

Полдников Дмитрий Юрьевич,
к.и.н., доцент кафедры теории права и
сравнительного правоведения НИУ ВШЭ (Москва)

Научная доктрина и аргументация судебных решений в континентальной правовой традиции: эпоха формирования.

Аргументация – одно из важнейших средств социальной коммуникации, призванное оказывать влияние на других, убеждать в истинности выдвинутого утверждения, побуждать к определенному поведению¹.

Процесс убеждения предполагает сочетание различных способов взаимодействия между членами социума. При этом основой аргументации издавна принято считать приемы последовательного выведения умозаключений (логика) и эффектного их представления (риторика)², хотя в современной науке теория аргументации продолжает развиваться как часть общей теории коммуникации, охватывающей самые различные (в том числе невербальные) способы взаимодействия между членами социума.

Право, являясь одним из важных инструментов воздействия на общество, также предполагает активное использование аргументации, прежде всего, с целью оправдания своего влияния в условиях рационально-легального типа легитимности (М. Вебер).

Поскольку основным средством взаимодействия в правовой сфере является устная и письменная речь, исключительное значение приобретает вербально-речевой аспект аргументации и формальная логика. Наиболее очевидным

¹ В новейшем философском словаре аргументация определена как «способ подведения основания под какую-либо мысль или действие... с целью публичной защиты, побуждения к определенному мнению о них или разъяснения; способ убеждения кого-либо посредством значимых аргументов». Новоселов М.М. Аргументация // Новая философская энциклопедия. М.: Мысль, 2010. Т. 1. С. 162.

² Аристотель первым из известных нам философов определил аргументацию как сочетание красноречия и искусства ведения спора (диалектики) и считал ее достоянием всякого свободного человека, не связанным с областью какой-либо отдельной науки (Аристотель. Риторика // Античные риторики. Под ред. А.А. Тахо-Годи. М.: Изд-во МГУ, 1978. С. 15).

проявлением такой значимости служит нормативное закрепление правил доказывания (аргументации) в ходе правоприменительной деятельности³.

Связь аргументации и права, пожалуй, настолько важна, что может быть признана одной из *ключевых характеристик западной традиции права*, которую стоит добавить в перечень, составленный американским исследователем Г. Берманом⁴. Разумеется, подтверждение данного тезиса требует масштабного, обстоятельного исследования как континентальной, так и английской истории права. В рамках данной публикации мы ограничимся краткой иллюстрацией того, что *основы правовой аргументации были заложены правовой наукой средневекового общеевропейского права (ius commune) и заимствованы судами Западной Европы в Новое время*.

Вопреки расхожим представлениям о Древнем Риме как колыбели западной правовой традиции, сохранившиеся первоисточники не содержат следов сколько-нибудь развитой теории юридической аргументации как средства обоснования судебных решений или разъяснения и критики закона.

Собранные в Дигестах Юстиниана (VI в.) фрагменты *высказываний римских юристов* периода наивысшего развития римской юриспруденции (I-III вв. н.э.) указывают преимущественно на фактические обстоятельства того или иного казуса, а не на обоснование его юридической квалификации.

Один из наиболее полных фрагментов с принятым у римских юристов обоснованием – это комментарии Алфена Вара к Аквиллиеву закону о возмещении вреда, включенные в Дигесты (D. 9.2.52.2). Римский юрист

³ Детализированные нормы доказательственного права в действующих процессуальных кодексах России подкреплены развитой научной теорией доказательств в арбитражном, гражданском или уголовном процессе.

⁴ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 25-27.

подробно рассматривал фактические обстоятельства наезда повозки на раба, но ни словом не обмолвился о толковании положений закона⁵.

Во многих других фрагментах Дигест союзы «потому что», «поскольку», «ведь» также предваряют изложение фактических обстоятельств дела вместо правового обоснования предложенного решения.

В целом, ответы римских юристов выдержаны в стиле изречений авторитетных оракулов. Действительно, исследователи не раз отмечали высочайшее уважение римлян к фигуре юриста, который, по словам известного испанского романиста М.Х. Гарсиа Гарридо, олицетворял собой римский народный тип, а его дом являлся «оракулом всего города»⁶. Официальным признанием значения наиболее влиятельных и лояльных юристов стало предоставленное им право давать ответы от имени императора Августа, а затем и его преемников⁷.

