).

Иное слѣдуетъ сказать объ отдаленной систематической связи, соединяющей всѣ нормы всѣхъ частей дѣйствующаго права въ одно великое цѣлое. Этого рода связь составляетъ, подобно отдаленной логической связи, особенность юридическихъ нормъ, въ отличіе отъ прочихъ литературныхъ произведеній, и должна быть принимаема въ разсчетъ при толкованіи не потому, что непосредственно выясняетъ смыслъ нормъ, а потому, что косвенно отражается на немъ. Такъ, для разрѣшенія вопроса о томъ, какого рода «христоматіи» имѣлъ въ виду за-

---

[22]) *Roels*, 21 Хорошій примѣръ приводитъ изъ уложенія о наказаніяхъ проф Таганцевъ (стр. 359—360): «Ст 1606, опредѣляя отвѣтственность за поджогъ съ умысломъ какого-либо обитаемаго зданія, не указываетъ, относится ли это постановленіе къ поджогу чужихъ или собственныхъ зданій, но такъ какъ эта статья помѣщена въ главѣ второй XII раздѣла озаглавленной: «о истребленіи и поврежденіи чужаго имущества», то мы и говоримъ, что родовой признакъ «чужаго», указанный въ заголовкѣ, относится ко всѣмъ статьямъ этой главы, если въ нихъ не сдѣлана оговорка въ этомъ смыслѣ, а потому къ поджогу собственнаго обитаемаго зданія должна быть примѣнена 2 ч. ст. 1612 а не ст. 1606; другой примѣръ: покушеніе на поджогъ и приготовленіе къ нему предусмотрѣны спеціально въ ст. 1610 и 1619; но, при рѣшеніи вопроса о томъ, относятся ли эти постановленія ко всѣмъ видамъ поджога, предусмотрѣннымъ въ главѣ о зажигательствѣ, или только къ нѣкоторымъ, мы принимаемъ во вниманіе, что такъ какъ эти статьи помѣщены не въ концѣ главы, а въ срединѣ, вслѣдъ за ст 1606—1609, трактующими о тягчайшихъ случаяхъ поджога, то изъ самаго мѣста, занимаемаго ст. 1610 и 1611 среди постановленій о поджогѣ, можно сдѣлать заключеніе, что онѣ относятся только къ поджогу, предусмотрѣнному ст. 1606—1609. Въ первомъ примѣрѣ мы основываемъ наше толкованіе на размѣщеніи уголовныхъ постановленій по главамъ, во второмъ на размѣщеніи статей въ предѣлахъ одной и той же главы».

конодатель въ ст 14 прпл. ко 2 прим. 420 ст. 1 ч. X т [23]), нужно принять во вниманіе, что эта статья (14) помѣщена подъ рубрикой «о правахъ собственности на произведенія наукъ и словесности», а слѣдовательно, не относится къ художественнымъ и музыкальнымъ произведеніямъ, которымъ отведены другія главы. Напротивъ, то обстоятельство, что постановленія объ авторскомъ правѣ прежде помѣщались въ цензурномъ уставѣ, никакого вліянія на ихъ смыслъ не оказывало, такъ какъ систематическая связь ихъ съ цензурными правилами была безконечно отдаленной и заключалась только въ томъ, что «тутъ и тамъ дѣло шло о книгахъ» [24]).

Различіе между ближайшей и отдаленной систематической связью ускользнуло отъ вниманія ученыхъ, изслѣдовавшихъ этотъ элементъ толкованія.

§ 5.

Основаніе нормъ.

Третью и послѣднюю категорію косвенныхъ данныхъ толкованія (стр. 131) составляетъ основаніе нормъ въ пяти его видахъ: юридическое, теологическое, психологическое, историческое и внѣшнее (стр. 79 и сл.).

Если сравнить основаніе нормъ съ разсмотрѣнными въ предыдущемъ параграфѣ логическимъ и систематическимъ элементами, то можно замѣтить между ними довольно важную разницу, заключающуюся, во первыхъ, въ томъ, что основаніе нормъ далеко не всегда извѣстно съ достовѣрностью, и, во вторыхъ, что оно представляетъ собою по отношенію къ нормамъ нѣчто постороннее, внѣ ихъ непосредственнаго содержанія лежащее.

Остановимся сначала на первомъ пунктѣ указаннаго различія. Какъ мы видѣли раньше (стр. 132), логическій и отчасти систематическій элементъ явствуютъ изъ самого текста законо-

---

[23]) «Помѣщеніе въ христоматіяхъ... статей или отрывковъ изъ другихъ сочиненій не почитается самовольнымъ изданіемъ».

[24]) *Шершеневичъ*, Авторское право на литературныя произведенія, 1891, 125.

дательства, а потому отличаются безусловной достовѣрностью. Такъ какъ этого нельзя сказать относительно основанія нормъ, которое иногда совершенно неизвѣстно, а иногда сомнительно, то необходимо признать, что пользоваться основаніемъ нормы какъ средствомъ ея толкованія можно лишь тогда, когда свѣдѣнія о немъ вполнѣ достовѣрны. Только въ такомъ случаѣ выводы, дѣлаемые изъ основанія нормы относительно смысла послѣдней, могутъ оказаться достовѣрными. Не безусловно достовѣрное, а лишь болѣе или менѣе вѣроятное основаніе нормы способно служить почвой только для вѣроятныхъ заключеній, которыя не имѣютъ никакой цѣны тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о выясненіи *дѣйствительнаго*, *истиннаго* смысла нормы [1])

---

[1]) Поэтому, нельзя согласиться съ мнѣніемъ Савиньи, что «пользованіе основаніемъ зависитъ отъ различныхъ степеней достовѣрности послѣдняго» (стр. 220, Ср 218). Это пользованіе допустимо лишь при наивысшей степени достовѣрности, т. е при полной и безусловной достовѣрности. Иначе каждый станетъ перетолковывать законы вкривь и вкось, исходя изъ ихъ предполагаемыхъ основаній, какъ и практиковалось нѣкогда въ широкихъ размѣрахъ. *Thibaut*, Auslegung, 37: «Es ist übrigens unglaublich, wie man sich in dieser Rucksicht von jeher an den Gesetzen versundigt hat, besonders seit der Periode der Axiomatiker, welche uberall auf erträumte Grundsatze zu bauen pflegten, und dadurch dem Geist des Rechts mehr geschadet haben, als demselben eine gesunde Philosophie in der Folge wird nutzen können. Es giebt Werke, in denen es auf jeder Seite von willkuhrlich ersonnenen Conjecturen über die Grunde der Gesetze wimmelt, und der Hang zu Vermuthungen und Voraussetzungen ist bei vielen so weit gegangen, das man sich gar nicht einmal die Muhe gab, die in den Gesetzen selbst angegebenen Grunde zu Rath zu ziehen, und gegen diese die ertraumten Hypothesen aufzugeben». Противъ такихъ произвольныхъ предположеній и толкованій предостерегали римскіе юристы. *Iulianus*: «Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest» *Neratius*: «et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioqnin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur». Эти изреченія были понимаемы новыми юристами самымъ различнымъ образомъ (*Guyet*, 169, Anm. 8); но истинный ихъ смыслъ, несомнѣнно, тотъ, что не слѣдуетъ доискиваться основаній закона, разъ они достовѣрно неизвѣстны, ибо это можетъ привести къ неисправленію даже ясныхъ предписаній законодателя *Guyet*, 166—170; *Burchardi*, 75, Anm. 6

Вполнѣ достовѣрнымъ представляется основаніе нормы, прежде всего, когда оно съ очевидностью явствуетъ изъ самой нормы. Такъ напр., никто не станетъ сомнѣваться въ томъ, что ограниченіе дѣеспособности малолѣтнихъ и душевнобольныхъ установлено исключительно для огражденія этихъ лицъ отъ эксплуатаціи со стороны взрослыхъ нормальныхъ гражданъ, или что супруги тяжущихся не допускаются къ свидѣтельству только въ виду ихъ заинтересованности въ исходѣ процесса. Равнымъ образомъ, изъ статьи 531 1 ч. X т. («всякое незаконное владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства») въ связи со ст. 690 («всякое самоуправство по имуществамъ, хотя бы они состояли и въ незаконномъ владѣніи, строго воспрещается»), видно, что защита владѣнія является въ нашемъ законодательствѣ результатомъ запрещенія насилія и самоуправства.

Иногда основаніе нормы явствуетъ изъ заголовка, подъ которымъ она помѣщена. Такъ, изувѣченіе самого себя наказывается въ 201 ст. улож. о наказ. по религіознымъ мотивамъ, ибо эта статья помѣщена въ раздѣлѣ: «о преступленіяхъ противъ вѣры» (оскопленіе), а въ 512 ст того же уложенія—по соображеніямъ государственнаго характера, такъ какъ ст. 512 включена въ отдѣленіе: объ уклоненіи отъ воинской повинности[2])

Затѣмъ, случается, что самъ законодатель въ самомъ текстѣ закона приводитъ основаніе, на которое опирается та или другая норма. Въ ст. 574 т. X ч 1, напр., указано основаніе заключающагося въ ней постановленія (см. стр. 80).

Наконецъ, достовѣрныя свѣдѣнія сообщаются относительно основанія нормъ закона въ объяснительной запискѣ или мотивахъ къ нему, журналахъ засѣданій законодательныхъ учрежденій и тому подобныхъ внѣшнихъ источникахъ, содержащихъ въ себѣ матеріалы по исторіи возникновенія закона

Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ достовѣрность свѣдѣній относительно основанія закона должна быть признаваема полной и безусловной, такъ какъ она либо очевидна сама по себѣ, либо гарантируется тѣмъ обстоятельствомъ, что эти свѣ-

---

[2]) *Krug*, 164 (примѣры изъ саксонскаго уголовнаго уложенія).

дѣнія исходятъ отъ авторовъ закона, которые, конечно, навѣрное знаютъ, почему, для чего и какъ установлена имп данная норма [3])

Второй пунктъ различія между основаніемъ и логическимъ (а отчасти и систематическимъ) элементомъ состоитъ въ томъ, что послѣдній заключается въ самомъ содержаніи нормъ, вслѣдствіе чего пользованіе имъ при толкованіи безусловно обязательно, а основаніе лежитъ внѣ нормъ и потому должно быть принимаемо въ разсчетъ лишь при томъ условіи, если непосредственно связано съ ихъ содержаніемъ.

Дѣло въ томъ, что подъ юридической нормой въ собственномъ смыслѣ слова слѣдуетъ разумѣть не всякую мысль, не всякую фразу законодателя, а только такое его велѣніе, которое заключаетъ въ себѣ правило поведенія, обращенное къ гражданамъ или органамъ власти [4]) Поэтому, нормами являются только тѣ части каждаго законодательнаго акта, которыми устанавливаются правила поведенія, т. е., какъ обыкновенно выражаются, только *диспозитивныя* части (verba dispositiva, decisiva); что же касается всякаго рода мотивировокъ, предварительныхъ поясненій и соображеній, то они не имѣютъ значенія нормъ и составляютъ необязательныя, *энунціативныя* части закона (verba enunciativa) [5]). Съ другой стороны, законодателю нѣтъ никакой необходимости приводить основанія, побудившія его издать какой-либо законъ, а тѣмъ менѣе перечислять всѣ такія основанія [6]). Напротивъ, законодательная техника требуетъ, чтобы текстъ закона состоялъ изъ однѣхъ нормъ и не заключалъ въ себѣ никакихъ мотивировокъ и разсужденій, не имѣющихъ обяза-

---

[3]) Тѣ крайне рѣдкіе и аномальные случаи, когда законодатель, скрывая истинное основаніе какого-либо своего постановленія, нарочно приводитъ другое, вымышленное (*Gluck*, 246), могутъ быть обойдены безъ ущерба для общихъ выводовъ

[4]) *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, 1883, 7 ff.; *Bierling*, Iuristische Principienlehre, I, 1894, 27 ff; *Шершеневичъ*, Опредѣленіе понятія о правѣ, 1896, §§ 2 и 6.

[5]) Различіе между диспозитивными и энунціативными частями закона давно подмѣчено и установлено въ наукѣ. *Gluck*, 46; *Muhlenbruch*, § 45; *Puchta*, 39—40; *Delisle*, II, 104 ss, *Wachter* Pand, 129, *Регельсбергеръ*, 93 и др

[6]) *Krug*, 176

тельнаго значенія для гражданъ. Современные законы такимъ образомъ и составляются, такъ что энунціативныхъ частей въ нихъ вовсе нѣтъ [7]). Если же въ какомъ-либо законѣ случайно приведено его основаніе, то нельзя быть увѣреннымъ, что оно является единственнымъ, и что законъ не имѣетъ еще и другихъ, быть можетъ, даже болѣе важныхъ основаній[8]) Возьмемъ для примѣра ст 150 уст. о пред. и пресѣч. прест. устанавливающую ограниченіе дѣеспособности расточителей. Въ ней сказано: «*въ предупрежденіе и пресѣченіе роскоши безмѣрной и расточительной, въ обузданіе излишества, безпутства и мотовства* могутъ быть учреждаемы опеки надъ имѣніями расточителей». Но очевидно, что это—не единственное и не главное основаніе, и что, предписывая учреждать надъ имуществомъ расточителя опеку, законодатель преслѣдовалъ не столько предупрежденіе роскоши и безпутства, сколько другую, болѣе важную цѣль: сохраненіе имущества расточителя для его семьи и наслѣдниковъ.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что если даже основаніе нормы указано въ самомъ текстѣ закона, то и въ такомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи объ обязательномъ принятіи этого основанія къ руководству безъ предварительной повѣрки

Еще менѣе обязательными представляются, конечно, свѣдѣнія объ основаніи нормъ, сообщаемыя законодателемъ или фактическими составителями ихъ въ какихъ-либо внѣшнихъ источникахъ (объяснительныхъ запискахъ, мотивахъ и т. д.), ибо, во первыхъ, эти источники сами по себѣ не имѣютъ юридической силы, а во вторыхъ, заключающіяся въ нихъ свѣдѣнія тоже могутъ быть односторонними и неполными. «Обыкновенно для законодателя важно указать главную точку зрѣнія, съ которой онъ смотрѣлъ на законъ. Но изъ того, что эта точка зрѣнія была для него наиболѣе важна въ законодательно-по-

---

[7]) *Gény*, 241. Ср. *Rousset*, De la rédaction et de la codification rationelles des lois, 1856, 284.

[8]) Любопытное замѣчаніе сдѣлано по этому поводу въ «Наказѣ» Екатерины II. «если пишущій законы хочетъ въ нихъ изобразить причину, побудившую къ изданію нѣкоторыхъ между оными, то должно, чтобы причина та была сего достойна. Между римскими законами есть опредѣляющій слѣпому въ судѣ не производить никакого дѣла, для того, что онъ не видитъ знаковъ и украшеній судебныхъ. Сія причина весьма плоха, когда можно было привесть довольно другихъ хорошихъ» (ст. 451).

литическомъ отношеніи, еще не слѣдуетъ, что она должна быть таковой же при толкованіи и примѣненіи закона... Чаще всего приводятся въ качествѣ законодательныхъ основаній политическія соображенія, причемъ чисто юридическія предполагаются извѣстными и понятными сами по себѣ. Но и изъ числа различныхъ юридическихъ основаній могутъ представлять особую важность для толкованія закона именно тѣ, которыя не указаны. Такъ, въ мотивахъ къ саксонскому уголовному уложенію указано, въ качествѣ главнаго основанія болѣе легкой наказуемости дѣтоубійства, возбужденное, сильно вліяющее на душевную дѣятельность состояніе, въ которое повергаетъ роженицу актъ родовъ. Но это основаніе не можетъ быть единственнымъ, такъ какъ оно имѣло бы примѣненіе и къ состоящимъ въ законномъ бракѣ матерямъ, и такъ какъ оно отступаетъ совершенно на задній планъ въ случаяхъ предумышленнаго дѣтоубійства. Наряду съ этимъ основаніемъ принимается въ разсчетъ еще и безпомощное положеніе внѣбрачной роженицы, нужда и стыдъ, которыхъ она должна ждать, благодаря ребенку, ибо безъ этихъ моментовъ ея душевное возбужденіе вовсе не могло бы принять опаснаго для жизни ребенка направленія. Поэтому, если мы имѣемъ дѣло съ особой, которая живетъ открыто въ конкубинатѣ, окруженная цѣлой семьей незаконныхъ дѣтей, и только потому, что ей неудобно увеличеніе этой семьи, приняла мѣры къ умерщвленію ребенка задолго до родовъ, то въ такомъ случаѣ мы будемъ принуждены принять въ соображеніе при опредѣленіи наказанія, главнымъ образомъ, эти неуказанныя въ мотивахъ основанія, а не тѣ, которыя указаны» [9]).

Изложенное съ достаточной ясностью обнаруживаетъ, что какъ бы достовѣрны ни были свѣдѣнія относительно основанія закона, будь они даже сообщены въ самомъ текстѣ его, тѣмъ не менѣе они не обладаютъ ни внѣшней, формальной обязательностью, ни внутренней, матеріальной авторитетностью.

[9]) *Krug*, 177—178 Въ этомъ отношеніи существуетъ принципіальная разница между прямыми разъясненіями законодателемъ смысла нормъ, имѣющими всегда авторитетный характеръ (см выше § 3), и сообщаемыми имъ свѣдѣніями относительно основаній нормъ, по существу своему необязательными. Впервые провелъ ясную границу между этими двумя категоріями данныхъ Кругъ (§§ 12, 13, 16), выводы котораго подвергъ нѣкоторымъ детальнымъ исправленіямъ Бирлингъ (§§ 21—34)

Вслѣдствіе этого ихъ можно и должно принимать къ руководству не иначе, какъ послѣ предварительной повѣрки. На что собственно должна быть направлена эта повѣрка, уже было указано выше: дѣлать вполнѣ достовѣрныя заключенія отъ основанія нормы къ ея смыслу можно лишь постольку, поскольку основаніе отразилось на смыслѣ, т. е.. *поскольку между ними дѣйствительно имѣется непосредственная связь* Иначе говоря, прежде чѣмъ толковать норму съ помощью ея основанія, необходимо сперва убѣдиться, *во первыхъ, что норма дѣйствительно опирается на это основаніе, и во вторыхъ, что оно является ближайшимъ ея основаніемъ.*

Прослѣдимъ и разъяснимъ каждое изъ этихъ двухъ положеній въ примѣненіи къ отдѣльнымъ видамъ основанія нормъ

1. Первое условіе—наличность дѣйствительной связи между основаніемъ и нормой—по отношенію къ юридическому основанію, т. е. къ проведенному въ ней принципу, означаетъ, что норма должна быть логическимъ слѣдствіемъ даннаго принципа Этого условія нѣтъ на лицо въ томъ случаѣ, если законодатель ошибся и указалъ въ качествѣ основанія нормы такой принципъ, изъ котораго она не можетъ вытекать Такъ какъ безусловно обязательную силу имѣетъ норма, и такъ какъ указаніе юридическаго основанія не входитъ въ нее, заключаясь либо въ энунціативной части закона, либо въ постороннемъ источникѣ [10]), то мы не имѣемъ права перетолковывать норму въ смыслѣ указаннаго законодателемъ принципа, а должны признать самое это указаніе ошибочнымъ и игнорировать его. Иначе говоря: юридическій принципъ относится къ нормѣ, какъ большая посылка силлогизма къ заключенію, а такъ какъ безусловно обязательнымъ является заключеніе, то въ случаѣ противорѣчія между нимъ и большой посылкой, мы должны считать, что ошибка лежитъ въ посылкѣ [11]) Напротивъ, если норма дѣйствительно ло-

---

[10]) Если юридическій принципъ, являющійся основаніемъ данной нормы, составляетъ содержаніе другой нормы, то онъ входитъ въ составъ логическаго элемента толкованія и обсуждается какъ логическій элементъ

[11]) Такъ какъ силлогизмъ состоитъ изъ двухъ посылокъ и заключенія, то несоотвѣтствіе между большою посылкой и заключеніемъ можетъ обусло-

гически вытекаетъ изъ указаннаго законодателемъ принципа, то она должна быть толкуема въ соотвѣтствіи съ нимъ.

Возьмемъ для примѣра 574 ст. 1 ч. X т.

Она состоитъ изъ двухъ частей, изъ которыхъ вторая представляетъ изъ себя норму, а первая указываетъ юридическое основаніе Буквальный смыслъ второй части («всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому-либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой производятъ право требовать вознагражданіе») настолько широкъ, что обнимаетъ всѣ безъ исключенія случаи причиненія убытковъ однимъ лицомъ другому, въ томъ числѣ и такіе, когда причинившій убытки дѣйствовалъ въ предѣлахъ своего права и не нарушалъ правъ потерпѣвшаго. Выражаясь конкретно, подъ 574 ст, понимаемую буквально, подойдетъ даже такой случай, когда кто-либо открываетъ магазинъ или гостинницу и своею конкуренціею уменьшаетъ доходы другихъ купцовъ или владѣльцевъ гостинницъ Но если принять въ разсчетъ первую часть 574 ст, гдѣ выставлено юридическое основаніе второй, диспозитивной части, то окажется, что дѣйствительный, истинный смыслъ ея болѣе узокъ Въ самомъ дѣлѣ, законодатель, постановляя, что всякій вредъ или убытки подлежатъ возмѣщенію, выводитъ это правило изъ общаго положенія: никто не можетъ быть лишенъ безъ суда (т. е. самовольно) правъ, ему принадлежащихъ. Возстановимъ силлогизмъ, съ помощью котораго законодатель получилъ свой выводъ.

Большая посылка. Никто не можетъ быть лишенъ безъ суда (т. е самовольно) правъ, ему принадлежащихъ.

Малая посылка. Кто лишаетъ другаго какихъ-либо правъ, тотъ причиняетъ ему убытки.

ливаться также неправильностью средней посылки. *Krug*, 137 — 138. Но отъ чего именно зависитъ такое несоотвѣтствіе, для теоріи толкованія нормъ безразлично; важенъ только фактъ, что заключеніе (норма) не можетъ вытекать изъ большой посылки (юридическаго принципа). Равнымъ образомъ, не имѣетъ никакого значенія для толкованія догматическая правильность указываемаго законодателемъ принципа, такъ какъ для выясненія смысла нормы нужно знать лишь, какой принципъ хотѣлъ въ ней провести законодатель. *Krug*, 174—176; *Bierling*, 196—197, 201—202, *Gény*, 252—253.

Выводъ. Слѣдовательно, всякій обязанъ возмѣстить убытки, причиненные другому лицу *путемъ самовольнаго лишенія послѣдняго принадлежащихъ ему правъ*

Возстановивъ такимъ образомъ силлогизмъ, скрытый въ 574 статьѣ, мы убѣждаемся, что онъ логически вѣренъ, но что его заключеніе выражено законодателемъ неполно и неточно, такъ какъ опущена отмѣченная курсивомъ весьма существенная оговорка, и что дѣйствительный смыслъ 574 ст., обнаруживающійся изъ ея юридическаго основанія, заключается въ слѣдующемъ: подлежатъ возмѣщенію не всякіе убытки, а только такіе, которые причиняются *самовольнымъ* нарушеніемъ чужихъ правъ[12]). Поэтому, въ приведенномъ выше примѣрѣ лицо, открывающее магазинъ или гостинницу, обязано было бы вознаградить другихъ торговцевъ и владѣльцевъ гостинницъ за причиненные своей конкуренціей убытки лишь въ томъ случаѣ, если бы этимъ торговцамъ и содержателямъ гостинницъ принадлежала монополія: тогда открытіе каждаго новаго магазина или гостинницы являлось бы самовольнымъ нарушеніемъ чужого права—монополіи.

Переходимъ къ телеологическому элементу. Если норма относится къ своему юридическому основанію, какъ заключеніе къ большой посылкѣ силлогизма, то ея отношеніе къ цѣли иное: она является средствомъ для достиженія этой цѣли. Но цѣль можетъ пролить свѣтъ на средство лишь при томъ условіи, если это средство дѣйствительно ведетъ къ ея достиженію. Поэтому, указаніе законодателемъ цѣли какой-либо нормы, хотя даже оно было сдѣлано въ самомъ законѣ, принимается въ разсчетъ постольку, поскольку норма можетъ служить средствомъ къ достиженію этой цѣля. Полное несоотвѣтствіе между нормой и ея цѣлью и здѣсь разрѣшается въ пользу первой на томъ основаніи, что диспозитивная часть закона важнѣе энунціативной. Примѣромъ можетъ служить 2114 ст. 1 ч. X т., согласно которой, «если... росписка или актъ поклажи составленъ вмѣсто заемнаго обязательства *для избѣжанія платежа гербоваго сбора и установленныхъ пошлинъ*, то удовлетвореніе по такой роспискѣ или акту производится послѣ удовлетворенія всѣхъ другихъ могущихъ открыться на принимателѣ долговъ по заемнымъ письмамъ, векселямъ, или инымъ законнымъ долговымъ документамъ». Въ подчеркнутыхъ словахъ законодатель указываетъ цѣль этой

[12]) *Анненковъ*, Система, I, 554—557 (2 изд.)

нормы: огражденіе интересовъ казны. Но нетрудно замѣтить, что приведенная норма является весьма несоотвѣтствующимъ средствомъ для достиженія такой цѣли въ виду того, что невыгодныя послѣдствія, которыми она угрожаетъ лицамъ, совершающимъ заемъ подъ видомъ поклажи, наступаютъ далеко не всегда, а только въ тѣхъ случаяхъ, когда у должника окажутся другіе долги Если бы законодатель дѣйствительно стремился въ 2114 ст. къ огражденію казеннаго интереса, то онъ долженъ былъ бы просто повторить постановленіе 590 ст. ул. о нак.: «взысканію штрафа въ десять разъ противъ установленнаго размѣра сбора подвергаются лица, выдавшія и принявшія сохранную росписку вмѣсто заемнаго письма».. Обнаруживъ, такимъ образомъ, несоотвѣтствіе между нормой, заключающейся въ 2114 ст., и указанной законодателемъ цѣлью этой нормы, мы должны отдать преимущество нормѣ и не имѣемъ права толковать 2114 ст, сообразно съ мнимой цѣлью, такъ: послѣдствія, опредѣленныя въ этой статьѣ, наступаютъ только тогда, когда доказано, что сохранная росписка составлена вмѣсто заемнаго обязательства спеціально для избѣжанія платежа гербоваго сбора, а не съ какой-либо другой цѣлью. Напротивъ, игнорируя мнимую цѣль 2114 ст., нужно признать, что всякая сохранная росписка, разъ она прикрываетъ заемное обязательство, должна обсуждаться какъ неявленное заемное письмо. Такая формулировка сразу показываетъ намъ, что истиннымъ основаніемъ 2114 ст. является не фискальная цѣль, а общій юридическій принципъ, по которому при симуляціи дѣйствительна не та сдѣлка, которая заключена для виду, а та, которая подъ нею скрыта (plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur).

То же и по тѣмъ же соображеніямъ имѣетъ силу по отношенію къ психологическому, историческому и внѣшнему основаніямъ: они представляютъ значеніе для толкованія лишь постольку, поскольку дѣйствительно находятся въ связи съ толкуемой нормой Такъ напр., подъ статьями дѣйствующаго Свода законовъ часто указываются, въ качествѣ источниковъ, такіе законы и указы, которые никакого отношенія къ содержанію этихъ статей не имѣютъ, а слѣдовательно, и къ уясненію ихъ смысла служить не могутъ.

2. Но, кромѣ наличности дѣйствительной связи между нормой и ея основаніемъ, необходимо еще, чтобы эта связь была

непосредственной, т. е., чтобы данное основаніе нормы было *ближайшимъ*. Въ этомъ состоптъ второе условіе, которое даетъ возможность дѣлать правильныя заключенія относительно нормы, исходя изъ ея основанія.

Немногія нормы имѣютъ только одно основаніе; большинство ихъ опирается на нѣсколько, а иной разъ на цѣлый рядъ основаній. При этомъ основанія нормы могутъ быть либо одной и той же категоріи, либо разныхъ категорій. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ преимущество должно быть отдаваемо ближайшимъ. Точнѣе говоря: какъ однородныя, такъ и разнородныя основанія принимаются въ разсчетъ въ той мѣрѣ, въ какой являются ближайшими.

Разсмотримъ сперва отношеніе между однородными основаніями.

Юридическое основаніе, т. е принципъ, изъ котораго вытекаетъ данная норма, какъ заключеніе изъ большой посылки силлогизма (стр. 80), нерѣдко опирается на другой, высшій принципъ, который, въ свою очередь, можетъ быть слѣдствіемъ еще болѣе общаго и т д. вплоть до какого-либо первоначальнаго и основного положенія права [13]). Въ такихъ случаяхъ получается цѣлая цѣпь, цѣлая іерархія послѣдовательно другъ друга поддерживающихъ положеній [14]). Такъ напр, второй пунктъ 1629 ст 1 ч X т. («недѣйствителенъ залогъ имущества, въ пожиз-

---

[13]) *Thol*, 141—142: «Das Princip ist der Rechtsgrund eines Rechtssatzes der Rechtssatz eines Rechtssatzes Ein Princip kann ein Folgesatz eines anderen höheren Princips sein Solche Principien, welche nicht auf ein anderes zurückzuführen sind, sind Urprincipien». *Eisele*, 54 ff, 56: «primare und abgeleitete Rechtssätze». Слѣдуетъ замѣтить, что проводимое послѣднимъ авторомъ (какъ и другими) различіе между юридическимъ принципомъ, какъ абстрактной нормой, и такъ наз regula juris, въ смыслѣ приблизительнаго обобщенія изъ нормъ, не имѣетъ съ точки зрѣнія теоріи толкованія никакого значенія, что признаетъ и самъ Eisele (стр. 56: «Nicht nur aus Rechtsprincipien, sondern auch aus Rechtsbegriffen und aus regulae juris kann der Gesetzgeber Rechtssatze abgeleitet und im Gesetz ausgesprochen haben. Von diesen gilt dasselbe, was soeben über Rechtssatze, die aus Rechtsprincipien abgeleitet sind, bemerkt wurde»).

[14]) *Brocher*, 87—88.

ненномъ владѣніи состоящаго, если владѣльцу не предоставлено такого права»), вытекаетъ изъ вступительнаго постановленія той же статьи («отдавать въ залогъ можно токмо то имущество, которое принадлежитъ отдающему по праву собственности»), а это постановленіе опирается на принципъ: «никто не можетъ передать другому такого права, какого самъ не имѣетъ», принципъ, въ свою очередь, являющійся слѣдствіемъ верховнаго принципа автономіи, который лежитъ въ основѣ гражданскаго права, и согласно которому каждое частное право находится въ полномъ распоряженіи своего обладателя и только его одного

Чѣмъ отвлеченнѣе принципъ, тѣмъ онъ бѣднѣе содержаніемъ, т. е. тѣмъ меньше признаковъ заключаютъ въ себѣ составляющія его понятія [15]), тѣмъ дальше отстоитъ онъ отъ конкретной нормы, которая на него опирается, и тѣмъ менѣе матеріала даетъ для ея толкованія. Напротивъ, чѣмъ спеціальнѣе принципъ, тѣмъ онъ богаче содержаніемъ и ближе къ нормѣ, а потому наиболѣе важенъ для уясненія ея смысла тотъ, изъ котораго она вытекаетъ непосредственно, безъ всякаго промежуточнаго положенія [16]).

Переходимъ къ телеологическому основанію. Практическія цѣли, преслѣдуемыя юридическими нормами, тоже могутъ быть разнаго порядка: тѣ, которыя непосредственно имѣются въ виду нормами, являются ближайшими или спеціальными, а остальныя болѣе или менѣе отдаленными Такъ, напр., общая и отдаленная цѣль всѣхъ гражданскихъ законовъ, въ томъ числѣ и относящихся къ залогу, справедливое и цѣлесообразное регули-

---

[15]) Объемъ понятій находится въ обратномъ отношеніи къ ихъ содержанію. *Троицкій*, Учебникъ логики, I, 1885, 90.

[16]) Спеціальный принципъ отличается отъ общаго тѣмъ, что, помимо признаковъ, присущимъ имъ обоимъ, первый обладаетъ еще и другими признаками, которыхъ нѣтъ у второго Иными словами, спеціальный принципъ относится къ общему, какъ видовое понятіе къ родовому (напр., какъ «французъ» къ «человѣку»). Какъ бы далеко, однако, ни отдалялся спеціальный принципъ отъ общаго, тѣмъ не менѣе онъ остается логическимъ слѣдствіемъ его. Это обстоятельство отрицаетъ совершенно неосновательно *Kohler* (Die

рованіе отношеній между гражданами въ ихъ частной жизни; спеціальная цѣль залогового права — доставленіе кредиторамъ реальнаго обезпеченія долга; спеціальнѣйшая цѣль статьи 1630[1] X т. 1 ч («заложенныя въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ недвижимыя имущества могутъ быть отдаваемы въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ»). состоитъ въ расширеніи сферы кредитныхъ сдѣлокъ

Чтобы показать, какое важное значеніе можетъ имѣть для уясненія смысла нормы ея спеціальная цѣль, приведемъ одинъ примѣръ Законы, ограничивающіе дѣеспособность малолѣтнихъ, установлены, несомнѣно, исключительно въ интересахъ этихъ лицъ По буквальному смыслу 217 — 222 ст 1 ч X т. всѣ сдѣлки малолѣтнихъ недѣйствительны. Но такое положеніе не соотвѣтствуетъ преслѣдуемой закономъ цѣли: онъ стремится оградить интересы малолѣтнихъ, а воспрещаетъ совершать имъ всякія сдѣлки въ томъ числѣ, значитъ, и такія, которыя доставляютъ имъ одну только пользу Изъясняя приведенныя статьи согласно съ ихъ цѣлью, мы должны признать, что истинный ихъ смыслъ не таковъ, какъ словесный, и что недѣйствительными слѣдуетъ считать только тѣ сдѣлки, которыя невыгодны для малолѣтняго [17])

---

schopferische Kraft der Iurisprudenz. Iahrb fur Dogm, XXV, 270 — 271): «Die von der Iurisprudenz aus den Principien geschaffenen Gebilde verhalten sich zu den Principien durchaus nicht wie der Schlussatz zum Obersatz, wie die logische Consequenz zum Grunde; es ist nicht so, als ob sie wie ein Faden aus dem Princip herausgespult, wie ein Band aus der Kapsel ans Tageslicht gezogen wurden. Vielmehr verhalten sie sich zum Princip, wie die Blatter, Bluthen und Fruchte sich zum Keime verhalten, vie die chemischen Compositionen zu den in den Elementen liegenden Urkraften».

[17]) Въ источникахъ римскаго права такимъ же точно образомъ истолковано правило относительно процессуальной недѣеспособности малолѣтнихъ. Именно, такъ какъ малолѣтніе по римскому праву не могли вести своихъ судебныхъ дѣлъ безъ согласія опекуновъ, то отсюда логически слѣдовало, что даже такое рѣшеніе суда, которое постановлено въ пользу малолѣтняго, должно было считаться недѣйствительнымъ, коль скоро малолѣтній самосто-

Психологическія и историческія основанія точно также могутъ стоять къ опирающейся на нихъ нормѣ въ различныхъ степеняхъ близости. Особенно рельефно проявляется это обстоятельство на историческомъ элементѣ. Напр., отдаленнѣйшій корень дѣйствующихъ статей уложенія о кражѣ и убійствѣ лежитъ въ десяти заповѣдяхъ («не убей», «не укради»), а ближайшими источниками ихъ служатъ непосредственно предшествовавшія имъ узаконенія, иностранные кодексы и наука права [18]) Эти-то непосредственные источники служатъ къ уясненію смысла указанныхъ статей.

Остается еще послѣдняя категорія основаній — внѣшнія основанія, или поводы Относительно нихъ нужно сказать совершенно иное: поводы, по самому своему понятію, не могутъ состоять въ непосредственной, ближайшей связи съ содержаніемъ нормы, ибо имѣютъ къ послѣднему чисто внѣшнее отношеніе. Поводъ, будучи конкретнымъ фактомъ, который обратилъ вниманіе законодателя на извѣстное явленіе, требующее нормированія, представляетъ собою, по вѣрному выраженію Колера, ни-

---

ятельно велъ процессъ. Но императоръ Гордіанъ разъяснилъ, что такое рѣшеніе имѣетъ полную силу. ибо «возрастъ долженъ служить малолѣтнимъ защитой отъ вреда, а не помѣхой въ удачно оконченномъ дѣлѣ» L 14 C de procur. (2, 13).

[18]) *Фойницкій*, Курсъ угол. пр., часть особенная, 1890, 194: «Въ русскомъ правѣ уже въ XIV в изъ простой кражи выдѣляется рецидивъ, затѣмъ татьба церковная и головная; судебники и соборное уложеніе знаютъ только эти основанія для квалификаціи татьбы Воинскіе артикулы перенесли къ намъ изъ нѣмецкаго права различеніе отвѣтственности за кражи по цѣнѣ украденнаго; этотъ признакъ принятъ указомъ 1781 г. и уставомъ благочинія и перешелъ въ сводъ законовъ Въ послѣднемъ изъ кражъ исключены кражи церковныя подъ именемъ святотатства, обнявшаго также разрытіе могилъ и ограбленіе мертвыхъ; еще раньше изъ понятія кражи выдѣлилась кража головная, такъ что сводъ законовъ называетъ только два основанія, по которымъ опредѣлялась наказуемость кражи; цѣна покраденнаго и рецидивъ; но къ нимъ должно быть прибавлено третье—общественное или сословное положеніе виновнаго, получившее значеніе въ виду законовъ Екатерины II объ освобожденіи лицъ привилегированныхъ состояній отъ тѣлесныхъ нака-

что иное, какъ простой симптомъ того или другаго соціальнаго недуга [19]). И подобно тому, какъ по симптомамъ нельзя судить о лечебныхъ средствахъ, которыя должны быть примѣнены въ данномъ случаѣ, ибо выборъ средствъ обусловливается характеромъ болѣзни, такъ и отъ внѣшняго повода нормы нельзя дѣлать прямыхъ заключеній къ ея содержанію, которое опредѣляется внутренними основаніями Такъ, назойливость Карфаніи, послужившая поводомъ къ воспрещенію женщинамъ вести чужія судебныя дѣла (см. стр 82), могла вызвать и другія мѣры (напр., уголовное наказаніе за кляузничество) Равнымъ образомъ, изъ того факта, что одинъ находившійся подъ отцевской властью сынъ (нѣкій Macedo), будучи обремененъ долгами, убилъ своего отца, вовсе не вытекала необходимость признать недѣйствительными заемныя сдѣлки подчиненныхъ отцовской власти лицъ, какъ было сдѣлано Senatusconsultum Macedonianum Внутреннимъ основаніемъ этого постановленія являлось стремленіе оградить подвластныхъ лицъ отъ ростовщиковъ, которые снабжали ихъ деньгами въ надеждѣ на скорую смерть домовладыкъ [20]). Поэтому, поводъ не имѣетъ непосредственнаго значенія для выясненія смысла нормы; въ лучшемъ случаѣ онъ можетъ только служить ключемъ къ уразумѣнію внутреннихъ основаній, на которыя она опирается [21]), либо обнаружить полное отсутствіе какого бы то ни было внутренняго основанія [22]).

заній Составители уложенія о наказ. сохранили всѣ эти основанія и прибавили къ нимъ множество другихъ изъ иностранныхъ законодательствъ, преимущественно германскихъ». Ср *Gény*, 251—252.

[19]) *Kohler*, Interpretation, 35, Anm. 100.

[20]) L 1 pr D de S. C. Maced (14, 6).

[21]) Это обстоятельство давно признано въ литературѣ *Thibaut*, Auslegung, 68: «Die Veranlassung ist nichts, als das Factum, welches die Ideen zu einer Vorschrift in dem Gesetzgeber rege gemacht, und kann denn auch insofern zuweilen benutzt werden, um die Absicht des Gesetzgebers aufzuklären». *Hufeland*, 30: «Anerkanntermassen hat die blosse Veranlassung eines Gesetzes keinen unmittelbaren Einfluss auf Auslegung und Anwendung desselben; gleichwohl nicht selten einen mittelbaren». *Savigny*, 220 — 221. *Krug*, 145; *Регельсбергеръ*, 151, прим 15, и др.

[22]) Такъ напр., разрѣшеніе вступать въ бракъ съ родною племянницей,

До сихъ поръ рѣчь шла о стеченіи *однородныхъ* основаній у одной и той же нормы. Но многія нормы опираются на нѣсколько разнородныхъ основаній: вытекая изъ какого-либо юридическаго принципа, преслѣдуютъ въ то же время опредѣленную практическую цѣль, имѣютъ историческое основаніе, обусловливаются религіозными или этическими мотивами и т. д. Въ этихъ случахъ каждое изъ имѣющихся основаній должно быть принимаемо въ разсчетъ при изъясненіи нормы въ той мѣрѣ, въ какой непосредственно связано съ ея содержаніемъ, т. е поскольку является ближайшимъ.

Опредѣлить, какое или какія именно изъ разнородныхъ основаній нормы являются въ данномъ случаѣ ближайшими, было бы чрезвычайно затруднительно, если бы это обстоятельство не обнаруживалось изъ самого характера и содержанія нормъ.

Дѣло въ томъ, что нормы любого права распадаются достаточно явственно на нѣсколько категорій.

Существуютъ, прежде всего нормы, которыя опираются непосредственно на юридическое основаніе, представляя собою развитіе общихъ юридическихъ принциповъ, проводимыхъ даннымъ законодательствомъ Такія нормы принято называть *общимъ*, *или нормальнымъ правомъ* (jus commune, ordinarium, vulgatum). Сущность ихъ заключается не въ томъ, что онѣ имѣютъ одно только юридическое основаніе, а въ томъ, что это основаніе стоитъ на первомъ планѣ, обусловливая собою какъ самое существованіе, такъ и главное содержаніе нормъ Помимо юридическаго основанія, у нормы общаго права могутъ быть и обыкновенно бываютъ еще и другія основанія Но они являются либо болѣе отдаленными, либо побочными, опредѣляющими детали нормы. Въ ближайшей же и непосредственной причинной связи съ нормой находится юридическій принципъ: онъ служитъ и цѣлью, ради достиженія которой создана норма, и мотивомъ, побудившимъ законодателя создать ее, и, наконецъ, источникомъ, изъ котораго почерпнуто ея содержаніе.

Согласно существу нормальнаго права, ближайшимъ средствомъ при его толкованіи должны служить тѣ юридическіе прин-

---

послѣдовало при Клавдіѣ только ради того, чтобы онъ могъ жениться на Агриппинѣ. Этотъ поводъ показываетъ, что никакого внутренняго основанія данный законъ не имѣлъ *Savigny*, 221, Anm. e.

ципы, на которыхъ оно основано. Только въ случаѣ недостаточности этого средства открывается возможность и необходимость обращаться за помощью къ другимъ элементамъ, конечно, въ той мѣрѣ, въ какой они состоятъ въ непосредственной связи съ толкуемой нормой.

Приведемъ пару примѣровъ

Наше дѣйствующее законодательство признаетъ и проводитъ принципъ полной раздѣльности имущества супруговъ Несомнѣнно, что онъ опирается на извѣстныя этическія, историческія и телеологическія основанія, которыми сознательно или безсознательно руководствовался законодатель, отдавъ предпочтеніе этому принципу. Но, развивая и примѣняя его къ отдѣльнымъ случаямъ, законодатель руководствовался уже простою логическою послѣдовательностью. Поэтому, толкуя статьи 109 — 117 т. X ч. 1, осуществляющія принципъ раздѣльности, нужно прежде всего приводить ихъ въ связь съ послѣднимъ, не задаваясь вопросомъ объ ихъ основаніяхъ иного рода

Точно также слѣдуетъ поступать при толкованіи тѣхъ статей нашихъ гражданскихъ законовъ, въ которыхъ проводится принципъ свободы договоровъ. Такъ, по 1679 ст. X т. 1 ч въ запродажной записи можетъ быть означено «количество неустойки, если договаривающіяся стороны *найдутъ полезнымъ* оною договоръ обезпечить». Что нужно понимать подъ выраженіемъ «найдутъ полезнымъ»? Необходимо ли, чтобы стороны заявили въ договорѣ, что считаютъ для себя *полезнымъ* условиться о неустойкѣ, и указали, въ какомъ отношеніи и почему это полезно? Приводя въ связь ст. 1679 съ принципомъ свободы договоровъ, изъ котораго она вытекаетъ, мы должны прійти къ заключенію что слова «найдутъ полезнымъ» равнозначны слову «пожелаютъ».

Общему, нормальному праву противополагается такъ наз. *особенное*, *исключительное*, *аномальное* (jus singulare, extraordinarium, constitutum), носящее также названіе привиллегіи въ обширномъ смыслѣ слова и обнимающее тѣ нормы, которыя заключаютъ въ себѣ уклоненіе отъ общихъ юридическихъ принциповъ законодательства по какимъ-либо практическимъ соображеніямъ [23]). Оно можетъ охватывать обширные круги лицъ и

[23]) Таковъ господствующій взглядъ на сущность особеннаго права и на его отношеніе къ общему. *Thol*, 109: consequentes (regelmassiges) oder in-

правоотношеній и даже устанавливать въ сферѣ своего дѣйствія принципы болѣе или менѣе общаго характера, изъ которыхъ, въ свою очередь, могутъ быть установлены изъятія [24]). Однако особенное право и его принципы не опираются на принципы общаго права, а являются отступленіями отъ нихъ, обусловленными телеологическими основаніями. Вслѣдствіе этого, для толкованія нормъ особеннаго права могутъ служить средствомъ не общіе юридическіе принципы, а другіе элементы, находящіеся съ этими нормами въ прочной связи. Такъ напр., наше законодательство, признавая принципъ полной свободы договоровъ, вмѣстѣ съ тѣмъ объявляетъ недѣйствительными всѣ сдѣлки малолѣтнихъ лицъ (ст. 218 ч. 1 Х т.) и устанавливаетъ такимъ

---

consequentes (regelwidriges) Recht; *Brinz*, § 25: normales und anomales Recht; *Windscheid*, § 29: regelmasses und regelwidriges; *Holder*, Pand, § 13: principmassiges und principwidriges, *Ihering*, Geist, II, 337; *Eisele*, Civilistische Kleinigkeiten (Jahrb. fur Dogm., XXIII, 119 ff.), *Unger*, § 8; *Schmidt*, Beitrage zur Ratio juris im rom. Recht, 1899, §§ 1—2 Такого же въ сущности взгляда держится Савиньи, хотя формулируетъ его нѣсколько иначе. *Savigny*, 61 ff. Точное опредѣленіе особеннаго права встрѣчается еще у римскихъ юристовъ. *Paulus*: «jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est» (L. 16 D. de leg., 1, 3). Этому изреченію придавался новыми юристами различный смыслъ, но для непредубѣжденнаго читателя ясно, что Павелъ понимаетъ подъ jus singulare нормы, уклоняющіяся отъ общихъ принциповъ права (contra tenorem rationis). Это подтверждается и другими мѣстами источниковъ. *Iulianus*: «In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris» L 15 D. eod. Ср. L. 14 D. eod; L. 44 § 1 de poss. 41, 2 (utilitatis causa jure singulari receptum) и др. *Regelsberger*, Streifzuge im Gebiet des Zivilrechts, 1892, 3—5 и примѣч.; *Grasshof*, Begriff und praktische Bedeutung des jus singulare, 189), § 2, 3 Оба эти автора оспариваютъ правильность опредѣленія Павла, находя, что оно не соотвѣтствуетъ приводимымъ въ источникахъ частнымъ случаямъ. Но при этомъ они исходятъ изъ произвольнаго и невѣрнаго опредѣленія «принципа» (ratio juris), какъ положенія, вытекающаго яко бы изъ «внутренней природы жизненныхъ отношеній». *Schmidt*, l. c., § 6.

[24]) *Kierulff*, 48; *Thol*, 112—113.

образомъ изъятіе, «особенное право» для обширной группы лицъ. Это изъятіе имѣетъ цѣлью, несомнѣнно, оградить интересы лицъ съ незрѣлой волей Слѣдовательно, толкуя 218 ст 1 ч. X т.. мы должны привести ее въ связь не съ общимъ принципомъ свободы договоровъ, на который она не опирается, а съ практической цѣлью, ради которой она создана.

Необходимо добавить, что различіе между общимъ и особеннымъ правомъ не имѣетъ абсолютнаго характера, а представляется относительнымъ. Такъ какъ основные принципы не у всѣхъ законодательствъ одинаковы, то одна и та же норма можетъ принадлежать къ общему праву въ одномъ законодательствѣ и къ особенному—въ другомъ Равнымъ образомъ, измѣняется характеръ нормъ въ разные періоды развитія одного и того же законодательства. Нерѣдко норма, зародившись въ формѣ изъятія изъ какого-либо уже признаннаго принципа, съ теченіемъ времени постепенно пріобрѣтаетъ значеніе самостоятельнаго принципа, вытѣсняя собою существовавшій до нея [25]).

Отъ особеннаго права слѣдуетъ отличать *аномальныя особенности*, т. е. такія нормы, которыя являются историческими переживаніями или же вызваны какими-либо чисто случайными обстоятельствами [26]). Отличительная черта этихъ нормъ состоитъ въ томъ, что онѣ не имѣютъ внутренняго основанія либо потому, что утратили его съ измѣненіемъ условій жизни, либо потому, что имъ никогда не обладали, будучи изданы по случайнымъ поводамъ [27]). Вслѣдствіе такого ихъ характера, къ нимъ непримѣнимо толкованіе при посредствѣ основанія.

Съ формальной стороны слѣдуетъ различать нормы инкорпорированнаго и кодифицированнаго права. Какъ извѣстно, сущность этихъ пріемовъ объединенія законодательства со-

---

[25]) Этотъ процессъ мастерски выясненъ Іерингомъ (Geist, II, § 39, 338 ff.).

[26]) *Dernburg*, § 33: «Rechtssingularitaten, wahre Anomalien». Дернбургъ думаетъ, что именно эти нормы имѣлъ въ виду Павелъ въ своемъ опредѣленіи особеннаго права (см. выше прим. 23). Оправданію этого мнѣнія посвящена диссертація Грассгофа. Противъ Дернбурга высказались Eisele и Regelsberger (см. указ. въ прим. 23 сочиненія).

[27]) *Dernburg*, ib.; *Grasshof*, § 5.

стоитъ въ томъ, что при инкорпораціи сводится и систематизируется существующее право безъ всякихъ измѣненій въ содержаніи. Напротивъ, при кодификаціи отмѣняется все существующее право и создается новое, болѣе или менѣе отличное отъ прежняго [28]) Инкорпорація «сохраняетъ существенное содержаніе права, его историческую природу совершенно неприкосновенными не только въ матеріальномъ, но и въ формальномъ отношеніи». Она «стремится не къ тому, чтобы создать новый источникъ права, а лишь къ тому, чтобы очистить старый. Ея измѣненія состоятъ только въ отмѣнѣ того, что не должно больше имѣть силы, но она не вводитъ ничего новаго. Сохраняемое ею, хотя имѣетъ силу потому, что сохранено, но имѣетъ ее въ прежнемъ смыслѣ» [29]). Напротивъ, кодификація уничтожаетъ все прежнее право и «формально вводитъ все заново» «При ней противопоставляются другъ другу не какой-либо прежній законъ новому, а все прежнее право всему новому. При ней являются новыми не тѣ или иные законы, а все содержаніе права» [30]). Конечно, многое изъ прежняго права переходитъ въ новое, но подвергнувшись предварительно критической повѣркѣ: если существующія нормы включаются въ кодексъ, то не потому, что являются дѣйствующими (какъ бываетъ при инкорпораціи), а потому, что признаны заслуживающими сохраненія [31]). Другими словами, при кодификаціи происходитъ полная переоцѣнка нормъ съ точки зрѣнія ихъ внутреннихъ основаній: юридическихъ принциповъ, практическихъ цѣлей, этическихъ, религіозныхъ и всякихъ иныхъ мотивовъ.

Отсюда само собою вытекаетъ заключеніе, что ближайшимъ основаніемъ нормъ инкорпорированнаго права является историческое, а у нормъ, входящихъ въ составъ кодексовъ, на первый планъ выступаютъ прочія основанія. Согласно съ этимъ,

---

[28]) *Danz*, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, 1861, 5—6; *Коркуновъ*, Лекціи, 305, *Регельсбергеръ*, 60.

[29]) *Danz*, 7.

[30]) Id., 9—10.

[31]) *Жингулякъ*, О кодификаціи и ея вліяніи на законодательство и на науку права («Юрид. Вѣсн.», 1876, № 6—7, 36 и сл.).

при толкованіи нормъ первой категоріи, нужно сперва обращаться къ историческому ихъ источнику, а затѣмъ уже принимать въ разсчетъ другія основанія; при толкованіи же нормъ второй категоріи—поступать какъ-разъ наоборотъ. Если, напр., какая-либо дѣйствующая норма цѣликомъ перенесена въ сводъ, то она должна быть понимаема въ томъ самомъ смыслѣ, какой имѣла раньше; если же она включена въ кодексъ, то ее слѣдуетъ толковать заново въ связи съ другими постановленіями и общими принципами кодекса, быть можетъ, совершенно отличными отъ принциповъ прежняго права, и принимать въ соображеніе основанія, по которымъ она удержана въ новомъ кодексѣ. Только въ томъ случаѣ, когда въ числѣ этихъ основаній (конечно, извѣстныхъ съ достовѣрностью) имѣется историческое, нужно обращаться и къ нему [32]).

Это различіе въ пріемахъ толкованія инкорпорированнаго и кодифицированнаго права, хотя и не формулируется въ литературѣ прямо, но сознается и проводится при практическомъ примѣненіи. Такъ, всякій, кто изъясняетъ смыслъ какихъ-либо статей нашего Свода законовъ [33]), считаетъ необходимымъ обра-

---

[32]) *Danz* впадаетъ въ крайность, утверждая, что «мы не имѣемъ права выяснять смыслъ и значеніе кодифицированной нормы посредствомъ той, которая ею отмѣнена», ибо «вчерашнее право относится къ кодифицированному сегодняшнему такъ же точно, какъ любая древность римскаго права къ современному общему праву Германіи», и «съ теоретической точки зрѣнія совершенно безразлично, отдѣлены ли другъ отъ друга отмѣненная старая норма и отмѣняющая ее новая днями или столѣтіями» (стр. 10). При толкованіи кодифицированныхъ нормъ тоже должно быть примѣняемо ихъ историческое основаніе, поскольку оно является ближайшимъ, а наиболѣе близки между собою именно непосредственно смѣнившія другъ друга нормы, т. е «вчерашнее и сегодняшнее» (а не позавчерашнее и завтрашнее) право.

[33]) Относительно юридическаго значенія Свода законовъ до сихъ поръ идетъ споръ въ нашей литературѣ. Въ то время какъ одни считаютъ Сводъ просто актомъ аутентическаго толкованія дѣйствовавшихъ до его изданія законовъ (*Коркуновъ*, Сборникъ статей, 1898, 92—93), другіе видятъ въ немъ инкорпорацію (*Малышевъ*, 291—292; *Цитовичъ*, Курсъ рус. гражд. пр., 1878, 11—12) а третьи склонны признавать за нимъ даже характеръ кодекса (*Шер-*

щаться къ ихъ историческимъ источникамъ, между тѣмъ какъ при толкованіи устава гражданскаго судопроизводства въ очень рѣдкихъ случаяхъ служатъ пособіемъ прежніе процессуальные законы, содержащіеся во второй части X тома [31]).

Итакъ, основаніе нормы можетъ и должно служить средствомъ къ опредѣленію ея истиннаго смысла, во 1, если оно достовѣрно извѣстно, и, во 2, въ той мѣрѣ, въ какой оно находится въ дѣйствительной и, притомъ, непосредственной связи съ содержаніемъ нормы.

Отсюда однако не слѣдуетъ заключать, что отдаленное основаніе не имѣетъ никакого ровно значенія для толкованія нормы Напротивъ, его тоже нужно имѣть въ виду, хотя по другой причинѣ и въ другомъ отношеніи. Если нормы дѣйствующаго права не должны противорѣчить другъ другу, то точно также онѣ должны соотвѣтствовать тѣмъ основаніямъ, которыми вызваны къ жизни Значитъ, подобно тому, какъ отдаленная логическая связь принимается въ соображеніе съ цѣлью согласованія нормъ (стр. 138), такъ и съ отдаленнымъ основаніемъ нужно считаться во избѣжаніе противорѣчія между нимъ и опирающейся на него нормой. Толкуя, напр., постановленія о залогѣ, слѣдуетъ всегда имѣть въ виду общую цѣль залогового права—обезпеченіе интересовъ кредитора; толкуя правила объ опекѣ и попечительствѣ, нельзя упускать изъ вниманія общей цѣли опеки—огражденія интересовъ малолѣтнихъ. Такимъ путемъ предотвращается нежелательное явленіе: противорѣчіе

шеневичъ, Исторія кодификаціи гражд. права въ Россіи, 1898, 97: «т. X ч. 1 Св. зак. представляетъ собою ничто иное, какъ кодексъ, правда несовершенный..»). Цѣлью составленія Свода, несомнѣнно, была инкорпорація дѣйствующаго права. Но такъ какъ матеріалъ, представляемый этимъ правомъ, былъ скуденъ, то въ Сводъ было внесено немало новыхъ постановленій. Въ результатѣ получилось нѣчто среднее между инкорпораціей и кодексомъ. Сообразно съ такимъ характеромъ Свода, при толкованіи его статей должно играть важную роль историческое основаніе.

[31]) *Анненковъ*, Опытъ комментарія къ уст. гражд. судопр., I, 1878, 4.

между нормой и общимъ основаніемъ, которое побудило законодателя создать тотъ отдѣлъ права, къ которому эта норма принадлежитъ. Возьмемъ для примѣра 284 ст. 1 ч X т. («за труды свои опекуны получаютъ изъ доходовъ малолѣтняго всѣ вмѣстѣ пять процентовъ ежегодно»). Законодатель не опредѣляетъ, какой именно доходъ имѣлъ онъ въ виду: чистый или валовой. На это обстоятельство не проливаютъ свѣта ни логическая связь 284 ст. съ другими статьями, ни систематическое ея положеніе, ни ея ближайшее основаніе, именно указанная самимъ законодателемъ цѣль: вознаградить опекуновъ за труды Но если принять въ соображеніе общее, отдаленное основаніе всѣхъ постановленій объ опекѣ — огражденіе интересовъ малолѣтняго, то нужно прійти къ заключенію, что 284 ст можетъ соотвѣтствовать этому основанію лишь въ томъ случаѣ, если слово «доходъ» понимать въ смыслѣ чистаго дохода, ибо только тогда будетъ у опекуновъ побужденіе заботиться объ увеличеніи доходовъ и уменьшеніи расходовъ малолѣтняго.

Необходимость отличать ближайшія основанія нормъ отъ отдаленныхъ и пользоваться ближайшими лишь при наличности выясненныхъ выше условій сознавалась весьма немногими учеными, да и тѣ, которые указывали на нее, довольствовались бѣглыми замѣчаніями о томъ, что основаніе закона должно быть «дѣйствительнымъ и существеннымъ» [35]) или «достовѣрнымъ и доказаннымъ» [36]). Впервые Савиньи выяснилъ, что основаніе можетъ представлять различныя степени достовѣрности и близости къ нормѣ, и что отъ этихъ степеней зависитъ пригодность основанія для интерпретаціи [37]). Но дальше этого общаго и неопредѣленнаго указанія Савиньи не пошелъ. Правильную постановку и приблизительно вѣрное разрѣшеніе вопроса удалось дать

---

[35]) *Gluck*, 246. «der wahre, wesentliche Grund».

[36]) *Hufeland*, 28—29: «zuverlassig und gewiss».

[37]) *Savigny*, 220: «der Gebrauch des Gesetzgrundes zur Auslegung der Gesetze... ist abhangig von den verschiedenen Graden der Gewissheit und der Verwandschaft des Grundes». См. выше прим. 1 на стр. 144. Нѣкоторые изъ старыхъ писателей тоже различали ближайшее и отдаленное основаніе, но подъ отдаленнымъ они понимали просто поводъ къ изданію нормы. *Mailher de Chassat*, 137, n. 2.

только Кругу По его словамъ, основаніе во всѣхъ своихъ формахъ «состоитъ въ причинной связи съ закономъ и потому можетъ проливать свѣтъ на его смыслъ, такъ что мы имѣемъ право, въ случаѣ сомнѣнія [38]), считать, что законодатель дѣйствительно желалъ того, чего, судя по извѣстнымъ намъ мотивамъ закона, долженъ былъ послѣдовательнымъ образомъ желать» [39]) «Но на содержаніе закона могли вліять различныя юридическія основанія и различныя цѣли; поэтому, возникаетъ вопросъ, какому и какой слѣдуетъ отдать предпочтеніе для толкованія закона. Рѣшающимъ обстоятельствомъ можетъ быть здѣсь лишь степень близости, въ какой основаніе закона стоитъ къ его содержанію, и отсюда вытекаетъ правило, что спеціальное основаніе закона должно быть предпочитаемо общему» [40]). «Если же на содержаніе закона вліяло нѣсколько спеціальныхъ основаній, то слѣдуетъ преимущественно пользоваться наиболѣе спеціальнымъ» [41]) То обстоятельство, что самъ законодатель указываетъ основаніе какой-либо нормы въ текстѣ ея, еще не служитъ гарантіей, что это основаніе является дѣйствительнымъ и ближайшимъ, ибо такое указаніе «не входитъ, строго говоря, въ законъ, но, подобно включеннымъ въ судебное рѣшеніе мотивамъ, представляетъ чуждый, случайный элементъ законодательнаго акта Оно содержитъ въ себѣ историческое извѣстіе относительно соображеній законодателя, а не законъ, и подобно тому, какъ мы придаемъ юридическую силу судейскимъ мотивамъ только тогда, когда само рѣшеніе, по своему внутреннему содержанію, покоится на нихъ, такъ и указываемое основаніе закона имѣетъ значеніе лишь въ томъ случаѣ, если оно дѣйствительно находится къ диспозитивному содержанію закона въ историческомъ и логическомъ отношеніи основанія къ слѣдствію. Отсюда слѣдуетъ, что оно не можетъ служить средствомъ толкованія, если прямо противорѣчитъ диспозитивной части закона, или

---

[38]) О неправильности этого ограниченія будетъ рѣчь ниже. См. стр. 168.

[39]) *Krug*, 139.

[40]) Id., 147.

Id., 149.

если съ помощью историческихъ источниковъ можетъ быть съ достовѣрностью доказано, что законъ покоится преимущественно на другихъ, не указанныхъ основаніяхъ»[42]). Не могутъ быть признаны обязательными и тѣ основанія нормъ, которыя сообщаются въ законодательныхъ матеріалахъ, такъ какъ они «не находятся сами по себѣ въ необходимой связи съ содержаніемъ закона Указываемое основаніе можетъ быть ложно или. по крайней мѣрѣ, недостаточно, тогда какъ законъ вполнѣ оправдывается другими основаніями. Даже составитель проекта не всегда сознаетъ всѣ основанія своего предложенія; быть можетъ, онъ обратилъ вниманіе на ближайшее основаніе, упустивъ изъ виду глубже лежащее и потому рѣшающее. Вслѣдствіе этого законъ, если онъ принятъ, легко могъ быть принятъ по другимъ основаніямъ»[43]). Итакъ, «если авторитетность основаніи является внутренней, обусловливаемой ихъ логическимъ отношеніемъ къ содержанію закона, то отсюда само собою слѣдуетъ, что она предполагаетъ дѣйствительное существованіе такого отношенія, т. е., другими словами, что только *истинныя* основанія закона могутъ быть примѣняемы при толкованіи, и что. поэтому, правильность мотивовъ, кѣмъ бы они ни сообщались, подлежитъ повѣркѣ При этомъ, само собою разумѣется, рѣчь идетъ не о догматической правильности основанія закона, т. е самого принципа, а только о логической правильности мотива, т. е о томъ, дѣйствительно ли онъ находится къ постановленію, содержащемуся въ законѣ, въ логическомъ отношеніи основанія къ слѣдствію Догматическая правильность юридическаго основанія не принимается при толкованіи въ разсчетъ, такъ какъ догматически неправильная большая или малая посылка, при послѣдовательномъ заключеніи, должны были бы привести къ неправильному выводу, который былъ бы санкціонированъ закономъ. Тогда не могло бы возникнуть никакого сомнѣнія относительно толкованія закона. Если же неправильная большая посылка не проведена послѣдовательно, то указанное основаніе представляется логически невѣрнымъ, и, значитъ, содержаніе закона должно покоиться еще на другихъ, не указанныхъ основаніяхъ,

---

[42]) Id., 163.

[43]) Id, 171.

которыя должны быть разысканы и примѣнены при толкованіи»[44]).

Къ выводамъ Круга присоединился Бирлингъ[45]), подвергшій ихъ нѣкоторымъ поправкамъ, изъ которыхъ важнѣйшая состоитъ въ томъ, что основаніе должно служить средствомъ толкованія всѣхъ законовъ, а не однихъ только неясныхъ, какъ думаетъ Кругъ[46]). Въ самомъ дѣлѣ, хотя бы законъ былъ вполнѣ ясенъ какъ самъ по себѣ, такъ и по логической связи съ другими законами, тѣмъ не менѣе онъ можетъ не выражать съ полною точностью дѣйствительной мысли законодателя, раскрытіе которой составляетъ конечную цѣль толкованія А такъ какъ однимъ изъ средствъ къ достиженію этой цѣли является основаніе закона, то, значитъ, оно должно быть принимаемо въ разсчетъ всегда, при толкованіи всякихъ законовъ, если только, разумѣется, достовѣрно извѣстно и является ближайшимъ.

Въ заключеніе нужно замѣтить, что относительно основанія закона въ старой литературѣ господствовали разногласіе и путаница понятій. Съ одной стороны, оно смѣшивалось съ внутреннимъ смысломъ закона[47]), съ другой стороны, правила, имѣющія силу примѣнительно къ одному виду основанія — къ юридическому принципу, — распространялись на другіе виды,

---

[44]) Id., 1.4—175

[45]) *Bierling*, §§ 32—34.

[46]) Такого же мнѣнія, какъ Кругъ, держатся многіе другіе авторы. *Dnareni* Opera, 1879, p. 8: Tunc ratio inquirenda est, cum de juris dubii interpretatione agitur». *Hufeland*, 86—87: «Darum erscheinen diese beiden rationes legis (Zweck und Rechtsgrund) als die eigentlichen und einzigen Hauptmittel der logischen Auslegung, ob gleich der ganzen Natur der Sache nach immer bloss dann erst anzuwenden, wenn die grammatische Auslegung nicht vollkommen und fest schon entscheidet». *Brocher*, 90: «Les observations qui précèdent doivent laisser intacte l'importance du but et des motifs de la loi, pour servir le moyen d'interprétation toutes les fois qu'il se présente quelque obscurité». *Roels*, 40—41; *Fiore*, 542 ss., и др.

[47]) *Donelli* Comment, I, c. XIII, § 9: «ratio juris est jus ipsum, quia ratio est id, quod lex voluit». Ср. L. I, c. XIV, § 9. *Rogerius*, II, 20 (p. 386): «ratio, seu mens legis, verba vero dicuntur superficies». *Forsterus*, L. II, c. II, § 2: «ratio legis nihil est aliud, quam mens legis». *Walchius ad Eckhardum*, I, XXXIII. n. 2. «quod rationem legis vel pacti recentiores vocant,

что было явно неправильно и вызывало возраженія и споры [48]). Въ особенности часто это происходило изъ-за правила «съ отпаденіемъ основанія закона теряетъ силу и самъ законъ» (cessante ratione legis, cessat lex ipsa) [49]), правила, вѣрнаго только въ примѣненіи къ юридическому основанію [50]).

§ 6.

Правила реальнаго толкованія.

Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшему изложенію, необходимо подвести общій итогъ сдѣланному въ предшествующихъ параграфахъ изслѣдованію реальнаго толкованія.

Какъ было показано въ § 1 (стр. 81 и сл.), средствами реальнаго толкованія являются: 1) авторитетныя разъясненія, 2) логическая связь между нормами, 3) систематическое положеніе нормы и 4) основаніе въ пяти его видахъ: юридическое, телеологическое, психологическое, историческое и внѣшнее.

Эти данныя раздѣляются по источникамъ, откуда заимствуются свѣдѣнія о нихъ, на *внутреннія*, содержащіяся въ самомъ текстѣ дѣйствующаго законодательства, и *внѣшнія*, заключающіяся въ другихъ источникахъ (стр 84 и сл.). Сравнительное значеніе

---

id aliis nominibus veteres designant. Vocatur illa legis sententia... saepe quoque per voluntatem intelligitur». Впервые Гуго Гроцій указалъ, что основаніе закона есть только средство къ познанію его смысла. *H. Grotius*, De jure belli ac pacis: «ratio legis.. cum mente multi confundunt, cum unum sit ex indiciis quibus mentem venamur». *Guyet*, 171. Правильно: *Zachariae*, 44—45.

[48]) *Hufeland*, 14; *Thibaut*, Auslegung, § 16; *Muhlenbruch* § 61.

[49]) Averanius отзывается объ этомъ правилѣ: «locus hercle lubricus et periculosus» (*Gluck*, 255, Anm. 80). *Guyet* называетъ его вѣчно оживающей юридической гидрой *Guyet*, 181: «eine Art von juristischer Hydra, so oft er auch und mit den entschiedensten Gründen bekämpft wurde, dennoch zu allen Zeiten immer wieder aufgefrischt worden ist». Ср. *Forsterus*, L. II, c. 3.; *Thibaut*, Auslegung, §§ 22, 23

[50]) Дѣйствіе каждой нормы простирается до тѣхъ только предѣловъ, въ коихъ имѣетъ силу проводимый въ ней юридическій принципъ. *Pfaff und Hofmann*, 181.

тѣхъ и другихъ неодинаково: внутреннія данныя предшествуютъ внѣшнимъ, такъ какъ ко вторымъ нужно обращаться только тогда, когда первыя оказались недостаточными (стр 112)

Съ другой стороны, по своему характеру, данныя обѣихъ категорій распадаются на *прямыя*, которыя непосредственно раскрываютъ смыслъ нормъ, и на *косвенныя*, которыя приводятъ къ той же цѣли послѣ предварительной логической работы надъ ними. При толкованіи нормъ прямымъ даннымъ должно быть отдаваемо предпочтеніе предъ косвенными (стр 121)

Соединяя оба эти дѣленія, мы получимъ четыре группы данныхъ: 1) внутреннія прямыя, 2) внутреннія косвенныя, 3) внѣшнія прямыя и 4) внѣшнія косвенныя

Сравнительное значеніе этихъ группъ таково, что каждая предыдущая устраняетъ послѣдующую, такъ что обращаться къ послѣдующей обязательно только въ случаѣ недостаточности предыдущей.

Далѣе, къ прямымъ даннымъ принадлежатъ: 1) аутентическое толкованіе, 2) узуальное толкованіе, 3) юридически обязательныя разъясненія подчиненныхъ органовъ и 4) мнѣнія и заявленія авторовъ закона, содержащіяся въ постороннихъ источникахъ (§ 3, стр. 121 и сл.). Первыя три категоріи относятся къ числу внутреннихъ данныхъ, а четвертая — къ числу внѣшнихъ. Изъ нихъ безусловною обязательностью обладаетъ аутентическое толкованіе; узуальное толкованіе и разъясненія подчиненныхъ органовъ имѣютъ силу въ тѣхъ предѣлахъ, въ коихъ допускаются закономъ, а мнѣнія и заявленія авторовъ закона—при наличности особыхъ условій (стр. 124 и сл.).

Косвенныя данныя обнимаютъ логическій и систематическій элементы, а также основаніе въ пяти видахъ. Логическій элементъ всегда входитъ въ разрядъ внутренныхъ данныхъ, систематическій—почти всегда, а основаніе—иногда (стр 145). Всѣ виды косвенныхъ данныхъ распадаются на *ближайшія* и *отдаленныя*. Для выясненія смысла нормъ главное значеніе имѣютъ ближайшія данныя; отдаленныя же могутъ только видоизмѣнять этотъ смыслъ (стр. 138, 141—142, 164—165).

Такимъ образомъ, порядокъ пользованія средствами реальнаго толкованія можно изобразить слѣдующей схемой.

I. Внутреннія прямыя данныя.

1. Аутентическое толкованіе.

2. Узуальное толкованіе и разъясненія подчиненныхъ органовъ.

II. Внутреннія косвенныя.

{ Ближайшія.
{ Отдаленныя.

III. Внѣшнія прямыя.

(Мнѣнія и заявленія авторовъ закона).

IV. Внѣшнія косвенныя

{ Ближайшія
{ Отдаленныя

Пояснимъ эту схему примѣромъ

Ст. 226 уст гр. суд. гласитъ: «встрѣчный искъ подлежитъ вѣдомству суда, въ коемъ предъявленъ первоначальный искъ, если только онъ, по своему роду, не подвѣдомъ другому суду».

Что слѣдуетъ понимать подъ терминомъ «встрѣчный искъ»?

Обращаясь сначала къ внутреннимъ прямымъ даннымъ, нужно прежде всего убѣдиться, не получила ли приведенная статья формально обязательнаго разъясненія въ видѣ аутентическаго толкованія. Если бы она его получила, всякое дальнѣйшее толкованіе стало бы излишнимъ: 226 статью необходимо было бы понимать въ томъ смыслѣ, въ какомъ она разъяснена законодателемъ (стр. 122—123).

Такъ какъ на самомъ дѣлѣ указанная статья аутентическому толкованію не подвергалась, то нужно перейти къ слѣдующему разряду прямыхъ данныхъ и посмотрѣть, не былъ ли установленъ ея смыслъ обычаемъ или разъясненіемъ компетентнаго органа власти. Ознакомившись съ судебной практикой, можно подобрать рѣшенія Сената и низшихъ судовъ, разъясняющія смыслъ термина «встрѣчный искъ». Но, подвергнувъ эти рѣшенія высшей критикѣ (стр 124), мы прійдемъ къ выводу, что они не обладаютъ формально обязательной силой, такъ какъ имѣютъ значеніе нормъ только для тѣхъ дѣлъ, по которымъ постановлены (ст. 68 и 69 Осн. зак., ст. 815, 893, 895 уст. гр. суд.).

За отсутствіемъ внутреннихъ прямыхъ данныхъ переходимъ къ внуреннимъ косвеннымъ. Ближайшая логическая связь между 226 ст и другими постановленіями устава гражд. суд. относительно встрѣчнаго иска (ст. 340—342, 38—39), не проливаетъ никакого свѣта на терминъ «встрѣчный искъ». Точно также ничего не уясняетъ и ближайшее систематическое положеніе 226 ст. (въ главѣ о подсудности). Что же касается ближайшаго основанія этой статьи, то оно въ ней не указано и само по себѣ не очевидно Отдаленная логическая связь 226 ст. (напр. со ст. 30 правилъ объ устр. суд. ч. и произв. суд дѣлъ въ мѣстн., въ которыхъ введено полож. о зем участк начальн.), а также отдаленное систематическое положеніе (въ процессуальныхъ законахъ) тоже не даютъ почвы для какихъ-либо заключеній То же слѣдуетъ сказать и объ отдаленномъ основаніи, которое у 226 ст., таково же, какъ у всѣхъ процессуальныхъ нормъ: обезпеченіе справедливаго и быстраго разрѣшенія споровъ о правахъ.

Такъ какъ всѣ внутреннія данныя оказались недостаточными для разрѣшенія нашего вопроса, то приходится обратиться къ внѣшнимъ и сначала къ прямымъ. Подъ статьею 38 мы находимъ слѣдующее извлеченіе изъ записки статсъ-секретаря гр. Блудова: «такъ называемые иски встрѣчные, которые предъявляются отвѣтчикомъ противъ истцовъ, по общему установленному для сихъ исковъ порядку, должны также подлежать разсмотрѣнію мировыхъ судей, если они не касаются предметовъ изъятыхъ изъ вѣдомства сихъ судей». Изъ этихъ словъ видно что гр. Блудовъ понималъ терминъ «встрѣчный искъ» въ общеупотребительномъ смыслѣ, ибо выразился «такъ называемые встрѣчные иски». Если бы можно было доказать или съ полною достовѣрностью предположить (стр 126—127), что мнѣніе гр. Блудова раздѣлялось коммиссіей, составлявшей проектъ судебныхъ уставовъ, а также государственнымъ совѣтомъ, обсуждавшимъ и исправлявшимъ его, и, самое главное, императоромъ Александромъ II, который далъ проекту санкцію, то приведенная фраза гр. Блудова должна была бы считаться матеріально-авторитетнымъ разъясненіемъ и разрѣшила бы интересующій насъ вопросъ о смыслѣ термина «встрѣчный искъ». Но такъ какъ на самомъ дѣлѣ всѣ эти обстоятельства не установлены, то словамъ гр. Блудова нельзя придавать обязательнаго значенія, а нужно перейти къ слѣдующей и послѣдней категоріи дан-

ныхъ — къ внѣшнимъ косвеннымъ. Мы могли бы выяснить смыслъ термина «встрѣчный искъ», если бы въ разсужденіяхъ составителей устава гражданскаго судопроизводства нашли свѣдѣнія относительно основанія статей, посвященныхъ этому иску. Тогда мы должны были бы провѣрить дѣйствительность этого основанія и опредѣлить степень его близости къ содержанію нормъ, а затѣмъ примѣнить, какъ средство толкованія. Такъ напр., будь нами установлено, что ближайшей цѣлью встрѣчнаго иска служитъ зачетъ, мы заключили бы, что подъ встрѣчными исками въ ст 226 разумѣются такія требованія отвѣтчика къ истцу, которыя допускаютъ возможность зачета. Напротивъ, узнавъ изъ мотивовъ, что встрѣчный искъ подлежитъ разрѣшенію вмѣстѣ съ первоначальнымъ въ интересахъ ускоренія и облегченія судопроизводства, мы должны были бы отнести къ встрѣчнымъ искамъ еще и такія требованія отвѣтчика, которыя вытекаютъ изъ одного основанія съ первоначальнымъ искомъ, такъ какъ совмѣстное разсмотрѣніе ихъ избавляетъ судъ отъ двукратнаго изслѣдованія однихъ и тѣхъ же юридическихъ отношеній.

Но никакихъ свѣдѣній объ основаніи статей, касающихся встрѣчнаго иска, мы въ разсужденіяхъ составителей уст. гражд. суд. не находимъ.

Перебравъ, такимъ образомъ, всѣ категоріи данныхъ, мы убѣждаемся, что въ этомъ случаѣ всѣ средства реальнаго толкованія оказываются недостаточными для опредѣленія настоящаго смысла 226 ст. уст. гр. суд. и въ частности употребленнаго въ ней термина «встрѣчный искъ».

Какимъ образомъ можно тутъ выйти изъ затрудненія, будетъ указано ниже.

§ 7.

Результаты реальнаго толкованія.

Результатомъ словеснаго толкованія является, какъ было указано выше, словесный смыслъ нормы, который можетъ оказаться яснымъ или неяснымъ (стр. 35). Если онъ ясенъ, реальному толкованію предстоитъ провѣрить его правильность, т. е. изслѣдовать, выражаетъ ли онъ дѣйствительную мысль законодателя или же нѣтъ; если онъ неясенъ, задача реальнаго толко-

ванія заключается въ томъ, чтобы разъяснить его, опять-таки сообразно истинной волѣ законодателя (стр. 75)

Въ итогѣ реальнаго толкованія могутъ получиться слѣдующіе случаи.

Если словесный смыслъ ясенъ, то реальное толкованіе: либо 1) подтверждаетъ его, либо 2) хотя и не подтверждаетъ прямо, но и не даетъ основанія сомнѣваться въ его правильности, либо 3) показываетъ, что онъ не соотвѣтствуетъ дѣйствительному смыслу нормы.

Если же словесный смыслъ нормы неясенъ, то реальное толкованіе или 1) разъясняетъ его, или 2) оказывается безсильнымъ разъяснить.

Кромѣ того, какъ при толкованіи ясныхъ, такъ и при толкованіи неясныхъ нормъ можетъ обнаружиться: 1) пробѣлъ въ правѣ, или 2) непримиримое противорѣчіе между содержаніемъ толкуемой нормы и другихъ нормъ.

Разсмотримъ поочередно каждый изъ этихъ семи случаевъ [1]).

1. Реальное толкованіе вполнѣ подтверждаетъ ясный словесный смыслъ нормы. Это наиболѣе благопріятный и удачный исходъ, свидѣтельствующій о томъ, что слова нормы выражаютъ съ полною точностью дѣйствительную мысль законодателя. Само собою понятно, что тутъ никакого сомнѣнія на счетъ смысла нормы не остается, и что она должна быть понимаема и примѣняема согласно своему единственно возможному смыслу [2])

2. Реальное толкованіе, прямо не подтверждая яснаго словеснаго смысла нормы, въ то же время не подрываетъ его правильности. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда средства, которыми пользуется реальное толкованіе, недостаточны для того, чтобы изъ нихъ можно было вывести какое-либо положительное

---

[1]) Не всѣ они перечисляются авторами, касающимися вопроса о результатахъ толкованія. Наиболѣе полное перечисленіе даютъ Тибо (Auslegung, § 7), Вехтеръ (Pandekten, § 26) и Регельсбергеръ (§ 29). Но и они упускаютъ изъ виду нѣкоторые случаи.

[2]) Тель называетъ такой результатъ «подтверждающимъ» толкованіемъ. *Thol*, 147: bestatigende Auslegung.

заключеніе относительно истиннаго смысла нормы. При такихъ обстоятельствахъ не остается ничего другаго, какъ признать ясный словесный смыслъ нормы правильнымъ, ибо противное не доказано (см. стр 69)[3]).

3. Реальное толкованіе обнаруживаетъ несоотвѣтствіе словеснаго смысла нормы дѣйствительной мысли законодателя. Это несоотвѣтствіе можетъ быть количественнымъ и качественнымъ. Количественное состоитъ въ томъ, что внутренній, реальный смыслъ нормы шире или уже ея словеснаго смысла Шире онъ тогда, когда законодатель употребилъ недостаточно общія выраженія, не покрывающія его мысли вполнѣ, какъ напр., если желалъ установить норму для цѣлаго рода лицъ или отношеній, а назвалъ только одинъ видъ этого рода. Отдавая преимущество дѣйствительной мысли законодателя, мы распространяемъ силу закона на такіе случаи, которые не обнимаются смысломъ употребленныхъ въ немъ словъ. Этотъ пріемъ обыкновенно называютъ *распространительнымъ толкованіемъ* (interpretatio extensiva) Что такое названіе не вполнѣ точно, видно съ перваго взгляда. Строго говоря, распространительнаго толкованія, какъ особаго пріема нѣтъ; есть только словесное и реальное. То, что называется распростарнительнымъ толкованіемъ, представляетъ собою только предпочтеніе реальнаго смысла словесному, когда первый шире второго.

Наоборотъ, реальный смыслъ можетъ оказаться болѣе узкимъ, чѣмъ словесный. Это случается, когда законодатель употребилъ слишкомъ общую форму выраженія, замѣнивъ, напр., видовыя понятія родовыми, вслѣдствіе чего его слова охватываютъ болѣе обширный кругъ явленій, чѣмъ онъ въ дѣйствительности желалъ. Въ такихъ случаяхъ, придерживаясь реальнаго смысла нормы, мы съуживаемъ ея буквальный смыслъ или, какъ принято говорить, подвергаемъ ее *ограничительному*[4]) *толкованію* (interpretatio restrictiva). Что этотъ терминъ столь же не-

---

[3]) *Ulpianus*,: «In re dubia melius est verbis Edicti servire». L. 1 § 20 D. de exerc. act. (14, 1). *Donelli* Comm., I, c XV, § 1: Non est existimamdus quisquam dixisse, quod non senserit».

[4]) Нѣкоторые называютъ его «стѣснительнымъ». *Вельяминовъ-Зерновъ*, Опытъ начертанія россійскаго частн. гражд. права, 1814. I, § 7, прим. 1; *Рождественскій*, Энциклопедія законовѣдѣнія, 1863, 140.

точенъ, какъ и терминъ «распространительное толкованіе», понятно само собой [5]).

Приведемъ нѣсколько примѣровъ.

Ст. 218 1 ч. X т. обнимаетъ по своему словесному смыслу всякія сдѣлки малолѣтнихъ, но дѣйствительная мысль законодателя состояла въ томъ, чтобы признать недѣйствительными только такія сдѣлки, которыя нарушаютъ интересы малолѣтнихъ (стр. 155). Измѣняя словесный смыслъ 218 ст. согласно мысли законодателя, мы подвергаемъ ее ограничительному толкованію. Другой примѣръ: въ ст. 14 прил. ко 2 прим. 420 ст. 1 ч. X т. говорится о христоматіяхъ вообще, а на самомъ дѣлѣ имѣются въ виду только литературныя христоматіи (стр 142).

Напротивъ, мы прибѣгаемъ къ распространительному толкованію, когда относимъ нормы, говорящія о правахъ и обязанностяхъ покупателей, продавцевъ, нанимателей, залогодержателей, не только къ мужчинамъ, какъ бы слѣдовало дѣлать сообразно буквальному смыслу этихъ нормъ, но и къ женщинамъ, ибо законодатель имѣлъ въ виду тѣхъ и другихъ.

---

[5]) Превосходно формулировалъ различіе между распространительнымъ и ограничительнымъ толкованіемъ Донеллъ: «sententia a verbis discrepat dupliciter, aut quia angustior, quam verba, aut quia latior. Angustior est, cum lex plus scripsit minus voluit. Quod fit, cum verba generalia sunt complectantia ea, quae sunt alicujus generis : sententia autem et mens legis ad certas species ejus generis non pertinet, seu lex de quibusdam non sentit. Latior est contra, cum lex minus scripsit, plus voluit : de certis rebus, temporibus, personis scripta est; intelligitur autem, in aliis, de quibus nihil scriptum est. «*Donelli*» Comm., I, XIII, § 4. Дѣлаемыя нѣкоторыми учеными возраженія противъ разсматриваемаго дѣленія толкованія неосновательны. Такъ напр., по словамъ Пухты (Vorl., § 15), отступать отъ обычнаго словеснаго смысла значитъ не распространять или ограничивать, а просто изъяснять. Профессоръ Малышевъ находитъ, что говорить объ ограничительномъ и распространительномъ толкованіи какой-нибудь статьи значитъ «предполагать сначала самое безтолковое пониманіе статьи, безъ всякаго ея соображенія съ другими частями законодательства», а потомъ исправлять это пониманіе (стр. 294, прим. 64). Конечно, толкованіе нормъ по буквальному смыслу часто оказывается «безтолковымъ» : поэтому-то и нельзя ограничиваться имъ, а нужно прибѣгать къ реальному толкованію (см выше, стр. 68—69) Тѣмъ не менѣе, исправляя словесный смыслъ закона согласно реальному, мы все-таки ограничиваемъ или распространяемъ его.

Качественное несоотвѣтствіе между словеснымъ смысломъ нормы и дѣйствительною мыслью законодателя заключается не въ томъ, что дѣйствительной мысли законодателя дана слишкомъ широкая или черезчуръ узкая формулировка, а въ томъ, что слова законодателя выражаютъ собою не ту мысль, какую онъ хотѣлъ выразить. Этого рода несоотвѣтствіе является результатомъ описокъ, опечатокъ и редакціонныхъ промаховъ въ подлинномъ текстѣ нормъ (стр. 8, 11—12). Понимая норму въ томъ смыслѣ, какой она должна имѣть согласно дѣйствительному намѣренію законодателя, мы подвергаемъ ее такъ наз. *исправляющему*, или *измѣняющему* толкованію (interpretatio correctiva, abrogans, ändernde Auslegung).

Такъ напр, ст. 222 ч. 1 X т. говоритъ, что несовершеннолѣтній, вступившій въ сдѣлку «безъ согласія своего *опекуна*», не подвергается отвѣтственности по этой сдѣлкѣ «ни во время *малолѣтства*», ни по достиженіи совершеннолѣтія. Вопреки словесному смыслу этой статьи, реальное толкованіе ея въ связи съ предыдущими статьями свидѣтельствуетъ, что законъ, говоря о согласіи опекуновъ, имѣетъ въ виду на самомъ дѣлѣ попечителей, а подъ временемъ малолѣтства разумѣетъ не малолѣтство въ строгомъ смыслѣ слова (до 17 л.), а несовершеннолѣтіе (отъ 17 до 21 г.)[6]).

Другой примѣръ. По ст. 440 т X, ч. 1, «владѣльцамъ запрещается строить чрезъ малыя, **но** судоходныя рѣчки, мосты на козлахъ, жердяхъ и на слабыхъ сваяхъ; но дозволяется строить либо постоянные мосты, кои бы сплаву бревенъ и дровъ не препятствовали, либо содержать раздвижные живые мосты и перевозы». По своему словесному смыслу эта статья относится къ *судоходнымъ* рѣкамъ, между тѣмъ какъ реальное толкованіе ея (при посредствѣ логическаго, систематическаго и историческаго элементовъ) показываетъ, что въ ней имѣются въ виду *несудоходныя* рѣки. И, дѣйствительно, въ источникѣ, изъ котораго она заимствована (Высочайше утвержд. 16 ноября 1810 г. правила для сплава лѣсовъ и т. п. 5), говорится о «малыхъ

[6]) *Зиринов* (въ «Журналѣ гражд. и угол. пр.» 1883, № 2, 165—166).

несудоходныхъ рѣчкахъ». Очевидно, что употребленное въ 440 ст. выраженіе «малыя, **но** судоходныя рѣчки» представляетъ собою результатъ описки или опечатки, происшедшей при изданіи Свода законовъ [7]).

Еще примѣръ. Ст. 2066 т. X ч. I говоритъ о ссудѣ, а имѣетъ въ виду заемъ (см. стр. 133—134)

Въ то время какъ допустимость распространительнаго и ограничительнаго толкованія является общепризнанной и не возбуждаетъ сомнѣній, относительно измѣняющаго толкованія существуетъ разногласіе въ литературѣ: нѣкоторые авторы о немъ вовсе не упоминаютъ [8]), а другіе прямо признаютъ его недопустимымъ, находя, что оно является превышеніемъ предѣловъ толкованія [9]). Однако возможность и необходимость измѣняющаго толкованія вытекаютъ изъ самого существа толкованія. Если цѣлью послѣдняго является раскрытіе истинной мысли законодателя, т. е.—воспроизведеніе тѣхъ представленій и понятій, которыя связывалъ съ данною нормой ея авторъ (стр. 21), и если эта цѣль достигнута при соблюденіи всѣхъ необходимыхъ предосторожностей, то полученный результатъ долженъ быть предпочтенъ словесному смыслу нормы, разъ они не совпадаютъ въ какомъ бы то ни было отношеніи—количественномъ или качественномъ. Другими словами, измѣняющее толкованіе допускается на такомъ же самомъ основаніи, какъ и распространительное или ограничительное [10]): въ виду необходимости отдавать

---

[7]) *Анненковъ*, Система, II, 358 (2 изд.).

[8]) *Savigny*, 231: Ausdehnende und einschrankende. Аналогично: *Dernburg*, § 35; *Wach*, 276; Gény, 259—260; Fiore, 550 ss., и др. Holder думаетъ, будто измѣняющее толкованіе совпадаетъ частью съ распространительнымъ, частью съ ограничительнымъ (46, прим.).

[9]) *Vangerow*, § 24, n. 3: (S. 53): «Die logische Interpretation darf nie ein von dem moglichen Wortsinn ganz verschiedenes Resultat aufstellen.» Hiernach muss nothwendig die von Thibaut und vielen Andren angenommene abrogirende log. Interpretation verworfen werden». *Sontag*, 27: «Alle qualitativen Differenzen zwischen Ausdruck und Gedanken sind der Auslegung unzuganglich».

[10]) *Wachter*, Pand., § 26, Anm. 18; *Windscheid*, § 21, Anm. 10; *Unger*, § 13, Anm. 38.

преимущество мысли законодателя предъ употребленными имъ словами [11])

Измѣняющее толкованіе представляетъ собою тотъ пріемъ, который замѣняетъ низшую критику въ примѣненіи къ *подлинному* тексту нормъ. Въ своемъ мѣстѣ, доказывая, что этотъ текстъ неприкосновененъ и не подлежитъ исправленію, и что несоотвѣтствіе между подлинными словами законодателя и его мыслью можетъ быть устраняемо только посредствомъ толкованія, мы замѣтили, между прочимъ, что признать эту дѣятельность критикой значило бы объявить ее свободной отъ правилъ толкованія (стр. 10—11). Значеніе этого замѣчанія выясняется вполнѣ только теперь, послѣ того, какъ нами изслѣдованъ процессъ реальнаго толкованія. Именно, средствами реальнаго толкованія должны служить прежде всего внутреннія данныя, и только въ случаѣ недостаточности ихъ, т. е., когда словесный смыслъ закона все-таки остается неяснымъ, можно и нужно обращаться къ внѣшнимъ даннымъ. Между тѣмъ дѣятельность критики такому ограниченію не подлежитъ. Въ результатѣ получается слѣдующая разница. Если устранять несоотвѣтствія между словами и мыслью законодателя путемъ критики, то нужно прибѣгать къ исправленію даже совершенно яснаго текста нормъ на основаніи внѣшнихъ источниковъ (проектовъ, объяснительныхъ записокъ и т. д.), т. е., другими словами, придавать юридическую силу не той мысли законодателя, которая обнародована въ текстѣ законодательства, а той, которая высказана въ какомъ-либо другомъ источникѣ. Это значитъ совершенно извращать понятіе закона и значеніе акта его обнародованіи (стр. 11—12).

---

[11]) Такимъ же точно образомъ слѣдуетъ поступать, да и каждый поступаетъ въ дѣйствительности при толкованіи всякихъ произведеній, а не однѣхъ только нормъ. Вотъ самый простой и рельефный примѣръ. Выраженіе «умная голова», по своему словесному смыслу, означаетъ наличность умственныхъ качествъ. Между тѣмъ, читая въ баснѣ Крылова обращеніе лисицы къ ослу («отколѣ умная бредешь ты голова»?), мы понимаемъ это выраженіе какъ-разъ въ противоположномъ смыслѣ, согласно истинной мысли лисицы, иронизирующей надъ осломъ. Это—ничто иное, какъ *измѣняющее* толкованіе.

Напротивъ, устраняя несоотвѣтствіе между словами закона и его дѣйствительнымъ смысломъ посредствомъ толкованія, мы можемъ основываться, если словесный смыслъ закона ясенъ, только на внутреннихъ данныхъ, т е. предпочитать обнародованной въ словахъ закона мысли другую мысль, тоже содержащуюся въ текстѣ законодательства, а слѣдовательно, тоже обнародованную.

Пояснимъ это примѣрами

Редакціонные промахи и опечатки въ приведенныхъ выше статьяхъ (222, 440 и 2066 ч 1 т. X) обнаруживаются изъ сопоставленія этихъ статей съ другими. Говоря иначе, дѣйствительную мысль законодателя, получившую неправильное выраженіе въ указанныхъ статьяхъ, мы узнаемъ изъ самого текста дѣйствующаго законодательства. Поэтому, отдавая ей предпочтеніе передъ словеснымъ смысломъ 222, 440 и 2066 статей, мы изъ двухъ обнародованныхъ законодателемъ мыслей избираемъ ту, которая является его дѣйствительной мыслью, игнорируя мнимую. Такой пріемъ вполнѣ правиленъ, ибо, соотвѣтствуя задачѣ толкованія—обнаружить дѣйствительную мысль законодателя, онъ въ то же время не выходитъ изъ предѣловъ матеріала, представляемаго обнародованнымъ текстомъ законодательства.

Теперь возьмемъ другаго рода случай Послѣдствія привлеченія третьяго лица опредѣляются нашимъ уставомъ гражд. суд. такимъ образомъ, что третье лицо, вступившее въ процессъ, пользуется правами «участвующаго въ дѣлѣ» (ст. 660). О томъ, чтобы оно замѣняло привлекшаго его къ участію тяжущагося, и чтобы этотъ тяжущійся могъ выйти изъ процесса, уставъ не говоритъ Между тѣмъ въ извлеченіи изъ объяснительной записки, приведенномъ передъ 653 ст., сказано: «Привлеченіе третьяго лица имѣетъ особенную практическую важность тамъ, гдѣ дѣло идетъ о вотчинной очисткѣ. Здѣсь уже важно мнѣ привлечь своего передатчика къ дѣлу не только для того только, чтобы онъ помогалъ защищаться. Онъ можетъ *вмѣсто меня стать къ отвѣту* и снять съ меня всѣ хлопоты и издержки по дѣлу, очистивъ меня вполнѣ; это и для него можетъ быть выгодно: ибо онъ долженъ будетъ, въ случаѣ отсужденія имѣнія, удовлетворить меня за издержки процесса; *такъ лучше ему самому вести процессъ на свою экономію*». Изъ этихъ словъ видно,

что составители судебныхъ уставовъ находили полезнымъ допустить въ нѣкоторыхъ случаяхъ (гдѣ дѣло идетъ о вотчинной очисткѣ) замѣну первоначальнаго тяжущагося третьимъ лицомъ, которое имъ привлечено къ дѣлу. Однако эта мысль не нашла себѣ соотвѣтствующаго выраженія въ текстѣ статей о привлеченіи третьихъ лицъ. Напротивъ, ясный смыслъ этихъ статей, толкуемыхъ въ связи съ постановленіями о вступленіи третьихъ лицъ, тотъ, что третьи лица только присоединяются къ первоначальнымъ тяжущимся. Спрашивается теперь, въ правѣ ли мы на основаніи заявленія составителей устава въ мотивахъ къ 653 ст. исправить редакціонный недосмотръ въ 660 ст. и признать, что въ дѣлахъ, связанныхъ съ вотчинной очисткой, первоначальный тяжущійся можетъ выйти изъ процесса, уступивъ свое мѣсто привлеченному имъ лицу? Никоимъ образомъ. Поступить такъ значило бы возвести въ законъ то, что не санкціонировано и не обнародовано установленнымъ порядкомъ и чего нѣтъ въ текстѣ законодательства» [12]).

4 Реальное толкованіе устраняетъ неясность словеснаго смысла нормы. Въ этомъ состоитъ такъ называемое *изъяснительное толкованіе* (interpretatio declarativa). Обнаруживая дѣйствительную мысль законодателя, оно согласно ей исправляетъ недостатки словесной формы закона: темноту, неточность, неполноту и двусмысленность [13]). Примѣрами могутъ служить случаи, приведенные на стр. 142—143 (и примѣч. 22), 150—151, 159.

---

[12]) Любопытные образчики редакціонныхъ промаховъ въ германскомъ законодательствѣ приводятся и обсуждаются Зонтагомъ (36 ff.), Вехтеромъ (Gerichtssal, XXIX), Шютце и Линдеманомъ.

[13]) Устраняя двусмысленность нормы, мы можемъ придать ея словамъ или обширный смыслъ, или узкій. Въ первомъ случаѣ толкованіе именуется *широкимъ* (interpretatio lata), во второмъ — *узкимъ* (int. stricta). Этого дѣленія толкованія не слѣдуетъ смѣшивать съ дѣленіемъ на распространительное и ограничительное. Давая нормѣ широкое или узкое толкованіе, мы просто избираемъ изъ двухъ ея словесныхъ смысловъ одинъ, между тѣмъ, какъ, подвергая распространительному или ограничительному толкованію, мы выходимъ за предѣлы словеснаго смысла. *Unger*, 90, Anm. 57; *Wachter*, Pand, 133.

5. Реальное толкованіе оказалось безсильнымъ устранить неясность словеснаго смысла нормы. Этотъ неблагопріятный результатъ показываетъ, что цѣль толкованія совершенно не достигнута, и мысль законодателя, выраженная имъ въ нормѣ, не раскрыта.

6. Реальное толкованіе обнаруживаетъ пробѣлъ, т е. отсутствіе въ дѣйствующемъ правѣ нормы, которая относилась бы къ извѣстному виду отношеній. Въ этомъ случаѣ возникаетъ необходимость восполнить пробѣлъ, о чемъ рѣчь будетъ ниже

7. При толкованіи одной нормы отыскивается другая, находящаяся съ нею въ противорѣчіи Это бываетъ тогда, когда, стараясь опредѣлить истинный смыслъ какой-либо нормы на основаніи ея логической связи съ другими нормами, мы встрѣчаемъ среди нихъ такую, которая прямо противорѣчитъ толкуемой.

Первая задача толкованія состоитъ въ томъ, чтобы попытаться примирить другъ друга исключающія нормы. Такъ какъ законы обдумываются и составляются тщательно, то при толкованіи ихъ нужно исходить изъ предположенія, что законодатель мыслитъ послѣдовательно и не впадаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою [14]). И, дѣйствительно, во многихъ случаяхъ, противорѣчія между нормами, на первый взглядъ представляющіяся явными и непримѣримыми, устраняются при помощи толкованія. Такое примиреніе противорѣчій производится либо *логическимъ* (систематическимъ), либо *историческимъ* путемъ [15]). Первый состоитъ или въ томъ, что каждой изъ двухъ другъ друга парализующихъ нормъ отмежевывается особая сфера дѣйствія, такъ что обѣ онѣ сохраняютъ силу, нисколько не мѣшая другъ другу, или въ томъ, что одна получаетъ значеніе общаго правила, а

---

[14]) *Baldi* Comment. in 1 Dig. Vet. part., Tit. de leg., L. XXIII: «Legislator non praesumitur sibi ipsi contrarius». *Eckhardus*, I, § XIV: Omnis quoque scriptor sibi constare velle existimandus est».

[15]) Сущность этихъ пріемовъ выяснилъ въ примѣненіи къ источникамъ римскаго права Савиньи (§§ 44—45). Изъ другихъ авторовъ наиболѣе подробно разсматриваетъ вопросъ о противорѣчіяхъ въ правѣ — Кругъ (стр. 215 и сл.). Ср. *Windscheid*, § 23; *Dernburg*, § 36.

другая—изъятія, исключающаго примѣненіе общаго правила въ частномъ случаѣ. Такъ напр., по ст. 386 т. X ч. 1 («принадлежности населенныхъ земель суть: состоящія въ нихъ церковныя и другія *строенія*» и т. д.), фабрики и заводы, въ качествѣ строеній, служатъ принадлежностью земель, а по ст. 388, «принадлежности фабрикъ и заводовъ суть... земли». Это противорѣчіе однако устраняется реальнымъ толкованіемъ, обнаруживающимъ, что первая статья относится къ фабрикамъ и заводамъ, входящимъ въ составъ имѣній, а вторая—имѣетъ въ виду фабрики и заводы, какъ самостоятельныя хозяйственныя заведенія, къ которымъ приписаны земли [16]).

Другой примѣръ. Ст. 397 т. X ч. 1 объявляетъ благопріобрѣтеннымъ «имущество, собственнымъ трудомъ и промысломъ нажитое», а по 399 ст. того же тома (п. 3 и 4) имущества, купленныя у родственниковъ, и постройки, возведенныя на родовой землѣ, считаются родовыми, хотя тѣ и другія представляютъ собою «имущество, собственнымъ трудомъ нажитое». Въ этомъ случаѣ противорѣчіе примиряется, если принять во вниманіе, что ст. 397 выставляетъ общій принципъ, изъ котораго сдѣлано въ 399 ст. два исключенія.

Историческій способъ устраненія противорѣчій состоитъ въ предпочтеніи новыхъ нормъ старымъ, согласно правилу: lex posterior derogat priori [17]). Само собой разумѣется, что этотъ способъ примѣнимъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда противорѣчащія другъ другу нормы изданы въ разное время. Только тогда мы имѣемъ право заключить, что, издавая новую норму законодатель хотѣлъ отмѣнить въ цѣломъ или въ части старую.

Примѣромъ можетъ служить ст. 676 т. X ч. 1, по которой въ дѣлахъ о вознагражденіи за убытки, причиненные похи-

---

[16]) *Анненковъ*, Система, I, 309, 315.

[17]) Иначе понимаетъ историческій способъ Савиньи, имѣющій въ виду особенный характеръ источниковъ римскаго права. *Savigny*, 276: «Die historische Vereinigung geschieht durch die Annahme, dass die eine der widersprechenden Stellen den wahren und bleibenden Ausspruch der Gesetzgebung, die andere blos historisches Material enthalte (281: «...Material zur rechtsgeschichtlichen Erlauterung»).

щеніемъ или поврежденіемъ имущества, судъ назначаетъ для производства оцѣнки «присяжныхъ цѣновщиковъ или свѣдущихъ людей», которые дѣйствуютъ согласно правиламъ, указаннымъ въ 671 и 673 ст. 1 ч. X т Такъ какъ это постановленіе находится въ противорѣчіи съ правилами судебныхъ уставовъ, то оно должно считаться отмѣненнымъ ими.

Если ни логическимъ, ни историческимъ путемъ не удалось устранить противорѣчія между двумя нормами, то нужно отдать предпочтеніе той изъ нихъ, относительно которой съ большею вѣроятностью можно предположить, что именно въ ней выражена истинная мысль законодателя. Основаніемъ для такого предположенія можетъ служить либо то обстоятельство, что одна изъ нормъ болѣе согласна съ другими дѣйствующими нормами, либо то, что она помѣщена именно въ томъ отдѣлѣ законодательства, который спеціально относится къ данному виду отношеній [18]).

Такъ, 537 и 538 ст. 1 ч. X т. противорѣчатъ другъ другу: по одной находчикъ чужой движимой вещи получаетъ право пользованія ею, по другой — право собственности. Но 537 ст («пользованіе движимымъ имуществомъ составляетъ также особое право, когда оно достанется кому-либо находкою») не находитъ подкрѣпленія въ другихъ постановленіяхъ дѣйствующаго законодательства, не основана на историческихъ источникахъ и сопровождается ссылкой: «см. нижеслѣдующія статьи», а въ этихъ статьяхъ (538—539) говорится совершенно иное, именно, что «находка обращается въ право собственности, когда, по явкѣ и публикаціи, не найдено будетъ хозяина». Вдобавокъ, ст. 538 и 539 находятся въ полномъ соотвѣтствіи съ историческими источниками и другими постановленіями дѣйствующаго законодательства (напр., устава о наказ., налаг мир. суд., общ. губ. учр. и пр.). Въ виду всего этого, ст. 537 должна быть совершенно игнорируема, и вопросы о находкѣ разрѣшаемы на основаніи 538 и 539 статей [19]).

Другимъ примѣромъ можетъ служить 703 ст. 1 ч X т., по которой «въ случаѣ принужденія, надлежитъ заявить о томъ

---

[18]) *Savigny*, 286—288.

[19]) *Анненковъ*, Система, II, 145 и сл. (2 изд.).

окольнымъ людямъ или мѣстной полиціи того же дня, какъ оное произошло, и затѣмъ, не далѣе третьяго или четвертаго дня, и отнюдь не позже недѣли послѣ того, просить о произведеніи изслѣдованія». Это постановленіе стоитъ совершенно особнякомъ и противорѣчитъ всѣмъ дѣйствующимъ законамъ о давности, а потому его слѣдуетъ считать лишеннымъ юридической силы[20]).

Наконецъ, если двѣ противорѣчащія другъ другу нормы никоимъ образомъ не могутъ быть примирены между собою, и если нѣтъ достаточнаго основанія для того, чтобы отдать преимущество одной изъ нихъ, то не остается ничего иного, какъ признать ихъ взаимно уничтожающими другъ друга[21]), т. е. несуществующими, и поступать такъ, какъ будто ихъ вовсе нѣтъ, т. е. какъ будто по тому вопросу, который ими разрѣшается противоположнымъ образомъ, въ дѣйствующемъ правѣ имѣется пробѣлъ[22]).

Обзоръ всѣхъ возможныхъ исходовъ реальнаго толкованія показываетъ, что оно не всегда достигаетъ своей цѣли[23]), и что

---

[20]) *Боровиковскій*, О 703 ст. X т. («Журн. гражд. и угол. права», 1874, № 1)

[21]) *Wach*, 272: «Die Logik fuhrt bei Antinomie zweier Gesetze zu ihrer Nichtanwendung, soweit sie sich widersprechen». *Windscheid*, § 23.

[22]) *Celsus*: «Ubi pugnantia inter se in testamento inuerentur, neutrum ratum est». L. 188 D. de reg. jur. (50, 17).

[23]) Если оно достигло цѣли, то является либо *подтверждающимъ* словесный смыслъ, либо *исправляющимъ* (распространительнымъ, ограничительнымъ, измѣняющимъ), либо *разъясняющимъ* его (изъяснительнымъ), *Thol*, 147. Кромѣ этихъ видовъ толкованія, старые писатели называли еще рядъ другихъ, которые въ сущности сводятся къ перечисленнымъ. *Forsterus*, L. I, c. II, intr.: «Nostri doctores interpretandi genera tria potissimum excogitarunt. Addunt quidem aliqui correctivam interpretationem; et alii expositivam, et ponunt interpretationem mediantem, stantem, transferentem, dictantem, corrigentem .. Sed istae species omnes tribus istis generalioribus continentur, quod annotavit Caepolla».

въ двухъ случаяхъ оно оказывается безсильнымъ 1) если, не смотря на примѣненіе всѣхъ средствъ реальнаго толкованія, словесный смыслъ нормы остается неяснымъ, и 2) если обнаружился пробѣлъ въ дѣйствующемъ правѣ или, все равно, такое противорѣчіе между двумя нормами, вслѣдствіе котораго обѣ онѣ должны считаться несуществующими

Въ обоихъ этихъ случаяхъ задача толкованія представляется невыполненной и возникаютъ вопросы, какъ устранить неясность и какъ восполнить пробѣлъ?

Этимп вопросамп необходимо теперь заняться.

§ 8

Устраненіе неясности

Какъ было показано въ своемъ мѣстѣ, общимъ именемъ «неясности» обозначаются четыре разлпчныхъ недостатка нормъ: темнота, неполнота; неточность и двусмысленность (стр 59—62).

Если норма по своему словесному смыслу абсолютно темна, и если реальному толкованію не удалось выяснить заключающейся въ ней мысли, то такая норма, какъ совершенно непонятная, должна быть игнорируема и признаваема несуществующей [1]). Этотъ случай, слѣдовательно, аналогиченъ тому, когда между двумя нормами имѣется полное и непримиримое противорѣчіе.

Неполнота нормы, выражаясь въ томъ, что законодатель упустилъ изъ виду нѣкоторыя стороны предмета, о которомъ далъ постановленіе, представляетъ собою въ сущности ничто иное, какъ частичный пробѣлъ въ правѣ. Поэтому, если реальное толкованіе не успѣло устранить неполноты нормы, то слѣдуетъ поступать такъ же точно, какъ и въ случаѣ полнаго

---

[1]) *Q. M. Scaevola*: «Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent». L. 73 § 3 D. de reg. jur. (50, 17). *Burchardi*, 85

пробѣла въ правѣ [2]). о чемъ рѣчь будетъ въ слѣдующемъ параграфѣ.

Неточность нормы проявляется въ томъ, что законодатель употребилъ не вполнѣ подходящее и слишкомъ неопредѣленное выраженіе. Если этотъ недостатокъ не исправленъ реальнымъ толкованіемъ, такъ что истинная мысль законодателя осталась неясной, то устранить его можно двоякимъ образомъ: или прибавить къ сомнительному выраженію какое-либо опредѣленіе, которое устранило бы его неточность, или, если это выраженіе допускаетъ различные способы пониманія, избрать одинъ изъ нихъ Въ первомъ случаѣ мы поступимъ съ неточностью нормы такъ какъ съ неполнотой, во второмъ случаѣ — какъ съ двусмысленностью.

Пояснимъ примѣрами.

По ст 539 т. X ч 1 «если хозяина найденной вещи не сыщется, то, по сдѣланіи публикаціи, вещь отдается въ цѣлости нашедшему». Это постановленіе не вполнѣ точно, такъ какъ въ немъ не указано, черезъ какіе промежутки времени должна производиться публикація, и черезъ сколько времени послѣ послѣдней публикаціи находчикъ пріобрѣтаетъ право собственности на вещь Чтобы устранить эту неточность, нужно такъ или иначе *дополнить* постановленіе 539 ст.

Съ другой стороны, въ ст. 445 X т. 1 ч («хозяинъ дома можетъ требовать, чтобы сосѣдъ не пристраивалъ поварни и печи къ стѣнѣ его дома».) неточность термина «хозяинъ» ведетъ къ двусмысленности: остается неизвѣстнымъ, понималъ ли законодатель подъ «хозяиномъ» только собственника или же и кого-нибудь изъ другихъ владѣльцевъ: арендатора, пожизненаго владѣльца, давностнаго владѣльца и т. д. Исправленіе неточности будетъ въ данномъ случаѣ устраненіемъ двусмысленности.

---

[2]) Въ данномъ случаѣ мы имѣемъ, конечно, въ виду только такую неполноту, которую не удалось устранить реальному толкованію. Зачастую она можетъ быть устранена, но не распространительнымъ толкованіемъ (какъ думаетъ Градовскій, Толкованіе, стр. 33), а изъяснительнымъ, ибо дѣло идетъ тутъ не о распространеніи дѣйствія нормы за предѣлы ея яснаго словеснаго смысла, а о точномъ опредѣленіи неяснаго смысла.

Оказывается, такимъ образомъ, что съ неточностью нормы нужно обращаться иногда какъ съ неполнотой, а иногда, какъ съ двусмысленностью.

Остается, наконецъ, разсмотрѣть послѣднюю форму неясности—двусмысленность. Ее нельзя свести къ какой-либо другой категоріи недостатковъ нормъ. Она имѣетъ самостоятельное значеніе и требуетъ особыхъ пріемовъ устраненія.

Если словесный смыслъ нормы допускаетъ различные способы пониманія, то возникаетъ вопросъ, какому изъ нихъ нужно отдать преимущество? На первый взглядъ казалось бы, что тому, который наиболѣе вѣроятенъ[3]), а наиболѣе вѣроятенъ тотъ, при которомъ норма наиболѣе соотвѣтствуетъ общему образу мыслей и характеру своего автора. И дѣйствительно, филологическая герменевтика предписываетъ понимать каждое произведеніе «въ духѣ» его автора[4]) Но въ этомъ пунктѣ опять обнаруживается существенная разница между филологической и юридической интерпретаціей. Дѣло въ томъ, что при первой могутъ и должны служить пособіями всевозможные внѣшніе источники, тогда какъ вторая стѣснена въ выборѣ и употребленіи ихъ (стр 86—91, 120) Между тѣмъ свѣдѣнія объ образѣ мыслей и характерѣ законодателей могутъ быть получены только изъ внѣшнихъ источниковъ, обыкновенно не удовлетворяющихъ условіямъ, требуемымъ для пользованія ими (стр 120), не говоря уже о томъ, что если законодательная власть принадлежитъ многимъ лицамъ, то образъ мыслей и характеръ такого коллективнаго законодателя совершенно нельзя установить. Поэтому, интерпретація «въ духѣ автора» непримѣнима къ законамъ, такъ что при устраненіи двусмысленности ихъ нельзя основываться на большей или меньшей вѣроятности того или другаго смысла съ точки зрѣнія его соотвѣтствія характеру и воззрѣніямъ автора.

Но если такъ, если всѣ способы пониманія двусмысленной нормы должны быть признаваемы одинаково возможными, то значитъ, мы имѣемъ право избрать любой изъ нихъ. Спрашивается, какой же собственно заслуживаетъ предпочтенія? Не

---

[3]) *Wachter*, Pand., 134.

[4]) *Блассъ*, Герменевтика и критика, 1891, 84—86.

сомнѣнно, что разъ выборъ всецѣло предоставленъ намъ, разумнѣе остановиться на томъ смыслѣ нормы, который лучше, т. е., иначе говоря, при которомъ норма является наиболѣе совершенной.

Такъ какъ нормы можно разсматривать либо съ внутренней стороны — съ точки зрѣнія ихъ содержанія, либо съ внѣшней — съ точки зрѣнія формы ихъ словеснаго выраженія, то совершенство нормъ можетъ быть: 1) *внутреннимъ*, *матеріальнымъ* и 2) *внѣшнимъ*, *формальнымъ*. Сравнительное значеніе того и другаго различно: первое важнѣе второго, ибо мысль законодателя важнѣе его словъ, являющихся только средствомъ выраженія мысли (стр. 24 — 25, 68) Поэтому, изъ двухъ одинаково возможныхъ смысловъ нормы слѣдуетъ предпочитать не тотъ, при которомъ норма является лучшею по формѣ, а тотъ, который сообщаетъ ей болѣе совершенное содержаніе [5]).

---

[5]) Единственный ученый, ясно формулировавшій разницу между матеріальнымъ и формальнымъ совершенствомъ нормъ и высказавшійся, хотя осторожно, въ пользу необходимости отдавать иногда преимущество первому предъ вторымъ, это —Rümelin (Werturteile, 31: «Kollision sprachlicher und materieller Erwägungen» ..). Обыкновенно отношеніе между тѣмъ и другимъ опредѣлялось какъ разъ въ обратномъ смыслѣ (см. ниже примѣч. 37). Впервые Rümelin указалъ на ошибочность этого. *Rümelin*, ib., 30 — 31: «Es tritt häufig der Fall ein, dass verschiedener Sinn mit den Gesetzesworten verbunden werden kann und dass weder die Sprachgesetze noch der Sprachgebrauch für eine Auffasung entschieden Ausschlag geben. Dann muss die Entscheidung unter Berücksichtigung der Wertverhältnisse der verschiedenen möglichen Auslegungen getroffen werden. Es kann aber auch sein, dass die sprachlichen Betrachtungen eine Auffassung, als näher liegend erscheinen lassen, während eine sprachlich entferntere liegende Auslegung zu einem werthvolleren Resultat führt Es ist in einem solchen Fall durchaus nicht selbstverständlich, dass die sprachlichen Betrachtungen unbedingt den Ausschlag geben mossen. Wenn der Gesetzgeber einerseits sagt: nimm an, dass ich mich möglichst korrekt ausgedrückt hale, andererseits: gehe davon aus, dass ich etwas Vernünftiges und Zweckmässiges habe sagen wollen, so steht nicht fest, dass die erstere Weisung der letzteren unbedingt vorgeht. Es kann sehr wohl sein, dass mann dem sprachlich entfernter liegenden, aber werthvolleren Sinn den Vorzug gibt»).

I. Обращаясь сначала къ матеріальному совершенству нормъ, нетрудно усмотрѣть, въ чемъ оно заключается. Въ самомъ дѣлѣ, какія требованія предъявляются къ законамъ? Для того, чтобы законъ былъ признанъ совершеннымъ, необходимо, прежде всего, чтобы онъ былъ справедливъ, такъ какъ верховной, идеальной цѣлью законодательства является осуществленіе справедливости. Далѣе, законъ долженъ быть цѣлесообразенъ: проводя принципы справедливости, законодатель обязанъ избирать такія мѣры, которыя наиболѣе соотвѣтствуютъ условіямъ жизни и ведутъ къ наилучшимъ практическимъ результатамъ. Наконецъ, законъ не долженъ подвергать гражданъ излишнимъ стѣсненіямъ и строгостямъ. Другими словами, законодателю слѣдуетъ быть милосернымъ — въ предѣлахъ, конечно, справедливости и цѣлесообразности.

Отсюда слѣдуетъ, что степень внутренняго совершенства нормы зависитъ отъ того, насколько она справедлива, цѣлесообразна и милостива, и что при толкованіи двусмысленныхъ нормъ нужно руководствоваться тремя правилами, или предположеніями

1. *Изъ двухъ одинаково возможныхъ смысловъ нормы слѣдуетъ отдавать предпочтеніе тому, при которомъ норма представляется болѣе справедливой*[6]).

Поступая такимъ образомъ, мы основываемся на томъ предположеніи, что законодатель долженъ быть справедливымъ. «Открывъ истинный смыслъ закона», вѣрно замѣчаетъ г. Борови-

---

[6]) Такой пріемъ признавали необходимымъ и практиковали еще римскіе юристы, хотя не формулировали его достаточно точно. *Paulus*: «In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit». L. 90, 183, 200 D. de reg. jur. 50, 17 (Куяцій поясняетъ: «in jure, id est in legibus, namque harum parens est aequitas». *Cujacii* Opera, Venet 1758, VIII, p. 670). Ср. L. 85 § 2 eod.; L. 8 C. de jud (3,1). *Savigny*, 228, Anm. f. Изъ римскихъ источниковъ права презумпція справедливости законовъ перешла въ юридическую литературу новыхъ народовъ и повторяется всѣми авторами, трактовавшими о толкованіи, за исключеніемъ нѣкоторыхъ новѣйшихъ, страннымъ образомъ, упустившихъ изъ виду важнѣйшее изъ предположеній о смыслѣ законовъ (Виндшейдъ, Унгеръ, Дернбургъ, Регельсбергеръ).

ковскій, «судья, конечно, обязанъ подчиниться его велѣнію, хотя бы даже оно представлялось судьѣ несправедливымъ. Но если мысль закона остается для судьи все-таки неясною, не долженъ ли онъ разсуждать еще и такъ: я обязанъ предполагать, что законъ желалъ въ отношеніяхъ между гражданами справедливости,—обязанъ, слѣдовательно, предположить, что если бы данный случай былъ прямо предусмотрѣнъ закономъ, то законъ высказался бы справедливо» [7]).

2. *Изъ двухъ обинаково возможныхъ и справедливыхъ смысловъ нормы нужно избирать тотъ, который болѣе цѣлесообразенъ.*

Въ данномъ случаѣ подъ цѣлесообразностью не слѣдуетъ понимать соотвѣтствіе нормы той цѣли, какую преслѣдовалъ законодатель [8]), такъ какъ оцѣнка нормы съ этой стороны составляетъ задачу реальнаго толкованія, а мы говоримъ теперь о тѣхъ случаяхъ, когда реальное толкованіе уже окончено и норма все-таки осталась двусмысленной. «Цѣлесообразность» означаетъ здѣсь соотвѣтствіе нормы существу опредѣляемыхъ ею отношеній [9]) т. е. ея практическую полезность, пригодность для удовлетворенія тѣхъ или иныхъ потребностей жизни. «Назначеніе закона состоитъ въ томъ, чтобы удовлетворить какой-либо

---

[7]) *Боровиковскій*, 237—238. Предположеніе о справедливости законодателя вытекаетъ изъ существа законодательной дѣятельности, цѣлью которой служитъ осуществленіе справедливости, а не изъ характера и личныхъ качествъ законодателя, не имѣющихъ значенія при толкованіи юридическихъ нормъ (см. выше, стр. 188). Это обстоятельство упустилъ изъ виду анонимный авторъ остроумной книги «Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft», 1901, S. 43—44: «Nach dem Wenigen, was ich von seinem Charakter (Iustinian's) wusste — und wer weiss, ob selbst *das* richtig war? — schien es mir nicht einmal gewiss, dass er wiewohl er das jus offiziel so schon als «ars boni et aequi» hat definieren lassen, doch stets das Gute, geschweige denn, ob er immer das *Beste* gewollt hat und gewollt haben würde».

[8]) Такъ думаетъ, напр., *Wachter*, Pand., 134. Ср. *Savigny*, 229.

[9]) *Iulianus*: «Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est». L 67 D. de reg. jur. (50, 17). Аккурсій поясняетъ: «Id est quae rem perficit et quae ad rem de qua

соціальной потребности посредствомъ новаго способа регулированія жизненныхъ отношеній. Поэтому, цѣлесообразность закона познается по этимъ двумъ полюсамъ, соединеніе которыхъ должно быть произведено актомъ законодательства. Съ одной стороны, юристу нужно изслѣдовать соціальное состояніе, которому долженъ удовлетворить законъ; съ другой стороны, онъ обязанъ опредѣлить, какое именно регулированіе жизненныхъ отношеній лучше всего соотвѣтствуетъ въ данное время этимъ требованіямъ» [10]). Надо прибавить, что интерпретаторъ долженъ имѣть въ виду потребности своего времени, а не того, когда былъ составленъ и изданъ законъ [11]). Въ самомъ дѣлѣ, если норма двусмысленна, то мы вольны придать ей наилучшій смыслъ. Но наилучшимъ съ нашей точки зрѣнія является тотъ, который соотвѣтствуетъ современнымъ намъ условіямъ и потребностямъ жизни, а не тотъ, который былъ наиболѣе цѣлесообразенъ въ моментъ изданія нормы, а теперь, быть можетъ, идетъ прямо въ разрѣзъ съ измѣнившимся строемъ отношеній.

3. *Изъ двухъ одинаково справедливыхъ и цѣлесообразныхъ смысловъ нормы нужно избирить тотъ, при которомъ она является болѣе милостивой* [12]).

---

agitur propius accedit». *Gluck* (228) относитъ изреченіе Юліана къ презумпціямъ относительно формы закона: «diejenige Bedeutung anzunehmen, welche mit dem Gegenstande, wovon das Gesetz redet, d. i. mit dem Subject und desselben Prädicat am besten übereinstimmt». Правильно: «*Hufeland*, 94; *Thibaut.* § 53; *Burchardi*, 83 и др.

[10]) *Kohler*, Interpretation, 35.

[11]) Такого мнѣнія самъ Колеръ (ib. 35—36).

[12]) *Celsus*: «Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur». L 18 D leg. (1, 3). *Marcellus*: «In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius» L. 192 § 1 D. de reg jur (50, 17). *Gajus*: «Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt». L. 56 D. eod Cp. L. 168 D. eod., *L* 24 D. de reb. dub. (34, 5). Нужно замѣтить, что въ источникахъ римскаго права «милосердіе» (benignitas) смѣшивается иногда съ «справедливостью» (aequitas), гуманностью и другими родственными понятіями. *H. Kruger*, Die humanitas und die pietas nach den Quellen des romischen Rechts (Ztschr. d. Savigny—Stiftung, XIX, 1898), S. 6: «In der späteren Kaiserzeit verblasst die Bedeutung der pietas immer mehr, und be[i]

Это правило опирается на то общее положеніе, что всякое стѣснительное или ограничительное постановленіе должно быть вполнѣ обосновано, чтобы получить примѣненіе [13]).

Но такъ какъ милосердіе представляетъ собою результатъ снисходительности, то предполагать, что законодатель руководствовался имъ, можно лишь при томъ условіи, если этимъ не нарушаются справедливость или практическая цѣлесообразность. Иначе пришлось бы приписать законодателю неразумную и вредную снисходительность. Такъ напр., при толкованіи правилъ гражданскаго процесса, касающихся доказыванія исковыхъ требованій, нельзя понимать ихъ въ наиболѣе милостивомъ и мягкомъ для истца смыслѣ, ибо это значило бы оказывать несправедливость отвѣтчику [14]).

Кромѣ этихъ трехъ правилъ, вытекающихъ изъ предположенія о справедливости, цѣлесообразности и милосердіи законовъ, можно встрѣтить въ старой литературѣ еще цѣлый рядъ другихъ, заимствованныхъ большею частью изъ римскаго права. Но всѣ они при ближайшемъ изслѣдованіи оказываются лишенными самостоятельнаго значенія и сводятся къ тремъ только что названнымъ.

Такъ, если привиллегіи и нормы особеннаго права должны быть, въ случаѣ сомнѣнія, понимаемы въ смыслѣ, наиболѣе узкомъ, т. е. наименѣе уклоняющемся отъ принциповъ общаго права [15]), то это потому, что общее право, одинаково распростра-

---

[13]) *Meyer*, Lehrbuch des deut. Strafrechts, 1895, 107.

[14]) *Wach* (277) думаетъ, что вообще правило о милостивомъ толкованіи неприменимо къ нормамъ гражданскаго процесса («Im Civilverfahren, in welchem Parteien über Mein und Dein streiten, wäre die Prasumption für den einen Benachtheiligung für den andern und daher Verletzung der Gerechtigkeit und des aus ihr abgeleiteten Princips der Parteiengleichheit»). Однако нѣтъ причины отвергать это правило въ тѣхъ случаяхъ, когда его примѣненіе не нарушаетъ справедливости и равноправности, именно когда толкуемый законъ требуетъ соблюденія тяжущимися процессуальныхъ формальностей, не касающихся существа дѣла. *Гольмстенъ*, Правда и милость въ гражданск. процессѣ (въ «Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ», 1894, стр 246).

[15]) *Forsterus*, L. II, c. 5, reg. 2; *Thibaut*, § 15; *Vangerow* 52 и др. По этому вопросу, впрочемъ, до сихъ поръ въ литературѣ существуетъ разно-

няющееся на всѣхъ гражданъ, предполагается болѣе справедливымъ.

На томъ же основаніи долженъ быть предпочитаемъ тотъ смыслъ нормы, при которомъ кто-либо избавляется отъ убытка, тому, при которомъ другое лицо получаетъ прибыль [16]).

Частью на требованіяхъ справедливости, частью на соображеніяхъ цѣлесообразности основано толкованіе двусмысленныхъ законовъ въ пользу «благопріятствуемыхъ институтовъ» (causae favorabiles), каковы: личная свобода, бракъ, приданое, завѣщанія [17]). Эти институты пользуются особымъ покровительствомъ закона въ виду своего важнаго соціальнаго значенія [18]).

гласіе, объясняющееся, съ одной стороны, противорѣчивыми изреченіями римскихъ источниковъ, а съ другой стороны, смѣшеніемъ широкаго и узкаго толкованія съ распространительнымъ и ограничительнымъ, а распространительнаго—съ примѣненіемъ по аналогіи. *Регельсбергеръ*, 159—160 и прим. 11. Узкое толкованіе предписывается старыми учеными для т. наз ими «исправляющихъ» (корректорныхъ) законовъ. Но это правило сводится къ тому, что всякій новый законъ нужно толковать въ возможно болѣе близкомъ къ старому праву смыслѣ (см. ниже, стр. 203)

[16]) *Ulpianus*: «In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro». L. 41 D. de reg. jur. (50, 17) *Bulgarus*, (p. 37) поясняетъ это примѣромъ: «creditores sunt audiendi adversus legatarios venientes».

[17]) *Pomponius*: «Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum est». L 20 D. de reg. jur. (50, 17). *Gajus*: «Libertas omnibus rebus favorabilior est.». L. 122 eod. Ср. L. 179, 176, § 1 D. eod *Paulus*: «In ambiguo pro dotibus respondere melius est. «L. 85 D. de reg. jur. (50, 17) Ср. L 1 D. de sol. matr. (24,3). L. 17 § 1 D. de reb. auct. jud. poss. (42,5). Cap. 29 X de sent. (2,28); «nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento». *Muhlenbruch*, § 68, *Burchardi*, 84.

[18]) На это указывали еще римскіе юристы. *Paulus*: Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt». L. 2 D. de jure dot. (23, 3) *Pomponius*: «Dotium causa semper et ubique praecipua est; nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque civitatem maxime sit necessarium». L. 1 D de sol. matr. (24,3). *Paulus*: «Publice expedit suprema homi-

Далѣе, правила: «законъ не долженъ быть толкуемъ въ такомъ смыслѣ, при которомъ онъ представляется безцѣльнымъ, излишнимъ, или ведетъ къ нелѣпымъ послѣдствіямъ» [19]), основаны на предположеніи о цѣлесообразности законодательныхъ нормъ, а правила «въ случаѣ сомнѣнія нужно избирать меньшее [20]) или болѣе мягкое» [21]) вытекаютъ изъ предположенія о милосердіи законодателя [22]).

Напротивъ, правило: «законъ не долженъ быть толкуемъ во вредъ тому, въ чью пользу установленъ» [23]) не относится къ

---

num judicia exitum habere». L. 5 D. testam quemadm. aper. (29, 3) *Paulus*: «Interest enim reipublicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere (mulier) possit «L. 18 D de reb. auct. jud. (42,5)

[19]) *Celsus*: «In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi potest». L. 19 D. de leg. (1, 3). Послѣдняя часть этого изреченія показываетъ, что оно имѣетъ въ виду неправильности (vitia) словеснаго смысла закона. Но его относятъ обыкновенно къ матеріальному несовершенству закона. *Donelli* Comm., I, XV § 7: «Vitiosa est significatio, si ex ea efficitur lex supervacua, et inutilis .. si est inepta et rei gerendae non conveniens». *Forsterus*, L. I, c. II § 39; *Savigny*, 228; *Chassat*, 214; *Unger*,92 и др. Болѣе правильная формулировка того же предположенія: «In dubio capienda sit interpretatio, quo valeat dispositio potius, quam ut pereat» *Forsterus*, L. II, c. 5, reg. 1.

[20]) *Ulpianus*: «Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur». L. 9 D. de reg. jur (50, 17). *Bulgarus*, (p. 10) приводитъ такой примѣръ: «Cum quis reus defertur legis Juliae vis publicae et privatae, si judex simpliciter pronunciaverit «vim te fecisti» minor lex id est lex Iulia de vi privata intelligenda est et sequenda».

[21]) *Hermogenianus*: «Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae» L. 42 D. de poen (48, 19). Ср. L. 155 D. de reg. jur. (50, 17).

[22]) Это упустили изъ виду *Pfaff* и *Hofman*, (184: «...Die alte ehrwürdige Regel «in dubio mitius», die einer logischen Begründung nicht fähig, aber auch nicht bedürftig ist»).

[23]) L. 6. C. leg. (1, 14): Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri». Ср L 25 D. de leg (1, 3.). *Donelli*, Comm. I, XIII, § 10.

предположеніямъ о смыслѣ сомнительныхъ нормъ, а представляетъ собою частный случай реальнаго толкованія закона сообразно съ преслѣдуемой законодателемъ цѣлью [24])

Приведемъ нѣсколько примѣровъ пользованія предположеніями о справедливости, цѣлесообразности и милосердіи.

По 1583 ст. 1 ч X т. дозволяется «включеніе въ договоръ условія о неустойкѣ въ такихъ случаяхъ, когда оная не опредѣлена закономъ». Значитъ ли это, что при существованіи законной неустойки вообще нельзя устанавливать еще и добровольной, или же, что запрещается только *включать* условіе о добровольной неустойкѣ въ текстъ главнаго договора, но можно совершать его въ видѣ отдѣльной неустоичной записи? Послѣднее толкованіе, котораго придерживается, между прочимъ, кассаціонная практика, дѣлаетъ 1583 статью совершенно безцѣльной и излишней, такъ какъ договаривающимся сторонамъ не представляетъ никакого труда обойти установленное въ ней запрещеніе, написавъ условіе о неустойкѣ на отдѣльномъ листѣ бумаги. Въ виду этого слѣдуетъ предпочесть первое толкованіе 1583 ст., при которомъ она является вполнѣ цѣлесообразной.

Согласно ст. 580 X т. 1 ч, если не состоится добровольное соглашеніе относительно цѣны имущества, подвергающагося экспропріаціи, то ему производится опись и оцѣнка. Спрашивается, возможно ли добровольное соглашеніе послѣ того, какъ оно однажды уже не состоялось, и послѣ распоряженія объ описи и оцѣнкѣ? Несомнѣнно возможно, такъ какъ это будетъ болѣе справедливо и милостиво по отношенію къ частному лицу, у котораго принудительнымъ путемъ отчуждается имущество.

Ст. 284 т. X ч. 1 возбуждаетъ сомнѣніе, имѣется ли ею въ виду чистый или валовой доходъ Мы видѣли уже (стр. 165), что, принимая въ разсчетъ отдаленное основаніе этой статьи, нужно подъ «доходомъ» понимать «чистый доходъ». Въ пользу такого толкованія говорятъ всѣ три предположенія: не только

---

[24]) *Burchardi* (83) выводитъ это правило изъ предположенія о справедливости закона, упуская изъ виду, что законъ, установленный въ чью-либо пользу, можетъ быть несправедливъ по отношенію къ прочимъ гражданамъ, такъ что съ точки зрѣнія справедливости именно и желательно истолковать его въ обратномъ смыслѣ. Правильно: *Dernburg*, § 35, Anm 7. *Windscheid*, § 21, Anm. 5.

справедливѣе, но и цѣлесообразнѣе и милостивѣе по отношенію къ подопечнымъ, чтобы опекуны получали 5% только изъ того дохода, который является результатомъ и показателемъ ихъ трудовъ и заботъ объ имуществѣ, которымъ они завѣдуютъ.

II. Переходимъ къ формальному совершенству нормъ.

Если норма допускаетъ различные способы пониманія, и если всѣ они одинаковы по своему внутреннему достоинству (съ точки зрѣнія справедливости, цѣлесообразности и милосердія), то слѣдуетъ отдать предпочтеніе тому, при которомъ норма окажется болѣе совершенной по своему словесному выраженію. Совершенной въ этомъ отношеніи можно признать только такую норму, которая составлена съ тщательнымъ соблюденіемъ, во 1 хъ, требованій литературной рѣчи, т. е. правилъ грамматики и стилистики, а во 2-хъ, правилъ законодательной техники.

Согласно первому условію, *изъ нѣсколькихъ одинаково возможныхъ смысловъ нормы долженъ быть избираемъ тотъ, при которомъ она является болѣе правильной по своей литературной формѣ*[25]).

Придерживаясь такого правила, мы предполагаемъ, что законодатель выражается правильно. Это предположеніе имѣетъ достаточное основаніе въ томъ обстоятельствѣ, что юридическія нормы составляются и редактируются съ особою тщательностью, такъ что существованіе въ нихъ погрѣшностей противъ литературной рѣчи можетъ быть признано только въ томъ случаѣ, если оно доказано. Примѣромъ могутъ служить приведенныя на стр. 57 два толкованія 533 ст., изъ которыхъ одно соотвѣтствуетъ синтаксическому строенію этой статьи, а при другомъ приходится допустить въ ней редакціонную погрѣшность, для чего реальное толкованіе 533 статьи не даетъ никакого основанія.

Второе условіе формальнаго совершенства нормы—соотвѣтствіе ея словеснаго выраженія правиламъ законодательной техники — обнимаетъ нѣсколько требованій

Прежде всего нужно имѣть въ виду, что двусмысленность нормы зависитъ либо отъ двоякаго значенія отдѣльныхъ словъ,

---

[25]) Таковъ смыслъ приведеннаго въ 19 примѣч. изреченія Цельза. *Burchardi*, 83.

изъ которыхъ она состоитъ, либо отъ двусмысленности употребленныхъ въ ней конструкцій и оборотовъ.

Какъ было показано въ своемъ мѣстѣ (стр. 39), слова могутъ имѣть слѣдующія значенія: 1) обычное и исключительное, 2) основное и переносное, 3) обширное и узкое, 4) обыденное и техническое

1. Начнемъ съ перваго случая, когда приходится дѣлать выборъ между обычнымъ и исключительнымъ значеніями слова. Если съ достовѣрностью неизвѣстно, какое изъ нихъ имѣлъ въ виду законодатель, то несомнѣнно, что предпочтеніе слѣдуетъ отдать обычному. Въ самомъ дѣлѣ, обычнымъ значеніемъ слова называется то, которое наиболѣе употребительно, наичаще встрѣчается Слѣдовательно, даже съ точки зрѣнія чисто математической вѣроятности имѣется больше шансовъ въ пользу того, что и въ данномъ случаѣ сомнительное слово употреблено въ обычномъ своемъ смыслѣ. Это предположеніе [26]), далѣе, опирается еще и на раціональное основаніе. Такъ какъ нормы издаются для того, чтобы граждане руководствовались ими въ своемъ поведеніи, и такъ какъ законодателю, въ виду этого, необходимо заботиться объ удобопонятности нормъ, то вполнѣ естественно допустить, что двусмысленныя слова употребляются имъ въ томъ значеніи, которое является господствующимъ въ средѣ гражданъ, т. е въ обычномъ. Иначе, если бы онъ желалъ придать имъ какой-либо иной, исключительный смыслъ, онъ долженъ былъ бы это оговорить.

Руководствоваться такимъ предположеніемъ приходится положительно на каждомъ шагу, такъ какъ очень многія слова имѣютъ, помимо обычнаго и общеупотребительнаго значенія, еще и разныя исключительныя. Такъ напр., слово «безумный», означающее обыкновенно высшую степень помѣшательства, иногда употребляется въ смыслѣ «безразсудный, глупый» [27]). Встрѣчая это слово въ законахъ, мы должны понимать его въ обычномъ смыслѣ, пока не доказано, что законодатель хотѣлъ употребить его въ исключительномъ.

2. Переходимъ ко второму случаю, когда представляется не-

---

[26]) Оно является общепризнаннымъ. *Gluck*, 227; *Mühlenbruch*, § 60; *Thibaut*, Pand. § 49; *Lang*, 139—141, *Krug*, 199 — 202; *Unger*, 90 и др.

[27]) «Что можетъ быть безумнѣй и смѣшнѣе» *Крылова*, Крестьянинъ и Лошадь). См. Академ. словарь.

извѣстнымъ, употреблено ли данное слово нормы въ основномъ или же въ переносномъ смыслѣ. Такъ какъ, редактируя нормы и выбирая тѣ или иныя слова, законодатель долженъ руководствоваться не этимологическимъ происхожденіемъ ихъ и не исторіей языка, а господствующимъ словоупотребленіемъ, то нѣтъ никакого основанія отдавать, при толкованіи нормъ, преимущество основному значенію словъ [28]). Напротивъ, если переносное значеніе слова является общепринятымъ, то на немъ и слѣдуетъ остановиться Поэтому, и здѣсь имѣетъ силу то же предположеніе, какимъ разрѣшается предыдущій случай: предпочтенія заслуживаетъ обычный смыслъ слова [29]).

Рельефнѣйшимъ примѣромъ можетъ служить слово «глава», которое гораздо менѣе употребительно въ своемъ основномъ смыслѣ верхней части человѣческаго тѣла, чѣмъ въ переносномъ смыслѣ «начальника, главнаго лица» («глава семейства, церкви, государства» и пр.).

3. Если съ даннымъ словомъ связываются обширное и узкое значенія, и если, притомъ, оба они одинаково обычны, то перевѣсъ долженъ быть на сторонѣ обширнаго по слѣдующимъ соображеніямъ Задача толкованія нормъ состоитъ въ томъ, чтобы обнаружить мысль и волю законодателя во всей ихъ полнотѣ Между тѣмъ, придавая данному слову узкое значеніе безъ достаточнаго основанія, мы произвольно ограничили бы объемъ велѣній законодателя. Притомъ, если бы законодатель желалъ подобнаго ограниченія, онъ самъ указалъ бы, что не придаетъ сомнительному слову обширнаго значенія, а употребляетъ его въ узкомъ. Это правило обыкновенно формулируется такъ: не слѣдуетъ проводить различій тамъ, гдѣ ихъ не проводитъ законъ (lege non distinguente nec nostrum est distinguere) [30]). Такъ

---

[28]) Такъ думаютъ однако нѣкоторые, напр., *Zachariae*, § 101: «Der Ausleger hat in der Regel die ursprungliche Bedeutung eines Worts der abgeleiteten und mithin auch der figurlichen vorzuziehen».

[29]) *Thibaut*, Pand., § 49; *Muhlenbruch*, § 60 (формулируетъ такъ: «Die eigentliche Wortbedeutung ist der abgeleiteten vorzuziehen, so wie die vulgare d r davon abweichenden, insofern nicht jene die seltenere, an und fur sich oder nach einem feststehenden Sprachgebrauch des Redenden oder des Orts ist». Сходно *Krug*, 202).

[30]) *Muhlenbruch*, § 60; *Unger*, 81. Ср *Beal*, 146—148.

напр., терминъ «владѣніе» имѣетъ обширный и узкій смыслъ: въ обширномъ—онъ означаетъ всякое вообще фактическое господство надъ вещью, а въ узкомъ — только такое фактическое господство, которое связано съ особымъ направленіемъ воли владѣльца (animus domini, rem sibi habendi). Такъ какъ изъ постановленій нашего законодательства не видно, чтобы терминъ «владѣніе» употреблялся въ немъ въ узкомъ смыслѣ, то слѣдуетъ понимать его въ обширномъ смыслѣ.

4. Если какое-либо слово имѣетъ, кромѣ обыденнаго значенія, еще и техническое — юридическое, и если съ достовѣрностью неизвѣстно, въ какомъ изъ нихъ оно употреблено въ данномъ случаѣ, то слѣдуетъ остановиться на техническомъ, такъ какъ для законодателя техническое значеніе словъ должно быть обычнымъ въ виду того, что оно всегда болѣе точно и опредѣленно, чѣмъ обыденное[31]). Такъ напр., слово «несостоятельный» означаетъ въ обыденной рѣчи «небогатый, бѣдный, не имѣющій достаточныхъ средствъ къ жизни», а на юридическомъ языкѣ—«признанный въ установленномъ порядкѣ неспособнымъ къ платежу долговъ». Встрѣтивъ это слово въ 648 ст. 1 ч X т. («буде кто-либо изъ нихъ [соучастниковъ въ преступленіи] окажется несостоятельнымъ, то слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ»), и не зная съ достовѣрностью, въ какомъ смыслѣ употреблено оно данномъ случаѣ, мы должны остановиться на техническомъ смыслѣ.