Потребность в аргументации судебных решений оставалась слабо выраженной в условиях специфически организованного формулярного гражданского процесса периода наивысшего развития римского права. Развитию мотивировочной части решений препятствовали следующие обстоятельства:

- судей назначал судебный магистрат (претор) из числа граждан без специальных познаний в праве;

⁵ Алфен Вар рассмотрел казус с двумя груженными повозками, едущими вверх на Капитолий, первая из которых откатилась и толкнула вторую, а та, в свою очередь, покатила назад и раздавила мальчика-раба. Решая вопрос о том, кому хозяин раба может предъявить иск о возмещении причиненного вреда, римский юрист обсуждал лишь фактические обстоятельства: двинулись ли мулы первой повозки назад, поскольку погонщики первой повозки отскочили от нее с умыслом или они спасались от испуганных мулов? почему мулы пятились назад: их нечто испугало или они не в состоянии тащить в гору тяжелый груз? Однако в комментарии к Аквиллиеву закону нет анализа самих положений закона, условий возложения ответственности за возмещение вреда, толкования смысла основных понятий и т.д.

⁶ Цицерон. Об ораторе. 1.200. Цит. по: Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты. Пер. с исп. Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 76. Ст. 1.

⁷ Об этом см. свидетельства Помпония (D.1.2.2.49) и Гая (Gai. 1.7).

- наряду с назначением судей, претор передавал им особую записку (*формулу*), в которой проводил квалификацию спора между сторонами и предписывал судье вынести то или иное решение в зависимости от установленных фактических обстоятельств дела;
- решение судьи являлось окончательным⁸.

Развитие юридической аргументации в Древнем Риме сдерживалось также не критическим отношением римских юристов к установлению законов и обычаев предков. Показательны мнения двух юристов-классиков, помещенные в начало первой книги Дигест. «Не для всего, что установлено предками, может быть приведено основание», - утверждал Юлиан (D.1.3.20). «И потому не нужно исследовать основания того, что устанавливается; иначе было бы разрушено многое из того, что представляется определенным», – продолжил мысль коллеги Нераций (D. 1.3.21).

В целом сохранившиеся в Дигестах высказывания правоведов классического периода римского права редко содержат ответы на вопрос «почему?». Критику юристы оставляли на долю судебных ораторов, таких как Цицерон. При этом, как метко отметил Ф. Шульц, на все призывы Цицерона реформировать римское право на началах логики и превратить его в искусство юристы отвечали молчанием⁹.

В *постклассический период* появились дополнительные препятствия развитию юридической аргументации в Римской империи. В числе наиболее значимых следующие тенденции:

– общее падение уровня юридической грамотности из-за потрясшего Римское государство и общество экономического и политического кризиса; «вульгаризация» римского права;

⁸ Апелляция решения появилась в рамках экстраординарного бюрократического процесса, который полностью вытеснил формулярный лишь после отмены последнего в 342 г. (C. 2.57.1).

⁹ Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961. S. 65.

– превращение юристов из самостоятельных авторитетных оракулов права в безликих чиновников императорской канцелярии по мере усиления авторитарной власти.

Обе тенденции нашли отражение в законодательстве поздней Римской империи. В 426 г. императоры Феодосий II и Валентиниан приняли т.н. «Закон о цитировании» (C.Th.1.4.3) мнений наиболее уважаемых юристов в судах: определили пятерых избранных, установили правила оценки их мнений в случае разногласий по одному и тому же вопросу, а также запретили ссылаться на тех юристов, кого они не упоминают в своих работах. Тем самым судей лишили возможности выбирать лучшее мнение юриста, облегчив им работу с древними источниками.

Император Юстиниан I логически завершил тенденцию по отбору и упорядочению действовавшего в VI в. права. Он предписал собрать в едином правовом памятнике все старое и новое цивильное право с внесением в него необходимых изменений и дополнений, запретил комментировать составленные таким образом сборники (Дигесты, Кодекс) и дополнять их во избежание искажений первоначального смысла¹⁰, а также предписал судьям выносить решения «не по чужим примерам, а по законам» (C.7.45.13). Единственным творцом закона Юстиниан объявил императора (C.1.14.12.5).

Отмеченные ограничения позднеантичного законодательства и общий упадок юриспруденции сделали невозможным существование не только правовой аргументации, но и правоведения как профессиональной сферы деятельности на территориях распавшейся Западной Римской империи с VI в.

Лишь в конце XI – XII вв. в средневековой Западной Европе начал возрождаться интерес к римскому праву. На основе изучения Свода Юстиниана в Болонье сформировалась первая специализированная правовая школа, представители которой (глоссаторы) в ходе переосмысления древнеримского

¹⁰ Соответствующие запреты содержатся в конституциях об обнародовании собрания императорских конституций, т.е. Кодекса (Deo auctore, § 12; 530 г.), и сборнике исправленных фрагментов произведений юристов-классиков, т.е. Дигест (Tanta; § 21, 533 г.). См. Дигесты Юстиниана. Пер. с латинского. Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. 1. М.: Статут, 2002. С. 33, 65-67.