Сводя вмѣстѣ всѣ только что разсмотрѣнныя предположенія, получимъ слѣдующее общее правило: *въ случаѣ сомнѣнія относительно значенія двусмысленнаго слова, обычное значеніе дол-*

---

[31]) *Binding*, 464: «Dieser Sinn (der Umgangssprache) ist in jeder lebenden Sprache chamaleontisch und somit für jede technische Sprache, besonders die des Gesetzes unbrauchbar». *Krug*, 200: «Da .. der specielle Sprachgebrauch für Gegenstände der Wissenschaft und der Technik der gewöhnliche ist, so ergiebt sich, dass, der wissenschaftliche und technische Sprachgebrauch die Präsumption für sich hat, wo sich das Gesetz mit wissenschaftlichen Gegenständen beschaftigt». Это предположеніе приводится немногими авторами. *Unger*, 81; *Bishop*, § 242 *Beal*, 149—150.

жно быть предпочитаемо исключительному, обширное — узкому, техническое — обыденному.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію того случая, когда двусмысленность нормы зависитъ отъ употребленныхъ въ ней конструкцій и оборотовъ.

Какъ было показано въ III главѣ (стр. 45 — 46), юридическія нормы, говоря вообще, отличаются отъ прочихъ литературныхъ произведеній простотою стиля (см стр 46): имъ чужды, съ одной стороны, косвенные способы выраженія мысли, въ родѣ метафоръ, аллегорій, ироніи, а съ другой стороны, въ нихъ тщательно избѣгаются излишнія повторенія, плеоназмы, тавтологіи. Имѣя въ виду эти особенности нормъ, слѣдуетъ при толкованіи встрѣчающихся въ нихъ двусмысленныхъ оборотовъ придерживаться двухъ правилъ: 1) придавать оборотамъ рѣчи ближайшій, наиболѣе естественный смыслъ[32]) и 2) предпочитать тотъ смыслъ, при которомъ ни одно слово нормы не оказывается излишнимъ[33]).

Удобный случай для примѣненія обоихъ этихъ правилъ представляетъ 533 ст. 1 ч. X т.: «спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности». Значеніе употребленныхъ въ этой статьѣ терминовъ «безспорный» и «въ видѣ собственности» разъяснено въ другихъ статьяхъ 1 ч. X т. (558 — 560), но о значеніи термина «спокойный» нигдѣ ничего не сказано. Вслѣдствіе этого, въ литературѣ возникло разногласіе: одни отождествляютъ «спокойное» владѣніе съ «безспорнымъ», другіе — съ «непрерывнымъ», третьи понимаютъ подъ «спокойнымъ» — «миролюбивое, не тревожащее другихъ», четвертые толкуютъ «спокойствіе» въ смыслѣ душевнаго спокойствія владѣльца, т. е. его добросовѣстности, пятые — въ смыслѣ *фактическаго* спокойствія владѣнія, въ отличіе отъ безспорности, какъ *юридическаго* спокойствія.

---

[32]) *Paulus*: «Non oportet jus civile calumniari neque verba captari sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire». L. 19 D. ad exhib. (10, 4). *Класснъ*, Герменевтика и критика, 1891, 67.

[33]) *Glück*, 229; *Hufeland*, 91; *Unger*, 81; *Burchardi*, 73 и др.

Спрашивается, какому изъ этихъ толкованій слѣдуетъ отдать преимущество, принимая во вниманіе два выставленныхъ только что правила?

Отождествить «спокойствіе» владѣнія съ безспорностью или фактической непрерывностью значило бы признать, что 533 ст страдаетъ плеоназмомъ, т. е. что слово «спокойный» является въ ней совершенно излишнимъ, а такое заключеніе противорѣчило бы второму правилу, тѣмъ болѣе, что въ 557 ст. X т. 1 ч слова «спокойное» и «безспорное» опять поставлены рядомъ («земскою давностью или давностью владѣнія называется спокойное и безспорное продолженіе онаго въ теченіе закономъ опредѣленнаго времени»). Съ другой стороны, понимать подъ «спокойнымъ владѣніемъ» спокойствіе характера (миролюбіе) или совѣсти (добросовѣстность) владѣльца значитъ дѣлать искусственую натяжку, вопреки первому правилу. Остается, слѣдовательно, принять послѣднее толкованіе, при которомъ ст. 533 оказывается свободной отъ плеоназма и вмѣстѣ съ тѣмъ выраженіе «спокойное владѣніе» получаетъ ближайшій и самый естественный смыслъ: «не безпокоимаго фактически владѣнія».

Если для повѣрки этого толкованія обратиться къ внѣшнимъ источникамъ, пользованіе которыми необязательно, (стр. 120), именно къ сочиненіямъ и замѣткамъ Сперанскаго и иностраннымъ кодексамъ, которыми онъ пользовался, то окажется, что 533 ст. представляетъ собою просто переводъ 2229 ст. Наполеонова кодекса, которая въ числѣ условій давностнаго владѣнія упоминаетъ и о «спокойствіи» (possession paisible) именно въ смыслѣ фактическаго спокойствія владѣнія

Таковы двѣ категоріи предположеній (матеріальная и формальная), которыми опредѣляется выборъ одного изъ нѣсколькихъ одинаково возможныхъ способовъ пониманія двусмысленныхъ нормъ.

Можетъ однако случиться, что всѣ перечисленныя предположенія окажутся недостаточными для устраненія двусмысленности той или иной нормы. Въ такомъ случаѣ, не имѣя возможности рѣшить, какой изъ нѣсколькихъ смысловъ ея *лучше*

съ внутренней или внѣшней стороны, приходится остановиться на томъ, который, по крайней мѣрѣ, *болѣе вѣроятенъ* по какимъ-либо иного рода соображеніямъ.

Такъ, если новый законъ производитъ какое-либо измѣненіе въ дѣйствующемъ правѣ, то тѣ части его, которыя могутъ быть понимаемы съ одинаковымъ основаніемъ различнымъ образомъ, нужно толковать въ смыслѣ, ближайшемъ къ прежнему праву, исходя изъ положенія, что измѣненіе или отмѣна уже существующаго права должны быть съ несомнѣнностью доказаны [34]), и что, если бы законодатель желалъ произвести ихъ, то выразился бы яснѣе [35]).

Далѣе, если изъ внѣшнихъ источниковъ обнаруживается, въ какомъ смыслѣ понимали сомнительную норму ея фактическіе составители, то, за недостаткомъ болѣе вѣскихъ основаній, слѣдуетъ предполагать, что законодатель раздѣлялъ ихъ мнѣніе, ибо въ противномъ случаѣ измѣнилъ бы ея редакцію [36])

Иногда перевѣсъ одному способу пониманія нормы предъ другими дается тѣмъ соображеніемъ, что при избранномъ способѣ норма оказывается предусматривающей наиболѣе вѣроят-

---

[34]) *Thibaut*, 51: «Was an sich schon eine feste Existenz hat, kann nur insofern durch ein anderes Entgegenstehendes aufgehoben werden, als das letzte selbst in seiner Existenz gewiss ist». *Vangerow*, 52; *Wächter*, 134; *Holder*, Pand., 47.

[35]) *Paulus*: «Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint». L 26, 28, D. de leg. (1, 3) *Donelli* Comment. I, XIII, § 7. «Id est in totum contrariae... Res ita habet, ut legislatoris in posterioribus legibus haec voluntas sit et sententia, ut nisi aperte constet, leges esse plane contrarias, a prioribus legibus non recedatur».

[36]) См. стр. 130 и прим. 32 Ср. еще приведенныя Вахомъ (282 Anm 34) мнѣнія Зейффорта и Эндемана. Самъ Вахъ оспариваетъ возможность разсматриваемой презумпціи на томъ основаніи, что «тамъ, гдѣ идетъ дѣло объ изслѣдованіи истины, нѣтъ мѣста для презумпціи» (стр. 282). Но при этомъ онъ упускаетъ изъ виду, что къ презумпціи въ данномъ случаѣ приходится прибѣгнуть именно потому, что не удалось раскрыть истину, т. е. дѣйствительный смыслъ нормы.

ные случаи или наичаще встрѣчающіяся формы отношеній между гражданами [37]).

Нельзя отрицать возможности и другихъ предположеній, пригодныхъ для толкованія сомнительныхъ нормъ въ тѣхъ или иныхъ частныхъ случаяхъ, но утомительно и излишне было бы разыскивать и перечислять ихъ [38]). Ограничиваясь указаніемъ только общихъ и важнѣйшихъ, остается замѣтить въ заключеніе, что при опредѣленіи смысла сомнительной нормы съ помощью предположеній нужно, въ случаѣ столкновенія между ними, отдавать преимущество болѣе важнымъ, а если ихъ значеніе одинаково, то обращать вниманіе на численный перевѣсъ однихъ надъ другими.

Возьмемъ для примѣра ст 226 уст гр суд , точный смыслъ

---

[37]) *Paulus*· «In obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.». L. 114 D. de reg. jur. (50, 17). *Celsus*: «Ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt». L. 5 D. de leg. (1, 3). Ср L. 3, 4, 6, 10 eod. *Bulgarus*, 95 · «Quando ergo in obscuro est, quid testator senserit, quidve lex magis voluerit, et quid illi, qui contraxerunt, quod verisimilius est, et quod plerumque fit, sequendum est»

[38]) Этимъ усердно занимались старые авторы Форстеръ, напр , составилъ ни болѣе, ни менѣе, какъ сто правилъ толкованія, изъ которыхъ большинство имѣетъ характеръ предположеній. *Mailher de Chassat*—тоже сто (р. 279—306)

[39]) Какъ мы видѣли, матеріальныя предположенія важнѣе формальныхъ Между тѣмъ авторы, упоминающіе о тѣхъ и другихъ, обыкновенно помѣщаютъ формальныя предположенія среди правилъ словеснаго толкованія, а матеріальныя—въ числѣ правилъ реальнаго толкованія. Вслѣдствіе этого выходитъ, что первыя должны быть примѣняемы раньше вторыхъ, а потому за первыми остается во многихъ случаяхъ рѣшающее значеніе. См , напр , *Mülenbruch*, §§ 60, 63; *Burchardi*, §§ 15. 17; *Unger*, 80—82, 91—92; *Wachter*, Pand., 129, 133—134. Правильнѣе : *Thibaut*, Pand. § 49 : «Wahrhaft zweideutige Gesetze kann der grammatische Ausleger nur durch Aufdeckung des Doppelsinnes interpretiren; die Wahl unter den mehreren Bedeutungen bleibt dem logischen Ausleger uberlassen».

которой не въ силахъ установить реальное толкованіе вслѣдствіе неясности употребленаго въ ней термина «встрѣчный искъ» (стр. 171—173). Подъ этимъ терминомъ можно понимать самостоятельное требованіе отвѣтчика къ первоначальному истцу: 1) способное къ зачету съ первоначальнымъ искомъ, 2) способное къ зачету или же вытекающее изъ того же самаго основанія, какъ и первоначальный искъ, 3) имѣющее какую-либо связь съ нимъ, 4) всякое вообще

Съ точки зрѣнія справедливости между этими способами пониманія 226 ст. нѣтъ разницы, такъ какъ предъявленіе какого-либо требованія въ видѣ самостоятельнаго или встрѣчнаго иска не вліяетъ на существо самого требованія, а допускается исключительно въ виду процессуальныхъ удобствъ. Но со стороны цѣлесообразности предпочтительнѣе второе толкованіе, ибо первое безъ надобности стѣсняетъ кругъ примѣнимости встрѣчнаго иска, третье и четвертое — непомѣрно расширяютъ его, второе же толкованіе отводитъ встрѣчному иску именно тѣ предѣлы, въ которыхъ онъ наиболѣе пригоденъ служить цѣлямъ процессуальнаго удобства [40]).

На этомъ, собственно говоря, можно было бы покончить съ толкованіемъ 226 ст.: разъ изъ нѣсколькихъ одинаково возможныхъ и справедливыхъ смысловъ нормы одинъ является цѣлесообразнѣе, то его и слѣдуетъ предпочесть (стр. 191). Но ради лучшей иллюстраціи разсматриваемаго нами пріема допустимъ, что съ точки зрѣнія цѣлесообразности тоже нельзя отдать преимущество ни одному изъ возможныхъ смысловъ термина «встрѣчный искъ», и что, значитъ, нужно обратиться къ другимъ предположеніямъ.

Соображенія о милосердіи законодателя въ данномъ случаѣ непримѣнимы, ибо съуженіе предѣловъ допустимости встрѣчнаго иска было бы милостью для первоначальнаго истца, но излишней строгостью по отношенію къ отвѣтчику, и, наоборотъ,

---

[40]) Если встрѣчный и первоначальный иски допускаютъ зачетъ, то упрощается исполнительное производство по нимъ; если же они вытекаютъ изъ одного и того же основанія, то совмѣстное обсужденіе ихъ въ одномъ производствѣ избавляетъ судъ отъ двукратнаго изслѣдованія этого основанія.

расширеніе этихъ предѣловъ облегчило бы положеніе первоначальнаго отвѣтчика, ухудшивъ положеніе такого же истца. Переходимъ отъ «матеріальныхъ» презумпцій къ «формальнымъ» На грамматическую правильность 226 ст. тотъ или иной смыслъ термина «встрѣчный искъ» нисколько не вліяетъ. Согласно правилу о предпочтеніи обычнаго значенія слова исключительному, обширнаго узкому, техническаго обыденному, слѣдовало бы избрать четвертое толкованіе, такъ какъ оно, сохраняя за терминомъ «встрѣчный искъ» техническое значеніе самостоятельнаго требованія отвѣтчика противъ первоначальнаго истца, придаетъ ему обычный и наиболѣе обширный смыслъ. Въ пользу этого же толкованія говоритъ и предположеніе о томъ, что законодатель, санкціонируя 226 ст., понималъ ее такъ же, какъ и ея фактическіе составители, т е. какъ гр. Блудовъ, слова котораго приведены подъ 39 ст. уст. гр суд. («такъ называемые иски встрѣчные, которые предъявляются отвѣтчиками противъ истцовъ...») Поэтому, если бы предположеніе о цѣлесообразности, являющееся болѣе важнымъ не дало намъ права предпочесть второе толкованіе, то мы, въ силу остальныхъ предположеній, должны были бы остановиться на четвертомъ толкованіи.

§ 9.

Восполненіе пробѣловъ.

Пробѣлъ въ дѣйствующемъ правѣ имѣется, какъ было показано, тогда, когда для какой-либо категоріи случаевъ: или 1) вовсе нѣтъ нормы, или 2) существуетъ норма, но совершено темная и непонятная, или 3) существуетъ нѣсколько нормъ, находящихся между собою въ непримиримомъ противорѣчіи, или 4) установлена норма, страдающая неполнотой.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ возникаетъ необходимость дополнить дѣйствующія нормы, оказывающіяся недостаточными для разрѣшенія возникшаго вопроса, новой нормой. Спрашивается, какимъ же образомъ это можетъ быть сдѣлано?

Самымъ естественнымъ выходомъ здѣсь точно такъ же, какъ при неясности словеснаго смысла нормъ (стр. 71), представляется на первый взглядъ обращеніе къ законодателю (или вообще къ компетентному органу власти) съ просьбой издать недостающую норму. Но такой порядокъ, дѣйствительно испробованный

на практикѣ нѣкоторыми изъ тѣхъ же законодателей, которые воспрещали судамъ толковать неясные законы[1]), противорѣчитъ принципу отдѣленія законодательной власти отъ судебной и ведетъ къ чрезвычайнымъ неудобствамъ (стр. 74).

Другой способъ пополненія пробѣловъ состоитъ въ томъ, чтобы, не найдя нужной для разрѣшенія даннаго случая нормы въ системѣ дѣйствующаго права, заимствовать ее изъ какого-либо другаго права, которое имѣло бы значеніе вспомогательнаго (субсидіарнаго) источника права. И этотъ способъ былъ испытанъ на практикѣ Извѣстно, напр., что въ Германіи субсидіарнымъ источникомъ права служило римское законодательство. Но недостатокъ такой системы очевиденъ: она не устраняетъ затрудненія вполнѣ, а только отодвигаетъ его, такъ какъ въ субсидіарномъ правѣ тоже могутъ быть пробѣлы и даже по тѣмъ именно вопросамъ, за разрѣшеніемъ которыхъ къ нему обращаются. Кромѣ того, для гражданъ и подчиненныхъ органовъ власти чрезвычайно неудобно и обременительно имѣть дѣло съ нѣсколькими системами права, быть можетъ, построенными на различныхъ принципахъ и отличающимися вслѣдствіе этого различнымъ характеромъ.

Третій путь сводится къ тому, чтобы предоставить судамъ и вообще подчиненнымъ органамъ право создавать недостающія нормы самостоятельно, по своему собственному усмотрѣнію и разумѣнію. Такое дозволеніе давалось нѣкоторыми законодателями въ разныхъ формахъ: одни дозволяли судьямъ разрѣшать непредусмотрѣнные въ законѣ случаи по справедливости[2]), другіе—по общимъ принципамъ права[3]), третьи—на основаніи

---

[1]) См. прим. 24 на стр. 71.

[2]) Напр, Code civ de Freiburg, 1868, art. 8: «Les cas qui ne trouvent pas leur solution dans le texte, ni dans l'esprit, ni dans le système général des lois de ce Canton, sont décidés d'après les règles de l'équité». *Huber*, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, I, 1886, 62 ff

[3]) Gesetz über das Civilrechtsverfahren f. Luzern, 1852, § 193: «Das Gericht soll... das Recht aus dem Gesetz und wo dieses schweigt, aus dem Herkommen und allgemeinen Rechtsgrundsatzen schopfen« Cp. Cod. civil de Wallis, 1855, art. 5; Codice civ. del Regno d'Italia, dispos. prelim.» art. 3: «secondo i principi generali di diritto».

принциповъ естественнаго права[4]). Такъ какъ объективнаго, всѣми признаннаго критерія справедливости не существуетъ, а принципы права вообще и естественнаго права въ частности являются спорными, то дѣло всегда сводится къ полному и безконтрольному судейскому усмотрѣнію, отъ котораго недалеко и до произвола. Судья становится при такомъ порядкѣ въ извѣстной мѣрѣ законодателемъ и можетъ, прикрываясь личиной справедливости или сомнительными юридическими принципами, безнаказанно злоупотреблять своею властью.

Остается, наконецъ, еще одинъ путь: восполнять пробѣлы съ помощью наличнаго матеріала законодательства, т. е. извлекая изъ существующихъ нормъ еще и другія, явно не выраженныя, но implicite заключающіяся въ нихъ. Это — наиболѣе правильный и вполнѣ цѣлесообразный способъ [5]). Въ самомъ дѣлѣ, примѣняя его, мы, во первыхъ, остаемся въ предѣлахъ дѣйствующаго, т. е надлежащимъ порядкомъ санкціонированнаго и обнародованнаго законодательства и, во вторыхъ, руководствуемся пріемами обще-человѣческой логики, всѣми людьми сознательно или безсознательно примѣняемыми. Слѣдовательно, мы пользуемся матеріаломъ, знаніе котораго для каждаго гражданина обязательно, и средствами, которыя всѣмъ извѣстны и доступны.

Извлеченіе новыхъ нормъ изъ существующихъ представляетъ собою *логическое развитіе* ихъ, о которомъ уже была рѣчь мимоходомъ (стр. 25 — 26), и которое теперь необходимо подвергнуть подробному разсмотрѣнію

---

[4]) Oesterr. burg Gesetzbuch, § 7: «Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten and reiflich erwogenen Umstande nach den natürlichen Rechtsgrundsatzen entschieden worden». *Unger*, § 11; *Pfaff und Hofmann*, 194 ff,

[5]) Это является общепризнаннымъ въ современныхъ законодательствахъ важнѣйшихъ европейскихъ государствъ и въ юридической литературѣ.

ГЛАВА V.

Логическое развитіе*).

§ 1.

Основные пріемы

Юридическія нормы представляютъ собою сужденія аксіоматическаго характера: онѣ безусловно достовѣрны въ томъ смыслѣ, что ихъ содержаніе выражаетъ истинную волю законодателя, которая имѣетъ для гражданъ обязательное значеніе. Такъ какъ каждое достовѣрное сужденіе способно служить основаніемъ для умозаключеній, или логическихъ выводовъ, то изъ нормъ

---

*) Въ основу настоящей главы положены сочиненія проф *Кѣлинскаго*, Классификація выводовъ, 1880, и *Рутковскаго*, Основные типы умозаключеній, 1888 (переработка предыдущаго съ дополненіями). Затѣмъ, важными пособіями служили курсы Вундта и Зигварта (*Wundt*, Logik, 2 Aufl., 3 B—e, 1893–1895; *Sigwart*, Logik, 2 Aufl., 2 B—e, 1889—1893) и составленный на основаніи ихъ «Учебникъ логики» проф. Ланге (1898). Помимо того, были приняты во вниманіе наиболѣе извѣстные трактаты по логикѣ, именно: *Милль*, Система логики, перев. подъ ред. Лаврова 2 т., 1865 — 1867; *Bain*, Logique, trad. par. Compayré, 2 éd., 1881, *Джевонсъ*, Основы науки, перев. Антоновича, 1881; *Минто*, Дедуктивная и индуктивная логика, перев. Котляревскаго; 1896; *Lotze*, Logik (System der Philosophie, I Th., 2, Aufl. 1880); *Duhring*, Logik und Wissenschaftstheorie, 1878; *Ueberweg*, System der Logik, 4 Aufl, 1874: *Drobisch*, Neue Darstellung der Logik, 5 Aufl. 1887; *Lipps*, Grundzuge der Logik, 1893; *Glogau*, Die Hauptlehren der Logik und Wissenschaftslehre, 1894; *Liard*, Logique, 1884; *Bradley*, The Principles of Logic, 1883; *Read*, Logic, 1898; *Владиславлевъ*, Логика, 2 изд, 1881; *Троицкій*. Учебникъ логики, 1885–1888; *Снегиревъ*, Логика, 1901.

также могутъ быть добываемы по правиламъ логики сужденія, столь же достовѣрныя и обязательныя, какъ и сами нормы Въ этомъ и заключается процессъ *логическаго развитія нормъ* Обращаясь къ его выясненію, нужно сдѣлать нѣсколько предварительныхъ замѣчаній.

Подъ логическими выводами не слѣдуетъ понимать однѣ только силлогистическія фигуры формальной логики Въ настоящее время уже признано, что традиціонная теорія силлогизма построена на ложномъ основаніи и не исчерпываетъ основныхъ формъ умозаключеній [1]).

Далѣе, выводомъ должно быть признаваемо не всякое сужденіе, вытекающее изъ другихъ сужденій, а только такое, которое заключаетъ въ себѣ какое-либо новое знаніе Изъ положенія, напр., «всѣ собаки животныя» слѣдуетъ, что «нѣкоторыя животныя собаки», но это заключеніе ничего новаго сравнительно съ основнымъ положеніемъ не представляетъ и нашего знанія не увеличиваетъ [2]). Напротивъ, если изъ сужденія «водородъ самое легкое тѣло» путемъ посредствующаго сужденія «водородъ имѣетъ наименьшій атомный вѣсъ» мы выводимъ, что «самое легкое тѣло обладаетъ наименьшимъ атомнымъ вѣсомъ», то мы пріобрѣтаемъ новое свѣдѣніе. котораго раньше у насъ не было [3]).

Имѣя въ виду, что каждое сужденіе представляетъ собою извѣстное соединеніе представленій или понятій, легко убѣдиться, что сущность логическаго вывода состоитъ въ томъ, что представленія или понятія одного сужденія соединяются съ представленіями или понятіями другаго, съ которыми раньше не состояли въ связи. Иначе говоря, выводъ есть перенесеніе одного изъ элементовъ даннаго сужденія въ другое сужденіе [4]) Каковъ

---

[1]) *Каринскій*, введеніе; *Wundt*, I, 306—310; *Sigwart*, I, § 54; *Ланге*, 132—145; *Dühring*, 54 ff; *Джевонсъ*, 21—22.

[2]) Такіе выводы носятъ въ логикѣ названіе «непосредственныхъ» или «трансформацій». *Wundt*, I, 226 ff.; *Sigwart*, I, § 52; *Милль*, I, 193 и сл.; *Минто*, 182 и сл.

[3]) *Wundt*, I, 303 ff; *Sigwart*, I, § 53; *Милль*, I, 198.

[4]) *Каринскій*, 79: «Выводъ есть перенесеніе одного изъ основныхъ эле-

общій принципъ умозаключенія, т. е. на чемъ основана возможность соединенія и перенесенія представленій или понятій, и какъ слѣдуетъ классифицировать выводы, — это вопросы до сихъ поръ весьма спорные въ логикѣ [5]).

Но далеко не всѣ формы умозаключенія могутъ быть примѣняемы къ юридическимъ нормамъ. Цѣль логическаго развитія нормъ состоитъ въ томъ, чтобы получить новыя нормы, т е сужденія столь же достовѣрныя, какъ и послужившія имъ основаніемъ нормы. Поэтому, неопредѣленные выводы изъ нормъ не имѣютъ для юриста никакой цѣны. Что же касается вѣроятныхъ (гипотетическихъ) выводовъ, то они могутъ имѣть значеніе тогда, когда изъ нормы вытекаетъ нѣсколько одинаково возможныхъ выводовъ и юристу нужно избрать одинъ изъ нихъ Довольствоваться предположеніями и вѣроятными заключеніями онъ. какъ мы видимъ, долженъ и при выясненіи смысла нормъ въ тѣхъ случаяхъ, если приходится дѣлать выборъ между нѣсколькими одинаково возможными способами пониманія двусмысленной нормы, въ виду того, что этотъ выборъ во что бы то ни стало долженъ быть сдѣланъ. Подобнымъ же образомъ приходится ему поступать и при логическомъ развитіи нормъ. Это обстоятельство выяснится впослѣдствіи.

Переходимъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ формъ выводовъ.

1. Заключеніе на основаніи полнаго (реальнаго) тождества [6]).

Оно состоитъ въ томъ, что опредѣленіе одного предмета переносится на другой, оказавшійся вполнѣ тождественнымъ съ первымъ.

ментовъ установленнаго уже въ нашемъ знаніи сужденія на соотвѣтствующее мѣсто въ другомъ сужденіи, на основаніи нѣкотораго отношенія между остальными элементами обоихъ сужденій». Разныя опредѣленія другихъ авторовъ приведены у *Троицкаго* (I, 160—165) и *Снегирева* (144—149).

[5]) Обзоръ мнѣній · *Wundt*, I, 314—319 ; *Троицкій*, I, 187 и сл.

[6]) *Каринскій*, 88—98 ; *Рутковскій*, 14—22 ; *Wundt*, I, 329—331 ; *Джексонъ*, 50 и сл .

Такой выводъ примѣнимъ въ тѣхъ случаяхъ, когда какой-либо предметъ появляется въ нашей мысли подъ новымъ именемъ или въ другой формѣ. Какъ только обнаружится, что мы имѣемъ дѣло съ тѣмъ же самымъ предметомъ, тотчасъ возникаетъ возможность сдѣлать умозаключеніе по тождеству. Такъ напр., «когда историкъ убѣждается, что первый самозванецъ одно и то же лицо съ Григоріемъ Отрепьевымъ, онъ переноситъ на перваго извѣстія о происхожденіи и жизни послѣдняго» [7]). Точно также химикъ, узнавъ, что алмазъ ничто иное, какъ чистый углеродъ, заключаетъ, что онъ способенъ къ горѣнію.

Но если предметъ появляется предъ нами въ измѣненномъ видѣ [8]), то выводъ по тождеству подвергается ограниченію, состоящему въ томъ, что не всѣ безъ исключенія признаки могутъ быть переносимы на новую форму прежняго предмета. «Тѣ изъ нихъ, которые обязаны своимъ происхожденіемъ не столько самому предмету, сколько времени и тѣмъ обстоятельствамъ, въ которыхъ находился предметъ и которыя вызвали въ немъ извѣстныя измѣненія, переносимы быть не могутъ. Но тѣ признаки, которые присущи собственно предмету, какъ таковому, которые представляютъ общую основу всѣхъ модификацій даннаго предмета, заставляющаго признавать ихъ не за особые предметы, но лишь за модификаціи одной и той же вещи, могутъ быть переносимы безпрепятственно» [9]). Такъ, «археологъ открываетъ развалины города, изучаетъ на нихъ планъ города, характеръ его построекъ, бытъ его жителей и проч. И если при этомъ, на основаніи историческихъ и географическихъ соображеній, онъ получаетъ увѣренность, что это — развалины такого-то древле существовавшаго города, то онъ переноситъ всѣ опредѣленія, которыя приписалъ онъ находящемуся въ развалинахъ городу, на извѣстный ему по историческимъ преданіямъ древній городъ,

---

[7]) *Каринскій*, 93.

[8]) *Sigwart*, I, 105: «Die reale Identitat schliesst die Verschiedenheit der Objecte zu verschiedener Zeit nicht aus; derselbe Baum ist jetzt kahl, den ich früher belaubt gesehen, derselbe Mann ein Greis, den ich in seiner Jugend gekannt».

[9]) *Рутковскій*. 17—18

расширяя такимъ образомъ свое знаніе о послѣднемъ»[10]). Но при этомъ онъ «не переноситъ на древній городъ тѣхъ особенностей его развалинъ, которыя составляютъ простой результатъ времени и положенія ихъ подъ землю»[11]).

Подобные выводы приходится дѣлать и юристу, такъ какъ одни и тѣ же юридическія явленія носятъ нерѣдко по нѣскольку названій и принимаютъ разнообразныя формы. Право собственности, напр., фигурируетъ въ нашихъ законахъ то подъ своимъ настоящимъ именемъ, то подъ названіемъ вотчиннаго права, владѣнія, вѣчнаго и потомственнаго владѣнія (1 прим. къ 420 ст. 1 ч. X т.); собственникъ именуется также вотчинникомъ, владѣльцемъ или хозяиномъ; поклажа — сохраненіемъ (ст. 2100 X т. 1 ч.); наемъ имущества—отдачей въ содержаніе или въ аренду, арендованіемъ (ст. 1691, 1693, 1703, 1 ч. X т.) и т. д. Установивъ, что въ какой-либо статьѣ, говорящей о владѣніи, имѣется въ виду право собственности или содержаніемъ названъ наемъ, мы имѣемъ право въ данномъ случаѣ приписать «владѣнію» всѣ признаки свойственныя праву собственности, а «содержанію»— всѣ признаки найма.

Съ другой стороны, исполнительный листъ на взысканіе денежной суммы по долговому обязательству—ничто иное, какъ новая, снабженная большею юридической силой форма того же самаго обязательства. Поэтому, если долговыя обязательства относятся къ движимымъ имуществамъ (ст. 402 X т. 1 ч.: «наличные капиталы, заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежатъ къ имуществамъ движимымъ»), то мы имѣемъ право заключить, что исполнительные листы, хотя законъ и не упоминаетъ о нихъ, тоже должны быть признаны движимостью. Напротивъ, тѣ особенности, которыя утратило долговое обязательство при своемъ превращеніи въ исполнительный листъ, не могутъ быть относимы къ послѣднему. Долговое обязательство, напр., могло быть именнымъ, т. е. выданнымъ на имя опредѣленнаго лица, или безыменнымъ, на предъявителя (вексельный бланкъ съ подписью, вексель съ бланк-

---

[10]) *Каринскій*, 92—93.

[11]) *Каринскій*, 95, *Рутковскій*, 17—18.

ковой надписью). Въ первомъ случаѣ оно подлежало переуступкѣ другому лицу не иначе, какъ посредствомъ передаточной надписи кредитора, во второмъ случаѣ—было способно переходить изъ рукъ въ руки безъ всякой надписи Между тѣмъ исполнительный листъ всегда выдается на имя взыскателя — истца. Слѣдовательно, если онъ выданъ на основаніи безыменнаго обязательства (векселя съ бланковой надписью), все-таки свойство этого обязательства на него не переходитъ, и онъ можетъ быть передаваемъ только путемъ передаточной надписи.

2. Заключеніе на основаніи логическаго, или относительнаго, тождества (сходства)[12]).

Два предмета могутъ быть болѣе или менѣе сходны между собой, т. е. обладать большимъ или меньшимъ числомъ одинаковыхъ признаковъ. Такъ какъ одинаковые признаки вызываютъ въ насъ тождественныя представленія и обозначаются одними и тѣми же терминами, то сходные предметы являются для нашей мысли тождественными въ той или иной части, съ той или другой стороны[13]). Такъ напр., снѣгъ, известь и мѣлъ представляются намъ тождественными со стороны своего цвѣта. Опираясь на такого рода тождество двухъ предметовъ, мы можемъ переносить опредѣленіе одного на другой, поскольку оно относится именно къ той сторонѣ предметовъ, которая у нихъ тождественна. «Такъ напр , если мы, не обращая вниманія на качественную сторону двухъ предметовъ А и В, признаемъ ихъ тождественными въ количественномъ отношеніи, т. е равными другъ другу по величинѣ, то мы имѣемъ право перенести на А какое бы то ни было опредѣленіе предмета В, лишь бы оно касалось количественной стороны В. Пусть мы знаемъ что В больше или меньше С, пусть мы знаемъ, что В состоитъ изъ столькихъ-то квадратныхъ саженъ. Каждое изъ этихъ опредѣленій мы съ полнымъ правомъ можемъ перенести на А»[14]).

---

[12]) *Каринскій*, 98—106; *Рутковскій*, 22 — 25; *Wundt*, I, 330 — 331 (не проводитъ различія между реальнымъ и логическимъ тождествомъ).

[13]) *Sigwart*, I, 105—106. Ср. *Lipps*, 102—104.

[14]) *Каринскій*, 103—104.

Напротивъ, если переносимое опредѣленіе касается не той стороны предметовъ, которая у нихъ тождественна, то выводъ не будетъ достовѣрнымъ. Такъ, изъ того, что два предмета равны по величинѣ, еще не слѣдуетъ, что они одинаковы по цвѣту или запаху При извѣстныхъ условіяхъ однако подобные выводы могутъ быть болѣе или менѣе вѣроятными Именно, чѣмъ больше сторонъ у двухъ предметовъ тождественны, чѣмъ существеннѣе эти стороны, чѣмъ менѣе основаніе предполагать, что другія, несходныя стороны предметовъ исключаютъ возможность перенесенія даннаго опредѣленія съ одного на другой, тѣмъ съ большимъ вѣроятіемъ, значитъ, мы можемъ совершить это перенесеніе. Такіе выводы носятъ въ логикѣ названіе заключеній по аналогіи. «Двѣ вещи, сходныя въ нѣсколькихъ свойствахъ, сходны и въ данномъ своемъ свойствѣ», —вотъ формула этихъ заключеній. Классическимъ примѣромъ ея примѣненія считается слѣдующій, приведенный Ридомъ: «Мы можемъ замѣтить очень большое сходство между той планетой, на которой мы живемъ, и другими планетами — Сатурномъ, Марсомъ, Венерой и Меркуріемъ. Всѣ эти планеты вращаются вокругъ солнца, какъ и земля, хотя на различныхъ разстояніяхъ отъ него и въ различные періоды времени. Подобно землѣ, онѣ заимствуютъ весь свой свѣтъ отъ солнца. Извѣстно, что нѣкоторыя изъ нихъ вращаются, подобно землѣ, вокругъ своей оси, и потому на нихъ день чередуется съ ночью. Нѣкоторыя изъ нихъ имѣютъ спутниковъ, которые освѣщаютъ ихъ, когда нѣтъ солнца, —такъ же, какъ и наша луна. Всѣ онѣ въ своихъ движеніяхъ подчиняются такому же закону тяготѣнія, какъ и наша земля. Основываясь на сходствѣ во всѣхъ этихъ свойствахъ, мы имѣемъ нѣкоторое право предполагать, что эти планеты могутъ быть населены, подобно нашей землѣ, различнаго рода живыми существами» [15]). Такое заключеніе только вѣроятно и можетъ оказаться ошибочнымъ, если мы узнаемъ, что другія планеты обладаютъ свойствами, исключающими возможность органической жизни, какъ, напр., если окажется, что онѣ не окружены атмосферой, или что температура на нихъ слишкомъ низка или черезчуръ высока [16]).

---

[15]) *Минто*, 461.

[16]) *Минто*, 463: «Луна не имѣетъ атмосферы, а мы знаемъ, что воз-

Обращаясь къ юридическимъ нормамъ, нужно замѣтить, что хотя изъ нихъ могутъ быть дѣлаемы заключенія какъ на основаніи логическаго тождества, такъ и по аналогіи (въ указанномъ только что смыслѣ), однако для цѣлей логическаго развитія нормъ могутъ служить только выводы перваго рода, такъ какъ только они являются вполнѣ достовѣрными Приведемъ нѣсколько примѣровъ.

Движимыя имущества рѣзко отличается отъ недвижимыхъ по своимъ физическимъ и экономическимъ свойствамъ. Но у нихъ имѣются и общія, тождественныя стороны. Вслѣдствіе этого, постановленія закона, относящіяся къ тѣмъ сторонамъ недвижимыхъ вещей, которыя одинаковы у нихъ съ движимостями, могутъ быть переносимы и на движимости. Такъ, по отношенію къ недвижимымъ имуществамъ, обладающимъ свойствомъ недѣлимости по своему существу или по закону (ст. 393 т. X ч. 1), установлены нѣкоторыя особыя правила (напр. при раздѣлѣ наслѣдства: ст. 1324). Но свойство недѣлимости по существу принадлежитъ и многимъ движимымъ вещамъ, каковы, напр., животныя, статуи, картины. Слѣдовательно, правила, касающіяся недѣлимости недвижимыхъ вещей, могутъ быть распространены и на недѣлимость движимыхъ вещей.

Другой примѣръ. Въ нашихъ гражданскихъ законахъ говорится о принадлежностяхъ тоже только по отношенію къ недвижимымъ имуществамъ (ст. 386—392). Однако тѣ признаки, которыми обусловливается признаніе какой-либо вещи принадлежностью недвижимости, встрѣчаются и по отношенію къ движимости. По 389 ст., напр., «принадлежности домовъ суть: ча-

---

духъ составляетъ необходимое условіе для жизни. Поэтому, какъ бы луна ни походила на землю, мы не можемъ сдѣлать заключенія, что на лунѣ есть живыя существа, подобныя тѣмъ, которыя, какъ мы знаемъ, существуютъ на землѣ. Мы знаемъ также, что жизнь, какова она есть на землѣ, возможна только въ извѣстныхъ предѣлахъ температуры, и что Меркурій слишкомъ жарокъ, а Сатурнъ слишкомъ холоденъ для того, чтобы на этихъ планетахъ могла быть жизнь; и это должно быть такъ, какъ бы ни было велико ихъ сходство съ землей въ другихъ отношеніяхъ». О заключеніи по аналогіи вообще: *Wundt*, I, 346—353; *Минто*, 458—467; *Милль*, II, 85—93; *Bain*, II, 208 ss.; *Read*, 240—241; *Ueberweg*, § 131.

сти оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія...». Но у скрипки или письменнаго стола тоже имѣются «части, составляющія отдѣлку» и «украшенія», которыхъ безъ поврежденія нельзя снять. Съ этой стороны, значитъ, домъ, скрипка и письменный столъ тождественны, а потому постановленія закона, касающіяся принадлежностей дома, допускаютъ распространеніе и на принадлежности скрипки и письменнаго стола.

Напротивъ, правила, установленныя закономъ для тлѣнныхъ движимостей (уст. гражд. суд., ст. 625: «при обезпеченіи иска, движимое имущество, подвергающееся скорой порчѣ, аресту не подлежитъ», ст. 277 т. X ч. 1 и др.) не допускаютъ примѣненія къ недвижимостямъ, такъ какъ свойство тлѣнности (подверженность скорой порчѣ, X, 405) встрѣчается только у движимыхъ вещей.

Изъ того обстоятельства, что движимыя и недвижимыя вещи сходны въ нѣкоторыхъ свойствахъ, могутъ быть дѣлаемы заключенія относительно ихъ сходства въ другихъ свойствахъ, но заключенія только вѣроятныя. Принимая, напр., во вниманіе, что и движимыя и недвижимыя вещи—матеріальные предметы, что онѣ имѣютъ экономическое значеніе, и что въ большинствѣ случаевъ ими владѣютъ именно тѣ лица, которымъ принадлежитъ право на это, можно вывести, что ст. 534 («движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано») должна быть распространена и на недвижимости. Однако такое заключеніе недостовѣрно: быть можетъ, установленная 534 ст. презумпція обусловливается такими свойствами движимыхъ вещей, какими не обладаютъ недвижимости. Чтобы разрѣшить это сомнѣніе, нужно ознакомиться еще и съ прочими свойствами тѣхъ и другихъ вещей подобно тому, какъ для достовѣрнаго заключенія относительно обитаемости нѣкоторыхъ планетъ необходимы дополнительныя, пока еще недостающія намъ свѣдѣнія объ ихъ свойствахъ. Поэтому, распространять ст. 534 на недвижимости безъ дальнѣйшаго изслѣдованія было бы неправильно.

Особую модификацію заключеній по логическому тождеству составляютъ выводы на основаніи условнаго логическаго тождества.

«Логическое тождество которое даетъ право переносить пре-

дикатъ съ одного предмета на другой, можетъ не существовать въ извѣстномъ данномъ случаѣ; но между предметами можетъ существовать такое отношеніе, при которомъ мы можемъ съ большею или меньшею точностью опредѣлить, чего недостаетъ одному изъ нихъ до тождества съ другимъ, или, общѣе, подъ какимъ добавочнымъ условіемъ первый оказался бы тождественъ съ послѣднимъ. Такъ можетъ возникнуть условное сужденіе о тождествѣ. Предметъ А не равенъ предмету В; онъ, положимъ, больше послѣдняго. Это значитъ, что онъ могъ бы сдѣлаться равнымъ ему, если бы отъ него была отнята нѣкоторая неопредѣлимая величина X. Цвѣтъ одного предмета отличенъ отъ цвѣта другаго; но, можетъ быть, мы можемъ сказать, что цвѣтъ предмета долженъ сдѣлаться на нѣкоторую, пусть и не опредѣленную точно, степень ярче, чѣмъ онъ есть на самомъ дѣлѣ, чтобы быть вполнѣ тождественнымъ съ цвѣтомъ другаго предмета. Мы можемъ воспользоваться подобными условными сужденіями о тождествѣ двухъ предметовъ и перенести на одинъ изъ нихъ предикатъ другаго, касающійся той стороны, съ которой они отождествлены»[17]). Если, напр., намъ извѣстно, что А больше В, а В больше С, то мы заключаемъ, что А больше С. Или если цвѣтъ сукна № 1 темнѣе, чѣмъ цвѣтъ сукна № 2, которое уже признано слишкомъ темнымъ для костюма, то значитъ, сукно № 1 еще менѣе годится для этой цѣли.

Подобнымъ же образомъ можно заключить, что если сосѣдъ въ силу 2 пункта 445 ст. 1 ч. X т. не въ правѣ лить воду или сметать соръ на дворъ сосѣда, то тѣмъ болѣе не смѣетъ онъ лить туда помои или сбрасывать навозъ. Другой примѣръ: если по ст. 533[1] 1 ч. X т. супругъ можетъ завѣщать свое родовое имѣніе другому супругу въ пожизненное владѣніе, то тѣмъ болѣе онъ въ правѣ завѣщать это имѣніе не пожизненно, а только на нѣсколько лѣтъ

Такія заключенія издавна извѣстны въ юриспруденціи подъ именемъ заключеній a fortiori [18]), или отъ большаго къ меньшему

---

[17]) *Каринскій*, 104.

[18]) *Mailher de Chassat*, 140—145; *Brocher*, 197 ss. Такое же названіе носятъ они въ математикѣ. *Трощкій*, I, 195. Обще-логическій характеръ ихъ голословно отрицаетъ *Piola*, (p. 74: «è un'assioma di matematica introdotta occasionalmente nella logica, non una inferenza»).

и отъ меньшаго къ большему (argumenta a majori ad minus, a minori ad majus). Они формулируются обыкновенно слѣдующимъ образомъ: 1) кто управомоченъ или обязанъ къ большему, тотъ управомоченъ или обязанъ къ меньшему, 2) кому воспрещено меньшее, тому воспрещено большее, 3) что требуется для меньшаго, то необходимо для большаго [19]). Но въ такой общей формулировкѣ [20]) эти правила представляются невѣрными, такъ какъ въ ней отсутствуетъ указаніе на то существенное обстоятельство, что сравниваемые предметы или отношенія должны имѣть сходную сторону, которая при извѣстныхъ условіяхъ могла бы у нихъ стать тождественной, т. е., короче говоря, что они должны быть однородными. Иначе заключеніе a fortiori недопустимо [21]). Такъ, честь болѣе важное

---

[19]) *Unger*, 93; *Wachter*. Pand., 125; *Burchardi*, 104; *Малышевъ*, 294, и друг

[21]) Древніе писатели употребляли еще болѣе общія выраженія. *Ulpianus*: «Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere». L. 21 D. de reg. jur. (50, 17). *Paulus*: «In eo, quod plus sit, semper inest et minus» L. 110 D. eod. Примѣры *Ulpiani*: «Cui jus est donandi, eidem et vendendi, et concedendi jus est». *Idem*: «Quum quis possit alienare, poterit et consentire alienationi». L. 163, 165. D. eod. *Cic.* Top. 4: «Quod in re majore valet, valeat in minore, item contra: quod in minore valet, valeat in majore». (*Muhlenbruch*, § 64, Anm. 8). Нѣкоторые авторы однако считали нужнымъ ограничить допустимость заключеній отъ большаго къ меньшему отрицательными выводами, а отъ меньшаго къ большему—положительными. *Cujacii*, Opera, VIII, p. 635: «Plerunque a minori argumenta ad adfirmandum valent, ad negandum non valent: nam si quod ist minus probabile, non est, non ideo etiam non erit, quod est probabilius; ut si manumittere non potest, nec manumittenti consentire... A majori autem valent argumenta ad negandum, ut si mortis causa donare non potest, multo minus testamentum facere.. Ad affirmandum non valent, ut si potest versari in pomerio urbis, et in urbe igitur». *Forsteri* Observationum successivarum libri duo (*Ottonis* Thesaurus jur. romani, II, 1733), L. II, c. XXVI: «Receptius est quod argumenta a majori valeant ad negandum, non ad affirmandum; argumenta a minori ad affirmandum, non ad negandum».

[21]) Это понимали нѣкоторые изъ старыхъ авторовъ. Напр., *Federicis*: «Notandum est quod argumentum de majoritate rationis in moribus et legibus valet *in coordinatis*, ut si filius non succedit, ergo nec nepos»

благо, чѣмъ имущество Однако изъ того, что дѣти не могутъ судебнымъ порядкомъ защищать себя отъ оскорбленій чести со стороны своихъ родителей (ст. 168 т. X ч 1), не слѣдуетъ, что они не въ правѣ предъявлять къ родителямъ и исковъ объ имуществѣ Честь и имущество — блага разнородныя, не имѣющія общихъ сторонъ, несоизмѣримыя, такъ что ихъ ни при какихъ условіяхъ нельзя было бы признать равными, а потому нельзя и сравнивать.

Какое изъ правъ и отношеній, или какой изъ объектовъ нужно считать меньшимъ или большимъ, это опредѣляется на основаніи юридическихъ соображеній и въ частности съ точки зрѣнія того права, нормы котораго подвергаются логическому развитію, ибо послѣднее имѣетъ цѣлью обнаружить скрытое содержаніе именно этого законодательства. Такъ, отчужденіе имущества представляетъ собою нѣчто большее, чѣмъ залогъ его, а принятіе на себя самостоятельнаго долга — нѣчто большее, чѣмъ поручительство за другое лицо. Однако римское право держалось, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ противоположнаго взгляда, и съ этимъ взглядомъ нужно считаться при выводѣ заключеній a fortiori изъ нормъ римскаго права[22]).

---

vel frater, quia gradus invicem antecedunt et subsequuntur, sed *non in disparatis*, ut si pro furto 10 librarum suspenditur, ergo multo magis de eo, qui famae alterius detraxerit, quoniam furtum et detractio disparata sunt» (p. IV. § 52).

[21]) *Pfaff und Hoffmann*, 184—185: «Zur logischen Auslegung gehort auch die Darlegung der Consequenzen des ausgedruckten Gesetzinhaltes. Die dabei zur Anwendung kommenden logischen Gesetze sind für jeden selbst verständlich... Wohl aber macht dasjenige juristische Urtheil, welches die materielle Voraussetzung einer solchen formalen Operation ist, zuweilen Schwierigkeiten. Was ist majus: Die Verausserung oder die Verpfandung? Gewiss in der Regel jene, aber doch nicht fur jede Betrachtung. Es ware ein trugerischer Schluss, wollte man sagen: weil unter diesen Umstanden eine Verausserung erlaubt ware, ist es um so mehr eine Verpfändung. «Lex Iulia alienationes inhibebat, quae *invita* muliere fiebant, *hypothecas* autem... etiam volente (pr. Inst. II, 8). Zur Feststellung jener materiellen Voraussetzungen hilft keine formale Logik, dazu sind sachliche, juristische oder — wie in unserem Beispile—psychologische Erwagungen nothwendig. Es ist

3. Заключеніе отъ цѣлаго къ части[22]).

Одинъ предметъ можетъ быть частью другаго въ двоякомъ смыслѣ: онъ можетъ являться членомъ опредѣленной группы, (какъ напр., дубъ принадлежитъ къ классу деревьевъ, кислородъ къ разряду газообразныхъ тѣлъ), или же входить въ составъ аггрегата (какъ напр., дубъ входитъ въ составъ лѣса, кислородъ — въ составъ воды). Мы распредѣляемъ предметы въ группы на основаніи сходства между ними въ извѣстныхъ признакахъ. Напротивъ, аггрегаты представляютъ собою существующія въ дѣйствительности соединенія предметовъ. Другими словами, группа есть логическое цѣлое, а аггрегатъ реальное.

Такъ какъ группа характеризуется тѣми признаками, которые одинаковы у всѣхъ предметовъ, изъ которыхъ она составлена, то ея опредѣленіе приложимо ко всякому изъ этихъ предметовъ. Поэтому, изъ сужденія о группѣ мы можемъ переносить сказуемое въ сужденіе о каждомъ членѣ этой группы. Такъ напр., изъ сужденія «люди смертны» мы выводимъ: «Иванъ смертенъ», «Петръ смертенъ» и т. д.

Это—простая дедукція или заключеніе отъ общаго къ частному[24]).

Оно очень часто примѣняется при толкованіи нормъ для вывода частныхъ положеній изъ общихъ юридическихъ принциповъ[25]). Именно, изъ нормы, относящейся къ цѣлому роду юридическихъ отношеній, логически вытекаетъ рядъ такихъ же нормъ для каждаго вида этихъ отношеній. Такъ, изъ нормы

---

hier z. B. die Erfahrungsthatsache massgebend gewesen, dass die Freiheit zu Geschaften, die einer Hoffnung Raum lassen, gefahrlicher ist, als die zu Geschäften. uber deren Folgen keine Selbsttäuschung möglich ist Es ist genau dieselbe psychologische Erwagung, welche für die Gesetzgebung bei dem Verbote der lex commissoria und beim Sc. Vellejanum entscheidend war».

[22]) *Каринскій*, 106—110; 179—212; *Рутковскій*, гл. III.

[24]) Оно приводится во всѣхъ учебникахъ логики подъ названіемъ первой фигуры категорическаго силлогизма.

[25]) *Gajus*: Semper specialia generalibus insunt». L. 147 D. de reg. jur. (50, 17). *Bulgarus*, 142: «Ecce genus: quod nullius est, occupanti conceditur Ecce species: ferae bestiae, pisces, volucres occupantium fiunt». Burchardi, 103

«договоры должны быть изъясняемы по словесному смыслу» (ст. 1538 X т.), мы въ правѣ заключить, что «арендный договоръ долженъ быть изъясняемъ по словесному смыслу», что «запродажная запись должна быть изъясняема по словесному смыслу», что «закладная крѣпость должна быть изъясняема по словесному смыслу» и т. д.

Такого рода заключенія недопустимы отъ аггрегата къ частямъ. Такъ какъ аггрегатъ представляетъ собою реальную совокупность предметовъ, то его опредѣленіе, относясь ко всѣмъ этимъ предметамъ, взятымъ вмѣстѣ, не можетъ быть переносимо на каждый изъ нихъ порознь Такъ, изъ сужденія «лѣсъ содѣйствуетъ сохраненію влаги», или «вода тяжелѣе масла», не слѣдуетъ, что и составныя части лѣса и воды тоже обладаютъ этими свойствами.

Но изъ сужденій объ аггрегатѣ могутъ быть получаемы съ полною достовѣрностью другія сужденія. Такъ, отъ наличности аггрегата можно заключать къ наличности одной изъ его частей, ибо онъ представляетъ собою ничто иное, какъ сумму своихъ частей [26]). Если, напр., давностный владѣлецъ пріобрѣтаетъ по истеченіи срока давности право собственности, то онъ получаетъ и правомочіе отчуждать имущество, такъ какъ это правомочіе входитъ въ составъ права собственности. Съ другой стороны, чего нѣтъ въ аггрегатѣ, того нѣтъ ни въ одной изъ составляющихъ его частей. Согласно этому, изъ того положенія, что собственникъ, строющій домъ на самой межѣ своего двора, не смѣетъ дѣлать оконъ во дворъ или на крышу своего сосѣда (X т. ч. 1, ст. 446), слѣдуетъ, что и пожизненный владѣлецъ чужого участка, возводящій на немъ постройку, лишенъ этого права, ибо ему принадлежитъ только часть правомочій, составляющихъ право собственности.

---

[26]) *Gajus*: «In toto et pars continetur». L. 113 D. de reg. jur (50, 17). *Federicis*, IV, § 20: «A toto ad partem valet argumentum affirmativum, ut si domus est, est fundamentum et paries etc., non autem contrario, nisi omnes partes enumerentur: non enim si paries est, domus est». Этого рода выводы иногда смѣшиваются съ заключеніями отъ большаго къ меньшему. *Placentinus*: «Huic regulae («in eo quod plus est, semper inest et minus») aequipollet inferior regula: in toto et pars continetur» *Bulgarus*, 91).

4 Заключеніе отъ всѣхъ предметовъ данной группы къ цѣлой группѣ [27]).

Разсмотрѣвъ всѣ предметы, составляющіе опредѣленную группу, и убѣдившись, что каждому изъ нихъ присущъ извѣстный признакъ, мы можемъ приписать этотъ признакъ всей группѣ, на томъ основаніи, что каждая группа представляетъ собою ничто иное, какъ совокупность всѣхъ образующихъ ее предметовъ. Это заключеніе называется *полной индукціей*.

«Формула выводовъ по полной индукціи можетъ быть выражена такъ: изъ того, что предметы A, B, C, D и E, составляющіе классъ K, опредѣляются каждый признакомъ S, слѣдуетъ, что классъ K имѣетъ признакъ S» [28]). Такъ напр., изъ сужденій: сумма угловъ прямоугольнаго треугольника равна двумъ прямымъ», «сумма угловъ тупоугольнаго треугольника равна двумъ прямымъ» и «сумма угловъ остроугольнаго треугольника тоже равна двумъ прямымъ» мы выводимъ общее положеніе, что во всякомъ треугольникѣ сумма угловъ равна двумъ прямымъ [29]).

Такъ какъ полная индукція представляетъ заключеніе отъ *всѣхъ* предметовъ класса къ цѣлому классу, то она примѣнима только въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстны *всѣ* предметы, образующіе данный классъ [30]).

---

[27]) *Каринскій*, 111—118, *Рутковскій*, 56—60.

[28]) *Рутковскій*, 66.

[29]) Многіе отрицаютъ за полною индукціей значеніе пріема, ведущаго къ открытію новыхъ истинъ, такъ какъ она ограничивается «суммированіемъ опредѣленнаго числа единичныхъ предложеній въ одно общее» (*Миллъ*, I, 335—337). Но, по справедливому замѣчанію проф. Каринскаго (стр 117), полная индукція, перенося опредѣленіе отдѣльныхъ частныхъ предметовъ на группу, тѣмъ самымъ приписываетъ его *всѣмъ* предметамъ группы. Въ этомъ указаніи на *всѣ* предметы и заключается новое знаніе, котораго раньше не было. Ср. *Джевонсъ* 143—146 Въ ученіи объ индукціи вообще еще очень много спорнаго. Обзоръ мнѣній сдѣланъ въ соч. *Лейкфельда*, Логическое ученіе объ индукціи въ главнѣйшіе историческіе моменты его разработки, 1896. Ср. *Минто*, 291 и сл.; *Wundt*, II, 1, 20—25; *Sigwart*, II, § 93.

[30]) *Джевонсъ*, 143 и сл.; *Лейкфельдъ*, 18 и сл. Ср. *Sigwart*, I, § 57.

Въ юриспруденціи она употребляется для установленія общихъ принциповъ на основаніи относящихся къ частнымъ случаямъ нормъ.

Вотъ примѣръ.

Дареніе родовыхъ имуществъ чужеродцамъ воспрещается (ст 967 т. X ч. 1).

Завѣщаніе родовыхъ имуществъ чужеродцамъ воспрещается (ст. 1068)

Выдѣлъ родовыхъ имуществъ чужеродцамъ воспрещается (ст. 995, 996).

Дареніе, завѣщаніе и выдѣлъ суть безмездные способы отчужденія.

Слѣдовательно, всѣ безмездные способы отчужденія родовыхъ имуществъ чужеродцамъ воспрещаются

5 Заключеніе отъ одного или нѣсколькихъ предметовъ группы ко всей группѣ[31]).

Не только знаніе всѣхъ предметовъ группы, но и знаніе нѣкоторыхъ изъ нихъ служитъ основаніемъ для выводовъ относительно всей группы. Однако эти сужденія представляются не достовѣрными, а болѣе или менѣе вѣроятными: на основаніи того, что одинъ или нѣкоторые предметы данной группы обладаютъ извѣстнымъ признакомъ, можно лишь предполагать, что и вся группа обладаетъ тѣмъ же признакомъ. Степень вѣроятности этого предположенія возрастаетъ съ увеличеніемъ числа предметовъ, которые принимаются въ разсчетъ, и переходитъ въ полную достовѣрность, если будутъ соединены всѣ предметы даннаго класса (полная индукція).

Выводъ, дѣлаемый отъ одного предмета ко всему классу или группѣ, называется *редукціей*, а выводъ отъ нѣсколькихъ предметовъ—*неполной (несовершенной) индукціей*[32]).

---

[31]) *Каринскій*, 118—147; *Рутковскій*, 60—71.

[32]) Редукція представляетъ собою пріемъ, обратный дедукціи, ведущій отъ частнаго положенія къ общему заключенію. Примѣръ дедукціи: люди смертны; Иванъ человѣкъ; значитъ, онъ смертенъ. Примѣръ редукціи: Иванъ смертенъ; Иванъ человѣкъ; значитъ, люди смертны Неполная индукція ничто иное, какъ особая форма редукціи, отличающаяся тѣмъ, что при ней выводъ дѣлается не изъ одной посылки, а изъ нѣсколькихъ: Иванъ смертенъ,

Но какъ редукція, такъ и неполная индукція приводятъ къ вполнѣ достовѣрнымъ выводамъ при одномъ условіи: если перенесеніе признака съ отдѣльныхъ предметовъ на всю группу основывается на такихъ свойствахъ предметовъ, которыя общи всѣмъ членамъ данной группы. «Никто не признаетъ логичнымъ выводъ, что всѣ треугольники чертятся чернилами, изъ того только, что данный треугольникъ начерченъ ими. Между тѣмъ никто не станетъ оспаривать законность вывода въ томъ случаѣ, когда изъ разсужденія объ одномъ равностороннемъ треугольникѣ заключаютъ, что и всѣ равносторонніе треугольники обладаютъ равенствомъ своихъ угловъ, какъ это показано на анализируемомъ треугольникѣ. Съ формальной стороны оба случая одинаковы: и въ томъ и другомъ дѣлается заключеніе отъ единичнаго предмета къ цѣлому классу» [33]). Но разница та, что въ первомъ случаѣ переносится на цѣлый классъ случайный, индивидуальный признакъ предмета, а во второмъ случаѣ — такой признакъ, который обусловливается свойствами, общими у даннаго предмета съ цѣлымъ классомъ [34]). Въ послѣднемъ случаѣ выводъ является вполнѣ достовѣрнымъ, представляя собою форму умозаключенія на основаніи относительнаго тождества: начертанный равносторонній треугольникъ, съ помощью котораго выводится теорема, тождественъ со всѣми равносторонними треугольниками по свойству сторонъ, а изъ этого свойства вытекаетъ свойство угловъ.

Приведемъ аналогичные примѣры изъ области юриспруденціи.

Петръ смертенъ. Павелъ смертенъ; Иванъ. Петръ, Павелъ люди; значитъ, люди смертны. Неполная индукція превращается въ полную, когда частные предметы, о которыхъ говорится въ посылкахъ, исчерпываютъ тотъ классъ, по отношенію къ которому дѣлается выводъ Такъ, чтобы получить посредствомъ полной индукціи положеніе «люди смертны», нужно было бы перечислить въ посылкахъ всѣхъ представителей человѣческаго рода. *Sigwart*, II, § 82; *Ланге*, 215—219; *Джевонсъ*, 122, 143 и сл.; *Снегиревъ*, 193 и сл.; *Liard*, 51—58.

[33]) *Рутковскій*, 48—49.

[34]) *Рутковскій*, 49 — 51. Ср. *Спенсеръ*, Основанія психологіи, III, 1876, 80—82

1. Дареніе уничтожается, если получившій даръ окажетъ явное непочтеніе дарителю (ст 974 т. X ч. 1).

Дареніе—договоръ.

Значитъ, всякій договоръ уничтожается, если пріобрѣтающая имущество сторона окажетъ явное непочтеніе контрагенту.

2. Неисполненіе казною ея обязанностей по договорамъ подряда или поставки избавляетъ подрядчика или поставщика отъ отвѣтственности за неисполненіе его обязанностей (ст. 216, п 8, Пол. о каз подр.).

Подрядъ и поставка—двусторонніе договоры.

Слѣдовательно, неисполненіе всякаго двусторонняго договора однимъ изъ контрагентовъ даетъ право не исполнять его и другому контрагенту.

Оба эти случая редукціи съ внѣшней, формальной стороны совершенно одинаковы. Однако въ первомъ случаѣ заключеніе очевидно невѣрно, а во второмъ—вѣрно. Чѣмъ это объясняется? Въ первомъ случаѣ норма (974 ст.), которую мы переносимъ съ даренія на всѣ договоры, обусловливается спеціальнымъ свойствомъ даренія—его безмездностью: кто обогащаетъ другаго, тотъ въ правѣ требовать благодарности и почтительности отъ него. Къ другимъ же договорамъ, имѣющимъ возмездный характеръ и основаннымъ на взаимномъ обмѣнѣ цѣнностей и услугъ, это положеніе непримѣнимо. Напротивъ, во второмъ случаѣ норма, касающаяся подряда и поставки, можетъ быть отнесена ко всѣмъ договорамъ, ибо она зависитъ отъ такого признака, который общъ у всѣхъ двустороннихъ договоровъ оба контрагента одинаково обязаны исполнять договоръ, а потому каждый изъ нихъ имѣетъ право требовать исполненія договора отъ другаго контрагента только при томъ условіи, если самъ не уклоняется отъ исполненія (exceptio non adimpleti contractus).

Столь же различные результаты получаются и при выводахъ по неполной индукціи.

1. Дареніе уничтожается и даръ возвращается, если получившій его не исполнилъ условія, подъ которымъ совершено дареніе (ст. 975, 976 т. X ч. 1).

Пожалованіе отмѣняется и пожалованное имущество отбирается, если получившій его не исполнилъ условія, подъ которымъ пожалованіе было сдѣлано (ст. 937—939).

Дареніе и пожалованіе суть способы передачи права собственности.

Значитъ, всякая передача права собственности становится недѣйствительной, если пріобрѣтатель не исполнилъ условія подъ которымъ она была произведена.

2 Завѣщаніе, прикрывающее собою дареніе, считается дареніемъ (ст 991 т. X ч. 1).

Дареніе, подъ которымъ скрыто завѣщательное распоряженіе, обсуждается, какъ завѣщаніе (ст. 991).

Поклажа, прикрывающая заемъ, обсуждается, какъ заемъ (ст. 2114).

Завѣщаніе, дареніе и поклажа, прикрывая другія сдѣлки, являются притворными (симулятивными) сдѣлками.

Слѣдовательно, всякая притворная сдѣлка обсуждается, какъ та, которая ею прикрыта.

И здѣсь первый выводъ невѣренъ, ибо постановленія 975, 976, 937—939 ст. основаны на безмездномъ характерѣ дарения и пожалованія, который дѣлаетъ возможнымъ передачу права собственности подъ условіемъ (modus). Напротивъ, второй выводъ вѣренъ, такъ какъ правило, заключающееся въ 991 и 2114 ст, установлено для случаевъ симуляціи при дареніи, завѣщаніи и поклажѣ не въ виду какой-либо спеціальной особенности этихъ сдѣлокъ, а только вслѣдствіе того, что при нихъ имѣется симуляція; поэтому, оно можетъ быть съ полнымъ основаніемъ распространено и на всѣ вообще симулятивныя сдѣлки.

Изъ сказаннаго обнаруживается, что какъ редукція, такъ и неполная индукція сами по себѣ не гарантируютъ достовѣрности дѣлаемыхъ посредствомъ нихъ выводовъ, а могутъ одинаково легко вести и къ истиннымъ и къ ложнымъ заключеніямъ. Для того, чтобы съ ихъ помощью получить истинные выводы, нужно обладать нѣкоторыми побочными свѣдѣніями, именно нужно знать, что опредѣленіе, которое переносится съ отдѣльныхъ предметовъ на цѣлый классъ ихъ, находится въ зависимости отъ общихъ родовыхъ свойствъ всего этого класса, а не отъ видовыхъ и индивидуальныхъ особенностей отдѣльныхъ предметовъ. Это обстоятельство иногда очевидно само по себѣ, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о несложныхъ предметахъ и отношеніяхъ, въ родѣ, напр., элементарныхъ геометрическихъ фигуръ. Напротивъ, гораздо чаще приходится спеціально добы-

вать необходимые для достовѣрнаго вывода дополнительныя свѣдѣнія. Откуда и какъ ихъ добывать, будетъ показано ниже [35]).

6. Заключеніе отъ всѣхъ частей аггрегата къ аггрегату [36]).

Если нѣсколько предметовъ составляютъ одинъ аггрегатъ, являются частями одного цѣлаго, то признаки, которые принадлежатъ этимъ предметамъ, взятымъ въ совокупности, могутъ быть отнесены и къ цѣлому аггрегату. «Мы, напр., знаемъ области, изъ которыхъ состояли бывшія папскія владѣнія, знаемъ также области, входившія въ составъ государствъ Неаполитанскаго и Сардинскаго. Когда мы узнаемъ, затѣмъ, что образовавшееся Итальянское королевство составилось изъ государствъ Неаполитанскаго, Сардинскаго и части бывшихъ папскихъ владѣній, мы безъ малѣйшаго колебанія переносимъ на итальянское королевство взятыя въ совокупности области, входившія въ составъ государствъ, изъ которыхъ оно образовано» [37]). Подоб-

---

[35]) Въ разсмотрѣнномъ отношеніи редукція и индукція рѣзко отличаются отъ дедукціи и полной индукціи, которыя всегда ведутъ къ достовѣрнымъ заключеніямъ, не требуя никакихъ дополнительныхъ изысканій. Если, напр., намъ даны сужденія: «всѣ газы отъ теплоты расширяются» и «водородъ есть газъ», то мы съ полною несомнѣнностью заключаемъ: «водородъ отъ теплоты расширяется». Равнымъ образомъ, изъ сужденій: «треугольникъ можетъ быть тупоугольный, либо остроугольный, либо прямоугольный» и «въ тупоугольномъ треугольникѣ сумма угловъ равна двумъ прямымъ, въ остроугольномъ — тоже, въ прямоугольномъ тоже», мы дѣлаемъ путемъ полной индукціи достовѣрный выводъ: «во всякомъ треугольникѣ сумма угловъ равна двумъ прямымъ». Напротивъ, изъ того, что «водородъ, кислородъ и азотъ отъ теплоты расширяются» мы еще не въ правѣ заключить по неполной индукціи, что всѣ газы расширяются. Точно также изъ того, что въ прямоугольномъ треугольникѣ сумма угловъ равна двумъ прямымъ, еще не слѣдуетъ съ достовѣрностью, что и всякій треугольникъ обладаетъ этимъ свойствомъ.

[36]) *Каринскій*, 147—150.

[37]) *Каринскій*, 150. Модификаціей этого заключенія отъ частей къ аггрегату является математическая аксіома: если къ равнымъ приложить равныя, то и суммы будутъ равны. (*Каринскій*, 150 и сл.). Она, конечно, примѣнима и въ юриспруденціи: если къ одинаковымъ правомочіямъ прибавить одинаковыя правомочія, то получатся равныя права.

нымъ же образомъ и юристъ, зная, что право собственности состоитъ изъ владѣнія, пользованія и распоряженія, относитъ къ его содержанію всѣ правомочія, присущія этимъ его составнымъ частямъ

7. Заключеніе отъ одной или нѣсколькихъ частей аггрегата къ аггрегату[38]).

«Если мы и не знаемъ того, что фактически содержится въ нѣкоторыхъ изъ частей аггрегата, то это нисколько не препятствуетъ намъ отнести къ аггрегату то, что мы нашли фактически содержащимся въ извѣстныхъ намъ частяхъ его; мы не будемъ только имѣть въ такомъ случаѣ права утверждать, что нами перечислено все содержащееся въ аггрегатѣ»[39]). Такъ, если право собственности состоитъ изъ права владѣнія, пользованія и распоряженія, то всѣ правомочія, заключающіяся въ правахъ пользованія или распоряженія, содержатся и въ правѣ собственности.

8. Заключеніе отъ условій къ слѣдствію и обратно[40]).

Если предметы находятся въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что присутствіе или отсутствіе однихъ необходимо влечетъ за собою присутствіе или отсутствіе другихъ, то первые именуются условіями (или причинами), а вторые слѣдствіями. При наличности такой зависимости между двумя предметами, можно отъ существованія или отсутствія одного заключать съ большею или меньшею вѣроятностью къ существованію или отсутствію другаго.

Вполнѣ достовѣрными эти выводы бываютъ въ слѣдующихъ случаяхъ.

Отъ наличности условій можно заключать къ наличности слѣдствія, и отъ отсутствія слѣдствія къ отсутствію условій, если извѣстно, что въ данномъ случаѣ нѣтъ обстоятельствъ, способныхъ воспрепятствовать наступленію слѣдствія. Такъ

---

[38]) *Каринскій*, 175—178.

[39]) Id., 175.

[40]) *Рутковскій*, 36—43; *Wundt*, 353—359. *Владиславлевъ*, 144—147. Ср. *Ланге*, 85—87; *Минто*, 266 и сл.; *Lotze*, 118—119.

напр., бросая искру въ порохъ, мы можемъ съ увѣренностью ожидать взрыва только тогда, если знаемъ, что порохъ не отсырѣлъ: иначе возможность присутствія влаги въ порохѣ отнимаетъ у нашего заключенія достовѣрность Съ другой стороны, видя, что взрыва не произошло, мы въ правѣ заключить, что искра не попала въ порохъ, опять-таки лишь если намъ извѣстно, что другая причина не могла помѣшать взрыву.

Отъ отсутствія условія къ отсутствію слѣдствія и отъ наличности слѣдствія къ наличности условія достовѣрное заключеніе возможно только тогда, когда это слѣдствіе зависитъ единственно отъ даннаго условія. Напр., если ночью не было дождя, мы можемъ быть увѣрены, что утромъ улицы не будутъ мокры, разъ намъ доподлинно извѣстно, что ихъ мокрота могла зависѣть исключительно отъ дождя. И наоборотъ: если улицы утромъ мокры, мы можетъ заключить, что ночью шелъ дождь, коль скоро иной причины въ данномъ случаѣ не было.

Всѣ эти выводы отъ условій къ слѣдствіямъ и обратно примѣнимы и при толкованіи нормъ, но въ нѣсколько измѣненной формѣ. Дѣло въ томъ, что отношеніе условій къ слѣдствію, разсматриваемое съ телеологической точки зрѣнія, представляетъ собою отношеніе средствъ къ цѣли: слѣдствіе есть цѣль, къ достиженію которой ведутъ условія, какъ средства. Такъ, сокращенія сердца, являющіяся условіями движенія крови по сосудамъ, служатъ также средствами, которыя ведутъ къ цѣли—кровообращенію [41]). На этой-то именно телеологической точкѣ зрѣнія стоитъ законодательство Человѣческіе поступки, будучи результатомъ извѣстныхъ физическихъ, физіологическихъ и психическихъ причинъ, являются, съ другой стороны, средствами

---

[41]) *Wundt*, I, 644. Причинность и цѣлесообразность—двѣ точки зрѣнія, съ которыхъ можетъ быть разсматриваемо каждое явленіе, два различныхъ выраженія одного и того же логическаго принципа достаточнаго основанія: вмѣстѣ съ основаніемъ дается и слѣдствіе, вмѣстѣ съ слѣдствіемъ отпадаетъ основаніе. *Wundt*, I, 574: «Da die Causalität von dem Grund zur Folge fortschreitet, der Zweck aber von der Folge zum Grunde zurückgeht so sind beide die einzig möglichen empirischen Gestaltugen des Satzes vom Grunde». Ср. *Wundt*, I, 567—574, 642—646; *Sigwart*, II, 251—254.

къ достиженію тѣхъ или иныхъ цѣлей, къ которымъ стремятся въ своей жизни люди И вотъ законодательство, регулируя поведеніе гражданъ, допускаетъ одни поступки и воспрещаетъ другіе, объявляетъ дозволенными однѣ цѣли и недозволенными другія. Вслѣдствіе этого приведенныя формулы заключеній отъ условій къ слѣдствіямъ и обратно принимаютъ въ примѣненіи къ юридическимъ нормамъ такой видъ: 1) кто управомоченъ къ извѣстному дѣйствію, тотъ управомоченъ и къ цѣли, достигаемой этимъ дѣйствіемъ, 2) кому воспрещена цѣль, тому воспрещено и дѣйствіе ведущее къ этой цѣли, 3) кому воспрещено дѣйствіе, тому воспрещена и цѣль, къ которой оно ведетъ, если ея нельзя достигнуть другимъ дѣйствіемъ, и 4) кто управомоченъ къ цѣли, тотъ управомоченъ и къ дѣйствію, ведущему къ этой цѣли, если она не можетъ быть достигнута другими дѣйствіями.

Пояснимъ эти формулы примѣрами.

1. Кто можетъ покупать недвижимости, тотъ можетъ владѣть ими на правѣ собственности, ибо купля есть средство къ пріобрѣтенію права собственности.

2. Кому воспрещено владѣть недвижимыми имуществами на правѣ собственности, тотъ не можетъ покупать ихъ, получать въ даръ, по завѣщанію и т. д [42]).

3. Кому воспрещено вступать въ бракъ, тотъ не можетъ пользоваться правами главы семьи по отношенію къ своей сожительницѣ и ея дѣтямъ, такъ какъ вступленіе въ бракъ есть, по нашему праву, единственный способъ образованія законной семьи.

Напротивъ, изъ того, что замужнія женщины не могутъ безъ согласія мужей обязываться векселями (ст. 6 уст. о векс.), не слѣдуетъ, что онѣ лишены права занимать деньги, такъ какъ этой же цѣли онѣ могутъ достигнуть другимъ способомъ: выдачей заемныхъ писемъ.

4. «Владѣлецъ, пользующійся землями и промыслами въ казенныхъ и частныхъ дачахъ, имѣетъ право проходить и проѣз-

---

[42]) На выводѣ отъ недозволенной цѣли къ средствамъ основано положеніе о ничтожности сдѣлокъ, совершаемыхъ въ обходъ закона: онѣ ничтожны потому, что клонятся къ запрещенной закономъ цѣли. *Muhlenbruch*, § 62.

жать къ онымъ» (ст. 448 т. X ч 1) и имѣлъ бы его даже при отсутствіи этой статьи, ибо осуществленіе права пользованія невозможно безъ доступа къ объекту пользованію.

Напротивъ, изъ наличности того же права пользованія, не вытекаетъ право пролагать къ казеннымъ и частнымъ дачамъ желѣзнодорожный путь черезъ чужія промежуточныя владѣнія, такъ какъ сообщеніе съ объектомъ пользованія возможно и безъ этого способа.

О заключеніяхъ отъ средствъ къ цѣлямъ и обратно упоминаютъ очень немногіе юристы[42]), да и тѣ, которыя упоминаютъ, приводятъ не всѣ виды этихъ заключеній и обыкновенно формулируютъ ихъ неточно.

Таковы основные типы достовѣрныхъ выводовъ, которые могутъ быть примѣняемы и примѣняются къ юридическимъ нормамъ съ цѣлью логическаго развитія ихъ содержанія. Но, кромѣ этихъ выводовъ, въ юриспруденціи постоянно употребляются

---

[42]) *Muhlenbruch*, § 62. «..endlich sind die zur Erreichung eines gesetzlichen Zweckes erforderlichen Mittel stets als ausdrücklich angeordnet zu betrachten». Аналогично: *Wachter*, 125. *Баронъ*, § 6 (стр. 24): «а) если законъ запрещаетъ цѣль, то тѣмъ самымъ запрещаются и средства; b) кому законъ предоставляетъ извѣстное право, тому также принадлежитъ притязаніе на средства для осуществленія этого права». Точнѣе: *Unger*, 92 — 93: «1) Wer durch das Gesetz zum Zwecke berechtigt ist, der ist hierdurch zu den an sich erlaubten Mitteln berechtigt, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. 2) Wenn der Zweck unbedingt verboten ist, so sind auch alle Mittel unzulassig, welche auf die Erreichung dieses verbotenen Zweckes gerichtet sind». Въ источникахъ римскаго права встрѣчается немало примѣровъ примѣненія этихъ заключеній къ частнымъ случаямъ. *Iavolenus*: «Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit». L. 2 D. de jurisd. (2, 1) *Ulpianus*: «Oratio imper Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam Senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est; recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus ipso jure nullius esse momenti, ut seppleatur, quod orationi deest». L. 16 D. de spons. (23, 1). Ср. L 56, 62 D. de procur. (3, 3). L. 3 § 3 D. de servit. praed. urb. (8, 3). L. 11 D. comm. pr. (8, 4).

еще два болѣе сложныхъ пріема: заключенія по противоположности и по аналогіи. Къ изслѣдованію ихъ сущности и условій примѣненія мы теперь и обратимся.

§ 2.

Заключеніе по противоположности.

Въ каждомъ почти сочиненіи, въ которомъ говорится о пріемахъ толкованія законовъ, упоминается въ числѣ ихъ и заключеніе по противоположности, или отъ противнаго (argumentum a contrario, a contrario sensu). Сущность этого пріема, согласно обычному опредѣленію, состоитъ въ томъ, что изъ нормы, предусматривающей какой-либо случай или рядъ случаевъ, выводится противоположная по содержанію норма для другихъ случаевъ [1]) Но вопроса, при какихъ же условіяхъ допустимо это заключеніе,

---

[1]) *Регельсбергеръ*, 161: «Если для опредѣленнаго состава фактовъ устанавливается норма и, притомъ, такая норма, которая является особенностью этого именно состава фактовъ, напримѣръ, надѣленіе тѣми или другими преимуществами или лишеніе этихъ преимуществъ извѣстнаго класса лицъ, вещей или правоотношеній, — то состояніе, противоположное тому, которое установлено только для даннаго класса лицъ, вещей или отношеній, признается этимъ самымъ за общее право». *Unger*, 93: «Wenn die gesetzliche Anordnung auf gewisse Falle beschrankt ist, so ist damit fur alle andern Falle, überhaupt fur Alles was ausserhalb dieses Kreises liegt, das Gegentheil gesetzt». Одинаково: *Wachter*, Pand., 129—130; *Mülenbruch*, § 62; *Vangerow*, § 24, 1; *Wening-Ingenheim*, Lehrbuch, des Civilr; I, § 13; *Zernik*, 8 — 49; *Rumelin*, Werturtheile, 40; *Wach*, 270. Сходно: *Savigny*, 237; *Burchardi*, 103—104; *Thöl*, 152; *Eapons*, § 6; *Brocher*, 111: «L'argument d'opposition consiste à conclure de ce que les cas prévus en une disposition spéciale ont été résolus de telle manière que c'est une solution opposée, ou tout au moins différente qu'il faut admettre pour les cas non prévus en cette disposition». *Fiore*, 553—554; *Borsari*, «Commentario del cod. civile, I, 1871, p. 72; *Aubry et Rau*, Cours de dr. civ. I, 123 (1856) и др. *Dernburg* (§ 35, Anm. 10: «Mittels des argumentum a contrario macht man den Schluss, dass eine Gesetzfolge ausgeschlossen ist, wenn ein Moment fehlt, an welches das Gesetz die Folge knüpft»; *Windscheid*, (§ 22, Anm. 7: аналогично). *Brinz*: «Schlussfolgerung... von dem mit Ausschliessung des Gegentheils abstract Gesetzten auf das contrete Gegentheil» (§ 32).

большинство ученыхъ либо совершенно не касается [2]), либо ограничивается отрывочными и неопредѣленными замѣчаніями [3]). Вполнѣ установленной и господствующей теоріи по этому вопросу въ литературѣ еще не существуетъ. Поэтому, представляется необходимымъ подвергнуть его тщательному изслѣдованію.

Несомнѣнно, что изъ сужденія, высказываемаго относительно какого-либо предмета, нерѣдко съ полною очевидностью вытекаетъ другое сужденіе противоположнаго содержанія относительно другаго предмета. «Положимъ, напримѣръ, вашъ собесѣдникъ, говоря о дѣтяхъ, замѣчаетъ, что Джонъ хорошій мальчикъ; естественно заключить отсюда, что въ умѣ говорящаго есть представленіе о другихъ дѣтяхъ, которыхъ нельзя причислить къ хорошимъ мальчикамъ. Такой выводъ сразу могъ бы сдѣлать всякій, кто услыхалъ бы такое мнѣніе, и напрасно высказавшій его станетъ возражать, что онъ говоритъ исключительно объ одномъ Джонѣ. Или положимъ, напримѣръ, есть два кандидата на должность школьнаго учителя, А и В, и кто-нибудь подчеркиваетъ то обстоятельство, что А превосходный преподаватель . Сразу можно заключить, что тотъ, кто хвалитъ А, не считаетъ В такимъ превосходнымъ учителемъ, какъ А» [4]).

---

[2]) Напр., *Savigny*, 237, *Dernburg*, § 35; *Holder*, 45, *Burchardi*, 103—104, и другіе.

[3]) Такъ, Вехтеръ выставляетъ только одно условіе: «если не доказано, что законодатель не имѣлъ въ виду ограничить норму предусмотрѣнными въ ней случаями» (*Wachter*, 130). Но какимъ образомъ это можетъ и должно быть доказано, Вехтеръ не говоритъ. Другіе замѣчаютъ, что для примѣненія arg. a contrario нужно обладать знаніемъ нѣкоторыхъ обстоятельствъ (*Pfaff und Hoffmann*, 185: «Es entscheiden sachliche oder auch daneben sprachliche Erwagungen»). Иные просто указываютъ на опасность этого пріема и рекомендуютъ быть осторожнымъ. *Unger*, 93: «Mit der Anwendung dieses Arguments muss man sehr vorsichtig sein». *Dernburg*, § 35. Anm. 10 «Natürlich ist die Entscheidung leicht zweifelhaft». Ср. *Thöl*, 152. *Puchta*, 40: «Die Anwendung jenes Arguments setzt voraus, a) dass der sprechende richtig gedacht habe, und des richtigen Ausdrucks machtig gewesen sei.. b) dass der Fall wirklich den Charakter einer dispositiven Voraussetzung habe...» *Laurent*, Principes de dr. civ., I, 1876, 356: «on peut s'en servir sans danger, quand, loin de contrarier les principes généraux, elle les appuie».

[4]) *Минто*, 196.

Несмотря однако на свою правильность, подобныя заключенія игнорируются въ системахъ логики [5]). На нихъ обратилъ вниманіе только проф. Минто. По его словамъ, эта форма вывода основывается на всеобщемъ законѣ мысли, который можетъ быть названъ «закономъ однородной противоотносительности, или контраста соподчиненныхъ терминовъ», и который состоитъ въ томъ, что въ мышленіи каждое сужденіе подразумѣваетъ противоположное, однородное съ нимъ [6]). На основаніи

---

[5]) *Минто*, 197: «Ни одно логическое ученіе не осуждаетъ подобныхъ выводовъ, логика просто игнорируетъ ихъ. Такія умозаключенія выходятъ изъ предѣловъ логики только потому, что они не основаны на законахъ тождества, противорѣчія и исключеннаго третьяго, логика же ограничиваетъ свою область этими законами, потому что для теоріи силлогизма и вспомогательныхъ силлогизму процессовъ ничего больше не требуется». О возможности подобныхъ заключеній, впрочемъ, упоминаютъ нѣкоторые ученые, хотя и мимоходомъ. *Wundt*, I, 137 — 139; *Sigwart*, I, 179 — 181. Ср. *Lipps*, 31 — 32; *Лавровъ* (у *Милля*, I, 98, прим. 29).

[6]) *Минто*, 200—201: «Всякое воспринятое впечатлѣніе воспринимается, какъ перемѣна или переходъ отъ чего-нибудь другаго, но этотъ переходъ есть только видоизмѣненіе прежняго впечатлѣнія, такъ какъ прежнее впечатлѣніе, противополагаемое новому, вовсе не безусловно отъ него отнимается. Самая перемѣна сознается, какъ противоположность въ тождествѣ, какъ различіе въ сходномъ и сходство въ различномъ. Мы отличаемъ наше впечатлѣніе не отъ цѣлаго міра, какъ такового, а только отъ того, что близко и родственно данному впечатлѣнію и находится на одной почвѣ съ нимъ. Словомъ положеніе и противоположеніе однородны. Если мы будемъ наблюдать за собою въ актѣ мышленія, то мы найдемъ, что наши мысли подчиняются этому закону. Мы замѣчаемъ, напримѣръ, цвѣтъ книги передъ нами, отличаемъ его отъ другаго цвѣта, который или дѣйствительно находится въ данную минуту въ нашемъ полѣ зрѣнія или представляется въ нашемъ воображеніи. Положимъ, мы думаемъ о черной доскѣ; черный цвѣтъ ея мы опредѣляемъ въ противоположность бѣлизнѣ фигуръ, которыя нарисованы или могутъ быть нарисованы на ней мѣломъ, или въ противоположность цвѣту сосѣдней съ доской стѣны. Или, напримѣръ, мы думаемъ о человѣкѣ, какъ о солдатѣ; противоположенія въ нашемъ умѣ будутъ касаться не цвѣта его волосъ, не его роста, не мѣста его рожденія или національности, а его профессіи — въ противоположность лицамъ другихъ профессій: матросамъ, мѣщанамъ, порт-

этого закона, «при всякомъ предложеніи мы сразу (непосредственно) можемъ заключить, что у говорящаго въ умѣ есть противоположное предложеніе, въ которомъ то, что утверждается о подлежащемъ даннаго предложенія, отрицается относительно другаго подлежащаго.. Но такъ какъ всякое предложеніе можетъ имѣть нѣсколько ему противоположныхъ, то мы не можемъ прямо (безъ нѣкотораго знанія обстоятельствъ или контекста) сказать, какое именно изъ нихъ подразумѣвается въ данномъ случаѣ. И обычная ошибка при такомъ истолкованіи состоитъ въ томъ, что поспѣшно и неосторожно рѣшаютъ, какія именно изъ противоположныхъ предложеній разумѣются въ каждомъ данномъ случаѣ» [7]). Но, спрашивается, какъ же избѣжать этой ошибки, т. е, какъ угадать то противоположное предложеніе, которое было въ умѣ говорившаго? Минто ограничивается общимъ и неопредѣленнымъ отвѣтомъ: надо знать обстоятельства случая или контекстъ [8]). Попробуемъ однако опредѣлить болѣе точно условія, при которыхъ возможно достовѣрное заключеніе по противоположности.

Если намъ дано какое-либо одно изолированное сужденіе, напр., «собаки добры», то никакого заключенія съ противоположнымъ содержаніемъ мы не въ состояніи вывести изъ него съ полною достовѣрностью, такъ какъ ему можетъ соотвѣтствовать безконечное множество противоположныхъ сужденій относительно однородныхъ предметовъ («люди не добры», «кошки не добры», «лошади не добры» и т. д.), и мы не имѣемъ никакого основанія предпочесть одно изъ этихъ сужденій. Чтобы такое предпочтеніе стало возможнымъ, намъ необходимо получить

мымъ. Именно съ помощью какого-нибудь контраста мы придаемъ опредѣленность предмету нашихъ мыслей, иногда мы пользуемся для этого однимъ контрастомъ, иногда другимъ, но всегда члены противоположенія будутъ однородны. Одинъ цвѣтъ различается относительно другаго, одинъ оттѣнокъ — противополагается другому; цвѣтъ можетъ различаться и противополагаться формѣ, но въ такомъ противоположеніи оба эти свойства разсматриваются уже, какъ члены болѣе общаго класса—*чувственныхъ качествъ*».

[7]) Id., 203—204.

[8]) Id., 204—206.

дополнительныя фактическія свѣдѣнія, именно, прежде всего, нужно знать тотъ предметъ, которому говорившій мысленно противополагалъ предметъ своего сужденія. Если напр., фраза: «собаки добры» была сказана въ разговорѣ о собакахъ и кошкахъ, то изъ нея можно уже съ нѣкоторой увѣренностью заключить, что кошки, по мнѣнію говорившаго, не добры.

Отсюда видно, что первое условіе правильности заключеній a contrario состоитъ въ знаніи того предмета, которому противополагается предметъ даннаго сужденія.

Но одного этого условія еще не достаточно, такъ какъ при соблюденіи его получаются все-таки заключенія только болѣе или менѣе вѣроятныя, а не вполнѣ достовѣрныя. Хотя бы мы, напр., знали, что фраза «собаки добры» произнесена въ разговорѣ о собакахъ и кошкахъ, тѣмъ не менѣе мы не въ правѣ категорически утверждать, что говорившій умышленно противопоставлялъ собакъ кошкамъ, не считая послѣднихъ добрыми: очень можетъ быть, что о качествахъ кошекъ онъ вовсе не думалъ, а высказалъ мнѣніе о собакахъ лишь потому, что о нихъ раньше вспомнилъ, или потому, что только ихъ наблюдалъ. Чтобы на основаніи фразы «собаки добры» приписать произнесшему ее противоположное сужденіе: «а кошки не добры», нужно еще быть увѣреннымъ, что говорящее лицо сознательно и нарочно провело разницу между двумя этими видами животныхъ. Тогда лишь наше заключеніе будетъ вполнѣ достовѣрнымъ.

Итакъ, заключеніе отъ противнаго бываетъ логически правильнымъ при двухъ условіяхъ: 1) если извѣстно, какому предмету противополагается предметъ даннаго сужденія, и 2) если извѣстно, что это противопоставленіе произведено сознательно и умышленно, т. е. съ цѣлью отмѣтить существующее различіе между предметами. При наличности этихъ двухъ условій, можно съ полнымъ правомъ выводить изъ сужденія объ одномъ предметѣ вполнѣ достовѣрное сужденіе противоположнаго содержанія о другомъ.

Если мы теперь обратимся къ тому разряду сужденій, который содержится въ законодательныхъ нормахъ, и пріймемъ въ разсчетъ, что законодатель сознательно дѣлитъ подвергаемые имъ регулированію предметы и отношенія на различные классы, сравниваетъ ихъ и устанавливаетъ для нихъ разныя правила, то

намъ сразу станетъ ясно, что при толкованіи законовъ заключеніе по противоположности должно играть важную роль

И дѣйствительно, первое условіе примѣненія этого пріема встрѣчается на каждомъ шагу, во всякомъ мало мальски систематическомъ сборникѣ законовъ. Нормируя юридическія отношенія, законодатель прежде всего классифицируетъ ихъ, распредѣляетъ на роды и виды и затѣмъ уже устанавливаетъ правила Объекты правъ дѣлятся въ законахъ на вещи тѣлесныя и безтѣлесныя, тѣлесныя, въ свою очередь,—на движимыя и недвижимыя, дѣлимыя и недѣлимыя, потребляемыя и непотребляемыя и т. д. Въ сдѣлкахъ различаются односторонніе и двусторонніе, возмездныя и безмездныя, между живыми и на случай смерти и т. д. Благодаря такимъ классификаціямъ, при толкованіи нормы, касающейся одного какого-либо вида отношеній или предметовъ, обыкновенно бываетъ извѣстно, изъ какого рода онъ выдѣленъ и какимъ видамъ того же рода противополагается. Если, напр., норма касается движимостей, то мы, основываясь на сдѣланной законодателемъ классификаціи объектовъ права, можемъ заключить, что движимости противопоставляются въ данномъ случаѣ недвижимостямъ.

Значительно труднѣе установить наличность второго условія. Для того, чтобы рѣшить, умышленно ли или случайно выдѣлена законодателемъ данная норма, нужно знать, почему она издана, т. е. въ чемъ состоитъ ея основаніе Если окажется, что ввести норму для одного вида предметовъ или отношеній законодателя побудили спеціальныя свойства, присущія только этому виду и отсутствующія у другихъ видовъ. то тогда мы въ правѣ будемъ заключить, что законодатель сознательно выдѣлилъ этотъ видъ, и что, слѣдовательно, данная норма относится исключительно къ нему. Такъ напр., если мы съ достовѣрностью узнаемъ, что постановленіе 534 ст. 1 ч. X т. («движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано») обусловливается спеціальными свойствами движимыхъ вещей (ихъ ролью въ гражданскомъ оборотѣ, способностью къ быстрому переходу изъ рукъ въ руки, невозможностью установить для этого формальности и т д.), то мы имѣемъ полное основаніе заключить, что къ недвижимостямъ примѣнимо какъ разъ противоположное правило: владѣніе ими *не* служитъ презумпціей права собствен-

ности. Наоборотъ, открывъ что созданіе 534 ст. было вызвано такими свойствами движимыхъ вещей, которыя встрѣчаются и у недвижимыхъ (напр., тѣмъ обстоятельствомъ, что фактически владѣютъ вещами обыкновенно именно тѣ лица, которымъ принадлежитъ право собственности на нихъ), мы уже не можемъ сдѣлать изъ этой статьи вывода a contrario по отношенію къ недвижимостямъ.

Изъ сказаннаго видно, что выставленныя нами условія примѣнимости заключенія отъ противнаго получаютъ по отношенію къ юридическимъ нормамъ нѣсколько иной видъ. Именно, первое условіе («должно быть извѣстно, какому предмету мысленно противополагался предметъ даннаго сужденія») преобразовывается въ такую формулу: «должно быть извѣстно, изъ какого рода предметовъ выдѣленъ законодателемъ тотъ ихъ видъ, который предусмотрѣнъ въ данной нормѣ». А второе условіе («должно быть извѣстно, что указанное противоположеніе сдѣлано сознательно») превращается въ такое требованіе: «должно быть извѣстно, что основаніе данной нормы лежитъ въ спеціальныхъ свойствахъ ея предмета».

Наиболѣе близко къ этимъ формуламъ подошли Виндшейдъ, Броше и Вахъ.

Для правильности заключенія a contrario, по словамъ Виндшейда, должно быть доказано, что авторъ нормы: 1) думалъ о другомъ предметѣ, относительно котораго мы дѣлаемъ выводъ, и 2) имѣлъ поводъ регулировать его [9]).

Броше разбирая заключеніе a contrario гораздо подробнѣе, чѣмъ всѣ другіе авторы, выставляетъ цѣлыхъ семь условій его примѣненія. Но изъ нихъ первыя два сводятся къ тому, что норма, изъ которой дѣлается заключеніе, должна быть спеціальной, т. е. не должна вытекать изъ какого-либо общаго принципа (такъ какъ иначе ее слѣдовало бы толковать распространительно, въ связи съ этимъ принципомъ) [10]). Четвертое и пя-

---

[9]) *Windcheid*, § 22, Anm. 7.

[10]) *Brocher*, 111, 112: «1) ...que la disposition dont on veut argumenter en sens contraire, soit bien réellement une disposition exceptionelle ou spéciale... 2) qu'elle... ne dérive pas d'un principe général».

тое условія требуютъ, чтобы случай, котораго касается заключеніе a contrario, не былъ регулированъ другою спеціальною нормой или общимъ юридическимъ принципомъ, установленнымъ въ законодательствѣ (ибо иначе не было бы пробѣла въ правѣ, требующаго восполненія)[11]). Наконецъ, третье, шестое и седьмое состоятъ въ томъ, что изъ словъ нормы или изъ природы вещей должно явствовать, что законодатель, регулируя данный случай, думалъ о другихъ и хотѣлъ, чтобы къ нимъ примѣнялось другое правило[12]). Нетрудно замѣтить, что выставленныя Виндшейдомъ и Броше положенія представляютъ не вполнѣ точную формулировку двухъ выясненныхъ нами выше условій. Соединяя оба эти условія вмѣстѣ, Вахъ выражается такъ: «заключеніе a contrario требуетъ всегда доказательства отличительнаго признака, который оправдываетъ различное нормированіе однородныхъ въ остальныхъ отношеніяхъ случаевъ»[13]).

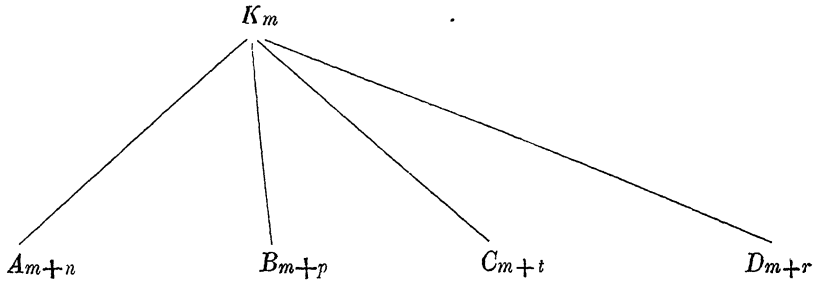
---

[11]) Id., 119, 123: «4) les cas non prévus... ne doivent pas être régis par quelque principe énoncé dans la loi...» 5) la question que l'on est tenté de résoudre.. ne doit pas être régie par une disposition spéciale».

[12]) Id., 117, 125, 126: «...3, que législateur a réelement eu l'intention de soumettre les autres cas à une regle opposée ou tout au moins différente... 6) quand les termes de la disposition sont conçus dans un sens limitatif, et quand il résulte de la nature des choses qu'il est convenable de soumettre les cas non prévus à une règle opposée... 7) que l'on puisse admettre que le législateur aurait énoncé ces divers cas dans la même disposition s'il eut voulu les soumettre à la même règle».

[13]) *Wach*, 272 Другіе ученые выражаются менѣе опредѣленно. См. выше прим. 3. Такъ же поступали и старые писатели. Донеллъ, напр., выставляетъ общее опредѣленіе, а затѣмъ приводитъ примѣры *Donellus*, Comment., I, XIV, § 4: «Cum lex nominatim in re aliqua quid statuit, intelligatur, in contraria re contrarium velle, etsi non exprimitur». *Rogerius*, (p. 392) и *Federicis* (II, § 114 ss.) перечисляютъ случаи, когда заключеніе a contrario допустимо, а когда нѣтъ. *Forsterus* (II, c. II, pr., 16) просто ссылается на послѣдняго изъ названныхъ авторовъ. Въ источникахъ римскаго права неоднократно встрѣчаются случаи примѣненія разсматриваемой формы вывода. *Ulpianus*: «Quum lex in praeteritum quid indulget in futurum vetat»

Чтобы вполнѣ выяснить логическій процессъ, къ которому сводится заключеніе a contrario въ примѣненіи къ юридическимъ нормамъ, прибѣгнемъ къ помощи схемы.



K—классъ предметовъ, характеризуемый признакомъ m и состоящій изъ предметовъ *A*, *B*, *C* и *D*. Каждый изъ этихъ предметовъ, кромѣ общаго признака m, имѣетъ еще спеціальный признакъ, отличающій его отъ другихъ предметовъ того же класса: у *A* есть признакъ *n*, у *B*—*p*, у *C*—*t* у *D*—*r*.

Теперь, если намъ дана норма *S* относительно предмета *A*, и мы узнали, что она обусловливается признакомъ *n*, которымъ обладаетъ только *A*, но котораго нѣтъ у *B*, *C* и *D*, то мы съ полною достовѣрностью можемъ заключить, что норма *S* не распространяется на предметы *B*, *C* и *D*.

Силлогистическая формула нашего разсужденія такова.

Классъ *K* состоитъ изъ предметовъ *A*, *B*, *C* и *D*.

Для *A* установлена норма S.

Эта норма зависитъ отъ признака *n*, который имѣется только у *A*

Слѣдовательно, она непримѣнима къ *B*, *C* и *D*.

Изъ этой схемы видно, что заключеніе a contrario состоитъ изъ четырехъ сужденій и представляетъ собою, такимъ образомъ, не простой, а сложный силлогизмъ [14]).

L. 22 D. de leg. (1, 3). *Paulus*: «Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere». L. 18 D. de test. (22, 5). Разборъ послѣдняго примѣра сдѣлалъ *Deutschmann* (61—63).

[14]) Первая посылка этого силлогизма—раздѣлительное сужденіе, выра-

Разсматривая полученный выводъ («норма S непримѣнима къ *B*, *C*, *D*»), мы замѣчаемъ требующее разъясненія обстоятельство. До сихъ поръ мы говорили, что въ результатѣ заключенія a contrario получается новое сужденіе (новая норма) противоположнаго содержанія. Между тѣмъ только что начертанная схема привела только къ тому заключенію, что данная норма, касающаяся предмета *A*, не относится къ предметамъ *B*, *C* и *D*, а никакой противоположной нормы не получилось.

Но дѣло въ томъ, что оба заключенія совершенно тождественны по смыслу и различаются лишь по внѣшней формѣ. Именно, сказать, что сужденіе «собаки добры» непримѣнимо къ кошкамъ, или что норма «владѣніе движимостью служитъ презумпціей права собственности на нее» не распространяется на недвижимость, все равно, что выразиться такъ: «кошки **не** добры» и «владѣніе недвижимостью **не** служитъ презумпціей права собственности на нее». Логическое тождество обоихъ способовъ выраженія объясняется значеніемъ отрицанія. Вопреки традиціонной теоріи, раздѣляющей всѣ сужденія на утвердительныя и отрицательныя, современная логика пришла уже къ выводу, что отрицательныя сужденія представляютъ собою ничто иное, какъ отверженіе истинности какого-либо утвердительнаго сужденія. Говоря «*A* есть *B*», мы соединяемъ эти два понятія; говоря: «*A* не есть *B*», мы въ сущности заключаемъ: «ложно сужденіе, что *A* есть *B*» [15]).

Однако сужденія, получаемыя въ результатѣ заключенія a contrario, не всегда имѣютъ отрицательное значеніе. Если была

женное въ неточной формѣ: сужденіе «классъ *K* состоитъ изъ предметовъ *A*, *B*, *C* и *D*» означаетъ: «предметы класса *K* суть или *A*, или *B*, или *C*, или *D*». (*Sigwart*, I, 300—301; *Ланге*, 96—97). Ср. *Deutschmann*, 57—59; *Wach*, 270.

[15]) *Sigwart*, I, § 20; *Bradley*, 109 ss.; *Ланге*, 66—68; *Wundt*, I, 212 ff. Послѣдній авторъ, впрочемъ, признаетъ за отрицательными сужденіями нѣкоторую самостоятельность. Такъ, онъ замѣчаетъ, что эти сужденія не всегда предполагаютъ какое-либо утвердительное сужденіе. «Если я говорю: «эта башня не высока», то я нисколько не думаю высказать этимъ сужденіе относительно другаго сужденія: «башня высока». Съ психологической точки зрѣнія за-

дана норма утвердительная, то сдѣланное изъ нея заключеніе будетъ, конечно, отрицательнымъ. Но если она была отрицательной, то заключеніе получится утвердительное, такъ какъ двойное отрицаніе равносильно утвержденію (duplex negatio affirmat) [16]).

Напр., изъ утвердительной нормы «благопріобрѣтенныя имѣнія подлежатъ завѣщанію» (ст. 1067 т X ч. 1) слѣдуетъ отрицательная: «родовыя имѣнія не подлежатъ завѣщанію». Наоборотъ, изъ отрицательной нормы: «родовыя имѣнія не подлежатъ завѣщанію» (ст. 1068) вытекаетъ утвердительная: «благопріобрѣтенныя имѣнія **не не** подлежатъ, т. е., значитъ, подлежатъ завѣщанію».

Въ заключеніе нужно сдѣлать еще два замѣчанія.

Одна и та же норма можетъ нерѣдко служить основаніемъ не для одного, а для двухъ и даже нѣсколькихъ выводовъ a contrario. Это бываетъ тогда, когда не только предметъ (логическій субъектъ) нормы, но и другія составныя части ея противополагаются другимъ предметамъ, отношеніямъ и обстоятельствамъ. Возьмемъ, напр., такую норму: родовыя имущества не могутъ быть отчуждаемы безмездными способами. Въ ней противополагаются, съ одной стороны, родовыя имущества — благопріобрѣтеннымъ, а съ другой стороны, безмездные способы отчужденія—возмезднымъ. Поэтому, изъ нея можно сдѣлать два заключенія a contrario: во первыхъ, благопріобрѣтенныя имущества могутъ быть отчуждаемы безмездными способами, а во вторыхъ, родовыя имущества подлежатъ отчужденію возмездными способами Чтобы убѣдиться, что въ обоихъ случаяхъ логическій процессъ одинаковъ, воспроизведемъ его въ силлогистической формѣ.

I. Имущества раздѣляются на родовыя и благопріобрѣтенныя.

мѣчаніе Вундта вѣрно: сужденіе «эта башня не высока» можетъ быть произнесено безъ отношенія къ противоположному утвердительному сужденію «эта башня высока». Однако съ логической точки зрѣнія сужденіе «эта башня не высока» равносильно сужденію: «неправда, что эта башня высока».

[16]) *Ланге*, 72: «Если ложно, что *A* не есть *B*, то истинно, что *A* есть *B*». *Sigwart*, I, § 24; *Bradley*, 149—150.

Родовыя не могутъ быть отчуждаемы безмездными способами.

Эта норма обусловливается спеціальными свойствами родовыхъ имуществъ

Значитъ, она не примѣнима къ благопріобрѣтеннымъ

II. Способы отчужденія имущества раздѣляются на возмездные и безмездные.

Родовыя имущества не подлежатъ безмезднымъ способамъ отчужденія.

Эта норма обусловливается спеціальными свойствами безмездныхъ способовъ.

Значитъ, родовыя имущества подлежатъ отчужденію возмезднымп способами.

Изъ этой схемы обнаруживается, между прочимъ, что для правильности обоихъ заключеній a contrario необходимо, чтобы норма, на основаніи которой они дѣлаются, обусловливалась свойствами, присущими отчасти одному изъ элементовъ ея содержанія, отчасти другому. Въ данномъ случаѣ, напр., должно быть установлено, что запрещеніе отчуждать родовыя имущества безмездными способами вызвано особымъ характеромъ родовыхъ имуществъ и въ то же время спеціальнымъ свойствомъ этихъ способовъ отчужденія—безмездностью ихъ.

Изъ одной и той же формы иногда можно сдѣлать два заключенія a contrario не одновременно, а послѣдовательно, т. е. сначала сдѣлать одно, а затѣмъ изъ полученнаго уже вывода—второе. Поступать такимъ образомъ приходится тогда, когда первое заключеніе оказалось недостаточно опредѣленнымъ и точнымъ.

Изъ 534 ст., напр. (владѣніе движимостью служитъ презумпціей права собственности на нее), мы заключаемъ, что это правило непримѣнимо къ недвижимости, т е что владѣніе недвижимостью не служитъ презумпціей права собственности на нее Но нельзя ли еще узнать, что является такою презумпціей для недвижимости? Въ этомъ случаѣ, очевидно, нельзя, такъ какъ многія обстоятельства способны быть основаніемъ презумпціи: возможно, что собственникомъ недвижимости законода-

тель предполагаетъ того, на чье имя она записана въ крѣпостныхъ книгахъ, или кто за нее платитъ налоги, или кто числится собственникомъ по книгамъ городскихъ или земскихъ учрежденій и т. д. Отдать предпочтеніе одному изъ этихъ возможныхъ основаній, исходя только изъ 534 ст., мы не имѣемъ никакого права тѣмъ болѣе, что законодатель быть можетъ, никакой презумпціи для недвижимости не установилъ и не желалъ установить.

Но возьмемъ 711 ст. 1 ч X т, по которой движимыя имущества могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ словесныхъ сдѣлокъ. Такъ какъ эта норма обусловливается спеціальными свойствами движимостей (это обстоятельство мы для упрощенія вопроса будемъ считать доказаннымъ), то изъ нея вытекаетъ a contrario, что посредствомъ словесныхъ сдѣлокъ нельзя пріобрѣтать права собственности на недвижимости. А посредствомъ какихъ сдѣлокъ можно? Отвѣтить на этотъ вопросъ легко, такъ какъ мы въ состояніи построить второе заключеніе a contrario.

Сдѣлки о пріобрѣтеніи имущества могутъ быть либо письменными, либо словесными.

Недвижимости не могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ словесныхъ сдѣлокъ.

Эта норма обусловливается особенностью словесныхъ сдѣлокъ.

Значитъ, она не распространяется на письменныя, т. е., недвижимости могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ письменныхъ сдѣлокъ.

Сужденіе, получившееся въ результатѣ перваго заключенія a contrario, послужило здѣсь вмѣстѣ съ новымъ раздѣлительнымъ сужденіемъ («сдѣлки объ имуществѣ бываютъ либо словесными, либо письменными») матеріаломъ для второго вывода a contrario.

Другое обстоятельство, на которое нужно обратить вниманіе, состоитъ въ слѣдующемъ. Въ послѣднемъ заключеніи a contrario, третье сужденіе можетъ сразу показаться излишнимъ. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ не правиленъ будетъ такой силлогизмъ.

Сдѣлки объ имуществѣ бываютъ либо письменными, либо словесными.

Сдѣлки о недвижимости не могутъ быть словесными.

Значитъ, онѣ должны быть письменными.

На первый взглядъ это разсужденіе представляется безусловно вѣрнымъ: такъ какъ сдѣлки о пріобрѣтеніи недвижимаго имущества могутъ быть либо словесными, либо письменными, то не вытекаетъ ли отсюда само собою, что если онѣ не должны быть словесными, значитъ, должны быть письменными? Общая формула такого разсужденія («если предметъ допускаетъ только одно изъ двухъ опредѣленій, то отрицая примѣнимость къ нему одного опредѣленія, мы тѣмъ самымъ должны приписать ему другое») представляетъ собою ничто иное, какъ раздѣлительный силлогизмъ [17]), подвергнутый въ нашемъ примѣрѣ небольшому и несущественному измѣненію въ первой посылкѣ. Именно, въ раздѣлительномъ силлогизмѣ субъекты первой и второй посылокъ тождественны, между тѣмъ какъ въ первой посылкѣ этого разсужденія субъектомъ является родъ предметовъ («сдѣлки объ имуществѣ»), а во второй — одинъ изъ видовъ этого рода («сдѣлки о недвижимостяхъ») Но такъ какъ видъ составляетъ логическую часть рода, то опредѣленіе послѣдняго можетъ быть перенесено на него [18]).

Однако нетрудно убѣдиться, что заключеніе a contrario не можетъ быть сведено къ простому раздѣлительному силлогизму. Съ этой цѣлью нужно только разобрать еще пару примѣровъ, совершенно одинаковыхъ по внѣшнему виду съ только что разсмотрѣннымъ.

---

[17]) Въ утвердительной формѣ (modus tollendo ponens):

A есть или *B* или *C*

A не есть *B*

Значитъ, *A* есть *C*.

Sigwart, I, §§ 37, 58; *Wundt*, I, 202—204, 358—359; *Ланге*, 165—166.

[18]) Другими словами, наше разсужденіе можетъ быть представлено съ полною точностью въ такой формѣ:

Сдѣлки объ имуществѣ бываютъ либо письменными, либо словесными.

Сдѣлки о недвижимости суть сдѣлки объ имуществѣ.

Значитъ, онѣ могутъ быть либо письменными, либо словесными.

Но словесныя сдѣлки о недвижимости не допускаются.

Слѣдовательно, сдѣлки о недвижимости должны быть письменными.

Сдѣлки о пріобрѣтеніи имущества бываютъ либо словесными, либо письменными.

Движимости могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ словесныхъ сдѣлокъ.

Значитъ, онѣ не могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ письменныхъ сдѣлокъ.

Этотъ выводъ явно невѣренъ, ибо движимости могутъ быть пріобрѣтаемы какъ словесными, такъ и письменными сдѣлками. А между тѣмъ онъ сдѣланъ по формулѣ раздѣлительнаго силлогизма [19]).

Другой примѣръ.

Вещи бываютъ или движимыя, или недвижимыя (ст. 383).

Недвижимыя вещи распадаются на дѣлимыя и недѣлимыя (ст. 393).

Значитъ, движимыя не распадаются на дѣлимыя и недѣлимыя.

Выводъ опять невѣренъ (ср. стр. 216), хотя тоже сдѣланъ по формулѣ раздѣлительнаго силлогизма.

Если разобрать подробнѣе эти примѣры, то станетъ ясно, почему въ однихъ случаяхъ раздѣлительный силлогизмъ далъ правильное заключеніе a contrario, а въ другихъ неправильное. Когда изъ того, что сдѣлки бываютъ письменными или словесными, и что сдѣлки о пріобрѣтеніи недвижимости не могутъ быть словесными, мы вывели, что онѣ должны быть письменными, то это заключеніе было правильно, ибо воспрещеніе передавать право собственности на недвижимость посредствомъ словесныхъ сдѣлокъ обусловливается спеціальными свойствами этихъ сдѣлокъ, отличающими ихъ отъ письменныхъ: первыя не оставляютъ прочныхъ слѣдовъ своего совершенія и ускользаютъ отъ регистраціи, которая признана необходимой для правъ на не-

---

[19]) Въ отрицательной формѣ (modus ponendo tollens):

A есть или *B* или *C*

A есть *B*

Значитъ, *A* не есть *C*.

движимости. Напротивъ, изъ того, что сдѣлки бываютъ письменными или словесными, и что движимость можетъ быть пріобрѣтаема по словеснымъ сдѣлкамъ, вовсе не вытекаетъ, что она не можетъ быть пріобрѣтаема посредствомъ письменныхъ сдѣлокъ, такъ какъ дозволеніе отчуждать движимость по словеснымъ сдѣлкамъ не вызвано тѣми свойствами, которыми эти сдѣлки отличаются отъ письменныхъ. Законодатель разрѣшаетъ словесныя сдѣлки о движимости не потому, что ему желательно, чтобы онѣ никогда не оставляли прочныхъ слѣдовъ и не подлежали регистраціи, а просто потому, что считаетъ безразличнымъ тотъ или иной способъ ихъ отчужденія и пріобрѣтенія.

Оказывается, такимъ образомъ, что раздѣлительный силлогизмъ приводитъ къ правильному заключенію a contrario не всегда, а только тогда, когда случайнымъ образомъ оказывается, что данная норма обусловлена спеціальнымъ свойствомъ своего предмета, отсутствующимъ у другихъ предметовъ, относительно которыхъ дѣлается выводъ. Слѣдовательно, для того, чтобы получить правильный выводъ, нужно дополнить раздѣлительный силлогизмъ еще одною посылкой, которая устанавливала бы спеціальный характеръ нормы, такъ что заключеніе a contrario всегда должно состоять изъ четырехъ сужденій [20]).

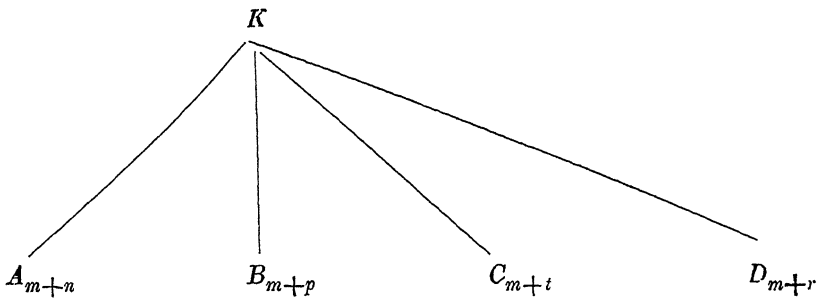
---

[20]) Это обстоятельство признается тѣми немногими авторами, которые замѣтили родство заключенія a contrario съ обыкновеннымъ раздѣлительнымъ силлогизмомъ. Но они выражаются недостаточно ясно и опредѣленно. *Deutschmann*, «Die materielle oder reale Gültigkeit desselben (des disjunktiven Schlusses) hängt, «von der Disjunktion im Obersatze und der Subsumption im Untersatze ab... Es hangt hier alles von der sorgfaltigen Erwagung der Thatumstande des gegebenen Falles, von dem geringeren oder grosseren Scharfblicke und der Tiefe der wissenschaftlichen Bildung des Operirenden ab.» (50). Гораздо точнѣе выражается *Wach*, 270 — 271· «Wir kommen zu solchem Obersatz nur vom Untersatz. Nur ihn stellt das Gesetz auf. Ihm muss die ausschliessliche Wahrheit zu kommen, so dass seine Disposition auf gleichartige, wie auf ungleichartige Thatbestande unanwendbar ist... Bei Gleichartigkeit der Thatbestande kann die Anwendbarkeit der Disposition nur ausgeschlossen sein, wenn ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber die specifi-

§ 3.

Заключеніе по аналогіи.

Возьмемъ опять схему, посредствомъ которой была выяснена сущность заключенія a contrario (стр. 241).



Мы видѣли, что если дана какая-либо норма относительно одного предмета A, и если она обусловливается признакомъ n, который присущъ только этому предмету и не встрѣчается у другихъ предметовъ того же класса K, то по аргументу a contrario можно съ полною достовѣрностью заключить, что эта норма не примѣнима къ остальнымъ предметамъ B, C и D.

Однако, кромѣ этого случая, возможны еще два другіе: норма можетъ зависѣть, во-первыхъ, какъ отъ признака n, такъ и отъ признака m, свойственнаго всѣмъ предметамъ класса K, или же, во-вторыхъ, только отъ признака m. Спрашивается, какія заключенія допустимы въ такихъ случаяхъ?

Если норма обусловлена обоими признаками m и n, то

---

schen Unterscheidungsmerkmale im fraglichen Punkte als wesentliche, für die Disposition bestimmende behandelt hat». Что въ основѣ заключенія a contrario лежитъ раздѣлительный силлогизмъ, это понимали нѣкоторые изъ старыхъ авторовъ. Напр., *Lagus* (Methodica juris utriusque traditio, 1562, p. 58): «Item inducuntur leges a contrario sensu, praesertim si quid in illis constituitur de contrariis, quae medio carent, quae a jurisconsultis nunc vocantur disjuncta. Nam in talibus uno concesso, alterum prohibitum censetur».

самой собой понятно, что она не можетъ относиться къ тѣмъ предметамъ, которые обладаютъ лишь однимъ изъ этихъ признаковъ. Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ тоже должно быть примѣнено заключеніе a contrario.

Совсѣмъ иначе разрѣшается второй случай. Если вполнѣ установлено, что данная норма совершенно не зависитъ отъ признака *n*, характеризующаго предметъ *A* въ отличіе отъ другихъ предметовъ *B*, *C*, *D*, а основывается исключительно на признакѣ *m*, который общъ всѣмъ предметамъ класса *K*, то слѣдуетъ признать, что она можетъ и должна быть распространена и на предметы *B*, *C*, *D*.

Вотъ формула этого разсужденія:

Классъ *K* состоитъ изъ предметовъ *A*, *B*, *C* и *D*.

Для *A* установлена норма *S*.

Эта норма зависитъ отъ признака *m*, свойственнаго предметамъ *A*, *B*, *C* и *D*

Слѣдовательно, она примѣнима и къ предметамъ *B C* и *D*.

Дѣлая такой выводъ, мы переносимъ опредѣленія (*S*) одного предмета (*A*) на другіе (*B*, *C* и *D*) въ виду того, что они тождественны въ томъ признакѣ (*m*), отъ котораго это опредѣленіе исключительно зависитъ, т. е котораго оно касается[21]). Другими словами, мы дѣлаемъ заключеніе на основаніи относительнаго тождества (стр. 214).

Но мы можемъ пойти еще дальше и, принявъ во вниманіе, что предметы *A*, *B*, *C* и *D* исчерпываютъ классъ *K*, заключить, что норма *S* примѣнима ко всему классу *K*. Здѣсь опредѣленіе одного предмета будетъ отнесено къ цѣлому классу опять-таки потому, что касается стороны, которая тождественна у всѣхъ

---

[21]) Строго говоря, опредѣленіе (норма) относится все-таки къ цѣлому предмету. Но такъ какъ оно обусловливается единственно и исключительно признакомъ *m*, то можно сказать, что оно относится къ этому признаку. Примѣръ: зная, что норма «недвижимыя имущества, недѣлимыя по существу, подчиняются особымъ правиламъ при раздѣлѣ наслѣдства» обусловливается исключительно признакомъ «недѣлимости по существу», можно формулировать ее такъ: «недѣлимость недвижимыхъ имуществъ по существу вызываетъ примѣненіе особыхъ правилъ при раздѣлѣ наслѣдства».

предметовъ класса. Этотъ пріемъ—ничто иное, какъ редукція, опирающаяся на относительное тождество (стр. 225).

Особой модификаціей разсматриваемой формы заключенія является тотъ случай, когда дана не одна норма, а нѣсколько, одинаковыхъ по содержанію, но относящихся къ разнымъ предметамъ того же класса Тогда разсужденіе принимаетъ такой видъ.

Классъ *K* состоитъ изъ предметовъ *A*, *B*, *C*, *D*.

Для *A* установлена норма *S*.

Для *B* установлена норма *S*.

Эта норма зависитъ отъ признака *m*, свойственнаго всему классу *K*.

Значитъ, она примѣнима ко всему классу *K*.

Нетрудно замѣтить, что этотъ силлогизмъ представляетъ собою неполную индукцію на основаніи относительнаго тождества предметовъ (стр. 225).

Всѣ разсмотрѣнныя формы выводовъ отъ одного предмета къ другимъ, отъ одного предмета къ цѣлому классу (редукція), или отъ нѣсколькихъ предметовъ къ цѣлому классу (неполная индукція) образуютъ именно то, что извѣстно въ юриспруденціи подъ именемъ *заключенія по аналогіи*.

Отличительныя черты этого заключенія, согласно изложенному, состоятъ въ слѣдующемъ.

1. Основаніемъ всѣхъ трехъ формъ вывода служитъ относительное тождество между предметами Вслѣдствіе этого, примѣняемое въ юриспруденціи заключеніе по аналогіи является вполнѣ достовѣрнымъ (стр. 214), и тѣмъ рѣзко отличается отъ пріема, носящаго это же названіе въ логикѣ (стр. 215).

2. Заключеніе по аналогіи представляетъ собою логическій пріемъ, прямо противоположный заключенію a contrario Первыя двѣ посылки у нихъ одинаковы, а третья и заключеніе различны

K состоитъ изъ *A*, *B*, *C*, *D*

Относительно *A* дана норма *S*.

S зависитъ отъ спеціальнаго признака *n*, присущаго только *A*.	*S* зависитъ отъ признака *m*, общаго *A*, *B*, *C*, *D*, или всему классу *K*.
Значитъ, *S* не распространяется на *B*, *C*, *D*. (Закл. a contrario).	Значитъ, *S* распространяется и на *B*, *C*, *D*, т. е. на весь классъ *K* (Закл. по аналогіи).

3. Изъ сопоставленія обѣихъ схемъ обнаруживается, что для правильности заключенія по аналогіи необходима наличность двухъ условій: 1) нужно знать, къ какому классу принадлежитъ предметъ, относительно котораго дана норма, и 2) должно быть установлено, что эта норма обусловливается исключительно свойствомъ, принадлежащимъ не только данному предмету, но и другимъ предметамъ того же класса

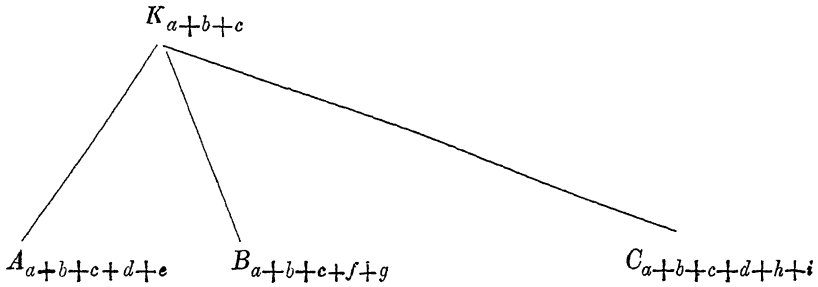
Первое изъ этихъ условій требуется и для заключенія a contrario, второе—прямо противоположно тому, которое необходимо для названнаго заключенія.

Приведемъ примѣръ.

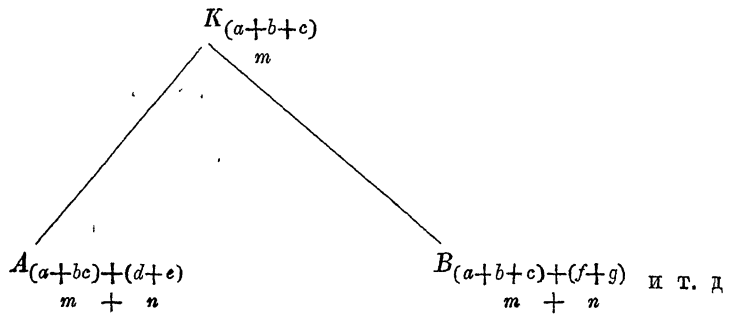
Ст 383 X т. устанавливаетъ дѣленіе имуществъ на движимыя и недвижимыя Затѣмъ, ст. 393 гласитъ: «недвижимыя имущества, когда они могутъ быть раздѣлены на особыя части, такимъ образомъ, что каждая можетъ составлять отдѣльное владѣніе, именуются раздѣльными; когда же они по существу ихъ или по закону, не могутъ подлежать такому раздробленію, то называются нераздѣльными». Такъ какъ эта статья говоритъ только о недвижимостяхъ, то по аргументу a contrario можно было бы заключить, что различіе между раздѣльными и нераздѣльными имуществами не относится къ движимымъ имуществамъ, такъ что не могутъ существовать нераздѣльныя движимости. Однако такое заключеніе неправильно. Раздѣльность или нераздѣльность имущества зависитъ отъ того, допускаетъ ли оно по существу своему или по закону раздробленіе на части, а это качество вовсе не обусловливается тѣмъ признакомъ, которымъ отличаются недвижимыя имущества отъ движимыхъ: способностью къ перемѣщенію безъ вреда для своей цѣлости. Напротивъ, движимыя вещи гораздо чаще не допускаютъ дѣленія по своему существу, чѣмъ недвижимыя: если раздѣлить на части животное или произведеніе искусства (статую, картину), то они утратятъ свою индивидуальность и превратятся въ другіе предметы (куски мяса, обломки гипса, клочки полотна и т. д.) Отсюда видно, что хотя законъ установилъ различіе между раздѣльными и нераздѣльными имуществами только примѣнительно къ недвижимости, однако эта классификація зависитъ отъ такого свойства. которое присуще не однимъ только недвижимымъ имуществамъ, а всему вообще классу тѣлесныхъ имуществъ По-

этому, ст. 393 должна быть распространена и на движимыя имущества (ср. стр. 216).

4. Въ нашей схемѣ классъ K характеризуется только однимъ признакомъ (m), а каждый изъ входящихъ въ него предметовъ двумя признаками. Но процессъ заключенія остается совершенно одинаковымъ и въ болѣе сложныхъ случаяхъ. Положимъ. напр., что классъ K характеризуется тремя признаками a, b, c, а каждый изъ предметовъ класса — пятью.

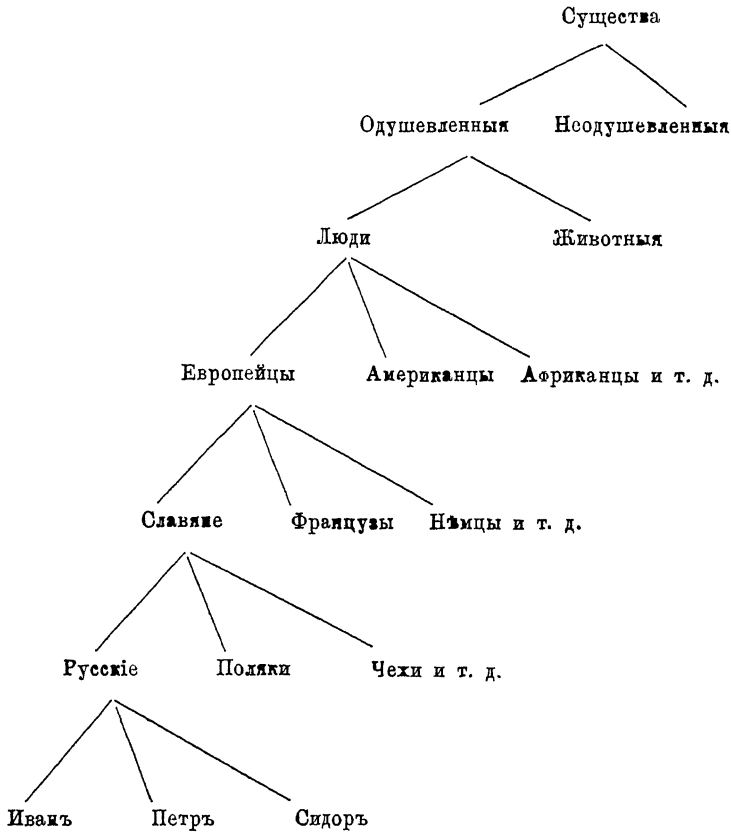


Если имѣется сужденіе (норма) S относительно A, то для того, чтобы сдѣлать заключеніе a contrario или по аналогіи нужно только опредѣлить, зависитъ ли она отъ спеціальныхъ признаковъ A ($d+e$), или же отъ классовыхъ признаковъ ($a+b+c$). Поэтому, первые два признака ($d+c$) можно разсматривать совмѣстно, какъ одинъ сложный признакъ (n), а три классовыхъ признака ($a+b+c$)—какъ другой сложный признакъ—m Тогда получится прежняя схема.



Чтобы убѣдиться, что сущность заключеній a contrario и

по аналогіи не измѣняется и въ болѣе сложныхъ случаяхъ, возьмемъ какую-либо классификацію.



Положимъ, даны три сужденія: «Иванъ гостепріименъ», «Иванъ отличается особою способностью къ усвоенію иностранныхъ языковъ» и «Иванъ смертенъ».

Если будетъ установлено, что первое сужденіе обусловливается только такими свойствами Ивана, которые присущи и другимъ представителямъ русскаго племени, въ отличіе отъ прочихъ славянъ, то изъ сужденія «Иванъ гостепріименъ» мы можемъ вывести два заключенія: по аналогіи—«Петръ, Сидоръ и вообще русскіе гостепріимны» и a contrario—«прочіе славяне не гостепріимны».

Изъ второго сужденія, если доказано, что оно обусловливается исключительно принадлежностью Ивана къ славянскому племени, вытекаютъ тоже два заключенія: по аналогіи — «Петръ, Сидоръ и вообще всѣ славяне отличаются особою способностью къ усвоенію иностранныхъ языковъ», и a contrario — «французы, нѣмцы и прочіе народы не отличаются особой способностью къ этому».

Точно также и третье сужденіе, основывающееся на свойствахъ каждаго живого организма, даетъ право сдѣлать выводы: «Петръ, Сидоръ и вообще всѣ великороссы, малороссы и бѣлоруссы, всѣ славяне, французы, нѣмцы, словомъ, всѣ люди и, наконецъ, всѣ живыя существа смертны» и, наоборотъ, «неодушевленные предметы не смертны».

Этотъ примѣръ показываетъ, что изъ сужденія объ одномъ предметѣ могутъ быть дѣлаемы заключенія a contrario и по аналогіи не только къ ближайшему классу, но и къ болѣе отдаленнымъ видамъ и родамъ предметовъ въ зависимости отъ того, какими признаками (индивидуальными, классовыми, видовыми, родовыми т. д.) обусловливается данное сужденіе.

Итакъ, одна и та же норма можетъ служить матеріаломъ для заключеній по аналогіи и a contrario. Чтобы рѣшить, какое изъ нихъ слѣдуетъ сдѣлать въ томъ или иномъ частномъ случаѣ, нужно узнать, какимъ именно признакомъ регулируемаго предмета обусловливается данная норма. Какъ же это можетъ быть сдѣлано?

Признакъ предмета, обусловливающій норму является ея основаніемъ. Слѣдовательно, вопросъ сводится къ раскрытію основанія нормы. Какъ мы видѣли, основаніе нормы иногда само по себѣ очевидно, иногда явствуетъ изъ рубрики, подъ которой она помѣщена, а иногда сообщается законодателемъ либо въ текстѣ нормы, либо въ какомъ-либо постороннемъ источникѣ (стр. 145). Въ этихъ случаяхъ свѣдѣнія относительно основанія нормы являются безусловно достовѣрными.

Но такіе случаи сравнительно очень рѣдки: обыкновенно основаніе нормы съ достовѣрностью неизвѣстно. Тогда прихо-

дится избирать одно изъ двухъ: либо отказаться отъ заключеній по аналогіи и a contrario изъ данной нормы, либо довольствоваться вѣроятнымъ предположеніемъ относительно ея основанія. Первый путь привелъ бы къ тому, что пробѣлъ въ правѣ, который должно устранить логическое развитіе нормы, остался бы невосполненнымъ т. е., другими словами, цѣль толкованія не была бы достигнута. Поэтому, необходимо предпочесть второй путь и, за невозможностью опереться на достовѣрное основаніе какой-либо нормы, принять къ руководству наиболѣе вѣроятное

Спрашивается теперь, какъ же слѣдуетъ поступать, чтобы опредѣлить, по крайней мѣрѣ, вѣроятное основаніе нормы?

Въ виду того, что основаніе нормы ничто иное, какъ причина ея возникновенія (стр. 79), нужно разсмотрѣть, не могутъ ли быть примѣнены къ его раскрытію пріемы, рекомендуемые логикой для установленія причинной связи между естественными явленіями. Такими пріемами являются методы индуктивный, дедуктивный и обратно—дедуктивный [22]).

Индуктивный методъ состоитъ изъ четырехъ пріемовъ, или стадій: 1) предварительнаго наблюденія и анализа изучаемыхъ явленій съ цѣлью разложить ихъ на составные элементы, 2) построенія гипотезы о причинной связи между какими-либо изъ этихъ элементовъ, 3) вывода заключеній изъ этой гипотезы и 4) повѣркѣ ихъ на фактахъ [23]). Вотъ самый простой примѣръ. Если намъ нужно узнать, почему стеклянная палочка пріобрѣтаетъ электрическія свойства, когда ее потереть шелкомъ, то мы прежде всего анализируемъ это явленіе и убѣждаемся, что при-

---

[22]) Ихъ не слѣдуетъ смѣшивать съ индукціей и дедукціей, представляющими собою простыя формы вывода (отъ частнаго къ общему и обратно), тогда какъ индуктивный и дедуктивный методы слагаются изъ цѣлаго ряда болѣе или менѣе сложныхъ пріемовъ.

[23]) *Джевонсъ*, Основанія логики, 1878, 77; *Джевонсъ*, Основы науки, 252—253; *Wundt*, I, 25, 359 ff; *Sigwart*, II, § 95; *Ланге*, 227 и сл; *Троицкій*, II, 176 и сл.; *Милль*, I, 432 и сл. (не упоминаетъ о необходимости гипотезы, хотя въ другомъ мѣсто близко подходитъ къ этому: II, 8 и сл.). Ср. *Лейкфельдъ*, Логическое ученіе объ индукціи и пр., 1896. О понятіи «причины» см. обзоръ мнѣній у *Троицкаго*, II, 163.

чиной его могутъ служить: форма палочки, ея составъ, температура, цвѣтъ шелка, треніе и т д. Затѣмъ, мы предполагаемъ, что причиной является форма палочки, и выводимъ отсюда заключеніе, что если взять вмѣсто круглой палочки квадратную, то она отъ тренія шелкомъ не наэлектризуется. Провѣривъ это заключеніе посредствомъ опыта, мы убѣдимся, что оно ложно, и что, значитъ, наша гипотеза была невѣрна. Тогда мы обращаемся къ другимъ обстоятельствамъ и поочередно строимъ на нихъ гипотезы, пока не дойдемъ до такой, которая окажется согласной съ фактами[24]).

Дедуктивный методъ отличается отъ индуктивнаго тѣмъ, что мѣсто гипотезы занимаютъ въ немъ уже установленные индуктивнымъ путемъ законы природы, изъ которыхъ дѣлается выводъ къ частнымъ случаямъ, провѣряемый на фактахъ[25]). Этотъ методъ примѣняется въ физическихъ наукахъ, обладающихъ точными законами. Напр., установить причину тяжести тѣлъ можно такимъ путемъ. «Во 1, на основаніи движеній луны доказано, что земля притягиваетъ ее съ силою, измѣняющеюся въ обратномъ отношеніи къ квадратамъ разстояній. Это соотвѣтствуетъ первому, или чисто индуктивному шагу, опредѣленію закона причины. Во 2, на основаніи этого закона и прежде добытаго знанія о среднемъ разстояніи луны отъ земли и о настоящей величинѣ отклоненія луны отъ касательной, обнаружено, съ какою скоростью земля заставила бы луну упасть, если бы она не была отъ земли дальше земныхъ тѣлъ и не подвергалась, болѣе ихъ, дѣйствію внѣшнихъ силъ. Это второй шагъ умозаключенія. Наконецъ, если эту вычисленную скорость сравнить съ наблюденною скоростью, съ которою всѣ тяжелыя тѣла падаютъ, вслѣдствіе одной тяжести, къ поверхности земли, то оба количества оказываются совпадающими[26])».

Третій методъ — обратно-дедуктивный — начинается индуктивнымъ изслѣдованіемъ данныхъ явленій, а полученныя въ результатѣ обобщенія (эмпирическіе законы) провѣряются де-

---

[24]) *Ланге*, 230.

[25]) *Милль*, I, 517 и сл.; *Bain*, l. III, ch. X; *Снегиревъ*, 264—269.

[26]) *Милль*, II, 10—11.

дукціей изъ общихъ, уже установленныхъ законовъ природы. Такъ, изучая зависимость между какими-либо соціальными явленіями, необходимо путемъ наблюденія возможно большаго числа случаевъ вывести обобщенія, а затѣмъ «связать ихъ съ законами человѣческой природы посредствомъ дедукцій, показывающихъ, что такихъ-то производныхъ законовъ естественно ожидать, какъ слѣдствій законовъ первоначальныхъ» [27]). Этотъ методъ рекомендуется въ особенности для соціальныхъ наукъ, имѣющихъ дѣло съ чрезвычайно сложными явленіями [28]).

Такъ какъ юридическія нормы представляютъ собою извѣстную группу соціальныхъ явленій, то именно къ послѣднему, обратно-дедуктивному методу слѣдовало бы прибѣгнуть, если бы предстояло раскрыть причинную зависимость этихъ явленій отъ другихъ соціальныхъ фактовъ (политическихъ, экономическихъ, этическихъ и т. д.) и законы взаимодѣйствія между ними. Но въ настоящемъ случаѣ задача не такова. Для цѣлей логическаго развитія нормъ нѣтъ надобности предпринимать столь сложныя и трудныя изысканія. Чтобы опредѣлить, какого рода выводъ можно сдѣлать изъ данной нормы (по аналогіи или a contrario), не нужно знать всей совокупности соціальныхъ условій, вызвавшихъ къ жизни норму, а достаточно получить свѣдѣнія относительно одного обстоятельства: зависитъ ли постановленіе данной нормы отъ спеціальнаго (индивидуальнаго) признака регулируемаго ею предмета или отъ видового (или родового). Для опредѣленія этого обстоятельства оказывается наиболѣе пригоднымъ первый — индуктивный методъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если намъ дана какая-либо норма S, относящаяся къ предмету A, и если намъ нужно узнать, какимъ признакомъ A она обусловливается, то мы должны, конечно,

---

[27]) *Миллъ*, II, 496.

[28]) *Миллъ*, II, 490 и сл. *Aug. Comte*, Cours de philosophie positive, 2 éd., 1864, IV, 328 ss; *Bain*, l. 5, ch. VII, § 32 (рус. переводъ этой главы изданъ подъ заглавіемъ: «Логика общественныхъ наукъ», М. 1882, стр. 30—33). Ср *Сергѣевичъ*, Задачи и методы государственныхъ наукъ, 1871, 178 и сл.; *Де-Роберти*, Политико-экономическіе этюды, 1869, 192 и сл.

прежде всего подвергнуть *A* анализу, чтобы опредѣлить его признаки и отдѣлить индивидуальные отъ видовыхъ, родовыхъ и т. д. Затѣмъ, слѣдуетъ прибѣгнуть къ гипотезѣ и предположить, что причиной (основаніемъ) нормы служитъ одинъ изъ этихъ признаковъ. Изъ этого предположенія логически вытекаютъ нѣкоторыя слѣдствія. Провѣрка ихъ на фактахъ обнаружитъ, правильно ли было наше предположеніе или нѣтъ. Если оно окажется правильнымъ, значитъ, основаніе нормы опредѣлено; если оно не подтвердится, то нужно будетъ перейти къ другому признаку, поступить такъ же, какъ съ предыдущимъ, и продолжать это изслѣдованіе до тѣхъ поръ, пока одна изъ гипотезъ не совпадетъ съ фактами, или же пока не останется одинъ послѣдній признакъ, который можно безъ дальнѣйшаго изслѣдованія признать основаніемъ нормы, такъ какъ всѣ остальные устранены.

Если сравнить этотъ процессъ съ описаннымъ выше индуктивнымъ методомъ, то сразу станетъ понятно, что они тождественны между собою. Дальнѣйшаго разъясненія требуетъ только одно обстоятельство: какимъ образомъ должна происходить повѣрка гипотезы относительно причины изучаемаго явленія.

Въ примѣненіи къ естественнымъ явленіямъ эта повѣрка сводится къ слѣдующимъ пріемамъ. Предположивъ, что причиной даннаго явленія *A* служитъ явленіе *P*, и заключая изъ этого, что если имѣется на лицо одно изъ нихъ, то будетъ другое и, наоборотъ, когда нѣтъ одного, не будетъ и другаго, мы должны отыскать (или воспроизвести искусственнымъ образомъ) такіе случаи, которые либо различны во всѣхъ отношеніяхъ, за исключеніемъ того, что явленію *A* неизмѣнно предшествуетъ явленіе *P*, либо сходны во всемъ, кромѣ того, что отсутствію *A* неизмѣнно сопутствуетъ отсутствіе *P*. Тогда наша гипотеза будетъ подтверждена. Первый способъ называется *методомъ совпаденія* (согласія), а второй — *методомъ различія* (разницы). Если они соединяются вмѣстѣ, то получается *соединенный методъ совпаденія и различія*. Особой формой метода различія является *методъ остатковъ*, состоящій въ томъ, что изъ сложнаго случая нужно исключить тѣ его части, которыя по прежнимъ изслѣдованіямъ оказались слѣдствіемъ нѣкоторыхъ пред-

шествующихъ явленій, и полученный остатокъ будетъ слѣдствіемъ остальныхъ предшествующихъ явленій [29]).

Всѣ эти методы примѣнимы и къ юридическимъ нормамъ.