наследия создали теоретическую юриспруденцию, а вместе с ней и правовую аргументацию.

Составленный в VI в. Свод Юстиниана не подходил для прямого применения в повседневной жизни XII в., поскольку хозяйственный уклад и мировоззрение средневекового общества претерпели существенные изменения. Следовательно, требовались немалые усилия не только для понимания, но и для *переосмысления* позднеимского правового наследия¹¹. С этой задачей не могли справиться ни знатоки обычного германского права или деградировавшего в раннее Средневековье римского права, ни немногочисленные на тот период королевские чиновники, ни погруженные в толкование Священного Писания теологи.

Осмыслением древнеримского правового наследия занялись профессиональные толкователи – болонские глоссаторы и сменившие их во второй половине XIII в. комментаторы.

Рабочим инструментом необходимого осмысления и переосмысления Свода Юстиниана в XII в. стала *схоластика*. Речь идет не только о методологии, но и об общенаучной парадигме зрелого Средневековья. Схоластика представляла собой сочетание теологического учения об иерархической структуре бытия с правилами древнегреческой формальной логики в изложении «последнего римлянина» Северина Боэция (ум. 524 г.), переводчика логических трактатов с греческого на латинский язык¹².

В схоластической парадигме мир представлен пирамидой авторитетных истин и сущностей. В гносеологическом плане авторитетным текстам

¹¹ Данная проблема анализируется в рамках феномена *рецепции римского права*. Актуальную литературу по данному вопросу см. в нашей книге: Договорные теории глоссаторов. М.: Академия, 2008. С. 16-21. Причины рецепции до сих пор остаются предметом дискуссий в историко-правовой науке. См. прежде всего, переизданную в нескольких публикациях полемическую статью: Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права. // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1998. № 4. С. 3-17.

¹² Тезис о *методологическом сходстве юриспруденции и традиционной теологии* выдвинул еще в 1906 г. Г. Канторович. С тех пор данное утверждение остается общепризнанным, хотя и подверглось некоторым уточнениям. См. Herberger M. Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz. Frankfurt, 1981. S. 3 ff.

приписывается большая достоверность, нежели реальность, иными словами, утверждается приоритет Откровения и выведенных из него абстрактных суждений над эмпирическим знанием. Для глоссаторов и комментаторов воплощением писаного разума стал Свод Юстиниана. Обнаруженные противоречия в самом непогрешимом тексте или в тексте и окружающей действительности следовало снять с помощью правил формальной логики¹³.

Благодаря схоластике средневековые юристы не только определили перечень авторитетных источников и общих мест в юридической аргументации, порядок изложения материала в учебных и научных целях, но и применимые в правовой дискуссии правила вывода умозаключений.

Для глоссаторов и комментаторов юридической «Библией» стал Свод гражданского права Юстиниана, для специалистов по каноническому праву (канонистов) – Священное Писание и сборники церковных канонов (прежде всего, Декрет Грациана).

В ходе толкования правовых текстов и обоснования своих позиций средневековые юристы-схоласты опирались на общие места (топы) и специальные доводы из авторитетных источников и активно использовали правила позднеантичной формальной логики.

Достаточно подробно о схоластической аргументации глоссаторов и комментаторов высказался болонский профессор Альберико де Розата (ум. 1360 г.). Предваряя свои комментарии к Кодексу Юстиниана, он, среди прочего, критиковал некоторых французских коллег за чрезмерное увлечение *«толкованием науки (права) в символической, софистической и диалектической манере...»*¹⁴. *«В нашей науке»*, – продолжил обосновывать свою мысль правовед, – *«когда речь идет о том, чтобы отрубить кому-то голову, по меньшей мере необоснованно, полагаю, использовать силлогизмы о форме,*

¹³ Общую характеристику средневековой схоластики и ее применения в праве см. в: Берман Г.Дж. Ук. соч. С. 142-153.

¹⁴ Полный текст данного высказывания приведен в нашей статье: От философии и права к философии права? (конфликт двух правовых школ *ius commune* XIII – XIV вв.) // История государства и права. 2010. № 20. С. 44–46.

*субстанции и акциденции*¹⁵» и приводить «до такой степени углубленные в логику и софистические аргументы, которые имели лишь видимость правдивости».

По убеждению де Розата, источниками аргументов в юридическом дискурсе могут являться лишь «*наши законы* (т.е. Свод Юстиниана – *Д.П.*), которые непосредственно касались предмета...», глоссы и мнения наиболее уважаемых докторов XII-XIV вв.

Незаменимым инструментом в деле толкования источников болонский профессор признавал приемы формальной логики, такие как выведение «*заклучения от меньшего к большему, или от противного, или иными способами, одобренными нашим правом*». Под «иными способами» понимались, прежде всего, учения о понятии, о формулировке дефиниций, о делении понятий и проведении классификаций¹⁶.