1. Схема метода совпаденія такова: если въ одномъ случаѣ за явленіями *ABC* слѣдовали явленія *PQR*, а въ другомъ случаѣ за явленіями *ADE* слѣдовали явленія *PST*, то явленіе *A* есть причина явленія *P* [30]). Такъ напр., химикъ беретъ натрій и соединяетъ его съ жиромъ; при извѣстныхъ условіяхъ, результатомъ будетъ смывающее жирное вещество или просто «мыло»; далѣе онъ соединяетъ натръ съ пальмовымъ кокосовымъ масломъ—результатъ тотъ же. Онъ беретъ другое вещество — кали, соединяетъ его съ тѣми же веществами, потомъ съ тресковымъ жиромъ, конопляннымъ, льняннымъ масломъ, — въ результатѣ опять получается мыльное вещество только въ жидкомъ видѣ. При всемъ разнообразіи соединеній, онъ имѣетъ одно всѣмъ имъ общее обстоятельство, именно, что во всѣхъ случаяхъ въ различной формѣ и видахъ соединяется щелочное

---

[29]) Эти методы впервые точно формулировалъ *Милль* (I, 442 — 492), предшественниками котораго были въ данномъ вопросѣ *Бэконъ* и *Гершель* (Философія естествознанія, 1868). Милль называетъ еще одинъ индуктивный методъ: *сопутствующихъ измѣненій*. Но изъ того, что измѣненіе одного явленія влечетъ за собою измѣненіе другаго, еще не слѣдуетъ, что первое есть причина второго: оба они могутъ быть слѣдствіями какой-либо общей причины. «Напр., при сжатіи газа одинаково возрастаетъ какъ его теплопроводность, такъ и диффузія, однако ни теплопроводность не есть причина диффузіи, ни диффузія—теплопроводности». *Ланге*, 236. Поэтому методъ сопутствующихъ измѣненій устанавливаетъ только существованіе между явленіями какой-либо связи, но не открываетъ ихъ причинъ. На это указалъ самъ *Милль* (II, 459 и сл.). Обо всѣхъ методахъ говорятъ: *Троицкій*, II, 190 и сл.; *Владиславлевъ*, 198 и сл.; *Минто*, 380 и сл.; *Лейкфельдъ*, 167 и сл.; *Sigwart*, II, § 95; *Снегиревъ*, 256 и сл. *Wundt* объединяетъ всѣ методы въ одной формулѣ: «Unter den eine Erscheinung begleitenden Umstanden sind diejenigen als wesentliche Bedingungen derselben anzusehen, deren Beseitigung die Erscheinung selber beseitigt, und deren quantitative Veränderung eine quantitative Veränderung der Erscheinung herbeiführt».

[30]) *Ланге*, 230—231.

вещество съ маслянистымъ. Онъ заключаетъ, что это соединеніе имѣетъ своимъ слѣдствіемъ образованіе мыла, что оно есть причина образованія мыла» [31]).

Въ статьяхъ 991 и 2114 содержится три нормы: 1) завѣщаніе, прикрывающее собою дареніе, считается дареніемъ, 2) дареніе прикрывающее завѣщательное распоряженіе, обсуждается, какъ завѣщаніе, и 3) поклажа, подъ которой скрывается заемъ, признается займомъ.

Сравнивая эти нормы, можно замѣтить, что онѣ устанавливаютъ одно и то же правило для весьма разнородныхъ сдѣлокъ: завѣщаніе— безмездная, односторонняя сдѣлка на случай смерти; дареніе — безмездная, односторонняя сдѣлка между живыми; поклажа—двусторонняя сдѣлка между живыми, иногда безмездная, иногда возмездная, имѣющая предметомъ передачу владѣнія индивидуально-опредѣленнымъ имуществомъ; заемъ — двусторонняя возмездная сдѣлка между живыми, касающаяся передачи права собственности на замѣнимыя вещи. Но при всемъ различіи нормируемые случаи имѣютъ и нѣчто общее, именно, во всѣхъ трехъ нормахъ рѣчь идетъ о сдѣлкахъ, прикрывающихъ другія сдѣлки, т. е о такъ называемой симуляціи въ сдѣлкахъ. Отсюда мы заключаемъ, что именно симуляція и служитъ основаніемъ правила, выраженнаго въ трехъ приведенныхъ нормахъ (стр. 227).

2 Схема метода различія: если въ одномъ случаѣ за явленіями *ABC* слѣдовали явленія *PQR*, а въ другомъ случаѣ за явленіями *BC* слѣдовали явленія *QR*, значитъ явленія *A* есть причина явленія *P*. Напр., «когда у кого-либо прострѣлено сердце, указанный методъ открываетъ намъ, что человѣкъ убитъ выстрѣломъ; непосредственно передъ тѣмъ, при всѣхъ тѣхъ же обстоятельствахъ, за исключеніемъ раны, онъ былъ полонъ жизни» [32]) Слѣдовательно, причиной смерти послужило нанесеніе раны.

Подобнымъ же образомъ мы разсуждаемъ, сопоставляя двѣ нормы, сходныя во всемъ, за исключеніемъ одного какого-либо обстоятельства.

---

[31]) *Снегиревъ*, 256.

[32]) *Миллъ*, 447.

Ст 619 т. X ч. 1: «владѣлецъ *недобросовѣстный* отвѣтствуетъ за всякій вредъ и ущербъ въ имуществѣ, не только по волѣ его и съ умысломъ причиненный, но и происшедшій отъ доказанной его небрежности».

Ст. 634: «владѣвшій имѣніемъ *добросовѣстно* не подлежитъ отвѣтственности не только за случайное . поврежденіе какихъ-либо въ возвращаемомъ имѣніи предметовъ но даже и за то, которое могло бы быть приписано его небреженію».

Обѣ нормы говорятъ объ отвѣтственности незаконныхъ владѣльцевъ чужого имущества и опредѣляютъ размѣръ ея различно, въ зависимости отъ добросовѣстности или недобросовѣстности владѣльца. Но недобросовѣстность владѣльца состоитъ въ знаніи имъ того обстоятельства, что имущество принадлежитъ другому, а добросовѣстность — въ отсутствіи такого знанія (ст. 529, 530, 626 т. X ч. 1) Оказывается такимъ образомъ, что это знаніе является причиной отвѣтственности владѣльца за небрежность, ибо такая отвѣтственность установлена для тѣхъ случаевъ, когда указанное знаніе имѣется на лицо (ст. 619), и отсутствуетъ, если его нѣтъ (ст. 634).

Не останавливаясь на подробномъ изслѣдованіи остальныхъ индуктивныхъ методовъ, такъ какъ въ основаніи ихъ лежатъ два только что разсмотрѣнные, обратимся къ выясненію принципіальнаго вопроса относительно достовѣрности результатовъ, получаемыхъ съ ихъ помощью.

Основой для нихъ служитъ законъ причинности, заключающійся въ томъ, что всякое явленіе имѣетъ свою причину, и что однѣ и тѣ же причины производятъ тождественныя явленія [33]). Однако изъ этого закона вовсе не слѣдуетъ, что каждое явленіе можетъ быть произведено только одною причиной. Напротивъ, наблюденіе дѣйствительности показываетъ, что разныя причины способны вызывать одинаковыя явленія: сообщить, напр, теплоту предмету въ состояніи не только лучи солнца, но и электрическій токъ, и химическое соединеніе, и треніе. Съ другой стороны, любая причина можетъ въ одномъ случаѣ произвести

[33]) *Милль*, I, 377 и сл; *Ланге*, 228, *Троицкій*, II, 158 и сл.

одно слѣдствіе, въ другомъ случаѣ совершенно иное, въ зависимости отъ вліянія содѣйствующихъ или препятствующихъ ей причинъ: сильный ударъ способенъ либо привести предметъ въ движеніе, либо разбить его, либо нагрѣть, смотря потому, мѣшаютъ ли другія причины движенію этого предмета или нѣтъ. Вслѣдствіе этихъ двухъ обстоятельствъ (множественности причинъ и смѣшенія ихъ дѣйствій), индуктивные выводы отъ наличности причины къ наличности слѣдствія и обратно представляются не достовѣрными, а только вѣроятными (ср. стр. 229 и сл.)[34])

Такимъ же гипотетическимъ характеромъ отличаются они —и даже еще въ большей степени,—когда примѣняются не къ явленіямъ природы, а къ юридическимъ нормамъ. Въ самомъ дѣлѣ, законъ причинности по отношенію къ нормамъ получаетъ слѣдующій видъ: каждая норма имѣетъ свое основаніе, а одинаковыя основанія вызываютъ одинаковыя нормы. Однако послѣднее положеніе не представляетъ собою безусловной истины. Мы думаемъ, что одинаковыя основанія повели къ изданію одинаковыхъ нормъ, только потому, что считаемъ законодателей послѣдовательными. Но это не болѣе, какъ презумпція, нерѣдко опровергаемая дѣйствительностью: совершенно одинаковые случаи иной разъ нормируются законодателемъ различно, а различные — одинаково. Отсюда ясно, что посредствомъ индуктивныхъ методовъ опредѣляются не достовѣрныя, а лишь вѣроятныя основанія нормъ.

Но даже и такой результатъ можно получить далеко не всегда, ибо для примѣненія индуктивнаго метода необходима наличность по меньшей мѣрѣ двухъ допускающихъ сравненіе нормъ. Между тѣмъ очень часто заключеніе по аналогіи или по противоположности приходится дѣлать изъ такой нормы, которую нельзя сопоставить ни съ какой другой. Въ такихъ случаяхъ, не имѣя возможности раскрыть наиболѣе вѣроятное основаніе съ помощью индуктивнаго метода, мы съ одинаковымъ правомъ можемъ сдѣлать изъ данной нормы какъ заключеніе a contrario,

---

[34]) *Милль*, I, 492—517; *Ланге*, 234, *Sigwart*, II, 497 ff.; *Bradley*, 338 ss.; *Лейкфельдъ*, 178 и сл., 213 и сл.

такъ и заключеніе по аналогіи. Вслѣдствіе этого мы попадаемъ въ такое же положеніе, въ какое насъ ставитъ неразъяснимая посредствомъ реальнаго толкованія двусмысленность нормъ. Въ обоихъ случаяхъ возможно только два выхода: или оставить вопросъ неразрѣшеннымъ, на что толкователь не имѣетъ права, или изъ двухъ возможныхъ рѣшеній избрать лучшее, а если оба одинаково хороши, то болѣе вѣроятное по какимъ-либо другимъ соображеніямъ. Иначе говоря, нужно, отдавая преимущество заключенію по аналогіи или a contrario, руководствоваться тѣми же правилами, которыми опредѣляется выборъ одного изъ значеній двусмысленной нормы (стр. 188 и сл.). Не приводя этихъ правилъ, дабы не повторяться, ограничимся парою примѣровъ

Въ статьѣ 994 т. X ч. 1 («родители и восходящіе родственники властны выдѣлять дѣтей своихъ и потомковъ, назначая имъ часть изъ своего имущества») рѣчь идетъ только о родственникахъ по прямой линіи. Возникаетъ вопросъ: допустимъ ли выдѣлъ имущества боковымъ родственникамъ или нѣтъ? Если сдѣлать изъ 994 ст заключеніе по аналогіи, то получится утвердительный отвѣтъ; наоборотъ, заключеніе a contrario дастъ отрицательный отвѣтъ. Такъ какъ основаніе 994 ст. съ достовѣрностью неизвѣстно, то оба мнѣнія представляются вѣроятными и имѣютъ защитниковъ въ литературѣ [35]). Преимущество должно быть отдано тому изъ нихъ, которое будетъ признано болѣе цѣлесообразнымъ, т. е. болѣе соотвѣтствующимъ существу нормируемыхъ отношеній, такъ какъ съ точки зрѣнія справедливости оба одинаковы [36]). Для этого нужно подвергнуть изслѣдованію вопросъ, что такое выдѣлъ, каковы его цѣль и значеніе

Такимъ же путемъ долженъ быть разрѣшенъ и другой вопросъ, возбуждаемый выдѣломъ. Именно, по ст. 974 дареніе уничтожается, если получившее даръ лицо «учинитъ покушеніе

---

[35]) Перваго держатся, напр., гг. *Побѣдоносцевъ* (Курсъ II, 1896. 431) и *Шершеневичъ* (Учебникъ 624—625), второго—*Оршанскій* (II, 49).

[36]) Признавъ, что нельзя выдѣлять боковыхъ родственниковъ, мы не лишаемъ ихъ права получать тоже самое имущество въ даръ.

на жизнь дарителя, причинить ему побои, угрозы» и т. д. Такъ какъ выдѣлъ принадлежитъ къ одному съ дареніемъ классу сдѣлокъ (безмездныхъ между живыми), то является возможность сдѣлать изъ 974 ст. заключеніе или по аналогіи, или a contrario. Если 994 ст. обусловливается классовыми признаками даренія (принадлежностью къ безмезднымъ сдѣлкамъ между живыми), то ее слѣдуетъ распространить и на выдѣлъ. Если же она зависитъ также и отъ спеціальнаго признака даренія, на которомъ основано различіе между дареніемъ и выдѣломъ (дареніе не имѣетъ никакого отношенія къ наслѣдованію, а выдѣлъ тѣсно связанъ съ нимъ), то нужно заключить a contrario, что она непримѣнима къ выдѣлу. Но въ чемъ именно состоитъ ея основаніе, съ полною точностью неизвѣстно. Поэтому, изъ двухъ указанныхъ заключеній заслуживаетъ предпочтенія то, которое по сравнительномъ изслѣдованіи окажется лучшимъ, т. е. болѣе справедливымъ и цѣлесообразнымъ.

Вопросъ о сущности и условіяхъ заключенія по аналогіи очень часто обсуждался въ юридической литературѣ, вызывалъ много споровъ и по настоящее время остается во многихъ отношеніяхъ невыясненнымъ.

Римскіе юристы, упоминая объ этомъ пріемѣ, характеризуютъ его просто, какъ заключеніе по сходству [37]), и объявляютъ непримѣнимымъ къ нормамъ такъ наз. особеннаго права[38]).

---

[37]) *Iulianus*: «Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, *ad similia procedere* atque ita jus dicere debet». L. 12 D. de leg. (1,3). Ср. L. 13, 14 eod Любопытно, что уже Талмудъ предписывалъ судьямъ «сравнивать подобное съ подобнымъ». *Fassel*, Das mosaisch—rabbinische Civilrecht, 1852, 5. Аналогичные изреченіямъ римскихъ юристовъ цитаты изъ Цицерона, Квинтиліана и друг. автор. у *Mühlenbruch'a* (§ 64, Anm. 2). Въ римскомъ правѣ распространеніе нормъ по аналогіи производилось съ помощью фикцій и actiones utiles. *Savigny*, 295.

[38]) *Paulus*: «Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias». L. 14 D. de leg. (1, 3). *Paulus*: «Quae propter ne-

Въ послѣдующей литературѣ, начиная со среднихъ вѣковъ вплоть до первой половины XIX в., наблюдается чрезвычайная путаница понятій по разсматриваемому вопросу. Съ одной стороны, господствовавшее въ теченіе многихъ вѣковъ смѣшеніе основанія закона (ratio) съ внутреннимъ смысломъ его (mens, sententia)[39]) привело къ полному смѣшенію заключенія по аналогіи съ распространительнымъ толкованіемъ[40]). Съ другой стороны, подъ понятіе аналогіи подводились самые различные пріемы[41]), въ томъ числѣ выводы отъ общаго къ

---

cessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi». L. 162 D. de reg jur. (50, 17). *Bulgarus*, 100· «Quae propter necessitatem id est utilitatem et aequitatem recepta sunt, non trahuntur in argumentum id est ad consequentias». Ср. *Cujacii* Opera, VIII, 847. *Donelli* Comment. I, XIV, § 12: «contra rationem juris communis recepta exceptiones quaedam sunt a jure communi. Qui ex regula certos casus excipit, hoc ipso regulam in certis casibus voluntate sua confirmare intelligitur». Не допускалось примѣненіе аналогіи и къ привилегіямъ въ тѣсномъ смыслѣ слова. L 1 § 2 D. de const. princ. (1,4): «Plane ex his (constitutionibus principis) quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur; nam quae princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur». *Donelli* Comm., I, XIV, § 11.

[39]) См. стр. 168, прим. 47.

[40]) *Donelli* Comment. I, XIV, §§ VI, VIII; *Rogerius*, p. 386, 20; *Federicis*, p. IV; *Forsterus*, II, c. II, § 1; *Ekchardus*, § XXXXI; *Hufeland*, 184; *Gluck*, 254 ff. Тибо тоже считалъ заключеніе по аналогіи распространительнымъ толкованіемъ согласно основанію закона, но отличалъ его отъ распространительнаго толкованія согласно мысли законодателя. *Thibaut*, Auslegung, §§ 2, 17. Смѣшиваются оба эти пріема и писателями послѣдующаго времени: *Mailher de Chassat*, 226 ss.; *Delisle*, II, 379 ss.; *Laurent*, 351 — 353, и друг.

[41]) *Eckhardus*, II, § CVI: «Quod alii systema dicunt, nos analogiam juris vocamus». Id., II, § CVII: «Ex quo conficitur, variis modis argumenta ab analogia peti posse, nimirum si quaestio dubia ad principium non dubium ipsius juris publici, vel ex jure publico universali, vel alia disciplina petitum refertur, aut ex rationibus formae imperii, aut ex historia probabiles conclusiones ad quaestionem explicandam vel decidendam ducuntur».

частному (простая дедукція) [42]), ограничительное толкованіе [43]) и даже заключеніе a contrario [44]). Тѣ же ученые, которые считали аналогію заключеніемъ по сходству, расходились между собою въ опредѣленіи того, что собственно нужно понимать подъ сходствомъ: подобіе ли нормируемыхъ отношеній, тождество ли основаній законовъ или просто сходство этихъ основаній, причемъ путали тождество со сходствомъ [45]). Вмѣстѣ съ тѣмъ они не выясняли общихъ условій примѣненія анало-

---

[42]) *Moser*· «Analogie ist und heisst, wenn ich aus einem Recht, Fall, Satz u. s, w einen Schluss auf ein anderes Recht oder einen andern Fall oder Satz mache, ingleichen wenn ich aus einem allgemeinen Satz Schlusse und Folgerungen auf besondere Falle ziehe». (цит. у Экгарда: II, § CVII; см. тамъ же цитаты изъ другихъ авторовъ). Ср. *Thibaut*. 114; *Gluck*, 262 — 263; *Thol*, 157—158.

[43]) *Thibaut*, 115: «Geisler will nicht bloss die ausdehnende Erklarung.., sondern auch die einschränkende Erklarung.. Analogie gennant wissen».

[44]) *Gluck*, 263· «Ich stelle mir unter der Analogie des Rechts uberhaupt genommen nichts anders vor, als eine in den Worten des Gesetzes nicht ausdrucklich enthaltene, sondern aus der Absicht und den Bestimmungsgrunden des Gesetzgebers gefolgerte Entscheidung eines unentschiedenen Rechtsfalls, und theile sie.. in diejenige, welche durch ein Argument von ahnlichen Fallen, und diejenige, welche durch einen Schluss von entgegengesetzen Fallen gefunden wird...». Аналогично: *Zachariae*, 136—138. Критику мнѣнія Глюка см. у *Thibaut*, Auslegung, § 28.

[45]) *Federicis*, pars IV, § 8: «Verbum similitudo tripliciter accipitur. Uno modo pro identitate.. secundo modo pro paritate . tertio modo proprie scilicet pro convenientia accidentium ad diversas species». *Donelli* Comment., I, XIV, § 6: «ad alios casus similes... ad omnes ejusdem generis aut similes tum res, tum personas». *Forsterus*, II, c II, pr., 7: «Baldus dicit, quod interpretatio extensiva sit, ubicunque deficientibus verbis trahitur legis effectus ad aliud per similitudinem rationes». Самъ Форстеръ смѣшиваетъ сходство основанія съ тождествомъ (II, § I, 20, 21: «si ratio est eadem, tunc non est tam extensio, quam comprehensio... Propter identitatem rationis lex extendi potest». Противъ возможности дѣлать заключенія по простому сходству основанія возражали *Gluck* (259 — 261), *Thibaut*, (Auslegung, § 17), *Vangerow*, § 25.

гіи [46]), а перечисляли отдѣльныя категоріи нормъ и случаевъ, когда оно допустимо, а когда нѣтъ [47]).

Только въ половинѣ XIX в. начала вырабатываться болѣе стройная теорія, господствующая въ настоящее время и сводящаяся къ слѣдующимъ общимъ положеніямъ.

Заключеніемъ по аналогіи (или просто аналогіей) называется разрѣшеніе непредусмотрѣннаго дѣйствующимъ правомъ случая на основаніи нормы, опредѣляющей сходный случай. Если эта норма выражена въ законѣ, то распространеніе ея на сходный случай будетъ *аналогіей закона*; если же она должна быть предварительно извлечена изъ общихъ принциповъ дѣйствующаго права, то получается *аналогія права* [48]). Допустимость такого распространенія дѣйствія нормъ основывается, съ одной стороны, на необходимости восполнять пробѣлы въ правѣ [49]), а съ другой стороны, на предположеніи, что законодатель справедливъ, и что, слѣдовательно, если бы онъ предусмотрѣлъ данный случай, то нормировалъ бы его точно такъ же, какъ счелъ нужнымъ нормировать сходные съ нимъ по существу случаи

---

[46]) *Thibaut*, 121: «Die Dunkelheiten, welche uber den Begriff der Analogie schweben, haben sich noch mehr uber das eigentliche Wesen derselben verbreitet Alle führen den Satz im Munde: vermittelst der Analogie schliesst man von ähnlichen Fällen auf ähnliche Fälle; aber an welche Bedingungen ein solcher Schluss gebunden sei? daruber herrscht ein tiefes Schweigen».

[47]) Наиболѣе полно излагаетъ ученіе объ аналогіи *Federicis* (pars IV).

[48]) Это различіе впервые провелъ криминалистъ XVIII в *Grolman*, а вполнѣ выяснили Вехтеръ (Archiv des Criminalrechts, 1844, 416 ff.) и почти одновременно съ нимъ *Kierulff*, 30—31. Савиньи (стр. 291), выражается менѣе опредѣленно и не употребляетъ терминовъ «аналогія закона и права». Наиболѣе рельефно формулировано различіе между ними Унгеромъ (стр. 60—61, 65—66) Ср. также *Wachter*, Pand., § 25, *Dernburg*, § 38, 1.

[49]) Нѣкоторые авторы исходятъ какъ-разъ изъ обратнаго положенія: что въ правѣ нѣтъ пробѣловъ, а потому въ немъ заключаются рѣшенія и непредусмотрѣнныхъ случаевъ. *Savigny*, 262, 290; *Brinz*, 129, *Iung*, 133. Регельсбергеръ (стр. 162—163) справедливо замѣтилъ по этому поводу: «суще-

(ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio) Отъ распространительнаго толкованія аналогія отличается весьма рѣзко по своему характеру и значенію: въ то время, какъ распространительное толкованіе, раскрывъ дѣйствительную мысль законодателя, расширяетъ согласно съ нею словесный смыслъ нормы, аналогія идетъ дальше и примѣняетъ норму къ случаямъ, которыя не обнимаются дѣйствительной мыслью законодателя [50]). Какъ аналогія закона, такъ и аналогія права сводятся къ слѣдующему логическому процессу: нужно подвергнуть анализу данный случай, отыскать въ законодательствѣ (или добыть изъ него) норму, регулирующую другой случай, тождественный съ даннымъ во всѣхъ юридически существенныхъ элементахъ, рас-

---

ствуютъ ли пробѣлы въ правѣ? Да и нѣтъ, судя потому, что разумѣть подъ правомъ. Въ огромной массѣ положеній, установленныхъ общимъ правомъ и закономъ, едва ли найдется одно, подъ общія требованія котораго подошли бы вполнѣ всѣ особенныя фактическія условія даннаго, подлежащаго обсужденію случая... Но вѣрно и то, что въ правѣ нѣтъ вовсе пробѣловъ. Ни одинъ судья не можетъ уклониться отъ постановленія приговора подъ предлогомъ того, что для представленнаго на его обсужденіе случая не существуетъ соотвѣтствующаго положенія въ правѣ». Короче говоря, пробѣлы въ каждомъ дѣйствующемъ правѣ, несомнѣнно, существуютъ, но судьи и вообще граждане должны поступать такъ, какъ если бы никакихъ пробѣловъ не было.

[50]) Но старое мнѣніе, отождествлявшее аналогію съ распространительнымъ толкованіемъ, до сихъ поръ имѣетъ приверженцевъ. *Brinz*, 119; *Holder*, 45: «...Die übliche Unterscheidung der sog. ausdehnenden Auslegung und der sog. Gesetzesanalogie eine schlechterdings nicht durchführbare ist». Дѣйствительно, въ нѣкоторыхъ случаяхъ бываетъ затруднительно рѣшить, имѣлъ ли законодатель въ виду данную категорію случаевъ и только выразилъ свою мысль слишкомъ узко, или же онъ вовсе не принялъ этой категоріи во вниманіе, вслѣдствіе чего получился пробѣлъ. *Windscheid*, § 22: «Die Frage: hat der Gesetzgeber nicht gesagt, was er hat sagen wollen, oder hat er nicht gedacht, was er hat denken wollen? wird sehr häufig nicht mit Sicherheit beantwortet werden können». Ср. *Pfaff und Hofmann* 191. *Wendt*, Pand., 13.

крыть юридическій принципъ, проведенный въ этой нормѣ, и примѣнить его къ данному случаю [51]).

Нетрудно убѣдиться, что господствующее ученіе объ аналогіи въ сущности вполнѣ правильно, но страдаетъ неполнотою и неточностью. Въ самомъ дѣлѣ, сходство двухъ предметовъ или отношеній въ существенныхъ элементахъ означаетъ, что они принадлежатъ къ одному и тому же классу, а раскрытіе принципа, проведеннаго въ нормѣ,—ничто иное, какъ заключеніе отъ одного или нѣсколькихъ предметовъ къ цѣлому классу (редукція и индукція) [52]). Но когда именно такое заключеніе допустимо, когда оно вполнѣ достовѣрно, когда, наконецъ, ему слѣдуетъ предпочитать заключеніе a contrario, обо всемъ этомъ господствующая теорія либо умалчиваетъ, либо даетъ неопредѣленныя указанія [53]) Равнымъ образомъ, не касается она во-

---

[51]) Съ такою точностью описываютъ этотъ процессъ не всѣ авторы (*Unger*, § 10, *Zernik*, § 7, *Wächter*, Pand., § 25; *Регельсбергеръ*, 166 и сл.); многіе довольствуются болѣе общими формулировками, напр., *Windscheid*, § 22, *Fiore*, 571 ss. Другіе, напротивъ, вдаются въ излишнія подробности и казуистику. *Burchardi*, 100—102; *Brocher*, 133 ss.

[52]) Это поняли нѣкоторые юристы, напр., *Rumelin*, Werturtheile, 39: «Die Analogie beruht auf einer Reduction», *Wach*, 273: «...logische Operation, welche induktiv, vom Einzelnen zum Allgemeinen aufsteigt...» Ср. *Hufeland*, 184—185; *Zachariae*, 138—139; *Brinz*, 127; *Zernik*, 38; *Гредескулъ*, 133—134. Любопытно отмѣтить, что Броше выдѣляетъ изъ аналогіи индукцію принциповъ изъ частныхъ нормъ, считая аналогіей распространеніе частной нормы, установленной для однихъ случаевъ, на другіе, сходные случаи въ виду тождества основанія (цѣли или мотивовъ). *Brocher*, 137—138; 98—106, 133 ss. 147 ss. Правильно: *Piola*. 92—111.

[53]) У весьма немногихъ авторовъ можно встрѣтить сколько-нибудь ясныя выраженія по тому или другому изъ этихъ вопросовъ. Напр., *Kierulff* очень близко подошелъ къ правильной формулировкѣ главнаго условія аналогіи: «Die Rechtsanalogie ist eine Interpretation, welche die speciellen characteristischen Merkmale verschiedener Rechtsbegriffe als unwesentlich lasst, die ihnen gemeinsame Rechtswirkung als die Folge eines ihnen allen gemeinsamen Merkmals betrachtet, und sie dann auf solche Falle bezieht, welche zwar nicht jene speciellen, wohl aber dieses gemeinsame Merkmal an sich tra-

проса о способахъ опредѣленія основанія нормъ съ помощью индуктивныхъ методовъ. Примѣнимость ихъ съ этой цѣлью выяснили и иллюстрировали на примѣрахъ очень немногіе ученые [54]). Другаго важнаго вопроса — необходимости обращаться къ презумпціямъ, когда невозможно съ достовѣрностью опредѣлить, какое заключеніе нужно сдѣлать изъ данной нормы — по аналогіи или a contrario, этого вопроса коснулся

---

gen.. Wenn eine Thatsache vorliegt, die ein Merkmal hat, welches irgendwo im Recht die ratio einer Rechtswirkung ist, so erscheint es der juristischen Reflexion consequent (aequum), dass jener Thatsache wegen der Gemeinschaft des Grundes auch die Rechtswirkung (z. B. actio)beigelegt wird.» (31 — 32).

[54]) *Piola*, и въ особенности проф. *Петражицкій* въ его представляющихъ громадную важность съ методологической стороны спеціальныхъ работахъ. Die Lehre vom Einkommen, II, 1895, 584—585: «Da das romische Recht einen Niederschlag der volkswirthschaftlichen Erfahrung, eine Masse von Experimentenmaterial darstellt, so kann man aus demselben und zwar auf ganz ahnliche Weise, wie aus einer Masse von naturwissenschaftlichen Experimenten, allgemeine Satze socialer Natur gewinnen, welche uns ein bisher unerklartes Institut oder einen rathselhaften Rechtssatz im Sinne ihrer kulturellen Funktion aufklären. Wenn wir das Ergebniss dieser Induktion auch deductiv billigen, so ist dasselbe als im hohen Masse civilpolitisch sicher zu betrachten». Примѣры примѣненія этого метода даны авторомъ, какъ въ названныхъ его трудахъ, такъ и въ его книгѣ «Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten», переработанной и изданной на русскомъ языкѣ подъ заглавіемъ: «Bona fides въ гражд. правѣ. Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы», 1897. Вотъ какъ опредѣляетъ, напримѣръ, проф. Петражицкій основаніе нормъ римскаго права относительно пріобрѣтенія добросовѣстнымъ владѣльцемъ права собственности на плоды: «Чтобы отыскать функцію института, чтобы опредѣлить потребность, вызвавшую его къ жизни, какъ его оправданіе и причину, мы обращаемся къ методу опредѣленія причинъ, т. е. къ индукціи. Ближайшій матеріалъ для примѣненія индуктивнаго метода, а именно метода различій, даютъ намъ сами римскія правила 1) Они относятся къ плодамъ, но не относятся къ прочимъ приращеніямъ. Слѣдовательно, причины слѣдуетъ искать въ отличіи плодовъ отъ прочихъ приращеній. 2) Они относятся къ добросовѣстному владѣльцу, но не относятся къ недобросовѣстному, слѣдовательно,

только одинъ авторъ—проф. Рюмелинъ, да и то мимоходомъ и въ самыхъ общихъ чертахъ, не выяснивъ въ достаточной степени условій примѣненія этихъ презумпцій и даже не перечисливъ ихъ [55])

Ускользнуло отъ вниманія господствующей теоріи и то обстоятельство, что заключеніе по аналогіи бываетъ иногда досто-

---

причина коренится и въ отличіи bona отъ mala fides. 3) Они иначе относятся къ fructus consumpti; слѣдовательно, причина коренится и въ отличіи fructus extantes отъ consumpti. Напротивъ, основанія института не слѣдуетъ искать во владѣніи въ видѣ собственности, въ давностномъ владѣніи, въ titulus verus или putativus, causa lucrativa или onerosa владѣнія главною вещью, въ cultura et cura, въ отличіи fructus industriales отъ naturales, въ интересѣ третьяго пріобрѣтателя, въ небрежности собственника и т. д., потому что присутствіе или отсутствіе этихъ обстоятельствъ, какъ мы убѣдились, остается безъ вліянія на институтъ». (Bona fides etc., стр. 118—119; Fruchtvertheilung, 163—165). Объ индуктивномъ методѣ см. еще «Введеніе въ науку политики права» того же автора (въ Кіевск. Универс. извѣст., 1896 № 8, LVIII и сл.). Правильно смотритъ на роль индуктивныхъ методовъ въ юриспруденціи также *Piola*, (96—111). Ошибка его состоитъ только въ томъ, что онъ думаетъ, будто индуктивными методами опредѣляется одно лишь юридическое основаніе нормы, а не какія-либо другія основанія (99—100), смѣшивая окончательный результатъ примѣненія индуктивнаго метода (общее положеніе, общій принципъ) съ тѣми основаніями, которыя даютъ право вывести этотъ результатъ изъ частныхъ нормъ.

[55]) *Rümelin*, Werturteile, 40: «Von der speciellen Bestimmung aus eroffnen sich zwei in entgegengesetzter Richtung führende Wege, das argumentum a contrario und die Analogie und es kann nur auf Grund von Werturteilen bestimmt werden, welcher Weg einzuschlagen ist». Послѣ этого общаго заключенія Рюмелинъ ограничивается приведеніемъ примѣровъ, дѣлая попутно разъясненія, показывающія, что подъ понятіе «Werturteile» подходитъ оцѣнка результатовъ логическихъ заключеній съ точки зрѣнія цѣлесообразности. Напр., по поводу одного частнаго случая Рюмелинъ замѣчаетъ: «Eine Entscheidung dieser Frage wird meines Erachtens nicht moglich sein, ohne darauf einzugehen, bei welcher Auffassung man zu einer *angemessenen und sachgemassen* Bezahlung der Leistung des Droschkenführers gelangt.» Къ Рюмелину присоединился *Zernik*, 49—50.

вѣрнымъ, а иногда только вѣроятнымъ [56]), смотря по тому, опирается ли оно на извѣстное съ достовѣрностью основаніе нормы,

---

[56]) Это замѣтилъ только Austin. вообще проникшій глубже другихъ авторовъ въ сущность аналогіи. Изъ оставшагося послѣ его смерти неоконченнаго, къ сожалѣнію, наброска теоріи аналогіи видно, что авторъ былъ очень близокъ къ раскрытію логической природы этого вывода Такъ, онъ отчетливо понималъ разницу между полной и неполной индукціей, дедуктивнымъ силлогизмомъ и аналогіей; онъ указалъ, что заключеніе по аналогіи можетъ происходить отъ частнаго случая къ частному же случаю или облекаться въ форму индукціи общаго положенія, и что тамъ и здѣсь выводъ основывается на принадлежности этихъ случаевъ къ одному классу. Но онъ упустилъ изъ виду, что юридическая аналогія принимаетъ иногда форму редукціи, и что она рѣзко отличается отъ того пріема, который носитъ названіе заключенія по аналогіи въ логикѣ. Смѣшивая эти одинаковыя по имени пріемы, Austin даетъ такое опредѣленіе аналогіи: «From our knowledge that several objects are connected by a given analogy, and our knowledge that a further something is true of one or some, we infer that the further something is true of the other or the others» (1040) Раздѣливъ, далѣе, заключенія по аналогіи на вѣроятныя (probably, contingently true) и достовѣрныя (1043—1044), онъ выставляетъ для послѣднихъ такую формулу: «*A* is *a* and *b*. *A* is also *x*: and *A has x in such wise that every singular like it, in having a and b, must have x*. *B* is analogous to *A*, in having *a* und *b*. Therefore *B* is of necessity *x*» (1049). Нетрудно замѣтить, что эта формула очень близка къ выведенной нами на стр 250): отмѣченныя курсивомъ слова показываютъ, что признакъ *x* переносится съ предмета *A* на предметъ *B* потому, что зависитъ отъ свойствъ (*a* и *b*), общихъ обоимъ предметамъ. Это обстоятельство замѣтилъ и *Piola*, 93: «Non qualunque rassomiglianza basta ad autorizzare l'estensione di una disposizione di legge da un caso previsto ad un caso non previsto, ma è d'uopo che non sia escluso che i punte communi fra i due fatti sono la causa delle conseguenze giuridische ad uno dei fatti dalla legge attribuite». Онъ понялъ также, что заключеніе по аналогіи можетъ идти отъ частнаго случая къ частному и облекаться въ форму редукціи и индукціи (104). Но изъ его словъ не видно, возможны ли эти выводы, если гипотеза относительно основанія нормы не можетъ быть провѣрена индуктивнымъ путемъ. Кромѣ того, онъ не указываетъ, что и послѣ индуктивной провѣрки основаніе нормы все-таки остается только вѣроятнымъ.

или же только на предполагаемое [57]). Зато господствующая теорія до сихъ поръ удерживаетъ традиціонное мнѣніе о непримѣнимости аналогіи къ нѣкоторымъ категоріямъ нормъ, именно къ исключеніямъ изъ общихъ принциповъ, къ нормамъ особеннаго права, а также къ исправляющимъ (корректорнымъ) законамъ [58]). Весьма немногіе ученые пришли къ сознанію того

---

[57]) На гипотетическій характеръ аналогіи указываютъ · *Shaffrath*, 11—13; *Brocher*, 145, *Zernik*, и др. Послѣдній авторъ усматриваетъ различіе между распространительнымъ толкованіемъ и аналогіей въ томъ, что первое опирается на указанное въ самой нормѣ основаніе ея, а вторая—на неуказанное *Zernik*, 29: «Die extensive Auslegung ausser dem Erfordernis der Gleichheit des Grundes in dem gesetzlich entschiedenen und dem nach diesem zu entscheidenden Falle ist durch das weitere Erfordernis bedingt, dass der Grund, wegen dessen Gleichheit die Ausdehnung stattfinden soll, im Gesetze selbst genannt ist» (Ср. стр. 32, 42). Въ этомъ взглядѣ, зачатки котораго встрѣчаются у нѣкоторыхъ старыхъ писателей (напр. *Forsterus*, L. II, c. 2. § 5; *Thibaut* Auslegung, § 16), проявляется инстиктивное и смутное сознаніе того обстоятельства, что заключенія, опирающіяся на достовѣрное основаніе нормы, отличаются отъ заключеній, которыя дѣлаются изъ вѣроятнаго ея основанія. О гипотетическомъ характерѣ аналогіи упоминалъ уже *Duarenus* (Opera, 1579, p. 9: «Id enim judicandum est ex lege esse, quod etsi nec scriptum, nec forte cogitatum est a legislatore, verisimile tamen est eum, si consuleretur, dicturum esse»). Изъ писателей не-юристовъ правильный взглядъ на сущность юридической аналогіи высказалъ едва ли не одинъ лишь *Sigwart*, II, 296: «In der Logik der Iurisprudenz wird die Heraushebung des einer besonderen Bestimmung zu Grunde liegenden allgemeinen Rechtsatzes durch den Ausdruck Analogie bezeichnet. Auch hier gielt, dass aus der Gultigkeit eines besonderen Satzes, der an eine Voraussetzung *ABC* eine rechtliche Folge *F* knüpft, oder aus der Gultigkeit mehrerer Satze, die an die Voraussetzungen *ABC*, *ADE* die Folge *F* knüpfen, zunachst nur die Moglichkeit folgt, dass die Folge *F* von dem allgemeinen *A* und nicht von der modificierenden Bestimmungen *B* oder *C*, *D* oder *E* abhange; die Gewissheit des Satzes, das *F* von *A* abhangt, muss aus sich selbst oder aus andern Gründen einleuchtend sein, wenn die Analogie zu einem unzweifelhaft gultigen Satze fuhren soll».

[58]) *Forsterus*, II, II, § 5: Constituunt interpretes unanimi consensu regulam: quod in iis, quae juris communis, neque correctiva, nec exorbitan-

обстоятельства, что изъ всякой нормы можетъ быть дѣлаемо заключеніе по аналогіи, если имѣются на лицо необходимыя для этого логическія условія [59]), и если это прямо не воспрещено въ томъ или иномъ случаѣ самимъ законодателемъ [60]).

Нельзя въ заключеніе не отмѣтить, что нѣкоторые ученые думаютъ, будто аналогія не сводится къ обще-логическимъ пріемамъ, а является какимъ-то особымъ процессомъ «органическаго восполненія права». «Положительное право», говоритъ, напр, Савиньи: «восполняется само изъ себя, благодаря тому, что мы приписываемъ ему органически образующую силу... Всякое примѣненіе аналогіи покоится на предполагаемой внутренней послѣдовательности права, но она не всегда является только логической послѣдовательностью, подобно простому отношенію между основаніемъ и слѣдствіемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и органической» [61])

---

tia, nec poenalia sunt, a similibus, paribus, ex identitate et maioritate rationis, extensio fieri possit». *Thibaut*, Auslegung, § 19—21; *Savigny*, 293—296; *Unger*, 63—64; *Laurent*, Principes, I, 352; *Burchardi*, 101—102 и др., Основаніемъ для традиціоннаго мнѣнія послужили изреченія римскихъ юристовъ См. выше., прим. 37. Считая недопустимымъ примѣненіе нормъ особеннаго права по аналогіи, римскіе юристы, однако, практиковали его. Это противорѣчіе объяснялось разнымъ образомъ. Обзоръ мнѣній даетъ *Regelsberger*, Streifzüge, 9 ff.

[59]) *Regelsberger*, ib., 12: «Wir mussen es mit denjenigen Iuristen halten, welche behaupten, dass die analoge Anwendung beim jus singulare nicht ausgeschlossen. Diesen Standpunkt vertritt eine Anzahl Theoretiker (*Keller*, Pand. § 29, Note 3, *Ronne*, Zeitschr. fur Handelsr., XIX, S. 94. *Holder*, Pand., 69), er wird auch thatsachlich in der Praxis eingenommen». Ср. *Регельсбергеръ*, Общее ученіе о правѣ, 171—172; *Windscheid*, § 29, Anm. 3. Наиболѣе обстоятельно обосновываетъ это мнѣніе *Brocher* (164 ss.). Ср. *Merkel*, (Holzendorff's Handb., II, 78 ff).

[60]) Такъ, обыкновенно не допускается примѣненіе по аналогіи уголовныхъ законовъ въ виду общаго принципа уголовнаго права: nullum crimen sine lege. *Дубровинъ*, 116 и сл., Ср. *Merkel*, l. c. 79 ff; *H. Meyer*, Lehrb. d. deut. Strafr. 1895, 108, *Kohler*, Interpretation, 56; *Thibaut*, Auslegung, § 21; *Iordan*, § 13.

[61]) *Savigny*, 290, 292. Аналогично: *Unger*, 59—60; *Zernik*, 36; *Kohler*, 51, 55, и др.

Это мнѣніе, стоящее въ тѣсной связи съ догматомъ исторической школы объ органическомъ развитіи права, опровергается всѣмъ предшествующимъ изложеніемъ, такъ что разбирать его нѣтъ надобности [62]). Оставленъ долженъ быть пока безъ разсмотрѣнія и упоминаемый нѣкоторыми авторами наряду съ аналогіей или подъ видомъ ея пріемъ разрѣшенія непредусмотрѣнныхъ правомъ случаевъ на основаніи такъ наз. природы вещей [63]). Этотъ вопросъ будетъ подвергнутъ изслѣдованію впослѣдствіи, когда пойдетъ рѣчь о понятіи «природы вещей» и его значеніи въ юриспруденціи.

§ 4.

Правила логическаго развитія.

Нами разсмотрѣны тѣ изъ основныхъ выводовъ, которые могутъ быть употребляемы для логическаго развитія нормъ, а также двѣ сложныя формы, наичаще примѣняемыя въ юриспруденціи (заключенія по противоположности и по аналогіи) Конечно, во многихъ случаяхъ для извлеченія новой нормы изъ наличныхъ нормъ приходится прибѣгать къ нѣсколькимъ и даже многимъ изъ этихъ пріемовъ сразу. Но разбирать и иллюстрировать различныя комбинаціи ихъ не представляется ни надобности, ни даже возможности въ виду безчисленнаго множества ихъ. Оставляя, поэтому, ихъ въ сторонѣ, перейдемъ прямо къ установленію общихъ правилъ логическаго развитія.

---

[62]) Къ данному случаю, какъ нельзя лучше, приложимы замѣчаніе Іеринга, что слово «органическій» служитъ весьма удобнымъ средствомъ, чтобы прикрыть смутность мысли, и цитируемое имъ же остроумное двустишіе Крикена:

Was man nicht definieren kann,
Das sieht man als organisch an.

Ihering, Geist, II, § 39, Anm. 501.

[63]) *Dernburg*, § 38, 2: «Auch aus der Natur der Sache haben wir das Rechtssystem zu ergänzen»; *Wächter*. Pand., § 25; *Kohler*, 57, Anm. 153; *Gény*, 271. ss.; *Iung*, 137 ff.; *Малинин*, 68 и сл.

1 При перечисленіи и изслѣдованіи формъ умозаключенія, примѣнимыхъ къ юридическимъ нормамъ, были попутно опредѣлены условія, при наличности которыхъ эти выводы бываютъ правильными. Въ предписаніи соблюдать эти условія заключается, само собою понятно, первое и основное правило логическаго развитія.

2. Далѣе, логическое развитіе нормъ обусловливается необходимостью восполнять пробѣлы въ дѣйствующемъ правѣ и добывать изъ него недостающія для разрѣшенія тѣхъ или иныхъ вопросовъ нормы. Отсюда вытекаетъ, что къ нему можно и нужно прибѣгать только при наличности полнаго или частичнаго пробѣла въ правѣ. И въ самомъ дѣлѣ, логическое развитіе, обнаруживая скрытое содержаніе права, извлекаетъ изъ него не установленныя прямо, а лишь подразумѣваемыя нормы. Но надобность въ такихъ нормахъ можетъ являться и обязательную силу онѣ могутъ пріобрѣсти только при отсутствіи явныхъ, спеціально разрѣшающихъ данный вопросъ нормъ [1]), ибо прямое велѣніе законодателя относительно какого-либо случая важнѣе косвенныхъ выводовъ изъ его велѣній, касающихся другихъ случаевъ [2]).

Приведемъ нѣсколько примѣровъ

По первому пункту 399 ст. т. X ч. 1, къ родовымъ имуществамъ принадлежатъ «дошедшія по праву законнаго наслѣдованія» Изъ этого общаго положенія можно вывести посредствомъ простой дедукціи, что фамильные драгоцѣнности и капиталы считаются родовыми. Такое заключеніе, дѣйствительно, слѣдовало бы принять къ руководству, если бы не существовало 398 ст., которая постановляетъ какъ-разъ противоположное: «всѣ движимыя имущества и денежные капиталы почитаются благопріобрѣтенными».

---

[1]) Это условіе выставляется господствующей теоріей только для заключенія по аналогіи. *Savigny*, 290, 293; *Unger*, 60, 63, *Dernburg*, § 38 и др. Но оно одинаково относится ко всѣмъ случаямъ логическаго развитія.

[2]) На этомъ въ сущности основывается правило: lex specialis derogat generali. L. 80 D. de div. reg. jur. (50, 17): «In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est».

По ст 615 «за лѣсъ, употребленный для передачи, подарка или продажи, а не для надобностей имѣнія, владѣлецъ недобросовѣстный обязанъ заплатить хозяину при возвращеніи имущества». Такъ какъ недобросовѣстному владѣльцу законъ противополагаетъ добросовѣстнаго, то изъ приведенной статьи вытекаетъ по заключенію a contrario, что добросовѣстный владѣлецъ не обязанъ вознаграждать собственника имѣнія за отчужденный лѣсъ. Однако такой выводъ опровергается 634 ст, по которой «владѣвшій имѣніемъ добросовѣстно. долженъ заплатить за употребленный имъ для передачи, подарка или продажи, а не для надобностей имѣнія, лѣсъ»...

Ст. 1629 т. X ч. 1 постановляетъ: «отдавать въ залогъ можно токмо то имущество, которое принадлежитъ отдающему по праву собственности». Отсюда слѣдуетъ, что пожизненный владѣлецъ имущества не имѣетъ права закладывать его. Между тѣмъ пунктъ второй той же статьи разрѣшаетъ ему дѣлать это въ нѣкоторыхъ случаяхъ («недѣйствителенъ залогъ имущества, въ пожизненномъ владѣніи состоящаго, если владѣльцу не предоставлено такого права въ отношеніи благопріобрѣтеннаго имѣнія духовнымъ завѣщаніемъ; но и въ семъ случаѣ пожизненный владѣлецъ долженъ дѣлать такой залогъ съ дозволенія Правительствующаго Сената»).

Подобнаго рода противорѣчіе между однѣми нормами и логическими выводами изъ другихъ нормъ представляетъ собою отчасти неизбѣжное и естественное послѣдствіе существованія въ правѣ изъятій изъ общихъ правилъ, а отчасти обусловливается плохою редакціей законовъ [3]).

3. Въ предыдущемъ параграфѣ было указано, что изъ нормы, касающейся частнаго случая, могутъ быть сдѣланы относительно другихъ однородныхъ случаевъ два заключенія: по аналогіи и a contrario (стр 255) Это значитъ, говоря иными словами, что для непредусмотрѣнныхъ наличнымъ правомъ случаевъ можно добыть двѣ противоположныя по смыслу нормы, такъ

---

[3]) Другіе примѣры изъ области нашего законодательства см. въ статьяхъ *Оршанскаго* (II, 46 и сл).

что приходится отдать предпочтеніе одной изъ нихъ. Но подобное столкновеніе между выводами изъ нормъ встрѣчается и при примѣненіи прочихъ пріемовъ логическаго развитія.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ.

А. Положимъ, что кто-либо, получивъ имущество по духовному завѣщанію, которое было утверждено судомъ въ охранительномъ порядкѣ, заложилъ это имущество. Послѣ этого наслѣдники по закону предъявили искъ о признаніи духовнаго завѣщанія недѣйствительнымъ и выиграли процессъ. Спрашивается, остается ли дѣйствительнымъ залогъ наслѣдственнаго имущества, совершенный на основаніи духовнаго завѣщанія?

Этотъ вопросъ не разрѣшается дѣйствующимъ законодательствомъ прямо. Если же прибѣгнуть къ логическому развитію нормъ, имѣющихъ косвенное отношеніе къ данному случаю, то получатся два противоположныхъ отвѣта. Съ одной стороны, изъ ст. 1629 т. X ч. 1 («отдавать въ залогъ можно токмо то имущество, которое принадлежитъ отдающему по праву собственности») въ сопоставленіи съ 1254 ст. того же тома («право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины наслѣдодателя») слѣдуетъ, что лицо, закладывавшее имущество на основаніи духовнаго завѣщанія, впослѣдствіи признаннаго недѣйствительнымъ, не имѣло права дѣлать этого, ибо по уничтоженіи духовнаго завѣщанія законные наслѣдники пріобрѣтаютъ право собственности на наслѣдство съ момента смерти наслѣдодателя. Поэтому, залогъ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ.

Съ другой стороны, какъ-разъ обратное рѣшеніе получается по аналогіи изъ 1301 ст. 1 ч. X т., предусматривающей сходный случай («если имущество будетъ продано или заложено наслѣдниками по закону до открытія спора, то продажа сія и залогъ, яко учиненные на имѣніе свободное и безспорное, суть дѣйствительны даже и въ томъ случаѣ, когда домашнее завѣщаніе будетъ признано и утверждено законнымъ порядкомъ»).

Здѣсь дедукція изъ общихъ правилъ (1629 и 1254 ст.) сталкивается съ заключеніемъ по аналогіи.

В. А вотъ случай коллизіи заключеній a fortiori (a minori ad majus) и a contrario.

По ст. 446 «строющій домъ на самой межѣ своего двора

не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда безъ согласія сего послѣдняго». Отсюда можно вывести одно изъ двухъ: или что тѣмъ болѣе нельзя дѣлать при означенныхъ условіяхъ стекляныя галлереи (a fortiori), или же, наоборотъ, что такія галлеріи дозволяется дѣлать (a contrario)[4]).

С Высочайшимъ повелѣніемъ 14 марта 1892 г. воспрещено «иностраннымъ выходцамъ, въ томъ числѣ и принявшимъ русское подданство... пріобрѣтать въ Волынской губерніи какими бы то ни было способами, кромѣ наслѣдованія по закону, право собственности на недвижимыя имущества, расположенныя внѣ городскихъ поселеній». А могутъ ли иностранцы принимать эти имущества въ залогъ? На это слѣдуетъ, казалось бы, отвѣтить отрицательно, въ виду того, что осуществленіе залогового права можетъ повести, если не состоится публичная продажа заложеннаго имущества, къ пріобрѣтенію права собственности на него (заключеніе отъ слѣдствія къ условію). Иной отвѣтъ получится, если примѣнить къ данному случаю по аналогіи прил къ 1003 ст. IX т., гдѣ, между прочимъ, сказано, что въ Волынской и нѣкоторыхъ другихъ губерніяхъ иностранно-подданые «могутъ обезпечивать преимущественное право удовлетворенія по долговымъ своимъ требованіямъ пріемомъ въ залогъ недвижимаго имущества, но подобныя обезпеченія и вообще обращеніе взысканія по долговымъ претензіямъ не могутъ имѣть по слѣдствіемъ для иностранцевъ пріобрѣтеніе въ собственность такового имущества» (п 2 прим. 2).

Подобная же коллизія возможна и между другими формами заключеній.

Чѣмъ же слѣдуетъ руководствоваться, дѣлая выборъ между противорѣчивыми результатами логическаго развитія?

Выводы, дѣлаемые изъ нормъ различаются между собою, во первыхъ, по степени своей вѣроятности, и, во вторыхъ, по своему внутреннему достоинству. Съ точки зрѣнія вѣроятности они могутъ быть либо вполнѣ достовѣрными, либо болѣе или менѣе вѣроятными. Къ числу достовѣрныхъ принадлежатъ: 1) за-

---

[4]) Второе мнѣніе высказалъ Сенатъ (рѣш. гр. кас. деп. 1887, № 107); первое господствуетъ въ литературѣ. *Шершеневичъ*, 241; *Анненковъ*, II, 371.

ключенія на основаніи реальнаго и относительнаго тождества. 2) дедукція и полная индукція, 3) заключеніе отъ всѣхъ и отъ одной или нѣсколькихъ частей аггрегата къ составу всего аггрегата, 4) заключеніе отъ наличностм условій къ наличности слѣдствія и отъ отсутствія слѣдствія къ отсутствію условія, если извѣстно, что не было обстоятельствъ, способныхъ помѣшать наступленію слѣдствія, 5) отъ отсутствія условія къ отсутствію слѣдствія и отъ наличности слѣдствія къ наличности условія, если извѣстно, что слѣдствіе зависитъ единственно отъ даннаго условія, и 6) заключеніе по аналогіи и a contrario, если съ достовѣрностью извѣстно основаніе нормы, изъ которой они дѣлаются. Напротивъ, только вѣроятными являются: 1) заключенія отъ условія къ слѣдствію и обратно въ остальныхъ, кромѣ указанныхъ выше случаяхъ, и 2) заключенія по аналогіи и a contrario, если основаніе нормы неизвѣстно съ достовѣрностью.

Само собою понятно, что если приходится дѣлать выборъ между достовѣрнымъ и вѣроятнымъ выводами, то преимущество должно быть отдано первому, такъ какъ онъ обнаруживаетъ скрытое содержаніе нормы съ полною достовѣрностью Въ случаѣ же столкновенія двухъ вѣроятныхъ выводовъ, предпочтенія заслуживаетъ тотъ, который болѣе вѣроятенъ.

Но бываютъ случаи, когда коллизія происходитъ между одинаково достовѣрными или одинаково вѣроятными заключеніями. Тогда не остается ничего другаго, какъ обратиться ко второму мѣрилу: внутреннему достоинству выводовъ и предпочесть наилучшіе, основываясь на тѣхъ же предположеніяхъ, которыми опредѣляется выборъ одного изъ возможныхъ значеній двусмысленной нормы (стр. 188 и сл.).

Примѣнимъ эти правила къ тремъ приведеннымъ выше случаямъ коллизіи выводовъ.

А. Дедукція изъ 1629 и 1254 статей представляетъ собою достовѣрный выводъ. Такимъ же характеромъ отличается въ данномъ случаѣ и заключеніе по аналогіи изъ 1301 ст. Въ самомъ дѣлѣ, воспроизведемъ его полностью.

Наслѣдники (*K*) раздѣляются на наслѣдниковъ по закону (*A*) и наслѣдниковъ по завѣщанію (*B*).

По отношенію къ первымъ (*A*) установлена норма *S* (ст. 1301).

Она не обусловливается признакомъ *A* (тѣмъ, что это наслѣдники именно по закону)

Слѣдовательно, она подлежитъ распространенію и на *B*.

Достовѣрность этого силлогизма зависитъ отъ правильности третьяго сужденія, а чтобы убѣдиться въ его правильности, нужно опредѣлить основаніе 1301 ст (ср стр 255). Сдѣлать это нетрудно, такъ какъ, во первыхъ, оно указано въ самой 1301 ст. («продажа и залогъ, *яко учиненные на имѣніе свободное и безспорное*, суть дѣйствительны. »), а, во вторыхъ, между наслѣдниками по закону и по завѣщанію нѣтъ никакого различія въ отношеніи права распоряжаться полученнымъ въ наслѣдство имуществомъ (ст 1097, 1296, 1450, 1627, прилож къ ст. 1420 т. X ч 1).

Въ данномъ случаѣ, слѣдовательно, предстоитъ избрать одинъ изъ двухъ вполнѣ достовѣрныхъ выводовъ. Сравнивая ихъ внутреннее достоинство, можно убѣдиться, что съ точки зрѣнія справедливости оба они одинаковы. Именно, признать залогъ дѣйствительнымъ значило бы нарушить справедливые интересы законныхъ наслѣдниковъ; напротивъ, объявить залогъ подлежащимъ уничтоженію значило бы нанести ущербъ интересамъ третьяго лица—залогодержателя, добросовѣстно вступившаго въ сдѣлку съ наслѣдникомъ по завѣщанію. Какъ одно, такъ и другое рѣшеніе сопряжены съ одинаковой несправедливостью по отношенію къ непровинившимся ничѣмъ лицамъ: законнымъ наслѣдникамъ или добросовѣстному залогодержателю. Поэтому, слѣдуетъ оставить точку зрѣнія справедливости и, обратившись къ соображеніямъ цѣлесообразности, рѣшить, что полезнѣе и лучше для гражданскаго правопорядка и оборота: строгое проведеніе принципа виндикаціи или же ограниченіе его въ интересахъ добросовѣстныхъ третьихъ лицъ Отъ разрѣшенія этого вопроса и зависитъ выборъ одного изъ двухъ возможныхъ и достовѣрныхъ заключеній.

B. Заключеніе a fortiori, опираясь на относительное тождество предметовъ (стр. 217—220), представляетъ собою въ сущности особую модификацію аналогіи[5]). Поэтому столкновеніе

---

[5]) Это обстоятельство признано нѣкоторыми авторами *Thibaut*, Auslegung, 77: «Es versteht sich von selbst, dass nach der Regel: minus majori

между нимъ и заключеніемъ a contrario должно быть разрѣшаемо такимъ же образомъ, какъ и столкновенія между заключеніями a contrario и по аналогіи, т. е. путемъ опредѣленія основанія нормы. Примѣняя этотъ пріемъ къ 446 ст. и имѣя въ виду, съ одной стороны, самый текстъ ея, гдѣ сказано, что хозяинъ, дозволившій сосѣду сдѣлать окна въ свой дворъ, совершаетъ «уступку права собственности», а съ другой стороны, рубрику, подъ которою эта статья помѣщена («о правѣ участія и пользованія въ выгодахъ чужаго имущества»), а также статью 447 («строющій домъ **не** на самой межѣ можетъ дѣлать окна на сосѣдніе дворы и не требуя согласія хозяевъ оныхъ»), нужно признать, что ст. 446 воспрещаетъ дѣлать окна на чужой дворъ потому, что это является нарушеніемъ права собственности сосѣда Но это же основаніе примѣнимо еще въ большей степени къ устройству стекляной галлереи. Поэтому, въ данномъ случаѣ болѣе правильнымъ является заключеніе a fortiori.

С. Заключеніе отъ слѣдствія къ условію имѣетъ въ примѣненіи къ юридическимъ нормамъ такой видъ: 1) кому воспрещена цѣль, тому воспрещено и дѣйствіе, ведущее къ этой цѣли, и 2) кто управомоченъ къ цѣли, тотъ управомоченъ и къ дѣйствію, ведущему къ этой цѣли, если она не можетъ быть достигнута другими дѣйствіями (стр. 231). Изъ закона 14 марта 1892 г. могло бы быть сдѣлано достовѣрное заключеніе по первой формулѣ, но лишь въ томъ случаѣ, если бы принятіе имущества въ залогъ дѣйствительно было средствомъ къ пріобрѣтенію права собственности на него, т. е. всегда и непремѣнно вело къ этому. Но залогъ только *можетъ* и то при наличности особыхъ условій (если не состоятся торги) повлечь за собою переходъ права собственности къ залогодержателю. Вслѣдствіе этого заключеніе отъ цѣли къ средствамъ является здѣсь не достовѣрнымъ, а лишь вѣроятнымъ. Напротивъ, заключеніе по аналогіи изъ прим. къ 1003 ст. IX т. вполнѣ достовѣрно, такъ какъ основаніе этой нормы (прегражденіе иностранцамъ пути

---

inest, stärkere Gründe nicht weniger Gewicht haben konnen, als die gleichen». *Brocher*, 197 ss. (наиболѣе подробно разсматриваетъ вопросъ о сущности и условіяхъ заключенія a fortiori).

къ землевладѣнію въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ) имѣется на лицо и въ подлежащемъ разрѣшенію случаѣ.

Вопросъ о столкновеніи между выводами изъ нормъ не обсуждался въ юридической литературѣ спеціально и въ общей формѣ, а затрагивался только мимоходомъ, по поводу немногихъ частныхъ случаевъ. Чаще всего указывалось, что одна и та же норма можетъ служить основаніемъ для двухъ противоположныхъ заключеній: по аналогіи и a contrario. Но чѣмъ слѣдуетъ руководствоваться, дѣлая выборъ между ними, на этотъ счетъ очень немногіе дали сколько-нибудь опредѣленныя указанія [6]). Англійскіе юристы обратили вниманіе на возможность коллизіи между двумя или нѣсколькими заключеніями по аналогіи, что̀ бываетъ тогда, когда непредусмотрѣнный закономъ случай сходенъ съ нѣсколькими другими случаями, относительно которыхъ имѣются различныя нормы [7]). Тогда возникаетъ вопросъ, какую изъ этихъ нормъ нужно примѣнить по аналогіи, вопросъ, разрѣшаемый, конечно, такимъ же образомъ, какъ и столкновенія между другими выводами: по степени вѣроятности и по внутреннему достоинству [8]). Кромѣ этого случая, итальянскій писатель Piola указываетъ еще на возможность столкновенія дедуктивнаго или индуктивнаго вывода съ заключеніемъ по аналогіи и разрѣшаетъ вопросъ съ точки зрѣнія итальянскаго кодекса въ пользу

---

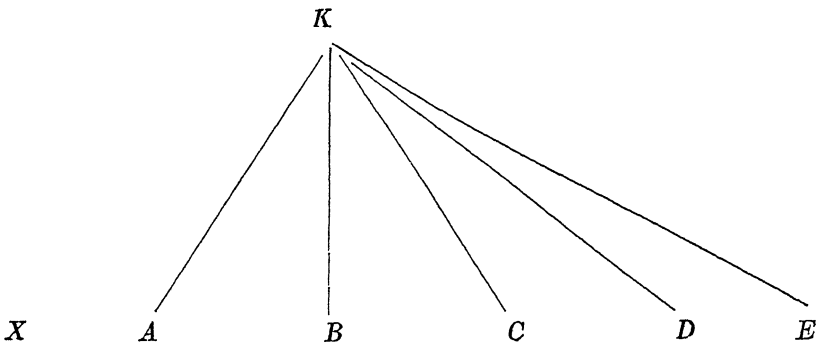
[6]) Наиболѣе точно выражается *Wach* (см. прим. 20 на стр. 243)

[7]) Такая коллизія носитъ у англійскихъ юристовъ названіе *столкновенія противоположныхъ аналогій* (the competition of opposite analogies). Она зависитъ отъ несовершенства (несогласованности) нормъ дѣйствующаго права *Austin*, II, 653—654, 1030—1036.

[8]) *Paley*: «It is in the comparison, adjustment, and reconciliation of them with one another; and in the discerning of such distinctions, and the framing of such a determination, as may save the various rules alleged in the cause, or, if that be impossible, as may *give up the weaker analogy to the stronger*, that the sagacity and wisdom of the Court are seen and exercised» (*Austin*, II, 1030). Напротивъ, Piola думаетъ что при коллизіи между аналогіями ни одна изъ нихъ не должна имѣть примѣненія. *Piola*, 94: «Per estendere una disposizione di legge da un caso previsto ad un caso non previsto é oltre a ciò necessario que non vi sieno più disposizioni di legge le quali

общаго принципа, изъ котораго дѣлается дедукція, или который открытъ посредствомъ индукціи [9]). Но иной отвѣтъ слѣдуетъ дать съ теоретической точки зрѣнія.

Изобразимъ этотъ случай схематически.



Положимъ, что намъ данъ случай *X*, не предусмотрѣнный закономъ, и что этотъ случай принадлежитъ вмѣстѣ съ случаями *A*, *B*, *C*, *D* и *E* къ классу *K*.

1. Если въ законодательствѣ установлена только одна общая норма для всего класса *K*, то путемъ простой дедукціи мы извлекаемъ изъ нея частную норму для случая *X* (стр. 221). Никакой коллизіи между выводами здѣсь не можетъ быть.

2. Если въ законодательствѣ нѣтъ общей нормы для класса *K*, а имѣется рядъ тождественныхъ нормъ для всѣхъ видовъ этого класа *A*, *B*, *C*, *D*, *E*, то посредствомъ полной индукціи мы выводимъ общій принципъ для цѣлаго класса *K* и затѣмъ дѣ-

---

stabiliscano conseguenze giuridiche diverse per fatti simili a quello non previsto: se vi é tale concorso di disposizioni legislative diverse, evidentemente avvi conflitto di analogie, e nessuna delle disposizioni puo essere estesa da caso a caso».

[9]) *Piola*, 112: «Pell'art. 3 cap. tit. prel. c. c. il principio generale deve avere la prevalenza sulla analogia ed a base di quello saranno determinate le conseguenze giuridiche».

лаемъ изъ этого принципа дедуктивный выводъ относительно случая *X* (стр. 223—224). Здѣсь тоже не возникаетъ коллизіи выводовъ.

3. Если законъ устанавливаетъ одну норму для класса *K*. а другую, отличную отъ нея, для видовъ *A* и *B*, то является возможность разрѣшить непредусмотрѣнный случай *X* троякимъ образомъ: 1) на основаніи общаго принципа, установленнаго для класса *K*, 2) по аналогіи со случаемъ *A* и 3) по аналогіи со случаемъ *B*.

Какому же изъ этихъ рѣшеній должно быть отдано преимущество? Несомнѣнно, опять-таки тому, которое болѣе вѣроятно, а если всѣ въ равной мѣрѣ вѣроятны, то наилучшему. Оказывается, такимъ образомъ, что и здѣсь примѣнимы общія правила устраненія коллизіи между выводами.

4. Одинаково съ предыдущимъ случаемъ разрѣшается и тотъ, когда въ законѣ установлена одна и та же норма для ряда случаевъ *B*, *C*, *D*, *E*, такъ что посредствомъ неполной индукціи получается общій принципъ для класса *K*, и когда только для одного случая *A* имѣется особая норма. Тутъ можно примѣнить къ данному случаю *X* либо общій принципъ, либо (по аналогіи) норму, относящуюся къ *A*.

По поводу послѣднихъ двухъ случаевъ (3 и 4) нужно замѣтить, что такъ какъ дедукція всегда достовѣрна, а заключенія по аналогіи зачастую только вѣроятны, то при коллизіи между ними перевѣсъ въ большинствѣ случаевъ остается на сторонѣ общаго принципа. Инстиктивное пониманіе этого обстоятельства повело къ созданію традиціоннаго правила, что изъятія, нормы особеннаго права и исправляющіе законы не подлежатъ примѣненію по аналогіи: не подлежатъ именно потому, что дѣлаемыя изъ него заключенія по аналогіи сталкиваются съ дедукціями изъ нормъ болѣе общаго, принципіальнаго характера. Правда, непримѣнимость аналогіи къ перечисленнымъ категоріямъ нормъ мотивируется обыкновенно нѣсколько иначе, именно такимъ образомъ: «всякое примѣненіе аналогіи допускается только тамъ, гдѣ существуютъ пробѣлы въ правѣ, т. е. только съ вспомогательной цѣлью. Если, поэтому, дано правило и изъ этого правила сдѣланы изъятія, то изъятіе не можетъ быть распространяемо на другіе случаи, такъ какъ они подходятъ подъ общее

правило. Изъятіемъ является и особенное право по отношенію къ общему. По этой же причинѣ, значитъ, и оно не подлежитъ распространенію по аналогіи. Изъ того, что аналогія можетъ быть примѣнима только съ вспомогательной цѣлью, само собою слѣдуетъ, что исправляющіе законы не примѣнимы по аналогіи къ такимъ случаямъ, которые обнимаются оставленными безъ измѣненія постановленіями стараго закона» [10]). Это разсужденіе вполнѣ вѣрно при томъ условіи, если законодатель, установивъ общее правило для цѣлой категоріи случаевъ, сдѣлалъ изъятіе для нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ *съ оговоркой, что ко всѣмъ прочимъ примѣняется общее правило.* Тогда представляется несомнѣннымъ, что непредусмотрѣнные прямо случаи должны быть разрѣшаемы на основаніи общаго правила, согласно ясно выраженной волѣ законодателя. Напротивъ, когда въ законѣ наряду съ общимъ правиломъ установлены одна или нѣсколько отличныхъ отъ него нормъ для нѣкоторыхъ частныхъ случаевъ безъ всякой оговорки о сохраненіи силы за общимъ правиломъ по отношенію ко всѣмъ прочимъ случаямъ, то послѣдніе являются прямо непредусмотрѣнными, и по поводу каждаго изъ нихъ возникаетъ вопросъ, почему законодатель не далъ о немъ спеціальнаго постановленія: потому ли, что хотѣлъ подчинить его дѣйствію общаго правила, или просто потому, что упустилъ его изъ виду. Другими словами, съ перваго взгляда представляется невозможнымъ сказать, слѣдуетъ ли разрѣшить этотъ случай путемъ дедукціи изъ общаго правила или посредствомъ примѣненія по аналогіи нормы, относящейся къ какому-либо изъ однородныхъ случаевъ. Рождающаяся такимъ образомъ коллизія между двумя возможными выводами изъ разныхъ нормъ въ большинствѣ случаевъ разрѣшается въ пользу дедукціи изъ общаго правила, ибо послѣдняя всегда логически достовѣрна, тогда какъ заключеніе по аналогіи зачастую лишь вѣроятно.

Сдѣланными только что замѣчаніями выясняется въ точности понятіе «пробѣла въ правѣ». О пробѣлѣ не можетъ быть рѣчи тогда, когда данный случай прямо предусмотрѣнъ наличными нормами, а это бываетъ: 1 если для этого случая уста-

---

[10]) *Unger*, 63—64. Одинаково *Savigny*, 293—294; *Eisele*, Civilistische Kleinigkeiten (Iahrb. fur Dogm., XXIII, 130), и др.

новлена спеціальная норма (сепаратный законъ) или 2) если толкованіе какой-либо общей нормы (общаго правила) съ несомнѣнностью показало, что законодатель хотѣлъ подчинить ей *всѣ* частные случаи, обладающіе указанными въ ней признаками, а слѣдовательно и данный случай. Напротивъ, всякій разъ, когда посредствомъ простого толкованія (т. е. раскрытія явнаго смысла нормъ) нельзя убѣдиться съ полною достовѣрностью, что онѣ должны относиться, по мысли законодателя, къ данному случаю, мы имѣемъ дѣло съ пробѣломъ въ правѣ, который можетъ быть устраненъ только при помощи логическаго развитія.

ГЛАВА VI.

Толкованіе по русскому праву.

До сихъ поръ мы изучали процессъ толкованія юридическихъ нормъ и выводили правила для него чисто теоретически, исходя, съ одной стороны, изъ данныхъ филологической герменевтики и логики, а съ другой стороны, изъ общихъ свойствъ юридическихъ нормъ. При этомъ мы не обращали никакого вниманія на правила толкованія, установленныя въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ. Теперь слѣдуетъ подвергнуть ихъ разсмотрѣнію и сравнить съ добытыми нами результатами. Такимъ путемъ мы не только опредѣлимъ степень ихъ раціональности, но и подведемъ вмѣстѣ съ тѣмъ общій итогъ всему предшествующему изложенію

Преподанныя въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ правила толкованія законовъ распадаются на четыре группы.

I Въ первую входятъ статьи 9 и 10 уст. гражд. суд., которыми обязаны руководствоваться общія судебныя учрежденія при разрѣшеніи гражданскихъ дѣлъ.

Ст 9: «Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ».

Ст. 10: «Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи».

II. Такія же (съ однимъ измѣненіемъ) правила установлены для разрѣшенія уголовныхъ дѣлъ всѣми судами.

Уст угол. суд

Ст. 12: «Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности, или противорѣчія законовъ, коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія, должны основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ».

Ст. 13: «Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за противузаконное бездѣйствіе власти (Улож. о наказ., ст. 341—343)».

Ст. 119: «..Мировой судья . въ примѣненіи къ дѣлу законовъ руководствуется правилами, постановленными въ статьяхъ 12 и 13 сего устава»

Правила объ устр. суд. ч 12 іюля и 29 дек. 1889, разд I.

Ст. 30. «Судебныя дѣла, отнесенныя къ вѣдѣнію уѣзднаго члена окружнаго суда (ст 29), производятся порядкомъ, предписаннымъ въ уставахъ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства для мировыхъ судебныхъ установленій, причемъ обязанности мироваго судьи исполняются уѣзднымъ членомъ окружнаго суда, а обязанности съѣзда мировыхъ судей — окружнымъ судомъ».

Тѣ же правила. разд II.

Ст. 1: «Судебныя дѣла, подвѣдомственныя земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, разсматриваются и рѣшаются на основаніи изложенныхъ ниже правилъ съ соблюденіемъ общихъ положеній, содержащихся въ статьяхъ 1—28 устава гражданскаго судопроизводства и въ статьяхъ 2, 6—8, 12—16, 18—32 устава уголовнаго судопроизводства»

III Иного рода правила установлены третьей группой статей для гражданскихъ дѣлъ, разрѣшаемыхъ мировыми и замѣнившими ихъ учрежденіями, а также для торговыхъ дѣлъ.

Уст. гражд. суд.

Ст. 129: «Мировой судья, по выслушаніи сторонъ, принимаетъ въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства, и, опредѣливъ, по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу доказательствъ, постановляетъ рѣшеніе, которое не должно противорѣчить закону»

Ст. 130: «При постановленіи рѣшенія Мировой судья можетъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно неразрѣшаемыхъ законами».

Правила объ устройствѣ суд. части 1889, ст. 30 (см. выше).

Тѣ же правила, разд. II.

Ст. 88: «Земскій начальникъ или городской судья, по выслушаніи сторонъ, принимаетъ въ соображеніе всѣ обстоятельства дѣла и представленныя

доказательства, и опредѣливъ, по внутреннему убѣжденію, значеніе и силу оныхъ, постановляетъ рѣшеніе, которое не должно противорѣчить закону. По ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, ему предоставляется руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно не разрѣшаемыхъ законами».

Уставъ судопр. торг Ст. 352: «Рѣшенія коммерческаго суда утверждаются на законахъ; въ тѣхъ же случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную ихъ силу».

Уст. торг Ст 1: «Права и обязанности, проистекающія изъ сдѣлокъ и отношеній, торговлѣ свойственныхъ, опредѣляются законами торговыми. Въ случаѣ недостатка этихъ законовъ примѣняются законы гражданскіе и принятые въ торговлѣ обычаи».

IV. Наконецъ, четвертую и послѣднюю группу составляютъ правила толкованія законовъ, обязательныя при рѣшеніи всѣхъ прочихъ дѣлъ [1]).

Основные законы. Ст. 65: «Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія и распространенія. Всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ безъ доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій. Но если бы гдѣ-либо, по различію буквальнаго смысла узаконеній, встрѣтилось затрудненіе въ избраніи и приложеніи закона къ разсматриваемому дѣлу, въ такомъ случаѣ, по невозможности согласить буквальный смыслъ закона съ таковымъ другаго, сама необходимость предписываетъ, особенно въ высшихъ мѣстахъ, слѣдовать общему духу законодательства и держаться смысла, наиболѣе оному соотвѣтствующаго».

Ст. 52. «Въ случаѣ неясности или недостатка существующаго закона, каждое мѣсто и правительство имѣетъ право и обязанность представлять о томъ по порядку своему начальству. Если встрѣченное сомнѣніе не разрѣшается прямымъ смысломъ закона, тогда начальство обязано представить правительствующему сенату или министру по принадлежности».

Ст 201 учр. правит. сен: «Сенатъ не приступаетъ къ рѣшенію такихъ дѣлъ, на которыя не окажется точнаго закона, но о всякомъ случаѣ (казусѣ), требующемъ изданія новыхъ, или дополненія или перемѣны суще-

---

[1]) Мѣстныхъ и спеціальныхъ законовъ мы не касаемся.

ствующихъ узаконеній, составляетъ проектъ разрѣшенія, и все дѣло, по ст. 173, вносится министромъ юстиціи, съ его заключеніемъ, къ Императорскому Величеству чрезъ государственный совѣтъ».

Ст. 206: «Всѣ дѣла, на которыя есть точный и ясный законъ, Сенатъ разрѣшаетъ самъ собою, не испрашивая Высочайшаго утвержденія, исключая тѣхъ только случаевъ и дѣлъ, въ которыхъ закономъ именно сіе предписано».

Общ. губ учр

Ст. 474: «Въ случаяхъ важныхъ и чрезвычайныхъ, встрѣтивъ сомнѣніе и недоразумѣніе въ смыслѣ законовъ, губернское правленіе, по распоряженію губернатора, приглашаетъ въ свое присутствіе казенную палату и управленіе государственныхъ имуществъ, а въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ судебные уставы введены не въ полномъ объемѣ, и палату уголовнаго и гражданскаго суда, и требуетъ заключенія губернскаго прокурора. Составленное на сихъ основаніяхъ общее присутствіе губернскихъ установленій разсуждаетъ и дѣлаетъ постановленіе большинствомъ голосовъ: настоитъ ли сомнѣніе или недоразумѣніе по предложенному предмету? Когда вопросъ сей будетъ рѣшенъ утвердительно, то губернское правленіе представляетъ дѣло на благоусмотрѣніе правительствующаго сената; если же общее присутствіе рѣшитъ, что недоразумѣнія нѣтъ, то объясняетъ, въ чемъ именно должно состоять исполненіе, и губернское правленіе дѣйствуетъ на семъ основаніи, донося въ томъ и другомъ случаѣ правительствующему сенату. По вопросамъ болѣе частнымъ, по коимъ могло бы возникнуть сомнѣніе, губернское правленіе можетъ также ограничиться представленіемъ черезъ губернатора тому главному начальнику, къ вѣдѣнію коего предметъ относится».

Ст. 475: «При сомнѣніи на счетъ прямого смысла кокого-либо закона, правленіе испрашиваетъ изъясненіе правит. сената не иначе, какъ испробовавъ напередъ заключеніе губернскаго прокурора (гдѣ онъ есть); во всѣхъ же прочихъ случаяхъ входитъ непосредственно съ представленіями въ правительствующій сенатъ».

Ст. 476: «Запрещается, подъ предлогомъ мнимой неясности, испрашивать указа на указъ; требовать же разъясненія можно только тогда, когда дѣйствительно встрѣчены будутъ затрудненія въ исполненіи постановленій, или когда самый буквальный смыслъ закона подаетъ поводъ къ недоразумѣнію».

Сравненіе этихъ четырехъ группъ правилъ толкованія показываетъ, что первая и четвертая вводятъ противоположныя системы, и что вторая и третья группы примыкаютъ къ первой. Оставляя, поэтому, двѣ послѣднія пока въ сторонѣ, обратимся къ оцѣнкѣ четвертой группы. Согласно ей, если буквальный смыслъ нормы ясенъ, то она должна быть примѣнена безъ вся-

каго дальнѣйшаго изслѣдованія; если же онъ неясенъ, или если вовсе нѣтъ нормы, прямо предусматривающей данный случай, то слѣдуетъ обратиться за разъясненіемъ или дополненіемъ закона къ подлежащему органу власти. Только въ случаѣ наличности двухъ нормъ, противорѣчащихъ другъ другу по своему буквальному смыслу, дозволяется самостоятельно устранять это противорѣчіе, избирая ту изъ нихъ, которая соотвѣтствуетъ «общему духу законодательства».

Въ этомъ порядкѣ толкованія и примѣненія законовъ нетрудно узнать ту систему, которая господствовала прежде въ другихъ европейскихъ государствахъ и была повсюду оставлена въ виду своей неудовлетворительности (стр. 62—76). Въ нашемъ юридическомъ быту она практиковалась искони, но получила законодательную санкцію въ XVIII в., а затѣмъ въ Сводѣ законовъ [2]), причемъ до изданія судебныхъ уставовъ 1864 г. имѣла универсальное значеніе и была обязательна для всѣхъ общихъ учрежденій какъ административныхъ, такъ и судебныхъ [3]) Такъ какъ нераціональность ея подробно выяснена выше, то подвергать ее разбору вторично представляется излишнимъ.

Перейдемъ къ первой системѣ, введенной судебными уставами 1864 г. Она построена на противоположномъ принципѣ: суды ни въ какомъ случаѣ не могутъ пріостанавливать рѣшеніе дѣлъ и обращаться къ кому бы то ни было за разъясненіемъ встрѣченныхъ при толкованіи законовъ затрудненій, а обязаны самостоятельно разрѣшать дѣла «по точному разуму» и по «общему смыслу» законовъ.

Но, спрашивается, что собственно слѣдуетъ понимать подъ этими выраженіями?

---

[2]) См. прим. 10 на стр. 64 и прим. 24 на стр. 71. Ср. *Градовскій*, Толкованіе, 4 и сл.; *Дубровинъ*, 1 и сл.

[3]) По отношенію къ дореформеннымъ судамъ она была подтверждена ст. 7 учр. мѣст. суд. устан. прежн. устр.: «Судебное мѣсто не можетъ рѣшить дѣло, если нѣтъ на оное яснаго закона; въ семъ случаѣ судебныя мѣста въ губерніяхъ обязаны представлять губернскому начальству, которое, сдѣлавъ предварительно въ общемъ собраніи губернскаго правленія и палатъ совѣщаніе, доноситъ о томъ правительствующему сенату». Исключеніе составляли коммерческіе суды.

Согласно господствующему въ нашей литературѣ мнѣнію, выраженіе «точный разумъ закона» означаетъ, въ противоположность «буквѣ», или буквальному смыслу закона, внутренній, истинный его смыслъ[4]). И, дѣйствительно, такое противоположеніе вполнѣ соотвѣтствуетъ обычному словоупотребленію. Еще самъ составитель Свода законовъ противопоставлялъ разумъ закона буквальному смыслу его, замѣчая, что «буквальнымъ смысломъ закона не всегда выражается во всей полнотѣ и точности внутренній его разумъ[5]). Притомъ, если бы законодатель желалъ сохранить прежній порядокъ толкованія законовъ, онъ сослался бы въ 9 ст. уст. гр. суд. на дѣйствовавшіе раньше законы или повторилъ употребленное въ нихъ выраженіе: «по буквальному смыслу». Наконецъ, изъ мотивовъ къ 10 ст уст гр. суд видно даже, что составители судебныхъ уставовъ думали, что не вводятъ новаго принципа, такъ какъ будто бы «по точному разуму ст. 60 и 65 осн. законовъ, судебнымъ мѣстамъ слѣдовало бы рѣшать дѣла по смыслу существующихъ законовъ, а затѣмъ уже представлять, по ст. 52 законовъ основныхъ, о неясности или недостаткѣ закона своему начальству», и такъ какъ противоположный порядокъ «установился на практикѣ вслѣдствіе того, что въ I т. учр. сен и во II т. о губ. учр. есть статьи, не вполнѣ согласныя съ 60 и 65 ст. осн. зак.». Хотя это мнѣніе составителей устава ошибочно, такъ какъ во всѣхъ указанныхъ ими законахъ проводится принципъ буквальнаго толкованія законовъ[6]), однако оно тоже свидѣтельствуетъ, что въ ст. 9 уст гр. суд. они хотѣли санкціонировать какъ-разъ противоположный принципъ[7]).

---

[4]) *Буцковскій*, 62; *Капустинъ*, 181—184; *Малышевъ*, 285; *Градовскій*, Толкованіе, 19, 31 и сл.; *Гордонъ*, 13, 14 и прим; *Пуцилло*, 180—181; *Анненковъ*, Система, I, 9; *Шершеневичъ*, 59; *Дубровинъ*, 19—20 и др.

[5]) Обозрѣніе историч. свѣдѣній о сводѣ законовъ, 1837, 155.

[6]) *Градовскій*, Толкованіе 6—13.

[7]) Существуютъ однако писатели, полагающіе, что судебными уставами оставленъ въ силѣ прежній порядокъ толкованія законовъ. *Оршанскій* (II, 46): «Даже судебные уставы 1869 г. предоставляютъ судамъ рѣшать дѣла по общему смыслу законовъ лишь въ случаѣ ихъ «неполноты, неяс-

Но если «разумомъ» обозначается въ ст. 9 уст. гр. суд. внутренній, дѣйствительный смыслъ закона, то что же нужно понимать подъ «общимъ смысломъ законовъ»?

ности, или противорѣчія», а во всѣхъ остальныхъ случаяхъ руководствоваться «точнымъ разумомъ» законовъ. Выраженіе «точный разумъ» и точный смыслъ статьи не оставляютъ никакого сомнѣнія въ томъ, что теперь, какъ и прежде, внѣшняя форма выраженія мысли закона остается краеугольнымъ камнемъ нашей легальной интерпретаціи». *Онъ же* (III, 33): «Несмотря на ст. 9 гражд. суд., новая судебная практика сдѣлала во многихъ вопросахъ шагъ назадъ сравнительно съ старой относительно буквальнаго примѣненія закона: принципъ буквальнаго толкованія остается въ своей силѣ, какъ и прежде, и благодаря большему чувству легальности теперешнихъ судей, недостатки этого принципа обнаруживаются сильнѣе прежняго. Какъ же послѣ этого убаюкивать себя фразой, что судебные уставы сдѣлали все нужное для установленія раціональной системы толкованія законовъ?». *Есиповичъ* (85, 88, 99—100, 101) употребляетъ выраженіе «толкованіе по буквальному смыслу и точному разуму», не проводя различія между этими двумя понятіями. Такое же смѣшеніе этихъ понятій сплошь и рядомъ встрѣчается въ рѣшеніяхъ Сената. Напр., въ рѣш. гражд. касс. деп. 1868, № 853 говорится: «судебныя мѣста должны руководствоваться *точнымъ разумомъ* закона, основывать же рѣшеніе не на *буквальномъ*, а на общемъ смыслѣ законовъ судебныя мѣста имѣютъ право лишь тогда, когда въ законѣ встрѣтилась неполнота, неясность, недостатокъ или противорѣчіе». Ср. еще рѣш. 1867, № 47; 1871, № 394; 1879, № 16. Странное мнѣніе относительно значенія «буквальнаго толкованія» высказалъ Мейеръ. По его словамъ, «толкованіе закона только и можетъ быть одно—согласно буквальному его смыслу: всякое толкованіе, придающее словамъ его смыслъ, котораго они не выражаютъ, будетъ не толкованіемъ, а искаженіемъ закона» (стр. 25). Между тѣмъ въ послѣдующемъ изложеніи Мейеръ, противорѣча себѣ, говоритъ: «толкованіе распространительное показываетъ, что смыслъ закона идетъ далѣе его буквальнаго смысла», а «толкованіе ограничительное показываетъ, что смыслъ закона тѣснѣе его буквальнаго смысла (стр. 30). Чтобы выпутаться изъ противорѣчія, онъ опять повторяетъ: «собственно говоря, ни въ толкованіи распространительномъ, ни въ толкованіи ограничительномъ мы не выходимъ изъ предѣловъ воли законодателя, а предосудительно только оставлять эти предѣлы» (стр. 31). Но вѣдь «воля» и «буква» — два совершенно различныя понятія.

Этимъ выраженіемъ, по установившемуся въ литературѣ мнѣнію, означаются основныя начала, принципы дѣйствующаго права [8]). Наиболѣе подробно и точно разъясняетъ это положеніе Буцковскій. «У каждаго народа», говоритъ онъ: «право въ развитіи своемъ слагается, какъ изъ началъ всеобщихъ, вытекающихъ изъ всеобщихъ свойствъ человѣческой природы, такъ и изъ началъ народныхъ, образующихся изъ народнаго характера и свойственнаго тому или другому народу пониманія жизни. Очевидно, что духъ права и законовъ, имъ установленныхъ, обрисовывается не общечеловѣческими, а только характеристическими его чертами, т. е. тѣмъ, чѣмъ одно законодательство отличается отъ другаго. Поэтому, духъ какого-нибудь законодательства опредѣляется не основными его началами, отдѣльно взятыми, но характеристикою его основныхъ началъ, выведенною изъ сравненія различныхъ законодательствъ. При разрѣшеніи случаевъ, неопредѣленныхъ закономъ, судьи тѣмъ точнѣе исполнятъ волю законодателя, чѣмъ рѣшеніе ихъ будетъ сообразнѣе съ общимъ духомъ законодательства» [9]).

Дѣйствительно, сравнивая нѣсколько законодательствъ, особенно развившихся самостоятельно и независимо другъ отъ друга, можно подмѣтить между ними вмѣстѣ съ многочисленными чертами сходства также и весьма существенныя различія Русское право, напр., проводитъ принципъ полной раздѣльности имущества супруговъ, а западно-европейскіе кодексы устанавливаютъ различныя другія системы. Римское право въ принципѣ не допускало представительства и перемѣны субъектовъ въ обязательствѣ, современныя же законодательства провозглашаютъ принципы полной свободы договоровъ и передаваемости обязательствъ.

---

[8]) *Буцковскій*, 76 и сл.; *Малышевъ*, 294—295; *Малининъ*, 65; *Шершеневичъ*, 60; *Гольмстенъ* (у Мейера, 26); *Анненковъ*, 9 и сл.; *Гордонъ* (50 — 51: «судъ долженъ руководствоваться общимъ смысломъ всей системы права», но ср. стр. 52: «подъ «разумомъ», «общимъ смысломъ» слѣдуетъ, по моему убѣжденію, понимать то ratio legis (основаніе, намѣреніе, цѣль), о которомъ говоритъ теорія права и вышеприведенныя законодательства».

[9]) *Буцковскій*, 80. По мнѣнію Шмидта, выраженіе «ratio juris» обозначаетъ именно «характеръ или духъ права». *Schmidt*, Beitrage zur Ratio juris im rom R., 1899, 9.

Совокупность такого рода основныхъ принциповъ придаетъ каждому законодательству особый, индивидуальный характеръ, отличающій его отъ прочихъ законодательствъ.

Однако нѣтъ никакого основанія полагать, что подъ «общимъ смысломъ законовъ» статья 9 уст. гр. суд. разумѣетъ только специфическіе, одному русскому праву свойственные принципы. Ни о какомъ вѣдь противоположеніи русскаго права иностраннымъ законодательствамъ въ ней нѣтъ и помину. Она говоритъ объ общемъ смыслѣ законовъ безотносительно къ какому бы то ни было другому праву. Слѣдовательно, подъ этими выраженіями должны быть понимаемы всѣ вообще принципы, которые лежатъ въ основѣ нормъ нашего дѣйствующаго права.

«Подъ общимъ смысломъ закона», справедливо замѣчаетъ проф. Гольмстенъ: «тутъ слѣдуетъ разумѣть то общее начало, къ которому можетъ быть сведенъ самый законъ, какъ единичное его выраженіе, или которое можетъ быть выведено изъ цѣлаго ряда законовъ; напр., общій смыслъ закона, требующаго, чтобы завѣщаніе было совершено въ полномъ умѣ и твердой памяти, тотъ, что юридическій актъ, совершенный при отсутствіи сознательной воли, не можетъ обладать силою; или общій смыслъ законовъ о неустойкѣ тотъ, что неустойка есть денежная пеня, а не заранѣе опредѣленное вознагражденіе за убытки неисполненія и т. д.»[10]).

Однако общій смыслъ, или духъ, законодательства опредѣляется не одними только положительными юридическими принципами, санкціонированными имъ въ отвлеченной формѣ или проведенными въ частныхъ случаяхъ, но и тѣми идеалами, тѣми верховными тенденціями, осуществленію которыхъ служатъ юридическія нормы. Такими тенденціями, заслуживающими названія идеальныхъ принциповъ въ отличіе отъ положительныхъ, являются въ законодательствахъ современныхъ цивилизованныхъ государствъ тенденціи къ справедливому, цѣлесообразному и милостивому нормированію отношеній между гражданами.

Формальное право принимать эти принципы въ разсчетъ при толкованіи законовъ даетъ русскимъ судамъ указъ 20 ноября 1864 г., которымъ сопровождалось изданіе судебныхъ уста-

---

[10]) *Гольмстенъ*, (у *Мейера*, 26).

вовъ: «По вступленіи на прародительскій престолъ однимъ изъ первыхъ Нашихъ желаній, всенародно возвѣщенныхъ въ Манифестѣ 19 марта 1856 года, было: «правда и милость да царствуютъ въ судахъ..» Разсмотрѣвъ сіи проекты (судебныхъ уставовъ), Мы находимъ, что они вполнѣ соотвѣтствуютъ желанію Нашему водворить въ Россіи судъ скорый, правый, милостивый и равный для всѣхъ». Имѣя въ виду эти многознаменательныя слова Царя-Освободителя, русскіе судьи обязаны стремиться къ тому, чтобы ихъ рѣшенія были правыми и равными для всѣхъ (т. е. справедливыми и сообразными съ существомъ дѣлъ), а также милостивыми [11]).

Итакъ, если подъ «точнымъ разумомъ» слѣдуетъ понимать внутренній смыслъ закона, а подъ «общимъ смысломъ законовъ»— принципы дѣйствующаго законодательства, то процессъ толкованія представляется, согласно 9 ст уст. гр. суд., въ такомъ видѣ: если данный случай прямо предусмотрѣнъ какою-либо нормой, то судъ обязанъ раскрыть ея внутренній смыслъ и примѣнить согласно этому смыслу; если же такой нормы нѣтъ, или если она страдаетъ неясностью, неполнотой или противорѣчитъ другимъ нормамъ, то суду необходимо обратиться къ общимъ принципамъ (положительнымъ и идеальнымъ) дѣйствующаго законодательства и найти въ нихъ точку опоры для рѣшенія дѣла.

Этимъ общимъ положеніемъ уставъ гражд. судопроизводства и ограничивается, не давая никакихъ болѣе точныхъ и детальныхъ правилъ толкованія Но они могутъ быть выведены изъ указаннаго общаго положенія, что и сдѣлано нашими юристами и сенатомъ, не всегда, впрочемъ, согласными между собой. Разсмотримъ общіе результаты, къ которымъ они пришли.

Ст. 9 уст. гр. суд., обязывая судъ руководствоваться, прежде всего, точнымъ разумомъ закона, тѣмъ самымъ разрѣшаетъ и предписываетъ имъ употреблять всѣ пріемы и средства, способные привесть къ раскрытію этого «разума», или, иначе, внутренняго смысла закона. Съ этою цѣлью суды (а слѣдовательно

---

[11]) См. по этому поводу: *Гольмстенъ*, Правда и милость въ гражданскомъ судѣ (въ «Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ», 1894, стр. 242 и слѣд.).

и всѣ вообще граждане) должны примѣнять выработанныя теоріей правила толкованія. Сначала слѣдуетъ подвергнуть подлежащую норму грамматическому толкованію, а затѣмъ, обнаруживъ ея словесный, буквальный смыслъ, провѣрить его посредствомъ логическаго толкованія. Такой порядокъ, согласно теоріи, господствующей въ западно-европейской литературѣ, рекомендуется большинствомъ нашихъ юрпстовъ [12]), а также и сенатомъ [13]), высказывавшимъ, однако, гораздо чаще другое мнѣніе, именно, что къ логическому толкованію можно прибѣгать только въ случаѣ неясности закона [14]); если же бук-

---

[12]) *Буцковскій*, 66 и сл.; *Капустинъ*, 181 и сл.; *Малининъ*, 58 и сл.; *Пуцилло*, 168; *Шершеневичъ*, 59; *Анненковъ*, 16; *Лихтенштадтъ*, 27 и др. Нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ не принимаютъ дѣленія толкованія на грамматическое и логическое, а различаютъ, слѣдуя за Савиньи, четыре элемента: грамматическій, логическій, систематическій и историческій. *Мейеръ*, 27 и сл.; *Малышевъ*, 286 и сл.; *Гордонъ*, 13, прим. 1. Но реформа Савиньи сводилась просто къ измѣненію терминологіи (см выше, стр. 31 — 32), по существу же онъ и его послѣдователи не отступаютъ отъ господствующей теоріи Оригинальной терминологіи придерживается *Буцковскій*, 66: «Толкованіе закона по словесному его смыслу, или буквальное, имѣетъ три вида: оно можетъ быть или грамматическимъ, или систематическимъ, или логическимъ» *Капустинъ* (стр. 181) называетъ логическое толкованіе доктринальнымъ.

[13]) Напр., въ рѣш. гражд. касс. деп 1880, № 109: «Палата обратилась для разъясненія точнаго разума 683 ст. не къ смыслу тѣхъ выраженій, въ которыхъ изложенъ этотъ законъ, не къ обсужденію внутренняго содержанія того источника, изъ котораго заимствовано это постановленіе, и не къ уясненію цѣли, какую имѣлъ въ виду законодатель при ея изданіи»... 1884, № 18: «При примѣненіи законовъ судебныя мѣста обязаны руководствоваться ихъ точнымъ разумомъ; уясненію же смысла, разума закона служитъ та цѣль, для которой законъ этотъ изданъ»

[14]) Рѣш. 1879 г., № 3: «Такъ какъ буквальное содержаніе этого закона (2 п. 399 ст 1 ч. X т.) не даетъ прямого указанія для разрѣшенія спора въ томъ или другомъ смыслѣ, то палатѣ слѣдовало обратиться къ точному его разуму». См. также слѣд. примѣч. Это мнѣніе сената раздѣляетъ *Есиповичъ*, 85, 88, 99—100, 101. Его же высказалъ раньше *Капустинъ*, (182: «ученое или юридическое истолкованіе становится необходимымъ лишь тогда, когда

вальный смыслъ закона ясенъ, то дальнѣйшее толкованіе не допустимо [15]). Но такое ограниченіе свободы толкованія, не выдерживая критики съ теоретической точки зрѣнія (см. стр. 65 и сл.), противорѣчитъ 9 ст уст. гр суд., которая, какъ было показано выше, употребляетъ выраженіе «точный разумъ» вмѣсто «внутренній смыслъ» закона [16]). Согласно этой статьѣ, судъ во всякомъ случаѣ долженъ рѣшать дѣла «по точному разуму законовъ», безразлично, является ли буквальный смыслъ послѣднихъ яснымъ или же неяснымъ. Отсюда вытекаетъ, что за грамматическимъ толкованіемъ всегда должно слѣдовать логическое [17]).

При грамматическомъ толкованіи, имѣющемъ цѣлью раскрыть смыслъ нормы на основаніи значенія употребленныхъ въ ней словъ и ея грамматической конструкціи [18]), слѣдуетъ

выраженіе закона оказывается явно неточнымъ»), признающій однако, въ противорѣчіе самому себѣ, возможность распространительнаго и ограничительнаго толкованія (стр. 183).

[15]) Наиболѣе рельефно этотъ взглядъ высказанъ въ слѣд рѣшеніяхъ гражд. кассац. департ. 1879, № 16: «Судебныя установленія обязаны руководствоваться точнымъ разумомъ закона, который, очевидно, можетъ быть выведенъ изъ смысла тѣхъ выраженій, въ которыхъ изложенъ законъ... Если смыслъ закона ясенъ самъ по себѣ, то судъ обязанъ лишь примѣнить этотъ законъ. Судъ не въ правѣ,—относясь къ закону критически и находя, что извѣстное постановленіе не соотвѣтствуетъ общему духу законодательства, что оно не достигаетъ той цѣли, которую законодатель имѣлъ въ виду,—ставить на мѣсто яснаго закона другой, лучшій, по мнѣнію суда законъ». 1880, № 107: «Если законъ ясенъ, то суду предстоитъ примѣнить его, и онъ не въ правѣ, относясь къ закону критически и находя, что извѣстное постановленіе несправедливо или не достигаетъ той цѣли, какую имѣлъ въ виду законодатель, ставить на мѣсто яснаго закона другой, болѣе соотвѣтствующій такой цѣли законъ». 1900, № 4· «Вообще, толкованіе закона, включая и толкованіе историческое, можетъ имѣть мѣсто только при неясности текста закона» Ср. рѣш. 1881, № 79, 1886, № 77; 1890, № 77.

[16]) *Пуфилло*, 180—181.

[17]) *Малининъ*, 59—60; *Пуфилло*, 175—176; *Шершеневичъ*, 59—60.

[18]) *Малининъ*, 58 — 59; *Малышевъ*, 286 — 287; *Мейеръ*, 27 — 28; *Пуфилло*, 168.

имѣть въ виду: данныя законодателемъ опредѣленія понятій [19]). терминологію законодательства [20]), время и мѣсто изданія закона [21]), общія грамматическія правила [22]). Необходимость соблюденія этихъ правилъ признается и сенатской практикой [23]), хотя они и не формулируются ею въ общей формѣ

По окончаніи грамматическаго (словеснаго) толкованія наступаетъ очередь логическаго (реальнаго), задача котораго состоитъ въ томъ, чтобы, исходя изъ полученнаго результата, раскрыть внутренній смыслъ нормы [24]). Для этого логическое толкованіе принимаетъ въ соображеніе всевозможныя данныя [25]), а именно логическую связь нормы съ другими нормами дѣй-

---

[19]) *Малининъ*, 59.

[20]) *Малининъ*, 59; *Малышевъ*, 289

[21]) *Буцковскій*, 66, *Капустинъ*, 181; *Малининъ*, 59; *Пуцилло*, 169; *Малышевъ*, 289.

[22]) *Шершеневичъ*, 59; *Малининъ*, 59; *Мейеръ*, 28.

[23]) Напр., въ рѣш. 1882, № 152: «Въ законахъ нашихъ выраженіе «состояніе» употребляется и для опредѣленія имущественнаго состоянія, и въ смыслѣ состоянія сословнаго, и потому въ каждомъ данномъ случаѣ значеніе сего выраженія можетъ съ достовѣрностью быть установлено по общему смыслу всей статьи закона, по логическому отношенію выраженія къ тому положенію, которое высказывается въ данномъ законѣ, по сравненію однородныхъ статей закона, въ которыхъ употребляется одно и то-же выраженіе». 1900, № 60: «Въ русскомъ текстѣ закона о привил. и ипот. 1825 г. употреблено слово *подать*. Но такъ какъ этотъ законъ изданъ и обнародованъ на польскомъ языкѣ, и оффиціальнаго перевода его на русскій языкъ до настоящаго времени не имѣется, то указанное выраженіе слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, который при изданіи этого закона придавали соотвѣтствующему ему въ подлинномъ текстѣ закона польскому выраженію podatki». Ср. еще рѣш. 1868, № 355, 1881, № 79, 1884, № 18, 1899, № 15.

[24]) Логическое толкованіе многіе смѣшиваютъ съ логическимъ развитіемъ: *Капустинъ*, 182 — 183; *Буцковскій*, 68—69; *Мейеръ*, 29—30; *Малышевъ*, 294.

[25]) Странное мнѣніе высказываетъ *Капустинъ*, 182: «Средствомъ юридическаго истолкованія служитъ выраженіе законодательной воли въ разныхъ случаяхъ и общее начало о дозволенности всего, что не воспрещено».

ствующаго права [26]), положеніе ея въ системѣ права [27]), проведенный въ ней юридическій принципъ [28]), ея цѣль [29]), мотивы [30]) и историческіе источники [31]). Свѣдѣнія объ этихъ данныхъ могутъ быть получены какъ изъ самого текста законодательства, такъ и изъ постороннихъ источниковъ, напр., изъ объяснительныхъ записокъ, мотивовъ, прежнихъ законовъ и т. д. Но съ помощью постороннихъ источниковъ нельзя вносить въ законъ ничего такого, что въ немъ не выражено, и что не согласуется съ его яснымъ смысломъ [32]) Другими словами, пользоваться данными, заключающимися въ постороннихъ источникахъ, дозволительно только для подтвержденія толкованія, сдѣланнаго при помощи внутреннихъ данныхъ, или въ случаѣ неустранимой съ помощью послѣднихъ неясности закона. Но не всѣ средства логическаго толкованія имѣютъ одинаковое значеніе. Такъ, логическій элементъ заслуживаетъ предпо-

---

[26]) *Малинина*, 59—60; *Буцковскій*, 68.

[27]) *Буцковскій*, 67, *Малинина*, 62; *Малышева*, 292—293; *Мейеръ*, 28—29, *Пуцилло*, 173; *Шершеневичъ*, 60.

[28]) *Малинина*, 62; *Пуцилло*, 175.

[29]) *Буцковскій*, 62, 70; *Пуцилло*, 175. Рѣш. гражд. деп 1884, № 18. «Уясненію смысла разума закона служитъ та цѣль, для которой законъ этотъ изданъ» (contra 1881, № 79: «Судъ обязанъ примѣнять законъ по точному его смыслу; онъ не можетъ толковать его въ другомъ смыслѣ, котораго онъ не имѣетъ, хотя бы законъ и дѣйствительно не достигалъ той цѣли, которую имѣлъ въ виду законодатель»).

[30]) *Буцковскій*, 70.

[31]) *Мейеръ*, 28, *Малышева*, 291—292; *Пуцилло*, 173: *Шершеневичъ*, 60; *Коркуновъ*, Лекціи, 345 и др. Ср. рѣш. сената 1880, № 109, приведенное въ примѣч. 13.

[32]) Цитаты изъ соч. *Малышева*, *Гредескула* и *Таганцева*, см. на стр. 104—105 и въ прим. 42 Ср. *Малинина*, 60—61: «Тотъ смыслъ, который можно извлечь для разсматриваемаго закона изъ историческихъ данныхъ и мотивовъ изданія его, если не будетъ согласованъ въ результатѣ съ смысломъ, получаемымъ при строго систематическомъ толкованіи (т. е. только на основаніи самаго же закона)—будетъ противенъ волѣ закона, и потому не долженъ допускаться, иначе на мѣсто воли закона, единственно обязательной для суда, была бы поставлена воля, которая такой обязательной силы не имѣетъ». Противъ этого возражалъ *Пуцилло*, 171: «Намъ кажется, что едва ли можно

чтенія въ случаѣ коллизіи съ систематическимъ [33]). Но особенно важное значеніе при толкованіи Свода законовъ имѣютъ, въ виду характера и способа составленія послѣдняго, историческіе источники, т. е. узаконенія, помѣщенныя въ Полномъ Собраніи законовъ [34]), хотя прибѣгать къ нимъ, какъ и вообще къ внѣшнимъ

согласиться съ такимъ взглядомъ. Каждому болѣе или менѣе важному закону предшествуютъ законодательныя работы; онъ долженъ пройти нѣсколько стадій своего развитія, прежде чѣмъ влиться въ законодательную форму. Вызванный требованіемъ времени, условіями государственными, общественными, экономическими, законъ имѣетъ свою исторію и мѣсто въ общей системѣ законодательства. Возможно ли разсматривать и изучать законъ внѣ этой исторіи и тѣхъ условій, которыя вызвали его»? Но проф Малининъ говорилъ не о полномъ игнорированіи внѣшнихъ источниковъ, а о границахъ пользованія ими. Правильный взглядъ относительно этихъ границъ высказывался и сенатомъ. Рѣш. гражд. касс. деп. 1869 № 642: «Съѣздъ основалъ свое заключеніе на разсужденіи, помѣщенномъ подъ 4 п. 29 ст. уст. гр. суд. изд. госуд. канц.; но это разсужденіе, извлеченное, какъ показываетъ приведенный подъ нимъ источникъ, изъ объяснительной записки къ первоначальному проекту о порядкѣ производства гражданскихъ дѣлъ у мировыхъ судей, не можетъ быть принимаемо въ смыслѣ дополненія текста закона» 1879. № 82: «Съѣздъ при постановленіи рѣшенія руководствовался не самою ст. 1162 уст. гр. суд., а мотивами къ ней, которые не могутъ быть принимаемы въ смыслѣ дополненія къ тексту закона». 1890 № 4: «Коль скоро законъ ясенъ, то несоотвѣтствіе его съ цитированными источниками должно быть принимаемо лишь за удостовѣреніе того, что законодатель имѣлъ въ виду тѣ источники, но нашелъ нужнымъ узаконить иное правило». 1890, № 40: «Повѣрка точности закона съ источниками, на коихъ онъ основанъ, и съ другими прежде дѣйствовавшими законами не можетъ входить въ сферу дѣятельности судебныхъ учрежденій въ томъ случаѣ, когда дѣйствующій законъ не представляетъ никакой неясности». Ср. рѣш. 1890, № 47, 1870, № 516.

[33]) *Буцковскій*, 67; *Пуцилло*, 173. Рѣш. гр. деп. 1881, № 98: «Значеніе каждаго законоположенія зависитъ отъ его содержанія, а не отъ мѣста, какое оно занимаетъ въ сводѣ законовъ и, слѣдовательно, перенесеніе какой-либо статьи изъ одного тома св. зак. въ другіе, безъ всякаго измѣненія ея содержанія, не можетъ превратить ее изъ правила процессуальнаго въ постановленіе матеріальнаго права и наоборотъ».

[34]) *Мейеръ*, 28; *Малышевъ*, 291; *Пуцилло*, 169 и сл.; *Шимановскій*, Первая часть десятаго тома съ ея историческими основаніями, 1870, I, стр. V и сл. Что силу дѣйствующаго права имѣетъ не Полное Собраніе законовъ, а Сводъ, это признано теперь какъ юридической литературой, такъ и судебной

источникамъ, можно и нужно только въ случаѣ неясности самого закона [35]).

Если логическое толкованіе оказалось успѣшнымъ, то его результатъ можетъ совпасть съ результатомъ грамматическаго или же разойтись съ нимъ Въ послѣднемъ случаѣ, отдавая предпочтеніе внутреннему смыслу нормы, мы подвергаемъ ее либо

практикой. Противоположное мнѣніе проф. Коркунова не нашло послѣдователей (см. прим. 9 на стр. 4 и прим. 33 на стр. 163). Дѣйствительно, оно опровергается: 1) приводимыми самимъ проф. *Коркуновымъ* (Статьи, стр. 82—83) выписками изъ подлинныхъ журналовъ общаго собранія государственнаго совѣта, изъ которыхъ видно, что «Государственный совѣтъ единогласно призналъ, что во всѣхъ отношеніяхъ полезно и достоинству правительства соотвѣтственно издать Сводъ въ видѣ законовъ, коимъ въ рѣшеніяхъ *исключительно* руководствоваться должны», что большинство членовъ совѣта признало эту резолюцію вѣрно составленной, и что она была санкціонирована императоромъ Николаемъ I, 2) манифестомъ 31 января 1833 г. (П. С. З. II, 5947), по которому Сводъ имѣлъ «воспріять съ 1 янв 1835 г. законную силу», заключающуюся «въ приложеніи и приведеніи статей его въ дѣлахъ правительственныхъ». Послѣднему предписанію нисколько не противорѣчитъ 4 пунктъ того же манифеста («какъ сводъ законовъ ничего не измѣняетъ въ силѣ и дѣйствіи ихъ, но приводитъ ихъ только въ единообразіе и порядокъ, то, какъ въ случаѣ неясности самого закона, такъ и въ случаѣ недостатка или неполноты его, порядокъ поясненія и дополненія остается тотъ же, какой существовалъ донынѣ»), такъ какъ начальная часть этого пункта имѣетъ только энунціативный характеръ и не является нормой, а вторая, диспозитивная часть постановляетъ, что толкованіе законовъ должно производиться по прежнимъ правиламъ. *Малышевъ*, 291, прим. 53.

[35]) См. рѣшенія сената, приведенныя въ 32 прим. Что Полное Собраніе законовъ представляетъ собою внѣшній источникъ по отношенію къ Своду, это признаетъ даже проф. Коркуновъ, Лекціи 344: «Составляя отдѣльныя статьи Свода, законодатель имѣлъ въ виду выразить въ нихъ тѣ самыя нормы, которыя содержатся въ цитированныхъ въ нихъ законахъ, а вовсе не создать новыя нормы взамѣнъ старыхъ. Поэтому узаконенія, на основаніи которыхъ составленъ Сводъ, имѣютъ въ полномъ смыслѣ слова значеніе законодательныхъ къ нему матеріаловъ». Что касается пользованія этими матеріалами, то никакихъ границъ ему проф. Коркуновъ не ставитъ (Лекціи 344: «Эти, такъ называемые «матеріалы» лучше всего могутъ объяснить, какъ сложилось то или другое опредѣленіе закона, и слѣдовательно, имѣя ихъ подъ руками, нѣтъ уже надобности прибѣгать въ этомъ отношеніи къ какимъ-либо предположеніямъ»).

распространительному, либо ограничительному, а иногда даже измѣняющему толкованію [36]). Но послѣднее допустимо лишь въ томъ случаѣ, когда для этого имѣется поводъ въ самомъ законодательствѣ [37]).

Если логическое толкованіе привело къ неудовлетворительному результату, т. е если внутренній смыслъ нормы остался неяснымъ, или обнаружилась неполнота ея либо противорѣчіе между нею и другими нормами, а равнымъ образомъ, и въ томъ случаѣ, когда въ дѣйствующемъ законодательствѣ вовсе нѣтъ нормы, прямо разрѣшающей данный вопросъ, то необходимо, согласно 9 ст. уст. гр. суд., обратиться къ «общему смыслу законовъ» Съ помощью этого «общаго смысла» перечисленные недостатки нормъ устраняются слѣдующимъ образомъ. При неясности нормы, зависящей отъ ея двусмысленности, предпочтеніе должно быть отдано тому изъ возможныхъ ея значеній, которое наиболѣе соотвѣтствуетъ принципамъ дѣйствующаго права [38]). Такъ какъ къ числу послѣднихъ принадлежатъ также принципы справедливости, цѣлесообразности и милосердія [39]), то слѣдуетъ избирать наиболѣе справедливый, цѣлесообразный и милостивый

---

[36]) *Мейеръ*, 30; *Малининъ*, 61, *Капустинъ*, 183; *Буцковскій*, 73 (смѣшиваетъ съ примѣненіемъ по аналогіи: «Изъ указанныхъ выше четырехъ способовъ толкованія закона по аналогіи, первые два называются объяснительными, третій—распространительнымъ, а четвертый—ограничительнымъ. Всѣ эти способы толкованія закона основаны на такъ называемомъ доводѣ тождественнаго или одинаковаго основанія (a simili)». Объ измѣняющемъ толкованіи упоминаютъ только *Пуцилло*, 176—177, *Анненковъ*, 20—21, и *Гордонъ*, 53 — 54.

[37]) Рѣш. гражд. касс. деп 1882, № 157: «Указаніе просителя на то, что поименованіе въ уставѣ С.-Петербургско-Тульскаго банка учредителями этого банка тѣхъ же лицъ, которыя учредили Тульскій банкъ, есть результатъ редакціоннаго недосмотра, или ошибки, такъ какъ при измѣненіи названія банка, вездѣ, гдѣ въ уставѣ стояли слова «Тульскій банкъ» они были замѣнены словами «С.-Петербургскій Тульскій Банкъ» ...не заслуживаетъ уваженія... при отсутствіи въ уставѣ какого-либо противорѣчія или несообразности».

[38]) Рѣш. гражд. касс. деп., 1868, № 355: «При толкованіи закона надлежитъ принимать смыслъ естественнѣйшій, ближайшій къ общему духу нашего законодательства». Ср. рѣш. 1868, № 552.

[39]) *Гольмстенъ*, Правда и милость, 250: «Милость, снисходительность выражаютъ собою самый общій «смыслъ» закона». *Боровиковскій*, 237—238.

смыслъ [40]). При недостаточности этихъ (матеріальныхъ) предположеній нужно обратиться къ другимъ (формальнымъ) предположеніямъ, состоящимъ, напр., въ томъ, что законодатель выражается согласно съ правилами грамматики и логики [41]), и что ни одно слово въ законѣ не излишне [42]).

Такими же предположеніями слѣдуетъ руководствоваться, отдавая преимущество одной изъ двухъ другъ другу противоположныхъ нормъ [43]), если, конечно, противорѣчіе между ними неустранимо инымъ путемъ, напр., доказательствомъ, что одна норма является изъятіемъ изъ другой или отмѣняетъ ее [44]).

Неполнота и недостатокъ нормы, т. е. частичный и полный пробѣлы въ правѣ [45]) (стр. 186—187), устраняются тоже съ по-

---

[40]) *Есиповичъ*, 103, 105—106; *Гольмстенъ*, ib. 250—251; *Боровиковскій*, 237—238. Рѣш Сен. 1868, № 355: «При толкованіи законовъ надлежитъ принимать смыслъ естественнѣйшій, ближайшій къ общему духу нашего законодательства, тотъ смыслъ, который не подвергая несправедливому колебанію основаннаго на семъ взглядѣ акта частнаго лица, не имѣетъ послѣдствіемъ неправильное ограниченіе самостоятельности государства относительно актовъ, совершаемыхъ и свидѣтельствуемыхъ подлежащими его властями» 1879, № 349: «Принятое палатой толкованіе повело бы къ неизбѣжнымъ затрудненіямъ» Contra: 1879, № 3 («Палата не имѣла права свое заключеніе о смыслѣ п. 2 399 ст подкрѣплять примѣрами тѣхъ практическихъ неудобствъ, которыя возникли бы при пониманіи этой статьи въ противоположномъ смыслѣ»), 1871, № 394, 1886, № 77.

[41]) *Буцковскій*, 66; *Коркуновъ*, Лекціи, 344; *Малышевъ*, 289.

[42]) Рѣш. гр деп. 1882, № 52. «Законъ не повторяется, по крайней мѣрѣ, его не предполагается, и при интерпретаціи закона слѣдуетъ толковать его въ его естественномъ смыслѣ, устраняя мысль о выраженіяхъ излишнихъ, однозначащихъ или ничего не значащихъ».

[43]) *Малининъ*, 63: «Подробное изслѣдованіе откроетъ въ нихъ фактическіе моменты, свойственные конкретному случаю, и въ виду этихъ конкретныхъ особенностей представляется возможность опредѣлить, какое изъ двухъ разнорѣчивыхъ распоряженій закона наиболѣе отвѣчаетъ природѣ конкретнаго случая».

[44]) *Малининъ*, 62—63; *Градовскій*, 32; *Малышевъ*, 295; *Гольмстенъ* (у *Мейера*, 26). Рѣш. гр. касс деп. 1880, № 200: «Въ случаѣ неясности и противорѣчія въ законахъ, на основаніи ст. 9 уст. гр суд. и ст. 72 т. 1 осн. зак., слѣдуетъ руководствоваться позднѣйшимъ закономъ».

[45]) Нѣсколько иначе понимаетъ эти термины проф. *Шершеневичъ*, по мнѣнію котораго «неполнота» закона имѣетъ мѣсто тогда, когда данный слу-

мощью «общаго смысла законовъ», что въ данномъ случаѣ означаетъ, по общепринятому въ литературѣ мнѣнію, примѣненіе законовъ по аналогіи [46]), которое должно опираться на тождество основанія [47]), т. е. существеннаго признака непредусмотрѣннаго и предусмотрѣннаго закономъ случаевъ [48]). Согласно господствующему въ западно-европейской литературѣ мнѣнію, нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ и судебная практика считаютъ аналогію неприменимой къ исключительнымъ законамъ и нормамъ особеннаго права [49]). Противоположнаго правильнаго мнѣнія держатся весьма

чай «прямо закономъ не разрѣшается», но «подходитъ къ тѣмъ, которые опредѣлены закономъ», а «недостатокъ»—тогда, когда «извѣстный случай совершенно не предусмотрѣнъ закономъ и нельзя распространить примѣненіе даже по сходству отношеній», и когда суды должны «основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ, называемомъ иначе аналогіей права» (60) Но и аналогія права заключается въ примѣненіи нормы по сходству отношеній.

[46]) *Буцковскій*, 78—79; *Капустинъ*, 184 («высшую степень истолкованія представляетъ собою аналогія. Она состоитъ въ отысканіи и приложеніи общихъ нормъ всего законодательства, или духа законовъ»); *Малининъ*, 64; *Малышевъ*, 294—296; *Шершеневичъ*, 60; *Анненковъ*, 19 и сл.

[47]) *Буцковскій*, 73 (слѣдуетъ мнѣнію Броше): *Капустинъ*, 185; *Малышевъ*, 295; *Мейеръ*, 31, *Анненковъ*, 26 (по Броше), *Коркуновъ* (Лекціи, 347) и *Шершеневичъ* (60) просто говорятъ: «по сходству отношеній». Рѣш. гр. деп. 1895, № 21: «По силѣ общаго правила, изложеннаго въ 9 ст уст. гр. суд., дозволительно и аналогичное примѣненіе закона именно по единству основанія, связующаго предусмотрѣнный въ законѣ случай съ тѣми, какіе въ немъ прямо не предусмотрѣны». Ср. 1896, № 54 Иначе: 1897, № 78

[48]) *Малининъ*, 66: «Та или другая фактическая конструкція квалифицируется особымъ признакомъ, по которому и пріурочена къ ней та или другая воля закона (dispositio). Этотъ квалифицирующій признакъ, опредѣляющій ту или другую конструкцію фактическихъ обстоятельствъ, и долженъ быть прежде всего опредѣленъ судомъ въ случаѣ непредусмотрѣнномъ въ законѣ. Коль скоро въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ данномъ законѣ, будетъ тотъ же признакъ, этотъ законъ и долженъ быть примѣненъ по аналогіи»

[49]) *Малининъ*, 65—66; *Малышевъ*, 297. Рѣш. гр. касс деп 1884, № 59: «Спеціальный законъ, установляющій, для извѣстнаго рода дѣлъ или случаевъ, изъятія изъ общаго закона, долженъ быть исключительно примѣняемъ къ тѣмъ дѣламъ и случаямъ, для которыхъ онъ изданъ, и не можетъ быть по сему распространяемъ, по аналогіи, на непредусмотрѣнные имъ дѣла и случаи» Ср. рѣш. 1879, № 380. 1869, № 980, 1897, № 27.

немногіе [50]) Точно также большинство авторовъ упускаетъ изъ виду, что пробѣлы въ правѣ могутъ быть восполняемы и другими пріемами логическаго развитія наличныхъ нормъ [51]), какъ-то посредствомъ заключеній a contrario [52]), a fortiori [53]), отъ средства къ цѣли и т. д

Итакъ, соединивъ разрозненныя и отрывочныя замѣчанія нашихъ писателей-юристовъ и тезисы кассаціонной практики, мы получили мозаическую систему, въ общемъ правильно развивающую смыслъ 9 статьи уст. гр суд. и согласную съ раціональной системой толкованія Вмѣстѣ съ тѣмъ мы убѣдились, что хотя 9 ст. редактирована не вполнѣ точно и въ слишкомъ общихъ выраженіяхъ, тѣмъ не менѣе она основана на здравыхъ началахъ и открываетъ судамъ путь къ примѣненію раціональныхъ правилъ толкованія [54]).

---

[50]) *Буцковскій*, 74; *Анненковъ*, 24—26: «Въ виду отсутствія въ нашихъ законахъ прямаго воспрещенія допустимости распространительнаго примѣненія такихъ исключительныхъ законовъ, которые по ихъ существу могутъ быть относимы къ сферѣ jus singulare права римскаго, нельзя не признать, что собственно легальныхъ основаній недопустимости распространительнаго примѣненія этихъ законовъ у насъ не существуетъ, а, слѣдовательно, что и мнѣніе сената, и нашихъ цивилистовъ о недопустимости распространительнаго ихъ примѣненія опоры, по крайней мѣрѣ, въ законѣ, не имѣетъ». Нужно замѣтить, что г. Анненковъ имѣетъ въ виду распространительное примѣненіе путемъ аналогіи. Какъ Буцковскій, такъ и г. Анненковъ опираются на мнѣніе Броше.

[51]) Русскіе юристы, упоминающіе о логическомъ развитіи, смѣшиваютъ его съ логическимъ толкованіемъ. См. прим. 23.

[52]) *Буцковскій*, 69—70 (по Броше); *Капустинъ*, 182.

[53]) *Буцковскій*, 75—76; *Капустинъ*, 183.

[54]) Изъ современныхъ иностранныхъ кодексовъ французскій не устанавливаетъ никакихъ правилъ, ограничиваясь предписаніемъ, которое воспроизведено въ 10 ст. уст. гр. суд. (Code civ. art. 4: «Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, d'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice»). Въ новомъ германскомъ уложеніи нѣтъ даже и такого правила. Въ австрійскомъ (§§ 6—8) и подражающемъ ему итальянскомъ кодексахъ (tit prel., art. 3—4) предписывается только «придавать словамъ закона тотъ смыслъ, который обнаруживается изъ ихъ обычнаго значенія и связи съ другими словами, а также

Перейдемъ къ третьей системѣ, установленной дѣйствующимъ законодательствомъ для разрѣшенія уголовныхъ дѣлъ. Основной нормой, опредѣляющей эту систему, является 12 ст. уст. уг. суд. Сравнивая ее съ 9 ст уст. гр. суд., можно замѣтить, что онѣ тождественны между собою во всемъ за исключеніемъ одного пункта: ст. 12 уст. уг. суд. не упоминаетъ о *недостаткѣ* закона. Это обстоятельство въ связи съ предписаніемъ 771 ст уст уг. суд. (п. 1: «судъ постановляетъ приговоръ объ оправданіи подсудимаго, когда дѣяніе, въ коемъ онъ былъ обвиняемъ, признается... не воспрещеннымъ законами подъ страхомъ наказанія») показываетъ, что уголовные законы не подлежатъ примѣненію по аналогіи къ непредусмотрѣннымъ ими случаямъ [55]). Во всемъ же прочемъ порядокъ толкованія ихъ таковъ же, какъ и гражданскихъ [56])

Значительно больше уклоняется отъ порядка толкованія, санкціонированнаго 9 ст. уст гр суд., третья система, уклоняется въ сторону расширенія судейскихъ правомочій. Именно,

---

изъ яснаго намѣренія законодателя», а въ случаѣ отсутствія закона, предусматривающаго данный случай, обращаться къ аналогіи и общимъ принципамъ права». Болѣе подробныя и въ большинствѣ одинаковыя правила установлены въ саксонскомъ кодексѣ (§§ 21—27), прусскомъ земскомъ уложеніи (Einl., §§ 46—58) и Сводѣ гражд. узакон. губ. остз. (введ., ст. XVI—XXIII). Но исходныя положенія ихъ различны: прусское уложеніе стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, какъ австрійское, съ тою разницей, что не упоминаетъ объ общихъ принципахъ права и вмѣсто «намѣренія законодателя» говоритъ о «ближайшемъ и достовѣрномъ основаніи закона» Саксонскій кодексъ (§ 22) предписываетъ толковать законы по ихъ словесному смыслу, а если онъ оставляетъ сомнѣніе, то по обнаруживающемуся изъ другихъ обстоятельствъ намѣренію законодателя Остзейскій сводъ примыкаетъ къ послѣднему уложенію.

[55]) Таково господствующее въ литературѣ мнѣніе (*Дубровинъ*, 117, прим. 2). Его проводитъ и угол. касс. деп Сената, хотя и не послѣдовательно (обзоръ его рѣшеній см у *Дубровина*, 24 — 31). Но если какое-либо дѣяніе предусмотрѣно уложеніемъ о наказ., но за него не назначено опредѣленной кары, то послѣдняя можетъ быть назначена судомъ по аналогіи, въ силу ст. 151 ул. о нак. («если въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія, то судъ приговариваетъ виновнаго къ одному изъ наказаній, предназначенныхъ за преступленіе, по важности и роду своему, наиболѣе съ онымъ сходное»).

[56]) *Дубровинъ*, 20 и сл.

согласно ей, низшія судебныя мѣста не обязаны основывать рѣшенія на точномъ разумѣ и общемъ смыслѣ законовъ; имъ дозволено «постановлять рѣшенія, которыя не должны противорѣчить закону», а «въ случаяхъ, положительно неразрѣшаемыхъ законами, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями» [57])

Эти выраженія также не отличаются ясностью.

Подъ «рѣшеніемъ, которое не противорѣчитъ закону», можно понимать такое рѣшеніе, которое не противорѣчитъ: 1) буквальному смыслу закона, или 2) внутреннему разуму его, или 3) общему смыслу законовъ.

Первое толкованіе нельзя принять, такъ какъ оно равносильно такому совершенно нераціональному и нецѣлесообразному положенію: судебныя рѣшенія должны быть согласны съ буквой закона, хотя и могутъ противорѣчить его истинному смыслу. Равнымъ образомъ, несостоятельно и третье толкованіе. Требовать отъ судей, чтобы ихъ рѣшенія не противорѣчили общему смыслу законовъ, значитъ, предписать, чтобы судьи руководствовались этимъ смысломъ. Въ самомъ дѣлѣ, каждый случай можетъ быть разрѣшенъ если не по смыслу одного какого-либо закона, то на основаніи общаго смысла законовъ, т. е посредствомъ логическаго развитія ихъ. «Непредусмотрѣнныхъ закономъ случаевъ нѣтъ; а предусмотрѣны они прямо или косвенно,—въ такихъ ли выраженіяхъ, которыя понятны для судей сразу, или же такъ, что судья долженъ приложить трудъ для уразумѣнія,—это безразлично. Коль скоро же всѣ безъ исключенія случаи имѣютъ разрѣшеніе въ законѣ, причемъ правильное разрѣшеніе можетъ быть только одно, то, значитъ, каждое безъ исключенія судебное рѣшеніе можетъ быть либо согласнымъ съ закономъ, либо противорѣчить ему; юридически немыслимъ ни одинъ случай, который могъ бы пройти «мимо» закона, ему не подчинившись, но вмѣстѣ съ тѣмъ и не противорѣча ему. Слѣдовательно: рѣшеніе, непротиворѣчащее закону», есть eo ipso рѣшеніе, согласное съ закономъ» [58]).

---

[57]) Они могутъ примѣнять обычаи еще и въ тѣхъ случаяхъ, когда это спеціально дозволено закономъ; но такое же право имѣютъ и общіе суды. *Анненковъ*, I, 42 и сл.

[58]) *Боровиковскій*, 225—226.

Остается третье толкованіе, по которому подъ «рѣшеніемъ, непротиворѣчащимъ закону» нужно понимать рѣшеніе, не идущее въ разрѣзъ съ внутреннимъ смысломъ закона Въ пользу этого толкованія говоритъ и полное соотвѣтствіе его со ст. 9 уст. гр. суд.: въ то время какъ, согласно послѣдней, общія судебныя учрежденія обязаны руководствоваться внутреннимъ смысломъ законовъ, мировымъ и замѣняющимъ ихъ судамъ воспрещено только постановлять рѣшенія, противорѣчащія этому смыслу [59]).

Обратимся къ разъясненію другаго выраженія: «случаи, *положительно* неразрѣшаемые закономъ». Оно страдаетъ двусмысленностью вслѣдствіе двусмысленности слова «положительно». Если это слово понимать въ смыслѣ «прямо», то «случаями, положительно неразрѣшаемыми закономъ», будутъ такіе, которые прямо не предусмотрѣны законодателемъ, т. е. для которыхъ онъ не установилъ нормы. Если же слову «положительно» придать значеніе «совершенно», то смыслъ разбираемой фразы будетъ иной: она станетъ означать случаи, не разрѣшаемые ни прямымъ закономъ, ни по общему духу законодательства, т. е. такіе случаи, для которыхъ нельзя ни найти нормы въ наличномъ законодательствѣ, ни извлечь ея изъ другихъ нормъ посредствомъ логическаго развитія ихъ.

Второе толкованіе приводитъ къ слѣдующимъ результатамъ. Съ одной стороны, согласно ему оказывается, что самъ законодатель призналъ существованіе случаевъ, абсолютно неразрѣшимыхъ на основаніи закона. Между тѣмъ ст. 10 уст. гр. суд. грозитъ общимъ гражданскимъ судамъ наказаніемъ, если они уклонятся отъ разрѣшенія какого-либо дѣла «подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ». Это значитъ, что тотъ же законодатель не допускаетъ возможности такихъ случаевъ, которые нельзя было бы разрѣшить на основаніи дѣйствующаго законодательства. Съ другой стороны, если бы мировымъ и замѣняющимъ ихъ судамъ дозволялось примѣ-

---

[59]) Разъясняя 129 ст. уст. гр. суд., Сенатъ выражается недостаточно опредѣленно: «мировые суды не должны постановлять рѣшеній, которыя противорѣчили бы закону, коимъ подвергшееся спору право опредѣлено или ограждено» (рѣш. гр. деп. 1867, № 42, 1870, № 297, 1873, № 408 и др.).

нять обычаи только тогда, когда данное дѣло абсолютно неразрѣшимо на основаніи закона, то этимъ судамъ не пришлось бы обращаться къ обычаямъ *никогда*, ибо всякое дѣло они могли бы разрѣшить если не по точному разуму, то по общему смыслу законовъ, подобно тому, какъ это дѣлаютъ общіе суды. Въ виду несостоятельности второго толкованія, нужно принять первое и подъ «случаями, положительно неразрѣшаемыми закономъ», разумѣть тѣ, которые не предусматриваются прямо наличными нормами законодательства и не могутъ быть разрѣшены путемъ одного толкованія этихъ нормъ, безъ помощи логическаго развитія[60]). При разрѣшеніи этихъ-то случаевъ мировыя и замѣняющія ихъ судебныя учрежденія могутъ руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями[61]).

---

[60]) Безъ послѣдней оговорки границы, въ которыхъ допускается примѣненіе обычаевъ, были бы неясны. По этому поводу г. *Боровиковскій* (226 - 227) замѣчаетъ: «Невозможно указать сколько нибудь надежные признаки, которые отличаютъ «случаи, положительно неразрѣшаемые», отъ случаевъ, положительно разрѣшаемыхъ законами. Не имѣя въ этомъ отношеніи сколько-нибудь надежной опоры, судебная практика представляетъ крайнее шатаніе по вопросу о томъ, что это за случаи «положительно неразрѣшаемые» законами. Можно понимать такъ: подъ «положительно неразрѣшаемыми» случаями разумѣются тѣ, для разрѣшенія которыхъ приходится прибѣгнуть къ аналогіи. Но грань между случаями, прямо подходящими подъ высказанное въ законѣ правило, и подходящими подъ это же правило, но лишь по аналогіи, остается все-таки шаткою и все-таки вопросъ сводится къ судейскому разумѣнію о смыслѣ закона; ни одинъ законъ не разрѣшаетъ прямо конкретнаго случая между Иваномъ и Петромъ; правило всегда обширнѣе случая и подвести случай подъ данное правило «по аналогіи» значитъ въ сущности истолковать это правило въ смыслѣ настолько широкомъ, что подъ него окажется подходящимъ и разсматриваемый случай». Эти сомнѣнія устраняются, если принять во вниманіе выясненную предшествующимъ изложеніемъ разницу между толкованіемъ въ тѣсномъ смыслѣ слова и логическимъ развитіемъ, однимъ изъ видовъ котораго является заключеніе по аналогіи; толкованіе обнаруживаетъ истинный смыслъ наличныхъ нормъ, а логическое развитіе выводитъ изъ этихъ нормъ другія, явно законодателемъ не установленныя. Сенатская практика не допускаетъ примѣненія обычаевъ, «когда для разрѣшенія спора имѣется положительный законъ» (1870, № 39).

[61]) Рѣш. 1871, № 290.

Здѣсь опять возникаетъ недоумѣніе: что означаетъ слово «могутъ»? Слѣдуетъ ли понимать его въ смыслѣ «имѣютъ право» или въ смыслѣ «обязаны»? Перваго толкованія придерживается Сенатъ, второе господствуетъ въ юридической литературѣ. Въ пользу второго приводятъ то положеніе, что право судовъ примѣнять обычаи представляется публичнымъ, а публичныя права являются вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанностями[62]). «Невозможно», разсуждаетъ по этому поводу г. Боровиковскій: «понимать это такъ, будто, найдя случай положительно неразрѣшаемымъ закономъ, судья воленъ по своему произволу сдѣлать выборъ между обычаемъ и примѣненіемъ закона по аналогіи. Судьѣ не можетъ быть дано подобнаго произвола и обязательною для него является та или иная (законная либо обычная норма), но непремѣнно лишь одна изъ нихъ. Значитъ: признавъ наличность указанныхъ въ 130 ст. условій и констатировавъ обычай, на который сдѣлана ссылка, судья безусловно обязанъ примѣнять обычай[63])». Это мнѣніе является болѣе правильнымъ и согласнымъ какъ съ основаніемъ 130 ст. уст. гр. суд., такъ и съ существомъ судейской власти. Дозволяя низшимъ судамъ примѣнять «по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ общеизвѣстные мѣстные обычаи», законодатель, очевидно, хотѣлъ дать гражданамъ право устраивать свои отношенія согласно выработавшимся въ ихъ средѣ обычаямъ и требовать примѣненія этихъ обычаевъ, если они не парализуются прямыми предписаніями закона. Съ другой стороны, всегда, когда законъ постановитъ, что судьи *имѣютъ право* что-либо дѣлать при наличности извѣстныхъ условій, они обязаны осуществлять это право, разъ имѣются на лицо необходимыя условія. Если, напр., въ ст. 4 уст гр. суд. сказано, что суды «*могутъ* приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ дѣла эти касаются», то отсюда вовсе не слѣдуетъ, что, получивъ такую просьбу, суды вольны приступить къ производству, но вольны и не приступать: нѣтъ, они имѣютъ право и въ то же время обязаны начать дѣло

---

[62]) Оно было высказано *Платоновымъ*, въ рефератѣ с. петерб. юрид. общ. и принято послѣднимъ («Журн. гр. и угол. пр.», 1881, № 7—8). Такого же взгляда держатся *Тютрюмовъ* («Русская Рѣчь», 1881, № 3) и *Боровиковскій*, 227.

[63]) *Боровиковскій*. 227.

Такому пониманію 130 ст. не препятствуютъ употребленныя въ 88 ст. правилъ о произв. суд. дѣлъ и въ мотивахъ къ 130 ст. выраженія «судьѣ предоставляется» и «ему предоставлено», такъ какъ эти выраженія, толкуемыя въ связи съ предписаніемъ 9 ст. уст. гр. суд («всѣ судебныя установленія *обязаны* рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ» и т. д.), означаютъ, что низшимъ судамъ дано право, при отсутствіи прямого закона для даннаго случая и по просьбѣ сторонъ, примѣнять обычаи[64]). Но это право, какъ и прочія свои процессуальныя права судъ обязанъ осуществлять, когда имѣются на лицо установленныя для этого законодателемъ условія

Согласно сказанному относительно порядка разрѣшенія дѣлъ *мировыми* и замѣняющими ихъ судами, этотъ порядокъ состоитъ въ слѣдующемъ: 1) если данный случай предусмотрѣнъ нормами законодательства, то судъ обязанъ истолковать эти нормы и примѣнить по ихъ внутреннему смыслу; 2) если же по отношенію къ данному случаю въ законахъ имѣется пробѣлъ,[65]) то судъ или а) руководствуется общеизвѣстными мѣстными обычаями, когда на нихъ ссылается одна изъ сторонъ, или б) обращается къ общему смыслу законовъ, т. е. къ логическому развитію наличныхъ нормъ; или в) постановляетъ рѣшеніе по своему личному убѣжденію, т. е. по своимъ понятіямъ о справедливости. Возможность послѣдняго способа разрѣшенія дѣлъ обусловливается тѣмъ обстоятельствомъ, что низшимъ судамъ воспрещено только постановлять рѣшенія, противорѣчащія внутреннему смыслу прямого закона, но не предписано руководствоваться общимъ смысломъ законовъ, а также не требуется отъ нихъ указанія законовъ, на которыхъ они основываютъ свои рѣшенія (ст. 142 уст. гр. суд., ср. ст. 711).

Сходная система установлена для коммерческихъ судовъ и вообще для торговыхъ дѣлъ[66]). Особенность ея состоитъ лишь

---

[64]) Основываясь на этихъ выраженіяхъ, мы высказались за другое толкованіе 130 ст. въ нашемъ «Учебникѣ гражд. пр.» (I, 42).

[65]) Одинаковое значеніе съ пробѣломъ имѣютъ, конечно, неустранимыя толкованіемъ неполнота или темнота нормы, а также непримиримыя противорѣчія между нормами. См. выше, стр. 185—187, 206.

[66]) Ею обязаны руководствоваться и общіе суды, когда разбираютъ

въ томъ, что на ряду съ обычаями въ ней поставлены общегражданскіе законы и судебные прецеденты (окончательныя рѣшенія по сходнымъ дѣламъ), и что она не допускаетъ разрѣшенія дѣлъ по одному только судейскому усмотрѣнію.

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ разсмотрѣнной только что системы, нужно замѣтить, что одно измѣненіе, вносимое ею въ правила 9 ст. уст. гр суд, именно дозволеніе низшимъ судамъ разрѣшать дѣла, при отсутствіи прямого закона, по справедливости, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть одобрено, такъ какъ оно открываетъ широкій просторъ для безконтрольнаго судейскаго произвола. Что же касается вопроса о раціональности и цѣлесообразности примѣненія судами обычаевъ, то дать на него отвѣтъ можно только послѣ предварительнаго изслѣдованія той роли, какую играютъ обычаи въ нашемъ юридическомъ быту [65]). Но во всякомъ случаѣ несомнѣнно одно: если законодатель признаетъ необходимымъ допустить примѣненіе обычаевъ въ какихъ бы то ни было, широкихъ или узкихъ, предѣлахъ онъ не долженъ проводить различія между низшими и высшими судами, такъ какъ подсудность дѣлъ тѣмъ или другимъ опредѣляется во многихъ случаяхъ чисто внѣшнимъ и случайнымъ признакомъ: цѣною иска. Въ этомъ отношеніи правильнѣе поступаетъ проектъ новой редакціи уст. гр. суд., который, сохраняя неизмѣнными статьи 9 и 10, одинаково разрѣшаетъ примѣнять обычаи всѣмъ судебнымъ учрежденіямъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, въ случаяхъ, когда такое примѣненіе дозволено закономъ (ст. 600).

торговыя дѣла въ виду общаго и категорическаго предписанія 1 ст. уст. торг. *Анненковъ*, I, 45. Такого же мнѣнія держится Сенатъ (рѣш. 1879, № 166, 1880, № 63).

[65]) Какъ извѣстно, на этотъ счетъ мнѣнія весьма разнорѣчивы. См. обзоръ ихъ въ книгѣ г. *Леонтьева*, Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, 1895, стр. 9 и сл.

ГЛАВА VII.

Догматическая переработка*).

§ 1.

Задачи и пріемы

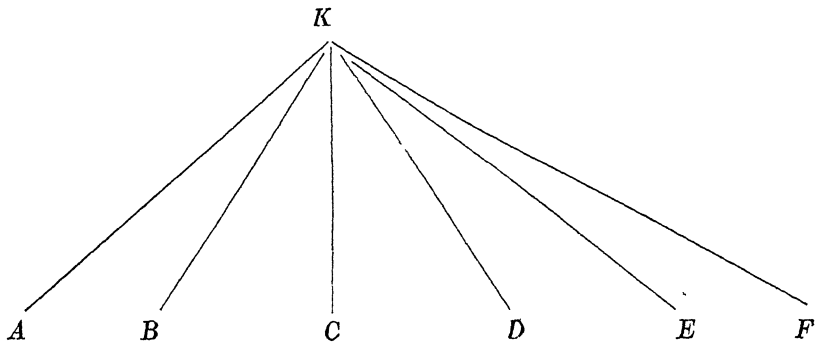
Толкованіемъ и логическимъ развитіемъ нормъ не ограничивается изученіе дѣйствующаго права. Когда толкованіе разъяснило смыслъ наличныхъ нормъ, а логическое развитіе извлекло изъ нихъ рядъ другихъ, скрытыхъ нормъ, въ результатѣ получается громадная масса матеріала, въ которой трудно разобраться и которую еще труднѣе удержать въ памяти. Вслѣдствіе этого является необходимость упростить, упорядочить и преобразовать этотъ матеріалъ. Эту задачу и преслѣдуетъ догматика.