К XIII в. у средневековых профессоров сложился общий порядок изложения материала в учебных и научных целях. Достаточно подробно его описал в комментариях к Дигестам Денарий Одофред (ум. 1265). Изучение Дигест состояло из следующих шагов:

- краткое изложение содержания каждого титула, предшествующее чтению самого текста;
- изложение сути каждого закона посредством буквального толкования;
- замечания и исправления к тексту;
- краткий повтор содержания законов;
- разрешение видимых противоречий посредством обращения к общим принципам права, а также путем проведения различий (деления понятий);
- повторное прочтение наиболее важных фрагментов закона¹⁷.

¹⁵ Имеются в виду случайные признаки объекта в противоположность его сущности, субстанции.

¹⁶ Подробнее о методологии основоположников Болонской правовой школы см. нашу книгу: Договорные теории глоссаторов. М.: Академия, 2008. С. 64-71.

¹⁷ Полная цитата приведена в монографии: Rashdal H. The Universities of Europe in the Middle Ages. Bologna. Vol. 1. Oxford, 1936. P. 218.

Приведенные мнения итальянских правоведов достаточно ясно указывают, что к XIV в. сформировался научный стиль юридического дискурса, предполагающий определенные общие места аргументации и правила умозаключений. Он разительно отличался от *немотивированных* решений обычных, сеньориальных и королевских судов Средневековья и раннего Нового времени и первоначально не пользовался поддержкой представителей публичной власти, стремившихся сохранить свободу усмотрения при отправлении правосудия.

Разработанная юридической наукой модель аргументации правовых позиций, по всей видимости, не находила широкого применения в практике западноевропейских судов вплоть до конца XVIII в. Судебные акты напоминали изречения оракулов: краткие, немотивированные и официально не публикуемые. Система правосудия и передачи знаний о праве вне университетов характеризовалась крайней разрозненностью и опиралась на иррациональное обычное право. Знатоки обычного права (шеффены, зацебароны и др.) «отыскивали» право, руководствуясь своим житейским опытом. Значимость их решений во многом зависела от общественного положения, поэтому шеффенами выбирали земельных аристократов, купцов, княжеских советников без юридического образования¹⁸.

В целом, представления о правосудии народов Западной Европы до рецепции римского права не способствовали принятию мотивированных решений. Историкам права не известно ни одного указа или распоряжения, которые прямо запрещали бы судьям немецких шеффенских судов или французских парламентов указывать основания решений. Однако, к примеру, высший суд Французского королевства (Парижский парламент) с одобрения королевской власти не рекомендовал судьям «раскрывать секреты

¹⁸ Основные черты правосудия у германских народов до рецепции римского права см., например, в публикации известного немецкого историка права Ф. Виакера: Wieacker F. A history of private law in Europe with particular reference to Germany. Translated by Tony Weir. Oxford, 1995. P. 82-83.

рассуждений»¹⁹. Отрицательно к раскрытию мотивов судебных решений с XIII в. относились и многие специалисты канонического права, разрабатывавшие основы римско-канонического процесса.

Однако аргументированный стиль правовых позиций, созданный в XII-XIV вв. профессорами Северной Италии, постепенно начал оказывать влияние на судебную практику.

Ранее всего под влияние новой юридической науки попали суды Северной Италии благодаря таким факторам, как:

- динамичное экономическое развитие городов-коммун данного региона, нуждавшихся в детализированных общих «правилах игры»;
- политическая раздробленность и конфликты сторонников различных партий и группировок (сторонников германского императора, папства, городских богачей, цеховых ремесленников и т.д.);
- раздробленность действовавших до рецепции римского права обычаев городов, корпораций, торговцев и т.д.

Единственной общей правовой основой на Севере Италии могла стать университетская обработка источников римского и канонического права и их адаптация для практического применения в судах и в нотариальной деятельности в XIII - XIV вв. Универсальную правовую систему стали именовать «общим правом» (лат. *ius commune*) в отличие от местных обычаев и законов²⁰.

Распространению общего права и интегрированной в него схоластической модели аргументации в Италии в значительной мере способствовали особенности судопроизводства в городах-коммунах. Политические конфликты с особой остротой поставили вопрос о беспристрастных и компетентных

¹⁹ Подробнее см. Dawson J.P. *The oracles of the law*. Michigan, 1968. P. 372. Примечательно, что вплоть до XIX в. высшие судебные инстанции Англии также отказывались публиковать свои решения и раскрывать их мотивы (*Ibidem*. P. 78).