При разсмотрѣніи логическаго развитія мы познакомились уже съ нѣсколькими пріемами, которые ведутъ къ упрощенію наличныхъ нормъ. Таковы полная индукція, неполная индукція и редукція. Посредствомъ полной индукціи мы выводимъ изъ нормъ относящихся ко всѣмъ случаямъ какого-либо класса, взятымъ порознь, общую норму (принципъ) для всего этого класса (стр. 223—224). Такимъ способомъ мы замѣняемъ цѣлый рядъ частныхъ нормъ одною общей, изъ которой, въ случаѣ надобности, можемъ обратно получить путемъ простой дедукціи любую изъ этихъ нормъ

---

*) Пособіями при составленіи этой главы служили указанныя на стр. 209 сочиненія по логикѣ, въ особенности Вундта и Зигварта, а также спеціальный трактатъ объ опредѣленіи: *Davidson*, The Logic of Definition, 1885.

Такой же результатъ даютъ неполная индукція и редукція, но только при тѣхъ условіяхъ, при которыхъ допускаются заключенія по аналогіи какъ достовѣрныя, такъ и вѣроятныя Внѣ этихъ условій, редукція совершенно непримѣнима, такъ какъ изъ нормы, относящейся къ одному случаю, нельзя вывести съ достовѣрностью общаго принципа для однородныхъ случаевъ (стр. 227); неполная же индукція все-таки можетъ быть употребляема, но получаемыя съ ея помощью заключенія отличаются нѣсколько инымъ характеромъ. Для выясненія этого обстоятельства прибѣгнемъ къ схемѣ



Положимъ, что буква A, B, C, D, E и F обозначаютъ всѣ частные случаи (предметы или отношенія), составляющіе классъ K. Если въ дѣйствующемъ правѣ нѣтъ общей нормы для всего класса K, но имѣется рядъ тождественныхъ по содержанію нормъ (S) для всѣхъ отдѣльныхъ случаевъ этого класса, то мы выводимъ общую норму посредствомъ полной индукціи $A = S$, $B = S$, $C = S$, $D = S$, $E = S$, $F = S$; A, B, C, D, E, F составляютъ классъ K; значитъ $K = S$

Если же въ дѣйствующемъ правѣ установлены одинаковыя нормы не для всѣхъ случаевъ класса K, а только для нѣсколькихъ (напр. для A, B, C, D), и если эти нормы не могутъ быть распространены на остальные случаи (E и F), за отсутствіемъ необходимыхъ для примѣненія аналогіи условій (стр. 249 и сл.), то мы не имѣемъ права сдѣлать заключеніе относительно всего класса K. Неполная индукція даетъ намъ здѣсь такого рода выводъ: для случаевъ A, B, C и D установлена норма S; A, B,

C и *D* составляютъ большинство случаевъ класса *K*; значитъ, классъ *K* *въ большинствѣ его случаевъ* подчиняется нормѣ *S*. Такіе выводы относительно большинства членовъ какой-либо группы носятъ въ логикѣ названіе *приблизительныхъ обобщеній* [1]), а въ юриспруденціи съ давнихъ поръ извѣстны подъ именемъ *юридическихъ правилъ* (regulae juris) [2]). Они обыкновенно выражаются тоже въ безусловной и общей формѣ, какъ и юридическіе принципы, полученные посредствомъ полной индукціи. Но между тѣми и другими имѣется существенная разница: наряду съ юридическими правилами могутъ существовать въ правѣ и обыкновенно существуютъ изъятія, тогда какъ принципы, добытые посредствомъ полной индукціи, имѣютъ всеобщее и неограниченное довѣріе [3]). Тѣмъ не менѣе приблизительныя обобщенія тоже содѣйствуютъ, хотя и въ меньшей степени, упрощенію права, давая возможность замѣнять рядъ частныхъ нормъ общимъ правиломъ. Во избѣжаніе недоразумѣній слѣдуетъ только формулировать ихъ съ полною точностью (прибавляя слова: въ большинствѣ случаевъ, обыкновенно, большею частью и т д.) или вслѣдъ за ними перечислять изъятія изъ нихъ

Юридическія правила въ указанномъ смыслѣ могутъ быть вполнѣ соотвѣтствующимъ образомъ названы *приблизительными принципами*.

Приведемъ примѣръ

«Если наслѣдникъ или преемникъ права на имущество будетъ малолѣтній, то на все время малолѣтства его теченіе

---

[1]) *Миллъ*, II, 120 и сл., *Владиславлевъ*, I, 224 и сл; *Троицкій*, II, 248—250,

[2]) L. 1. D. de reg. jur (. 50, 17). «Regula est, quae rem quae est breviter enarrat). *Thol*, 142; *Ersele*, 57 ff.; *Holder*, Pand., 60—61

[3]) Иначе опредѣляетъ разницу между ними *Ersele*, 57: «Mit einem Rechtsatz, welcher Rechtsprincip ist, hat sie (die regula) gemein, dass sie aus Rechtsatzen auf dem Wege der Abstraction gewonnen ist. Sie unterscheidet sich von dem Rechtsprincip dadurch, dass dieses ein Rechtsatz ist, mithin einen Imperativ enthalt, wogegen die regula ein erzählendes Urtheil ist». Но дѣло тутъ не въ формѣ выраженія (это дальше признаетъ и самъ *Ersele*, 59), а въ томъ, что regula juris представляетъ собою только сокращенное выраженіе, резюме нѣсколькихъ нормъ, относящихся къ большинству (но не ко всѣмъ) однородныхъ случаевъ.

давности пріостанавливается» (п. 1 ст. 2 прил. къ 694 ст. 1 ч X т.).

«Умалишенные и глухонѣмые, лишенные вовсе способности выражать свою волю, сравниваются въ отношеніи давности съ малолѣтними» (тамъ же, п. 2).

Изъ этихъ нормъ можно посредствомъ индукціи вывести положеніе: давность не течетъ противъ недѣеспособныхъ (agere non valenti non currit praescriptio). Но, кромѣ несовершеннолѣтнихъ, умалишенныхъ и глухонѣмыхъ, ограничены въ дѣеспособности еще нѣкоторыя другія категоріи лицъ: нѣмые, расточители, несостоятельные. Вслѣдствіе этого выведенное нами общее положеніе можетъ имѣть двоякій характеръ: если признать, что норма, относящаяся къ тремъ категоріямъ недѣеспособныхъ лицъ, можетъ быть распространена по аналогіи и на остальныя категоріи, то указанное положеніе будетъ имѣть значеніе безусловнаго принципа, не допускающаго изъятій и замѣняющаго собою шесть нормъ («давность не течетъ противъ несовершеннолѣтнихъ», «давность не течетъ противъ глухонѣмыхъ», «давность не течетъ противъ нѣмыхъ» и т. д.). Напротивъ, найдя заключеніе по аналогіи невозможнымъ, мы придадимъ тому же самому положенію характеръ приблизительнаго принципа, обнимающаго нѣсколько случаевъ, но непримѣнимаго ко всѣмъ. Точная формулировка его должна быть, вслѣдствіе этого, такова: давность не течетъ противъ недѣеспособныхъ, за исключеніемъ нѣмыхъ, расточителей и несостоятельныхъ Эта формула замѣняетъ только три нормы («давность не течетъ противъ несовершеннолѣтнихъ», «давность не течетъ противъ глухонѣмыхъ», «давность не течетъ противъ умалишенныхъ»).

Такъ какъ юридическій принципъ, выведенный посредствомъ полной индукціи (или неполной на основаніи относительнаго тождества), имѣетъ безусловное значеніе и не терпитъ изъятій, то дѣлаемыя изъ него дедуктивныя заключенія отличаются полною достовѣрностью. Напротивъ, такія же заключенія изъ приблизительнаго принципа только болѣе или менѣе вѣроятны, ибо изъ того, что «большинство предметовъ класса *K* опредѣляются нормой *S*» можно вывести лишь съ нѣкоторою степенью вѣроятности[1]), что данный предметъ *A* того же класса подле-

[1]) *Миллъ*, II, 127. «Когда предложеніе «Большинство *A* суть *B*» уста-

житъ дѣйствію нормы *S*. Полную достовѣрность пріобрѣтаетъ дедукція изъ приблизительнаго принципа только тогда, когда въ самомъ обобщеніи перечислены всѣ исключенія изъ него. Въ такомъ случаѣ представляется несомнѣннымъ, что къ прочимъ предметамъ даннаго класса примѣняется принципъ [5]).

Приведенный только что примѣръ возбуждаетъ одинъ вопросъ, на которомъ нелишне будетъ остановиться. Дѣло въ томъ, что если признать положеніе «противъ недѣеспособныхъ давность не течетъ» приблизительнымъ принципомъ, распространяющимся только на три категоріи лишенныхъ дѣеспособности лицъ и непримѣнимымъ къ тремъ прочимъ категоріямъ, то окажется, что этотъ принципъ относится не къ большинству случаевъ даннаго класса, а только къ половинѣ ихъ, и что другая половина составляетъ изъятіе изъ него. Но если такъ, то спрашивается, нельзя ли поступить наоборотъ и вывести приблизительный принципъ для тѣхъ трехъ категорій лицъ, которыя теперь играютъ роль исключенія, а прежній принципъ превратить въ изъятіе? Тогда вмѣсто положенія: «давность не течетъ противъ недѣеспособныхъ, кромѣ нѣмыхъ, расточителей и несостоятельныхъ» получится другое положеніе: «давность течетъ противъ недѣеспособныхъ, кромѣ несовершеннолѣтнихъ, умалишенныхъ и глухонѣмыхъ».

Несомнѣнно, что обѣ эти формулировки въ одинаковой степени достигаютъ цѣли—упрощенія и уменьшенія законодатель-

---

новлено достаточнымъ наведеніемъ, какъ эмпирическій законъ, мы можемъ заключить, что всякое данное *A* есть *B*, съ вѣроятностью, пропорціональной преобладанію числа утвердительныхъ случаевъ надъ числомъ исключеній. Если оказалось возможнымъ достичь численной точности въ данныхъ, то соотвѣтственная степень точности можетъ быть придана оцѣнкѣ вѣроятностей ошибки въ заключеніи. Если можно установить какъ эмпирическій законъ, что изъ десяти *A* девять суть *B*, то въ предположеніи, что какое-либо *A*, единично намъ неизвѣстное, есть *B*, вѣроятность ошибки будетъ равняться одной десятой».

[5]) *Троицкій*, II, 249. Дедукціи изъ приблизительныхъ обобщеній достовѣрны еще и въ другомъ случаѣ: когда съ точностью указаны условія дѣйствительности этихъ обобщеній. Но на самомъ дѣлѣ «указаніе условій ихъ приложимости превращаетъ ихъ въ общія предложенія по формулѣ: всѣ *A* при обстоятельствахъ *C* бываютъ всегда *B*». *Троицкій*, II, 250; *Милль*, II, 132—133.

наго матеріала, такъ какъ каждая изъ нихъ соединяетъ три нормы въ одну Поэтому, всякій разъ, когда число случаевъ, нормируемыхъ въ законодательствѣ одинаковымъ образомъ, не превышаетъ числа остальныхъ случаевъ того же класса. не подходящихъ подъ общую норму, можно съ равнымъ правомъ вывести одинъ изъ двухъ приблизительныхъ принциповъ: либо для первой категоріи случаевъ, либо для второй.

Итакъ, упрощеніе законодательнаго матеріала совершается прежде всего при помощи индукціи въ ея обѣихъ формахъ и редукціи. Посредствомъ этихъ пріемовъ частныя нормы, такъ сказать, слагаются (суммируются), сжимаются и изъ нихъ извлекается логическая квинтъ-эссенція въ видѣ безусловныхъ и приблизительныхъ принциповъ.

Далѣе, усвоеніе и примѣненіе нормъ можетъ быть въ значительной степени облегчено распредѣленіемъ ихъ въ извѣстномъ порядкѣ, т. е *систематизаціей.* Способы систематизаціи чрезвычайно разнообразны: можно, напримѣръ, размѣстить нормы въ алфавитномъ порядкѣ начальныхъ словъ, по годамъ и днямъ изданія, т. е. хронологически, по предметамъ, къ которымъ нормы относятся и т. д.; можно также комбинировать разные способы между собою и даже устанавливать одновременно нѣсколько систематизацій Послѣдній пріемъ является, конечно, наилучшимъ. Онъ примѣненъ, напр., при составленіи Полнаго Собранія законовъ, гдѣ хронологическое расположеніе дополняется алфавитными предметными указателями.

. Такимъ образомъ, при помощи индукціи, редукціи и систематизаціи обширный, разрозненный и сложный матеріалъ дѣйствующаго права до нѣкоторой степени упрощается, объединяется и упорядочивается. Но все это достигается лишь до нѣкоторой степени, такъ какъ количество нормъ, даже сведенныхъ къ принципамъ, продолжаетъ оставаться громаднымъ, а систематизація даетъ имъ только внѣшнее единство, сближая ихъ на основаніи сходства въ какомъ-либо внѣшнемъ, случайномъ признакѣ, какъ это происходитъ при распредѣленіи ихъ въ хронологическомъ порядкѣ или въ алфавитномъ по начальнымъ словамъ. Окончательное и полное упрощеніе и объединеніе законодательнаго матеріала достигаются только путемъ переработки его въ *научную систему* Въ этомъ отношеніи юристъ, изучающій дѣйствующія нормы какой-либо страны, находится въ та-

комъ же положеніи, какъ и всякій иной ученый, который изслѣдуетъ какую-либо группу одновременно существующихъ явленій, въ родѣ, напр., ботаника, имѣющаго дѣло съ флорой Европы, или зоолога, занятаго изученіемъ фауны сѣверной Америки. Каждый изъ нихъ долженъ стремиться къ тому, чтобы достигнуть «истиннаго, полнаго и связнаго знанія» [6]), чтобы «свести всю совокупность пріобрѣтенныхъ относительно какого-либо предмета непосредственныхъ и посредственныхъ знаній въ высшее единство, въ одно согласованное во всѣхъ своихъ частяхъ, полное и упорядоченное цѣлое» [7]). «Когда совокупность пріобрѣтенныхъ знаній представляется въ какой-либо моментъ законченной, то .. возникаетъ потребность обозрѣть ее всю, составить имѣющимся свѣдѣніямъ удобообозримый инвентарь, представить ихъ въ видѣ частей одного обширнаго цѣлаго и выразить связь частей съ цѣлымъ посредствомъ логическихъ отношеній. Подобное упорядоченіе совокупности нашихъ знаній называется системой» [8]).

Собравъ, растолковавъ и логически развивъ всѣ нормы, имѣющія юридическую силу въ данный моментъ времени въ какой-нибудь странѣ, мы пріобрѣтаемъ *знаніе* дѣйствующаго права этой страны. Для того, чтобы придать этому знанію научную форму, необходимо превратить его въ рядъ *научныхъ понятій* и соединить эти понятія въ *научную систему*.

Научныя (иначе: логическія) понятія отличаются отъ понятій и представленій обыденныхъ двумя важными особенностями: *опредѣленностью* и *постоянствомъ*. «Опредѣленность понятія означаетъ то, что оно строго отдѣляется отъ всѣхъ другихъ понятій и представленій, постоянство же состоитъ въ томъ, что содержаніе понятія остается неизмѣннымъ и одинаково у меня съ другими людьми. Въ то время какъ наши личныя воспоминанія (представленія) весьма неопредѣленны и, конечно, могутъ быть весьма отличны отъ соотвѣтственныхъ воспоминаній у другихъ людей, научныя понятія должны быть точны и одинаковы у всѣхъ. Такъ напр., общее воспоминаніе, которое мы имѣемъ о линіяхъ какого-нибудь узора или орнамента въ большинствѣ

---

[6]) *Ланге*, 168.

[7]) *Drobisch*, § 12.

[8]) *Sigwart*, II, 697

случаевъ крайне неопредѣленно, и разные наблюдатели запомнятъ изъ него разныя части, научное же понятіе, которое имѣетъ о формѣ геометрическихъ линій математикъ или о стилѣ орнамента художникъ, вполнѣ опредѣленны и одинаковы у всѣхъ. Только тогда, когда образуются изъ представленій такія понятія, возникаетъ наука, какъ знаніе опредѣленное и одинаковое для всѣхъ» [9]).

Что касается *научной системы*, то она превосходитъ всякую иную тѣмъ, что въ ней предметы расположены въ извѣстномъ порядкѣ не по внѣшнимъ, второстепеннымъ или случайнымъ признакамъ, а сообразно степени своего внутренняго родства, т е. сходства въ основныхъ, существенныхъ свойствахъ. Вслѣдствіе этого, научная система представляетъ собою единое и гармоничное цѣлое, состоящее изъ логически связанныхъ и взаимно обусловливающихъ и опредѣляющихъ другъ друга частей [10])

---

[9]) *Ланге*, 107; Ср *Sigwart*, § 40; *Милль*, II, 196 и сл. (онъ употребляетъ нѣсколько иную терминологію (стр. 199)· «Ясное понятіе значитъ опредѣленное понятіе, которое не бываетъ сегодня однимъ, а завтра другимъ, а пребываетъ постояннымъ и неизмѣннымъ») *Wundt*, I, 94 ff; *Владиславлевъ*, I, 47 и сл. (опредѣляетъ понятіе такъ (стр. 53): «Понятіе есть мысль объ идеѣ предмета, какъ внутренней законодательной нормѣ и формѣ его, управляющей сочетаніемъ признаковъ и соотношеніемъ подробностей содержанія его»); *Снегиревъ*, 108 и сл. *Glogau* (67) рельефно оттѣняетъ постоянство понятій: «Einen Begriff wollen wir vorläufig als eine (der Tendenz nach) e w i g e Form des Zusammenhanges differenter Theile bezeichnen, welche gegen den Eintritt und Austritt der den Gegenstand konstituirenden Elemente relativ unabhängig sich darstellt» О значеніи научныхъ понятій: *Sigwart*, I, 318: «die Wissenschaft... darauf ausgeht, mit Hülfe der Begriffe und ihrer Bezeichnungen die grosstmoglichste Einfachheit und Abkürzung unseres Wissens zu erreichen».

[10]) *Владиславлевъ*, I, 278: «Система есть логически цѣлый составъ знаній, въ которомъ разнообразныя познанія, пріобрѣтенныя по опредѣленному методу, постановляются во взаимную связь и каждое изъ нихъ получаетъ свое опредѣленное мѣсто». *Ланге*, 167—168: «Методологія или ученіе о логическихъ методахъ имѣетъ задачей показать, какими путями мы, исходя изъ даннаго состоянія нашихъ знаній, можемъ достигать цѣли, которую ставитъ намъ наука, т. е. истиннаго, полнаго и связнаго знанія. Такой идеалъ знанія называется научной системой». *Ueberweg*, 422: «Das System ist die geordnete Verbindung zusammengehoriger Erkenntnisse zu einem relativ in sich

Пріемами построенія, обозначенія и систематизаціи научныхъ понятій являются анализъ, синтезъ, абстракція, детерминація, классификація, терминологія и номенклатура.

1. Анализъ[11]). Первый шагъ при изученіи всякаго сложнаго явленія или группы явленій заключается въ разложеніи его на составныя части, на простые элементы. Этотъ пріемъ называется анализомъ. Его примѣняютъ всѣ науки, и, смотря по характеру изслѣдуемыхъ ими явленій, онъ пріобрѣтаетъ разныя формы: анализъ химическій отличенъ отъ физическаго, оба они не тождественны съ математическимъ, историческимъ и т. д. Всѣ эти формы анализа сводятся къ тремъ основнымъ типамъ: *элементарному, причинному и логическому.* Первый ограничивается простымъ разложеніемъ явленія на элементы, второй стремится при этомъ раскрыть причинную зависимость между элементами, а третій опирается на логическое соотношеніе между ними Образцы примѣненія элементарнаго анализа даетъ химія, разлагающая сложныя тѣла на первоначальные элементы; причинный анализъ постоянно употребляется въ физикѣ при опредѣленіи свойствъ предметовъ, отъ которыхъ зависятъ различныя явленія свѣта, звука, теплоты, электричества и т. д.; наиболѣе широкое примѣненіе логическаго анализа дѣлается въ математикѣ, гдѣ изъ небольшого числа понятій на основаніи логическаго отношенія между ихъ элементами выводится необозримая масса теоремъ.

2. Синтезъ[12]) представляетъ собою пріемъ, прямо противоположный анализу, и заключается въ соединеніи нѣсколькихъ элементовъ въ одинъ сложный фактъ. Синтезъ примѣняется либо съ цѣлью провѣрки анализа, т. е. съ цѣлью убѣдиться, что явленіе, разложенное анализомъ на элементы, дѣй-

---

geschlossenen Ganzen». *Drobisch*, § 126; *Sigwart*, II, 695: «Die Systematik hat die Aufgabe, die Totalität der in irgend einem Zeitpunkt erreichten Erkenntnisse als ein Ganzes darzustellen, dessen Theile durchgangig in logischen Verhältnissen verknupt sind»

[11]) *Wundt*, II B., I Abth., 2—8; *Ланге* 177—180; *Sigwart*, I, § 41, II, §§ 64, 65; *Drobisch*, 17, ff; *Liard*, 158 ss.; *Bradley*, 430 ss.

[12]) *Wundt*, ib., 8—11; *Ланге*, 180—181; *Sigwart*, II, §§ 75, 77; *Liard*, 158—167; *Bradley*, 430 ss.

ствительно получается отъ соединенія этихъ элементовъ, либо для построенія изъ данныхъ элементовъ новаго сложнаго факта. Въ первомъ случаѣ синтезъ сводится къ простому воспропзведенію уже извѣстнаго факта и называется *воспроизводительнымъ* (репродуктивнымъ); во второмъ случаѣ онъ имѣетъ творческій характеръ и называется *производительнымъ* (продуктивнымъ), или *построительнымъ* (конструктивнымъ). Между тѣмъ и другимъ возможны промежуточныя ступени: частично-производительные синтезы. Сверхъ того, синтезъ, подобно анализу, можетъ быть элементарнымъ, причиннымъ и логическимъ.

«Примѣромъ воспроизводительнаго синтеза можетъ служить сложеніе бѣлаго солнечнаго свѣта изъ разложеннаго призмой спектра, или химическій синтезъ какого-нибудь вещества изъ найденныхъ его анализомъ элементовъ, напр., воды изъ кислорода и водорода. Примѣры производительнаго синтеза даетъ намъ геометрія, построяющая (синтезирующая) сложныя геометрическія формы изъ простыхъ элементовъ точки, линіи, поверхности» [13]).

3 Абстракція[14]), или отвлеченіе, состоитъ въ выдѣленіи изъ сложнаго явленія одного или нѣсколькихъ его элементовъ. Если элементъ или элементы выдѣлены изъ одного только явленія и подвергаются изслѣдованію отдѣльно, то абстракція принимаетъ форму *изолированія* (обособленія); если же выдѣлены сходные элементы изъ нѣсколькихъ явленій, то абстракція получаетъ значеніе *обобщенія* (генерализаціи). «Примѣрами изолирующей абстракціи можетъ служить пріемъ физика, когда онъ, изучая преломленіе свѣта призмою, обращаетъ вниманіе лишь на ходъ свѣтовыхъ лучей и цвѣтной спектръ, и оставляетъ въ

---

[13]) *Ланге*, 181.

[14]) *Wundt*, ib., II, 11—17; *Ланге*, 181—182; *Sigwart*, I, § 42; *Drobisch*, § 19; *Джевонсъ*, 656 и сл. (656: «отвлекать въ логическомъ смыслѣ значитъ не обращать вниманія или оставлять безъ вниманія какіе-нибудь пункты различія»); *Lotze*, 194 ff.; *Троицкій*, II, 61 и сл. Многіе ученые называютъ полную индукцію просто обобщеніемъ. (*Троицкій*, II, 134; *Владиславлевъ*, I, 160), или суммированіемъ частностей (*Миллъ*, I, 335 и сл.; *Read*, 165—166). Но между полной индукціей и обобщеніемъ имѣется слѣдующая существенная разница: первая—пріемъ вывода сужденій, второе—пріемъ образованія понятій. Въ результатѣ индукціи является сужденіе, въ результатѣ обобщенія—понятіе.

сторонѣ сопутствующія этому явленія: нагрѣваніе призмы, происходящее отъ того ея расширеніе, измѣненіе эластичности стекла и т. под Примѣры обобщающей абстракціи мы находимъ, главнымъ образомъ, въ описательной зоологіи и ботаникѣ, установляющихъ общіе роды и виды животныхъ и растеній черезъ сравненіе ихъ, выдѣленіе сходныхъ признаковъ и опущеніе различій» [15]).

4. Детерминація [16]) заключается въ прибавленіи къ добытымъ посредствомъ абстракціи элементамъ новыхъ элементовъ. Сообразно двоякой формѣ абстракціи, детерминація тоже бываетъ двоякаго рода: изолированію соотвѣтствуетъ *коллигація*, а обобщенію — *спецификація*. Такъ напр., механика изучаетъ условія равновѣсія твердыхъ тѣлъ, имѣя въ виду сначала только ихъ геометрическую форму, а затѣмъ, присоединяя къ этому изолированному элементу еще другой: упругость тѣлъ. Это ничто иное, какъ коллигація [17]). Съ другой стороны, зоологъ, установивъ путемъ обобщенія понятіе пресмыкающагося животнаго, прибавляетъ къ нему поочередно разные другіе признаки и получаетъ болѣе спеціальныя понятія ящерицы, змѣи, крокодила и черепахи.

5. Дефиниція [18]) Послѣ того, какъ посредствомъ примѣненія только что перечисленныхъ пріемовъ получены точныя понятія объ изучаемыхъ явленіяхъ и ихъ составныхъ элементахъ, является необходимость облечь эти понятія въ словесную форму, т. е. изложить ихъ содержаніе словами. Результатомъ дефиниціи являются *научныя опредѣленія* [19]) Они могутъ быть различнаго характера, сообразно цѣлямъ, которыя ими преслѣдуются Важнѣйшіе

---

[15]) *Ланге*, 182 (*Wundt*, 12—14)

[16]) *Wundt*, ib. 17—20; *Ланге*, 182—184; *Sigwart*, I, §42; *Drobisch*, § 19; *Ueberweg*, § 52.

[17]) *Wundt*, 18—19.

[18]) *Wundt*, ib., 39—47; *Ланге*, 184—187; *Троицкій*, II, 8 и сл.; *Sigwart*, I, § 44, II, § 77; *Lotze*, 191—211, *Liard*, 18—21; *Милль*, I., 161 и сл.; *Bain*, I, 107 ss., II, 229 ss., *Ueberweg*, §§ 60, 61; *Duhring*, 10—27, *Drobisch*, 135 ff, *Lipps*, 131 ff.; *Glogau*, 75 ff.; *Read*, 272 ss; *Минто*, 57 и сл.; *Владиславлевъ*, 71 и сл.; *Снегиревъ*, 281 и сл.; *Davidson*, 32 ss.

[19]) *Снегиревъ*, 282: «Опредѣленіе есть понятіе, выраженное въ формѣ сужденія, или, какъ выражается Бэнъ, понятіе въ оболочкѣ сужденія». *Тро-*

виды ихъ слѣдующіе: *описательныя* опредѣленія, которыя состоятъ въ простомъ перечисленіи элементовъ понятія; *аналитическія*, гдѣ указываются не только элементы понятія, но и взаимное отношеніе между ними; *синтетическія*, показывающія, какъ составляется понятіе изъ элементовъ; *генетическія* (спеціальный видъ синтетическихъ), выясняющія понятіе описаніемъ способа его возникновенія; *діагностическія*, соединяющія вмѣстѣ не всѣ, а только характерныя черты понятія, которыми оно отличается отъ другихъ понятій; *классификаціонныя*, или *систематическія*, имѣющія въ виду обозначить положеніе понятія въ ряду другихъ понятій посредствомъ указанія ближайшаго рода, къ которому принадлежитъ понятіе, и его отличительнаго видового признака (definitio per proximum genus et differentiam specificam) Вотъ примѣры различныхъ формъ опредѣленій. «Окружность есть предѣлъ круга» (описательное опредѣленіе). «Окружность есть замкнутая кривая линія, всѣ точки которой находятся въ равномъ разстояніи отъ центра» (аналитическое опредѣленіе). «Окружность есть замкнутая кривая линія, которая образуется движеніемъ точки, сохраняющей равное разстояніе отъ другой точки въ одной и той же плоскости» (генетическое). «Квадратъ есть сумма двухъ равностороннихъ треугольниковъ» (синтетическое). «Квадратъ есть прямоугольникъ съ равными сторонами» (систематическое). «Квадратъ есть простѣйшій четыреугольникъ» (діагностическое).

6 Классификація[20]) представляетъ собою «дѣйствительное или умственное соединеніе вмѣстѣ тѣхъ предметовъ, которые сходны, и отдѣленіе тѣхъ, которые несходны; цѣль этого распредѣленія состоитъ въ томъ, чтобы облегчить операціи ума, желающаго ясно представить и удержать въ памяти признаки этихъ предметовъ» [21]). Тотъ признакъ или совокуп-

---

ицкій, II, 12: «Опредѣленіе есть предложеніе, въ которомъ раздѣльно и точно устанавливается значеніе какого-нибудь общаго термина». Мнѣнія другихъ авторовъ сведены у *Троицкаго*, II, 10—12, 14—16, 17—20.

[20]) *Wundt*, ib., 47 — 64; *Ланге*, 187 — 192; *Sigwart*, II, § 103; *Милль*, I, 142 и сл.: II, 257 и сл., 275 и сл; *Bain*, II, 274 ss.; *Джевонсъ*, 627 и сл; *Ueberweg*, §§ 63, 64; *Lotze*, 148 ff.; *Drobisch*, 142 ff; *Glogau*, 91 ff.; *Liard*, 126 ss; *Read*, 254 ss; *Владиславлевъ*, 78 и сл.; *Троицкій*, II, 64 и сл.

[21]) *Гексли* (цит *Джевонсомъ*, 630) Ср. *Троицкій*, II, 64: «Классификація—образованіе класса или классовъ—есть умственное соединеніе въ одинъ

ность признаковъ, которые служатъ руководящей нитью при распредѣленіи явленій, называются *основаніемъ классификаціи*. Смотря по основанію, классификація бываетъ: 1) *описательной*, 2) *генетической* и 3) *аналитической*. Разница между ними та же, что и между описательными, генетическими и аналитическими опредѣленіями. Описательная классификація не обращаетъ вниманія на относительную важность и взаимную зависимость элементовъ явленія, а, выбравъ изъ нихъ любой, достаточно удобный, хотя бы и не существенный, производитъ распредѣленіе явленій согласно ему. Такова классификація расъ по формѣ волосъ или по формѣ черепа. Генетическая классификація располагаетъ явленія въ группы по сходству и различію ихъ происхожденія. Сюда принадлежитъ, напр., раздѣленіе языковъ на группы, смотря потому, изъ какого первоначальнаго языка они образовались. Такъ, образована семья арійскихъ языковъ, развѣтвляющаяся на группы: греческую, италійскую, славянскую и пр. Высшей ступенью классификаціи является аналитическая, которая основывается на логическомъ соотношеніи элементовъ явленій и выражаетъ взаимную зависимость ихъ другъ отъ друга. Такимъ характеромъ отличаются математическія классификаціи. Такъ напр., дѣленіе коническихъ сѣченій на круги, эллипсисы, параболы и гиперболы основывается на видоизмѣненіи общей формулы сѣченія[22]).

7. Терминологія и номенклатура[23]) являются необходимымъ дополненіемъ дефиниціи и классификаціи. Когда какое-либо понятіе установлено и точно опредѣлено, нужно дать ему особое имя, обозначить терминомъ, если оно еще не получило такового въ обыденной рѣчи. Тогда является возможность употреблять этотъ терминъ вмѣсто того, чтобы каждый разъ при-

---

аггрегатъ, или одну группу, неопредѣленнаго множества единичныхъ вещей въ силу наблюдаемаго въ нихъ сходства признаковъ» О цѣли классификаціи: *Lotze*, 156: «Dadurch, dass eine Mannigfaltigkeit in den Zusammenhang eines Classensystems gebracht ist, dadurch allein schon soll etwas uber die Natur aller und jedes Einzelnen gesagt nnd nicht bloss einer künftigen Untersuchung vorgearbeitet sein».

[22]) *Wundt*, ib., 61—62; *Ланге*, 192 прим.

[23]) *Милль*, II, 204 и сл.; *Владиславлевъ*, I, 63 и сл.; *Снегиревъ*, 118—119; *Read*, 269—272; *Davidson*, 308, ss.

водитъ полное опредѣленіе понятія «Сливаясь съ понятіемъ, названіе въ мышленіи весьма часто замѣняетъ его, какъ банковый билетъ замѣняетъ золото, а золото—продукты труда. какъ числа замѣняютъ реальныя количества и сами замѣняются алгебраическими знаками» [24])

Такое же вспомогательное значеніе, какое имѣетъ для дефиниціи терминологія, представляетъ номенклатура для классификаціи. «Номенклатуру можно опредѣлить. какъ собраніе названій всѣхъ существенныхъ отдѣловъ, разсматриваемыхъ какою-либо наукой, или, лучше, всѣхъ низшихъ отдѣловъ, infimae species—тѣхъ, которые могутъ быть, правда, подраздѣлены, и которые, вообще, совпадаютъ съ тѣмъ, что въ естествознаніи называется просто видами. Наука представляетъ два блестящіе примѣра систематической номенклатуры: построенную Линеемъ и его послѣдователями для животныхъ и растеній и номенклатуру химическую, которою мы обязаны знаменитому сонму французскихъ химиковъ конца восемнадцатаго столѣтія» [25]).

Охарактеризовавъ пріемы научнаго изслѣдованія и систематизаціи, нужно разсмотрѣть, какіе изъ нихъ и какимъ образомъ могутъ быть примѣняемы при догматической переработкѣ нормъ Но прежде необходимо разъяснить одно обстоятельство, которое можетъ послужить источникомъ недоразумѣній Дѣло въ томъ, что современные гражданскіе законы цивилизованныхъ государствъ не представляютъ собою совершенно сырого матеріала; напротивъ, они носятъ на себѣ болѣе или менѣе глубокіе слѣды догматической обработки. Объясняется это постояннымъ взаимодѣйствіемъ, происходящимъ между законодательнымъ творчествомъ и догматической юриспруденціей: послѣдняя перерабатываетъ и систематизируетъ дѣйствующія нормы (сначала обычнаго права, а впослѣдствіи законодательства), результаты ея труда усваиваются законодателями и переходятъ въ текстъ новыхъ законовъ, которые опять подвергаются дальнѣйшему догматическому изслѣдованію, подготовляющему почву и матеріалъ для юридическихъ реформъ, и такъ далѣе безъ конца. Исходной

---

[24]) *Снегиревъ*, 117

[25]) *Милль*, II, 249.

точкой развитія современныхъ гражданскихъ законодательствъ послужилъ Corpus juris civilis, являющійся уже продуктомъ многовѣковой дѣятельности римской юриспруденціи и въ немалой степени запечатлѣнный догматическимъ характеромъ. Въ немъ имѣется система и часто встрѣчаются опредѣленія юридическихъ понятій, устанавливаются ихъ дѣленія и подраздѣленія, словомъ, это—далеко не сырой законодательный матеріалъ [26]). Юриспруденція новаго времени, сначала занявшаяся усвоеніемъ и приспособленіемъ его къ измѣнившимся потребностямъ жизни, затѣмъ перешла къ дальнѣйшей догматической работѣ и изъ матеріала римскаго corpus'a juris, измѣненнаго въ нѣкоторыхъ частяхъ нормами позднѣйшаго происхожденія, создала стройную и цѣльную догматическую систему пандектнаго права, служившую и служащую до сихъ поръ образцомъ для кодификацій. Вслѣдствіе огромнаго вліянія догматической юриспруденціи на законодательную дѣятельность, многіе кодексы имѣютъ такую форму, что ихъ безъ труда можно, «не измѣняя ни одного слова въ отдѣльныхъ параграфахъ, просто при помощи перестановки нѣкоторыхъ параграфовъ и прибавленія немногихъ рубрикъ, превратить въ учебники» [27]).

Обращаясь къ нашимъ дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ, нельзя не признать, что и они носятъ на себѣ слѣды догматической разработки, хотя и въ меньшей степени, нежели западно-европейскіе кодексы. До изданія Свода законовъ наше законодательство, дѣйствительно, представляло собою безпорядочную груду почти совершенно сырого и разрозненнаго матеріала. Но составленіе Свода законовъ было во многихъ отношеніяхъ догматической работой. Сперанскій не ограничился простою выборкой и систематизаціей дѣйствующихъ законовъ; онъ обобщалъ нормы, касавшіяся частныхъ случаевъ, и, пользуясь

---

[26]) Вполнѣ сырымъ матеріаломъ являются только древнѣйшіе, первоначальные памятники права, которые состоятъ изъ простыхъ велѣній, изложенныхъ языкомъ обыденной жизни.

[27]) *Eisele*, 42. Въ видѣ примѣра Eisele указываетъ на вышедшую въ 1883 г книжку: «Der Text der deutschen R—C—Processordnung in Gestalt eines Lehrbuchs».

иностранными кодексами и научными сочиненіями, добавлялъ какъ новыя нормы, не имѣющія опоры въ старыхъ узаконеніяхъ, такъ и догматическія опредѣленія, причемъ заимствовалъ установленныя въ юриспруденціи термины. Кромѣ того, систематизируя весь этотъ матеріалъ, онъ руководствовался принятыми на западѣ Европы классификаціями юридическихъ понятій. Еще въ большей степени, нежели Сводъ, проникнуты догматическимъ духомъ судебные уставы 1864 г.

Вслѣдствіе такого характера современныхъ гражданскихъ кодексовъ и въ частности 1 части X т. нашего Свода законовъ, догматическое изученіе ихъ должно состоять столько же въ самостоятельной переработкѣ содержащагося въ нихъ матеріала, сколько въ провѣркѣ, исправленіи и дополненіи результатовъ догматической работы самихъ составителей законовъ. Имѣя въ виду это обстоятельство, перейдемъ къ иллюстраціи описанныхъ выше пріемовъ научнаго изслѣдованія примѣрами изъ области нашего права

Возьмемъ рядъ общихъ положеній I ч. X т относительно договора имущественнаго найма.

Книга IV. О обязательствахъ по договорамъ.

Раздѣлъ III. О обязательствахъ по договорамъ на имущества въ особенности.

Глава II. О наймѣ имуществъ и отдачѣ оныхъ въ содержаніе.

I. Составленіе договора найма или отдачи въ содержаніе имуществъ.

Ст 1691. При наймѣ или отдачѣ въ содержаніе частныхъ имуществъ, надлежитъ опредѣлить предметъ найма или содержанія, срокъ и цѣну онаго. Сверхъ сего допускаются всякія другія произвольныя условія, законамъ не противныя, какъ то. права и обязанности хозяина и наемщика, правила пользованія имуществомъ, отвѣтственность за ущербъ, порчу и за самую гибель онаго и тому подобныя.

1692. Недвижимыя частныя имущества запрещается отдавать въ наемъ или въ содержаніе срокомъ свыше двѣнадцати лѣтъ.

1697. Дворовыя, лавочныя, мельничныя и прочія предназначенныя для хозяйственныхъ заведеній мѣста могутъ быть отдаваемы въ наемъ или содержаніе изъ выстройки, на счетъ наемщика съ тѣмъ, чтобы онъ въ теченіи установленнаго числа лѣтъ пользовался выстроеннымъ зданіемъ, а по прошествіи срока все выстроенное поступило бы въ собственность хозяина.

Гл. IV. Отдѣленіе II. О ссудѣ имущества.

Ст. 2064, прим. Ссуда на поддержаніе есть договоръ безвозмездный. Буде же за употребленіе имущества требуется вознагражденіе отъ того, кто

онымъ пользуется, то въ семъ случаѣ договоръ принадлежитъ къ найму имущества

Прочитавъ эти статьи и даже затвердивъ ихъ наизусть, мы еще не будемъ имѣть вполнѣ точнаго и яснаго понятія объ имущественномъ наймѣ. У насъ составится только общее, болѣе или менѣе смутное представленіе о томъ, что можно отдавать имущество въ пользованіе другимъ лицамъ на срокъ, устанавливать при этомъ разныя условія и выговаривать себѣ плату. Но характеристическіе признаки найма не будутъ сознаваться нами отчетливо и ясно Прійти къ такому сознанію можно не иначе, какъ построивъ научное, т. е. точное и опредѣленное понятіе имущественнаго найма

Внимательное чтеніе заглавій и рубрикъ открываетъ намъ, что законодатель относитъ наемъ имущества къ числу обязательственныхъ договоровъ и отождествляетъ его съ отдачей имущества въ содержаніе. Ст. 1691 показываетъ, что при наймѣ непремѣнно должны быть опредѣлены предметъ, срокъ и цѣну, и что всякія иныя условія не представляются обязательными. Статьи 1692, 1697 и прим. къ 2064 ст. подтверждаютъ, что срочность и возмездность существенныя принадлежности найма. Примѣчаніе къ 2064 ст. выясняетъ также, что содержаніе равнозначуще съ пользованіемъ или употребленіемъ имущества. Такимъ образомъ, мы получаемъ пять существенныхъ признаковъ или элементовъ, характеризующихъ имущественный наемъ по нашему законодательству: 1) обязательственный договоръ, 2) пользованіе, 3) опредѣленное имущество, 4) срокъ, 5) вознагражденіе. Соединяя эти элементы, мы опредѣлимъ наемъ, какъ обязательственный договоръ объ отдачѣ во временное пользованіе опредѣленнаго имущества за условленное вознагражденіе.

Какимъ путемъ мы пришли къ такому опредѣленію? Мы разобрали и разложили законодательный матеріалъ на элементы, отдѣлили существенные элементы отъ несущественныхъ, соединили первые вмѣстѣ и, получивъ такимъ образомъ точное понятіе, изложили его въ формѣ сужденія Иначе говоря, мы примѣнили три пріема: элементарный анализъ, конструктивый синтезъ и дефиницію, въ результатѣ которой явилось классификаціонное опредѣленіе имущественнаго найма, какъ договора, относящагося къ роду обязательственныхъ и характеризуемаго нѣкоторыми спеціальными видовыми признаками.

Это опредѣленіе представляетъ для насъ важность въ двоякомъ отношеніи: во-первыхъ, оно даетъ намъ ясное и раздѣльное понятіе объ интересующемъ насъ договорѣ, а во-вторыхъ, вполнѣ замѣняетъ рядъ нормъ, изъ которыхъ мы его вывели, подобно тому, какъ краткая математическая формула резюмируетъ сложныя вычисленія.

Подвергнувъ такой же процедурѣ нормы, касающіяся другихъ договоровъ, какъ то продажи, мѣны, поставки, ссуды, займа и пр., мы получимъ рядъ соотвѣтствующихъ опредѣленій: «продажа есть обязательственный договоръ о передачѣ права собственности на опредѣленное имущество за условленную сумму денегъ», «поставка есть обязательственный договоръ о передачѣ права собственности на вещи опредѣленнаго качества и количества за условленное вознагражденіе въ извѣстный срокъ» и т. д. При этомъ мы иногда наталкиваемся на готовыя, въ самомъ законѣ установленныя опредѣленія. Такъ, въ статьѣ 1737 опредѣляется подрядъ и поставка, а въ ст. 2064 — ссуда. Такъ какъ эти опредѣленія не обладаютъ диспозитивнымъ характеромъ настоящихъ нормъ (стр 49 — 50, 146 — 147), то ихъ не обязательно принимать къ безусловному руководству, а, наоборотъ, нужно подвергнуть провѣркѣ и убѣдиться, насколько они согласуются съ настоящими нормами Съ этою цѣлью опять-таки необходимо разложить нормы, относящіяси къ тому предмету, для котораго установлено въ законѣ опредѣленіе, на составные элементы, выдѣлить существенные элементы и сравнить ихъ съ тѣми, которые вошли въ законное опредѣленіе. Если сравниваемые элементы окажутся тождественными, значитъ, законное опредѣленіе правильно Если же тѣ и другіе не совпадутъ, слѣдовательно, законное опредѣленіе страдаетъ погрѣшностью и должно быть замѣнено другимъ, догматически правильнымъ опредѣленіемъ. Такъ, если разсмотрѣть и разобрать нормы относительно подряда и поставки, то окажется, что онѣ слагаются изъ совершенно различныхъ элементовъ: существенными признаками подряда являются выполненіе комплекса работъ (предпріятія), а такими же признаками поставки—передача права собственности на замѣнимыя вещи. Между тѣмъ ст. 1737 соединяетъ вмѣстѣ оба эти договора: «Подрядъ или поставка есть договоръ, по силѣ коего одна изъ вступающихъ въ оный сторонъ принимаетъ на себя обя-

зательство исполнить своимъ иждивеніемъ предпріятіе или поставить извѣстнаго рода вещи, а другая, въ пользу коей сіе производится, учинить за то денежный платежъ». Догматикъ не обязанъ вносить это опредѣленіе въ создаваемую имъ систему, а, напротивъ, долженъ раздѣлить его и дополнить признаками, соотвѣтствующими нормамъ относительно подряда и поставки[28]) Нужно добавить, что, исправляя и измѣняя законныя опредѣленія слѣдуетъ принимать въ разсчетъ не только наличныя, прямо установленныя законодателемъ нормы, но и скрытыя, полученныя посредствомъ логическаго развитія, такъ какъ и онѣ входятъ въ содержаніе законодательства. Такъ напр., если при толкованіи 2065 ст. будетъ признано, что предметомъ ссуды можетъ быть не только «всякаго рода движимое имущество», какъ постановлено въ ней, но и недвижимое имущество, т. е. если будетъ установлено, что изъ ст. 2065 слѣдуетъ вывести заключеніе по аналогіи, а не a contrario, то, сообразно съ этимъ, должна быть внесена соотвѣтствующая поправка и въ опредѣленіе ссуды, выставленное въ 2064 ст. («подъ именемъ ссуды имущества разумѣется договоръ, по силѣ коего одно лицо уступаетъ другому право пользоваться своимъ *движимымъ* имуществомъ, подъ условіемъ возвращенія его же самаго и въ томъ же состояніи, въ какомъ оное было дано безъ всякаго за употребленіе вознагражденія»), именно должно быть выброшено слово: *движимое*.

Построивъ и опредѣливъ такимъ способомъ понятія всѣхъ обязательственныхъ договоровъ, которые нормируются въ 1 ч X тома, и сравнивъ эти опредѣленія между собою, можно замѣтить два обстоятельства.

Во-первыхъ, всѣ полученныя опредѣленія состоятъ изъ различныхъ комбинацій однихъ и тѣхъ же основныхъ элементовъ. Возьмемъ, напр., опредѣленіе имущественнаго найма: 1) обязательственный договоръ 2) о передачѣ 3) индивидуально опредѣ-

---

[28]) *Шершеневичъ*, 455· «Поставкою называется договоръ, въ силу котораго одна сторона обязывается къ назначенному сроку передать вещи опредѣленнаго рода и въ опредѣленномъ количествѣ, а другая сторона обязывается заплатить за то извѣстную сумму денегъ», стр. 520: «подрядъ... договоръ, въ силу котораго одно лицо принимаетъ на себя обязательство, за извѣстное вознагражденіе исполнить своимъ иждивеніемъ предпріятіе».

леннаго имущества 4) во временное пользованіе 5) за извѣстное вознагражденіе. Отбросимъ четвертый признакъ *во временное пользованіе* и замѣнимъ его другимъ: *въ собственность*. Въ результатѣ получится опредѣленіе договора продажи. Перемѣнимъ кромѣ четвертаго признака еще и третій, внеся вмѣсто *индивидуально опредѣленное имущество—опредѣленное по количеству и качеству имущество*, и у насъ образуется понятіе поставки. Словомъ, цѣлый рядъ нормъ, касающихся отдѣльныхъ договоровъ, намъ удалось замѣнить немногими элементами, соединенными различнымъ образомъ.

Во-вторыхъ, одинъ изъ этихъ элементовъ встрѣчается во всѣхъ построенныхъ нами опредѣленіяхъ: *обязательственный договоръ*. Мы выдѣляемъ этотъ элементъ и превращаемъ его въ самостоятельное понятіе, т. е. примѣняемъ логическій пріемъ, носящій названіе обобщающей абстракціи. Но, обратившись къ 1 части X т, мы замѣчаемъ, что законодатель предупредилъ насъ и самъ выдѣлилъ понятіе «обязательственнаго договора»: четвертая книга, озаглавленная: объ обязательствахъ по договорамъ, начинается главою *о составленіи и совершеніи договоровъ вообще*, гдѣ установлены общія нормы относительно всѣхъ обязательственныхъ договоровъ. Кромѣ того, о тѣхъ же договорахъ имѣются постановленія во второй книгѣ (о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще), въ главѣ пятой (о правѣ по обязательствамъ). Вотъ всѣ эти нормы.

568. Обязательства или содержатся въ самыхъ тѣхъ договоровъ, изъ коихъ они происходятъ, таковы суть: договоры найма, подряда, поставки и тому подобные; или составляются въ видѣ отдѣльномъ по предшествовавшему договору письменному или словесному, таковы суть: закладныя, заемныя письма, и тому подобныя.

569. Всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленные, налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить

570. Всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія во всемъ томъ, что постановлено въ оныхъ.

572. Если по договору или обязательству не послѣдуетъ въ срокъ исполненія, то взысканіе производится порядкомъ, изложеннымъ въ законахъ судопроизводства гражданскаго.

1528. Договоръ составляется по взаимному согласію договаривающихся лицъ. Предметомъ его могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ;

цѣль его должна быть непротивна законамъ, благочинію и общественному порядку.

1536. Договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ

Анализируя эти статьи, мы обнаружимъ существенные элементы понятія обязательственнаго договора, и, соединивъ послѣдніе вмѣстѣ, получимъ слѣдующее опредѣленіе его: это — взаимное соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ, по которому одни изъ этихъ лицъ принимаютъ на себя юридическую обязанность совершить извѣстныя дѣйствія въ пользу другихъ.

Это опредѣленіе можно было бы установить и въ томъ случаѣ, если бы приведенныхъ статей (568—572, 1528, 1536) вовсе не существовало: указанные въ нихъ признаки обязательственнаго договора нетрудно было бы вывести изъ нормъ, касающихся частныхъ его видовъ и упоминающихъ въ тѣхъ или другихъ выраженіяхъ, по поводу каждаго изъ этихъ договоровъ, о необходимости взаимнаго соглашенія и обязанности исполненія обусловленныхъ по договору дѣйствій [29]).

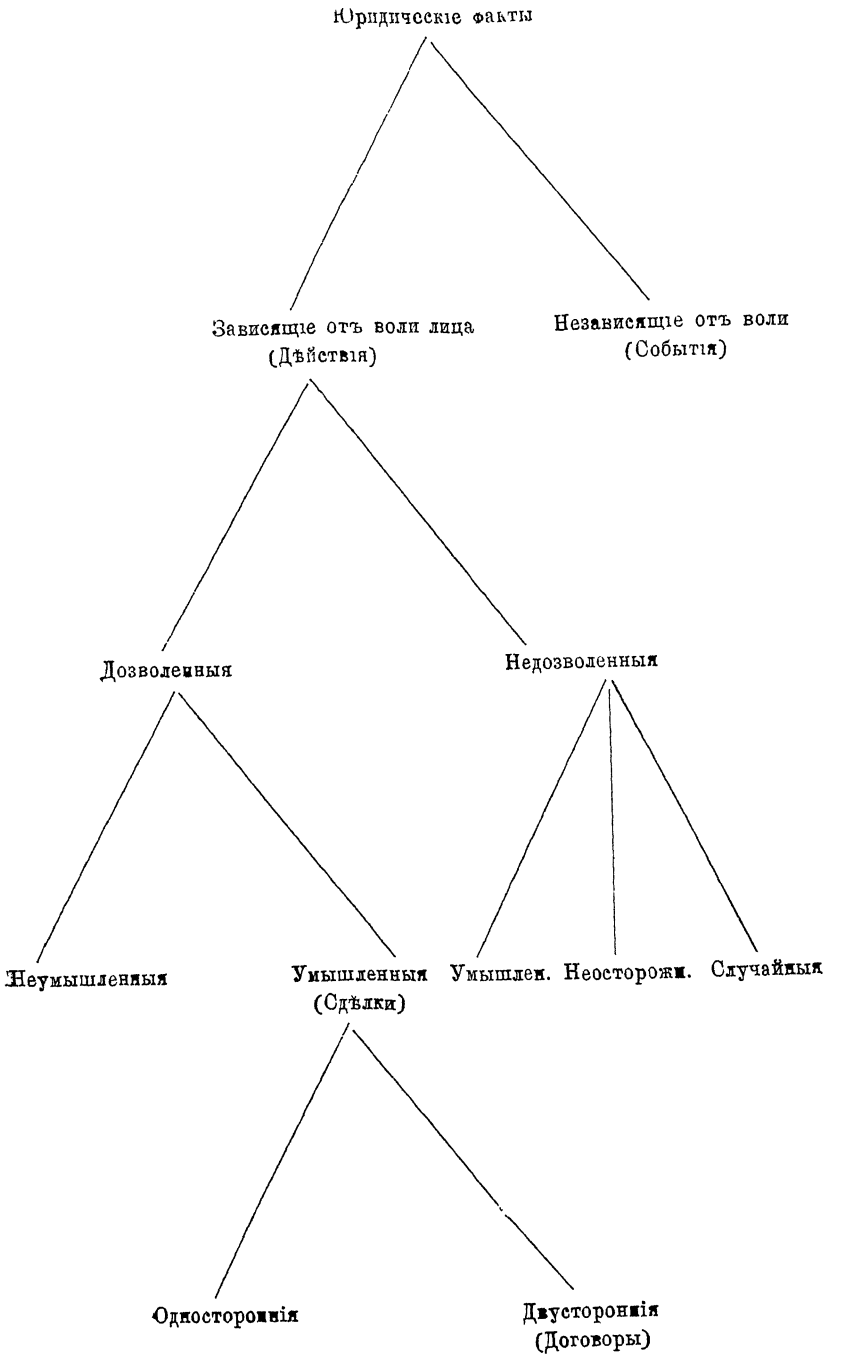
Далѣе, для построенія понятій отдѣльныхъ обязательственныхъ договоровъ мы воспользовались лишь частью относящихся къ нимъ нормъ. Разсматривая и сопоставляя остальныя нормы, можно убѣдиться, что онѣ касаются однихъ и тѣхъ же вопросовъ—совершенія, исполненія и прекращенія каждаго изъ договоровъ въ отдѣльности — и нерѣдко разрѣшаютъ эти вопросы болѣе или менѣе одинаково. Вслѣдствіе этого, посредствомъ редукціи и индукціи мы въ правѣ вывести изъ частныхъ нормъ общіе принципы, безусловные или приблизительные, которые будутъ имѣть силу, для всѣхъ вообще или, по крайней мѣрѣ, для большинства обязательственныхъ договоровъ. Такъ напр., ст. 1689 и 2106 т. X ч. 1, а также 216 ст. пол. о каз. подр. и пост. избавляютъ обязавшагося по договорамъ запродажи, поклажи, казеннаго подряда и поставки отъ всякой отвѣтственности, если

---

[29]) Напр, ст. 1701: «договоръ найма подписывается обѣими договаривающимися сторонами...»; ст. 1705 : «хозяинъ не вправѣ отказать наемщику до наступленія срока найма, хотя бы кто предлагалъ и большую передъ нимъ цѣну. Равномѣрно наемщикъ не можетъ отказаться отъ платежа договорной цѣны до истеченія опредѣленнаго условіемъ срока». Ср. ст. 1737, 1739, 1741, 1742, 1744 (о подрядѣ и поставкѣ), 2050 (о займѣ) и т. д.

исполненіе обязательства стало невозможнымъ и онъ въ этомъ не виновенъ. Распространяя это правило по аналогіи на всѣ договоры, мы выводимъ посредствомъ полной индукціи общій принципъ: должникъ не отвѣчаетъ за неисполненіе обязательственнаго договора, если оно сдѣлалось невозможнымъ безъ его вины. Точно также изъ пункта 8 ст 216 пол о каз подр. п пост. можно добыть при помощи редукціи другой принципъ: неисполненіе всякаго двусторонняго договора однимъ изъ контрагентовъ даетъ право не исполнять его и другому контрагенту (стр 226) Но, выводя общія правила для всѣхъ вообще обязательственныхъ договоровъ, мы снова откроемъ, что самъ законодатель исполнилъ значительную часть этой работы, именно въ ст 1528 — 1553 установилъ цѣлый рядъ нормъ касательно совершенія, исполненія и прекращенія всѣхъ договоровъ, такъ что намъ нужно будетъ только провѣрить правильность всѣхъ этихъ обобщеній.

Если мы подвергнемъ такой же переработкѣ всѣ остальныя нормы дѣйствующаго гражданскаго законодательства, то въ результатѣ получится рядъ точныхъ опредѣленій юридическихъ понятій и общихъ принциповъ, какъ безусловныхъ, такъ и приблизительныхъ. Кромѣ того, часть нормъ, не поддавшаяся обобщенію и переработкѣ вслѣдствіе своего узкаго, спеціальнаго содержанія, останется нетронутой, въ прежнемъ сыромъ видѣ. Теперь предстоитъ придать полученному матеріалу систематическую форму, т. е. расположить его въ наиболѣе удобномъ для обозрѣнія и пользованія порядкѣ Для этого нужно подвергнуть юридическія понятія классификаціи и, распредѣливъ ихъ тѣмъ или инымъ образомъ, пріурочить къ нимъ соотвѣтствующіе принципы и частныя нормы. Такъ какъ юридическія понятія составлены нами посредствомъ анализа и синтеза законодательнаго матеріала, а другую часть мы образовали путемъ обобщенія полученныхъ раньше понятій, то наиболѣе естественно и удобно распредѣлить всѣ эти понятія въ порядкѣ ихъ убывающей общности. Тогда первое мѣсто займутъ наиболѣе общія, родовыя понятія, за ними послѣдуютъ болѣе частныя, видовыя, затѣмъ еще болѣе частныя и т д. Понятіе, напр., юридическаго факта, какъ обстоятельства, влекущаго за собою юридическія послѣдствія, развѣтвится на слѣдующій рядъ понятій


Юридическіе факты
Зависящіе отъ воли лица
(Дѣйствія)
Независящіе отъ воли
(События)
Дозволенныя
Недозволенныя
Неумышленныя
Умышленныя
(Сдѣлки)
Умышлен.
Неосторожн.
Случайныя
Односторонніе
Двусторонніе
(Договоры)

Не входя въ дальнѣйшія подробности, мы и на основаніи приведенныхъ примѣровъ можемъ заключить, что для цѣлей догматической обработки нормъ наиболѣе пригодны, помимо индукціи и редукціи, слѣдующіе логическіе пріемы: 1) элементарный анализъ, разлагающій содержаніе нормъ на основные элементы, 2) конструктивный синтезъ, строющій юридическія понятія посредствомъ различныхъ комбинацій полученныхъ анализомъ элементовъ, 3) обобщающая абстракція, при помощи которой изъ частныхъ понятій выводятся общія, 4) дефиниція и 5) классификація

Но эти пріемы являются только основными, преимущественно и наичаще употребляемыми. Кромѣ нихъ, догматика прибѣгаетъ и къ нѣкоторымъ другимъ. Такъ, она примѣняетъ не только элементарный анализъ, но и логическій, съ тою разницей, что первый служитъ ей средствомъ подготовки матеріала для построенія понятій, а второй для раскрытія и развитія содержанія уже установленныхъ понятій. Опредѣливъ, напр, понятіе имущественнаго найма, юристъ подвергаетъ его анализу, чтобы разъяснить значеніе и взаимное отношеніе составляющихъ его элементовъ [29]).

Далѣе, весьма употребительна въ догматикѣ спецификація, съ помощью которой общія родовыя понятія вновь превращаются въ видовыя, изъ которыхъ они получены, посредствомъ прибавленія видовыхъ признаковъ. Такъ, присоединяя къ понятію обязательственнаго договора различные дополнительные признаки, мы получимъ понятія отдѣльныхъ частныхъ договоровъ [30]).

---

[29]) *Wundt*, II, I, 7: «Der mathematische Ausdruck eines Begriffs erweist sich als vorzugsweise geeigneter Ausgangspunkt fur die logische Analyse. Doch kann diese auch in solchen Begriffssystemen, deren Natur die mathematische Formulirung ausschliesst, zu vertaltnissmassig grossen Vollendung gelangen. Das hervorragendste Beispiel dieser Art bilden die Rechtsbegriffe, die nachdem sie durch Definitionen festgestellt sind, bald mit Rucksicht auf allgemeine Rechtsfragen, bald aus Anlass individueller Rechtsanwendungen der logischen Analyse unterworfen werden».

[30]) *Wundt*, ib., 19: «Всюду, гдѣ дѣло идетъ о систематическомъ порядкѣ понятій, тамъ примѣняется спецификація, именно не только въ различныхъ

Классификацію юридическихъ понятій догматика производитъ на основаніи ихъ существенныхъ элементовъ; но, вслѣдствіе невозможности провести ее повсюду, иногда избираетъ основаніемъ второстепенные признаки. Такова, напр., введенная еще римскими юристами [31]) и удержавшаяся по настоящее время генетическая классификація обязательствъ по источнику ихъ возникновенія [32]), и различныя описательныя классификаціи обязательственныхъ договоровъ [33]).

областяхъ естественной исторіи, но и въ объяснительномъ естествознаніи .. и въ важнѣйшихъ наукахъ о духѣ, гдѣ въ особенности юридическія понятія отличаются точностью своей детерминаціи». *Ланге*, 183—184.

[31]) Въ институціяхъ Юстиніана обязательства раздѣляются на четыре вида: obl. ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu, quasi ex maleficio; а въ Дигестахъ на 3 вида: ex contractu, ex maleficio, ex variis causarum figuris.

[32]) Нѣкоторые (напр., Бринцъ) приняли институціонную систему, другіе (напр. Тибо)—пандектную. Савиньи установилъ двучленное дѣленіе обязательства изъ дѣйствій и изъ событій Наиболѣе полную генетическую классификацію обязательствъ предложилъ Баронъ: изъ договора, односторонняго волеизъявленія, распоряженія судьи, дозволеннаго и недозволеннаго вмѣшательства въ чужую юридическую сферу, предписанія закона. *Баронъ*, Система, III, § 209—211.

[33]) *Шершеневичъ*, 437: «Самая правильная классификація была бы, понятно, та, въ основаніи которой лежало бы юридическое начало. Съ точки зрѣнія догматики, конечно, лучше всего расположить договоры по ихъ возрастающей сложности. Несомнѣнно, что позднѣйшіе договоры образуются изъ прежнихъ путемъ сочетанія различныхъ юридическихъ элементовъ. Но такая классификація предполагаетъ уже выполненнымъ подробный анализъ каждаго договора, между тѣмъ, какъ до сихъ поръ рѣдкій договоръ не возбуждаетъ спора о юридической его природѣ. Поэтому оставляя юридическую точку зрѣнія, остается принять экономическій признакъ—цѣль договора. Договоры имѣютъ своею цѣлью или передачу вещей въ собственность, или передачу вещей во временное пользованіе, или предоставленіе возможности дѣйствій, составляющихъ исключительное право другихъ лицъ. Соотвѣтственно этому договоры могутъ быть раздѣлены на слѣдующія группы.

1. Купля — продажа, мѣна, запродажа, поставка, дареніе, заемъ, страхованіе.

2. Имущественный наемъ, ссуда.

3. Личный наемъ, подрядъ, перевозка, довѣренность, комиссія, поклажа, товарищество.

4. Издательскій договоръ».

Точно также дефиниція даетъ обыкновенно систематическія опредѣленія. Но, кромѣ нихъ, употребляются въ догматикѣ и другія опредѣленія: описательныя (напр., опредѣленіе юридическаго лица: «оно есть все то, что, не будучи физическимъ лицомъ, одарено закономъ правоспособностью»), генетическія («сервитутъ есть часть права собственности, выдѣленная изъ него и превращенная въ самостоятельное право»), синтетическія («право собственности есть право владѣнія, пользованія и распоряженія вещью»), діагностическія («арендное право есть право временнаго пользованія имуществомъ», а «чиншевое—право вѣчнаго пользованія»).

Примѣняя всѣ эти пріемы, догматика должна стремиться и въ дѣйствительности стремится къ тому, чтобы придать вырабатываемымъ ею понятіямъ возможно лучшую научную форму, что достигается построеніемъ наиболѣе совершенныхъ опредѣленій и классификацій.

Совершенство опредѣленія зависитъ отъ двухъ условій. Во-первыхъ, опредѣленіе должно быть *существеннымъ*, т. е. должно заключать въ себѣ перечисленіе только основныхъ, первоначальныхъ элементовъ понятія, игнорируя производные и случайные [34]). Такъ напр., въ опредѣленіе параллелограмма, какъ четыреугольника съ параллельными сторонами, излишне было бы вводить равенство противолежащихъ сторонъ и угловъ, такъ какъ это свойство — производное, вытекающее изъ параллельности сторонъ [35]). Точно также въ опредѣленіи «льва» не слѣдуетъ упоминать, что это животное, «водящееся только въ старомъ свѣтѣ», ибо то обстоятельство, что львовъ нѣтъ въ Америкѣ, чисто случайное, не зависящее отъ свойствъ львиной породы [36]).

---

[34]) *Ueberweg*, 438. «Dass nur eine Definition als definitio essentialis die Aufgabe der Definition im vollsten Sinne erfulle, ist unleugbar». Ср. *Drobisch*, § 119; *Троицкій*, II, 23 и сл.

[35]) *Drobisch*, 141.

[36]) *Read*, 273. *Ueberweg*, 142: «Wenn das Strafgesetzbuch Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen nach der Hohe der Strafe unterscheidet, also z. B. definirt: «Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu funfzig Thalern bedrohte Handlung ist eine Uebertretung», so ist dies eine Attributiv-Erklarung (distinguirende Erklarung); wird der «Versuch» definirt als Bethatigung des Entschlusses, ein Verbrechen oder Vergehen zu veruben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausfuhrung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten», so ist dies eine Essentialerklarung».

Во-вторыхъ, опредѣленіе должно быть *полнымъ*, въ томъ смыслѣ чтобы въ немъ были перечислены *всѣ* существенные элементы понятія. Такъ, опредѣленіе квадрата, какъ «фигуры съ четырьмя равными сторонами», страдаетъ неполнотой, не указывая существеннаго признака квадрата: равенства всѣхъ угловъ [37])

Если опредѣленіе удовлетворяетъ обоимъ этимъ условіямъ, то оно выражаетъ существенное содержаніе или, какъ принято говорить, *сущность* понятія, вслѣдствіе чего, подвергнувъ такое опредѣленіе анализу, мы можемъ извлечь изъ него всѣ какъ основные, такъ и производные элементы понятія [38]).

---

[37]) Къ существенности и полнотѣ сводятся всѣ качества, требуемыя отъ опредѣленій и формулируемыя весьма различно разными авторами (обзоръ мнѣній см. у *Троицкаго*, II, 32—35). Критеріемъ соблюденія этихъ требованій и, слѣдовательно, совершенства понятія служитъ такъ называемая простая обратимость опредѣленія, которая состоитъ въ возможности перестановки «сказуемаго на мѣсто подлежащаго, безъ нарушенія смысла опредѣленія, т. е. безъ смѣшенія класса вещей, означаемаго его опредѣляемымъ терминомъ, съ другими классами Опредѣленіе: «квадратъ есть прямоугольникъ, имѣющій равныя стороны», представляетъ всю совокупность существенныхъ признаковъ квадрата, такъ какъ «простое обращеніе» (conversio simplex) его въ предложеніи «прямоугольникъ, имѣющій равныя стороны, есть квадратъ» отнюдь не смѣшиваетъ «квадратъ» съ другими классами геометрическихъ фигуръ. Напротивъ, мы не можемъ сдѣлать того же съ двумя предложеніями, которыя мы назвали неполными опредѣленіями квадрата. Предложеніе: квадратъ есть прямоугольникъ». мы не можемъ обратить такимъ образомъ: «прямоугольникъ есть квадратъ», потому что послѣднее предложеніе смѣшиваетъ квадратъ съ прямоугольниками, не имѣющими равныхъ сторонъ. Точно также предложеніе: «квадратъ есть фигура, имѣющая равныя стороны» не можетъ быть обращено въ предложеніе: «фигура, имѣющая четыре равныя стороны, есть квадратъ», потому что послѣднее предложеніе смѣшиваетъ квадратъ съ ромбами». *Троицкій*, l. c.

[38]) *Wundt*, II, I, 43: «Je einfacher und zugleich logisch durchgebildeter ein Begriffsgebiet ist, um somehr wird aber eine Definition, die der Forderung der Eindeutigkeit genügt, doch zugleich eine vollstandige Einsicht in die Constitution des Begriffs gewähren. In vollkommenster Weise besitzen diese Eigenschaft die mathematischen Begriffe. Die exacte Definition einer geometrischen Curve enthalt ebenso wie die fur sie aufzustellende Gleichung bereits alle ihre Eigenschaften vorgebildet. Der Definition in Worten kann daher in diesem Fall der analytische Ausdruck als eine symbolische Form

Равнымъ образомъ, наилучшими въ научномъ отношеніи формами классификаціи являются тѣ, которыя распредѣляютъ понятія не по произвольно выбранному признаку, а на основаніи ихъ сходства въ существенныхъ элементахъ, по степени ихъ внутренняго родства. Вслѣдствіе этого, въ результатѣ получаются связныя, плодотворныя, естественныя системы [39]).

Итакъ, догматическая переработка законодательнаго матеріала приводитъ къ полнѣйшему упрощенію и сокращенію его: необозримая груда нормъ превращается въ стройную систему точныхъ и опредѣленныхъ понятій, составленныхъ изъ комбинацій сравнительно небольшого числа элементовъ. Такой результатъ представляетъ громадную важность въ двоякомъ отношеніи: дидактическомъ и практическомъ Съ одной стороны, онъ въ необыкновенной степени облегчаетъ изученіе дѣйствующаго права, такъ какъ взамѣнъ массы разрозненныхъ правилъ новичку приходится усвоить рядъ понятій, логически вытекающихъ другъ изъ друга и связанныхъ общностью своихъ составныхъ частей. Съ другой стороны, становится несравненно проще и удобнѣе самое примѣненіе права къ частнымъ случаямъ жизни. Оно заключается уже не въ томъ, чтобы розыскать въ безпорядочной массѣ законодательнаго матеріала нормы, относящіяся прямо или косвенно къ данному случаю, и подвергнуть ихъ толкованію и логическому развитію, а въ томъ, чтобы, обладая знаніемъ ос-

---

der Definition substituirt werden .. Neben der Mathematik sind es daher die systematischen Geisteswissenschaften, wie die Rechts—und Staatslehre, sowie die verschiedenen Zweige der systematischen Philosophie, in denen jene ideale logische Aufgabe der Definition am ehesten annähernd erreichbar ist».

[39]) *Милль*, II, 260: «Наиболѣе соотвѣтствуетъ цѣлямъ научной классификаціи, когда предметы сопоставляются въ группы, относительно которыхъ можетъ быть построено большее число и болѣе важныхъ предложеній, чѣмъ относительно какихъ-либо другихъ группъ, на которыя могли бы быть распредѣлены тѣ же самыя вещи Поэтому, предметы слѣдовало бы распредѣлять по возможности, сообразно свойствамъ, которыя суть причины многихъ другихъ свойствъ или, по крайней мѣрѣ, ихъ вѣрные признаки . Построенная такимъ образомъ классификація есть дѣйствительно научная и философская и называется обыкновенно естественною, въ противоположность технической или искусственной». Ср. *Wundt*, II, I, 48 ; *Ueberweg*, 147 ; *Троицкій*, 69 — 70 ; *Read*, 255 ss ; *Sigwart*, II, 706 ff.

новныхъ элементовъ юридическихъ понятій, опредѣлить, какіе изъ этихъ элементовъ и въ какой комбинаціи имѣются на лицо въ подлежащемъ разрѣшенію случаѣ. Разъ это опредѣлено, тотчасъ же обнаруживается, съ какимъ понятіемъ мы имѣемъ дѣло, и тогда остается только примѣнить тѣ принципы и правила, которыя пріурочены къ этому понятію въ догматической системѣ. Для разрѣшенія болѣе сложныхъ случаевъ, которые состоятъ изъ многочисленныхъ элементовъ и не могутъ быть подведены подъ одно какое-либо юридическое понятіе, необходимо создать такую комбинацію этихъ понятій, которая охватывала бы всю совокупность имѣющихся на лицо элементовъ. Словомъ, процессъ примѣненія права, переработаннаго въ научную систему, сводится къ разъединенію и соединенію небольшого сравнительно числа элементовъ, т е. къ операціи, сходной съ математическими вычисленіями. А такъ какъ элементы, надъ которыми работаетъ юристъ, тоже являются понятіями, то его дѣятельность вполнѣ соотвѣтственно можетъ быть охарактеризована мѣткимъ выраженіемъ Савиньи, какъ *счетъ понятій*.