²⁰ *Ius commune* изначально мыслилось «общим» для всего христианского мира: одна Римско-католическая церковь, одна Римская империя, одно римское право. Однако поначалу являлось «общим» только для самостоятельных городов-коммун Севера Италии и лишь в течение XIV-XVII вв. распространилось во всех основных регионах континентальной Западной Европы.

служителях Фемиды, не связанных с партийными группировками той или иной коммуны.

Беспристрастность судей обеспечивалась различными мерами, в числе которых:

- приглашение судей из других городов;
- короткий (как правило, годовой) срок исполнения судейских обязанностей;
- запрет участия судей в общественной жизни;
- угроза привлечения их к ответственности за неправосудное, и даже некомпетентное решение²¹.

Последняя мера основывалась на расширительном толковании высказываний римских юристов²². И именно она в наибольшей степени способствовала усвоению судьями схоластической аргументации, побуждая их обращаться за консультацией к компетентным правоведам. Более того, статулы самоуправляющихся городов Северной Италии прямо предписывали судьям руководствоваться доктринальными произведениями авторитетных ученых-юристов и даже позволяли им делегировать полномочия по разрешению дел докторам права.

Так, Томазо Дипловатачио (1468–1541) утверждал, что статут города Болоньи предписывал судьям следовать «глоссам, одобренным Аккурсием», в случае пробелов в статутном праве и Своде Юстиниана²³. Аналогичное предписание закреплял статут Вероны. Он же предписывал консультирующему

²¹ См.: Dawson J.P. *Op. cit.* P. 134-138.

²² Из отдельных высказываний ведущих юристов-классиков в Дигестах Юстиниана следует, что условием привлечения судьи к ответственности за неправосудное решение являлся умысел (Ульпиан, D. 5.1.15.1). Однако провинциальный юрист Гай считал достаточной виной «некомпетентность» судьи (D. 50.13.6; 44.7.5.4). Его позицию поддержал Юстиниан в Институциях (Inst. 4.5 pr.).

²³ Diplovataccio. *Opus de praestantia doctorum*. ed. Pescatore. Berlin, 1890. P.168.

эксперту руководствоваться определенными источниками права под угрозой мер имущественной ответственности²⁴.

Городские статуты закрепили то, что ранее стало обычаем. В частности, автор трактата «Судебное зеркало» (1271) Гильельмо Дуранте называл «общейталийским обычаем» обращаться к *общему мнению знатоков права*²⁵.

Учитывая частые пробелы в статутном праве и риск неверной интерпретации сложного Свода Юстиниана, предоставленная законом возможность обращаться за разъяснениями к ученым правоведам открывала широкую дорогу для влияния *ius commune* на действующее право и использования доктринальных аргументов в ходе осуществления правосудия.

Начиная с XIII в. *ius commune* и схоластическая аргументация оказывают возрастающее влияние за пределами Северной Италии. Так, по мнению Ф. Мартинеса Мартинеса, постановления кортесов (сословно-представительного органа) в Бривиеске 1387 г. «закрепили триумф общего права (*ius commune* – Д.П.) по отношению к национальному праву (Леоно-Кастильского) королевства, закрепив возможность его официального применения, за незначительными ограничениями. Дверь была открыта, и адвокаты начали наводнять свои сочинения ссылками на римское и каноническое право, а также на мнения наиболее известных древних и современных им юристов»²⁶.

²⁴ «Названный юрисконсульт обязан дать заключение согласно форме статута в следующем порядке: во-первых, на основании статута и обычаев города Вероны, а в случае пробела, по римскому праву и ординарным глоссам, одобренным Аккурсием, а в случае противоречий в них, пусть даст заключение по глоссе, которую одобрил Дин (итальянский комментатор, ум. ок. 1300 – Д.П.). И пусть юрисконсульт, давший совет вопреки указанному выше, несет ответственность и будет обязан возместить ущерб, издержки и убытки, доказанные перед *подеста* (городским главой – Д.П.) Вероны или его заместителя...». См. главу 130 второй книги статута Вероны 1393 г., а также свидетельство Рафаэле Фульгозио (1367-1427): Fulgosio. *Consilia. Venetiis*, 1576. P. 245 - *consilium* 201.

²⁵ «Если не будет заседателя, с которым судья мог бы посоветоваться и решить дело, то по общему для Италии обыкновению (*secundum consuetudinem Italiae generalem*), с согласия сторон выбирают знатоков, которые изучат акты суда, и по их заключению (*dictum*) судья вынесет решение». См.: Guglielmo Durante. *Speculum iuris. Venetiis*, 1588. P. 766 (цит. по: Marongiu A. *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. // Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. Milano: Giuffrè, 1939. T.3. P. 450. N. 3).*

²⁶ Мартинес Мартинес Ф. Когда Европа была единой. Общее право, стиль итальянский, стиль французский и кастильское приложение // Древнее право. 2005. № 2(16). С. 158.

В германских землях к XVI-XVII вв. входит в употребление концепция «общего мнения докторов» (*communis opinio doctorum*), в отношении которого установилась презумпция большей истинности и которое приравнивалось к обычаю²⁷. Ученые юристы постепенно заменили знатоков обычного права (шеффенов), которые справлялись со своими обязанностями, пока судебные споры были простыми и повторяющимися. Однако в позднее Средневековье стали появляться новые общественные отношения, в которых у шеффенов не было опыта.

Как и в Северной Италии, немецкие судьи обращались к доктрине авторитетных ученых-правоведов, дабы избежать ответственности за некомпетентные решения²⁸. Так возникла практика направлять сложные дела из судов на юридические факультеты (нем. *Aktenversendung*), наиболее известные профессора которых образовывали «консультативную коллегия» (нем. *Spruchkollegium*)²⁹.

Однако по мере утверждения абсолютистских монархических режимов в Западной Европе в XVII-XVIII вв. судебные инстанции постепенно принимают у научной доктрины функции по аргументации правовых позиций. Абсолютные монархи стали рассматривать правосудие как важный инструмент общегосударственного управления, эффективность которого связывалась, прежде всего, с централизацией судебной системы и упорядочением источников права.

Именно в последние два века Старого порядка появляются или реорганизуются «большие трибуналы», или апелляционные инстанции, призванные содействовать единообразию судебной практики. Её

²⁷ Coing H. *Europäisches Privatrecht*. Bd. 1. *Alteres gemeines Recht*. (1500-1800) München, 1985. S. 124 ff.

²⁸ В XVI в. немецкий ученый Себастьян Медицес и его английский коллега Артур Дук уже разделяли позицию своих итальянских предшественников (Андреа Альчиато, Джакомо Менокио) относительно ответственности судьи, вынесшего решение вопреки общему мнению докторов. См.: Dolezalek G. *Herrschende Lehre (communis opinio)* // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin, 1978. Bd. 2. Sp. 113-114.

²⁹ Подробнее см.: Buchda G. *Aktenverseundung* // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. E. Kaufmann. Bd. 1. Berlin, 1971. Sp. 84-87; Wieacker F. *Op. cit.* P. 135.

разрозненность удручала прогрессивно мыслящих интеллектуалов³⁰, но являлась неизбежным следствием непредсказуемости немотивированных решений судов, отсутствия каких-либо официальных сборников судебной практики и даже четкой иерархии правовых источников.

В централизованном Французском королевстве апелляционные суды (парламенты) продолжали существовать с эпохи Средневековья. Однако к XVIII в. влияние их решений и численность судей заметно возросла³¹. В Италии апелляционные суды создаются в столицах всех крупных государств полуострова: во Флоренции, Генуе, Милане и, прежде всего, папская Rota Romana в Риме. В южных Нидерландах высшим судом стал Большой совет в Мехелене, а в Республике Соединенных провинций важное значение приобрел Верховный суд Голландии, Зеландии и Западной Фрисландии. В Германии высшей апелляционной инстанцией с конца XV в. номинально являлся Имперский камеральный суд³². Однако прогрессирующая политическая раздробленность привела к тому, что с XVI в. его функции постепенно переняли некоторые суды территориальных княжеств³³.

Наряду с формированием иерархии судебных инстанций государи Западной Европы предпринимали меры по упорядочению источников

³⁰ В значительной мере к непоследовательной судебной практике относится фраза философа-просветителя Вольтера: *«Разве не абсурдно и не ужасно, что верное в одной деревне ошибочно в другой? Каким видом варварства следует назвать (состояние), при котором граждане должны жить по разным законам? Путешествуя по этому королевству, вы меняете право вместе с почтовыми лошадьми...»*.

³¹ По оценкам Дж. Доусона, в двенадцати парламентах королевства заседало ок. тысячи двухсот судей, контролировавших решения примерно пяти тысяч обычных судей. См. Dawson. Op. cit. P. 2.

³² Благодаря правоведу Лаутербаху сложилась доктрина о том, что нижестоящие судебные инстанции не должны без веских соображений отступать от решений Имперского камерального суда и прочих высоких судов.

³³ Подробнее см.: Dawson. Oracles of Law. P. 273 sg. (о французских судах) и P. 185 sg. (о немецких судах), Döhring E. Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500. Berlin, 1953. Bd. 1. P. 2 (о немецких судах); Ranieri F. Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Judikatur des Rechtsammergerichts im 16. Jh. Köln, Wien, 1985); Golra G. I “grandi tribunali” italiani fra I secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d’Italia // Il foro italiano 1969. № 94 . P. 629-632 (об итальянских судах).

действующего права. Вплоть до кодификаций эпохи Просвещения основным инструментом такого упорядочения являлись «законы о цитировании»³⁴. Данные законы определяли круг правовых источников, а значит, и допустимых аргументов, учитываемых при разрешении судебных споров.

Особенно показательное законодательство итальянских королевств XVIII в. Например, король Сардинии Виктор Амадей II Савойский (1720-1730) в 1723 г. установил иерархию источников, на которых должно основываться судебное решение: королевские конституции, статуты, «общий закон» в смысле *ius commune*. При этом запрещалось ссылаться на «любых авторов» (т.е. докторов права), которые не основывают свои мнения на естественном разуме или разуме народов или на установлениях общего закона, или на решениях государственных судов королевства³⁵.

Крайне полезное в условиях политического и правового партикуляризма зрелого и позднего Средневековья «право юристов» в силу известной автономности по отношению к действующему праву, инертности и прогрессирующей сложности оказывалось помехой централизаторским устремлениям монархов и князей Западной Европы второй половины XVII - XVIII вв. По мере укрепления абсолютистского характера правления, государи Нового времени старались поставить под контроль функции формирования права и толкования законов.

Накануне буржуазных революций во всех странах Западной Европы (за известным исключением германских земель) высокие суды приняли на себя роль толкователей права и создателей доктрины. Они оттеснили на второй план авторитетных ученых-юристов, но переняли их схоластическую модель аргументации.

Несмотря на научную революцию XVII в., распространение идеологии рационального естественного права и Просвещения, именно схоластика

³⁴ Данные акты получили название по аналогии с известной конституцией 426 г. римских императоров Феодосия II и Валентиниана о правилах цитирования работ юристов в судах (CTh. 1.4.3).

³⁵ См. Marongiu A. Op. cit. P. 460-461.

составляла основу аргументационной модели судов Старого порядка. Жизнеспособность данной модели связана с рядом факторов. Прежде всего, юридическое образование в западноевропейских государствах вплоть до XIX в. основывалось на изучении римско-канонического права и в гораздо меньшей степени учитывало действующие нормы³⁶.

Средневековые правовые доктрины подкреплялись заучиванием постулатов аристотелевско-томистской философии и формальной логики в стенах университетов, тогда как взгляды Декарта, Спинозы, Локка и прочих противников схоластики становились предметом обсуждения в салонах.

Схоластическая аргументация вполне соответствовала мировоззрению основной части судейского сообщества и удовлетворяла их потребности по толкованию источников права и вынесению слабо мотивированных решений. Стоит заметить, что важное место среди источников вплоть до конца XVIII в. занимали созданная с помощью все той же схоластики научная доктрина итальянских комментаторов, испанских вторых схоластов и представителей немецкой школы современного римского права³⁷.

Новый стиль формулировки и аргументации судебных решений утвердился лишь после того, как позднефеодальное право было сметено буржуазными революциями. Разумеется, наиболее показателен в данном отношении опыт Франции. Существовавшая здесь при Старом порядке система 12 парламентов (апелляционных судов), основанная на научной доктрине ученых и толковании обычного права, оставалась децентрализованной³⁸ и производила немотивированные решения.

³⁶ Например, во Франции эдикт о создании кафедр французского права издал лишь Людовик XIV в 1679 г. Однако, согласно проведенным исследованиям, эти кафедры долгое время оставались вакантными, а когда их занимали профессора, то преподавали спустя рукава из-за низкой оплаты и необходимости заниматься адвокатской практикой. См.: Arnaud A.-J. *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris, 1969. P. 45

³⁷ Примеры схоластической трактовки институтов договорного права представителями указанных научных школ см. в нашей монографии: *Договорные теории классического ius commune (XIII-XVI вв.)*. М.: Академия, 2011.

³⁸ Парламенты считались суверенными судами и сохраняли независимость по отношению к Парижскому парламенту, который лишь номинально считался верховным судом королевства.

С началом революции в 1789 г. во Франции были закрыты все юридические факультеты, преподававшие старорежимное право. На вновь открытых при Наполеоне факультетах объектом изучения стало уже новое, буржуазное право, основанное на общепанцузских кодексах и идеологии Просвещения.

Другим важным для развития юридической аргументации событием стало создание в 1790 г. высшей судебной инстанции для всего государства – Кассационного трибунала. Данный трибунал (с 1804 г. – Кассационный суд) не только способствовал формированию единообразной судебной практики, но и создал новый стиль судебных решений. Оба обстоятельства были тесно связаны друг с другом³⁹.

Еще одним отступлением от практики судопроизводства при Старом порядке стал Закон от 16-24 августа 1790 г., в соответствии с которым на всех судей Франции возлагалась обязанность указывать основания своих решений, цитируя текст применяемого закона. Кассационному же суду надлежало оценивать корректность применения того или иного закона в оспариваемом решении.

Впрочем, новый процессуальный закон не устанавливал каких-либо сложных требований к мотивировочной части судебных решений. Действительно, сложившийся в конце XVIII – первой трети XIX в. стиль решений Кассационного суда отличался крайней лаконичностью. В первый год своего существования высшая судебная инстанция практически безмотивно констатировала несоответствие отменяемого решения суда той или иной статье закона без изложения содержания дела или доводов сторон.

Начиная с 1792 г. в решениях Кассационного трибунала судьи начали копировать фразы из преамбул важнейших законов, связывать их с конкретным решением посредством союзов «учитывая, что...», «принимая во внимание...» и т.п., а также перечислять основания принимаемого решения (статьи закона, документа, обстоятельства дела и др.).

³⁹ Halpérin J.-L. Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution française. Paris, 1987.

Кроме того, в годы революции судьи высокого суда начали излагать собственное *толкование* закона (используя, например, фразу «очевидно, что закон подразумевает...»). В первые годы деятельности Кассационного трибунала решения нижестоящих судов отменялись ввиду неверного толкования и применения норм закона, что, в свою очередь, побуждало судей более обстоятельно мотивировать свою правовую позицию.

О значении практики кассационного суда свидетельствует появление в конце XVIII – начале XIX вв. официального периодического издания «Журнал дю Палэ», а также частных сборников, основанных известными адвокатами Сире и Далло. Публикация решений, в свою очередь, стала важным инструментом распространения их нового стиля во Франции.

Формирование современного буржуазного стиля аргументации судебных решений можно считать состоявшимся после того, как закон от 1 апреля 1837 г. предоставил Кассационному суду право предписывать нижестоящим судам определенное толкование закона (которому он сам не обязан был следовать).

Основными средствами судебной аргументации стали источники действующего права, анализ воли законодателя, ссылка на принципы естественного права, а также подспудный учет дореволюционной научной доктрины⁴⁰.

Сочетание различных средств аргументации постепенно предоставило судам возможность широкого толкования применяемых норм, иногда даже вопреки буквальному смыслу закона (например, по вопросу легитимации внебрачных детей вопреки нормам Гражданского кодекса Франции).

Новый стиль составления и аргументации судебных решений Кассационного суда представлял собой разумный компромисс между немотивированными актами королевских судов при Старом порядке и чрезмерной краткими решениями 1790-х гг., с одной стороны, и длинными решениями высоких судов английского общего права – с другой. Он получил

⁴⁰ Подробнее см.: Beignier B. La conscience du juge dans l'application de la loi au debut du XIX siecle. La jurisprudence au temps de l'Exegese // Carbasse J.-M., Depambour-Tarride L. La conscience du juge dans la tradition juridique europeenne. Paris, 1999. P. 284-290.

широкое распространение не только в нижестоящих инстанциях Франции, но и во многих государствах, оказавшихся в сфере ее влияния в XIX в.

С возложением на французских судей обязанности мотивировать свои решения во Франции и в других странах Западной Европы начался новый этап развития правовой аргументации. Учитывая значение аргументации для формирования западной традиции права, имеет смысл уделить самое пристальное внимание ее прошлому, настоящему и будущему как в научном плане, так и в сфере юридического образования.

К сожалению, отсутствие серьезных исследований истории и теории юридической аргументации в России, сопоставимых с публикациями Роберта Алекси, Нейла Маккормика, Дугласа Волтона и др.⁴¹, влечет за собой недооценку важности данного предмета, а также обедняет программу подготовки юристов.

Восполнять данный пробел, очевидно, следует не только подготовкой научных публикаций, но и через организацию исследовательских групп с участием студентов, которые с первых лет обучения осознают важность аргументации в праве и в дальнейшем будут использовать приобретенные знания в своей практической и исследовательской деятельности⁴².

⁴¹ Alexy R. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Ausg. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1991 (английский перевод опубликован Oxford Universtiy Press, 1989); MacCormick N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1997; Walton D.N., Reed Ch., Macagno F. *Argumentation schemes*. Cambridge Mass.: Cambridge University Press, 2008.

⁴² Примером может служить созданная в 2012 г. под руководством доцентов кафедры теории права и сравнительного правоведения НИУ ВШЭ А.М. Голощапова, Д.Ю. Полдникова и И.А. Шаповалова научно-учебная группа анализа правовой аргументации судебных решений по спорам об исполнении договорных обязательств в судах Российской Федерации, Германии, Франции, а также Англии и США. Электронный ресурс группы – <http://pravo.hse.ru/argumentation/>.