Разъ дѣйствующее право какой-либо страны получило догматическую обработку, то всякое измѣненіе происходящее въ нормахъ права, благодаря изданію новыхъ законовъ, необходимо должно вести за собою и соотвѣтствующее измѣненіе въ догматической системѣ. При полной отмѣнѣ всѣхъ законовъ и замѣнѣ ихъ другими, что бываетъ въ случаѣ кодификаціи, приходится нерѣдко строить новую догматическую систему, именно тогда, когда новый кодексъ основывается на совершено иныхъ принципахъ, чѣмъ тѣ, которые лежали въ основѣ прежняго права. Но если законодателемъ производятся только частичныя измѣненія, то въ полномъ разрушеніи выработанной догмы нѣтъ надобности. Достаточно только исключить изъ нея части, извлеченныя изъ нормъ, которыя законодателемъ отмѣняются или измѣняются, и, подвергнувъ новыя нормы анализу, опредѣлить, подходитъ ли имѣющаяся въ нихъ комбинація основныхъ элементовъ подъ какое-либо существующее уже юридическое понятіе, или же нѣтъ Если окажется что подходитъ, то новыя нормы и заключающіеся въ нихъ принципы должны быть пріурочены къ этому понятію. Въ противномъ случаѣ необходимо создать посредствомъ синтеза найденныхъ элементовъ новое понятіе и отвести ему мѣсто въ системѣ, руководствуясь степенью его родства съ уста-

новленными юридическими понятіями. Этотъ пріемъ пріуроченія новыхъ юридическихъ явленій къ существующей догматической системѣ обыкновенно называется *юридической конструкціей*.

Какъ видно изъ только что сдѣланнаго описанія, юридическая конструкція не представляетъ собою какого-либо особаго, самостоятельнаго пріема, а сводится къ общимъ пріемамъ догматики. Само собою понятно, поэтому, что, примѣняя ее, нужно соблюдать тѣ правила, которымп обусловливается совершенство догматической системы, т. е. заботиться о наплучшихъ опредѣленіяхъ и наилучшей классификаціи юридическихъ понятій Такъ, напр, извѣстно, что авторское право съ той поры, какъ получило признаніе въ положительныхъ законодательствахъ, подвергалось и подвергается по настоящее время самымъ разнообразнымъ конструкціямъ. Стараясь дать ему мѣсто въ установившейся пандектной системѣ гражданскаго права, ученые подводили его то подъ понятіе права собственности, то подъ понятіе вещнаго права на чужое имущество, то — личнаго права, то обязательственнаго, словомъ перепробовали чуть ли не всѣ главныя категоріи правъ, пока не пришли къ сознанію необходимости построить изъ его существенныхъ элементовъ особое юридическое понятіе Поступивъ такимъ же образомъ съ такъ наз привплегіямп на открытія и изобрѣтенія, правами на фирму и товарные знаки, ученые затѣмъ посредствомъ обобщающей абстракціи установили понятіе *исключительныхъ правъ* и помѣстили ихъ въ пандектной системѣ вслѣдъ за вещными правамп въ виду того, что тѣ и другіе сходны между собою по своему абсолютному характеру.

Но бываютъ случаи, когда пріуроченіе новаго юридическаго явленія къ существующей догматической системѣ не можетъ быть сдѣлано ни путемъ простого подведенія его подъ готовыя понятія, ни путемъ дополненія системы вновь выработаннымъ понятіемъ. Тогда возникаетъ дилемма: нужно или заново передѣлать всю систему права, или связать съ нею новое юридическое понятіе искусственнымъ образомъ.

Первый способъ является, несомнѣнно, болѣе правильнымъ и даже единственно раціональнымъ; но онъ очень труденъ и неудобенъ въ томъ отношеніи, что приходится подвергать ломкѣ и перестройкѣ цѣлый рядъ прочно установившихся и вошедшихъ въ общее употребленіе юридическихъ понятій. Поэтому, къ нему

слѣдуетъ обращаться только тогда, когда накопится болѣе или менѣе значительное число новыхъ понятій, не согласующихся со старою системой. До тѣхъ же поръ, пока они немногочисленны, можно довольствоваться вторымъ способомъ, заключающимся въ томъ, чтобы привести новое понятіе въ согласіе со старыми, умышленно и сознательно игнорируя существенные пункты различія между ними. Этотъ пріемъ носитъ названіе *догматической фикціи.* Онъ представляетъ собою ничто иное, какъ *завѣдомо неправильную конструкцію, даваемую юридическому явленію съ цѣлью ввести его въ существующую догматическую систему, не преобразуя ея.* Такъ напр., однимъ изъ основныхъ понятій современной догмы гражданскаго права является понятіе субъективнаго права: всѣ отношенія между гражданами, опредѣляемыя юридическими нормами, преобразуются догматикой въ форму правомочій, принадлежащихъ отдѣльнымъ лицамъ. Но такой конструкціи не допускаютъ нѣкоторыя явленія. Такъ, юридическія нормы постановляютъ, чтобы опредѣленныя имущества не составляли предмета чьего-либо права собственности, а извѣстнымъ образомъ управлялись однимъ лицами и подлежали пользованію другихъ. Таковы, напр., имущества казенныя, городскія, монастырскія, университетскія и т. п. Чтобы согласовать эти явленія съ установившейся догматической системой, нужно сдѣлать одно изъ двухъ: либо преобразовать понятіе субъективнаго права и, слѣдовательно, передѣлать до самаго основанія всю догматическую систему, либо сознательно прибѣгнуть къ неправильной конструкціи, т. е. къ фикціи. Съ давнихъ поръ юриспруденція предпочитаетъ второй путь. Между перечисленными выше категоріями имуществъ и имуществами частныхъ лицъ имѣется существенная разница: первая не принадлежитъ никому изъ частныхъ лицъ на правѣ собственности, т. е. не имѣетъ субъекта. Сознательно игнорируя это различіе, юриспруденція считаетъ указанныя имущества тоже принадлежащими опредѣленному субъекту, но только не физическому, не дѣйствительному существу, а воображаемому, идеальному. Такъ возникла фикція юридическаго лица.

На этомъ мы прерываемъ общую характеристику пріемовъ догматики. Необходимыя дополненія и болѣе детальныя разъясненія будутъ сдѣланы отчасти въ слѣдующемъ параграфѣ, при обзорѣ литературы, отчасти въ послѣдующихъ главахъ при изслѣдованіи методовъ теоретической юриспруденціи.

§ 2.

Обзоръ литературы

Въ исторіи юриспруденціи повторяется тотъ наблюдаемый въ другихъ наукахъ фактъ, что примѣненіе научныхъ методовъ изслѣдованія предшествуетъ точной формулировкѣ ихъ. Въ теченіе цѣлыхъ вѣковъ и даже тысячелѣтій производились построеніе и классификація юридическихъ понятій, тогда какъ сущность и значеніе употребляемыхъ при этомъ логическихъ пріемовъ сознаны вполнѣ только въ недавнее сравнительно время. Уже римскіе юристы (чтобы не восходить къ еще болѣе отдаленной древности) занимались выведеніемъ общихъ принциповъ (regulae juris)[1]) построеніемъ юридическихъ понятій, дефиниціей и классификаціей ихъ[2]). Но никакихъ методологическихъ указаній, за исключеніемъ правилъ толкованія, которыя были приведены нами въ своемъ мѣстѣ, и знаменитаго изреченія Яволена относительно опасности опредѣленій[3]), мы въ источникахъ римскаго права

---

[1]) Съ этого началась и въ Римѣ научная разработка права Но, сообразно особому положенію римскихъ юристовъ, юридическіе принципы создавались ими не путемъ простого обобщенія нормъ *Iors*, Romische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, 1888, 292: «Aus der Menge der Falle, welche zur Begutachtung vorlagen und Gegenstand der juristischen Dispositionen waren, aus der Mannigfaltigkeit der Klag— und Geschaftsformeln zog man die gemeinsamen und verwandten Gesichtspunkte hervor und sprach sie in der Form einer kurzgefassten Regel aus» Ср. *Lang*, 262–266.

[2]) *Iors*, 5: «Die republikanische Jurisprudenz gipfelt in der Schopfug der Rechtsbegriffe. Die Kategorien des Kaufes, der Miete, des Darlehns u. s. w. sind von ihr festgestellt». *Leist*, Versuch einer Geschichte der Romischen Rechtssysteme, 1850, 78: «Wir sind in neueren Zeit gewohnt worden, das Recht unter allgemeine systematisch genau gegliederte Begriffe und Kategorien zu bringen, und es haben sich unter uns die Haupttheile des Privatrechts, trotz aller Verschiedenheiten im Einzelnen, zu festen Klassen geordnet Dieses unser System trifft nun im grossen Ganzen mit der Reihenfolge, welche die Iustinianeischen Pandekten nnd früher das Pratorische Edict darbieten, zusammen». Общая характеристика и оцѣнка научной дѣятельности римскихъ юристовъ могутъ быть сдѣланы только послѣ изслѣдованія задачъ и методовъ теоретической юриспруденціи.

[3]) Omnis definitio in jure civili periculosa est». L. 202 D de reg. jur. (50,17). На первый взглядъ представляется страннымъ, что подобное ненаучное

не находимъ. Дѣятельность средневѣковой юриспруденціи заключалась въ усвоеніи того наслѣдія, которое было оставлено въ области права римлянами Такъ какъ Corpus juris, представляющій собою въ сущности хрестоматію изъ сочиненій римскихъ юристовъ, запечатлѣнъ научнымъ характеромъ, то «простое занятіе какой-либо частью этого законодательства, хотя бы даже съ цѣлью самаго поверхностнаго уразумѣнія ея, необходимо и неизбѣжно составляетъ научную дѣятельность» [4]). Средневѣковые юристы обратились прежде всего къ интерпретаціи и комментированію источниковъ римскаго права. Ихъ сочиненія представляли собою разные виды и ступени комментаріевъ, начиная съ пояснительныхъ замѣчаній (глоссъ) къ отдѣльнымъ словамъ, фразамъ, отдѣламъ и кончая изложеніями цѣлыхъ ученій [5]). Въ такомъ же духѣ продолжали изученіе римскаго права глоссаторы, сочиненія которыхъ носятъ преимущественно экзегетическій характеръ. Однако встрѣчаются уже попытки болѣе или менѣе самостоятельной догматической переработки заключающагося въ Corpus juris матеріала [6]). Еще больше такихъ попытокъ оставила школа постглоссаторовъ [7]). Такимъ

мнѣніе могло быть высказано однимъ изъ видныхъ представителей римской юриспруденціи, дѣятельность которой состояла именно въ установленіи и опредѣленіи юридическихъ понятій Объясняется это особымъ положеніемъ, въ которомъ находились римскіе юристы · матеріаломъ для выработки юридическихъ понятій служили имъ не нормы права, сравнительно стойкія и опредѣленныя, а жизненныя, отношенія, подвижныя, измѣнчивыя и чрезвычайно сложныя.

[4]) *Fitting*, Die Anfange der Rechtsschule zu Bologna, 1888, 68.

[5]) Замѣчательнѣйшими обращиками послѣдняго рода сочиненій служатъ: *Petri* Exceptiones Legum Romanarum, X—XI в. (трактующія въ 4 книгахъ о личныхъ правахъ, договорахъ, правонарушеніяхъ и процессѣ, и напечатанныя въ приложеніи ко 2 тому соч. *Savigny*, Geschichte des rom. R im Mittelalter, 2 Ausg.) и Brachylogus juris civilis начала XII в.

[6]) Первою изъ нихъ является, по мнѣнію Savigny (l. c., IV, 269), монографія Плацентина De varietate actionum (XII в.). О другихъ см. *Savigny*, ib. V, 231, 242. Научное значеніе ихъ, конечно, не особенно велико *Landsberg*, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum, 1883, 49: «Wenn einmal eine derartige Abhandlug sich findet, so tragt dieselbe meist das echt scholastische Kleid der Distinction».

[7]) *Savigny*, VI, 469.

образомъ, матеріалъ для методологическихъ выводовъ имѣлся не только въ сохранившихся отрывкахъ сочиненій римскихъ юристовъ, но и въ самой средневѣковой литературѣ И, дѣйствительно, нѣкоторые ученые того времени начали заниматься вопросомъ о способѣ изученія права (de modo studendi), но при ближайшемъ изслѣдованіи оказывается, что они подъ «изученіемъ» понимали не столько научную разработку, сколько усвоеніе римскаго права и пріемы преподаванія его [8]). Другими словами, изученіе права разсматривалось ими не съ методологической, а съ педагогической точки зрѣнія [9]).

Нисколько не содѣйствовали уясненію пріемовъ догматики и методологическія сочиненія послѣдующаго времени, либо преслѣдовавшія опять-таки дидактическія задачи [10]), либо стремившіяся къ преобразованію юридическаго метода [11]) Словомъ, если

---

[8]) Одно изъ первыхъ по времени методологическихъ сочиненій *Iohannis Iacobi Canis* De modo studendi in jure libellus (herausg. v. Pescatore, 1889). Авторъ этой книжки даетъ приступающему къ изученію права студенту рядъ совѣтовъ относительно образа жизни и способа изученія права Эти совѣты касаются даже гигіены: de vitanda cibi potusque frequentia, de vitanda venere, de ira et iocis fugiendis Между прочимъ, затрагиваются и вопросы преподаванія (quod jus sit docendum prius, qualiter sit docendum jus civile secundum ipsas leges etc). Такимъ же характеромъ отличаются и другія методологическія сочиненія той эпохи. *Savigny*, ib., III, 538–539.

[9]) Любопытно отмѣтить, что смѣшеніе этихъ двухъ точекъ зрѣнія встрѣчается у писателей-юристовъ и въ настоящее время. *Gareis*, Encyclopadie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 1900 (2 Aufl), 187: «Unter der Methodologie der Rechtswissenschaft ist die Lehre von der Art und Weise des Studiums und des Unterrichts in dieser Wissenschaft zu verstehen, sie wird auch juristische Hodegetik genannt»,

[10]) Таковы, напр., *Claudii Cantiunculae* De ratione studii legalis, *Christ. Hegendorfini*, De compendiaria discendi jura civilia ratione, *Fr. Duareni*, De ratione docendi discendique juris epistola, и др., напечатанныя въ приложеніи къ *Conr. Lagi* Methodica juris utriiusque traditio, Lugd, 1682. О методологической литературѣ до XVII в.: *Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I B. I Abth., 1880, 241 ff.

[11]) Такъ, Raimundus Lullus (XIII в.) пытался реформировать всѣ науки, въ томъ числѣ и юриспруденцію, при помощи изобрѣтеннаго имъ «великаго искусства» (ars magna), заключавшагося въ разрѣшеніи научныхъ во-

не считать отрывочныхъ замѣчаній, встрѣчаемыхъ у нѣкоторыхъ писателей [12]), то нельзя будетъ не признать, что правильная постановка и обстоятельное изслѣдованіе вопроса о пріемахъ юридической догматики составляютъ заслугу Рудольфа Іеринга, который въ своей «теоріи юридической техники», входящей въ составъ второго тома «Духа римскаго права», впервые далъ полный очеркъ догматической методологіи Исходныя положенія и главные выводы Іеринга заключаются въ слѣдующемъ.

Объективное право существуетъ для того, чтобы примѣняться къ жизни. Эта функція выполняется правомъ наилучшимъ образомъ въ томъ случаѣ, когда примѣненіе его можетъ быть производимо легко и быстро Задача юридической техники (догматики) состоитъ именно въ томъ, чтобы придать дѣйствующему праву такую внѣшнюю форму, которая упростила бы и облегчила процессъ примѣненія юридическихъ нормъ. Этой цѣли юридическая техника достигаетъ посредствомъ количественнаго и качественнаго упрощенія матеріала права. Количественное упрощеніе заключается въ уменьшеніи массы этого матеріала безъ измѣненія его состава Оно опредѣляется *закономъ бережливости*: наивозможно меньшимъ выразить наивозможно большее [14]) При немъ употребляются слѣдующіе пріемы: 1) юридическій анализъ, 2) логическая концентрація матеріала, 3) систематическое рас-

---

просовъ посредствомъ комбинацій нѣсколькихъ общихъ понятій, комбинацій, совершаемыхъ почти механически и изображаемыхъ геометрическими фигурами. Отрывки изъ его сочиненій приведены у Савиньи (ib., V, 640—645). О немъ: *Savigny*, ib ,V, K. XLVI; *Коркуновъ*, Исторія философіи права, 1898, 107—108. Реформаторскія цѣли преслѣдовалъ и знаменитый трактатъ Лейбница: Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae. Содержаніе этого сочиненія подробно изложено *Стояновымъ* (стр. 164 и сл.).

[12]) У Лейбница (*Стояновъ*, 160—161, 165—167), Гейнекція (*Стояновъ*, 205—206), Мюленбруха (Pand. I, § 15), Безелера (System des deut. Priv. r. 1847, I, §§ 12, 15), Савиньи и др.

[13]) Это призналъ такой знатокъ цивилистической литературы, какъ Виндшейдъ (Pand. § 24, Anm 2: «... erster Versuch der Begründung einer Technik des Rechts»).

[14]) Іерингъ не поясняетъ, что его «законъ бережливости» ничто иное, какъ общій принципъ политической экономіи: съ наименьшимъ трудомъ достигнуть наибольшаго результата.

предѣленіе его и 4) юридическая терминологія. Качественное упрощеніе придаетъ праву внутренній порядокъ, симметрію, единство и совершается при помощи юридической конструкціи.

Юридическій анализъ заключается въ разложеніи, раздѣленіи матеріала права на составные элементы и въ выдѣленіи посредствомъ абстракціи тѣхъ изъ нихъ, которые общи многимъ юридическимъ явленіямъ Въ результатѣ получаются двѣ категоріи элементовъ конкретные, или самостоятельные (каковы: купля, сервитутъ, завѣщаніе), и абстрактные, или несамостоятельные (напр , ошибка, ничтожность, просрочка). Первые образуютъ отдѣльныя спеціальныя правоотношенія, могущія существовать независимо отъ вторыхъ; вторые же, наоборотъ, не имѣютъ самостоятельнаго существованія, а всегда связаны съ первыми. Всѣ эти элементы вмѣстѣ могутъ быть названы юридическимъ алфавитомъ, ибо всѣ юридическія отношенія являются разнообразными комбинаціями ихъ подобно тому, какъ слова представляютъ собою сочетаніе буквъ Продолжая это сравненіе, вполнѣ соотвѣтственно уподобить самостоятельные юридическіе элементы гласнымъ буквамъ, а несамостоятельные согласнымъ

Логическая концентрація — не специфически юридическая, а общая логическая операція — абстракція принципа изъ данныхъ частныхъ случаевъ, подстановка новой, болѣе интенсивной формы выраженія. Выведенный принципъ становится, въ свою очередь, источникомъ новыхъ нормъ, каковыми являются его логическія слѣдствія, еще не облеченныя въ форму самостоятельныхъ нормъ. Наибольшія трудности при отысканіи принципа возникаютъ тогда, когда законодатель не провелъ его послѣдовательно. Въ такомъ случаѣ приходится рѣшить, имѣемъ ли мы дѣло съ принципомъ и изъятіями изъ него или съ двумя перекрещивающимися принципами. Бываетъ также, что норма имѣетъ видъ изъятія, которымъ она въ дѣйствительности не является, и которое можетъ быть устранено болѣе точной формулировкой принципа.

Систематическое распредѣленіе матеріала права достигается путемъ научной классификаціи его. Оно имѣетъ громадное значеніе, такъ какъ показываетъ, что представляетъ собою каждое отдѣльное понятіе, и въ какой связи находится оно со всѣмъ организмомъ науки. Система это — родословное дерево понятій.

Въ самой прозрачной формѣ она заключаетъ въ себѣ такую энергію мысли, такую концентрацію богатѣйшаго содержанія на самомъ незначительномъ пространствѣ, съ какими не можетъ сравниться ничто другое Классификація юридическаго матеріала имѣетъ не только формальное, чисто теоретическое значеніе: она является результатомъ и выраженіемъ познанія предмета. Кто неправильно классифицируетъ какой-либо предметъ, напр, причисляя птицу къ млекопитающимъ, тотъ высказываетъ объ этомъ предметѣ ложное сужденіе и впадаетъ въ ошибку, которая можетъ послужить источникомъ безчисленныхъ другихъ ошибокъ

Терминологія содѣйствуетъ точности, правильности и быстротѣ умственныхъ операцій. Одно техническое названіе замѣняетъ иногда сотни словъ, которыя нужно было бы употребить, чтобы вполнѣ выяснить и опредѣлить данное понятіе

Юридическая конструкція, въ отличіе отъ только что указанныхъ пріемовъ, имѣетъ цѣлью не количественное, а качественное упрощеніе законодательнаго матеріала, именно превращеніе юридическихъ нормъ въ юридическія понятія. Право первоначально проявляется въ повелительной формѣ, т. е въ видѣ приказаній и запрещеній, изъ которыхъ болѣе общія называются юридическими принципами, а болѣе спеціальныя, частныя — юридическими правилами, положеніями Это—исторически болѣе ранняя, первая, низшая форма права. Пока юриспруденція оставляетъ ее неприкосновенной, до тѣхъ поръ сама является *низшей*, сводясь къ простому толкованію нормъ. Она переходитъ на высшую ступень и становится наукой въ тотъ моментъ, когда начинаетъ перерабатывать матеріалъ права. «Законодатель можетъ ограничиваться выраженіемъ своихъ требованій въ первоначальной, непосредственно практической формѣ, но задача науки состоитъ не столько въ томъ, чтобы истолковать ихъ и привести въ порядокъ, но и въ томъ, чтобы преобразовать ихъ въ логическіе моменты системы. Законодатель даетъ намъ, такъ сказать, сложныя тѣла, которыя интересуютъ его только со стороны полезности; наука же, наоборотъ, подвергаетъ ихъ анализу и разлагаетъ на простыя тѣла. Результатомъ этого является то, что наука вмѣсто безконечной массы разнообразнѣйшихъ нормъ получаетъ легко обозримое число простыхъ тѣлъ, изъ которыхъ она, по желанію, снова можетъ составить отдѣльныя

нормы. Польза не ограничивается тутъ такимъ упрощеніемъ... Посредствомъ комбинаціи различныхъ элементовъ наука можетъ создавать новыя понятія и нормы; понятія обладаютъ производительной силой: они соединяются и образуютъ новыя» [15]).

Прервемъ на минуту изложеніе взглядовъ Іеринга. До сихъ поръ онъ стоитъ на правильномъ пути, и его теорія юридической техники отличается отъ сдѣланнаго въ предыдущемъ параграфѣ очерка догматическихъ пріемовъ только неполнотой и своеобразной терминологіей Такъ, говоря о построеніи юридическихъ понятій посредствомъ анализа и абстракціи, Іерингъ не упоминаетъ о синтезѣ и детерминаціи, а то, что онъ называетъ логической концентраціей, представляетъ собою индукцію и редукцію принциповъ. Объясняется все это, какъ справедливо замѣтилъ проф. Коркуновъ, тѣмъ обстоятельствомъ, что въ логическихъ трактатахъ того времени, когда Іерингъ писалъ свое сочиненіе, методологическіе вопросы излагались очень неполно и односторонне [16]). Тѣмъ не менѣе по существу Іерингъ держится пока строго научной почвы.

Но онъ на этомъ не останавливается. По его мнѣнію, юридическая конструкція не можетъ состоять только въ построеніи и классификаціи юридическихъ понятій: она, сверхъ того, должна объективировать ихъ и разсматривать, какъ дѣйствительно существующія, реальныя тѣла, или организмы, которыя рождаются, живутъ, дѣйствуютъ, претерпѣваютъ измѣненія, умираютъ. Выведя изъ нормъ какое-либо понятіе, напр., понятіе права собственности или иска, юристъ воображаетъ его реальнымъ существомъ, особымъ юридическимъ тѣломъ, и изслѣдуетъ, какъ оно возникаетъ, какими свойствами обладаетъ, въ какихъ отношеніяхъ находится къ другимъ юридическимъ тѣламъ, при какихъ условіяхъ прекращаетъ свое существованіе и т. д. Благодаря такому пріему, все право, по словамъ Іеринга, является уже «не системой положеній, идей, а совокупностью юридическихъ *организмовъ* (Existenzen), такъ сказать, живыхъ существъ, служебныхъ духовъ. Мы желаемъ удержать понятіе *юридическій организмъ*, такъ

[15]) *Geist*, I, 39—40 (§ 3).

[16]) *Коркуновъ*, Сборникъ статей, 58—59.

какъ оно самое простое и самое естественное Всякій такой организмъ обладаетъ своими особыми свойствами, формой и природой, въ силу которыхъ онъ способенъ производить извѣстныя дѣйствія Поэтому задача наша въ отношеніи къ нему получаетъ характеръ *естественно-историческаго изслѣдованія.* Мы, на основаніи свойствъ и силъ этихъ организмовъ, опредѣляемъ способъ ихъ происхожденія, всевозможныя ихъ положенія и состоянія, вліяніе, производимое на нихъ послѣдними, метаморфозы, къ которымъ они способны, отношеніе ихъ къ другимъ юридическимъ величинамъ, связи и конфликты, въ которые они приходятъ съ ними, затѣмъ на почвѣ этихъ предварительныхъ изслѣдованій выражаемъ въ одномъ понятіи, какъ въ логическомъ фокусѣ, природу, ихъ юридическую индивидуальность и, наконецъ, приводимъ всю совокупность юридическихъ организмовъ въ одну систему подобно тому, какъ естествоиспытатель классифицируетъ свои естественно-историческіе объекты. Задача естественно-историческаго изслѣдованія переплетается такимъ образомъ съ художественнымъ творчествомъ, потому что мы же сами создаемъ тѣ объекты, природу и сущность которыхъ опредѣляемъ. Конечно, матеріалъ для нашего творчества данъ, но то, что мы дѣлаемъ изъ него, составляетъ въ дѣйствительности нашу собственную продукцію, такъ какъ мы не только сообщаемъ другой порядокъ этому матеріалу, но и специфицируемъ его,—конструируемъ изъ него специфически юридическія тѣла» [17]).

Первая задача при изученіи юридическихъ тѣлъ, какъ и всякихъ иныхъ, состоитъ въ томъ, чтобы узнать, что именно представляетъ собою данное тѣло, т. е. является ли оно самостоятельнымъ или можетъ быть сведено къ другимъ Съ этою цѣлью нужно установить *понятіе* даннаго тѣла, такъ какъ понятіе содержитъ въ себѣ логическую квинтъ-эссенцію тѣла, его внутреннее ядро, въ которомъ заключена вся его сила Установивъ понятіе, нужно формулировать его словами, т. е опредѣлить. Правильное опредѣленіе должно выражать не второстепенныя свойства тѣла, а его внутреннее строеніе, его аналитическіе моменты, каковыми у юридическихъ тѣлъ являются: субъектъ, содержаніе, дѣйствіе, искъ. Главнымъ предметомъ юриди-

[17]) *Іеринъ*, Задача современной юриспруденціи, 539—540.

ческихъ опредѣленій служатъ субъективныя права, и при опредѣленіи понятія каждаго изъ нихъ нужно изслѣдовать, кто является его субъектомъ, въ чемъ состоитъ его объектъ, въ какомъ отношеніи находятся они другъ къ другу и къ содержанію права и т. д. Далѣе, установивъ сущность (понятіе) юридическаго тѣла, необходимо обратиться къ изученію его свойствъ. Субъективныя права, напр., могутъ быть дѣлимыми и недѣлимыми, отчуждаемыми и неотчуждаемыми, упругими и т. д Затѣмъ, подлежатъ изслѣдованію явленія, въ которыхъ проявляется жизнь юридическихъ тѣлъ (способы ихъ возникновенія и уничтоженія, возрожденіе. метаморфозы и пр) и отношенія къ другимъ тѣламъ (совмѣстимость и несовмѣстимость, стеченіе, коллизія и др) Окончательнымъ результатомъ естественно-историческаго метода является систематическая классификація, или система юридическихъ тѣлъ

Охарактеризовавъ юридическую конструкцію, Іерингъ обращается къ изслѣдованію правилъ ея примѣненія или, какъ онъ выражается, ея *законовъ*. Первымъ изъ нихъ является «законъ покрытія положительнаго матеріала», заключающійся въ томъ, что юридическія понятія должны обнимать и выражать содержаніе всѣхъ нормъ, которыя имѣютъ отношеніе къ данному предмету. При этомъ догматику не слѣдуетъ стѣсняться установленными самимъ законодателемъ конструкціями, такъ какъ законодатель, занимаясь конструкціями, выходитъ изъ сферы своей дѣятельности, слагаетъ съ себя свой верховный авторитетъ и становится на одну линію съ обыкновеннымъ юристомъ, мнѣнія котораго подлежатъ свободной критикѣ и исправленію Второй законъ юридической конструкціи, это—«законъ непротиворѣчія или систематическаго единства». Согласно ему, юридическія понятія должны находиться въ полной гармоніи съ прочими понятіями и принципами права. Это требованіе можно выразить еще въ другой формѣ: наука не должна создавать ничего *юридически невозможнаго*. Но послѣднее понятіе относительно; оно мѣняется въ зависимости отъ измѣненія самихъ юридическихъ понятій. То, что римлянамъ казалось бы невозможнымъ (напр , обязательства на предъявителя, бланковыя надписи и др.), теперь считается вполнѣ естественнымъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда возникаетъ новое юридическое явленіе, противорѣчащее выра-

ботанной системѣ понятій, предъ юриспруденціей открывается слѣдующая альтернатива: либо существующая система должна приспособиться къ новому, либо новое—къ системѣ, т е либо установившіяся понятія и принципы должны подвергнуться измѣненію, чтобы принять въ себя новое, либо послѣднее должно быть приведено въ такой видъ, чтобы могло гармонировать съ системой. Второй путь — ближайшій, и къ нему прежде всего слѣдуетъ обращаться юристу, чтобы безъ крайней надобности не расшатывать зданія науки и не подрывать ея фундамента. Но искусство приспособленія новаго къ старому имѣетъ свои предѣлы, которые, впрочемъ, опредѣляются больше чувствомъ мѣры, нежели объективнымъ масштабомъ. Примиряющія конструкціи, которыя въ одну эпоху кажутся вполнѣ естественными, въ другую — производятъ впечатлѣніе фальши и натянутости. Остается еще третій законъ: *юридической красоты* Онъ требуетъ, чтобы изъ нѣсколькихъ одинаково удовлетворяющихъ двумъ первымъ законамъ конструкцій предпочтеніе отдавалось той, которая проще, нагляднѣе, естественнѣе, понятнѣе.

Изложивъ пріемы юридической конструкціи, Іерингъ слѣдующимъ образомъ резюмируетъ ея общее значеніе. Она превращаетъ совокупность нормъ въ систему понятій, которая обладаетъ цѣлымъ рядомъ преимуществъ Во-первыхъ, система придаетъ матеріалу самую наглядную форму, такъ какъ слагается изъ отдѣльныхъ, распредѣленныхъ по группамъ, пластично закругленныхъ тѣлъ, обладающихъ особою физіономіей, особой индивидуальностью. Вслѣдствіе постояннаго общенія съ ними юристъ научается безъ труда различать ихъ въ какихъ бы формахъ и комбинаціяхъ они ему ни попадались. Во-вторыхъ, система—наиболѣе удобная, ибо самая краткая, сконцентрированная форма матеріала. Въ-третьихъ, она—самая понятная, прозрачная форма. Въ ней выступаютъ наружу вся полнота содержанія матеріала, всѣ отношенія между его частями, самыя тонкія черты сходства и различія между ними. Наконецъ, въ-четвертыхъ, система является неизсякаемымъ источникомъ новаго матеріала. Разъ юристомъ усвоено представленіе о юридическомъ тѣлѣ, обладающемъ индивидуальной жизнью, то онъ долженъ оставаться вѣренъ этому представленію и въ тѣхъ случаяхъ, когда не имѣетъ опоры въ матеріалѣ нормъ. Другими словами, онъ восполняетъ пробѣлы права, исходя частью изъ природы и «вну-

тренней діалектики» отдѣльныхъ тѣлъ, частью же изъ общихъ логическихъ аксіомъ. Примѣры такого творчества въ изобиліи даютъ намъ римскіе юристы, установившіе много юридическихъ понятій, не имѣя подъ собою почвы въ положительномъ правѣ. Такъ напр, никакой законъ не касался вопросовъ о дѣлимости и недѣлимости сервитутовъ, залога и пр., о спецификаціи и приращеніи. Все это—плоды научной работы, добытые при помощи *юридическаго умозрѣнія*. Матеріаломъ изъ котораго были построены ученія о спецификаціи и приращеніи, послужило логическое понятіе тождества, примѣненное къ видоизмѣненіямъ вещей.

Такова развитая Іерингомъ теорія юридической конструкціи, или естественно-историческаго метода въ юриспруденціи.

Рѣдко можно встрѣтить болѣе пестрое сочетаніе истины и заблужденія, безусловно правильныхъ, глубокихъ и остроумныхъ замѣчаній, съ грубыми и очевидными недоразумѣніями. Все, что Іерингъ говоритъ относительно построенія, опредѣленія и классификаціи юридическихъ понятій изъ положительно-правового матеріала, относительно правилъ, которыми слѣдуетъ при этомъ руководствоваться (или, по его терминологіи, законовъ юридической конструкціи), относительно значенія и пользы научной системы, все это вполнѣ вѣрно и служитъ доказательствомъ, что Іерингъ сумѣлъ самостоятельно, не опираясь на спеціальные трактаты по логикѣ, проникнуть въ самую сущность научныхъ методовъ и рельефно выставить на видъ ихъ значеніе. Съ другой стороны, предлагаемыя Іерингомъ объективированіе и одухотвореніе юридическихъ понятій вмѣстѣ со всѣми его разсужденіями о жизни, дѣятельности и свойствахъ юридическихъ тѣлъ, или организмовъ, представляютъ собою печальное заблужденіе великаго ума, сознательно покинувшаго научную почву съ цѣлью забраться въ дебри самой примитивной, схоластической метафизики. Объективировать отвлеченныя понятія, выражающія свойства реальныхъ явленій, превращать ихъ въ сущности и считать причинами явленій, которыя послужили матеріаломъ для ихъ построенія, всегда было свойственно метафизическому направленію, метафизическому методу [18]). Для метафизика явленія

[18]) *Comte*, Cours de philosophie positive, II, 1835, 446—447: «Le caractère fondamental des conceptions métaphysiques est d'envisager les phénomènes

реальнаго міра представляютъ результатъ дѣятельности этихъ сущностей, или субстанцій, такъ что «подъ протяженнымъ, осязаемымъ и видимымъ міромъ находится невидимый, неощутимый и безтѣлесный міръ, которымъ производится и поддерживается первый» [19]). Всѣ науки прошли черезъ такой метафизическій фазисъ развитія: не такъ давно еще химія объясняла горѣніе дѣйствіемъ особаго «огневого начала» (флогистона), а свойства кислотъ — присутствіемъ въ нихъ «кислотнаго начала» (acidum universale); физіологи трактовали о жизненной силѣ, психологи — о духовной субстанціи (психеѣ) и т. д Все это уже оставлено науками, которыя, не обманывая себя вымыслами и призраками, вступили на путь изслѣдованія реальныхъ явленій и открытія ихъ реальныхъ причинъ И вотъ то, что у нихъ было просто слѣдствіемъ недостаточнаго ихъ развитія, Іерингъ считалъ нужнымъ искусственнымъ образомъ привить юриспруденціи

Однако самъ Іерингъ впослѣдствіи сознаѣъ ложность и опасность этого направленія, въ которомъ усматривалъ высшее призваніе и «всю привлекательность юриспруденціи для ума» [20]), и самъ же подвергъ его критикѣ и осмѣянію подъ именемъ «юриспруденціи понятій» и «юридической схоластики» [21]). Онъ указалъ, что плодомъ примѣненія его «естественно-историческаго метода» является своеобразный юридическій фетишизмъ, аналогичный «тому воспѣтому Шиллеромъ въ «Богахъ Греціи» состоянію, когда всѣ предметы, которые представляются намъ частями неодушевленной природы, были обитаемы божественными существами» [22]). Вмѣстѣ съ тѣмъ Іерингъ призналъ, что

---

indépendamment des corps qui nous les manifestent, d'attribuer aux propriétés de chaque substance une existence distincte de la sienne». Ср *Comte*, b, I,3 ss., *Милль*, Система логики, II, 312—313

[19]) *Тэнъ*, Французская философія первой половины XIX в., 1896, 9. Ср *Іерингъ*, Задача современной юриспруденціи, 542: «Рѣчь здѣсь идетъ о творчествѣ цѣлаго міра изъ чистаго духовнаго матеріала.. Мысль не-юриста не поднимается выше бытія низшаго и субстанціальнаго міра, созданнаго изъ положительнаго матеріала, и не подозрѣваетъ о существованіи идеальнаго, скрытаго отъ него художественнаго созданія».

[20]) *Geist*, II, I, 361.

[21]) *Ihering*, Scherz und Ernst in der Iurisprudenz, 2 Aufl., 1885, 338.

[22]) Scherz und Ernst, 12.

юридическія понятія не имѣютъ значенія постоянныхъ и неизмѣнныхъ логическихъ истинъ, а, служа только сконцентрированной формой положительно-правовыхъ нормъ, возникаютъ, измѣняются и уничтожаются вслѣдъ за нормами [23]). По той же причинѣ не могутъ притязать на безусловную обязательность логическія послѣдствія, которыя извлекаются изъ понятій [24]).

На самомъ дѣлѣ никакой рѣшительной надобности въ «естественно-историческомъ методѣ» Іеринга юриспруденція не имѣетъ. Объективированіе и одухотвореніе юридическихъ понятій не увеличиваетъ капитала науки ни на одну іоту Понятія состоятъ изъ элементовъ, которые добываются посредствомъ анализа изъ матеріала нормъ. Эти элементы остаются неизмѣнными, все равно, будемъ ли мы считать понятія тѣмъ, что они собой представляютъ, т е. умственными явленіями, или же олицетворимъ ихъ и станемъ усматривать въ нихъ реальныя тѣла.

Ошибка Іеринга проистекала, несомнѣнно, изъ двоякаго источника. Съ одной стороны, онъ сознательно или невольно подчинился вліянію господствовавшей въ то время философіи Гегеля [25]), откуда позаимствовалъ даже терминъ «діалектика понятія» [26]) Съ другой стороны, его ввелъ въ заблужденіе образный стиль, который примѣняли римскіе юристы, отчасти стремясь къ наглядности, пластичности рѣчи, отчасти побуждаемые бѣдностью языка [27]) Ихъ метафоры, уподобленія, символическія выраженія, олицетворенія Іерингъ принялъ за чистую монету и понялъ въ буквальномъ смыслѣ Это доказывается прямо тѣмъ, что своей «теоріи юридическихъ тѣлъ» онъ предпослалъ «мате-

---

[23]) Ib., 344.

[24]) Ib., 344—347

[25]) *Коркуновъ*, Исторія философіи права, 1898, 483. *Kuntze*, Wendepunkt, 51 — 52. Послѣдній авторъ усматриваетъ здѣсь еще проявленіе національнаго германскаго характера: «Es ist ein deutscher Charakterzug, die ungeformten Stoffe des Geistes mit lebendiger Trieb—und Gestaltungskraft zu durchdringen...» (101). По этому поводу *Pfersche* замѣчаетъ: «Glücklicherweise hat der deutsche Geist sich von diesen Phantastereien, von «diesem intellectuellen Reflex des gothischen Stils» bereits grundlich erholt» (54, Anm. 1).

[26]) *Geist*, III, I, 388; Задача, 547.

[27]) *Lang*, 236.

ріалъ, которымъ читатель можетъ воспользоваться для дальнѣйшаго изложенія», и который состоитъ изъ ряда мѣстъ источниковъ римскаго права, гдѣ говорится о *природѣ* (natura), *сущности* (substantia), *силѣ* (potestas), *состояніи* (status) разныхъ юридическихъ понятій (обязательствъ, сервитутовъ, исковъ и пр.)[28]. Подобные же обороты рѣчи встрѣчаются и у юристовъ новаго времени, и это обстоятельство дало Іерингу основаніе утверждать, лишь будто онъ не создалъ, а «послѣдовательно развилъ» теорію естественно-историческаго метода[29]. На самомъ дѣлѣ онъ возвелъ литературный стиль, манеру выражаться на степень научнаго метода, что̀ равносильно созданію послѣдняго[30].

---

[28]) Geist, II, I, 362, Anm 507. У римскихъ юристовъ встрѣчаются еще болѣе рельефныя и смѣлыя метафоры: искъ рождается, участокъ служитъ участку, обязательство умираетъ и т. п. *Kuntze*. Wendepunkt, 74—75; *Lang*, 235 ff.

[29]) Въ доказательство онъ приводитъ фразу Савиньи: «Понятія были для римскихъ юристовъ настоящими существами, съ жизнью и генеалогіей которыхъ они ознакомились, благодаря постоянному близкому общенію съ ними» Geist, II, II, § 41, Anm. 506. Но и эта (единственная у Савиньи) фраза показываетъ только, что Савиньи подмѣтилъ склонность римскихъ юристовъ къ образному, пластичному стилю.

[30]) Любопытно справиться, какой пріемъ встрѣтилъ «естественно-историческій методъ» Іеринга въ нѣмецкой литературѣ Одни ученые не хотѣли даже вѣрить, что Іерингъ говоритъ серьезно (*Kuntze*, Wendepunkt, 59: «Gewiss will Ihering dies nicht im Ernst»), другіе сочли прямо непонятнымъ, какимъ образомъ могло найти послѣдователей воззрѣніе, основанное на такой очевидной логической ошибкѣ (*Pfersche*, 52: «.. man konnte es unglaublich finden, dass wirklich eine unmittelbar auf einen so handgreiflichen logischen Fehler sich aufbauende Ansicht mehr als ein Menschenalter die Arbeiten eines ernsten Wissenszweiges beherrschen konnte»); третьи просто констатировали «тягостное впечатлѣніе», произведенное на нихъ теоріей Іеринга, отъ которой отдаетъ безцѣльной схоластикой (*Kohler*, Windscheid und Ihering (Zukunft, 1893, № 17, 113): Die Darstellung vom Korper und der Korpereigenschaften des Rechts macht einen peinlichen Eindruck». *Merkel*, R. v. Ihering, 1893, 9: «Seine Darstellung der Konstruktion ist einseitig, weil die Bedingungen, unter welchen die konstruktive Thatigkeit wirklich fruchtbar zu sein verheisst, und die Grenzen, welche sie von unfruchtbarer Scholastik scheiden, darin—wenigstens gilt dies von der Abhandlung in den Jahrbuchern—nicht hervortreten»); четвертые просто указали, что Іерингъ принялъ мысли за тѣлесные предметы (*Brinz*, въ рецензіи на соч. Іеринга, стр 28 и сл.), и что выра-

Отрицая за естественно-историческимъ методомъ Іеринга всякое научное значеніе, нельзя однако не признать его полезнымъ въ дидактическомъ, педагогическомъ отношеніи Употребленіе метафоръ, сравненій, олицетвореній и другихъ стилистическихъ оборотовъ, украшающихъ и оживляющихъ сухую, отвлеченную юридическую рѣчь, сообщаетъ ей наглядность и пластичность, которыя значительно облегчаютъ пониманіе и усвоеніе догматическаго матеріала. Конечно, такое значеніе имѣетъ стиль не только въ юриспруденціи, но и во всякой иной наукѣ [29]). Съ нимъ сходны въ этомъ отношеніи другіе, болѣе искусственные пріемы, употребляемые съ цѣлью облегчить изученіе дѣйствующаго права, каковы, напр., изложеніе кодексовъ въ стихахъ или въ формѣ пословицъ и поговорокъ [32]).

Мы отвели такъ много мѣста разсмотрѣнію методологическаго ученія Іеринга потому, что оно является первой и по настоящее время самой полной и обстоятельной изъ существующихъ въ западно-европейской литературѣ работъ относительно

женіе «юридическое тѣло» въ сущности ничто иное, какъ «образъ» (*Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschaft, 1879, 203, Anm. 157: «Hier bleibt in der That der «juristische Korper» ein Bild, das freilich zutreffend und methodisch sehr werthvoll sein mag, aber doch von unserer eigenen logischen Auffasung sofort als Bild erkannt wird»). Однако идея Іеринга о существованіи юридическихъ тѣлъ, или организмовъ, не заглохла, а была воспринята нѣкоторыми учеными и приивнена къ субъективнымъ правамъ. Особенно рельефно формулированъ этотъ взглядъ Цительманомъ (ib., 201—202: «..Wir verdichten die durch eine Reihe ihrem Inhalt nach zusammengehoriger Rechtsnormen normirte Stellung der Person zu einem subjectiven Recht; dieses subjective Recht erfassen wir nun ebenfalls vollig mit dem sinnlichen Objectsbegriff... kurz, mit all diesen Denkoperationen bringen wir eine zweite Welt nach dem Ebenbilde der natürlichen Welt hervor..»). Аналогично *Brinz*, ib. 27: «Existenzen sind die Rechte im subjectiven Sinn». По этому поводу *Schlossmann* въ рецензіи на сочиненіе Цительмана (Grünhut's Ztschr., VIII, 1880, 547 — 548, говоритъ: «Nichts geringeres, als einen mit offenen Augen zu begehenden Selbstbetrug muthet uns Zitelmann zu... Mit einer ausfuhrlichen Widerlegung wird ihnen (diesen absonderlichen Ideen) zu viel Ehre angethan»,

[31]) *Spencer*, La philosophie du style (Essais, trad. par. Burdeau, 1879, I, 327 ss).

[32]) Первое было сдѣлано, какъ извѣстно, съ Наполеоновымъ кодексомъ, второе — съ новымъ германскимъ уложеніемъ.

пріемовъ догматики. Другіе авторы либо ограничиваются бѣглыми замѣчаніями, либо касаются только отдѣльныхъ догматическихъ пріемовъ, причемъ какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ опираются въ большей или меньшей степени на изслѣдованія Іеринга. Такъ, Виндшейдъ указываетъ только, что научная обработка права состоитъ въ разложеніи сложныхъ юридическихъ понятій, составляющихъ содержаніе нормъ, на ихъ части, а этихъ частей—на болѣе простые элементы и т. д. вплоть до первоначальныхъ, простѣйшихъ элементовъ, что, благодаря этому, примѣненіе права уподобляется «счету понятій», и что сведеніе какого-либо юридическаго отношенія къ лежащимъ въ его основѣ понятіямъ называться конструкціей [33]) Столь же почти краткимъ очеркомъ довольствуется Зомъ [34]), тогда какъ другіе корифеи цивилистики (Дернбургъ, Регельсбергеръ, Гирке, Лоранъ) обходятъ вопросъ о методахъ догматики полнымъ молчаніемъ [35]) Нѣсколько подробнѣе трактуетъ о цивилистической методологіи Вундтъ, единственный изъ представителей логики, удѣлившій въ своемъ курсѣ особую главу юридической методологіи. Хотя онъ распространяется о нѣкоторыхъ вопросахъ, не имѣющихъ прямого отношенія къ методологіи, какъ-то о происхожденіи, развитіи и понятіи права, и хотя общій взглядъ его на задачи юриспруденціи [36]) не можетъ быть признанъ правильнымъ, тѣмъ не менѣе сущность пріемовъ догматики понята и

---

[33]) Paud., I, § 24.

[34]) *Solm*, Institutionen, § 8 (5 Aufl., 1894). Любопытно, что, опираясь на Іеринга, оба эти автора не упоминаютъ о необходимости объективировать юридическія понятія. Такъ же поступаютъ Вундтъ и превозносящій Іеринга *Ionge* (Ihering, 1888, 30).

[35]) Нѣсколько замѣчаній о догматикѣ даетъ въ своей «Энциклопедіи и Методологіи» Гарейсъ (§ 3), а Меркель (Iuristische Encyclopadie, 2 Aufl. 1900, § 358) отдѣлывается слѣдующей фразой: «Die systematische Bearbeitung des Rechtsinhalts ist darauf gerichtet, in einem einheitlichen Ganzen logisch verknüpfter, nach der Nahe ihrer Verwandtschaft und gemäss ihrem allgemeineren oder speziellerеn Inhalte geordneter Begriffer und Regeln jenen Inhalt in umfassender und zugleich denkbar einfachster Weise zur Anschauung zu bringen».

[36]) *Wundt*, II B., II Abth., 559: «Es ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft, die Begriffe der Zweckmassigkeit und der Gerechtigkeit in den doppelten Bedeutungen, in denen sie in der Rechtsordnung zur thatsachlichen

охарактеризована имъ вѣрно и согласно съ выводами Іеринга, на котораго Вундтъ неоднократно ссылается. Вундтъ тоже начинаетъ съ указанія, что «научная обработка права исходитъ изъ той формы, какую юридическія воззрѣнія получили въ законодательствѣ и обычномъ правѣ», т. е, изъ формы правилъ, или нормъ, имѣющихъ для юриста значеніе аксіомъ Анализируя представленія, изъ которыхъ слагается содержаніе нормъ, юристъ приходитъ къ юридическимъ опредѣленіямъ. Такимъ образомъ право изъ «этической формы императива» переливается въ «логическую форму опредѣленія», которая и образуетъ фундаментъ юриспруденціи Къ дефиниціи присоединяются затѣмъ два другихъ пріема: классификація. распредѣляющая юридическія понятія по группамъ. и дедукція, опирающаяся какъ на опредѣленія, такъ и на конкретные факты [37])

Съ другой стороны, въ иностранной литературѣ были подвергнуты болѣе или менѣе подробному разсмотрѣнію отдѣльные методологическіе вопросы. Такъ, Бринцъ въ своей обширной рецензіи на вторую часть второго тома «Духа римскаго права», отмѣтивъ рядъ мелкихъ промаховъ и неясностей въ теоріи юридической техники Іеринга, внесъ въ нее нѣсколько вѣрныхъ поправокъ. Онъ справедливо оттѣнилъ, что построеніе юридическихъ понятій является результатомъ не только анализа, но и обобщенія; что установленныя въ самомъ законѣ опредѣленія юридическихъ понятій не имѣютъ обязательной силы только въ томъ случаѣ, когда противорѣчатъ нормамъ; что юридическая конструкція сводится просто къ обыкновеннымъ пріемамъ опре-

---

Anwendung kommen, innerhalb der verschiedenen Rechtsinstitutionen in ihrem wechselseitigen Verhaltnisse und in ihren durch die socialen Zustande gegebenen Bedingungen zu verfolgen Diese Aufgabe ist in ihrer Durchführung wieder eine doppelte: eine theoretische und eine praktische. Die theoretische Aufgabe besteht in der an der Hand jener Begriffe der Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit und auf Grund der gegebenen socialen Organisationsbedingungen ausgefuhrten systematischen Interpretation der positiven Rechtsordnungen Als praktische Aufgabe schliesst sich daran die Anwendung des in diesen Ordnungen gegebenen Rechtsatze auf die einzelnen Erscheinungen der wirklichen Rechtslebens». Выходитъ, что юриспруденція занимается только интерпретаціей и примѣненіемъ права.

[37]) *Wundt*, ib, 577—585. Нѣкоторыя замѣчанія Вундта были уже приведены въ предыдущемъ параграфѣ.

дѣленія, дедукціи, абстракціи и систематизаціи [38]). Эйзеле, разсматривая «необязательное содержаніе» нормъ, отнесъ къ нему все, что является исключительно результатомъ догматической работы законодателя, именно установленныя послѣднимъ классификаціи и системы нормъ, опредѣленія понятій, юридическія конструкціи, обобщенія нормъ (regulae juris) [39]). Исходя изъ такого же взгляда, Вендтъ показалъ, что какъ въ источникахъ римскаго права, такъ и въ новомъ германскомъ уложеніи имѣется немало чисто научнаго, юридически необязательнаго матеріала [40]). Пферше, подвергнувъ критикѣ понятіе субъективнаго права, лежащее въ основѣ современныхъ догматическихъ системъ, выставилъ на видъ несостоятельность естественно-историческаго метода Іеринга Вмѣстѣ съ тѣмъ однако онъ впалъ въ противоположную крайность: изъ того, что не всѣ юридическія нормы могутъ быть преобразованы въ систему субъективныхъ правъ, онъ вывелъ, что при научной обработкѣ права нужно сохранять за нимъ его первоначальную, повелительную форму. Это—явный паралогизмъ, такъ какъ непригодность понятія субъективнаго права для построенія догматической системы не исключаетъ возможности построить ее на иномъ фундаментѣ, съ помощью другихъ понятій [41]).

Спеціальному изслѣдованію подверглись собственно только два методологическихъ пріема: построеніе юридическихъ понятій и юридическія фикціи [42]). По первому вопросу имѣются мо-

---

[38]) Krit. Vierteljahrschr. fur Gesetzgebung und Rechtswiss., II, 1860, 19, 29, 34 Другой критикъ методологической теоріи Іеринга — Шлоссманъ отнесся къ ней совершенно отрицательно, утверждая, будто задача юриспруденціи по Іерингу сводится просто къ установленію юридической терминологіи. Schlossman, der Vertrag, 1876, 242. Къ такому выводу этотъ авторъ пришелъ на основаніи разбора одного неудачнаго примѣра, которымъ Іерингъ иллюстрировалъ процессъ превращенія нормъ въ понятія.

[39]) *Eisele*, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, 39 ff. См. цитаты изъ этой интересной работы выше, на стр. 50 и 153.

[40]) *Wendt*, Rechtssatz und Dogma

[41]) *Pfersche*, 64: «Wenn wir die rechtlichen Vorschriften nicht mehr in subjektive Rechte verwandeln wollen, so werden dieselben eben ihre natürliche gebietende Form beibehalten».

[42]) Существуетъ еще сочиненіе, посвященное конструкціи (*Seitz*, Konstruktion oder Selbstentwickelung und Verfahren der Darstellung des je-

нографіи Рюмелина (1878 г.) и Эльцбахера (1900 г.). Рюмелинъ задался цѣлью выяснить сущность и значеніе юридическихъ понятій на основаніи выводовъ, къ которымъ пришла современная ему логика въ лицѣ Зигварта и Лотце. Примыкая къ Іерингу, онъ показываетъ, какъ изъ матеріала нормъ, состоящаго изъ обыденныхъ представленій, создаются юридическія понятія посредствомъ анализа, синтеза и обобщенія, и какъ они формулируются въ видѣ опредѣленій [43]). Гораздо обстоятельнѣе и полнѣе монографія Эльцбахера, состоящая изъ трехъ частей: сначала авторъ выясняетъ сущность понятій вообще и юридическихъ въ частности, затѣмъ устанавливаетъ дѣленіе послѣднихъ на три разряда и въ заключеніе примѣняетъ полученные результаты къ нѣкоторымъ юридическимъ понятіямъ. Ссылаясь на Канта, Эльцбахеръ проводитъ различіе между понятіями и идеями. По его словамъ, «предметъ есть ничто иное, какъ идея необходимой связи извѣстнаго круга воспріятій, сообразно высшей идеѣ единства воспріятія», а понятіе предмета есть такой способъ представлять его себѣ, который приближается къ идеѣ въ возможно большей для данной ступени человѣческаго познанія мѣрѣ; обыденныя же представленія о предметѣ—всякія иныя случайныя сочетанія его воспріятій [44]). Юридическія понятія отличаются отъ всѣхъ прочихъ тѣмъ, что являются понятіями о юридическихъ нормахъ, взятыхъ какъ порознь, такъ и въ совокупности, а также объ элементахъ, изъ которыхъ состоятъ нормы [45]). По своему характеру и степени общности понятія могутъ быть раздѣлены на три разряда: 1) относящіяся къ одному какому-либо правопорядку (чисто догматическія), 2) касающіяся нѣсколькихъ правопорядковъ (сравнительно догматическія) и

---

weilig positiv lebenden praktischen Rechts, 1898); но въ немъ идетъ рѣчь не о догматической конструкціи въ собственномъ смыслѣ слова, а о процессѣ констатированія и приведенія въ форму стойкихъ правилъ всей массы живого, вѣчно развивающагося права. *Seitz*, 6: «Diese realistische oder praktische Konstruktion ist nichts, als ein jeweiliges, formales Ineinklangsetzen des wirklich geschichtlichen Rechts mit dem sich bewegenden Leben seiner jeweiligen Geschichte».

[43]) *Rümelin*, Begriffsbildung, 8 ff.

[44]) *Eltzbacher*, 13, 15, 16,

[45]) Ib, 25—39.

3) имѣющія силу для всякаго правопорядка (теоретическія)[46]). Подробно характеризуя это дѣленіе юридическихъ понятій и дѣлая мимоходомъ немало вѣрныхъ замѣчаній по частнымъ вопросамъ, Эльцбахеръ, однако, совершенно не касается самаго существеннаго въ методологическомъ отношеніи пункта: пріемовъ построенія понятій

Болѣе обширна литература вопроса о юридическихъ фикціяхъ. Такъ какъ на русскомъ языкѣ имѣется уже достаточно подробная оцѣнка ея[47]), то мы ограничимся однимъ замѣчаніемъ общаго характера Несмотря на сильное гоненіе, воздвигнутое противъ догматическихъ фикцій нѣкоторыми юристами съ Бюловымъ во главѣ, послѣдующіе изслѣдователи этого вопроса все-таки остаются при томъ мнѣніи, которое было высказано раньше Бюлова Демеліусомъ и Кунце, и согласно которому фикціи могутъ быть употребляемы догматикой въ качествѣ вспомогательнаго пріема для облегченія юридическаго мышленія, т. е. для приведенія новыхъ юридическихъ явленій въ связь съ существующей системой, въ рамки которой они естественнымъ образомъ не укладываются[48]).

Методы догматики подвергались изслѣдованію и въ русской

---

[46]) Ib , 39—46.

[47]) *Дормидонтовъ*, 110—140

[48]) *Bierling*, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe, II, 1883, 86, 89—91; *Unger* (Iahrb. für Dogm., X, 9, Anm. 12), *Wendt* (ib., XXII, 307 — 308); *Holder* (Arch. f d civil. Praxis, 69, 1886, 223), *Wundt*, II, II, 571 Ср. *Demelius*, 81—82; *Шершеневичъ*, Учебникъ, 114—115. Проф. Дормидонтовъ справедливо замѣтилъ, что ни Бюлову, ни его единомышленникамъ не удалось доказать необходимость изгнанія фикцій изъ области догматической юриспруденціи (стр. 123, 136). О значеніи теоретическихъ фикцій, которыя смѣшиваются нѣкоторыми авторами (напр., Унгеромъ, Вундтомъ) съ догматическими, будетъ рѣчь при изслѣдованіи методовъ теоретической юриспруденціи. Относительно мнѣній русскихъ ученыхъ о значеніи фикцій нужно замѣтить, что Мейеръ не упоминаетъ о догматическихъ фикціяхъ, проф. Муромцевъ (О консерватизмѣ римской юриспруденціи, 1875, 97, прим. 16) думаетъ, что ихъ «слѣдуетъ вовсе исключить изъ понятія фикцій и видѣть въ нихъ одинъ изъ самостоятельныхъ родовъ аналогіи», а проф. Дормидонтовъ, повидимому, считаетъ ихъ допустимыми, хотя и не выражается на этотъ счетъ вполнѣ опредѣленно (стр. 124, 131—132, 134, 136, 140).

юридической литературѣ, которая вообще проявляла и проявляетъ большой интересъ къ методологическимъ вопросамъ. Не считая бѣглыхъ и краткихъ замѣчаній, мимоходомъ дѣлаемыхъ многими авторами [49]) относительно задачъ и пріемовъ цивилистической догматики, мы имѣемъ три общихъ методологическихъ очерка, хотя сжатыхъ, но довольно полныхъ: проф. Муромцева, Коркунова и Шершеневича.

Проф. Муромцевъ задался цѣлью выяснить вопросъ, что такое догма права, опираясь на выводы Милля и Бэна, и пришелъ къ тому результату, что основными пріемами догматики являются: описаніе (т. е описательныя опредѣленія), обобщеніе, опредѣленіе и классификація. Напротивъ, въ догматикѣ не употребляются ни дедукція, ни неполная индукція [50]) Съ этимъ мнѣніемъ однако нельзя согласиться (см. стр 221, 224 — 228, 317—321). Болѣе точно опредѣлили логическую природу пріемовъ догматики двое другихъ ученыхъ—проф. Коркуновъ и Шершеневичъ, благодаря тому, что основывались не на одномъ только, довольно одностороннемъ ученіи представителей англійской индуктивной школы, но и на имѣющихъ универсальное значеніе выводахъ такихъ корифеевъ современной логики, какъ Вундтъ и Зигвартъ. Проф. Коркуновъ ясно показалъ, что догматическое правовѣдѣніе примѣняетъ общіе пріемы научнаго изслѣдованія: анализъ, синтезъ (конструктивный), обобщеніе и классификацію. Сюда, впрочемъ, проф. Коркуновъ прибавляетъ еще «юридическую конструкцію» въ смыслѣ естественно-историческаго метода Іеринга [51]), упустивъ изъ виду, что это—чисто метафизическій, а не научный пріемъ. Этого промаха избѣжалъ проф. Шершe-

---

[49]) Напр., *Пахманомъ* въ его извѣстной рѣчи о современномъ движеніи въ наукѣ права, *Рененкампфомъ* (Энциклопедія, 240 и сл.), *Малышевымъ*, (Курсъ, стр. 17), *Гольмстеномъ*, (Юридическія изслѣдованія и статьи, 9 и сл.), *Берендтсомъ* (О методѣ, 286 и сл.), *Петражицкимъ* (во многихъ мѣстахъ его сочиненій), *Дыновскимъ* (Задачи цивилистическаго образованія и значеніе его для гражданскаго правосудія, 1896), *Мартенсономъ* (Что такое такъ наз. право и наука о немъ: правовѣдѣніе или юриспруденція, 1890, 115—116), *Гредескуломъ* (стр. 181 и сл.) и др.

[50]) «Юр. Вѣстн.» 1884, май, 231 и сл.; августъ, 684 и сл

[51]) Лекціи, 353; Сборникъ, 61.

невичъ, высказавшій вполнѣ правильный взглядъ на значеніе юридической конструкціи, какъ пріема, состоящаго въ «разложеніи разсматриваемаго юридическаго явленія, института, на составные его элементы и, на основаніи этого, опредѣленіи, по существеннымъ признакамъ, мѣста, которое ему принадлежитъ въ системѣ права» [52]). Анализъ, синтезъ, обобщеніе, опредѣленіе и классификація, вотъ, по мнѣнію проф. Шершеневича, основные догматическіе пріемы [53])

---

[52]) Задачи, 19; Курсъ, 93—94

[53]) Задачи, 9 и сл.: Курсъ, 84 и сл.; Учебникъ, 10—13.

ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

(Цифры обозначаютъ страницы).

Абстракція—325, 335, 339, 351, 353, 364

Анализъ—47, 324, 332, 339, 351, 353, 363, 365, 367, 368.

Аналогія — 215—217, 249—276, 278, 284—287, 307—309, 313, 337

Буквальный смыслъ закона — 11, 29. 35, 59, 63, 292 — 293, 294, 299—301.

Выводы изъ нормъ —209—233. Достовѣрные—211. 281. Вѣроятные, 211—281 Столкновеніе—278—288.

Двусмысленность закона—61. Устраненіе—188—206, 305.

Дедуктивный методъ—257.

Дедукція—221, 279, 281, 286—287.

Детерминація—326.

Дефиниція—326—332, 339, 354, 363, 364, 365, 367—368.

Духъ законовъ—296—298.

Заключенія См. выводы.

Заключеніе по аналогіи. См. аналогія.

Заключеніе отъ большаго къ меньшему—(a majori, a fortiori)—218, 279, 308.

Заключеніе отъ меньшаго къ большему (a minori)—219.

Заключеніе отъ общаго къ частному. См дедукція.

Заключеніе по противоположности (a contrario)—233—246 251, 255, 279, 308.

Заключеніе отъ средствъ къ цѣли и обратно—231, 280, 308

Законодательные матеріалы. См. источники.

Изолированіе—325.

Изъятія. Распространеніе ихъ по аналогіи — 274 — 275, 286—287, 307—308.

Индуктивный методъ—256—257, 259—264.

Индукція — 223 — 228, 353, 367. Полная — 223 — 316, 337. Неполная—224—228, 317—321.

Исключенія, исключительные законы. См изъятія.

Исправленіе текста законовъ. См. опечатки.

Источники, откуда черпаются свѣдѣнія о средствахъ реальнаго толкованія—84—85, 86—130, 145, 169—173, 302—304.

Классификація—327, 337, 339, 340, 343, 351, 355, 363, 367, 368.

Коллигація—326.

Коллизія См. Столкновеніе.

Конструкція юридическая—345, 352—361, 362, 363, 367, 368.

Критика—1—17. Высшая—2—5. Низшая—5—7. Методы—7. Границы—7—17. Подлиннаго текста—8—16, 179—181. Отличіе отъ толкованія—10, 179—181.

Методы: индуктивный—256—257, 259—264; дедуктивный 257; обратно-дедуктивный — 257 — 258; естественно-историческій—354—361, 367.

Милосердіе—190, 192—193, 205, 297—298, 305.

Мотивы закона—80; къ законамъ—см. источники.

Незнаніе закона. Нельзя отговариваться незнаніемъ з.—19—20, 90—91, 95—96, 115—118.

Неполнота закона—62, 186, 306.

Неточность закона—61, 187—188.

Неясность закона. Виды 60 и сл., 186; устраненіе 71 и сл., 186 и сл., 299, 305, 306.

Обобщеніе—325, 335, 339, 363, 365, 367, 368.

Обратно—дедуктивный методъ—257—258.

Обычаи—312—315.

Обязательность нормъ. См. критика высшая.

Опечатки въ законахъ—6, 8 и сл., 177 и сл.

Описки въ законахъ. См. опечатки

Опредѣленіе—326, 332, 341, 354, 363, 364, 365, 367, 368.

Основаніе нормъ 79, 143 и сл. Логическое, или юридическое—80, 149, 153, 158. Законодательно-политическое, или телеологическое—80, 151, 154. Психологическое—80, 152, 156, 159. Историческое—81, 152, 156, 162, 303. Внѣшнее—83, 152, 156. Достовѣрное — 145, 164, 255, 273. Вѣроятное — 256, 263, 273. Ближайшее—149, 158, 164. Отдаленное—164. Опредѣленіе основанія—256—264.

Отвлеченіе. См абстракція

Ошибки въ текстѣ законовъ. См опечатки.

Ошибка въ правѣ. См. незнаніе закона.

Подлинность нормъ. См. Критика.

Понятіе—322—332, 352—361, 362, 363, 364 - 366.

Право. Общее, нормальное—158. Особенное, аномальное—159. Инкорпорированное и кодифицированное—161.

Правила логическаго развитія—276 и сл.

Правила толкованія словеснаго—47 и сл.; реальнаго—169 и сл.

Предположенія о смыслѣ законовъ 59, 127 — 130, 188, 264, 305.

Принципы юридическіе — 80, 153, 158, 224. Безусловные и приблизительные — 318. Положительные — 296. Идеальные — 297—305.

Пробѣлы въ правѣ—182, 277, 287. Восполненіе—206, 306. Органическое—275.

Противорѣчіе между нормами—182—185, 306.

Развитіе логическое нормъ—209 и сл. Необходимость—25—26, 208.

Разумъ закона—294.

Редакціонные промахи въ законахъ. См. опечатки.

Редукція—224, 251, 270, 317, 353.

Синтезъ—47, 324, 332, 339, 353, 365, 367, 368.

Система—321, 323, 351, 355, 356.

Систематизація—321, 355, 364.

Спецификація—326, 339.

Справедливость—190—191, 193, 194, 264, 265, 297, 308.

Слова закона Опредѣленіе ихъ смысла—37 и сл., 47 и сл., 198 и сл.

Смыслъ закона словесный, или буквальный—11, 29, 35, 59, 63, 292—293, 294, 299—301; внутренній, или реальный—29, 63, 77, 294, 311; общій—295, 305—312.

Столкновеніе нормъ—182—185, 306; нормъ съ выводами изъ другихъ нормъ—277; выводовъ—264, 271, 278—286.

Терминологія—48, 328, 352.

Термины техническіе—48 и сл.

Толкованіе. Понятіе—18, 21. Необходимость—19. Задача—22—25. Виды—26, 29 и сл. Словесное, или грамматическое—29, 35, 300. Логическое, или реальное—30, 77, 301. Легальное—

121, Аутентическое—122. Узуальное—123 Логическое—78, 131, 134, 302. Систематическое — 78, 79, 132, 141, 303. Историческое — 81, 152, 156, 162, 303. Распространительное — 175, 269, 305. Ограничительное - 175, 267, 305. Исправляющее, или измѣняющее—177 — 305. Изъяснительное—181.

Уголовные законы Толкованіе ихъ—309.

Умозаключенія. См. выводы.

Фикціи—346, 366.

Цѣлесообразность — 190, 191 — 192, 194, 195, 264, 265, 297, 306.

Ясность закона—59—60, 63 и сл., 173 и сл., 292.

Указатель статей Свода законовъ,

подвергнутыхъ толкованію въ текстѣ.

Томъ I, ч. 1 (изд. 1892 г.).

Основные законы.

Статьи	Страницы	Статьи	Страницы
52	291	65	8, 291
62	19, 20, 90		

Томъ I, ч. 2 (изд. 1892 г.).

Учр. Правит. Сен.

201	291	206	292

Томъ II (изд. 1892 г.).

Общ. учр. губ

474—476	292

Томъ IX. Особое прилож. (изд. 1876 г.).

1003, прил.	280, 283

Томъ X, ч. 1 (изд. 1887 г.).

21	81	220	61
44	60	222	177
100—117	159	284	62, 165, 196
216	220	386	183
217—222	155	389	216
218	160, 176	393	216, 247, 252

Статьи	Страницы	Статьи	Страницы
397	183, 224	703	184
398—399	183, 277	711	245
402	213	937—939	226
405	217	967	224
420 прим. ко 2 прим. ст. 14	143, 176	974	226, 264
440	177	975—976	226
445	187, 218	991	227, 261
446	222, 279, 283	994	264
448	232	995—996	224
454—463	49	1067	243
531	145, 199	1068	224, 243
533	52, 57, 197	1243—1244	136, 140
533[1]	218	1254	279, 281
534	35, 217, 238, 244	1301	279, 282
437—538	184	1528	335
539	187	1536	336
560	52	1538	222
568—572	335	1583	196
574	80, 145, 150	1629	278, 281
580	196	1630[1]	155
615	278	1679	159
619	262	1689	336
634	262	1691—1697	331
648	61, 200	1737	333
676	183	2051	48, 50
694	319	2064	331, 324
701	51	2065	57, 133, 178, 334
702	56	2106	336
		2114	151, 227, 261

Полож. о каз. подряд. и пост. (1887 г.).

216, п. 8	226, 236

Томъ XI, ч. 2 (изд. 1893 г.).

Уст.	*векс*
6	231
71	50

Уст. торг.

Статьи	Страницы	Статьи	Страницы
1	291, 315		

Уст. суд торг.

352	291		

Томъ XIV (изд. 1896 г.).

Уст. о предупр. и пресѣч. прест.

150	147		

Томъ XV (изд. 1885 г).

Уложс. о нак.

201	145	512	145

Томъ XVI, ч. 1 (изд. 1892 г.).

Уст. гражд. судопр.

4	213	142	314
9—10	289, 293 — 308, 311, 314, 315	711	314
		226	171, 204
129—130	290, 313	653	180

Уст. угол. суд.

12—13	290, 309	771	309
119	290		

Прав. устр. суд. части и произв. суд. дѣлъ 1889 г.

Ч. I.

30	290, 309—315		

Ч. II.

1	290	88	290, 309—315

БИБЛИОТЕ
Ленингр. отд.

Существенныя опечатки.

Страница	*Строка*	*Напечатано*	*Слѣдуетъ читать*
23	2 снизу	Boeckh	Bekker
72	14 »	Фридрихъ	Іосиѳъ
134	5 »	2065	2066.
143	16 »	теологическое	телеологическое
192	1 »	immer mehr, und bei	immer mehr, und bei Iustinian ist eine Verschiedenheit von der humanitas nicht zu entdecken».
206	13 »	совершемо	совершенно
244	14 »	ѳормы	нормы

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР