

ЕВОЛЮЦИЯТА НА КОНТИНЕНТАЛНАТА ТЪЛКУВАТЕЛНА ТЕОРИЯ*

от

ИВАН АПОСТОЛОВ

Съдържание

Задачата и нейните граници	2
Глава първа - Ученията на деветнадесетия век.....	4
§ 1. Доктрината на абсолютизма на революцията.....	4
§ 2. Code civil и неговите коментатори	7
§ 3. Историческата школа и правният позитивизъм в Германия	12
§ 4. Австрийският Общ граждански законник.....	21
§ 5. Правният позитивизъм в Италия.....	24
§ 6. Развитието в Русия	27
§ 7. Положението у нас.....	30
Глава втора - Преходът.....	32
§ 8. Целта в правото	32
§ 9. Обективната теория	34
§ 10. Същност на съдийската дейност.....	43
§ 11. Идеята за естественото право.....	46
Глава трета - Модерните учения	49
§ 12. Общ преглед	49
§ 13. Еволютивното тълкуване във Франция.....	54
§ 14. Geny и идеята за естественото право	57
§ 15. „Правото на юриспруденцията“	61
§ 16. Исторически-еволютивното направление в Италия	67
§ 17. „Общите правни принципи“ в чл. 3 на Италианския граждански законник от 1865 г.	70
§ 18. Новият италиански законник.....	75
§ 19. Първата фаза на новото развитие в немската правна литература.....	77
§ 20. Юриспруденцията на интересите.....	89
§ 21. Най-новите опити в Германия.....	96
§ 22. Съвременните учения в Австрия	100
§ 23. Съветското право.....	101

Задачата и нейните граници

Само след няколко години половин век ще ни дели от времето, когато *Paul Deschanel* беше писал, че „въпросът за правните методи доминира днес целия социален живот“¹. В Германия *Max Rumpf* вероятно е мислел същото, когато е започнал работата си с твърдението, че кардиналният въпрос за всяка практическа юриспруденция е как съдията трябва да тълкува и прилага закона². В онези години – от първото десетилетие на нашия век – проблемът за тълкуването на законите действително е стоял в средата на най-оживените разисквания. Предизвикал едно широко движение на идеи, на границата между две епохи, той бележи по този начин един от големите завои в историята на модерната правна мисъл. Корените на това движение лежат дълбоко в деветнадесетия век. *Bonnecase* смята, че може да види негов предшественик още в *Athanase Jourdan* и в списанието му *La Thémis* (1819–1831)³, а в Германия се споменава понякога в същия смисъл *V. Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*⁴. Всъщност и в единия, и в другия случай са налице по-скоро изолирани прояви на реакция срещу господстващите направления на правната мисъл от първата половина на миналото столетие. Никаква връзка на историческата приемственост не е установена между *Jourdan* и *V. Kirchmann*, от една страна, и новите френски и германски учения за метода на правоприлагането, от друга. Други са, струва ми се, имената, които историята на новите правни доктрини не би могла да отнесе: *Ihering*, *Kohler*, *Bülow* и *Stammler* са между първите от тях.

Да се напише тази история би било крайно интересна и привлекателна задача. В учението за метода на правоприлагането са намерили своето по-близко или по-далечно отражение повечето идейни течения и всички големи юридически доктрини от последните сто и петдесет години. Неговата история би била до голяма степен история на правните идеи и история на еволюцията на правото в една от най-динамичните епохи на модерната цивилизация. Целта на изложението, което следва, е много по-ограничена. То ще трябва да се задоволи с опита да ориентира. И – заедно с това – да спечели предпоставките за едно по-пълно и по-добре изяснено поставяне на проблема за тълкуването в едно догматическо изследване на нашето право. В неговите рамки ще бъде невъзможно – не да се изчерпи, но дори само да се загатне цялото богатство на доктрините, които са се срещали в съвременната борба за правен метод и които са увеличали много от най-добрите представители на европейската правна мисъл от новото време. На повече от отбелязване на централните моменти в тяхните учения не бива да се разчита на това място.

Ръководното положение в развитието на континенталното частно право през времето, което ни интересува, принадлежи на Франция и на Германия. Със старите и с новите доктрини в тези страни ще трябва особено да се занимаем. Но нашето позитивно право е повлияно по-непосредствено откъм други страни. Ние имаме да прилагаме материалноправни норми, които по съдържание до голяма степен се покриват с старото италианско гражданско право. Доколко методите на италианските юристи могат и

*Публикувано в Годишник на Софийския университет, Юридически факултет, том 41, 1946, 1-78, и том 42, 1947, 1-74. Публикува се с любезното разрешение на г-жа Мария Пантева – дъщеря на проф. Апостолов.

¹ *Paul Deschanel* в предговора към *Les méthodes juridiques*, т. XII на *Études économiques et sociales publiées avec le concours du Collège libre des sciences Sociales*, 1911.

² *Rumpf*, *Gesetz und Richter*, 1906, предговор.

³ *Bonnecase*, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 1924, n° 69; и *La pensée juridique française*, vol. 1, 1933, n° 175 сл.

⁴ *Reichel*, *Gesetz und Richterspruch*, 1915, с. 13.

трябва да станат и наши методи, е въпрос от капитално значение за нашето право. За да го разрешим, необходимо е да познаваме и същината и изворите на тези методи. А пътят към изворите им отново води отвъд Алпите, към другата някога голяма средноевропейска страна – към Австрийската империя и нейния граждански законник. За разширяване на кръга на наблюдението и върху австрийската доктрина говори, следователно, нещо повече от обикновената полезност на сравнителноправните изучавания. От своя страна, чл. 9 от Закона за гражданското съдопроизводство, доколкото е заимстван, отправя погледа към Русия. Така, пространствените граници на изследването естествено се разширяват, за да обхванат почти всички по-значителни континентални доктрини.

Под тълкуване на закона в тесен смисъл се разбира изясняване смисъла на неговите текстове. Тълкуването в този смисъл определя границите на така нареченото пряко прилагане на закона. Напротив, правоприлагането по аналогия е резултат на мисловни операции от друг вид. Те не целят да установят съдържанието на законната норма, като разкрият фактическия състав, визиран от нея и правните последици, които тя повелява. Правоприлагането по аналогия е решаване на необхванатите пряко от закона случаи въз основа на ценностни критерии, които законът е санкционирал за други – подобни на тях. Колкото и да се различават обаче прякото прилагане на законната норма и нейното аналогично прилагане, те все пак имат нещо, което ги свързва по-тясно: че и в единия, и в другия случай съдията решава въз основа на мерило, което той извлича не от другаде, а от закона. В основата на решението, намерено по аналогия, лежат пак правните мащаби на закона. Правният принцип, който това решение прилага, е зает също от закона, макар и по друг път. Затова и терминът тълкуване често се употребява в по-широк смисъл: за означаване на всяка дейност, насочена към намиране на правото въз основа на закона. В същия смисъл могат да се срещнат употребени както латинското *interpretatio*, така и немското *Auslegung*. Да се посочват примери е излишно. Те лесно биха могли да се наброят с десетки. Тази двойна употреба на един и същ термин е впрочем, безвредна, докато се държи сметка за различието в същността. Тя е и единственото средство за краткост на едно изложение, в което правонамирането чрез тълкуване в тесен смисъл и правонамирането по аналогия ще трябва често да бъдат предмет на общи изказвания. Като говоря за еволюцията на тълкувателната теория и аз ще употребявам думата тълкуване и в по-широкия смисъл.

Проблемът за юридическото тълкуване е различен от проблема за изворите на правото⁵. Тук развитието на доктрината ще е предмет на по-подробно разглеждане, само доколкото засяга първия от тях. Но двата проблема са тъй тясно свързани и по същината си и в ученията на авторите, че напълно изолираното третиране само на единия или само на другия е практически неprovedимо. То не може да се смята и за желателно. В ученията, с които ще има да се занимаем, заетите становища относно тълкувателния метод са неизменно обусловени от една или друга концепция за източниците на правото. Чрез нея те обикновено се свързват дори с основните проблеми за същността на правото, за идеята на правото и т.н., и то – по начин, който налага тази връзка да бъде поне отбелязана. Понякога тълкувателната теория е бивала изложена по този косвен път на влияния, които са имали решаващо значение за развитието ѝ. Това не е случайност. Наистина, действителността не винаги е отговаряла на представите на някои автори, които са мислели, че тълкувателният им метод произтича с логическа необходимост направо от техните правно-философски учения. Без съмнение е вярно, обаче, че всеки тълкувателен метод предполага, съзнателно или несъзнателно, поне едно определено

⁵ *Ганев*, Извори на правото, тълкуване и приложение, Юридически архив, г. V, с. 203 и сл.; Извори на положителното право. ГСУЮФ, г. XXIX, с. 23 и сл.

учение за източниците на правото. Това от своя страна налага да се разпрострат границите на наблюдението – този път в дълбочина. Да се спази в подобни случаи мярката на необходимото, без да се потъне в безкрая на основните проблеми, е винаги една трудна задача. Тя рядко е бивала изпълнявана съвсем успешно. Аз съм се старал да не се отклонявам поне прекалено много от желаната линия.

Глава първа Ученията на деветнадесетия век

§ 1. Доктрината на абсолютизма на революцията

Поразен от промените, които големите социални сътресения носят със себе си, погледът често не успява да види в истинската му мярка значението на духовното наследство, чрез което миналото тежи даже върху революциите. В действителност и тяхната съдба се определя до голяма степен именно от идеите и формите на времето, което отричат. Френската революция беше наследила от просветения абсолютизъм недоверието към съдията. Историята на това недоверие е започнала обаче много по-рано, с далечния предшественик, който модерният абсолютизъм беше имал в лицето на византийската монархия. Тъй сходен с нея в други отношения, той беше вървял по нейните пътища и при уреждане на правораздаването.

Днес ние знаем малко за тълкувателната теория на класическите юристи и можем да съдим за нея само от косвени указания⁶. Източниците показват недвусмислено обаче, че възходящият абсолютизъм на късната империя още от първите си години е поискал да запази за себе си една прерогатива, която изглежда да е била най-ценният инструмент на класическата интерпретация на правото: правото да се тълкува законът съобразно с изискванията на справедливостта. Една конституция на Константин от 316 г. е постановила, че *inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere* (C. 1, 14, 1). Духът на византийската скованост е завършил това дело в Юстиниановото законодателство. Юстиниан се е погрижил да забрани преди всичко научната разработка на правото: на никакви коментари не е трябвало да бъде позволено да затъмняват смисъла на закона със „своето многословие“. Но и на съдията Юстиниан не е дарявал повече доверие. Не на едно място в неговия кодекс е било постановено, че само нему – на създателя на правото – принадлежи и правото да го тълкува (C. 1, 17, 2, 21 на края; 1, 14, 12, 2 до 5). Спорило се е как трябва да се тълкуват тези текстове. Много често те са били разбирани в смисъл, че изключват изобщо всяка интерпретация от страна на съдията, и тъкмо това им разбиране е оказало значително влияние, върху правното развитие на новото време – от глосаторите насам. Това е било и становището на *Savigny*⁷. Днес като че ли преобладава друго мнение: че Юстиниан е искал да запази за императорската власт само автентичното тълкуване⁸. Кое и разбиране да е правилното, цитираните текстове ще трябва да се признаят за израз на същата основна тенденция – съдията да се ограничи на практика със словесното тълкуване на ясни закон, а решаването на спорните въпроси и доразвитието на правото по пътя на интерпретацията да се съсредоточи в ръцете на императора: *si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari* (C. 1, 17, 2, 21).

⁶ *Stroux*, *Summum ius summa iniuria*, 1926, с. 35 и сл.

⁷ *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, § 48.

⁸ *Siber*, *Römisches Recht*, Bd. 1, 1925, с. 65.

Изглежда, че тази тенденция е неизбежната историческа последица от самата същност на абсолютната монархия. Във всеки случай недоверието към съдията е намерило забележително еднакъв израз в всички големи законодателни инициативи на осемнадесетия век. Един Ордер на Фридрих Велики от 14 април 1780 г. беше запретил на съдилищата и на службите сами да тълкуват закона. В случай на съмнение те е трябвало да се отнасят към нарочната законодателна комисия при кралската канцелария и да чакат решението ѝ. Когато тази комисия би намерила за необходими някакви законодателни промени, тя е трябвало да докладва на краля⁹. Така нареченият Йозефински законник в Австрия от 1786 г., в § 24 на първата си част, е бил не по-малко недоверчив: на съдията е било отречено правото да стеснява или разширява закона под предлог, че има разлика между думите и смисъла му¹⁰. А в ст. 64 на руските Основни закони същата мисъл е стигнала върха на своето законодателно реализиране: „Законите трябва да се изпълняват по точния и буквален техен смисъл ... Всички места ... трябва да основават своите определения на точния смисъл на законите, без да променят в тях нито една буква“¹¹. Тази тълкувателна методика има за необходимо допълнение редовното функциониране на автентичното тълкуване. Всички съмнителни случаи и всички неуредени от закона въпроси се отнасят към една меродавна извънсъдебна инстанция, която ги разглежда, а за разрешаване на собствените си съмнения се обръща към монарха: към *culmen imperiale*. Франция беше организирила системата още с Ордонанса от април 1667 г. Според чл. 2 на първия му титул „ако при решаване на делата, които ще се разглеждат от парламентите и другите съдилища, се окажат известни съмнения и трудности относно изпълнението на някой член от ордонансите, едиктите, декларациите и кралските патентни писма, Негово Величество забранява на съдилищата да ги тълкуват и иска в такива случаи те да се отнасят до Него, за да узнаят намерението Му“¹². Загрижен за точното изпълнение на своята воля, абсолютният монарх е ревнив към всяка автономия и към всяка децентрализация, даже когато те биха се явили във формата на съдийска инициатива при правораздаването.

Историята на тълкуването познава епохи, в които господството на буквалното тълкуване е произтичало от други извори, а не от една абсолютистична държавноправна концепция. Атинската демокрация е преживяла такова време, както и републиканския Рим¹³. Общо наблюдаван факт е, че особено в млади общества и в периоди на упадък на правната мисъл, които дълго са се борили с недостатъците на неписаното право, създаването на по-обширни закони обикновено бива следвано от ярко подчертана склонност към стриктна интерпретация. Този фактор – надценяването на току-що завършената кодификация – сигурно е допринесъл и за отношението на Юстиниан към научното и юриспруденциално тълкуване. Но само с този фактор не биха могли да се разберат крайностите нито на неговата система, нито на системите на европейския абсолютизъм от века на Просвещението. Надценяването на дълго очаквания закон почива на илюзията, че той е съвършен и пълен, че неговите текстове са достатъчна и ясна основа за уреждане на всички бъдещи отношения между гражданите. Буквалното му следване се счита за единствено средство, което може да обезпечи правната сигурност, а правна сигурност е единственото още желано благо, когато в текстовете на закона справедливостта изглежда реализирана поне на книга. Когато по-късно ще

⁹ *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. 1, 5 изд. 1894, § 9.

¹⁰ *Pfaff* и *Hofmann*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 1, 1877, с. 169.

¹¹ *Васьковскій*, Учение о толковании и применении гражданскихъ законовъ, 1901, с. 291.

¹² *Joseph Barthélémy*, De l'interprétation des lois par le législateur, 1908, с. 14.

¹³ *Stroux*, пос. съч., с. 5.

разглеждаме учението на *Laurent*, ние ще видим, че на тази илюзия са ставали жертва дори юристи с опит и талант. Но слепата вяра в закона изобщо не мисли да го изяснява и допълва чрез някакъв административен апарат за авторитетно тълкуване. Людовик XIV едва ли е считал едиктите и ордонансите си за пълни и свършени, когато е предписал съдилищата да се обръщат към него, за да узнаят намерението му в случаи на съмнение. Един друг елемент, а не наивната радост на още неопитния народ получил най-сетне писани закони, е трябвало да влезе в действие, за да доведе до този резултат: духът на централизация и подозрителността на абсолютния монарх към всички, включително и към съдията.

Срещу принципа на монархическото всевластие предшествениците на революцията бяха противопоставили началото на демократическите свободи. За да ги запазят от тиранията, до която фатално води събирането на всички власти в едни ръце, те бяха възприели доктрината за разделение на властите. Би могло да се очаква, че в едно независимо и свободно съдийство те биха потърсили необходимия коректив срещу политическото надмощие на законодателната власт. Вместо това наследеното недоверие към съдията е станало съществената психологическа компонента на една теория, която е смятала, че трябва да брани свободите на гражданите не чрез съдията, а от него. *Reichel* е намерил елементите ѝ още у *Beccaria*: „щаслива е нацията, при която законите не са предмет на наука“, е писал този иначе „толкова напредничав и свободолюбив автор“¹⁴. Големият си представител тази теория е намерила у *Montesquieu*, комуто, изглежда, никое ограничение не се е струвало достатъчно. При републиканското управление съдията трябвало да се ограничи само в това да следва стъпка по стъпка закона. „Съдиите на нацията“ не били нещо повече от „устата, която произнася думите на закона“. Дори правилото „en France, toutes les actions sont de bonne foi“ е изглеждало за тази фанатична доктрина повече подходящо за една монархия отколкото за демократичната република¹⁵. Така две противоположни политически и държавноправни концепции, по различни мотиви, са виждали последователно в една и съща тълкувателна методика необходимия инструмент на своите цели. „Византийският и просветеният абсолютизъм и рационалистическото оправяне на света показват тук едно опасно родство“, е трябвало да пишат по-късно *Pfaff* и *Hofmann* (169).

Идеите на *Montesquieu* са станали идеи на революцията. Робеспьер е бил изразителят им в Конституантата: „Думата юриспруденция трябва да се заличи от нашия език. Тя не означава нищо в нашия режим. В една държава, която има конституция и законодаделство, юриспруденцията на съдилищата не е нещо различно от закона“¹⁶. Трябвало е, прочее, съдията да се ограничи със словесното тълкуване на ясните закони. При съмнение той е трябвало да се обръща, като съдията на монархията, към меродавния източник на авторитетното тълкуване. Такъв не е могла да бъде по-нататък кралската канцелария. Всемогъществото на законодателното тяло е заменило кралското всевластие. Един декрет от 24 август 1790 г. е организиран автентичното тълкуване при законодателната власт и е създал по този начин така нареченото *référé législatif*¹⁷. Така, мислили са тогава, гражданските свободи, спечелени чрез революцията, ще могат да се бранят срещу всяко посегателство от страна на държавата и на нейните органи. Новото общество, още несигурно за придобивките си, смяташе, че тъкмо такива посегателства биха били неизбежната последица на произвола, който лесно би могъл да се скрие зад

¹⁴ *Reichel*, пос. съч., с. 3.

¹⁵ *Montesquieu*, De l'esprit des lois, liv. IV, chap. III и chap. IV, liv. XI chap. VI. В екземпляра, с който работих, не е означена годината на изданието. Затова и не посочвам страницата.

¹⁶ Цитиран по *De Page*, De l'interprétation des lois, vol. 1, 1925, с. 18.

¹⁷ *Qeny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, vol. 1, 2 изд., 1919, и °40.

всяка дискреционна власт, зад всяка свобода на преценка, зад всяко право да се взимат решения, ако то не е ограничено с ясни и точни разпореждания на закона като израз на общата воля.

Ясни закони и съдии, които робски ги следват: ето идеалът на времето. „Гражданинът на Франция“ го е формулирал ясно: „Няма да трябва правни школи, за да обясняват закона, нито професори, за да го коментират, нито речници, за да бъде той разбран, нито казуисти, за да разкриват тънкостите му. Той ще говори език фамилиарен за всички. Всеки ще може да се справи с него при нужда. От другите книги ще го отличава по-голяма простота и по-голяма ясност. Бащата в семейството с текста на закона в ръка ще може без тълкуватели да го преподава на децата си и да скрепи препоръките на личния морал с силата и достойнството на обществената нравственост“¹⁸. Юстиниан вероятно не е имал по-лоши намерения, въпреки че сигурно не си е представлявал толкова проста задачата на законодателството. Времето трябваше да разруши новите илюзии, както беше отнесло някога старите. Тълкувателната теория на деветнадесетия век обаче е родена в техния климат и в атмосферата на недоверие към съдията.

§ 2. Code civil и неговите коментатори

Влизането в сила на гражданския законник е укрепило здраво другия основен стълб на позитивизма на френските цивилисти от деветнадесетия век: идеята за пълнота на закона, т.е. идеята, че гражданското право е изчерпателно уредено от законника.

Познато е въодушевлението, с което дълго очакваната кодификация е била посрещната във Франция. Не само гордостта на Наполеон е виждала в нея своето най-голямо дело¹⁹. Юристи и неюристи са били единодушни в своята преценка за кодекса. Нищо, струва ми се, не изразява по-добре общите настроения на първите години от речта, която *Bigot de Préameneu* и е произнесъл в законодателното тяло на 23 август 1807 г. по повод предложението законникът да се преименува в Code Napoléon: „Това е едно завършено дело; това са скрижали, чрез които ние ще дадем на съседните народи пример за религиозен респект“. Идеята за пълнота на закона е естественият продукт на тези настроения в едно време, което е чакало от кодификацията не само унифициране на частното право, но и освобождаване от онова състояние на правна несигурност, което е карало народа да се моли Бог да го пази от справедливостта на парламентите. Само тъй може да се обясни обстоятелството, че в твърде непродължително време тази идея е намерила прием и е добила значение, които далеч са надхвърлили преценките на самите редактори на кодекса. В своята *Discours préliminaire Portalis* изрично е обяснявал, че много въпроси е трябвало по необходимост да се оставят неуредени от законника, за да ги разрешат обичаите, разискванията на просветените хора и преценката на съдиите²⁰. Доктрината на следващите десетилетия не е споделяла този скептицизъм и за нея пълнотата на кодекса е била абсолютна, поне от гледището на действителните нужди на практиката.

Geny е намерил типичния израз на тази доктрина в едно изложение на *Blondeau* до академията за морални и политически науки от 1841 г.: източник на правото бил само законът; фалшиво и недопустимо било всякакво позоваване на прецеденти и авторитети,

⁹ *Bentham*, *Traité de législation civile et pénale*, 3 изд., Bruxelles, 1840 (в *Oeuvres de Jérémie Bentham*, t. 1), с. 342.

¹⁹ *Récit de captivité*, t. 1, с. 401, цитирано по *Alvarez*, *Une nouvelle conception des études juridiques*, 1904, с. 35. От него е зает и следващия в текста цитат от *Bigot de Préameneu*.

²⁰ Виж *Saïeilles*, *Le code civil et la méthode historique*, *Le Code civil, Livre du centenaire*, t. 1, 1904, с. 100.

на обичаи, непризнати изрично от закона, на чувството за справедливост или на идеята за общо благо, на правните поговорки и пр. Неговият съвременник *Demante* е бил на същото мнение: „Правото, е писал той, това са законите в тяхната общност; идеята за правото е съществено свързана с тази за закона; съобразността със закона се изразява чрез прилагателното право“²¹. Към това време трябва да се отнесе и прочутата фраза, приписвана на издателя на *Pothier Jean Joseph Bugnet*: „Аз не познавам гражданско право; аз преподавам Наполеоновия кодекс“²².

Този език са говорели и останалите автори на епохата. „Текстовете преди всичко!“ се е провиквал *Demolombe* в предговора, от 1845 г., към първото издание на своя Курс по Наполеоновия кодекс²³. И в неговите очи правото не е нищо друго, освен сборът от правилата, санкционирани от законодателната власт. *Mourlon* е бил готов да приеме, че от „философско гледище“, човешките закони невинаги осъществяват естественото право. „Но за магистратите, за съдиите, нашето определение е безпогрешно: за тях правото се състои единствено в общността на законите, които законодателят е установил, за да уреди споровете, произтичащи от конфликтите на интереси“²⁴. В самия край на столетието *Huc* и *Baudry-Lacantinerie* са били още верни на тази доктрина²⁵. Сам *Acollas*, бунтовникът срещу господстващото мнение и борец срещу *L'esprit légiste*, се е смятал длъжен да признае, че мисълта на действащата кодификация не допуска дори една юриспруденция *iuris civilis adiuvandi vel supplendi gratia*²⁶.

Наистина, задължителното *référé législatif* е било отменено, а *code civil* е съдържал известния чл. 4: „Съдията, който ще откаже решение под предлог на мълчание, неяснота или недостатъчност на закона, ще може да се преследва като виновен за отказ на правосъдие“. В този текст законодателят сам е предположил, че празнини в закона са възможни, и той е станал по-късно най-силното позитивноправно средство в борбата срещу доктрината за пълнотата на закона. Авторите не са го забравяли. Но те са били на мнение, че чл. 4 има пред вид една чисто теоретическа хипотеза, която едва ли би могла да се осъществи на практика. Характерно е в това отношение едно често цитирано изказване на *La Valette*: „Толкова много се е законодателствувало през последните седемдесет години, че би било странно да се намери случай, останал съвсем извън разпорежданията на законодателя“²⁷. Така е мислел и *Mourlon*: „Този случай ще бъде много рядък в практиката; нашите закони са тъй многобройни и подробни, принципите, които те постановяват, са тъй широки и плодотворни, че човек е почти сигурен, стига да има малко упражнен ум, че ще намери в тях основанията за едно правно решение, каквато и да е природата на случая, който трябва да бъде разрешен“.

Комбинираното действие на кодификацията, на метода на словесното тълкуване и на идеята за пълнота на закона би могло да доведе френската правна наука от деветнадесетия век до състояние на пълна неподвижност, изключваща всякакво правно развитие. В действителност това не е станало и големите коментари върху Наполеоновия кодекс далеч не се изчерпват с безлично перифразиране на текстовете му. *Beccaria* не би могъл да завиди на френския народ за щастието да няма правна наука, дори в времето, което непосредствено е последвало създаването на законника. Причината е, че

²¹ *Demante*, Cours analytique de Code civil, t. 1, изд. 1 и 2, първото издание е от 1849 г.

²² *Geny*, пос. съч., n° 13; *Bonnecase*, Ecole de l'exégèse, цит., n° 12.

²³ *Demolombe*, Cours de Code Napoléon, t. 1, с. IV на изданието от 1880 г.

²⁴ *Mourlon*, Répétitions écrites sur le Code civil, t. 1, 3 изд., с. 3.

²⁵ *Huc*, Commentaire théorique et pratique du Code civil t. 1, n° 6, 7, 177, 178; *Baudry-Lacantinerie*, Précis de droit civil, t. 1, n° 101.

²⁶ *Acollas*, Manuel de droit civil, t. 1, 2 изд. 1874, Introduction, с. XXII.

²⁷ *Geny*, пос. съч., n° 12; *Bonnecase*, La pensée цит., t. 1, n° 237; *Renard*, Le droit, la logique et le bon sens, 1925, с. 344.

преобладаващата френска цивилистика никога не е прокарала на дело принципа на словесното тълкуване с онази строгост, с която биха желали да го видят реализиран Монтеско, Робеспьер или Бентам. Здравият смисъл е подсказал една средна линия, която, без да отива открито срещу наследените предразсъдъци, е умеела да смекчи непоносимото на тяхните консеквенции. Още от самото начало принципите и осъществяването им не са стояли напълно в хармония. Затова са повлияли главно два фактора.

На първо място, както често е изтъквано, юристите от генерацията на първите тълкуватели на кодекса, завършили своето образование и подготовка още в стария режим, са били твърде много проникнати от духа на традицията, за да могат да изолират принципите на новия законник от тяхната история и да гледат на него като на единствено начало и извор на всяко право. Най-значителния от тези юристи – *Merlin* е и най-яркият представител на традиционализма на преходната епоха²⁸ *Laurent* го е упреквал дори, че често се е оставял да бъде измамен от авторитета на римското право, и се е надявал, че неговите грешки ще послужат за поука на бъдещите тълкуватели²⁹.

На второ място е стояло влиянието на юриспруденцията. Колкото повече столетието се е приближавало към средата си, толкова по-силно е ставало това влияние. Отначало несмело, а впоследствие, с течение на времето, все по-твърдо и решително, практиката на съдилищата, по-гъвкава и по-чувствителна за нуждите на живота, е предприела едно дело на доразвитие и приспособяване, за което не са били достатъчна опора нито традиционните доктрини, нито логическото дедуциране от словесния смисъл на текстовете. В сборниците от съдебни решения то е намерило своето вярно отражение. А с увеличаване значението и обема на тези сборници³⁰, раздвоението между доктрина и юриспруденция е станало явно за всички. Още в 1845 г., в цитирания предговор към своя курс върху Наполеоновия кодекс, *Demolombe* е бил готов да признае, че винаги е съжалявал за този „развод“ между теория и практика (IV). Някои правни списания са отделили особено място за „научно изследване“ на юриспруденцията. Бележити юристи са се посветили почти изцяло на коментиране на съдебните решения, начело с големия „аретист“ – *Labbé*. И ако цялото това движение е било за *Laurent* само едно основание повече, за да обвини юриспруденцията в липса на принципи (86), преобладаващата доктрина, е била много по-податлива за внушенията на практиката. А и по законите на своето вътрешно развитие тя естествено се е стремяла към развитие и обогатяване.

Трябвало е да се преодолее двойната разделеност: раздвоението между наследената от революцията тълкувателна теория и, по-свободния маниер на тълкуване, който авторите сами са си позволявали при работата с отделните институти, и раздвоението между тях и по-смелата юриспруденция. Пътят е бил намерен, чрез преодоляване на словесното тълкуване, в идеята че тълкувателят има за задача да разкрие „духа на закона“. Духът на закона е бил противопоставен на буквата на текстовете. Коментаторите са започнали да търсят „истинския смисъл“, който оставал скрит за „юдаическото тълкуване“. *Demolombe* (n° 115) и *Demante* (n° 25), *Mourlon* (n° 66), *Aubry et Rau*³¹ и *Baudry-Lacantinerie* (n° 101) единодушно са подчертавали, че тяхната цел е да изяснат „мисълта на закона“. Това е методиката на историческото тълкуване, която се стреми да възстанови волята на законодателя, мислена като определена психологическа даденост. Подготвителните материали и правната традиция са главните ѝ източници.

²⁸ *Geny*, пос. съч., n° 9; *Charmont et Chausse*, Les interprètes du Code civil, в Livre du Centenaire, цит. съч., t. 1, с. 140 и сл.

²⁹ *Laurent*, Предговор към Cours élémentaire de droit civil, с. 90 на изданието от 1887 г.

³⁰ Виж *Meynial*, Les recueils d'arrêts et les arrêstistes, в Livre du Centenaire цит., t. 1 с. 175 и сл.

³¹ *Aubry et Rau*, Ccnrs de droit civil français, t. 1, 6 изд., 1936, § 40.

Необходимостта да се схване „волята на законодателя“ като единно и непротиворечиво цяло е водела до увеличаване значението и на така нареченото логическо тълкуване, при което са започнали да играят първостепенна роля както извличането на общи принципи чрез средствата на индукцията, така и дедуцирането от тях на логическите им последици. Изоставено е било само словесното тълкуване. Принципите за вярност към закона и за неговата пълнота е изглеждало да властвуват все тъй непоклатимо.

Но „намерението на законодателя“ особено когато се касае за модерните конституционни закони, е величина често неопределена и неуловима. В много случаи подготвителните материали са неясни или дори изглежда да подкрепват противоречиви разбирания. Традицията може да мълчи или да не отговаря на текстовете. Новият метод е откривал широко вратите за предположения, за съмнителни вероятности, за недоказуеми твърдения, за предпочитания, които се ръководят не от исторически проверимото, а от желаното на практика. Несигурност и известен субектизъм са били неизбежните последици. При по-малко исторически скрупули в „намерението на законодателя“ е било лесно да се вложат идеите на неговия тълкувател. *Demolombe* го е казал достатъчно открито: тълкуването можело понякога даже да заеме на законодателя възгледи и намерения, които той не е имал, по-добри или по-лоши от неговите; но то не трябвало да има претенцията, че ги е изобретило; инак, то нямало да е вече тълкуване (n° 115).

Нищо струва ми се не рисува по-добре сега разглеждания метод от несполучилия опит на *Laurent* да ѝ се противопостави. Голямото дело на тази неуспяла съпротива са тридесет и двата тома на неговите „Принципи на френското гражданско право“, добре познати и у нас. Обаче неговото верую относно проблемите на тълкувателния метод се съдържа в цитирания вече обширен предговор от 1877 г. на Елементарния му курс, предназначен за студенти. „Кодексите, е писал *Laurent*, не оставят нищо на произвола на тълкувателя; той няма за задача да създава право, правото е създадено (9). . . Някой ще каже, че в текста може да не е изразена волята на законодателя. Това е вярно, но който го твърди, трябва да го докаже (13). . . Ясен ли е текстът, той се слива с духа на закона. Не е възможно подготвителните работи да казват нещо различно от текста. А ако го казват, те трябва да се отстранят, защото никой не бива да се позовава на една несигурна воля, срещу сигурната воля на ясения текст. Традицията е още по-несигурна от подготвителните работи, понеже тя е едно обичайно право, неудобно, защото не е писано (15). . . Да се отклони съдията от закона, би значило да се смесват властите, които нашите конституции разделят, а те ги разделят, за да се даде на гражданите гаранция за безпристрастно правосъдие. *Vacon* е казал, че най-добри закони са онези, които оставят най-малко място за произвола на съдията (54)... *D'Argentré* казва, че е глупава мъдрост онази, която иска да е по-мъдра от закона (55). . . Тълкувателите на кодекса са тръгнали по лъжлив път: те пренебрегват текста на закона или се отделят постоянно от него, за да търсят това, което те наричат дух на закона, и което едни вярват, че намират в традицията, други – в подготвителните работи, трети – в естествената справедливост, и, накрая, този претендиран дух на закона не е нищо друго, освен личното мнение на всеки тълкувател (6). . . Така тълкувателите забравят, че има текст който ги обвързва, на който те са робини (7). . . Те искат да променят закона, да го поправят, да го усъвършенстват по пътя на тълкуването; затова им е нужно да се отделят от текста и да му дават значение различно от това, което следва от буквата на закона (35). . . При това мотивът, който движи тълкувателите, не е винаги да се усъвършенства правото (64). . . Нововъведенията, които те предлагат, са често дело на суетност (65). . . Така правосъдието става шанс и лотария (76)“.

Към тези цитати аз нямам какво да прибавя. Те говорят красноречиво и за

консервативните настроения, които възстават срещу практикувания от мнозинството метод, и за нейната характерна черта: за онази привидна вярност към закона, която, за да спаси догмата, че законникът е пълен, произволно приписва на „духа“ му личните схващания на тълкувателя.

Дотук е завършило развитието на традиционната френска доктрина на деветнадесетия век. Както вече отбелязах, в него могат да се различат, повече или по-малко ясно очертани два последователни периода. По-старите автори са се ограничавали предимно с екзегеза в тесния смисъл на думата. По-новите са работили повече с догматичната метода³². И едните, и другите са вярвали, че прякото приложение на закона е достатъчна основа за разрешаване на огромното мнозинство от случаи, пред които гражданският съдия може да се види изправен. За немногобройните, по тяхното убеждение, хипотези, в които би могло да се окаже, че това пряко прилагане на закона не стига, те са смятали, че разполагат със също така сигурно средство годно да отстрани всички трудности: аналогията. Това е било особено ясно изразено от последните привърженици на традиционното учение – от *Huc* (n° 178) и от *Baudry-Lacantinerie* (n° 199 и сл.). С тази своя вяра в пълнотата на закона, френската цивилистична теория на деветнадесетия век, наистина е останала, във всичките си форми, „школа на екзегезата“ в широкия смисъл, който *Vonnesse* иска да вложи в това понятие.

Но заедно с това трябва да се подчертае още един път, че в много случаи вярността към закона е била само привидна. Търсейки „намерението на законодателя“, господстващото мнение често не се е стеснявало да вложи в него съдържания, които са били съвършено чужди и на психологическата воля на лицата, участвали в създаването на закона, и на по-далечната история на тълкуваните норми. Попълването или дори заобикалянето на закона чрез позоваване на едно недоказуемо намерение на законодателя е предимно френската форма на едно явление, което *Fuchs* е нарекъл по-късно крипосоциология, т.е. прикриване на правилното и свободно избрано решение под формата на тълкуване, което в действителност не отговаря на меродавното съдържание на закона. У по-късните немски пандектисти на същата цел е служила така наречената „юриспруденция на понятията“. Нейният метод *Heck* е критикувал като „инверсионна“. Със същността ѝ ще трябва да се занимаем впоследствие. Най-общо казано, тя се състои в произволно образуване на общи понятия и в извличане от тях на изводи, които не отговарят или поне не се основават на действително санкционирани от закона мащаби за ценност. Подобна роля са изпълнявали в немската доктрина от онова време и правните конструкции. Същинска юриспруденция на понятията и на конструкции не е била никога последователно практикувана във Франция. Нейното преодоляване не е било за френските юристи проблем със значението, което то е имало за германската наука. За тази първа разлика между френския и германския правен позитивизъм от деветнадесетия век трябва да се държи сметка, ако се желае да се разбере правилно и смисъла на борбата за нови методи в двете страни и по-късното ѝ развитие. На тази разлика е наблегнал, впрочем, и *Geny* в своето изложение за „традиционната“ тълкувателна теория (n° 22 и сл.).

Другата разлика е в разбирането на пълнотата на закона. За мнозинството от френските юристи на деветнадесетия век идеята за пълнотата на закона е била просто практическа последица на кодификацията и на изобилното по-късно законодателство. Тези юристи не са отрекли, че е поначало възможно да се явят и случаи, за които разпорежданията на установеното право да не съдържат потребното разрешение. Тази възможност им се е струвала, обаче, както посочих и по-горе, само теоретическа, лишена от практическо значение, и затова са я отминавали почти без разглеждане. По-други са

³² Подробности в цитираната студия на *Charmont* и *Chausse*.

били разбиранията в това отношение на господстващата немска пандектна теория от края на столетието. Нейният позитивноправен материал се е състоял преди всичко от реципираното римско право и от юридическия обичай. За надценяване на практическото съвършенство на закона тук, естествено, не е имало място. Напротив, известно е, че едно от първите проявления на историческата школа е била именно нейната съпротива срещу преобладаващата в осемнадесетия век тенденция към кодифициране на частното право. Немският позитивизъм не е разбирал пълнотата на закона в смисъла, който тази дума беше имала, например у *La Vallette*: в смисъл, че модерният законодател е успял да предвиди и да уреди всички мислими практически хипотези. Формулата, че законът е пълен или „логически затворен“, е в Германия само друг израз за една догма, която отива до най-дълбоките основи на правото и която предполага едно определено учение и за същината му и за неговите извори: догмата, че няма друго право извън положителното право, тъй както то е дадено в позитивноправните източници, и че, следователно, каквато и да е степента на неговото съвършенство, то трябва да се третира като завършено цяло, в което е единствено позволено да се търсят елементите на необходимите за живота разрешения.

В тази догма германският позитивизъм е виждал решаващо оръжие в борбата срещу доктрините на естественото право. Историческата школа е отрекла поначало естественото право. И понеже според нейните привърженици мисълта за празнини в позитивноправния ред неминуемо би довела поне до частично възкресяване на естественоправни идеи, за тях е било необходимост да приемат, че от особените принципи на всяко позитивно право могат да се извлекат, чрез съответни логически операции, норми за уреждане на всички мислими случаи и положения. Френските юристи от деветнадесетия век не са били и не са могли да бъдат отрицателно настроени срещу естественото право. Ехото на историческата школа е стигнало и във Франция. Но френският деветнадесети век е вярвал твърде много поне в политическата свобода, в собствеността и в семейството, за да допусне, че наистина няма абсолютни и вечни принципи. И най-позитивистично ориентираните системи са запазвали за естественото право поне малко място³³. А при мисълта, че между неговите изисквания и позитивния закон може да настъпи конфликт, те са намирали изхода в старата компромисна и не много изяснена формула на *Pothier*: че на практика естественото право има само субсидиарно действие и че неговото същинско царство е съдът на съвестта.

§ 3. Историческата школа и правният позитивизъм в Германия

Още преди *Savigny*, в самото начало на деветнадесетия век, тълкувателният метод е била предмет на две обширни специални изследвания в Германия: на *Thibaut*, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, 2 изд. 1806; и на *Zachariae*, *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts*, 1805. Едновременно със *Savigny* тя е била разгледана от *Kierulf* в неговата *Theorie des gemeinen Civilrechts*, 1839. В периода между *Savigny* и края на века са били публикувани монографиите на *Krug*, *Die Grundsätze des Gesetzesauslegung in ihrer Anwendung auf die neueren deutschen Strafgesetzbücher* 1848; на *Lang*, *Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts*, 1857; и на *Burchardi*, *Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung*, 1866. Пак тогава за тълкуването е отделил особено внимание *Wächter*, главно в *Handbuch des im Königreiche Wurtemberg geltenden Privatrechts*, 1842, а в другите общи съчинения от онова време то често е било грижливо изследвано. Силен тласък на развитието е дал *Ihering*, и то – в едно направление, срещу

³³ *Demante*, n^{os} 4 и сл.; *DemoLombe*, n^{os} 5 и сл.; *Laurent*, n^o 8; *Anbry* и *Rau*, § 2; *Huc*, n^{os} 7 и сл.; *Baudry-Lacantinerie*, n^o 1.

което по-късно сам е възстанал (по-долу с. 18). Още в 1842 г. *Schaffrath* се е противопоставил на господстващата субективна тълкувателна теория в *Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze*, 1842. След няколко други изказвания в същия смисъл, „обективното тълкуване е намерило убедени привърженици в лицето на *Binding*, на *Wach* и на *Kohler* – основателите на модерната обективна теория, на която ще се върнем по-късно. От гледището главно на противопоставянето между обективно и субективно тълкуване, цялото това развитие е било проследено в 1899 г., в сбито, но ясно изложение, от един шведски наблюдател – *Reuterskiöld*, *Über Rechtsauslegung*, Upsala, 1899, с. 3 до 48.

При разстоянието, което днес ни дели от историческата школа, би било, може би, интересно и полезно да се проследи още веднаж цялата тази литература. Едно такова изследване би показало, струва ми се, че някои от критиките, които са били отправяни срещу историческата школа, без да са напълно лишени от основание, все пак са имали очи повече за нейните недостатъци, отколкото за заслугите ѝ. За целите на настоящата работа то не е потребно. По-далечните исторически справки са нужни на това място единствено, за да се изясни начина, по който в по-ново време е бил поставен проблемът за тълкуването на законите. За тази цел е достатъчно да се посочат изходните точки и да се очертаят крайните форми на германския правен позитивизъм. За първото изборът е по-лесен. Необходимият материал трябва да се търси преди всичко у *Savigny* и в неговата тълкувателна теория. Колкото се отнася до заключителните стадии на развитието, *Windscheid* и *Bergbohm* трябва да се третират, мисля, като негови най-типични изразители. На *Windscheid* късната пандектна теория дължи капиталното си дело – прочутия учебник по пандектното право. А нейният позитивизъм е намерил своето най-пълно теоретическо изяснение и безкомпромисно провеждане в *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* от 1892 г. на балтийския немец *Carl Bergbohm*.

Току-що цитираният *Bergbohm* е писал, че е изобщо невъзможно да се изброят противоречията у *Savigny* и у *Puchta*. Може би това е едно преувеличение. Истина е, обаче, че поне в учението за източниците на правото и за неговото тълкуване *Savigny* е застъпил последователно становища, които отчасти пряко са си противоречели, а отчасти са съдържали зародишите на противоречиви доктрини. Затова не е чудно, че, след като позитивизмът беше изградил своето учение с елементи заети от *Savigny*, някои по-нови юристи са сметнали, че могат да намерят в същия извор вдъхновение за една антипозитивистична теория. Между тях в Франция е бил *Saleilles*. А в Германия *Manigk*, защитавайки *Savigny* срещу атаките на модернизма, е твърдял, че „модерното правно схващане, което освобождава по възможност съдията от закона и препраща към реалностите на живота, не е нищо друго, освен едно особено доразвитие на историческия правен принцип”³⁴. Две основни положения в доктрината на *Savigny* трябва, прочее, последователно да се отбележат: учението, че правото е една проява на народния дух, и учението, че дейността на модерния съдия е ограничена само в вярно следване на закона и обичая. Едното и другото са подробно развити в „Системата на днешното римско право”³⁵, към която отправят следващите посочвания в текста.

1. „Позитивното право, е писал *Savigny*, живее в общото съзнание на народа, и затова ние трябва да го наричаме народно право“ (14). Народният дух, който живеел и действал общо у всички индивиди, създавал позитивното право, така че не случайно, а по необходимост едно и също нещо било право за съзнанието на всеки един (14). Поначало правото се създавало непосредствено в съзнанието на всички членове на народа. Особената форма на така създаденото право не била абстрактната форма на

³⁴ *Manigk*, *Savigny und der Modernismus im Recht*, 1914, с. 12.

³⁵ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840.

отделни правила за поведение, но живото и непосредствено цялостно възприемане на правните институти в тяхната органическа връзка. Само когато възникне нужда тези правила да се осъзнаят в тяхната логическа форма, те бивали образувани, като отделни абстрактни правила, чрез един изкуствен процес (16).

Външно, правото се проявявало преди всичко в обичая. Но и обичаят бил само признак за позитивното право, а не основание за неговото възникване (33). Твърдението, че упражняването на народното право в отделни случаи трябва да се третира като средство за неговото познаване, се отнасяло само до посредственото познаване, необходимо за онзи, който разглежда това право отвън, без сам да принадлежи към членовете на общността, в която народното право е възникнало и води своя траен живот. Последните нямали нужда да извличат правото от отделните случаи на неговото упражняване, тяхното познание произтичало от едно непосредствено и живо възприятие (38). Обичаят бил, прочее, само проявна форма на самото право, на народното правно убеждение. Другите две проявни форми на това право били законът и така нареченото „научно право“. Появата на тези две форми се дължала на два реда причини. От една страна – на нуждата позитивното право да бъде облечено в формата на абстрактни правила. От друга страна – на обстоятелството, че с развитието на обществата и с постепенната диференциация в занимаванията на техните членове непосредственото създаване на правото от общността на народното съзнание ставало по-мъчно. То можело даже напълно да изчезне накрая, ако поради влиянието на същите причини, не се създавали особени органи за тази цел: законодателството и правната наука (17 и сл.) Все пак, законът бил само възплъщение на правото, което той в същност предпоставял. Законът бил „позитивно право възплътено чрез езика и снабдено с абсолютна власт“ (39). Наличното народно право образувало неговото съдържание и, което е все едно, законът бил орган на народното право. Който се съмнявал в това, трябвало да мисли, че законодателят стои извън нацията, а той, напротив, стоял в нейната среда и концентрирал в себе си нейния дух, нейните разбирания и нейните нужди, така че ние трябвало да гледаме на него като на истински представител на народния дух (38). Такъв представител било и съсловието на юристите. В особеното съзнание на това съсловие намирало продължение и своеобразно доразвитие правото на народния дух. Неговата теоретическа форма били книгите и устното преподаване, а практическата му форма – решенията на съдилищата (45 и сл.).

Когато, в светлината на тези основни идеи, *Savigny* е говорел за пълнота на позитивното право, това е означавало само, че не може да се явят случаи, за които народното правосъзнание да не съдържа известно разрешение: „навсякъде, където едно правоотношение се осъзнава и поставя на разглеждане, едно правило за него е вече отдавна налице, и няма да е нито нужно, нито възможно то тепърва да се намира“ (14). С други думи, пълнота на позитивното право означава тук пълнота на народното правно съзнание. Напротив, законът и обичаят, като негов несъвършен и изкуствен продукт (13 и сл.), би трябвало да се смятат поначало за непълни. Само така и „научното право“ би получило действителен смисъл и значение. При празнини на закона или на обичая или при случаи, в които те са в разрез с народното правосъзнание, би трябвало да се позволи на решенията на съдилищата – „практическата форма на научното право“ – да черпят направо от народния дух или от правното съзнание на особения му орган – съсловието на юристите. Ако би останала вярна на основната си концепция, историческата школа по необходимост би стигнала до тези изводи. Опитът на *Manigk* да установи, че изискванията на модерните учения са само доразвитие на идеи изразено по-рано от *Savigny*, е едно доказателство за това.

2. *Stammler* е отбелязал, че учението на историческата школа за народния дух е

само особена проявна форма на вярата в духове, характерна за светогледа на романтиката³⁶. Ако е така, ще трябва да се признае, че, стъпила веднъж върху реалната почва на правоприлагането, историческата школа твърде бързо е изоставила романтичната си вяра. Първото отстъпление е направил самият *Savigny*. В неговото учение за тълкуването и прилагането на правото не става вече дума за това, че народният дух, като живее и действа в съзнанието на всички, по необходимост им налага да смятат едно и също нещо за право, и че благодарение на своята приобщеност към народното правосъзнание истинският член на народната общност пряко възприема правото и няма нужда да го разкрива чрез неговите проявления в обичая. Науката не се третира по-нататък като орган, комуто, наред с законодателството, е възложено да създава право в напреднали стадии на правно развитие и обществена диференциация. А и законът не е бил ограничен само в скромното положение на откъслечен и несъвършен израз на единното позитивно право. Напротив, той решително е заел отново своето място на абсолютен и почти пълен господар в полето на практическото правоприлагане, оставяйки много малко място за обичая и почти никакво – за „научното право“. „Когато, е писал *Savigny*, с постепенното развитие, правотворческата сила на народа в неговата цялост започне да отслабва, тя продължава да живее в органите му“ – в законодателството и в науката. По такъв начин можело да се случи народното право да бъде почти напълно закрито от закона и от науката, и да се забрави истинския му произход (50). От тази грешка *Savigny*, изглежда, е желал да предпази юристите. И все пак в основата на неговото учение за правоприлагането е легнало едно понятие за позитивното право, чрез което то е застанало тъкмо на становището, от което погледът твърде лесно губи „истинския извор на правото“. Съдържанието на това ново понятие за позитивното право се изчерпва именно с правото на така наречените формални правни източници (66 и сл. и 290 и сл.).

Само по себе си отстъплението на историческата школа от нейните изходни позиции би могло да се ограничи само в плоскостта на основните концепции. От гледището на практическата юриспруденция промяната би могла да не се почувства, ако правната наука на дело би получила значението на източник на правото равностоен с закона. По-свободни и по-гъвкави, доктрината и юриспруденцията биха успявали в такъв случай лесно да дадат формална санкция на всяко укрепено в народното правосъзнание убеждение, което още не е намерило израз в закона или в юридическия обичай. Колкото се отнася до „днешното римско право“, обаче, *Savigny* е бил далеч от мисълта да възложи на правната наука една толкова значителна задача. Той не е бил готов да ѝ признае дори положението, което тя някога беше имала в Рим. „Наистина, е писал той, римските юристи са имали по-непосредствено в ръцете си развитието на правото“ (298). Положението на модерните юристи не било същото. Такова влияние не им било предоставено (326).

„Според чистото понятие за неговата служба“ на съдията принадлежало само правото да тълкува (322), а тълкуването се състояло само в това, че тълкувателят мислено се поставял върху становището на законодателя и изкуствено повтарял в себе си неговата дейност, т.е. отново създавал закона в своята мисъл (213). Целта му била да установи истинското съдържание на законодателската воля. Ако тази воля не е намерила точен израз в буквата на закона, ако словесният му смисъл не отговаря на мисълта на неговия автор, тълкувателят имал право да извърши необходимата поправка. Това било същината на ограничителното и на разширителното тълкуване. То предполагало именно, че е налице една определена мисъл намерила несъвършен израз (231). Но то било поправяне само на буквата на закона, не на мисълта на законодателя. Няма да

³⁶ *Stammler*, Rechts - und Staatstheorien der Neuzeit, 2 изд., 1924, с. 50

съставлява тълкуване една дейност, чрез която би се целяло поправяне на самата мисъл на законодателя (235). Тълкуване, което би се заловило да поправя не просто буквата на закона, т.е. неговата привидност, но действителното му съдържание, щяло да се постави над законодателя и щяло да излезе извън границите на собственото си призвание. То нямало да е вече тълкуване, а доразвитие на правото. Едно такова объркване на границите между съществено различни дейности било достатъчно формално основание, за да се отхвърли изцяло този вид тълкуване, и, съобразно с чистото понятие за неговата дейност, да се откаже на съдията власт да го извършва (235, 238, 239, 240, 298, 322, 326).

Допустимото поправяне на буквата на закона трябвало да става на историческа основа (231). В това отношение историческите познания били от първостепенна важност. Трябвало да се държи сметка също и за вътрешната връзка между всички отделни постановления на действащото право, защото те образували органическо единство (225). Обаче вътрешната стойност на резултата, до който води тълкуването, т. е. неговата целесъобразност, не можела нито да определя познанието на закона, нито да послужи като основание за поправяне на неговата буква. Върху това не можело да има никакво съмнение (240). Защото било ясно, че във всяко тълкуване с оглед на вътрешната стойност на резултата би се съдържало не едно изравняване на израза с мисълта, а опит да се подобри самата мисъл. Разбира се, съдържанието на позитивното право, тъй както то е разкрито чрез установяване мисълта на законодателя, можело да се окаже недостатъчно за разрешаване на всички случаи. В този смисъл на думата, в позитивното право имало празнини. Това ни изправяло пред проблема, по какъв начин се запълват тези празнини. Според някои автори съществувало едно общо нормално право, естественото право, което стояло до всяко позитивно право, като субсидиарен източник за попълване на неговите празнини. Едно друго мнение приемало, че позитивното право притежава органическа творческа сила, и че то се попълва само от себе си (290). Това схващане било правилното. Отношението между добитите по такъв начин правни положения и наличното позитивно право се наричало аналогия. Чрез нея трябвало да се запълни всяка констатирана празнина (291).

Цитираните изказвания на *Savigny* крият вече в себе си всички съществени елементи на бъдещата доктрина на правния позитивизъм. Няма друго право освен позитивното. Позитивното право се изчерпва с нормите, получили санкцията на формалните правни източници – закона и обичая. Дейността на съдията се състои само в прилагане на наличните позитивноправни норми към конкретни случаи. Това става чрез логическа операция, в която правната норма има значението на голяма предпоставка, съждението за наличността на конкретния фактически състав заема мястото на малка предпоставка, а съдийското решение образува заключението на силогизма. Съдържанието на нормите се разкрива чрез тълкуване. Самото тълкуване е познавателна дейност, която има за задача да разкрие мисълта на законодателя, вложена в думите на закона. В това отношение то се покрива напълно с така нареченото филологическо тълкуване. Позитивното право, понеже е предназначено да се прилага, не търпи противоречия и трябва да образува логично единство. С оглед на това тълкуването може да се отклони от историческия смисъл на законния текст, ако то е нужно, за да се отстрани едно противоречие. Тълкувателят няма право обаче да вземе за ръководен критерий при тълкуването вътрешната стойност на резултата, защото, тръгнал по този път, той лесно би могъл да премине от същинско тълкуване към поправяне и доразвитие на правото и по този начин да излезе извън границите на своите правомощия. Позитивното право е не само единно, но и пълно. Доколкото известни случаи не се покриват от прякото прилагане на позитивните норми, може да се говори за празнини. Тези празнини могат и трябва да се запълват само чрез прилагане по аналогия на

нормите на самото позитивно право, като се изхожда пак само от прогласените от него принципи. При правоприлагането по аналогия дейността на съдията се изчерпва в логическо доразвиване на правото на формалните правни източници: от него, чрез индукция, се извличат общи принципи, под които впоследствие се субсумират и случаите неуредени пряко от закон или обичай.

За по-късната историческа школа е останало само да проведе последователно тези принципи и да отстрани от учението на основателите ѝ онези елементи, които биха стояли като чужди тела в образуваната по този начин органическа система. На практика това е било направено в класическия учебник на *Windscheid*³⁷. Разумът на народите е бил за него само „последният извор на всяко позитивно право (78), а не самото позитивно право. Не всяко народно правно убеждение създавало право, но само онова, което притежавало достатъчно енергия, за да въздейства определящо върху образуването на правните отношения“ (79, заб. 2). Източници на позитивното право били само обичаят и законът. На „правното убеждение на юристите“ трябвало да се признае единствено значението на елемент в образуването на обичайното право (88 и сл.). Задачата на тълкуването била да установи, „какъв смисъл е свързал законодателят с избраните от него думи“ (97). За тази цел – дори изразите са почти тия на Savigny – било необходимо тълкувателят мислено да се пренесе в душата на законодателя (99). Празниците трябвало да се запълват не от естественото право, както някои са твърдяли по-рано, но от „духа на цялостта на позитивното право“ (107), по пътя на аналогията. А задачата на науката била да разработва правните понятия и да показва елементите, които се съдържат в тях. Защото именно с правните понятия се извършвало онова смятане, като резултат на което се явявали окончателните разрешения на отделните случаи (111).

У *Bergbohm* това направление е намерило крайното си формулиране и теоретическо обосноваване. Той го е предприел с едно широко замислено съчинение, първият том на което е трябвало да унищожи окончателно доктрините на естественото право във всички тяхни нюанси и форми на проявление³⁸. Една безмилостна критика на ученията на *Savigny* и *Puchta* е трябвало да очисти самата историческа школа от елементи, в които *Bergbohm* е виждал прикрит или несъзнателен остатък на естественоправни концепции, и особено – от идеята за народното правосъзнание като непосредствен извор на позитивно право и от въздигането на „правото на юристите“ в самостоятелен правен източник (480 и сл.).

„Ние искаме и можем да признаем за право само позитивното право. Позитивно право значи установено като задължително по исторически път“ (546). Едно правило за поведение можело да стане правна норма само по един начин: ако една компетентна правообразуваща власт му даде правно качество чрез подходящ, външно познаваем, процес, който, като такъв, принадлежи на историята и образува формален източник на съответната норма (549). Правното съзнание само по себе си не било право (514). Правната наука не била източник на право. Тя трябвало да се отнася към своя обект така, както към едно естествено явление, на което тя не може нито да прибави, нито да отнеме нещо. В момента, в който би постъпила по друг начин, тя би престанала да е наука, т.е. систематическо познание за това, което е или което е било. Юриспруденцията, която била само прочистено мислене, не можела да лиши от правна природа нито една частица на действащото право, дори и при най-голяма свобода на мисълта; от друга страна, тя не била в състояние да създава право по какъвто и начин да би се желало да ѝ се придаде

³⁷ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts. Цитатите в текста се отнасят до деветото издание, преработено от *Kipp*, т. 1, 1906.

³⁸ *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1. Bd., Einleitung. Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart, 1892.

творческа сила (523). Два вида право – естествено и позитивно – не било възможно да се мислят едно до друго. Естественоправен философ бил всеки, който не желае да се ограничи с позитивното право, тъй както то е обективно дадено, но си мисли някакво друго понятие за правото, чрез което той би изключил от позитивното право съставни части, които не одобрява, или би включил в него допълнения, които му се струват необходими (486).

Позитивното право изобщо нямало празнини (373). Разбира се, законите не били самото право; те били само означение на правни мисли, които всеки трябвало сам да възпроизведе в себе си, като изхожда от думите на закона. Затова било понякога необходимо голямо умение и напрежение, тъй като далеч не всички правни мисли, които законите съдържат, били ясно и пълно изразени в тях. Но да се заключи оттук, че самото право е непълно, значело да се смесва съществуването на правото с неговата очевидност (382). В това отношение *Bergbohm* е бил съгласен с *Brinz*, че правото имало *hottog vacui*, че в него не могло да има „безправно“ пространство, и че само празнини в тяхното познание били всъщност налице в случаите, в които някои автори погрешно съзирали празнини в действащото право (374 в заб. и 382). Това могло да се разбере правилно, само ако ясно се осъзнае, че за правно релевантни трябвало да се смятат единствено фактите и действията, свързани с някакви правни последици от вече наличното позитивно право, т.е. от правото, което исторически е дадено в формалните правни източници. Извън линията, очертана по този начин от самото позитивно право, оставало, наистина, „празно от право пространство“. Но в него правни норми изобщо не важели, и действията, които се извършвали там, не били правно уредени. Не се касаело, следователно, за празнини в правото, а за извънправно пространство. Затова, то се намирало и извън компетенцията на съдията и на юристите изобщо, поне докато някоя нова правна норма не включи в обсега на правно регулираната действителност някои от фактите и действията, принадлежали дотогава към него (375 и сл.). Естествено, извънправното пространство започвало едва от границите, до които има основание да се приеме, че престават да действат нормите на позитивното право, след като се изчерпи цялото богатство от правни идеи, които то обективно съдържа, цялата им логическа експанзионна сила.

Най-важната добродетел на чистия юрист била следователно, „способността да освободи своя разум от всяко влияние дори на най-дълбоките си лични убеждения и на най-горещите желания на сърцето си, очаквайки тяхното задоволяване по пътя на преобразуването на правото“ (398). Такова самоотречение трябвало да се изисква от юриста не само когато той прилага един закон, мисълта на който не подлежи на съмнение, но дори и при тълкуването на двусмислени разпореждания на позитивното право. Ако то допуска няколко разрешения, тълкувателят не можел да избере онова от тях, което му се струва, че най-добре би задоволило нуждите на правния живот, но трябвало да се ръководи от формалния критерий: разрешението да отговаря в най-голямата възможна степен на положението на текстовете и на принципа за единство в правната система (391).

Това са били господстващите схващания в Германия по времето, когато е бил изработен и е влязъл в сила гражданският законник. Този голям факт естествено е трябвало да изправи юристите пред редица нови задачи и една богата правна литература, нарастнала бързо само в продължение на няколко години, се е посветила на разрешаването им. Във връзка с това и проблемите относно тълкуването на закона са добили първостепенно значение. Вече във втората половина от първото десетилетие на законника така наречената борба за метода е била в своя разгар. Това е било времето на най-шумните прояви на „учението за свободно право“ и във всеки случай – времето,

което е нанесло решителен удар на старата теория. Толкова по-странно впечатление прави днес отношението на нейните привърженици към въпросите, които толкова наскоро е трябвало да станат предмет на оживени разисквания. Тяхната доктрина е кратка, спокойна и самоуверена, като че ли се отнася до неща, които са тъй твърдо установени и толкова добре познати, че не е имало нужда да бъдат изяснявани освен в някои технически подробности, свързани непосредствено с новия законник. Според *Planck* „гражданският законник е едно доразвитие на съществуващото дотогава право, свързано с него доколкото е възможно, дори където е създадо нови разпореждания“³⁹. Затова и учението за същността на позитивното право, за правните източници, за положението на науката и на съдията, за целта на тълкуването и за попълването на празнините не се е отличавало по нищо съществено от господстващата пандектноправна теория. По-подробно е било разгледано само значението на законодателните материали: на двата проекта, на протоколите на редакционните комисии и пр., които *Planck* очевидно е смятал предназначени да играят изключителна роля при тълкуването на законника. Само в две отношения той е мислил, че може да предоставя на науката и на правоприлагането по-голяма свобода: доколкото необходимостта от логическо единство между разпорежданията на закона налага да се вложи в някой от текстовете му съдържание различно от представите, които авторите му са свързвали с него, и колкото се отнася до „юридическата конструкция на правоположенията или на тяхните последици“.

Доктрината на позитивизма е била завършена. Ясна и установена, тя е намерила своята класическа форма. И все пак историята на бъдещото развитие на тълкувателната теория е трябвало да стане история на преодоляването на германския позитивизъм от края на деветнадесетото столетие. Неговият недостатък се е криел, най-напред, в несъответствието на предпоставките му с действителността. Но за да се разбере правилно смисълът на борбата за метода, трябва да се има предвид и една друга негова особеност – едно явление, което без да произтича с логическа необходимост от основните положения на позитивизма, на практика е било неотлъчният му спътник. Това е така наречената „юриспруденция на понятията“ или „юриспруденция на конструкциите“.

В действителност, общият и понякога неопределен упрек в *Begriffsjurisprudenz* е бивал последователно отправян в Германия срещу две различни по същината си методи на правно научна работа и на практическо правоприлагане. С оглед на това би могло да се говори за две различни форми – една по-стара и една по-нова на юриспруденцията на понятията. Терминът е бил създаден от *Rudolf von Ihering*⁴⁰, за да посочи с него на „онова заблуждение на нашата днешна юриспруденция, което оставя без внимание крайната практическа цел на правото и вижда в него само предмет за абстрактни логически упражнения и за гимнастика на духа – едно поле за логическо мислене, което търси само в себе си и своята прелест и своите цели“ (347). Касае се за едно направление, преобладавало в по-старата немска пандектна теория на деветнадесетия век, което сам *Ihering* е смятал за създадено от *Savigny* в неговата младежка работа върху владението (363). Специфичните му черти са били надценяване на диалектиката и на спекулативния метод и увличане в юридически конструкции, на които липсва усет за живота и за практическите цели на правоприлагането, дори когато поразяват с своето остроумие, новост или логическа издържаност. *Ihering* открито е признал, че сам дълго и неотразимо е бил привличан от изкуството на абстрактните спекулации, и че цялото му по-ранно

³⁹ Bürgerliches Gesetzbuch, изяснен от *Planck*, във връзка с *Achilles André, Greiff* и др., Bd. 1, 3 изд. 1903, Einleitung V.

⁴⁰ *Ihering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 5 изд., 1892.

дело носи отпечатъка на тази негова слабост (342). 1861 г. е станала за него година на обрата. Тогава той е публикувал анонимно в *Preussische Gerichtszeitung* своето първо „доверително писмо върху днешната юриспруденция“ и от този момент, с всичкия блясък на гения си, се е посветил на новата задача: на борбата срещу юриспруденцията на понятията и на позитивното изграждане на едно ново схващане, за което „делта е творец на всяко право“. От правната наука *Ihering* е поискал „да скъса с химерата, че е математика на правото, която няма по-висока цел от едно коректно смятане с понятията“ и да се освободи от „измамливия чар на диалектиката, от свободното, самостоятелното, опито от собствената си прелест мислене, което я води до безплодност“ (362).

Още по-рано, в своето пътуване по Харц, Хайне се беше присмьл на юристите, оставяйки ги зад себе си – в Гьотинген да измъчват със „системки и хипотезки своите малки главички“. Твърде общ, този присмех е бил вероятно почувстван като несправедливост от неговите съвременници. На жестоката ирония на призивания критик „юриспруденцията на понятията“, каквато *Ihering* я е видял в своя *juristischer Begriffshimmel*, не е устояла. Наистина, правната теория, поради самото естество на своята работа, никога не е била и вероятно никога няма да бъде напълно свободна от увлечението да надценява практическата важност на точното формулиране на понятията и на мъчнотиите, свързани често с него. Само по себе си това увлечение едва ли съставлява опасност, която може съществено да отклони юриспруденцията от действителните ѝ задачи. „Юриспруденцията на понятията“, „конструкционната юриспруденция“, като съпровождащо явление на късния позитивизъм е нещо друго.

Ние видяхме, че според едно от основните положения на правния позитивизъм всяко позитивно право е пълно в смисъл, че съдържа потенциално в себе си правното регулиране на всички мислими положения от правно значение. Видяхме също, че за предимно логически ориентирания метод на историческата школа е било твърде неприсъщо да навлиза в по-дълбоко изследване на целите на отделните предписания на позитивното право: сам *Savigny* беше игнорирал почти напълно стойността на резултата като критерий при тълкуването. Конструкционният метод е била косвеният резултат на тези две положения и на практическата нужда да се намери разрешение и за случаите, за които законът не съдържа правила. *Bergbohm* беше писал, че правната наука не може нито да отнеме, нито да прибави каквото и да било към обективно даденото съдържание на позитивното право. Но *Bergbohm* е бил само теоретик. За него е било лесно да приеме, че зад границите на коректно приложената аналогия започва „свободно от право пространство“. Правният догматик и съдията не са в същото положение. Те не могат да се десезират със същата леснина от случаи, за които нуждите на живота ясно изискват надлежно разрешение. Трябвало е да се жертва нещо – или догмата, или нуждите на живота. Конструкционният метод е предложил един път, който е изглеждало да спасява всичко. В действителност са били спасени само привидностите, и то – с цената на един изкуствен метод, която е имал неудобството да облича с авторитета на закона случайни и произволни разрешения.

За изясняване на нейната същност и на недостъжците ѝ са имали особена заслуга онези юристи, които по-късно са образували школата на така наречената „юриспруденция на интересите“. Между тях е и *Max Rümelin*, който е разглеждал метода на „юриспруденцията на понятията“ в няколко свои работи. Като *Windscheid* (192), и той е виждал същността на юридическата конструкция в „свеждане на фактическите състави към дадени, преди това установени в науката, понятия“⁴¹. А „юриспруденцията на понятията“ се явявала, според него, в две форми: или като „въз основа на непълна

⁴¹ *Rümelin*, Zur Lehre von der juristischen Konstruktion, Archiv für Rechts – und Wirtschaftsphilosophie, 16, с. 343 и сл.

индукция от отделни постановления на законите се образуват привидни научни понятия, от които след това се търси да се извлекат последици, отнасящи се до нови въпроси, невзети предвид при индукцията“; или „като се изхожда от начина на изразяването на закона или от употребените от него образни обрати на речта и конструкционни форми и въз основа на тях му се приписват норми, които той в действителност не е имал намерение да постанови“⁴² *Rümelin* и *Heck* са наричали този метод „инверсионен“. Практикувалите я са смятали наличността на сходства между два фактически състава, които биха оправдали тяхното обединяване под едно и също родово понятие, като достатъчни основа за разпространение към единия от тях на правилата, постановени от закона за другия. Достатъчно е изглеждало, че тези състави изобщо притежават някакви белези, въз основа на които може да се отдаде включването им в едно родово понятие. В изследване на въпроса дали признаците, с оглед на които е образувано родовото понятие, са съществени и от гледището на прилаганата по аналогия норма, не се е навлизало. Изкуството на правника, който желае да подчини изследвания от него фактически състав на дадено правило, се е състояло като че ли в това да намери опорни точки, за да подведе този състав под общото понятие, включващо в себе си и случаи, за които е постановено предпочитаното от тълкувателя правило. Други аргументи за допустимостта на аналогията не са се смятали за необходими, нито пък се е търсело да се установи дали прилаганото правило не е мотивирано от такива особености на уредения от него състав, които липсват в случая, подведен от тълкувателя под него.

Доктрината и практиката на правния позитивизъм са използвали широко юридическата конструкция като средство за правонамиране, т.е. като средство за добиване на правни резултати, които по друг начин не биха могли да се извлекат от съдържанието на позитивното право. В смели и често твърде произволни конструкции, те са успявали да намерят достатъчно, според тяхното разбиране, формално основание, за да припишат на позитивното право, чрез една привидна аналогия, всяко желано от тях разрешение, дори когато то е било съвършено чуждо и на словесното съдържание на текстовете и на намеренията на законодателя, и на преследваните от него цели. Понятието и конструкцията, които по своята естествена функция би трябвало да бъдат само начин за обхващане и описване на наличното съдържание на позитивноправните норми, са се превърнали в най-важен инструмент за неговото доразвитие и дори в средство за практическото му модифициране. „Юриспруденцията на понятията“, срещу която *Ihering* беше насочил критиката си, се увличаше в безплодни спекулации, лишени от практическа стойност. По-късната „юриспруденция на понятията“ – напротив – е преследвала главно практически цели: разрешаване на въпроси, за които позитивното право или мълчи, или дава само незадоволителен отговор. А, за да се спаси поне навид догмата за пълнотата на позитивното право, това е ставало под формата на логическо доразвитие на неговото съдържание и с един метод, който не е търсел в действителност достатъчното логическо доказателство и е откривал широки възможности за правната несигурност и за субективните предпочитания.

§ 4. Австрийският Общ граждански законник

Френската и германската тълкувателни теории са били създадени и оформени при позитивноправни системи, които не са съдържали никакви определени разпореждания относно начина на тълкуването на законите. Подробните тълкувателни правила, които проектът за *code civil* е предвиждал в своята „предварителна книга“ са били изоставени. Този пример е бил последван и от германския законодател от 1896 г. Доктрината и

⁴² *Rümelin*, Die Billigkeit im Recht, 1921, с. 75.

практиката в двете страни са имали мислимата най-голяма свобода при изработване на своята тълкувателна метода, така че те биха могли да бъдат смятани като най-свободен и затова най-точен израз на схващанията господствали в епохата. По-друго е било положението с „Общия граждански законник“ в Австрия. В сила от 1811 г., той е най-старият, след френския кодекс, от сега действащите законници. За нас той е от особено значение. поради влиянието, което е оказал върху „предварителните разпореждания“ на италианския законник от 1865 г. и чрез него върху италианската тълкувателна теория. В това отношение трябва да се имат особено пред вид следните негови разпореждания:

§ 6. „При приложението не бива да се влага в закона друг разум, освен онзи, който явства от собственото значение на думите в тяхната връзка и от намерението на законодателя“.

§ 7. „Ако един правен случай не може да се реши нито от думите, нито от естествения смисъл на един закон, трябва да се вземат под внимание подобни случаи, определено разрешени от закона и основанията на други, сродни с тях закони. Ако правният случай остава още съмнителен, той трябва да бъде разрешен с оглед на грижливо събраните и зряло обмислените обстоятелства според естествените правни принципи“.

§ 9. „Законите запазват силата си, докато бъдат изменени или изрично отменени от законодателя“.

§ 10. „Обичаи могат да се взимат под внимание само в случаи, в които законът се позовава на тях“.

§ 12. „Разпорежданията, издадени в отделни случаи и решенията, постановени от съдилищата в особени спорове, никога нямат силата на закон и не могат да се разпростират върху други случаи или върху други лица“.

Както целият законник, така и цитираните разпореждания ясно носят отпечатъка на естественоправната теория, господствала по времето на неговото създаване. От тази теория се вдъхновява и препращането към естественоправните принципи в § 7.

В развитието на австрийската гражданскоправна доктрина могат да се разграничат няколко последователни периода. В 1865 г. Unger⁴³ е смятал двата първи периода на това развитие за вече приключени: епохата на съвременниците на законника, работата на които била „отражение на господстващите тогава възгледи върху римското право“ и стояла под влиянието на естественото право (639), и епохата на „епигоните“, „периодът на стагнацията“, в който господствала служба на буквата и всичкото остроумие се употребявало, за да се добие ново тълкуване от една или друга дума на закона (640). Дали тази преценка от страна на един убеден привърженик на историческата школа не е била прекалено строга, аз не мога да кажа. За по-късното развитие и особено за бъдещото италианско законодателство, а и за тълкувателната теория в Италия тези два първи периода са без значение.

Около средата на столетието е започнал третият период. Това е времето, когато идеите на историческата школа са добили неоспорвано господство и в Австрия. Разбира се, това не значи, че доктрината е била униформирана. *Pfaff* и *Hofmann* правилно са отбелязали, че както естественото право, така и историческата школа са били по-скоро известни направления на мисълта и на чувството, известно съгласуване върху най-общото при значителни различия в подробностите. Обаче за нас е тук от значение именно най-общото. За разбиране на това най-общо в австрийската историческа школа, ще е, струва ми се, достатъчно, ако отбележим, освен учението на *Unger* – нейният най-

⁴³ *Unger*, Ober den Entwicklungsgang der österreichischen Ziviljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, приложено към първия том на неговата System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 5 изд., 1892, с. 635 и сл.

блестящ представител, още и схващанията на *Krainz*. Този юрист е стоял изцяло върху почвата на първоначалната доктрина на историческата школа. Като *Savigny* и *Puchta* и той е смятал, че източник на правото е общото правно съзнание на народа само по себе си⁴⁴. Като тях той е виждал в обичая само начин на проявление на позитивното право, а не основание за неговото възникване. Пак като *Savigny* и не по-малко от него, *Krainz* е бил позитивист при конкретното изграждане на системата на действащото право. Напротив, *Unger* напомня повече за *Windscheid*: за правоположение можело да се смята само едно правило, „което има важност и принудителна сила чрез своето външно битие“ (4); положенията, които се намират в народното съзнание, можели да станат правоположения само посредством външното им фиксиране чрез някои от различните правни органи (24); погрешно било схващането на някои автори, че науката е правен извор и че обичаят е само средство за познание на правото и т. н. Изобщо, всички елементи съществени за учението на позитивизма на късната историческа школа са били налице и у *Unger*. Всяко право било позитивно, не съществувало нито „право на разума“, нито „естествено право“ (4). Позитивното право не било мъртва маса на механично стоящи едно до друго правила, но органическо съчетание на взаимно свързани елементи, които притежавали необходимата енергия, за да се развият в едно закръглено и завършено цяло. Това цяло се запълвало само от себе си по пътя на аналогията (59) и пр. В тази система очевидно не е имало място за „естественорправните принципи“ на § 7. *Unger* го е виждал и го е казал изрично, смятайки този параграф за безплодна манифестация на погрешната доктрина, която е вдъхновявала авторите му: невъзможно било да се явят случаи, в които да трябва действително да се прибегне до естественорправните принципи на § 7, защото самото позитивно право съдържало върховния принцип, от който можели да се изведат разрешенията на всички мислими правни случаи (71).

В едно отношение австрийският позитивизъм е бил дори по-тесен от германския си съвременник: той е отричал напълно обичая като източник на позитивно австрийско гражданско право и, всъщност връзка с това, е отричал всякаква правотворческа функция на съдийската дейност – дори във формата на съдебен обичай. В основата на това схващане лежат възпроизведените по-горе §§ 10 и 12. Задължителната сила на тези параграфи никога не е била поставяна под съмнение. Нито от страна на историческата школа, нито дори по-късно – когато *Ehrenzweig* се е наредил до привържениците на така нареченото „свободно търсене на правото“. Огромните различия в основните им възгледи за право и правоприлагане не са попречили да се обединят около това становище автори, тъй много разделени един от друг дори по време като *Krainz* и *Unger* (36 заб. 16), *Pfaff* и *Hofmann* (245), *Ehrenzweig* (§ 8), *Pisko*⁴⁵ и *Swoboda*⁴⁶. Затова пък само историческата школа не се е поколебала да откаже приложение на другия текст: на § 7, за който вече видяхме, каква е била доктрината на *Unger*. В нейната система, както и в системата на *Bergbohm* не е имало място за други принципи, освен тези, които формалните правни източници са санкционирали.

Крайностите на романизиращата историческа школа твърде рано са предизвикали в Австрия реакция, която се изразила в определена тенденция за възвръщане към законника. Тази тенденция е разклатила сериозно и господството на догмата за пълнота на закона – много по-рано отколкото в Германия. В цитирания вече неколккратно коментар на *Pfaff* и *Hofmann* тя е намерила едно въплъщение от изключителна стойност.

⁴⁴ *Krainz, Pfaff, Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 4 изд., 1905, §§ 6 и 8.

⁴⁵ В Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, издаван от Heinrich Klang, Bd. 1, Halbbd. 1, 1933, с. 168.

⁴⁶ *Swoboda*, Das österreichische allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Teil 1, 1940, § 8.

С него е започнало и времето, което *v. Schey*⁴⁷, брой като четвърти период в развитието на литературата върху австрийския граждански законник. Това е времето, което си е поставило за първа задача да изпълва историческото богатство на идеите съпътствали кодификацията. То не се е смятало вече длъжно да отхвърли всяка помисъл за едно право, което не почива върху самия закон. Връщането към кодекса е възстановило и връзката с естественото право. Между него, от една страна, и историческата школа – от друга, *Pfaff* и *Hofmann* са смятали за мислима една средна линия: идеята за правото, като идеята за красивото, била вечна; само нейното съдържание било променливо, като всяко съдържание на съзнанието изобщо (204). Върху тази основа и правилото в края на § 7 е добило отново – поне за теорията – своята стойност. Мисълта за „естественото право с променливо съдържание“, която *Stammler* трябваше да постави по-късно в основата на своята правна философия, е вече изказана. В началото на нашето столетие „възраждането на естественото право“ се е свързало с борбата за реформиране на тълкувателния метод. Първите симптоми на това възраждане в Австрия са били извикани на живот от обръщането на погледа към законника и към неговата история. С тях – на прага на новата епоха – ние се разделяме с века на позитивизма. За италианското право обаче тази фаза от развитието на австрийската доктрина е била без значение: коментарът на *Pfaff* и *Hofmann* – от 1877 г. – е с дванадесет години по-млад от италианския граждански законник.

§ 5. Правният позитивизъм в Италия

Традиционната днес италианска теория за източниците на правото и за тълкуването е била определена на първо място от текстовете на законника. Меродавни в това отношение са били членове 3, 4 и 5 на „предварителните разпореждания“ и чл. 48, ал. 1 на „преходните разпореждания“, които гласят, както следва:

Чл. 3. „При прилагането на закона не може да му се дава друг смисъл освен онзи, който се явява от собственото значение на думите според тяхната връзка и от намерението на законодателя. Когато един спор не може да се реши с едно определено разпореждане на закона, ще се вземат предвид разпорежданията, които уреждат подобни случаи или аналогични материи: където случаят въпреки това остава съмнителен, ще се решава според общите правни принципи“.

Чл. 4. „Наказателните закони и тези, които ограничават свободното упражнение на правата или съставляват изключение от общите правила или от други закони, не се разпространяват извън случаите и времето, посочени в тях“.

Чл. 5. „Законите се отменят само от последващ закон чрез изрично изявление на законодателя или чрез несъвместимост на неговите разпореждания с предшестващите или защото новият закон урежда цялата материя, която е била уредена със стария“.

Чл. 48, ал. 1. „От деня на влизане в сила на новия законник, в материите, които образуват негов предмет, престават да имат сила всички други общи или особени закони, а също и практиките и обичаите, на които самият законник не се позовава изрично“.

Голямата част от съдържанието на тези разпореждания е била заета от съответните параграфи на австрийския граждански законник. Неговият § 6 е бил почти буквално преведен в първата алинея на цитирания чл. 3. Втората алинея на същия член следва § 7. Член 5 доразвива идеите на § 9. А влиянието на § 10 личи в „преходните разпореждания“ на чл. 48. Наполеоновият кодекс беше изоставил предложената в проекта „предварителна книга“, възлагайки на юриспруденцията да заеме свободно становище по засегнатите в нея предмети. Италианският законодател от 1865 г. е имал други

⁴⁷ В цитирания коментар на *Klang*, същия полутом, с. 22.

разбирания в това отношение и, като не е могъл да намери необходимия образец в своя обикновен ръководител, се е обърнал към съседа от североизток. Само че заимстването не е станало направо, а чрез посредничеството на така наречения Албертински кодекс, т.е. на законника от 20 юни 1837 г., промулгиран от Карл Алберт за пиемонтските владения на Сардинското кралство. По онова време съседната Ломбардия беше живяла вече повече от двадесет години под режима на австрийския законник, който следователно не е могъл да не бъде добре познат на юристите от северна Италия. Едно указание за последното е и значителната италианска коментарна и сравнителна литература върху австрийския законник, голяма част от която е датирана именно още от онова време.

Член 14 от Албертинския законник е отговарял точно на § 6 от Австрийския законник. Буквален превод на § 7 от последния е съдържал и проектът за чл. 15 в първоначалната си редакция⁴⁸. При обсъждане на проекта, препращането към „естественоправните принципи“, съответстващо на препращането към *die natürlichen Rechtsgrundsätze* в австрийския § 7, е било намерено за твърде неопределено. След разисквания, при които са били отхвърлени и „общото право“ и „естествения разум“ и „справедливостта“, е било прието предложението текстът да се позове просто на „общите правни принципи“. *Lomonaco* мисли, че това предложение е имало пред очи примера на пруския законник⁴⁹. И наистина, според § 49 от въведението към „Общия законник за пруските държави“, съдията, при липса на друга законна основа, е трябвало да се обърне към „общите принципи“. Само че това са били общите принципи, възприети от самия законник, т.е. основните начала, върху които е изградена цялостната система на неговите разпореждания⁵⁰. Дали чрез обръщането си към „общите правни принципи“ и Сардинският законодател е поискал да изостави напълно естественоправната основа на своя австрийски образец? Относно този въпрос и изобщо относно начина, по който трябва да се разбират „общите правни принципи“, в Италия никога не се е стигнало до единомислие. Във всеки случай чл. чл. 14 и 15 на Албертинския кодекс са преминали, след много спорове и колебания⁵¹, в бъдещия чл. 3 на законника от 1865 г. заедно с препращането към „общите правни принципи“. Така е била създадена позитивноправната основа на италианската теория за изворите на правото и за тълкуването.

Литературата върху старите италиански законници – Албертинския, Сардинския, Пармския, Моденския и този на Кралството на двете Сицилии – не ми е позната. Ако се вярва на изказванията на по-късни италиански автори⁵², тя е стояла изцяло под влиянието на ръководните френски съчинения от епохата. Това влияние е определило до голяма степен и доктрината на повечето от първите коментатори на новия законник⁵³.

Някои от тях изобщо не са показали особен интерес към тълкувателния метод. *Ricci*, например, се е ограничил да предпостави принципа за пълнотата на закона и да възпроизведе познатото твърдение на *Laurent* че „ако текстът е ясен и думите не остават място за съмнение върху смисъла“, тълкувателят не бивало да се отклонява от него. Нему не било дадено „да се показва по-мъдър от законодателя с цел да поправи делото му“⁵⁴. Много по-голяма стойност има обширното изложение върху „предварителните

⁴⁸ Възпроизведен у *Fiore*, *Il diritto civile italiano, Delle disposizioni generali*, vol. 2, 2 изд., 1908, n. 1057.

⁴⁹ *Lomonaco*, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. 1, 2 изд., 1894, с. 87.

⁵⁰ Вж. *Dernburg*, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, Bd. 1, 5 изд., 1894, § 16.

⁵¹ *Fiore*, пос. съч., n. 1058.

⁵² *Lomonaco*, пос. съч., *Avvertenza alla seconda edizione*; *Pacifici-Mazzoni*, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. 1, 4 изд., прегледано от *Venzi*, 1903, Introduzione n. XXIII.

⁵³ Виж *Fr. Ferrara*, *Un secolo di vita del diritto civile*, *Rivista di diritto commerciale*, 1939, I, с. 431.

⁵⁴ *Ricci*, *Corso teorico pratico di diritto civile*, vol. 1, 2 изд., 1886, n. n. 13 и 15.

разпореждания“ на *Francesco Bianchi*⁵⁵. Той е познавал вече *Savigny* – поне доколкото е отбелязал, че тълкуването има за цел „да възстанови мисълта на законодателя“ (130). Инак, и *Bianchi* се е движил напълно в кръга на идеите на своите френски предшественици. Позитивизмът на историческата школа му е бил чужд, и той не е отхвърлял изцяло естественото право, макар да е виждал истинската му роля не толкова в областта на гражданските отношения, колкото в царството на съвестта; „властта на естественото право, е писал той, не се превърта в действие, ръката на правосъдието и употребата на принудителните средства могат да бъдат призовани само чрез разпореждания, издадени от авторитета, който управлява гражданското общество“ (4). Доктрината на *Bianchi*, обаче, е успяла да запази за естественото право известно място дори в сферата на правото, което съдията прилага: като е схващала „общите принципи“ на чл. 3 в смисъл на „принципи на естественото право“. При мълчание на закона, когато и аналогията не успява да даде на съдията нужния критерий, той трябвало да се ръководи от принципите „всеобщо приети от науката“ и да приложи „правилата, които макар и да не са написани в никой текст на закона, са отпечатани в съзнанието на всички“ (127).

Твърде наскоро влиянието на историческата школа е трябвало да се почувства много по-осезателно в Италия. Това се е дължало отчасти на решителното обръщане на италианската правна мисъл към Германия, свързано донякъде и с политическите събития на времето, а отчасти на непрекъснатата съвсем традиционна връзка с австрийската доктрина. Теориите на историческата школа са били заимствани било направо от *Savigny*⁵⁶, било чрез посредничеството на *Unger*⁵⁷. Разбира се, преходът не е настъпил рязко. *Pasquale Fiore*, напр., се е опитал да заеме едно средно – и за това непоследователно – становище. От една страна, той е приел съществуването на естественото право, което намирало „своята основа в самата природа на лицата“ и имало „характер на морално изискване абсолютно необходимо, за да се поддържат иманентните реkvизити на природата на човеците като такива в отношенията, които произтичат помежду им от тяхната общественост и от съвместния им живот“ (п. 2). От друга страна *Fiore* не е признавал на това естествено право дори субсидиарното значение, което му беше давал *Bianchi*. Доктрината му е била по съществуването си, позитивистична и естатична: „законът се нарича право“ (п. 7); граждански задължително е само правото, което произтича от върховната власт в държавата (п. 2); „всеки юридически институт представлява историята на източниците, на напредъка, на промените, на погиването на различните социални институти. В това сме съгласни с историческата школа“ (п. 1017). Общите принципи на чл. 3 *Fiore* е търсел не в едно естествено право, което изхожда от природата на човека. Напротив, той ги е смятал „неизбежно фиксирани от юристите, които във всяка епоха изработват правилата, съответни на реалния живот, в съгласие с постоянните и новите отношения, които са резултат на непрестанното движение на свободните и разнообразни форми на човешката дейност в практическия живот“ (х. 106). Сред тия концепции, за които правото е само исторически продукт, мястото на естественото право и на неговите принципи, произтекли пряко от природата на човека е останало неизяснено.

Доктрината на *Pacifici-Mazzoni*, на *Fadda* и *Bensa* и на *Venzi* е била успоредна, в повечето от основните си идеи, на ученията на *Unger* или на *Windscheid*. Разликата е главно в решително естатичната концепция за същността на правото. Това е особено ясно у *Fadda* и *Bensa*, които са отдавали предимството на закона пред обичая, и са смятали

⁵⁵ *Bianchi*, Corso di diritto civile Italiano, vol. 1, 1888.

⁵⁶ Вж. напр. *Fiore*, п. 1033; *Lomonaco*, с. 76; *Venzi*, с. 16, заб. с.

⁵⁷ Вж. напр. *Pacifici-Mazzoni*, п. 3.

това степенуване на правните източници за нео/ходима последица на политическия ред в Италия и на юридическия дух на страната⁵⁸. *Venzi* също е бил на мнение, че „в образуването на правото не участва вече общността на гражданите, но само кралят и двете камари в установените форми“ (31, заб. в). Самият *Pacifici-Mazzoni*, който в общото си учение е следвал *Savigny* и е признавал обичая и закона за равностойни източници на правото (п.п. 1 и 2), е смятал това съображение за решаващ аргумент, когато, вече върху почвата на италианското право, е приел, подобно на *Unger*, че само законът може да създава позитивно италианско гражданско право.

Така, в края на столетието, и в Италия същата господстваща доктрина е била вече окончателно очертана: право е само позитивното право; обичаят е източник на право единствено в рамките, определени му от закона⁵⁹; тълкуването има за цел да „възстанови мисълта на законодателя“⁶⁰; доколкото получените по този начин норми не са достатъчни за разрешаване на даден случай, прибегва се към аналогията, която се схваща като чиста диалектична операция⁶¹; позитивното право се смята за „организъм, който има собствена сила да уреди всички социални отношения“, защото „юридическият организъм“ бил „израз на живота“, който трябва да бъде „пълнен като него и във всичко да му съответствува“, и защото „системата има в себе си основите за разрешаване на всички въпроси, които могат да възникнат в живота“⁶²; естественото право се отхвърля изцяло, общите принципи на чл. 3 се схващат като „общи принципи на действащото право“, а на съдията се отрича каквато и да било творческа роля.⁶³

В известни пунктове е имало, разбира се, разногласия. Според схващането на някои, чл. 3 е давал особен кредит на учението на *Laurent*, че тълкувателят не може да се отклони от ясният словесен смисъл, за да търси намерението на законодателя⁶⁴. Други „по-модерни“ са следвали и в това отношение историческата школа⁶⁵. Някои от по-късните автори са били привлечени вече и от новите идеи на *Ihering* и на *Kohler*⁶⁶. Но онова което е било най-характерно за учението на правния позитивизъм от втората половина на деветнадесетия век – догмата за пълнотата на позитивното право, е господствала и в Италия от момента, когато са били преодоляни последните отблясъци на теорията на естественото право.

§ 6. Развитие в Русия

Когато се говори за руската тълкувателна доктрина от деветнадесетия век, трябва да се прави разлика между два рязко разграничени периода: времето до съдебните реформи на Александър II от 1864 г. и времето след това.

В дореформеното време учението за правоприложението и за тълкуването се определяло в Русия преди всичко от познатата ни ст. 65 на основните закони: „Законите

⁵⁸ *Fadda* и *Bensa*, Note e rifinimenti al diritto italiano в превода на Windscheid, Diritto delle pandette, vol. 4, с. 8.

⁵⁹ *Bianchi*, n. 42; *Fiore*, n. 5; *Pacifici-Mazzoni*, n. 4; *Lomonaco*, с. 99; *Fadda* и *Bensa*, с. 8; *Venzi*, с. 30, заб. b; *Chironi* и *Abello*, Trattato di diritto civile italiano, vol. 1, 1904, § 5; *Chironi*, Istituzioni di diritto civile italiano, vol. 1, 2 изд., 1912, § 9; *Brugi*, Istituzioni di diritto civile italiano, 1905, с. 28 и сл.; *N. Coviello*, Manuale di diritto civile italiano, vol. I, 1919, с. 63.

⁶⁰ *Bianchi*, n. 130; *Ricci*, n. 1006; *Pacifici-Mazzoni*, n. 19; *Lomonaco*, n. 76; *Venzi*, с. 86.

⁶¹ *Fiore*, n. 1035; *Ricci*, n. 15; *Pacifici-Mazzoni*, n. 21; *Fadda* и *Bensa*, с. 23 и сл.; *Venzi*, с. 89, заб. d.

⁶² *Coviello*, с. 84; *Fadda* и *Bensa*, с. 23 и сл.; *Chironi* и *Abello*, с. 65 и сл.

⁶³ *Pacifici-Mazzoni*, n. 8; *Fadda* и *Bensa*, с. 22 ; *Venzi*, с. 93, заб. e; *Brugi*, с. 44; *Chironi* и *Abello*, с. 52; *Chironi*, с. 24; *Coviello*, с. 89.

⁶⁴ *Ricci*, n. 13; *Bianchi*, n. 133; *Fiore*, n. n. 1011 и 1033.

⁶⁵ *Venzi*, с. 89 заб. c ; *Brugi*, с. 36.

⁶⁶ За тях по-долу.

трябва да се изпълняват по точния и буквалния им смисъл, без всяко изменение и разпространение. Всички места без изключение, без да се изключват и висшите правителства, трябва да основават своите определения на точните слова на закона, като не променят в тях нито една буква, без доклад на Императорското Величество, и като не допускат измамливото непостоянство на самопроизволното тълкуване“. Корените на този текст лежат, както видяхме, дълбоко в доктрината на абсолютизма. Негов прочут предшественик е бил „Наказът“ на Екатерина II, според който нямало нищо по-опасно от принципа, че „трябва да се търси мисълта на закона, а не буквата му“⁶⁷. Както знаем, в доктрината на абсолютизма словесното тълкуване е имало за естествено допълнение изпращането на спорните въпроси за разрешаване от централната власт. В Русия този принцип е бил въведен още с един указ на Петър Велики от 17 април 1722 г. В по-късни закони той е бил изразен по следния начин: „Сенатът не пристъпва към разрешаване на такива дела, за които няма да се окаже наличие точен закон, но във всеки случай, който изисква издаване на нови или попълване или променяване на съществуващите закони, съставлява проект за разрешение, и цялото дело се отнася от министъра на правосъдието, с негово заключение и чрез държавния съвет, до Императорското Величество“⁶⁸. Ако при византийския абсолютизъм е могло все пак да има място за някакво съмнение относно юстиниановото *eius est interpretari cuius est condere*, модерният абсолютизъм е имал грижата да изключи всяко колебание: на „доктринерното тълкуване“ е били предоставено само да изяснява думата на закона.

Съдебните реформи са въвели в Русия началото на познатия ни чл. 4 от френския граждански законник. То е станало ст. 10 от Устава на гражданското съдопроизводство: „Забранява се да се спира решението на делата под предлог на непълнота, неясност, липса или противоречие на законите. За нарушение на това правило виновните отговарят като за отказ на правосъдие“. Принципът, който ограничава съдията изключително в словесното тълкуване, е станал неударим. Той е трябвало да бъде заместен от някакъв друг метод. Реформата от 20 ноември 1864 г. е поискала да я посочи в предходната ст. 9: „Всички съдебни учреждения са длъжни да решават делата по точния разум на действащите закони, а в случай на тяхна непълнота, неясност, липса или противоречие да основават решенията си на общия смисъл на законите“.

Този текст е задължавал, както ще видим, само общите съдебни учреждения. Той е трябвало да бъде, естествено, еднакво меродавен и за практиката на съдилищата, и за доктрината на цивилистите. Обаче те са тръгнали по различни пътища. Касационната практика на Сената е застъпила становището, че при решаването на споровете по точния разум на законите съдията бил длъжен да прилага закона „именно в този смисъл, който той има по буквалното си изложение, без да се отклонява в никакъв случай и под никакъв предлог в каквато и да било страна“⁶⁹. Прочее, съдебната практика е смятала принципа на словесното тълкуване за оставен в сила и от ст. 9 на новото гражданско съдопроизводство, поне колкото се отнася до тълкуването в тесен смисъл, т.е. до разкриването на прякото съдържание на закона. Новото, според нея, се състояло в забраната да се спират делата до получаване на авторитетно тълкуване и в свързаното с нея право на съдилищата да решават по аналогия. Заедно с това, Сенатът е поддържал, че неговите тълкувания трябвало да се смятат за юридически задължителни от нисшите съдебни учреждения⁷⁰.

И двете тези са срещнали решителна съпротива от страна на теорията. Авторите са

⁶⁷ *Градовский*, Начала русского государственного права т. 1, 1875, с. 78.

⁶⁸ *Градовский*, с. 81.

⁶⁹ *Исаченко*, Основы гражданского процесса, т. 1, 1904, с. 286 и сл.

⁷⁰ *Градовский*, с. 96 и сл.; *Исаченко*, с. 281, и авторите, посочени в следващата забележка.

се обединили най-напред около становището че касационните решения на Сената не притежават авторитета, който той е желал да им придаде, и че те, следователно, не биха могли в никакъв случай и в никакъв смисъл да се третираат като източник на правото⁷¹. В дореволюционна Русия това раздвоение между доктрината и практиката на Сената, изглежда, не е било преодоляно. Теоретическото и практическото му значение е било огромно. С усвояния от Сената възглед руското право изобщо се е отклонявало от господстващото континентално схващане и до известна степен се е приближавало до английската идея за позитивно право, основано върху преюдиции. Също така енергично е била отхвърлена от господстващото учение на руските цивилисти и другата теза на Сената: че тълкуването е обвързано от словесния смисъл на закона. „Буквата е тялото, мисълта е душата на закона“, е писал още *Гордон*⁷², и авторите са се съгласили с него, че тълкуването трябва да търси именно тази „душа на закона“. Само когато е трябвало да се определи по-отблизо нейната същност, мненията са се разделили. В учебника си по гражданско право *Васьковский* е следвал в това отношение разбиранията на *Savigny* и на *Unger*: че така нареченото логическо тълкуване има за задача да установи „мисълта на законодателя“ (29 и сл.). Към субективното тълкуване е клонял, съгласявайки се по този начин с цитирания вече *Гордон*, и *Аннеков* (16), който и иначе се е ръководел в учението за тълкуване на законите от немските пандектисти – главно от *Baron* и *Sohm*. Какво е поддържал *Шершеневич* в първите издания на своя учебник, не ми е известно. В деветото издание от 1911 г. той е смятал вече, полемизирайки с *Васьковский*, че „волюта на законодателя“ е само „фигуративно изражение“, че законът е за правоприлагането „анонимно произведение“, и че за меродавно може да се признае само обективното му съдържание (60).

Най-голямата работа на руски върху тълкуването на законите, която е заедно с това изобщо едно от най-значителните изследвания на предмета в духа на позитивизма, е вече цитираната монография на *Васьковский*, Учение о толковании и применении гражданских законов от 1901 г. Независимо от общата ѝ стойност, тази монография е интересна за нас и заради подробното изследване посветено на ст. 9 от руския Устав за гражданското съдопроизводство. Тук се касае, обаче, не за подробностите, а за основните концепции. А от това гледище е достатъчно да се подчертае, че както *Васьковский*, *Аннеков* и *Шершеневич*, така доколкото мога да съдя и останалите руски цивилисти от края на миналото столетие не са се отклонявали от господстващата в епохата доктрина на позитивизма. Ст. 9 е могла само да ги насърчи в това отношение. При пресния спомен за дореформения режим руските юристи са били доволни, че изобщо им е било позволено да работят с аналогията, и са виждали в нея достатъчно средство за попълване на всички мислими празнини на закона. Възлагайки надеждите си на аналогията и на догматическата разработка на правото, *Васьковский* не се е поколебал да заеме от *Savigny* дори „меткия израз“, че юриспруденцията е смятане с понятия (344),

За разлика от нашия чл. 9 ЗГС руският не е споменава обичая и справедливостта като извори на правото. На обичая са се позовавали ст. 130 от Устава за гражданското съдопроизводство и някои други разпореждания, които са допусkali прилагането му в търговските дела, в селските отношения и пр. С оглед на тези разпореждания и руската гражданскоправна доктрина е признавала обичая за източник на правото. Но, като в Австрия и в Италия, и в Русия са стояли в това отношение на становището, което беше

⁷¹ *Градовский*, с. 100; *Васьковский*, Учебникъ гражданского права, Выпуск 1, 1894, с. 43, *Аннековъ*, Система русского гражданского права, т. 1, 2 изд., 1899, с. 36; *Шершеневичъ*, Учебникъ русского гражданского права, 9 изд., 1911, с. 64, и цитираните от тях.

⁷² *Гордонъ*, Логически способъ толкования законовъ, Журналъ гражданского и уголовного права, 1881, кн. 3, с. 140, цитирано по *Аннеков*, пос. м.

преобладавало още през осемнадесетия век: че обичаят има правно задължителна сила, само доколкото законът му я признава, т.е. на становището на така наречената теория на позволенията. Въпреки влиянието на историческата школа, руските цивилисти са отказали да третират обичая като равностоен на закона източник на право. И в това отношение ст. 9 е играла решаваща роля, този път с мълчанието си.

Ст. 9 е важала само за гражданските съдебни учреждения. Едно подобно на нея правило е било в сила за наказателното правосъдие. Особени предписания са уреждали гражданските дела, решавани от мировите съдии и търговските дела. Извън тези три области е бил оставен в действие принципът на ст. 65 от Основните закони: принципът на словесното тълкуване и свързаното с него препращане към върховната власт⁷³. Така, общата картина на руското позитивноправно уреждане на метода на правоприлагането е била много по-комплицирана и несъгласувана от тази в другите големи европейски страни от онова време. Това състояние на позитивното право е имало своето естествено отражение и в гражданскоправната литература. По-свободно се е работило в областта на общата теория на правото и на енциклопедията на правото. Това личи още у *Коркунов*. След 1900 г. са излезли многобройни курсове по обща теория на правото и по енциклопедия на правото: на *Хвостов*, на *Трубецкой*, на *В. Н. Рененкамф*, на *Тарановски*, и др. Те не са пропускали да се спрат на проблемите за източниците на правото и за тълкуването. Но техните работи принадлежат вече на друга епоха. А и ученията им не са учения за руското позитивно право.

§ 7. Положението у нас

Нашите граждански закони не съдържат особени правила за тълкуването на законите. Разгледаните по-горе текстове на италианските „предварителни разпореждания“ не са преминали в нашето законодателство и затова техните предписания никога не са обвързвали нашето тълкуване на заимстваните от Италия правила. В ранното законодателство на младата българска държава проблемите на метода на правоприлагането са били засегнати от две други постановления: от чл. чл. 11 и 10 на Закона за гражданското съдопроизводство. Първият от тях, възпроизвел познатата ни ст. 10 на руския Устав от 1864 г., е въвел и у нас принципа на чл. 4 от френския граждански законник и с това е изключил поначало системата на изключителното словесно тълкуване и свързаното с нея препращане към извънсъдебно авторитетно изясняване на смисъла на законите. Вторият – сегашният чл. 9 ЗГС – е гласял в първоначалната си редакция, както следва: „Съдебните учреждения са длъжни да решават делата по точния разум на действащите закони; но когато последните са непълни, неясни или противоречиви, то да постановят решения по общия смисъл на законите; а ако такива няма, то да основават решенията си на обичая и справедливостта“. При наличността на този текст положението у нас е било още от началото твърде различно от това във всички разгледани до сега страни.

Влиянието, което ст. 9 от руския „Устав“ е упражнила върху съставителите на нашия текст, е повече от очевидно. На него се дължи и понятието „точен разум на действащите закони“ и препращането към „общия им смисъл“, та дори и редакционната форма на по-голямата част от разпореждането. И все пак, с прибавката на края – а ако такива няма, то да основават решенията си на обичая и на справедливостта – нашето право рязко се е отделило от всички свои образци. Българският законодател от деветдесетте години на миналия век е бил твърде далеч от господстващите тогава на континента настроения. За него е било невъзможно да посочи, като руския Устав, само

⁷³ *Васьковскій*, Учебникъ, цит. с. 40; *Анненковъ*, с. 38 и сл., *Шершеневичъ*, с. 44.

на „точния разум“ и на „общия смисъл“ на действащите закони и да се надява, че съдията ще намери в тези два източника необходимите принципи за разрешаване на всички поставени пред него въпроси. Че законите са неизбежно непълни, е истина, която не е било нужно да се доказва по онова време в България. Разбира се – не защото българските юристи са били принципни противници на господстващия в Европа позитивизъм или защото са предугаждали, че неговите несъвършенства скоро ще наложат почти навсякъде изоставянето му. При огромните празнини на едва начеващото законодателство, на което е предстояло тепърва да урежда обширни области от правния живот в страната, нашият закон естествено е бил принуден да насочи съдията към другите два източника, от които практиката и преди това е черпила нужните й разрешения: обичая и справедливостта. Дълбоките причини за направеното отклонение от чуждите образци трябва да се търсят не толкова в познанието за неизбежната непълнота на всяка позитивноправна система, колкото в практическите необходиминости на едно още неразвито законодателство. Това са причините, които са осигурявали доминиращо положение на обичая и на решаването по справедливост у всички народи в начални стадии на правно развитие.

Член 9 е текст с изключително значение за теорията на източниците на правото у нас. Но той съдържа и правила, които пряко засягат тълкуването. Такова е, най-напред, правилото, което определя като меродавен „точен разум“ на закона. То се отнася до тълкуването в тесния смисъл на думата. Такова е, на второ място, правилото, което задължава съдията да се ръководи от „общия смисъл на законите“, т.е. от така наречената аналогия. Но дори и начинът, по който е уредено положението на източниците на нашето гражданско право, има косвено значение за тълкуването и специално за правоприлагането по аналогия. Защото, признавайки справедливостта като източник на правото, отделен от закона и различен от неговия „общ смисъл“, чл. 9 е направил недопустими у нас всички начини на боравене с аналогията, които биха имали за съществена цел да я превърнат в средство годно да запълни всички мислими празнини. Аналогията не е тук универсалното средство, което лекува всички липси и поправя всички недостатъци. Тя има естествени граници, зад които започва господството на обичая и на справедливостта. Проблемът е тези граници да бъдат установени. Член 9 не споделя вярата на *Unger* и на толкова други, че на установеното вече в дадена външна форма позитивно право е присъща органическата способност да покрие с своите принципи целия правен живот. Това положение и изобщо значението на чл. 9 за нашето тълкуване може да бъде окончателно изяснено само при догматичното разглеждане на нашия тълкувателен метод.

Ние видяхме, че преобладаващото мнение в Италия е схващало „общите правни принципи“ на чл. 3 като „общите принципи на действащото италианско право“. Видяхме също, че доктрината на позитивизма се беше опитала, в Австрия, да лиши „естествените правни принципи“ на § 7 от достойнството на действащи правила, защото „доктринерните схващания на законодателя“ били безсилни срещу „обективните необходиминости на логиката“. Не би било немислимо, следователно, една позитивистична доктрина да откаже и у нас положителноправна стойност на справедливостта като източник на правото, особено откак законодателството, след редица по-нови закони, е почти стигнало до размера на пълна кодификация. В действителност, това не е станало, поне до днес. Най-близо до „класическата теория“, както сам я нарича, стои *Фаденхехт*: „изложеното в предходния § учение за тълкуване и прилагане на писаните правни норми (законите), наречено класическо, изхожда от основното схващане за логическата пълнота и затвореност на действащото право (*die logische Geschlossenheit des Rechts*) в смисъл, че всяка правна норма, която съдът трябва да приложи за разрешение на даден спор, трябва

да се черпи от действащото право, било че тя е изрично формулирана за дадения случай или че е изведена чрез аналогия на закона или на правото от формулираните за подобни други случаи правни норми⁷⁴. Но учението за логическата пълнота и затвореност на правото, оформено чрез закона и обичая, би могло да се поддържа у нас, само ако предварително бъде отстранено, като позитивно правило, разпореждането, което чл. 9 съдържа в края си. *Фаденхехт* не го е направил. Той е отбелязал само, че „не може да се счита, че има празнини в действащото право, освен когато съдията е принуден да прибегне до справедливостта“ (90), и че „не може да се откаже, че в такъв случай съдилищата прилагат в правния живот нови правни норми“ (54). По този начин принципът за логическата пълнота и затвореност на позитивното право е бил изоставен. А повече от това не е изисквала поне минималната програма на противниците на правния позитивизъм.

Колкото се отнася специално до справедливостта като източник на правото, *Фаденхехт* е застанал на обективното становище, като е пояснил, че и в случаите на чл. 9 съдията не може да прилага личните си критерии за добро и справедливо: съдията „не може да се задоволи с просто окачествяване на субективното си разбиране като справедливо; а трябва, като изхожда от основните общи принципи на действащото право, да установи и формулира приложимата в случая правна норма по същия начин, по който би постъпил законодателят, за да уреди неуредения случай: да примири противоположните интереси не с оглед към конкретните особености на случая, а с оглед към типичното и средно нормалното в него“ (54). На същата мисъл авторът се е върнал на с. 101. Инак, той е предпочел да не навлиза в изясняване на понятието справедливост и на мястото на справедливостта като източник на право у нас.

До италианските автори *Фаденхехт* се е приближил в разбирането си за отношението между закона и обичая, като е сметнал проблемът за разрешен от чл. 43 на Конституцията. А в учението си за тълкуването, в тесен смисъл на закона, той, както сам е отбелязал, е следвал примера на *Васьковский*, впрочем – с известна склонност към обективната теория (76, 77, 88). Изобщо, подробното изложение на *Фаденхехт* за източниците и тълкуването на българското гражданско право съставлява първия и най-значителен опит да се построи едно цялостно учение за правоприлагането върху идейните основи на господстващата европейска тълкувателна теория от края на миналото столетие. Член 9 обаче е сложил и върху нея един отпечатък, който я прави много по-открита за въздействието на новите идеи.

Глава втора Преходът

§ 8. Целта в правото

Еволюцията на идеите рядко се осъществява чрез внезапни промени. Не като произволно начупената линия на едно движение, определено от действието на механически сили и на случайни подтици трябва да се мисли тази еволюция. Нейният образ е по-скоро този на едно органическо растение и развитие. Зародиши на новото обикновено лежат дълбоко в едно време, когато господството на старите схващания изглежда осигурено и непоклатимо, а действително нова е често само по-голямата интензивност, по-ясната форма и външната осезаемост на прехода към друга доминираща доктрина. Чрез разграничаването на отделни периоди в такива случаи, като чрез всяко мислене в обособени понятия на единната действителност, мисълта може да

⁷⁴ *Фаденхехт*, Българското гражданско право, Обща част, 1929, с. 98.

стигне само до приблизително точно отразяване на действителното развитие, осъществило се в редица неуловими преливания. Очертаването на границите между две последователни епохи трябва да се третира не толкова като белег за рязка смяна между две противоположни състояния, колкото като километричния знак върху един широк завой към ново направление.

Трудно е да се определи момента, от който е започнал упадъкът на господстващата тълкувателна теория на стриктния позитивизъм: особено за едно изложение, което би желало да има в обзора си поне развитието на най-значителните европейски доктрини. За Франция, това е, може би, моментът на първото издание на вече често цитираното съчинение на *Geny* върху тълкуването и изворите на позитивното частно право – 1899 г. Понеже няколко години по-късно „борбата за правен метод“ е стигнала своя връх и в Германия, ние бихме могли да смятаме началото на нашето столетие като време на завоя. Много преди това, обаче, някои от основните положения на господстващата теория са били сериозно застрашени. Модерната тълкувателна доктрина имала големите си предшественици в лицето на някои от най-значителните юристи на предходната епоха, подготвили отчасти несъзнателно пътя за окончателното преодоляване на една концепция, на която те в нейната цялост са останали верни. На първо място между тях трябва да се постави *Ihering*.

За историческата школа е била винаги характерна известна интелектуалистична тенденция. На позитивното право се е гледало като на нещо окончателно дадено, ако не в буквата на закона, то поне в мисълта на законодателя и затова конкретното съдържание на тази мисъл се е смятало за единствена цел на тълкуването. Оттук толкова често повтаряната във всички страни на всички езици формула на *Savigny*, че „тълкуването трябва да възстанови мисълта на законодателя“. При работата на това възстановяване на мисълта на законодателя *Savigny* и неговите последователи са били склонни да отдадат само твърде второстепенно значение на практическата цел на закона. Страхът от изопачаване на исторически даденото съдържание на законодателната воля, под предлог се реализират се рализират нейните цели, е играл в това отношение решаваща роля. А веднъж възстановено, с тъй ограничените средства, представното съдържание на законодателната воля, то е било смятано за единствен нормен материал, който според консенквентните привърженици на позитивизма е могъл да бъде подлаган само на логическа разработка. Чрез нея трябвало да се извлекат от наличното позитивно право всички негови логически последици, чрез които се е мислело, че правото ще бъде в състояние да задоволи изискванията на многообразния и разностранен правен живот. Така се е открило безграничното поле на логическите спекулации и на абстрактните правни построения за една юриспруденция, която е имала естествено предразположение към тях, защото е била възпитана в духа на спекулативната немска философия. Само много малко увлечение е било нужно, за да се потъне в безплодните понятия, разграничения и конструкции, в онази „юриспруденция на понятията“, срещу която *Ihering* тъй енергично се беше противопоставил.

Неговата заслуга не е само в критиката, предизвикала опомняне, но преди всичко в това, че е научил юристите да виждат и разбират значението на целта за правото. Правото е само средство за осъществяване на житейски цели. Това е била неговата основна мисъл. Правните норми са принуждаващият инструмент за тяхното реализиране, а правните понятия и юридическите конструкции могат да имат стойност само като средство за същата цел. „Целта е творецът на цялото право“: под това мото и за да докаже изразената в него мисъл, *Ihering* е започнал второто си голямо дело. Заради него той е изоставил с мъка „задачата на живота си“ – своя „дух на римското право“. Убедил се веднаж, че е вървял по погрешен път, *Ihering* е сметнал за дълг към истината да

признае заблуждението си и да се посвети единствено на онова, което от сега нататък му се е струвало единствено правилно схващане за правото. Така се е зародила мисълта за *Der Zweck im Recht*. Първият том е бил издаден през 1877 г. Вторият е последвал шест години след това. В процеса на работата и съвсем неочаквано за автора, материята е израствала пред очите му все по-обширна. Първоначалният план не е могъл да бъде осъществен. Целият втори том, например, е бил зает, и без да ги изчерпи, само от проблемите, които е трябвало да образуват глава девета от общото изложение. По-далеч от този втори том работата не е отишла. Да се занимае непосредствено с проблемите на тълкуването *Ihering* не е имал повод. И все пак, изтъкнало толкова енергично значението на целта в право, делото на *Ihering* е станало идейният център на един обрат в правната наука, който до най-голяма степен е повлиял и за бъдещото развитие на тълкувателната теория. Господстващите направления в модерната тълкувателна доктрина са телеологичните. Тяхното обосноваване и практическо изграждане е било запазено за по-късни изследватели. Но *Ihering* е дал основаното направление на тяхната мисъл. Той е действително големият предшественик, открил пътя към нова епоха.

§ 9. Обективната теория

По друг начин са въздействали върху по-късната доктрина почти едновременно публикуваните – през 1885 г. – изследвания върху тълкуването на *Binding* и на *Wach*⁷⁵. Първият е имал предвид главно тълкуването на наказателните закони, а вторият – на тия относно гражданския процес. Аргументацията и на двамата, обаче, е била изградена не върху специфични особености на законите от едната или от другата област, а върху основни схващания, които претендират за важност по отношение на всяко юридическо тълкуване. Затова влиянието им и върху частноправната тълкувателна теория е било тъй трайно и толкова значително. В различни страни и в сравнително непродължително време мнозина измежду най-добрите цивилисти на новата епоха са се присъединили към така наречената „обективна теория“, за модерни основатели на която смятат именно *Binding* и *Wach*. Наистина, те сами са сочели като свои предшественици редица по-стари автори⁷⁶. С обективната теория особено често се свързват имената на *Thöl*, на *Thibaut*, на *Schaffrath* и др. (виж. по-горе с. 12). Във всеки случай модерната си форма обективната теория е намерила именно у *Binding* и *Wach*. По същото време и независимо от тях двамата, един обективен тълкувателен метод е бил развит в две елегантно написани студии на *Kohler*, които също са имали много голямо значение на бъдещето развитие⁷⁷. Обаче учението на *Kohler* съществено се е отличавало в някои отношения от това на другите двама големи негови съвременници. Различията и дори нюансите трябва да се изтъкнат и подчертаят. За тях би трябвало да държи сметка особено критиката на обективната теория. Инак нейната преценка би останала непълна даже когато би търсила същността и не би се насочила само срещу предложените формулировки.

Знаменитата фраза, че законът „не е дума, зад която стои едно искане, а воля станала дума“, принадлежи на *Wach*. Мисълта му е, че самият закон е воля – *Wort gewordener Wille*. Законът бил „волеизявление не само в смисъл, че е изявено нещо искано, но че самото изявено е воля“. Изявената, съобразно с принципите на съответното държавно устройство, мисъл била закон, даже ако е била различна от мисълта, която я е

⁷⁵ *Binding*, Handbuch des Strafrechts Bd. 1. 1885; *Wach*, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, 1885.

⁷⁶ *Wach*, с. 256, заб.; *Binding*, с. 456, заб. с.

⁷⁷ *Köhler*, Über die Interpretation von Gesetzen, Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift), 1886, с. 1 и сл.; Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, Iherings Jahrbücher, 25 (1887). с. 282 и сл.

породила. „Волята на закона“ била независима от представите на законодателя за съдържанието на закона. Достатъчно било, че законодателят е искал закона. С това той искал и обективно съдържащите се в закона норми, все едно дали е имал или не съзнание за тяхната наличност в текстовете, създадени от него. Законът можел да бъде по-проницателен, по-умен от своя автор. Предназначен да се прилага, той бил константна жива сила, и задачата на тълкуването била да разкрие иманентния му смисъл (256 и сл.).

И *Binding* е мислел, че „волята на закона“ е различна от волята на законодателя, и че тълкуването има за цел да се обхване тази воля от индивидуалното съзнание на тълкувателя: тълкуването трябвало да разкрие „съдържанието, значението и авторитета на една конкретна част от правната воля“ (451). Представата за една самостоятелна „правна воля“ или „воля на закона“ е била изобщо мисловната форма, предпочитана от привържениците на обективната теория. Особеното у *Binding* е било ясният понататъшен анализ, който показва, че тази представа далеч не определя границите и не изчерпва възможностите на „обективното“ направление в тълкувателната теория. „Законът, е писал *Binding*, действително извлича своя авторитет от авторитета на личността или на колегията, волята на която го е направила закон; какво, обаче, е авторитетно искано, това не се решава от никой властелин, дори в най-абсолютната държава“ (454). Мъдрата воля на законодателя била да стане закон това, „което сега и в бъдеще би могло да се извлече като годно правило за живота чрез промисляне на вложените в закона мисли“ (455). Законът искал това, което разумно тълкуващият народен дух може да почерпи от него (456).

Kohler също е започнал с мисълта, че при тълкуването трябва да решава не какво е искал авторът на закона, а какво иска самият закон (I, 1). Законът нямал воля в психологически смисъл. Той имал воля в телеологически смисъл, като „органическо целестремление“, и само тази воля била правно меродавна. Извън закона оставало всичко, което факторите на законодателството може да са изразили като свои възгледи за съдържанието и мисълта на закона (I, 21). Противното схващане се дължало на недостатъчно оценяване на обстоятелството, че издаването на един закон било дело, историческо действие, което въвеждало в правния живот само закона, а не схващанията и размишленията на неговите автори. Законът пораждал не правните последици, които законодателните фактори биха желали да предизвикат, а онези, които следвали от органическото целестремление на закона и произтичали от създадения в закона духовен организъм (I, 2). В това отношение – като човешко дело, което създава самостоятелна и способна за собствен живот духовна действителност – законът бил подобен на произведенията на изкуството. Като тях и законодателството, въпреки всички подготвителни работи, почивало в основата и същината си върху едно интуитивно дело (I, 29). Несъзнателното играло и при него своята доминираща света роля. Текстът на закона бил единствен носител на създадената от него духовна действителност и единствено възплъщение на неговото духовно целестремление (I, 34). Затова закон могло да бъде само възплътеното в буквата на закона (I, 33).

И предпоставките, и елементите на тези учения са били очевидно твърде различни. Те не са били, впрочем, напълно изяснени от тяхните автори: нито мисълта на *Binding* да се извлече задължителната сила на обективното съдържание на закона пак от волята на законодателя, нито идеята на *Kohler* да се види в него резултат на законодателна интуиция. Както ще видим, различни са били и изводите, до които са стигнали тези учения. В известно отношение обаче схващанията на тримата – *Binding*, *Wach* и *Kohler* – са са покривали. И за тримата е характерно, че са откъсвали обективното съдържание на закона от субективните представи на законодателя за неговото съдържание и че с това са се противопоставили на господстващата тълкувателна теория на историческата школа,

според която тълкуването има за задача да установи тъкмо исторически дадената мисъл на законодателя, а законът трябва да се смята само за неин, може би несъвършен, външен израз. Съобразно с това, *Binding*, *Wach* и *Kohler* рязко са разграничавали юридическата херменевтика от филологическата, между които *Savigny* и неговите съмишленици не са виждали никаква принципна разлика. Както е писал *Binding*, филологическо тълкуване целяло „разкриване на една необвързваща мисъл, юридическото – установяване на една ауторитативна воля“. Докато за първото текстът бил само незадължително средство за изразяване на една сама по себе си меродавна мисъл, при второто – обратно – самият текст бил задължаващият и единствено меродавен израз на правно обвързваща воля. Негативният резултат на това основно положение е отхвърлянето на подготвителните материали като източник на правно обвързващо тълкуване. При господстващата тенденция на тогава доминиращата тълкувателна теория вече това негативно положение е означавало съществен обрат в развитието. Но обективната теория се е опитала и позитивно да изгради тълкуването върху по-други основи и при ново разбиране за взаимното отношение между отделните негови средства.

В духа на едно време, което по пътя показан му от *Ihering*, все по-ясно е осъзнавало практическата функция на правото, обективната теория не е могла да следва повече примера на *Savigny* и да гледа на практическата цел на закона само като на далечно и несигурно указание за действителната мисъл на законодателя. Напротив, схващайки закона преди всичко като инструмент за осъществяване на определена социална цел, обективната теория естествено е трябвало да вземе целта за решаващ критерий и на неговото тълкуване. За „истински смисъл на закона“ тя е смятала вече не онзи, който би я довел най-близо да представите на автора му, но смисъла, при който законът най-сполучливо би изпълнил практическата си задача. Целта на тълкуването била да открие именно този смисъл, т.е. да избере измежду всички съвместими с текста на закона представяй съдържания най-подходящото с оглед на целта. На функцията на тълкувателя е бил даден по този начин нов облик. Центърът на тежестта в неговата дейност се е изместил от историческото изследване и от установяването на исторически дадени факти – мисълта на законодателя – към преценяване и подбиране с оглед на целта измежду няколко мислими разрешения. Разширявайки така границите на свобода и отговорност за тълкувателя и съдията, обективната теория е направила нова стъпка към модерното по-широко разбиране за същността на тяхната дейност. Обективното тълкуване е станало една от първите нови форми на телеологичното тълкуване.

Особено силно е въздействала в това направление доктрината на *Kohler*. Откъснато веднъж от субективното разбиране на законодателя, понятието „воля на закона“ може да се схваща поначало по два различни начина. За меродавен обективен смисъл може да се смята най-напред комплексът от съвместими с текста представи за неговото съдържание, чрез които той най-добре би прилегнал към особените си цели в момента, когато е влязъл в сила, и към особената историческа обстановка на този момент. Стигне ли изведнъж до съвършеното с оглед на тези данни разбиране на закона, тълкуването би разкрило окончателно „истинския“ му смисъл и съдържанието на неговата „константна жива сила“. Така схваната обективната теория, една еволюция в тълкуването на даден закон е мислима само при хипотеза на несъвършено първоначално разбиране на текста. И при тази хипотеза обаче е изключено едно развитие, обусловено от нови събития настъпили след влизане на закона в сила: социални преобразувания, технически усъвършенствания, промени в възгледите за право и справедливост. *Kohler* е отивал подалече. Според него думата и на вече инак остаряли закони могла да задоволи понякога съвременното правосъзнание, ако бъде тълкувана по нов начин. В такъв случай нямало

да се касае вече за тълкуване в истински смисъл, а под формата на привидното тълкуване щяло да се крие в действителност образуване на ново право, един правен напредък. То било позволено. Няма да е злоупотреба, но по-скоро съобразно с предназначението ѝ употребяване на съдийската власт, ако съдията следва правния прогрес в границите на думите на закона, чрез променливо тълкуване. Напротив щяло да е неправилно да се изисква от законодателя да измени закона, за да го приспособи към правния напредък, докато буквата е достатъчно средство за това, стига само да се отстрани старото тълкуване (I, 59 и сл.).

Мнозина са разбирали *Kohler* в смисъл, че той е искал да се позволи на съдията съзнателно да се отклонява от закона и да създава сам нови правни принципи, когато новите нужди на правния живот се стремят към тях и те биха могли да се вместят в буквата на един стар текст, колкото и да е сигурно, че правилното му първоначално тълкуване не би трябвало да ги включва. С оглед на това мнозина са го броили за непосредствен предшественик на „свободноправните учения“, а *Somlo* му е приписал дори „правноисторическата свободноправна теория“⁷⁸. *Kohler* сам е почувствувал нужда да се изясни. Мисълта му не била да освободи съдията от подчинение към закона, дори при основно променени обстоятелства в момента на правоприлагането (II, 288 и сл.). Като говорел за развитие на правото и за творчество на съдията чрез ново тълкуване съобразено с изменените условия, той нямал предвид съзнателно отклоняване на правоприлагането от закона. Целта му била само да изтъкне един неоспорим факт на правноисторическото развитие: че под въздействието на нови нужди и на нови концепции съдията интуитивно влагал в закона нови съдържания и така, неразривно свързан с своето време и с духа му, съдействал за известни промени в правото, без да го съзнава.

По-късно, когато ще разглеждаме новите направления в учението за тълкуването на законите във Франция, ние ще видим колко дълбоко е проникнала обективната теория в тази страна. *Saleilles* – един от големите водачи на новото развитие там – е познавал идеите на *Kohler*. Резултатът, обаче, едва ли може да се обясни само със собствената сила на тези идеи и с личното влияние на *Saleilles*. Нещо в тях е отговаряло на намерили нужди на правния живот, потърсили именно в обективното тълкуване едно средство за своето задоволяване. Френските съдилища са го практикували още преди това, и голяма част от примерите на *Kohler* за осъществено чрез съдилищата несъзнателно доразвитие на правото са били заети именно от френската юриспруденция. Развитие и на доктрината и на съдебната практика във Франция бързо са отишли по-далече. Разпорежданията на Наполеоновия кодекс, стари вече почти цяло столетие, в много отношения не са могли да задоволяват по-нататък изискванията на обмена и на новото общество. Изправени пред дилемата – ревизия на законника или ревизия на традиционните учения в рамките на текста му – френските юристи, много по-лесно от *Kohler*, са възприели идеята, която той не се е решавал открито да защитава. Най-напред юриспруденцията, а след това и теорията все по-често са започнали съзнателно да изоставят дотогавашното разбиране на текстовете, за да възприемат друго, по-добре пригодно към новите социални условия, дори когато е било сигурно, че то не отговаря на първоначалната мисъл на закона. Това тълкуване е било наречено еволютивно. По-друго съдържание влага в понятието „исторически еволютивен метод“ част от модерната италианска литература. Но както във Франция, така и в Италия еволютивната тълкувателна теория е неразделна част от съвременното състояние на идеите в тези страни. Съдбата ѝ там трябва да бъде проследена в непосредствена връзка с целия комплекс на модерното развитие. Тук ще трябва да се ограничим само с някои общи

⁷⁸ *Somlo*, Juristische Grundlehre, 2 изд., 1927, с. 422 и сл.

бележки относно страните на немския език.

Сравнително най-малко привърженици обективната теория е намерила в Австрия. Причина за това е правилото на § 6 от гражданския законник, който е обвързвал тълкувателя не само със „собствения смисъл на думите“, но и с „ясното намерение на законодателя“⁷⁹. Господстващото мнение е останало и до ново време вярно на субективното тълкуване. Особено – това на цивилистите. В работи от общ характер обективната теория е имала и в Австрия известни отгласи⁸⁰.

На противоположния полюс на развитието стои Швейцария. Познатият чл. 1 от Швейцарския граждански законник е определил, че „законът се прилага за всички правни въпроси, за които той, по словесен смисъл или тълкуване, съдържа едно разпореждане“, и авторите са приели, че с това правило законът е прогласил за меродавен обективния си смисъл.

Така и то в смисъла на еволютивното направление – го е разбрал още първият му коментатор – *Gmür*⁸¹. Такова съдържание е вложил в него *Reichel*, който, както ще видим е бил привърженик на обективната теория и за германското право⁸². Така е мислел авторът на едно от най-значителните нови швейцарски изследвания върху правния метод – *Walter Burckhart*⁸³. На същото становище продължава да стои и сега *Tuor*, който показва с надлежни посочвания, че и практиката на Съюзния съд го споделя⁸⁴.

Напротив, в Германия, при липса на законно разпореждане, което да наложи определеното направление на научната мисъл, мненията са се разделили. Обективната теория, и в двете си направления, предлага по-голяма свобода на тълкуването изобщо, и, по-особено, на съдийското правоприлагане. Даже ако съдията трябва да се счита обвързан от „волята на закона“ в момента на влизането му в сила, обективната теория все пак позволява да се изостави „мисълта на законодателя“, поне в случая, когато текстът допуска едно тълкуване, което по-добре от нея би го съобразило с историческите цели на закона. Много обяснимо е, следователно, че независимо от различията в изходните им точки и в същественото съдържание на ръководните км идеи, повечето от привържениците на движението за реформа са възприели именно обективното тълкуване. За *Stampe*, например, „съдържание на закона е само словесният му смисъл, разкрит с правилата на езика и на логиката“⁸⁵. *Brütt* е мислел по същия начин, когато е трябвало да избере между обективната и субективната теория⁸⁶. Отричайки правно задължителна сила на „волята на законодателя“, *Max Rumpf* е задължавал съдията да търси необходимото разрешение направо в вложените в закона мисли и преценки⁸⁷. *Hans Reichel*, заел тази формула от *Gmür*, е определил закона като „перманентно волеизявление на целия народ“ и, следвайки по този начин еволютивното направление на обективната теория, силно е подчертавал телеологическия момент при тълкуването⁸⁸, и т. н. Изброяването лесно би могло да продължи. *Heck* – един противник на обективната теория – я е смятал за господстваща още в 1914 г. и е сочил, наред с цитираните, още и

⁷⁹ *Ehrenzweig*, пос. съч., § 13; *Pisko*, пос. съч., с. 118; *Swoboda*, пос. съч., § 4.

⁸⁰ Вж. напр. *Felix Kaufmann*, Die Kriterien des Rechts, 1924, с. 107, и *Oskar Kraus*, Die Leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, 32, с. 613 и сл.

⁸¹ *Gmür*, Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1908, с. 54; срещу него *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 4, 1911, с. 262, заб. 54.

⁸² *Reichel*, Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, във Festgabe für Rudolf Stammler, 1926, с. 297.

⁸³ *Burckhardt*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, с. 216 и сл.

⁸⁴ *Tuor*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 4 изд., 1940, с. 32.

⁸⁵ *Stampe*, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, 1907, с. 12 и сл.

⁸⁶ *Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, с. 52.

⁸⁷ *Rumpf*, Gesetz und Richter, 1906, с. 120 и сл.

⁸⁸ *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, цит. съч., с. 70.

имената на *Carl Schmitt, Danz, Wüstendörfer, Kraus, Schlossmann, Saxl, Hellwig, Lukas, Radbruch, Sternberg, Spiegel, Holder, Kosack* и др. Тридесетте години, изминали оттогава, са увеличили значително тази листа. Добила ли е обективната теория господство и в Германия? *Heck* го е вярвал поне за времето, когато е писал студията си⁸⁹. Преценката на *Enneccerus* е по-друга⁹⁰. Но на която страна и да е истината, изложеното показва огромния успех, който идеите на *Wach*, на *Binding* и на *Kohler* са имали и в тяхното отечество.

Между предпочитаните аргументи на обективната теория е и този, че „волята на законодателя“, с която работи противното направление, била в действителност една фикция, един мит⁹¹, че определена психологическа воля, която да носи закона, не съществувала, особено в модерните парламентарни държави, и че, следователно, субективното тълкуване строело върху един мираж. *Bierling* е върнал упрека на обективната теория: „Всъщост, е писал той, тази характеристика заслужава тъкмо схващането на обективната теория, че законът води свой собствен живот“⁹². В критиката си срещу обективната теория и *Васьковский* е отбелязъл, че терминът „воля на закона“ може да има стойност най-много на „фигурално изражение“⁹³. И наистина, формули, като тези на *Wach*, че законът бил „воля станала дума“ или че „самото изявено е воля“, не съдържат сами по себе си нещо повече от една още неизяснена представа, в която е сигурен само един отрицателен момент – отказът да се признае за меродавна историческата воля на автора на закона. От тях не може да се извлече никакво позитивно заключение нито за основанието на задължителната сила на закона, нито за принципа, съобразно, с който следва да се определи неговото съдържание. Не се осъществява прогрес в това отношение и с обяснението, предложено от *Binding*, че „законът мисли и иска това, което разумно тълкуващият народен дух може да почерпи от него“. Напротив, възкресявайки по този начин една идея, скъпа за начеващата историческа школа, *Binding* е можел само отново да призове за живот всичките ѝ недостатъци: мистичният народен дух не е могъл да стане по-добър тълкувател на правото, отколкото е бил, в учението на *Puchta* и на *Savigny*, негов източник и носител.

Но в мисълта, че сам законът отправя тълкувателя към едно определено тълкувателно начало – в случая към народния дух, се крие и зародишът на една концепция, за която сам *Binding* е имал и по-спулучлив израз. Концепцията, че „мъдрата воля на законодателя“ била да стане закон това, което сега или в бъдеще би могло да се извлече от текста като годно правило за живота“. Касае се за схващането, че обективната теория отговаря по-добре даже на историческата воля на законодателя, т.е. че „мъдрият законодател“ сам желае правоприлагането да се ръководи не от неговите собствени представи за съдържанието на закона, а от смисъла, който бъдещия тълкувател би предпочел след грижливо изследване на цялостната функция на закона. Това „субективизиране“ на обективната теория, както го е нарекъл *Enneccerus*⁹⁴, е получило завършена форма от *Manigk* в една сравнително твърде нова работа⁹⁵: „Между двете теории (субективна и обективна, б. м.) се хвърля мост чрез съображението, че историческата воля на законодателя е да се създаде една норма и за в бъдеще и че самият законодател би искал нормата да се прилага съответно на непредвидимите нужди на бъдещето. Това гледище днес не е вече фикция. Правната история показва, че законите

⁸⁹ *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Aroh. Ziv. Pr., 112, с. 6.

⁹⁰ *Enneccerus-Nipperdey*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1, 13 изд., 1931, § 49 11.

⁹¹ Така, напоследък, *D'Ambrosio*, Monäsimo giuridico. 1937., с. 170.

⁹² *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 4, 1911, с. 258.

⁹³ *Васьковский*, Учение, цит. съч., с. 22.

⁹⁴ Пос. съч. § 49, заб. 4а.

⁹⁵ *Manigk*, Auslegung в Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, издаден от Stier-Sömlo и Elster, Bd. 1, 1926, с. 432.

винаги са били тълкувани прогресивно, и всеки законодател се съобразява с този факт⁹⁶. С това обективното, и дори еволютивното обективно, тълкуване се извлича направо от волята на автора на закона, а една мисъл, за която *Binding* само косвено е намеквал, е израстнала в цяла доктрина, предназначена да преодолее противоречието между две на пръв поглед непримири школи в тълкувателната теория. Така я е схванал и *Riezler*, който напоследък се е присъединил към нея⁹⁶.

Няма съмнение, че понякога – особено когато създава закони, предназначени да се прилагат в необозримо време и при непредвидими промени в социалните условия – законодателят може сам да желае текстовете, които санкционира, да не бъдат повече от широки рамки, вътре в които едно творческо тълкуване ще има свобода да изработи детайлите и да ги промени, ако това е необходимо за по-целесъобразно обхващане на новата обстановка в една променена действителност. Не е немислимо също, даден законодател да възприеме за себе си, като практическо правило, едно такова отнасяне към проблемите на законодателното регулиране и, съответно на това, да въздигне, изрично или мълчаливо, еволютивното тълкуване в позитивноправно задължителна метода. Дейността на законодателя и в този случай не би била лишена от смисъл и практическо значение. *Regelsberger* е питал привържениците на обективната теория: „Та нима в закона са ни дадени само думи?“⁹⁷ – Не думи, би могло да се отговори, а именно граници и рамки, максималния предел, очертан от един словесен смисъл, който би могъл да остане, като такъв, непроменен дори при развитие на езика, но който би предпоставял като свой редовен сътрудник уточняващата и конкретизираща дейност на правоприлагащия орган в държавата, т.е. на онзи орган, на който дори в най-негъвкави законодателства е представено да фиксира съдържанието на понятия като небрежност, добросъвестност и др.

Gorla е на мнение, че едно такова правило би било странно и абсурдно⁹⁸. Мене ми се струва, напротив, че то би имало за себе си сериозни съображения, особено ако се отнася към законодателни актове от вида на една частноправна кодификация. Не ми е известно обаче то да е било исторически проведено някъде от някой законодател. А не ми се вижда да почива върху действителността и твърдението на *Manigk*, че модерният законодател се считал с исторически факт на прогресивното тълкуване и ориентирал съобразно с него собственото си законодателно дело. В тази му обща форма това твърдение наистина не се основава на нещо повече от фикция или поне – на нещо повече от едно недоказано предположение. Особено, доколкото се отнася до законодателството на страни, в които обективната теория е все още тъй живо оспорвана, както в Германия, По-друго е, може би, положението във Франция. Там еволютивното тълкуване на гражданския законник може да се смята установено вече със силата на окончателно утвърден юридически обичай. Но с положението във Франция ние ще се занимаем по-късно.

Едно друго схващане, поддържано особено от представителите на така нареченото социологическо направление, мисли, че може да обоснове еволютивното тълкуване със самата същина на закона⁹⁹. Понеже законът се явявал като исторически продукт на социалното развитие и като израз на съотношението между социалните сили в даден момент, той трябвало да еволюира успоредно с промените, които настъпват в обществения живот, а еволютивното тълкуване било естествената форма на тази необходима юридическа еволюция. И това обяснение не доказва задължителността на

⁹⁶ *Riezler* в Sfaudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 10 изд., 1936, Einleitung, 58.

⁹⁷ *Regelsberger*, Gesetz und Rechtsanwendung, Jherings Jahrbücher, 58, c. 148.

⁹⁸ *Gorla*, L'interpretazione dei diritto, 1941, n. 12.

⁹⁹ *Cruet*, La vie du droit et l'impuissance des lois, 1908, c. 13.

еволютивното тълкуване. То смесва историческото възникване на закона с основанието на неговата задължителност и, последователно прокарано, би довело изобщо до отричане на закона като установена норма. Правните мисли и преценки, санкционирани от законодателя действително се явяват обикновено като резултат на известно развитие на социалните сили, но не затова законът е задължително правило. Законът обвързва, защото произлиза от компетентния правоустановяващ орган и съдията не може да му откаже приложение, даже да има основание да приеме, че законодателят неправилно е преценил действителните тенденции на развитие в регулираните от него отношения. Правилата на закона получават юридическата си сила от авторитета на законодателя, а не непосредствено от социалната уместност на вложените в тях разрешения, така че еволютивното тълкуване и от това гледище не може да се третира като естествено налагащ се подход към закона изобщо или специално към модерния закон.

Изходната точка на тълкувателната теория трябва да бъде волята на законоустановяващия орган, респ. съдържанието на тълкувателния обичай, ако съществува такъв. Последното ще бъде сравнително по-рядко явление. Законодателят създава закона и нему принадлежи да определи как той трябва да бъде разбран. Само че това не значи, както е мислела тълкувателната теория на историческата школа, че юридическото тълкуване може да има за цел само едно: да разкрие „мисълта“ или „истинската воля“ на законодателя, т.е. представното съдържание, което авторът на всеки отделен законодателен текст е свързвал с него. Между филологическото тълкуване и работата на юриста има в това отношение съществена разлика. Задачата на филологическото тълкуване се изчерпва с възстановяването, в мисълта на тълкувателя, на мисловното съдържание, на което авторът на тълкувания текст е искал да даде израз чрез него. Касае се за мислено реконструиране на един исторически предшестващ факт – на един преживян от друго психически процес, и в този смисъл действително може да се каже, че крайната цел на филологическото тълкуване е „истинската“ мисъл на автора. За юриста е невъзможно да спре дотук. За да се убедим в това, е достатъчно да се припомни неоспоримото положение, че според волята на всеки законодател създаденият от него ред трябва да важи като единно хармонично цяло. Когато филологическото тълкуване се натъкне на противоречия или несъобразности, то ще ги отбележи, но задачата му все пак ще бъде свършена. Онзи, който има да се съобрази с една заповед, и, особено, подчиненият на закона, когато ще го изпълнява, са длъжни да отидат по-далеч. Изправени пред два отделни волеви акта с противоречиво или поне недостатъчно съгласувано съдържание, те нямат право да се ограничават с установяване на исторически дадената воля, т.е. с констатацията за наличност на противоречие или за липса на хармония между двете исторически дадени волеви съдържания. Те трябва да съгласуват и хармонизират, за да сглобят отделните разпореждания в цялостен ред. Съответно на това, те са длъжни да се отклонят в надлежната мярка от исторически даденото съдържание на волята, която у законодателя е придружавала едно или друго от тези разпореждания. Вместо „истинската“ воля на законодателя, по този начин става меродавно онова разбиране на текстовете, което в сравнително най-висока степен отговаря едновременно и на нея и на принципа за единство в правния ред. Само доколкото не се налага да бъде изменена от действието на този принцип, историческата „истинска воля“, стояща зад всеки отделен законодателен акт, бива и юридически задължителна.

На действието на принципа за единство на правния ред е подчинено всяко правоприлагане, включително и това в законодателства, които съзнателно и консеквентно се въздържат от каквото и да било регламентиране на тълкувателния метод. Но редица законодателства съдържат и особени тълкувателни правила. Тези правила са задължителни правни норми. Подчиняването на тълкуването под действието на

задължителни правила означава ново ограничаване на свободата му и евентуално нова необходимост да се замести „истинската“ воля на автора на едно законоположение с резултата, до който води правилното изпълнение на тълкувателната норма. „Истинската“ воля трябва да отстъпи и в този случай; това е особено ясно, когато за нейното разкриване би било необходимо да се прибегне до средства, недопустими от тълкувателното правило. Практическото значение на едно такова правило може да бъде по-голямо или по-малко. То би могло да вземе размера на изрично законодателно санкциониране на еволютивната теория. Тълкувателни правила могат да бъдат изработени и от обичая. Каквито и да са източниците им, тълкувателните правила са още едно указание, че меродавното съдържание на закона се определя не от неговата „истинност“, т.е. не от съответствието между резултата на тълкуването и исторически дадената воля на автора на законоположението, но и от правилността му, което значи – от съобразността на средствата, чрез които е получено, с режима на действащите в това отношение правни правила. Най-сетне всички автори, включително и привържениците на субективното тълкуване, подчиняват дейността на тълкувателя и на начала, които те смятат за естествена последица на същината на закона или на общата цел на законодателното право. *Bierling* мисли, например, че не може да бъде предмет на тълкуване, всичко онова, което не е намерило израз в закона поне във форма на намек (274). *Ennescerus* го е последвал в това направление (§ 49 II). В подобен ред на идеи и *Васъковский* е ограничил използването на извънзаконни средства за тълкуване (112 и сл.) Такива разбирания водят до нови причини за отклоняване от исторически дадената психологическа воля на конкретния законодател. Изразената и неизразената воля образуват житейско единство, и когато то се разкъсва, за да се признае само част от него за правно задължителна, в действителност се скрепява със сила на закон едно волево съдържание, което може да се различава не малко от исторически исканото.

Изобщо, формулата, че съдържанието на закона се определя от волята на законодателя, е също неточна, ако с нея се мисли само за исторически дадената воля на автора на конкретния закон. Решава не съдържанието на тази воля, а съдържанието, което правоприлагането трябва да вложи в закона, при спазване на определените за това правила. Решаващо значение има – би могло да се каже – не „истинският“, не „субективният“ и не „обективният“, а „правилният смисъл на закона“. Исторически дадената воля на законодателя е само един от елементите, за които трябва да се държи сметка при разкриването на този правилен смисъл. Другите елементи, върху които трябва да се опре конкретният резултат, зависят от съдържанието на позитивното право и биват различни и с различна роля в различните правни системи. В зависимост от тях може да трябва да се вложи различно съдържание и в инак еднакво редактирани и еднакво мислени от авторите им текстове. При законодателства, които клонят към схващането на господстващото мнение в историческата школа, правилното тълкуване ще води по-близо до „волята на законодателя“, и субективната теория ще бъде повече годна да го намери. В законодателства, усвоили противното схващане, правилният смисъл би могъл да се покрива с „волята на закона“, както обективната теория би я разбрала. Задължава, обаче, само смисълът, който е правилно получен, защото единствено той отговаря на целия комплекс от задължителни норми, образуващи единния правен ред.

По този начин противоречието между обективна и субективна теория може действително да бъде преодоляно като принципно противоречие, а за двете основни тълкувателни направления, на които то дава израз, остава да си оспорват надмощието вътре в границите на всяко позитивно право. Във всеки случай, „обективното тълкуване не е принципно несъвместимо с признанието, че законът извлича задължителната си сила от волевия акт на законодателния орган: доколкото то би се явило в дадено

позитивно право като „правилно“ тълкуване, т.е. като тълкуване, което самият законодател е пожелал да бъде практикувано по отношение на неговите разпореждания. Предназначен да встъпи в цялостния комплекс на действащото право, отделният закон се желае от законодателя именно като органически свързана с останалото част Това предпоставя подчиняване на прилагането му под установените тълкувателни правила, дори когато те сочат като правилен един смисъл, различен от представите, придружавали в съзнанието на законодателя неговия законоустановяващ акт.

С тези бележки аз мисля, че мога да завърша, на това място, станалото доста дълго изложение, посветено на обективната теория. Както видяхме, в процеса на нейното развитие много от първоначалните тези и формулировки на тази теория е трябвало да бъдат изяснени, вдълбочени или даже изоставени. Доколкото претендира да бъде общовалидна тълкувателна теория, тя изобщо не би могла да бъде призната за правилна. Но че тя е стимулирала силно развитието и че е допринесла много за правилно разбиране на същността на тълкуването, едва ли биха отrekli и най-непримиримите ѝ противници.

§ 10. Същност на съдийската дейност

Erich Jung мисли *Leibnitz* за автор на знаменитата формула, според която юриспруденцията била „смятане с понятия“¹⁰⁰. Дали е наистина така, аз не бих могъл да кажа. Но който и да е бил неговият автор, този образ действително е имал изключителен успех. При изгрева и при заника на историческата школа той е имал за себе си блясъка на две големи имена — на *Savigny* и на *Windscheid*. В Русия Васиковский е изразил възторга си от него. А във Франция един неюрисист – *Liard* – е писал, че чистият юрист бил геометър, който трябвало, третирайки членовете на кодекса като теореми, да докаже тяхната връзка и да излече изводите по дедуктивен път¹⁰¹.

В основата на образа лежи една доктрина за същността на съдийската функция, която не е нито по-малко стара, нито по-малко разпространена, и която през осемнадесетия век е имала дори изключителния шанс да бъде изрично санкционирана в един законодателен текст: „Съдията, който съди за каквото и да било престъпление, е длъжен да направи само един силогизъм или съразсъждение, в което първото предложение или първата предпоставка, е общият закон; второто предложение или втората предпоставка изразява действието, за което се отнася делото, сходно ли е то с законите или им е противно? Заключение то съдържа оправданието или наказанието на обвиняемия“. Така е гласяла ст. 153 от „Наказа“ на Екатерина Втора¹⁰². Това е доктрината, че функцията на съдията се изчерпва с една обикновена логическа операция на подвеждане частния конкретен случай под общото абстрактно правило и в извеждане на съответното заключение. Правоприлагането според това схващане било само умозаклучаване на съдията, основано на закона, едно „създание“. Двоякият смисъл на немската дума *Urteil* - създание и решение - е вероятно допринесъл за укрепването на тази доктрина, доминирала и в течението на целия деветнадесети век. В не един учебник от това, пък и от по-късно време, могат да се прочетат описания за „логическата същност на правоприлагането“, в които съдията действително се явява само като „апарат за субсумиране“ или като „машина за смятане с понятия“.

И на това учение е бил нанесен решителен удар в 1885 г. - от *Oskar Bülow*¹⁰³. *Bülow* си е поставил за задача да разгледа същността на съдийската дейност, но е сметнал, че

¹⁰⁰ *Jung*, *Subjektives und objektives Recht*, 1939, с. 66.

¹⁰¹ *Liard*, цитиран у *Geny*, пос. съч., т. I, н° 26.

¹⁰² *Градовский*, пос. съч., с. 78, заб. 153.

¹⁰³ *Bülow*, *Gesetz und Richteramt*, 1885.

трябва преди това да разреши един по-общ въпрос: какво трябва да се разбира под правен ред. Според *Bülow* цялостният правен ред не се състоял само от сбора на правилата постановени от закона и не се създавал само от законодателя, но наред с него бил в постоянно действие още един орган на държавната регламентираща власт — съдийската служба, на която била възложена благородната и творческа задача да сътрудничи непрекъснато в изграждането на правния ред чрез своето съдийско право - успоредно с правото на закона и допълващо го: „У всички народи съдийската служба участва съществено в създаването на правото. Тя е допринесла за създаването и развитието на правото толкова, колкото законодателството, дори много повече от него“ (16). В епохи, като тази на римското право, до периода на късното му развитие, и на средните векове, значението на съдийското право било тъй очевидно, че никога не е било подлагано под съмнение. Но и при правни системи, в които преобладава законодателното право, призиванието на съдийската служба за правонамиране и правосъздаване било само ограничавано, но не отнето (29). Общ и абстрактен по своята природа, законът сам по себе си не бил действашо право, но план, проект за един бъдещ желан правен ред (3), който се превръщал в социална действителност едва в процеса на правоприложението и, доколкото то се осъществява чрез съдилищата, само благодарение на дейността на съдията и на неговата власт. Нищо не било по-погрешно от мнението, че същността на тази дейност се изчерпва и пасивно подвеждане на конкретните случаи под общия принцип на закона: „И най-съвършеното законодателство не е в състояние да установи само един завършен правен ред. То не може да изработи, с всички подробности, дори план за това. Много и съществени неща законът трябва да предостави на самостоятелната, по-точна и по-определено проникваща в единичното, правоуреждаща работа на другата правна институция - на съдийската служба. Ден след ден действителният живот се надсвива над законодателното предвиждане. Неговото неизчерпаемо разнообразие постоянно показва колко дръзка би била надеждата, че законодателят ще успее да обозре и да обмисли всичко, което бъдещето би донесло и да го вмести в своите вкаменени мъртви правила“ (30). Новите задачи поставени пред правното нормиране от нови форми на живота, индивидуалното и неповторимото - тъй често явление даже при спорове на всекидневието, неопределеното в формулата на закона или дори съзнателното премълчаване от страна на законодателя, предоставил на „науката“ да разреши известен проблем, очертаването на фактически състави или на правни последици с понятия, нормативното съдържание на които трябва да се търси извън самия закон, това били само някои от очебийните доказателства, че, наред с прилагане на завършените законни принципи към визираните от тях конкретни хипотези, правният ред не можел, и при режим на развито законодателство, да не изисква от съдията сам да твори право: „Защото не законът, а законът и съдийската служба създават за народа неговото право“ (48).

За мнозина тези изказвания биха могли да изглеждат днес само като ненужно припомняне на познати истини. Съдбата на духовните ценности е като тази на материалните придобивки: погледът на наследилите ги поколения често е толкова свикнал с тях, че не успява да измери действителния ръст на прогреса, който някога се е осъществил чрез тях. Сам *Bülow* е мислел, обаче, че трябва да ограда тезата си с редица пояснения и съпоставки. Не защото е искал да предложи някакво нововъведение в съществуващата правна организация на модерната държава. Не да се реформира и разширява съдийската служба е била целта му, а само да се посочи действителната ѝ същност. Но понякога дори само да се осъзнае действителното означава революция в представите за него. Затова *Bülow* е очаквал съпротива и противопоставяне. Те биха могли лесно да бъдат породени от неправилно разбиране на мислите му.

При по-късните разисквания за източниците на правото и за същността на правоприложението искането за „съдийско творчество“ или дори за „свободно съдийско творчество“ е станало лозунг за мнозина от крайните новатори. Някои са разбирали това съдийско творчество в смисъл, че на съдията трябва да се позволи, в известни случаи и при известни условия, да решава срещу закона: например, *Stampe* и *Reichel*¹⁰⁴. Други, като *Cruet*, са задължавали съдията само за „критичен респект“ към закона¹⁰⁵. Трети са предпочитали тълкувателни методи, които биха ограничили практическото значение на закона, за да остане повече простор за „свободно търсене на правото“¹⁰⁶, и т.н. Всичко това не е могло да не предизвика реакция срещу самата идея, че съдията може да твори право. Но то е било безкрайно далече от мисълта на *Bülow*. „Съдийско право“ и „творческа дейност на съдийската служба“ не са в неговото учение сили враждебни на закона, които се стремят да ограничат приложението му, да намалят с нещо неговата стойност, като един от съществените елементи на всеки развит правен ред, или да накърнят дължимото му уважение. Не за да се отнеме нещо от действителния престиж на закона е трябвало да се хвърли светлина върху истинското достойнство на съдийската функция, а за да станат по-ясни големите задачи, които тя има да изпълнява, наред с закона и в рамките на закона. В това отношение твърденията на *Bülow* не са били нито оборени, нито оспорени от някого. Че въз основа на извънзаконни критерии съдията има тепърва да попълва съдържанието на понятия като небрежност, добри нрави, добросъвестност и други такива; че той сам цени, а не подсумира под законни норми, когато законът го е овластил да решава „по справедливост“ или по „справедлива преценка“; че решаването по аналогия „не е механична дейност“¹⁰⁷ на умозаключаване с готови премиси; че самото изработване на премисите изисква деликатна и самостоятелна дейност от страна на правоприлагането¹⁰⁸; че приспособяването на формулираното в общи и абстрактни понятия законоположение към конкретната и индивидуална действителност предпоставя един нов момент на самостоятелна преценка: тези истини са днес общо познати и общо признати. Но то е защото, след *Bülow* и върху поставените от него основи, на правната наука е вече присъщо едно по-дълбоко разбиране за същността на съдийската функция.

Разбира се, не всичко в тази област е установено и спокойно. Някои и днес отказват да признаят, че дейността на съдията е нещо повече от обикновено подсумиране. Спори се оживено дали съдията твори право и дали дейността му е творческа дейност. Понякога този спор не отива по-далеч от думата: при еднакво, инак, разбиране на естеството на функциите, които съдията изпълнява, се спори само дали някои от тези функции трябва да се нарекат творчески. *Stoll* сметнал този спор за напразен, и е имал право¹⁰⁹. Но много по-често несъгласието се отнася не до термина, а до същината: до границите на съдийската компетентност. Веднъж върху тази плоскост - разрешението на въпроса е в пряка зависимост от съдържанието на позитивното право, с оглед на което е поставен. Специално у нас то е извънредно много улеснено от самия законодател, който изрично е посочил, че законът не е в състояние да даде на съдията средства за разрешаване на всички мислими случаи. В какви други източници трябва съдията да търси тези средства и какви са границите на неговата инициатива: тези въпроси принадлежат на догматиката на позитивното ни гражданско право. Но в казаното от

¹⁰⁴ *Stampe*, Unsere Rechts - und Begriffsbildung, цит. съч., с. 25; Die Freirechtswegung, цит. съч., с. 2b; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, цит. съч., с. 122 и сл.

¹⁰⁵ *Cruet*, La vie du droit et l'impuissance des lois, 1908, с. 223.

¹⁰⁶ *Geny*, пос. съч., навсякъде.

¹⁰⁷ Това подчертава и *Ganev*, Извори на правото цит. съч., Юрид. Арх., 5, с. 209.

¹⁰⁸ Виж *Calogero*, La logica del giudice e il suo controllo in cassazione, 1937, n. 20.

¹⁰⁹ *Stoll*, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre Jherings Jahrbücher, 76, с. 181, заб. 3.

Bülow има и наблюдения, които са очевидно верни за всеки правен ред.

§ 11. Идеята за естественото право

Между характерните особености на историческата школа е било и състоянието на непрекъснатата офанзива, в което тя се е намирала срещу ученията за естественото право. Започнала по повод сблъскването между *Savigny* и *Thibaut* относно кодификацията, борбата скоро се е разгоряла върху цялото поле на правно-философските и на позитивноправните проблеми. Затихвала, когато победата е изглеждала сигурна, тази борба е пламвала с нова сила, щом някъде реминисценции или несмели опити са възкресявали естественоправни представи. Неслучайно правната философия на историзма е имала своя късен разцвет именно във внушителния почин на *Bergbohm* да срази окончателно всяка следа на естественото право. И също тъй неслучайно е, мисля, че този почин е предизвикал в действителност, както е отбелязал и *Cathrein*, обратен ефект¹¹⁰.

При това положение, неоспорима заслуга на *Adickes* е това, че е поискал да докаже, въпреки доминиращите тенденции на своето време, че не е възможно да се извлече един цялостен и пълен правен ред единствено от нормите на „положителното“ право и че, наред със закона и обичая, трябва да се признае съществуването на още един правен извор. Такъв източник на право той е виждал в субективния разум на съдията¹¹¹, и покъсно се опитал да подкрепи твърдението си позовавайки се на английската практика. Но въздигането на разума в източник на право по необходимост въвлеча в течението на естественоправни идеи. Това е било веднага забелязано, а *Adickes* е получил – в зависимост от настроението на ценителите си – признание или критика¹¹². И все пак, не нему, а на дълбоките правно-философски изследвания на *Stammler* се дължи, че едно ново естественоправно учение е трябвало да преживее възхода, на който е било свидетел началото на сегашния век, и което веднага е имало отражения и върху тълкувателната теория¹¹³.

На тълкуването *Stammler* е посветил особени изследвания в своята „Теория на правната наука“ (III, 595 и сл.). Аз не мисля за тях на това място: поради формалния си характер тези изследвания са засегнали само част от проблемите на тълкуването, а в този си обхват те са съдържали и положения, които доктрината с основание е отказала да приеме за точни. Но правната наука дължи на *Stammler* едно ново поставяне на проблема за естественото право още от 1896 г. – от датата на първото издание на неговото „Стопанство и право“. Както е известно, старото учение за естественото право мислеше, че съществуват безусловно и абсолютно важещи правоположения с определено съдържание. Срещу това историческата школа беше насочила своята критика, изтъквайки историческата и променлива природа на всяко право. *Stammler* е признал тази критика за основателна и е посочил, по този начин, като пръв недостатък на естественоправната теория именно нейната претенция да установи абсолютни и безусловни правни принципи с определено материално съдържание (I, 174). Друг съществен недостатък на тази теория той е смятал, че трябва да се съзре в опита ѝ да

¹¹⁰ *Cathrein*, *Naturrechtliche Strömungen in der Rechtsphilosophie der Gegenwart*, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1921, с. 56.

¹¹¹ *Adickes*, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, с. 11 и сл. С това съчинение, за съжаление, не разполагам и цитирам по *Bergbohm*, пос. съч., с. 248, заб. 17.

¹¹² Виж, от една страна *Bergbohm*, пос. място, и – от друга *Reichel*, пос. съч., с. 36.

¹¹³ За следващото изложение са използвани трите основни работи на *Stammler*: *Wirtschaft und Recht*, 1896 (цитатите в текста се отнасят към третото издание от 1914); *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902 и *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911. Първото е цитирано в текста с I, второто – с II, третото – с III.

намери общ отговор на три въпроса, които, според неговото мнение, е трябвало, напротив, внимателно да се разграничават: въпросите за понятието на правото, за неговата важност и за правилността му (I, 165, II, 111). Зад всеки от тези три въпроса стоял самостоятелен проблем, който трябвало да получи свое отделно разрешение. Както и да се е гледало на същността на правото и на неговата задължителност, т.е. каквито и отговори да се следвали на първите два въпроса, те не били в състояние да разрешат третия: дали и кога едно дадено правно съдържание отговаря на „природата“? А тъкмо този трети въпрос образувал върха на проблема за естественото право (I, 162).

„Правоположения, е писал *Stammler*, които биха имали определено съдържание и които биха могли въпреки това да важат безусловно, са нещо противоречиво и неударжимо. Но с това изключващо ограничение не се слага край на критичния въпрос вътре в особеното исторически безусловно правно съдържание. Не е достатъчно да се подчертае само необходимостта на промените на единичното в правните нареждания, нито пък проблемът се изчерпва с констатацията, че последните ще бъдат винаги несъвършени: вътре в променливото и несъвършено правно съдържание трябва по начало да се разделят две класи – обективно правилни и материално неоправдани положения. Старите естественоправници са постъпили неправилно като са търсили едно определено право с абсолютно значение; те биха действали с основание, ако бяха се стремили към едно естествено право с променливо съдържание“ (174). Правната наука, е продължавал *Stammler*, не била в състояние да изработи абсолютни материални критерии, въз основа на които да може да бъде ценено всяко конкретно правно съдържание, когато трябва да му се признаят или отрекат качествата на обективно правилното регулиране на социалните отношения. Това било невъзможно, защото самото материално правилно, бидейки исторически обусловено, не можело да е абсолютно и непроменливо. Абсолютна била само идеята за правото, но тя нямала определено материално съдържание.

Всичко това е налагало да се изостави мисълта, че е възможно да се формулират вечни и универсални правни принципи. Но затова пък пред науката оставал открит другият въпрос: при какви общи условия една правна норма би могла да притежава качествата на материалната правилност, при обстановката на даден исторически момент (II, 27). Това бил проблем не вече за съдържанието на материално правилното, но за метода, чрез която то би могло да бъде установено при дадени емпирични условия. Този друг проблем бил от формално естество, можел, следователно, да получи общовалидно разрешение, и от науката трябвало да се очаква да го даде. *Stammler* е мислел, че сам е в състояние да направи това, като излезе от идеята за целта на социалния живот (I, 551), която той е определил, както следва: „Като търсим формулата, чрез която да може да се обхване основната мисъл на социалния живот на хората в смисъл на една безусловна ръководна посока, ние получаваме: общността на свободно искащи хора“ (I, 554). Тази ръководна цел била и критерият, мярката за обективна правилност на всяко конкретно правно съдържание, на всяка емпирически дадена правна институция. При това, прилагателното „свободно“ трябвало да се разбира в случая не в смисъл на свободно от действието на закона за причинността, не и в държавно-граждански смисъл: „свободно“ значело свободно от чисто субективно изпълнено съдържание на искането, необусловено субективно, нелично (I, 554). Чрез прилагане на този критерий, на мисълта за едно „общество от свободно искащи хора“ обективно правилното можело да бъде определено при всяка дадена социална обстановка. Резултатът щял да изпълни, за всяко време, съдържанието на неговото променливо естествено право. Така всяка епоха и всяко общество имали свое естествено право наред с позитивното. *Stammler* е предпочел да го нарече „правилно право“ – *richtiges Recht*, за да стане по-ясна разликата между неговата

и старата естественоправна концепция. Естественото право, схванато като критерий за обективната правилност на едно правоположение, не се намирало в разрез с позитивното. То не било предназначено нито да важи наред с него, нито – още по-малко – да го измести. Изобщо, важимостта на естественото право била от друг вид, различна от тази на позитивното право: последното важело непосредствено като принудителна норма, първото – само като мащаб, като критерий за преценка на обективна правилност (II, 104). Но то – естественото или правилното право – добивало косвено значение и за позитивното право: при тълкуването, ако позитивното право е неясно (III, 621 и сл.), и при доразвитието му в случай на празнини (III, 641 и сл.).

Щамлеровата правна философия е била много критикувана. От една страна, например от страна на католишката правна философия, ѝ е бил отправян упрек за недостатъчна смелост и консеквентност. Други, привърженици на така нареченото социологично направление, са виждали в идеята за естественото право с променливо съдържание само „дискретно признание“, че естествено право в действителност не съществува. Трети са поискали да изградят едно естественоправно учение върху господстващото правно съзнание или върху здравия смисъл. Либералистичните доктрини и католицизмът биха имали своите естественоправни идеолози, когато един опит от по-ново време видя „естественото право на съвремието“ в принципите на националсоциализма. Правното чувство и „биологичните инстинкти“ предявиха своите претенции върху него, като че ли за да докажат, че *Bergbohm* с основание се беше страхувал от остатъците му¹¹⁴. Ако отбелязвам тук предимно екстремните учения, то е за да се очертаят по-ярко широките предели на едно идейно движение, което от началото на века до днес е увличало мнозина, във всички страни на континента. Модерното „възраждане“ на учението за естественото право е тема, върху плана на която би могъл да се опита един преглед на съвременните правно-философски идеи. То би станало, между другото, и повод да се измери по-добре Щамлеровият принос към тези идеи. Разбира се, *Stammler* далеч не е единственият двигател на новото естественоправно течение. Предложените от него разрешения са били скоро намерени за незадоволителни. Основната идея да се търси разрешение на проблема за материалната правилност на правото чрез един формален критерий едва ли би могла да доведе до желаните от *Stammler* резултати. Затова и критерият му не е бил в действителност формален. Но, както е отбелязал *Somlo*¹¹⁵, големите заслуги на *Stammler* не са в разрешенията, а в несравнимото му умение да види проблемите и да ги постави.

От гледище на тълкувателната теория неговата заслуга се състои в ясното му виждане, че правоприлагането не може да се ограничи с „положеното“, с „оформеното“, както той сам го нарича, право, т.е. с правото на двата правни източника, признавани от по-старата тълкувателна теория – закона и обичая. Има случаи, в които съдията трябва да се обърне към други източници, към критерии, които законът и обичаят не включват. Дали тези критерии лежат в „субективния разум“, в „правното чувство“ на съдията както е мислел? Аз не споделям това разбиране, което води до господство, макар и частично, на личните, субективните схващания на съдията, т.е. до едно господство, от което модерното континентално правосъзнание проявява определено желание да се освободи в най-голямата възможна мярка. То изисква, и при липса на закон и обичай, съдията да се обърне най-напред към онзи източник, който е носител на задължителната сила на самия

¹¹⁴ Вж. пос. съч., с. 61 и сл.; *Cruet*, пос. съч., с. 190; *Saleilles*, *École historique et droit naturel*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, с. 305 и сл.; *Renard*, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925, с. 381 и сл. и *Le droit, l'ordre et la raison*, 1924, с. 117 и сл.; *Dietze*, *Naturrecht der Gegenwart*, 1936; *Jung*, *Das Problem des natürlichen Rechts*, 1912, с. 48 и сл. и *Subjektives und objektives Recht*, 1939, с. 116.

¹¹⁵ *Somlo*, *Juristische Orundlehre*, цит. съч., с. 45, заб. 2.

обичай и на закона – към господстващото правно съзнание в обществото и към установените в него критерии за право. Тези критерии са, преди всичко, критерии за „правилност“ на „положеното“, на „оформеното“ право. Те не лишават последното от задължителност, от важимост, дори когато, по съдържание, то стои в разрез с тях. Съвременните общества признават приоритета на закона заради онова, което *Jung* е нарекъл „справедливост на позивитета“. Но при тълкуването и при доразвитието на „оформеното“ право, в случаи на празнини, господстващите възгледи за право добиват и позитивноправно значение: значението, за което мисли нашия чл. 9 ЗГС, когато препраща към справедливостта. Съдията трябва да запълни празнините, като се ръководи именно от тези възгледи, доколкото такива съществуват и са в състояние да разрешат случая. В този смисъл може да се говори за едно „неположено“, „неоформено“ право, за едно, ако някой предпочита този израз, „естествено право“. То е едно „естествено право на обществото“ – исторически продукт на неговото развитие, и, доколкото под позитивно право се разбира правото на закона и обичая, то лежи извън него, като исторически обусловен критерий за неговата правилност и като субсидиарен източник на съдийски разрешения.

Ако най-новата теория все повече клони да признае наличността и на едно „неоформено“ и „неположено“ право и ако тя грижливо разграничава проблемите за задължителността на положителното право и за неговата правилност, то е, между другото, и защото дълбоките и увличащи изследвания на *Stammler* са ѝ помогнали да стигне до тези познания.

Глава трета Модерните учения

§ 12. Общ преглед

Движението за реформиране на метода на правонамирането е едно от явленията с най-широк пространствен обхват в новата история на правното развитие. Възникнало почти едновременно в различни страни, то навсякъде се е характеризирало и с черти, които надхвърлят границите на особеното и на само националното. Причините за това са много разнообразни. Индивидуализъмът на една епоха, която намира за остаряла естатичната концепция на деветнадесетия век, естествено е търсел да укрепи авторитета на съдийското право, ограничавайки ролята на закона. Новите схващания за социална правда и обществена солидарност, вляли неусетно променено съдържание и в идеята за правото, са се мъчили да проникнат в здравата постройка на установения правен ред. Преодоляването на едностранчивия интелектуализъм в философията е станало причина да се гледа по друг начин на правоприлагането и на съдийската служба. Бързите успехи на социологичните изучвания също са насърчавали стремежа към такава ревизия. По този начин, инак различни или даже противоположни идейни течения са се срещнали, когато е трябвало да се формулира искането за ново отнасяне на съдията към писаното право. А те са били все израз на мирогледни промени от най-широко значение. Но и увеличеният общ интерес към сравнителноправните изследвания е работел в същото направление. Поради разпалването на полемиката относно правния метод е било само по себе си естествено да се хвърля все по-често поглед настрана, за да се потърси подкрепа в чужди съображения, основания и авторитети. Естеството на спорния предмет само е помагало за това. Така в „борбата за метода“ постепенно са израстнали обединяващите елементи, които са я превърнали в една от най-внушителните последни манифестации на

общото в историята на съвременната европейска правна култура.

Наред с тези общи елементи, обаче, специфичните условия на отделните страни са сложили своя особен отпечатък както върху начина на поставянето на проблемите, така и върху еволюцията на техните разрешения. Неволно се налага сравнението с някогашното движение за кодифициране на частното право. И тогава се е касаело за едно широко общо течение, завършило в обособените и толкова различни отделни национални кодификации. Развитието на правото е подчинено на общия закон на европейската цивилизация, на която е съдено да се движи между полюсите на единството и на националното многообразие. Преобладаващата континентална теория е била единна в отрицанието на стария тълкувателен метод и в стремежа си да я замени с едно учение, което по-добре би задоволило нуждите на правния живот чрез повишена отговорност на съдията. Неин духовен продукт е прочутият чл. 1 на Швейцарския граждански законник: „Законът се прилага към всички правни въпроси, за които съдържа определение по словесен смисъл и тълкуване. Ако в закона не може да се намери предписание, съдията трябва да реши според обичайното право и, ако липсва и такова, според правилото, което той би установил като законодател. При това той следва изпитаното учение и традицията“. С този текст един законодател сам изрично е оповестил и отказа си от претенцията да регулира изчерпателно всички мислими правни отношения, и неизбежната непълнота на всяко писано право, и властта на съдията да потърси, при нужда, в други извори ръководното начало. Новият път е бил окончателно начертан за швейцарското правоприлагане. Но там, където законодателят е останал мълчалив зрител на развитието, доктрина и юриспруденция са били длъжни сами да търсят пътя. Различията в практическите им нужди и различният дух и национална традиция са определили техните посоки. В течение на един процес, който трае вече няколко десетилетия, са се очертали, някъде по-ясно, на други места не тъй сигурно, и различни доминиращи схващания.

Практическата нужда от нов метод е била най-силно чувствана във Франция. *Code Civil* бе живял вече сто години. Това бяха стотте години на деветнадесетия век, с всички промени, които той беше донесъл в техника, в стопанска структура, в социални отношения, в политически доктрини и в възгледите за морал и право. Намесата на законодателя беше изменила много – чрез една дълга редица от особени закони. Но в основните си линии и в голямата част на отделните си елементи постройката стоеше непокътната. Естествената мисъл би била: обща ревизия или нов кодекс. Стогодишнината беше тъкмо дала повод за авторитетни изказвания в този смисъл. Но законодателството не изглеждаше да клони към такава мярка. Мнозина са го насърчавали в това му отношение и не са споделяли мнението, че развитието действително е надживяло законника. „Това е възраст на младостта за подобно дело“, е възкликнал, например, *Planiol*. Особеното съчетание на привързаност към традицията и на напредничавост, тъй характерно за френския дух, като че ли е трябвало да каже и тук решителната си дума.

Но практиката ден след ден е искала своето. Неразривно свързани с нея, съдилищата не са били в състояние да ѝ го откажат, и доктрината е почвала все по-ясно да вижда това. Търсейки новото, погледът се е обърнал към метода, за да го получи от нея. Само изразител на това общо настроение е станал *Paul Deschanel*, когато е писал, както помним, че въпросът за правния метод доминира днес целия социален живот. „Чрез *Code civil*, но отвъд него“: тази формула на *Saleilles*, ако се разбере по-широко, отколкото нейният автор е искал, би могла да ни укаже посоката, в която се е осъществила промяната във Франция. Една промяна по-лека и с по-големи последици, отколкото тази в другите страни. Еволютивното тълкуване е било нейното естествено

средство. В лицето именно на *Saleilles* то е намерило големия си привърженик във Франция. Но едно по-свободно тълкуване предполага вдълбочена критика на старите тълкувателни методи, изясняване границите на съдийската обвързаност и установяване на ръководни начала за „свободно търсене на правото“. *Geny* е посветил на тези задачи делото на своя живот. В едно ново схващане за същността и функцията на обичая *Lambert* е сметнал, че може да открие друг важен инструмент за правното развитие. А независимо от научните построения, юриспруденцията бавно е вършила своята творческа работа и е наложила да бъде признато едно ново – „юриспруденциално“ – право. Тези са елементите, които, струва ми се, са определили днешното състояние на френската теория за източниците и тълкуването на правото.

По-друга насока е взело развитието в Италия. Поначало, би могло да се очаква, че новите идеи биха срещнали добър прием в италианската правна теория от първите години на настоящето столетие. Познанството с историческата школа и особено с позитивизма на късната историческа школа е било от сравнително нова дата, и то – първоначално – косвено и в много случаи повърхностно. Традицията на естественото право е била още жива. *Ferdinando Bianchi* беше схващал „общите правни принципи“ на чл. 3 именно като принципи на естественото право (по-горе с. 26). В правно-философската литература един *Francesco Filomusi Guelfi*, който винаги е упражнявал силно влияние върху цивилистите чрез своята юридическа енциклопедия, също беше останал верен на едно модернизирано естествено право: неговата „идея за правото“, признавайки релативността на общото правно развитие, все пак е включвала и известно абсолютно и непроменливо съдържание. Тъкмо тази идея за правото, въплътена в „системата на рационалните изисквания“ е трябвало, според учението на *Filomusi-Guelfi* да ръководи и правоприлагането основано на общите правни принципи, за които говори чл. 3¹¹⁶. Уважавани юристи, като *Carlo Gabba*, бяха предупреждавали срещу надценяване на значението на кодификацията, подчертавайки, че „цялото частно право на нацията не се изчерпва с законника“ и че „тълкувателят ще трябва да хвърли пълна светлина върху не малко правни отношения, които в гражданския законник са или едва засегнати или изцяло забравени“¹¹⁷. Сам *Vittorio Scialoja*, в една кратка, но убедителна бележка, беше посочил на относителната стойност на принципите относно тълкуването, от които мнозина погрешно правели „нещо като неизменна глава на общата логика“¹¹⁸. Собствената национална традиция е криела, следователно, достатъчно зародиши за едно развитие към по-свободна тълкувателна теория.

Все пак идеите на новото време са проникнали в Апенинския полуостров далеч не така бурно, както другаде. В подобни случаи да се правят предположения за причините е до известна степен рискувано. Но както и да се гледа на явлението в неговата цялост, за известни обстоятелства не може, струва ми се, да не се държи особена сметка. За консерватизма на преобладаващата италианска правна мисъл са допринесли и сравнителната новост на законника и на постигнатото чрез него унифициране на частното право в Италия, и доминиращата в италианската литература естатическа концепция за правото и силното влияние на немската пандектна правна доктрина, интересът към която е ставал все по-голям с новия разцвет на романистичните изследвания, вдъхновен от *Filippo Serafini*. Колкото се отнася специално до тълкуването на законите в тесен смисъл, първият успех на движението за реформи в Италия се е

¹¹⁶ *Filomusi-Guelfi*, Del concetto del diritto naturale e del diritto positivo, 1874 и Enciclopedia giuridica, 5 изд., 1907, 315 и стр. 147 заб. 1.

¹¹⁷ *Gabba*, Prolusione al corso di diritto civile, Anno scolastico 1887-1888, в Archivio giuridico, 39, с. 532 и 537.

¹¹⁸ *Scialoja*, Sulla teoria della interpretazione delle leggi, най-напред в Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer, част 3, 1898, с. 305, препечатана в *Vittorio Scialoja*, Studi giuridici vol. 3, 1932, с. 46 и сл.

състоял в това, че голяма част от авторите се е обявила в полза на „исторически-еволютивния метод“. Както отбелязах и по-рано, обаче, този метод се разбира от мнозина италианци не така както я разбират във Франция. Нея ще трябва да разгледаме най-напред. Поле на по-късни разисквания, засегнали дълбоко основните проблеми на правоприлагането, са станали и „общите правни принципи“ на чл. 3 от законника. По-близко запознаване с тези разисквания е също необходимо, за да се разберат становищата на новата италианска доктрина. Резултатът на тези становища са донякъде и разпорежданията на новия законник. Те трябва да бъдат отбелязани накрая.

Германският граждански законник от 1896 г. бе резултат на двадесетгодишните усилия на едно време, в което правната наука беше стигнала една от най-високите си точки. Хиляда и деветстотната година, когато този законник е влязъл в сила, беше станала по този начин символ. Символ за предела между две епохи – за един завършек и едно начало. Завършваше развитието на пандектното право. Неговият последен разцвет – в немската пандектна литература от деветнадесетия век – се беше изцяло отразил в новия законник. За историята на кодификациите започваше ново време. Както *Code civil* е служил като ръководещ образец почти за всички през изтеклия период, така и германският граждански законник трябваше да стане една от изходните точки на бъдещия граждански законодател. Още в течение на изработването му *Saeviles* бе привлякъл върху него вниманието на френските юристи и така беше създал един от поводите за новия интерес в Франция към сравнителното право. Австрийските реформи на гражданския законник са били вдъхновени от германския. От него швейцарският законодател широко е черпил за своето самостоятелно и, според мнозина, тъй свършено дело. Без помощта му Бразилският законник и Полския закон за облигациите едва ли биха имали сегашното си съдържание. Проектите в Унгария, Югославия и Чехословашко винаги са го имали пред очи, както и новият Гръцки законник от 1940 г. Следи от негово влияние могат да се усетят в техническото изграждане на отделни институти даже в Гражданския кодекс на Руската съветска федеративна социалистическа република, тъй различен от останалите в основните си принципи. Разбира се, не се касае вече за сляпото заимстване, на което се е радвал някога Наполеоновият законник. Хората на новото време повече вярват на собствените си сили. А и някои от недостатъците на германския законник са били твърде скоро разбрани. Няма съмнение, обаче, този законник е едно от най-значителните постижения на правното развитие изобщо.

Но законниците, изглежда, нямат еднаква съдба. Тази на германския законник е била твърде различна от съдбата на повечето други кодификации, от тази на френския му събрат например. Още в първите години на живота си той е трябвало да стане свидетел на едно идейно движение, което обикновено означават с широкото и не съвсем определено име – „учение за свободното право“. Това движение не е било насочено пряко срещу законника, като законодателно дело. Но то е извиквало на преден план проблема за празнините в правото на формалните правни източници. То се е борело за признаване на творческия характер на съдийската служба и за разширяване на нейните прерогативи. То е искало да ревизира теорията за правните извори, за да отнеме на закона и обичая изключителното място, което им е запазвала по-старата доктрина. Гласове, които не са били нито незначителни, нито изолирани, са предлагали да се допусне решаване въпреки закона. Атаките срещу правото на закона изобщо не са могли да не засегнат и авторитета на законника.

Днес много от някогашните учения са вече отшумели. Но тридесет години по-късно германският граждански законник трябваше да понесе новите, преки и силни удари, които му идеха от една политическа доктрина. Проникването на национал-социалистическото учение в областта на частното право започна с критика срещу закона.

Критикуваше се голямото наследство в него на римски правни идеи. В забравените и понякога смътни институции на отдавна изоставено обичайно право се търсеха аргументи, за да се докаже, че законникът не отговаря на националния дух. Преимуществовата на техническия език се пренебрегваха, за да се препоръча една по-популярна форма, която щяла да върне народа към закона като към истинска негова „народна правна книга“. За абстракции лишени от съдържание и чужди за действителните нужди на живота започнаха да се смятат редица общи учения, та дори и цялата обща част на законника, с която германските юристи се бяха гордели и на която в чужбина бяха завизждали. Подхвърляше се често упрекът, че и общото разпределение на материята и конкретното уреждане на отделните правоотношения било повлияно от формални юридически и конструктивни съображения в по-голяма степен, отколкото това е съвместимо с едно целесъобразно предметно уреждане и пр.

В някои от тези критики имаше значителни елементи истина. Други бяха плод на искрени усилия или на романтични илюзии. Но те не можаха да обяснят нито цялостното отричане на законника, нито трескавото втурване в подготовката на основна реформа, която трябваше изцяло да го замени с друг, нов законник. Под ръководството на Академията за германско право в кратко време се публикуваха редица правно-политически изследвания, доклади, проекти и предложения, колкото се отнася до личното право, доведоха през 1942 г. дори до окончателното фиксиране на един официозен предварителен проект. С реформата се бързаше, макар че, като се има предвид пътят, изминат междувременно от правната наука, подготвителните работи на много места извикваха съмнение дали новото дело би стояло на равнището, което старият законник беше стигнал за своето време. Господстващата политическа доктрина и израстналият от нея светоглед бяха нетърпеливи да заличат и в голямата постройка на частното право следите от непоклатимата вяра на деветнадесетия век във върховната стойност на индивида, в атмосферата на която бяха кристализирали разпорежданията на законника от 1896 г. Кодексът на Консулата, станал кодекс на Империята, беше преживял Реставрацията, втора империя и три революции, за да се затвърди като кодекс на републиката и на демокрацията. Тоталитарните учения на новото време са повзискателни в стремежа си към тотално господство.

Националсоциализмът смяташе да осъществи своите цели в областта на частното право чрез законодателна реформа. На тълкувателната теория като инструмент за реализиране на тази цел той отдаваше само второстепенно значение. Някогашното движение за реформа в учението за метода в Германия се бе развило почти непосредствено след влизането на законника в сила. И в единия, и в другия случай германската тълкувателна теория не е била изправена пред една тъй императивно определена позитивна цел, която сама да посочи начцна на разрешението, както е било във Франция в началото на столетието. Там необходимостта да се приспособи законника към изискванията на изменената обстановка и да се догони развитието на юриспруденцията ясно са очертавали посоката, ако не и мярката на завоя, който доктрината е трябвало да направи. Затова е било възможно да се постигне толкова скоро съгласие поне по основните линии. В Германия, обективните условия и новото по-дълбоко разбиране за същността на правоприлагането са налагали само негативния резултат: трябвало е да се изостави старата тълкувателна теория с нейната догма за пълнота на закона, с учението ѝ, че съдията само подсумира, и с компромисното средство на произволните конструкции, които искат да задоволят едновременно и нуждите на живота, и фалшивата догма. За позитивното изграждане на един нов метод това не е достатъчно. Затова и картината на новите теории в Германия е извънредно пъстра именно в позитивната си част. Тясното преплитане на тълкувателната теория с

други основни проблеми също е допринесло и за разнообразието на предлаганите разрешения и за нюансирането на становищата в рамките на отделните направления. Дори само за да се отбележат – и то сумарно – всички застъпени становища би било потребно едно специално изследване.

Прочее, трябва да се избира. Че при подбора може да се изпусне много от голямо и дори от съществено значение, е ясно. Непълнотите на следващото изложение са увеличени и поради обстоятелството, че не съм имал на ръка всичко, което би било желателно да се изпълва. Но тази работа изобщо не е замислена като пълна история на идеите. Нейната задача е само да помогне, чрез общ поглед върху еволюцията на тълкувателната теория, за по-правилно поставяне на проблема за тълкуването в нашето гражданско право. Ще трябва да се ограничим, следователно, най-напред с един общ преглед на развитието в първата фаза, която е приключила приблизително с започването на Първата световна война. Особено внимание ще трябва да се отдели, на второ място, за така наречената юриспруденция на интересите, която може да се смята за господстващото по-ново направление в германската тълкувателна теория. Накрая ще трябва да се занимаем накратко и с най-новите германски опити в тази материя.

С няколко кратки бележки в последните два параграфа ще могат да се дадат само недостатъчни указания за новото развитие в Австрия и в следреволюционна Русия. Данните, с които разполагаме у нас, не позволяват да се проучи това развитие, особено колкото се отнася до Съветския съюз.

§ 13. Еволютивното тълкуване във Франция

Всякога и във всички страни на юриспруденцията е била присъща известна склонност към метода, препоръчан от еволютивното направление на обективната теория. *Kohler* и цитираният от него по-стар английски наблюдател *Holland* са го забелязали още твърде отдавна¹¹⁹. И във Франция методата на еволютивното тълкуване се е явила най-напред в решенията на съдилищата, без да се въздига в цялостна тълкувателна теория и, може би, без да се съзнава ясно истинската ѝ същност¹²⁰. Засилила се с отдалечаването от момента, когато законникът е влязъл в действие, тази тенденция на практиката е била, естествено, забелязана, оценена и използвана от някои автори. Особено – от така наречените аретисти, които поради маниера на работата си са стояли най-близо до юриспруденцията. Затова и *Bonnecase* сочи тъкмо аретиста *Labbe* като един от първите, които са възприели отчасти идеята, че тълкуването има за задача да „приспособи текстовете към промените на социалния живот“¹²¹. Касаело се е, обаче, пак за наченки, които не са се оформили в самостоятелна нова тълкувателна теория¹²².

Решителният обрат във френската доктрина в полза на обективното тълкуване е дело най-вече на *Saleilles*. Само че във Франция говорят не толкова за обективно тълкуване, колкото за „огъване на текстовете“. Мисълта е че тълкуването трябва да постави закона в хармония с новите нужди на правния живот, с новите социални състояния и с новите схващания за добро и справедливо, като вложи в текстовете ново разбиране, но без да преминава границите, очертани от възможностите на тяхното словесно съдържание. *Kohler* не се е решавал да смята съзнателното осъществяване на тази мисъл за съвместимо с дължимото от съдията подчинение на закона. Във Франция, в началото на сегашното столетие, по-силно са чувствали нуждата от модернизирание на

¹¹⁹ *Kohler*, Die Schöpferische Kraft, цит. съч., с. 289.

¹²⁰ *Geny*, пос. съч., n° 97.

¹²¹ *Bonnecase*, La pensée juridique, цит. съч., t 1, n° 125.

¹²² Вж. *Geny*, пос. място и във втория том, n° 190.

позитивното право и са били по-малко въздържани. В своя предговор към първото издание на цитираното съчинение на *Geny Saleilles*¹²³ е резюмирал схващането си в една формула зета от *Ihering*: „Отвъд *code civil*, но чрез него“. По-подробното развитие на това схващане е трябвало да остане запазено за другите му работи от същото време.

Подходящ повод за това *Saleilles* е намерил в своето изследване върху учението за волеизявлението в новия тогава германски граждански законник¹²⁴. „Законодателят, е писал той, издава закона като един принцип за социален режим, който трябва сам да се задоволява в постоянното си приспособяване към социалните изисквания“ (213). За да се осъществи тази цел законът трябвало да се тълкува „по начин, който най-много подхожда към доброто функциониране на създадения от закона механизъм“. А тъй като социалната материя била една органическа материя, която постоянно се променя, прилаганото към нея регламентиране трябвало да следва прогресивната еволюция на средата, за което е създадено (с. м.). В тази мисъл *Saleilles* е виждал само едно последователно прокарване на основната концепция на историческата школа, че всяко право е само продукт на постепенното историческо развитие на обществото и на нацията. Напротив, собствената тълкувателна теория на *Saleilles* и на неговите привърженици, които са прикрепявали закона неподвижно към мисълта на законодателя в момента на неговото издаване, означавала изоставяне на основната идея за развитие в живота на правото и абдикация от действителната мисия на правника – да следи и помага за реализирането на правните промени и за непрекъснатия напредък на живото право. „Ако, според самата историческа школа, правото се ражда в историята, би трябвало да му се доставят и необходимите органи, за да се освободи то от неопределеното му състояние в обичая и за да се кристализира в позитивни формули“¹²⁵. Такъв орган можела да бъде само юриспруденцията. Нейният инструмент пък не можел да бъде друг, освен един тълкувателен метод, които би съумял да следи еволюцията: „Ако се иска еволюиране на юриспруденцията, то е защото еволюцията се смята за възможна, защото тя се счита съвместима с нашите принципи относно тълкуването“. Така текстовете на закона щели да останат същите, но те щели да покриват вече едно променено съдържание (113 и сл.).

Еволютивното тълкуване е било за *Saleilles* най-ценното средство на правното развитие. Но приносът на този голям юрист към тълкувателната теория не се изчерпва само с това му становище. Не напразно *Saleilles* е бил смятан за „главния вдъхновител на съвременното юридическо движение“¹²⁶. Неговото име е тясно свързано и с успехите на сравнителното право във Франция и с така нареченото „възраждане на естественото право“. В това отношение, обаче, *Saleilles* е бил особено предпазлив. Той се е страхувал от едно естествено право, което би могло да доведе до господство на чистия субективизъм¹²⁷. Той не е допускал съдията да може да прилага идеите за абсолютна правда, които един абстрактен идеал за естествено право би могъл да му внуши, освен ако се касае за принципи, намерили вече външен израз в известни обективни елементи. Той е предпочитал да търси онова, което би могло да се нарече „обективни елементи и обективни реализации на естественото право, в неговото историческо проявление в течение на социалната еволюция“. Тези обективни реализации на относителното „естествено право с променливо съдържание“, за което говорел *Stammler*, можели да се

¹²³ Пос. съч., т. I, с. XXV.

¹²⁴ *Saleilles*, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, 1901.

¹²⁵ *Saleilles*. Le code civil et la méthode historique. - B: Le Code civil. Livre du centenaire, t. 1, 1904, с. 100.

¹²⁶ *Charmont* в посвещението на Les transformations du droit civil, 1912

¹²⁷ *Saleilles*, Ecole historique et droit naturel. Revue trimestrielle de droit civil, 1902, с. 102.

намерят в „следните три области на опитното позитивно констатиране: в законодателната аналогия, в колективното правно съзнание и в сравнителното право (105 и сл.).

Трудно е да се отдели по-късната съдба на еволютивната теория във Франция от цялостното развитие на новата френска доктрина за източниците и прилагането на правото. Сигурно е едно: в практиката на съдилищата едно от предпочитаните средства за модернизирание и доразвитие на правото е било тъкмо „приспособяването на текстовете“ към неговите нужди на живота и към променените условия и възгледи. В своето грижливо изследване върху „техниката на юриспруденцията“ *Perreau* е илюстрирал извънредно сполучливо тази тенденция¹²⁸ „изоставяйки революционната концепция за всезнаещия и всемогъщ законодател, нашите съдии виждат в писания закон само водач разумен, но човешки, т.е. несъвършен“ (665). Средствата на юриспруденцията в нейната постоянна работа за приспособяване на текстовете към променливите и сложни нужди на социалния живот били главно три: а) свободно тълкуване, което търси, наистина, възможната опорна точка в писаните текстове, но което не се колебае да заменени първоначалния им смисъл с едно ново значение, понякога толкова отдалечено от намерението на техния автор, че *Perreau* е говорил дори за *interprétation déformante* (623); б) широко използване на принципа на автономия на волята, за да се изведе чрез него желаното разрешение от волята на самите страни и в) разпространително тълкуване, което включва и аналогията, и чрез което на принципите на закона се подчиняват, наред с уредените от него положения, и такива, с които те имат „само редки допирни точки и далечни сродства, често съвсем повърхностни и понякога оспорими“ (623). Впрочем, в 1904 г. самият пръв председател на френския касационен съд – *Ballot-Beaupré* – е заявил в известната си реч, произнесена по случай стогодишнината на *Code civil*: „Но когато текстът представлява известна двусмисленост, когато се явява съмнение върху неговия смисъл и значение, когато при сравнението с някой друг текст се окаже, че последният може да му противоречи или да го ограничава в известна мярка или, напротив, да го доразвива, аз смятам, че, тогава, съдията има най-широка власт да тълкува; той не трябва да се спира, за да търси упорито каква е била мисълта на авторите, когато преди сто години, са съставили един или друг текст, той трябва да се пита, каква би била тази мисъл, ако същият член беше съставен днес от тях; той трябва да си каже, че след всички промени, които от един век насам са настъпили в идеите, в нравите, в институциите, в стопанското и социално положение на Франция, справедливостта и разумът заповядват текстът да се приспособи либерално и хуманно към реалностите и изискванията на модерния живот“¹²⁹.

В доктрината, еволютивното тълкуване е било посрещнато критично от страна на някои автори. Още в първото издание на изследването си върху методата на тълкуването *Geny* енергично му се е противопоставил (n° 97), а и в второто – от 1919 г. – е възобновил критиката си (n° 190). Изхождайки от положението, че законът е волев акт на законодателя, *Capitant* е направил същото: „Текстът на закона има значение само като манифестация на воля; за да се открие истинския му смисъл, трябва да се пита намерението на законодателя“¹³⁰. Към тях се е присъединил цитираният от двамата *Tissier*, а *César-Bru* и *Pilon* също не са имали особена симпатия към това, което първият е нарекъл: „да се извличат от един престарял и изживян закон принципи, които той никога не е съдържал“¹³¹. Далеч по-многобройни са били обаче авторите, които са възприели

¹²⁸ *Perreau*, *Technique de la jurisprudence*, също списание, 1912, с. 609 и сл.

¹²⁹ Вж. *Geny*, пос. съч., т. 1, с. 250, заб. 1.

¹³⁰ *Capitant*, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2 изд., 1904, с. 62.

¹³¹ *César-Bru*, *La méthode d'interprétation du droit civil*, *Revue générale du droit, de la législation et de la*

мисълта за приспособяването на текстовете – едни изрично, други мълчаливо; някои с известни резерви, други безусловно, а трети даже в формата на „деформиращото тълкуване“ на юриспруденцията. *Adhémar Esmein* го е направил в своята програмка статия в първия брой на *Revue trimestrielle de droit civil*: „Субстанцията на Code civil се е огънала и променила – това е факт, който трябва да доминира днес науката и преподаването... Промените са се осъществили, като са били респектирани старите тестове, но огънати чрез тълкуването“¹³². В същата годишнина на същото списание *Meynial* е одобрил, колкото се отнася до тълкуването на законите, учението на *Saleilles*¹³³. Малко по-късно, полемизирайки с *Geny*, *Lambert* е застанал на същото становище¹³⁴. Разделени по въпроса за необходимостта от обща ревизия на кодекса, *Larnaude*, *Planiol* и *Gaudemet* са се съгласили да признаят за полезно едно прогресивно тълкуване в рамките на текстовете¹³⁵. Почти едновременно с по-горе цитирания *Perreau*, ролята на юриспруденцията в това отношение е била оценена и от *Duguit*: „Текстът е винаги същият; но той е останал без сила и живот; или пък, чрез мъдро и остроумно тълкуване, нему са дадени смисъл и значение, които никога не си е представлявал законодателят, когато го е писал“¹³⁶. Даже *Colin* и *Capitant*, като са споменали тази роля и са предупредили срещу опасностите от евентуални увлечения, не са се решили да я отрекат изцяло¹³⁷. А в най-ново време между защитниците на „огъването на текстовете“ трябва да се споменат *Josserand*, *Bonnecase* и *Savatier*¹³⁸.

Какви успехи е имала тази система в отечеството на *Laurent*? Юриспруденцията тук отрано е отказала да следва неговите прекалено тесни схващания¹³⁹. В доктрината, учението на *Saleilles* и методът на френските съдилища са намерили и съмишленици и критици¹⁴⁰. Кое от двете направления доминира в действителност, не бих могъл да кажа.

§ 14. *Geny* и идеята за естественото право

Делото на *Geny* е тясно свързано със съвременната тълкувателна теория не само във Франция, но върху целия план на правното развитие на континента. Неговото двутомно съчинение върху „метода за тълкуване и източници на позитивното частно право“ от 1899 г. е първото голямо ново изследване на предмета. В 1919 г. то е претърпяло ново издание, след като авторът е прибавил към него един епilog с подробни указания относно борбата за правни методи във Франция и Белгия, относно новото тогава швейцарско право и относно движението за „свободно право“ в Австрия и Германия. Междувременно *Geny* е започнал другото си голямо съчинение „Наука и техника в позитивното частно право“, което е завършил в 1924 г. с обнародването на четвъртия му и последен том. Многобройни други студии с по-малък обем, публикувани

jurisprudence, 1904, с. 352; *Pilon*, Réforme du Code civil par voie de révision générale, Livre du centenaire, цит. съч., т. 2, 1904, с. 949.

¹³² *Esmein*, La jurisprudence et la doctrine, пос. спис., 1902, с. 1, 12, 14.

¹³³ *Meynial*, La déclaration de volonté, същото спис., 1902, с. 569.

¹³⁴ *Lambert*, La fonction du droit civil comparé, 1903, с. 32.

¹³⁵ В Livre du centenaire цит., т. 2: *Larnaude*, Le Code civil et la nécessité de sa révision, с. 921; *Planiol*, Inutilité d'une révision générale du Code civil, с. 960; *Gaudemet*, Les codifications récentes et la révision du Code civil с. 986.

¹³⁶ *Duguit*, Les transformations générales du droit privé, 1912, с. 3.

¹³⁷ *Colin et Capitant*, Cours élémentaire de droit civil français, т. I, 7 изд., 1931, с. 37.

¹³⁸ *Josserand*, Cours de droit civil positif français, т. 1, 1930, Préface и Evolutions et actualités, 1936, с. 26; *Bonnecase*, Introduction a l'étude du droit, 2 изд., n° 124; *Savatier*, Cours de droit civil, т. 1, 1942, n° 19.

¹³⁹ *Bierviliet*, L'interprétation belge du Code civil, Livre du Centenaire, цит. съч., т. 2, с. 664.

¹⁴⁰ Вж., от една страна, *Cornil*, Le droit privé, 1924, с. 78, и, от друга, *Vander Eycken*, Méthode positive de l'interprétation juridique, 1907, с. 362 и сл., и *De Page*, пос. съч., т. 2, с. 13.

отделно или в сборници и списания, са доизяснили становищата на автора¹⁴¹. Първата от двете основни работи на *Geny* е повече позната извън границите на Франция. Само тя има за непосредствен предмет тълкуването и би могло да се помисли, че за нужди като тези на настоящето изследване ще бъде достатъчно нейното изпълване. Но идеите на *Geny* относно позитивното изграждане на един нов тълкувателен метод са получили окончателния си вид едва с изясняване на разбиранията му за същността на правото и закона, за идеята за правото, за познанието на правото и за научната му и техническа разработка. Това позитивно изграждане трябва да се търси, проче, повече в второто, отколкото в първото съчинение.

Geny е започнал с един анализ на това, което той нарича „традиционен метод на юридическо тълкуване“ (М. I н° 17-30), и с критика на този метод (М. I н° 31-82), за да стигне до заключението, че даже при режим на кодификация не е възможно писаният закон да се смята за пълен и достатъчен източник на разрешения и че оперирането с една система от абстрактни понятия и логически конструкции, характерно за стария тълкувателен метод, не е в състояние да предложи на научното изследване нещо повече от един инструмент без обективна стойност, който може да подскаже решения, но не е годен сам по себе си нито да докаже основателността им, нито да изпита тяхната вътрешна стойност и трайна истинност (М. I 203). И едното и другото заключение са правилни. Всеки писан закон е по необходимост непълен, а с формално логически правни конструкции от типа, практикуван от някогашната юриспруденция на понятията, не може да се осигури дори едно коректно правоприлагане по аналогия: тези две истини могат да се смятат днес за общопризнати. В това отношение вярата на *Geny*, че поне резултатът на негативната му критика ще се окаже солидно установен, е била оправдана от по-късното развитие. Обаче той има и заслугата пръв да е подложил на цялостен анализ и критика все още доминиращата в негово време тълкувателна теория на позитивизма и да е показал недостатъците ѝ в едно изложение проникващо и наситено с ерудиция.

След като е отхвърлил, както видяхме по-рано, еволютивното тълкуване, *Geny* е изложил своето схващане за закона и за тълкуването му. Според него законът е волев акт, изхождащ от едно лице или от група лица и кондензиран в една формула. Съответно на това и тълкуването се свеждало просто до установяване на съдържанието на законодателната воля с помощта на формулата, която я изразява. Именно разкриване на тази законодателна воля била съществена цел на тълкуването в собствения смисъл на думата (М. I н° 98). Дотук не изглежда учението на *Geny* да е носило нещо съществено ново. Като е признавал за единствено меродавна историческата воля на законодателя, той е възприемал в действителност схващането на господстващата историческа школа и на френската догматична цивилистика на напредналия деветнадесети век. Отличавала го е от тях обаче строгата последователност, с която е проведен у него принципът на субективното тълкуване. Волята на законодателя определяла според *Geny* не само смисъла на закона, но и границите на приложението му. За съдържание на закона той е признавал само онова, което авторът на закона действително е искал и е съумял да изрази в своето разпореждане. Извън пределите на изразената в закона историческа воля на законодателя, за *Geny* започвало едно поле, в които на други определящи сили принадлежало да установят регулиращата норма: на обичая и на „свободното търсене на правото“. Ограничавайки, чрез историческото тълкуване, значението на законните предписания, *Geny* се е радвал, че може да „отвори път за други по-гъвкави източници и

¹⁴¹ Вж. *Geny*, *Méthode*, цит. съч., и *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 2 изд., 1922; t. 2, 1915; t. 3, 1921; t. 4, 1924. Първото съчинение се означава в текста с М., второто с Sc.; римските цифри посочват тома.

да запази по-многобройни въпроси за едно тълкуване доминирано само от принципите на всяко научно изследване“ (М. I 267). Законът бил само един от многото елементи на цялостното юридическо тълкуване. Недостатъчен, по своята природа, да задоволи всички изисквания на човешките отношения, законът допускал наред със себе си и други формални извори на позитивно право, при отсъствие на които оставало и необходимото място за свободното научно издирване.

За юридическия обичай и за ролята на авторитетите и на традицията *Geny* отделил пространно и интересно изложение, което на това място е от второстепенно значение за нас. Толкова по-необходимо е да се установи какво той е разбирал под свободно научно издирване. То имало за цел да разкрие „позитивната природа на нещата“. Съдията, повикан да раздава право и да попълва недостатъците и празнините на формалните източници, трябвало да изследва и да анализира в подробности всички фактически елементи на социалния живот, да наблюдава неговите отношения и да разграничи взаимните въздействия, които те търпят. В тази своя работа юристът можел да получи ценна подкрепа от други науки: от общата философия – необходима за осветяване на всяко научно изследване; от психологията, която изяснява ролята на овободната воля на човека и разкрива инстинктивните и подсъзнателни импулси; от етиката, чрез която се опознават изискванията на един ред по-висш от материалните интереси; от рационалното публично право и от политическата икономия и пр. С прояснено по този начин познание тълкувателят трябвало да се обърне с доверие към моралното съзнание и към разума, за да разкрие законите на явленията и така да привлече сътрудничеството на всички наши средства за една действително научна конструкция на общото право (М. II n^{os} 159, 161, 168). С една дума: позитивната природа на нещата, анализирана с вдъхновението на нравственото съзнание и на разума била критерият на правото, което тълкувателят трябвало да намери, когато, изоставен от волята на законодателя и от обичая, той е принуден да разчита само на „свободното научно издирване“.

Много критики са били отправяни срещу *Geny* и от негови сънародници и от други¹⁴². Една от най-строгите е имала за автор самия *Geny*: „В това отношение аз можах да изкажа само някои общи идеи едва почувствани, но твърде неустановени, несъвършено определени, несигурни, явно недостатъчни да служат за твърди рамки на една обща конструкция“ (Sc. IV n^o 302). Вярното в тази самокритика е, че елементите на „свободното търсене на правото“ и техните взаимни отношения са означени в първата работа на *Geny* само със загатвания и в форма недостатъчно определена, за да стане годна основа на един позитивен юридически метод. Срещу ясното виждане на недостатъците на стария тълкувателен метод, срещу проникателната и точна критика, тази неопределеност в конструктивното и положителното действително не е могла да не се хвърли в очи. Потребно е било конструктивната работа да се подеме отново с нови средства и като се тръгне от една по-висока изходна точка. В основите на един нов тълкувателен метод, както е бил замислен от *Geny*, е трябвало да легне едно изяснено схващане за същността на правото и за основанието на неговата задължителност. *Geny* го е почувствал и на разрешението на тази задача е посветил своята „Наука и техника в позитивното честно право“.

Съществената основа на позитивното право – това е била сега ръководната му мисъл – било „даденото“: *le donné*. „Дадено“ било това, което произтича от „природата на нещата“, тълкувана сама по себе си или според вдъхновението на един върховен идеал (Sc. I n^o 33). Касаело се за едно понятие, което отговаря донякъде на идеята за естественото право. „Даденото“ се състояло в един комплекс от реални, исторически, рационални и идеални елементи, които се налагали като съществени директиви при

¹⁴² Вж., напр., *Alvarez*, пос. съч., с. 108 и сл., *Degni*, пос. съч., с. 206 и сл.; *Kiss*, пос. съч., с. 450 и сл.

уреждане на социалните отношения (Sc. II n^{os} 160 и сл.). Път за разкриване на тези елементи бил не само разумът и рационалното познание, но също интуицията и чувството. Полет на вярата бил в това отношение толкова необходим, колкото и истинско научно изследване (Sc. II n^o 177). Правната методология трябвало – *Geny* е следвал „новата философия“ и особено Бергсон – да строи и върху възможностите, които ѝ открива интуитивното познание (Sc. I n^{os} 25 и сл.).

„Даденото“ – по своята същност общо, често неопределено, понякога само несигурно осезаемо – трябвало да бъде поставено в действие чрез съответна техника, т.е. чрез действия, чрез волеви актове (Sc. I n^{os} 32 и сл. и III n^{os} 179 и сл.). Средствата на юридическата техника били много и твърде разнообразни. Третият том е имал за задача да анализира най-важните от тях. Първостепенно място помежду им имали формалните източници на правото и, преди всичко, законът. Комбинация от материя, интелигентност, воля и думи, законът бил именно техническо средство (Sc. III n^{os} 199 и сл.). Но средство, което тъкмо поради техническото си съвършенство ставало абсолютно необходимо при известна степен на цивилизация и се нареждало на първо място между техническите инструменти за изработка на позитивното право (Sc. III n^o 201). Това му техническо съвършенство и редът, който той обезпечавал, определяли и положението на закона в йерархията на правните ценности, особено при при конфликт между него и „даденото“. Такъв конфликт можел да се яви, ако законът пренебрегне естествените реалности „реалното дадено“, като биологически фактори и др.), или ако се сблъска с традиционно приети принципи („историческото дадено“), или ако противоречи на подсказванията на разума („рационалното дадено“), или, най-сетне, ако се отдалечи от най-издигнатите инспирации на съвестта („идеалното дадено“). Естественият ранг на ценностите би изисквал „конструираното“, каквото е и законът, да отстъпи пред „даденото“. „И все пак нашият практически инстинкт, както и дълбокото ни убеждение, решително се противят на такова решение. Най-малкото, ние се намираме пред един социален consensus, солидно изкован, в полза на нормалното надделяване даже на бруталните разпореждания на позитивния писан закон, пред внушенията на естественото право, колкото и дълбоко да са те вкоренени в нашите души“ (Sc. IV 289).

Извън обхвата на закона, който се налага, положението на тълкувателя било различно в зависимост от естеството на материята подлежаща на негова разработка. „Всичко, което е наистина дадено се налага на тълкувателя, който може само да признае и развие съдържанието му, следвайки една стриктно научна процедура, която се осъществява чрез познанието, без да оставя място за произвола на волята“ (Sc. IV n^o 280). Напротив, където било нужно техническо изграждане, тълкувателят имал значително по-широка свобода да употреби едни или други технически средства, без действието на които „даденото“ би останало безплодно, и които образували, в известен смисъл, „механизма, в постоянно движение, на прогресивния живот на правото“ (Sc. IV, 281).

Изложението няма за цел да резюмира съдържанието на цитираните работи на *Geny*, и претенцията да бъде дори бледо отражение на това съдържание му е чужда. Има книги, които изобщо не бива да се резюмират, защото, за да се оценят, трябва да бъдат прочетени. Тяхното голямо богатство е именно в това, което съкращението изпуска: в пълнотата и в нюансите на една аргументация, наситена с опит и познания; в изкуството на анализа, който умее да проникне в единичното дълбоко, но без едностранчивост, защото никога не губи от погледа си цялото и неговото многообразие; в понякога може чрез мъдрата предпазливост да се избегнат резките разграничения, когато те биха чертали контури там, където истината се крие в леката игра на светлосенки; в равновесието на една зряла мисъл и във възвишеното вдъхновение, което я окриля.

Такива книги увличат и инспирират, дори когато не подкупват с основните си разрешения.

Надали би могло да се каже, че *Geny* е създал школа в Франция. Той е бил повече адмириран и уважаван, отколкото следван. Предложеното от него субективно тълкуване се е видяло на мнозина недостатъчно, а срещу себе си то е имало и вече очертаното тежнение на практиката към еволютивното тълкуване. Идеята за „свободно научно търсене на правото“ е изглеждала, напротив, прекалено смела и се е сблъскала с друг стремеж на юриспруденцията: да търси в текстовете поне привидна опора. Разграничението между „дадено“ и „конструирано“ е било подхващано от различни страни и в различна форма¹⁴³. В основата му лежи, без съмнение, една ценна мисъл. Но какъв е действителният обхват на „конструираното в позитивното право? Идеите далеч не са фиксирани, а склонността на *Geny* да му отдава преобладаващо значение не е била споделена от критиката¹⁴⁴. Добър прием в Франция е намерило отвръщането от позитивизма и „възраждането на естественото право“. Но тъкмо обстоятелството, че у *Geny* и у някои други привърженици на естественото право то е било основано върху вярата и върху чувството¹⁴⁵, е дало храна и за острата критика на позитивизма.

От гледище на историческото развитие най-значителният резултат от доктрината на *Geny* е окончателното преодоляване на старата тълкувателна теория. От удара, който неговата критика ѝ е нанесла, тя никога не е могла да се съвземе. Даже позитивистите, като *May*, *Gèze*, *Carré de Malberg* и *Ripert* са престанали да вярват в „логическата завършеност на позитивното право“. Техният позитивизъм е бил построен вече върху широко признание на „съдийското право“, на което е било възложено да запълни празнините на закона (Sc. IV, 232, 246, 256 и сл.). Това е философският позитивизъм в правната доктрина, който окончателно е скъсал с основните догми на стария юридически позитивизъм в учението за източниците на правото и за тълкуването. Успехът на една доктрина понякога най-добре се мери с косвеното, но красноречиво признание, което тя намира в ревизирането на противопоставящите ѝ се схващания.

§ 15. „Правото на юриспруденцията“

В стара Франция съдилищата бяха разполагали с *rouvoir réglementaire*. Член 5 на *Code civil* им беше отнел това право: „Забранено е на съдиите да решават чрез общи разпореждания и правилници по дела, които им са подчинени“. Но дори в отношението му към всяко отделно дело доктрината на революцията смяташе съдията само за „уста на закона“, както бе писал *Montesquieu*. Абсолютизмът и революцията се бяха обединили в недоверието си към онази справедливост на съдилищата, от която френският народ някога беше молил Бога да го пази. В края на столетието малцина във Франция са мислели така. Стоте години, които *Planiol* беше считал за възраст на младостта на законника, бяха създали нови факти и нови нужди искаха ревизиране на революционната доктрина. *Planiol* е бил между първите, готови да го признаят изрично. Той го е направил по начин, който позволява изложението му да се вземе за изходна точка на цяло едно последващо развитие.

Касае се, преди всичко, до предговора към първия том на прочутото му *Traité élémentaire de droit civil*: „Днес, когато юриспруденцията е установена върху много пунктове, какъв смисъл има да се преподават още, като формули на действащото

¹⁴³ Вж., напр., *De Page*, пос. съч., t. 2, с. 31 и сл.; *Bonnecase*, *La pensée juridique*, цит. съч., t. 2, n^{os} 282 и сл.

¹⁴⁴ Вж. *Tissier*, *L'élaboration technique du droit privé positif*, *Revue trim. de droit civil*, 1922, с. 841 и сл.

¹⁴⁵ Вж., напр., *Charmont*, *La renaissance du droit naturel*, 1910, с. 217. Срв. *Renard*, *Le droit, la logique et bon sens*, 1925, с. 339 и сл.

френско право, теории, които не са нито написани в законите, нито приети от юриспруденцията? Това би значело да се даде на нашето преподаване един теоретически и фалшив изглед, който унищожават авторитета му, когато нашите ученици се намерят по-късно в контакт с една действителност, обратна на онова, което те са учили в школата. Прочее, да вземем юриспруденцията за това, което е, за обичайно право, наскоро формирано, и да преподаваме неговите разрешения, като кажем това, което мислим за тях. Доктрината има да изпълнява наистина полезна задача само по отношение на нови въпроси, по които юриспруденцията е още в колебание; нека тя я води и нека улеснява образуването ѝ, но да не губи времето си да оборва придобити правила. Ние имаме да вършим нещо по-добро: ние можем да следваме юриспруденцията в нейното историческо развитие; да покажем как значителни конструкции, издигнати в продължение на много време чрез натрупване на решения, понякога имат чуплива основа и са произлезли от неточни разрешения, от зле разбрани правила или от формули твърде тесни или твърде широки“ (X, 3 изд., 1904). Същите мисли са били подхванати и в н° 14: „Съдилищата постоянно установяват, извън кодексите и извън законите, едно обичайно право с ново формиране. Съдебната власт никога не е обвързана от своята предшестваща юриспруденция; но, на дело, най-често тя се съобразява с нея, и стабилността на нейните решения е равностепенна за частните лица с едно задължително законодателство. Впрочем, за обичайното право е характерно именно, че то може да се промени от една нова юриспруденция“.

Очертанията на едно ново схващане за обичайното право могат да бъдат доловени вече в тези няколко кратки изречения. *Planiol* го само загатва, по-скоро във форма на въпрос, но без да скрив, кой от мислимите отговори би могъл да разчита на неговото предпочитане. Върху какво се основава правното действие на юриспруденцията? *Planiol* не казва и това изрично, но намерението му е, очевидно, да препрати към общото разрешение на проблема за задължителната сила на юридическия обичай. А колкото се отнася до неговото разбиране за действието на юриспруденциалното обичайно право, то личи ясно в цитираните по-горе пасажии: съдилищата не са формално обвързани от своите предшестващи актове, доктрината има право да посочи погрешните им основания, но от гледище на гражданите нормалната стабилност на съдебната практика превръща системата на нейните разрешения в режим, който е фактически еквивалентен на едно обвързващо юриспруденцията законодателно право.

Lambert е хвърлил във везната на това ново схващане тежестта на една огромна историческа аргументация¹⁴⁶. С един пространен анализ, в повече от 500 страници, на същността и функцията на обичайното право в модерните предимно обичайноправни системи, в източниците на еврейското и мюсюлманското право, в развитието на Рим и в правната история на Франция и на германските страни, той се е противопоставил на „римско-каноническата теория за обичая“, т.е. на теорията, която основава обичая върху волята или убеждението на правната общност (173–804). Не е нужно да се навлиза в подробностите на тази историческа аргументация. Тя има за цел да докаже главно, че твърденията на автора отговарят на историческите факти. А според твърдения, изразени отчасти инцидентно и най-вече по повод полемиката срещу схващането на *Geny*, централните елементи в учението на *Lambert* изглежда да се обрисуват, както следва:

Юриспруденцията била един от източниците на модерното частно право (19 заб. 1). Нещо повече: в модерните общества и особено при режим на кодификация, юриспруденцията била нормалният начин за извънзаконно образуване на право (18). Действително, не било възможно да се определят отнапред броят и качеството на съдебните прецеденти необходими за установяването на юриспруденция (19). Но една от

¹⁴⁶ *Lambert*, La fonction du droit civil comparé, I, Les conceptions, étroites ou unilatérales, 1903.

нейните особени черти, както и на другите форми на обичая в широк смисъл, била тъкмо, че тя не се подава на подобна детерминация (19 заб. 1). Ако доктрината не била склонна да признае тези истини, то се дължало на обстоятелството, че тя била изцяло пропита от погрешната догма, че правото е неподвижно. Нейната действителна цел, обаче, трябвало да бъде обратната: да наблюдава внимателно всички движения на правото, както на законодателното, така и на спонтанното. Толкова повече, че и самият законодател не бил в състояние да спре движението на правото. За правото било необходимост да се огъне пред изискванията на социалната и стопанска среда и да еволюира заедно с нея (28). Това развитие се осъществявало чрез юриспруденцията, а на доктрината оставало само да се примири с една работа на координиране и обобщаване на материалите, доставени от юриспруденцията (29). Заблужденията на доктрината, специално по отношение на същината на обичая, и нейното неправилно схващане за същината на юриспруденцията в това отношение се дължали на романо-каноническата теория, т.е. на юстиниановата компилация съставена във време на сляпа вяра във всемогъществото на законодателя и на стремежите на църквата да осигури единство и дисциплина в своите редове (111 и сл.). Тази теория трябвало да бъде призната за това, което е – за една заблуда, резултатът на законодателно самонадценяване, а на юриспруденцията трябвало да се върне нейния естествен ранг да служи като необходим инструмент за превръщане на правното чувство в правна норма. „Нейната интервенция е необходима, за да се трансформират в същински правни норми, санкционирани от постоянния ред на изпълнението, простите навици, практиките на обмена, условностите“ (802).

Учението на *Lambert* е имало значителни отгласи. Не само в Франция, но е във от нея. *Cornil* в Белгия (пос. съч., с. 48) и *Pacchioni*¹⁴⁷ в Италия са я възприели, без да формулират никакви резерви. В Германия *Ross* бил заявил, че това учение е най-важният принос на Франция към теорията за източниците на правото¹⁴⁸. Не по-малко значителна е била, обаче, и съпротивата, която това учение е срещнало от някои. *Geny*, във второто издание на своя „метод“ (n° 192), и преди него *Bierling*¹⁴⁹ решително са я отрекли. По-малко категоричен, *César-Bru* е отбелязал, че *Lambert* едва ли има право, когато свежда обичайното право към юриспруденцията, и че установеността на юриспруденцията сама по себе си не е достатъчна основа за нейната юридическа задължителност (пос. съч., 347 и сл.). С тези поправки, той е бил готов да приеме, че „трябва да се изучава, излага и коментира не гражданския кодекс, а гражданското право“ (342), т.е. „правото на юриспруденцията“ (343), че авторитетът на обичая трябва да се признае наред с този на закона и че, ако законът е недостатъчен или несъвършен, тълкувателят не трябва да се колебае да одобри извънсъдебната практика, която търси необходимото ново правило, и юриспруденцията, която го осветява (344). Това бере по-предпазливата и по-малко определена концепция за същността и функцията на „юриспруденциалното право“, на която *Planiol* беше дал вече израз в по-горе възпроизведените пасажии, и която в кратко време трябваше да събере симпатиите на редица видни юристи.

В уводната статия на *Revue trimestrielle de droit civil* – истинският манифест на това тогава ново списание – *Esmein* е прогласил, че доктрината трябва да направи от юриспруденцията главен предмет на своите изучавания, защото „тя е истинският израз на гражданското право, тя е реалният и позитивен закон, докато не се е променила“ (12). „Малко по малко, е писал по същото време *Meynial*¹⁵⁰, доктрината започва да играе

¹⁴⁷ *Pacchioni*, Delle leggi in generale, 1933, с. 44 и сл.

¹⁴⁸ *Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929, цитиран по *Pacchioni*, пос. място.

¹⁴⁹ *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 4, 1911, с. 326 и сл.

¹⁵⁰ *Meynial*, пос. съч., Livre du Centenaire, цит., т. 1, с. 177.

ролята на организаторка на юриспруденцията, както тя беше някога организаторка на закона“. *Capitant* е поздравил това схващане, посочвайки и други негови привърженици¹⁵¹. Имената на *Perreau, Duguit, Charmont, Cornil*, в посочените техни съчинения, на *Demogue* и на сътрудниците на „практическият трактат“ на *Planiol* и *Ripert* биха могли да се прибавят към тази листа, без да се изброят всички, които изрично са изповядали присъединението си към същите идеи или са се опитали на практика да ги проведат. Тук ще е достатъчно, ако се припомни формата, която им е дал *Josserand*: „Предмет на нашите изследвания е юриспруденциалното право. Правото е такова, каквото юриспруденцията го разбира и урежда... Юриспруденцията не е друго освен модерният обичай... Теоретически, върховният съд може да отмени едно решение, само ако то противоречи на закона... Но ако законникът е останал вечно млад, той го дължи на юриспруденцията. Образувано се е едно обичайно право, едно наслоено право, което малко по малко е покрило правото, изработено от хората на 1804 г.“¹⁵².

По-резервиран и по-скептични от мнозина други, *Colin* и *Capitant* не са пропуснали да предупредят срещу опасностите от евентуално надценяване на достойнствата и заслугите на юриспруденцията. В най-новата си работа и *Savatier* подхванал това предупреждение¹⁵³. Дали тези предупреждения няма да станат начало на едно ново движение, аз не бих могъл да кажа. След немалките увлечения, би било естествено да се очаква известна реакция. Трябва да се подчертае, обаче, че и цитираните автори не отричат значението на юриспруденцията: „Ако прецедентите не обвързват съдиите, те фатално ги инспирират“, са писали първите двама от тях. Задачата е само да се определи истинското място на юриспруденцията, след като някога проблемът беше да се определи истинското място на закона.

Ако след всичко изложено поискаме да степенуваме, по практическото им значение, идеите, които са доминирали развитието в Франция през изтеклите десетилетия на този век, ние би трябвало, струва ми се, да отделим първото място за две от тях: за еволютивното тълкуване на текстовете и за признанието на „юриспруденциалното право“, в най-широкия смисъл на тази дума. Върху еволютивното тълкуване, като форма на обективната тълкувателна теория, имах вече повод да се изкажа. Колкото се отнася до установената юриспруденция, защото главно за нея е реч, аз мисля, че преценката би се улеснила, ако се разделят три различни страни на проблема. Установената юриспруденция създава, най-напред, една задача за преподаването, върху която, както видяхме, особено е наблягал *Planiol*. Както и да гледа на дадена съдебна практика, университетското преподаване трябва да я изучи и да запознае с нея своите слушатели. Даже ако не е нещо повече, тази практика е поне указание за начина, по който трябва да се очаква, че съдилищата и в бъдеще ще решават съответните въпроси. Така че и онзи, който би смятал, че трябва да ѝ се противопостави, ще бъде подготвен за задачата си, само ако познава тази практика. Втората страна на въпроса е практическата в тесния смисъл на думата. Тя е от най-голямо значение за обикновения гражданин във всекидневния му живот. От гледище на неговите пресмятания установената практика е елемент, с който той трябва да се съобразява, ако не желае да рискува разочарования. Защото съдилищата действително се вдъхновяват, ако не „фатално“, поне обикновено, от своите прецеденти. А както основателно е отбелязал още *Bülow* и неправилните решения създават право за конкретния случай, така че едно практическо калкулиране не може да си позволи да не държи сметка за вероятните грешки, почти толкова, колкото за сигурното право. Третият и най-

¹⁵¹ *Capitant*, Introduction цит., с. 34, заб. 1.

¹⁵² *Josserand*, Cours, цит. съч., предговор; Evolutions, цит. съч., с. 26.

¹⁵³ *Colin et Capitant*, пос. съч., n° 27; *Savatier*, пос. съч., n° 26.

съществен от нашето гледище въпрос е дали наистина една установена юриспруденция може да е само система от последователни грешки, независимо от продължителността на времето, през което тя е била практикувана, и от броя на решенията, които са я санкционирали.

На този въпрос *Lambert* е отговорил отрицателно. За него установената практика е вече юридически обичай. Даже ако е резултат на погрешно тълкуване, от момента на своята установеност юриспруденцията става, според *Lambert*, право. До това го води, както видяхме, разбирането, че юриспруденцията е сама по себе си и във всяко общество източник на право, и че нормите, които лежат в основата на установените ѝ решения са по необходимост правни норми. Едва ли може да се смята, обаче, че *Lambert* е успял да докаже правилността на това си разбиране. Неговите обширни и оригинални изследвания нагледно показват голямата историческа роля на юриспруденцията в образуването и развитието на частното право. Те налагат да се приеме, че в областта на частното право юриспруденцията е бивала често главният двигател на юридическия обичай. Те сочат на правни системи, които са скрепявали или скрепяват с задължителност съдебните прецеденти. Те не оставят никакво съмнение, че е възможно установената практика да се въздигне в източник на правото, било по пътя на изрично санкциониране от закона, било чрез мълчаливо установено в обществото съзнание за нейната задължителност. Но от всичко това не следва, че във всяко общество и поради самото естество на съдебната функция усвоените от юриспруденцията положения трябва да важат като задължителни правила. Сега разглежданият въпрос не е от категорията на онези, които по силата на нещата трябва да получат едно общовалидно разрешение. Напротив, той трябва да се постави за всяка страна поотделно с оглед на съдържанието на нейното писано право и на господстващото в обществото ѝ правосъзнание. Там където този въпрос не може да получи утвърдителен отговор, между простата установена практика и законната или обичайна норма ще има винаги една качествена разлика: че само втората е задължителна. Който признава тази разлика и въпреки това идентифицира обичая със съдебната практика, в действителност отказва на обичая достойнството на равен с закона източник на правото. А въведе ли се отново разликата между обикновена, макар и установена, съдебна практика и юриспруденция, станала задължителен юридически обичай, проблемът, от който специфичен елемент произтича задължителността на последната, възниква отново цялостен и неразрешен.

Изобщо, проблемът за източниците на правото предпоставя другия голям въпрос: какво е право. Ако под право се разбира задължително правило за поведение, установената съдебна практика не може сама по себе си да се смята за източник на право. Все едно, дали действието на правото ще се основе върху общественото съзнание за неговата задължителност или непосредствено върху волята на държавната власт, „юриспруденциалното право“ ще е право, само доколкото е признато от едното или от другото от тези две начала. На континента днес, включително, струва ми се, и в Франция, случаят не е такъв. Съвременното континентално правосъзнание признава като общовалидни обвързващи норми, наред с закона, само онези правила, изработени в съдебната практика или извън нея, които господстващото правно убеждение на съответното общество смята за задължителни. За да стане съдебната практика юридически обичай, към установеността ѝ трябва да се прибави и това убеждение за задължителност. Дали ще се стигне дотам по пътя на свободното доброволно приемане или само поради „резигнация“, е все едно: в това отношение бележката на *César-Bru* е напълно основателна (пос. съч., 349). Прочее, ако е вярно, че не всяко фактически прилагано правило за поведение е правно правило, това важи и за съдебната практика. Не всеки принцип, който тя фактически прилага, е правно правило, дори и когато

многобройни решения са се съобразили с него.

От това не следва, обаче, че установената юриспруденция няма никакво значение и сама по себе си. Всяка наистина установена юриспруденция може да се превърне в обичай, ако господстващото правно съзнание приеме нейните критерии за задължителни норми. С оглед на това би могло да се каже, че установената практика е образуващо се евентуално право, „ставащо“ право, право във формиране. Преходът между това негово състояние и възможното му утрешно състояние на задължителен принцип е често неуловим. Развитието се осъществява не в рязко разграничени периоди, чрез които действителността би отговаряла точно на нашите понятия, но чрез единната и непрекъсната трансформация на органическото узряване. И в правното развитие, като във всяка друга област, има преходни положения и гранични случаи, които не могат, без известно насилие, да се причислят към една или друга от нашите установени категории. Заради тях никоя наука не се отказва от ясните понятия, от които се изгражда нейната система. Заради граничните случаи не бива да се изостави и ясното понятие за правото. Само че системата на понятията също трябва постоянно да се развива, за да обхване по-пълно действителността. Юриспруденцията трябва да намери своето място в тази система.

Юриспруденцията не е сама по себе си позитивно право. Още по-малко тя е цялото позитивно гражданско право. Увлеченията в това направление могат да бъдат също тъй лишени от основание, както е било обратното увлечение да се смята, че позитивното право се изчерпва със закона. За „юриспруденциалното право“ в точния смисъл на думата може да се говори, само когато юриспруденцията вече е успяла да се превърне в обичай, т.е. само ако тя има зад себе си господстващото убеждение. Френската юриспруденция се слави с обичайноправни образувания от този вид: с режима на Павловия иск, с уреждането на договора в полза на трето лице, с отговорността за вреди, причинени от вещи и пр. Обаче, по-голямата част от всяка юриспруденция, включително и от всяка установена юриспруденция, няма качествата на задължителния юридически обичай. Тя е или израз на незадължително тълкуване на закона, или начало на едно самостоятелно развитие, което само в бъдеще и ако не срещне пречки може да се превърне в обичай. Но ако не всяка установена практика съставлява право или „юриспруденциално право“, тя все пак не бива да се смята за лишена от значение за науката. Юриспруденцията е въплъщение на тенденции в развитието, на наченки на едно формиращо се бъдещо право, тя е една възможна проява на убежденията за това, което трябва да стане право, на едни от най-призваните – на съдилищата. Тези й качества стигат, за да направят от нея предмет на правни изучавания и за да може да се каже, че доктрината има за задача да изследва и съдебната практика. Защото правната наука не бива да бъде наука само за това, което е вече задължителна норма. Догматичното разработване на вече „установеното“, на „положеното“ право е само една от нейните задачи. Тя не бива да се ограничи да върви само подир развитието, но има и благородния дълг да го съпътствува и дори, по силите си, да го насочва.

Следвайки развитието на юриспруденцията, доктрината е свободна да посочи грешките й, да я предпази от увлечения, да се противопостави на схващания, на които тя ще е склонна да отрече право на съществуване, но и да насърчи тенденциите, които одобрява, за да помогне по този начин за постепенната еволюция на общото правосъзнание, което, спечелило веднаж достатъчна сила и обхват, формира действителни юридически обичаи. В общия процес на правното развитие, и за доктрина и за юриспруденция има достойно място. Те не са източници на право. Но те са дейните и просветени агенти, които могат съзнателно да насочат развитието към желани от тях цели. *Savigny* е мислел, че в напреднали стадии на правно развитие съсловието на

юристите поема функциите на общия народен дух в образуването на правото. Истината е, че и днес не юристите, но господстващото убеждение твори обичайното право. Но юристите могат и трябва да бъдат разумната сила, която изследва непознатото, която преценява възможностите с критичния апарат на своите познания, която избира между предложените разрешения, и, фиксирана, увлича убежденията, за да създаде чрез тях, когато ги спечели, едно ново право. По-големият дял в тази работа, която е също творческа, макар и да не твори сама и непосредствено право, ще принадлежи, може би, на юриспруденцията. Но и доктрината не е само неин организатор. *Enneccerus* е подканвал науката да не губи съзнание за водаческата си функция. Тази функция е, действително, и нейно право, и неин дълг: както по отношение на юриспруденцията, така, заедно с нея, и по отношение на общото правосъзнание в сложния социален процес на извънзаконодателното формиране на правото.

§ 16. Исторически-еволютивното направление в Италия

В Италия въздействието на новите схващания се е проявило най-напред в известна склонност към обективната тълкувателна теория. У *Chironi* и у неговия сътрудник *Abello* тази склонност се е изразявала в енергично подчертаване на значението на целта на тълкуваната норма, тъй както и *Binding*, доразвивайки в това отношение идеите на *Ihering*, бе виждал в целта ръководещия критерий на тълкуването¹⁵⁴. Напълно определена и завършена форма това направление е намерило в познатата „обща част“ на *Nicola Coviello*: мисълта на закона трябва да се различава от мисълта на законодателя; последната имала само „простата функция на средство за образуване на закона“, който носел сам в себе си своята същност и собственото си съдържание, състоящо се във вътрешното значение на неговите разпореждания, независимо от субективната воля на автора им (пос. съч., § 23). Целта на тълкуването е била да разкрие „обективната воля на закона“. Касае се за „волята на закона“, както я определят данните от времето на неговото издаване. *Coviello* изрично е протестираше срещу еволютивната теория, като я е обвинил в хипокризия, която се закривала зад привиден респект към закона, за да го наруши по-лесно (§ 30).

Nicola Coviello е обнародвал своята „Обща част на гражданското право“ в 1910 г. Предната година *Degni* публикувал една голяма работа върху тълкуването на законите и е посочил в нея около петнадесет имена на юристи, които според него трябва да се смятат за привърженици на „исторически еволютивната теория“¹⁵⁵. В действителност, ако под „исторически-еволютивен метод“ трябва да се разбира това, което са мислели *Degni* и повечето от посечените от него автори, с които можеш да се справя, *Coviello* надали би й отправил острата си критика. Като говори, че законът се отделя от своя автор и се превръща в самостоятелна същност, която живее свой особен и независим живот, и че смисълът на закона еволюира с историческото развитие, *Degni* иска да каже, че промените и нововъведенията в законодателството, настъпили след влизане в сила на даден закон, косвено влияят върху неговото съдържание и могат да трансформират първоначалния му смисъл. Касае се за еволюцията в съдържанието на отделните законоположения, която се явява като посредствен резултат от еволюцията на законодателството. Понеже позитивното право и, по-специално, правото на писания закон трябва да се третира като единно и непротиворечиво цяло, нуждата от хармония между съдържанието на неотменените изрично законоположения на една по-стара епоха и принципите, на които един нов закон е дал живот, естествено изправя тълкувателя

¹⁵⁴ *Chironi* и *Abello*, пос. съч., § 3; *Chironi*, Istituzioni, цит. съч., § 10.

¹⁵⁵ *Degni*, L'interpretazione della legge, 1909, n. 75.

пред дилемата: или първите да се смятат за мълчаливо отменени във всички случаи, когато не прилягат напълно към началата на новия закон, или, ако текстовете го позволяват, те да бъдат съобразени чрез ново тълкуване с новата ориентация на законодателството. Преобладаващата доктрина и практиката всякога са предпочитали второто разрешение. Мисълта на *Degni* е, че и без да го изисква потребността да се избегне една очевидна антиномия, едно еволютивно тълкуване би могло да ревизира съдържанието на текстовете винаги когато нови схващания са намерили израз и нови нужди са намерили признание в един нов законодателен акт.

Maggiore е писал, че движението за реформиране на правните методи е взело исторически и еволюционистичен характер в латинските страни, с направлението, което носи името „исторически-еволютивен метод“¹⁵⁶. В известно отношение и до известна степен това твърдение отговаря на истината. Но то нито изчерпва същността на новите идеи, които господстват днес във Франция, нито, доколкото има предвид *Degni* и неговите съмишленици, т.е. мнозинството от авторите обявили се в Италия за привърженици на „исторически-еволютивния метод“, държи достатъчно сметка за значителната разлика между тяхното схващане и преобладаващото френско разбиране за еволютивното тълкуване. Като разрешават на тълкувателя да вложи нов смисъл в „живата и еволюирала формула на закона“, във Франция не мислят, че тази възможност трябва да се ограничи с правото да се оползотворят широко само санкционираните от законодателя нови принципи и разрешения. Идеята там е, че съдията може, сам и без да търси особена опора в нови текстове, да предпочете онова съвместимо с редакцията на стария закон тълкуване, което по-добре би отговорило на променените социални условия. Относно критерия, който трябва да ръководи съдията при тази му преценка на променената социална обстановка, не всички са, както видяхме, достатъчно наясно, но е сигурно поне отрицателното положение, че този критерий не бива да се търси само във волята на държавата, проявена, косвено, в законодателното реформиране на други сродни материи. Напротив, *Scialoja*, комуто *Degni* приписва „исторически-еволютивния метод“, изрично е подчертавал, че промененото тълкуване, за което той говори, се основава на самата воля на законодателя и в действителност не е нищо друго, освен вярно и цялостно нейно изпълнение¹⁵⁷. От негова страна това е само пояснение на съпротивата му срещу схващания като тези, които по-късно са се оформили в доктрината на *Kohler*, на *Saleilles* и на др. Същото трябва да се каже за *Leonardo Coviello*¹⁵⁸. *Fadda* и *Bensa* и *Filomusi-Guelfi*, струва ми се, не са отивали по-далече¹⁵⁹. И ако *Brugi* не изглежда толкова определен¹⁶⁰, сам *Degni* е имал грижата да изключи всяко възможно недоразумение: неговата доктрина цели „да се поставят в постоянна и непрекъсната връзка старите закони с принципите, утвърдени в новите законодателни течения“, да се удовлетворят новите изисквания и нужди на социалния живот, „ако и доколкото промените са проникнали в новите законодателни продукции“, доколкото те „са намерили признание, макар косвено, в цялата законодателна система“ (пос. съч., 75, 78, 100).

Най-общо казано, обективното направление изглежда да преобладава и в по-новата италианска гражданскоправна литература. Наистина, мненията на отделните автори са разделени с твърде много отсенки, и надали може да се смята, че се е окончателно

¹⁵⁶ *Maggiore*, La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1926, с. 370.

¹⁵⁷ *Scialoja*, Del diritto positivo e dell'equita, 1880, препечатано в Studi giuridici, vol. 3, с. 19, зяб. 1.

¹⁵⁸ *L. Coviello*, De' moderni metodi de' interpretazione della legge, 1908, с. 19 и сл.

¹⁵⁹ *Fadda* e *Bensa*, пос. съч., с. 14 и сл., *Filomusi-Guelfi*, пос. съч., с. 136.

¹⁶⁰ Istituzioni, цит. съч., с. 39 и, особено, в предговора към цит. съчинение на *Degni*, с. VI и сл.

очертала една завършена господстваща система, като цялостен блок. Все пак, може да отбележи известна доминираща тенденция. Еволютивното тълкуване, в смисъла, който е давал на тази дума *Degni*, има своите открити привърженици, например, в лицето на *Dusi* и на *Ravà*¹⁶¹. Последният е мислел даже, че еволютивното тълкуване отваряло за съдията не малка възможност да отговори на изискванията на справедливостта (п. 72). Тъй трябва да се разбира, мисля, и *De Ruggiero*, когато той обяснява, че тълкуването имало за задача да търси волята на самия закон, отделена от личността на неговия автор, и че по този начин правоприложението можело „да се постави в хармония с общото правосъзнание на времето и с новата ориентация на обществената съвест, но без хитрувания и хипокризия, само доколкото целият комплекс на действащото законодателство дава опора за това“¹⁶². В границите на същото схващане за едно основано върху самия закон еволютивно тълкуване се е движел и *Francesco Ferrara*. Само че, следвайки *Kohler*, той е приел, като исторически факт и неизбежна последица на законите на развитието, и несъзнателното отклоняване на съдията от „истинския“ смисъл на закона, когато променената духовна атмосфера наложи, неусетно, своя печат върху правоприлагането¹⁶³. Последната мисъл се споделя в по-ново време от *Carnelutti*¹⁶⁴, който иначе, в разрез с мнението на повечето, счита за правилна само субективната тълкувателна теория¹⁶⁵. Най-сетне, и *Luigi Ferrara* е видял същността на „метода на историческата еволюция“ именно във „възприемането на новите проявления на позитивното право, само доколкото те влизат в рамките на законите“. Той сам клони към по-радикално разрешение: чрез еволютивното тълкуване *Luigi Ferrara* е готов да отвори вратите за всички изисквани от живота трансформации на действащото право, стига да не се засягат големите линии на законодателната постройка – нейните съществени принципи и нейната система. „Отвъд писания закон, но във и чрез неговата система“, е заключителният му лозунг¹⁶⁶. Това би приел, може би, и *Stolfi*, но неопределените му формули и тук, както в толкова други случаи, не разкриват една сигурна мисъл¹⁶⁷.

Срещу всяко по-широко еволютивно тълкуване се обяви, преди известно време, *Pacchioni*¹⁶⁸, възприемайки критиката, която *Enneccerus* е отправял срещу обективната теория. Прогресът на правото, мисли *Pacchioni*, трябва да се осигури не чрез промяна в метода на тълкуването, но чрез ревизиране на традиционното учение за източниците на правото в посоката показана от *Lambert*. Съвсем напоследък, обективната теория срещна в Италия решителен противник и в лицето на *Gino Gorla*¹⁶⁹, който в един опит да изясни същността на тълкуването чрез ученията на *Croce*, схвана дейността на тълкувателя като възпроизвеждане, преживяване и доразвитие на нормативния акт на законодателя, като критерий или принцип за разрешаване на конкретния случай. *Gorla* не отрича, че обективното тълкуване би могло да бъде наложено от самия законодател с надлежно разпореждане, но мисли, че такова разпореждане би било по-скоро странно и дори абсурдно (п. 12), и че чл. 3 от предварителните разпореждания на италианския кодекс от

¹⁶¹ *Dusi*, Istituzioni di diritto civile, vol. 1, 2 изд., под грижите на *Sarfatti*, 1930, с. 43 и сл.; *Ravà*, Istituzioni di diritto privato, 2 изд., 1938, н. 68.

¹⁶² *De Ruggiero*, Istituzioni di diritto civile, vol. 1, 7 изд., 1934, с. 133 и сл. и 147.

¹⁶³ *F. Ferrara*, Potere del legislatore e funzione del giudice, Rivista di diritto civile, 1911, с. 536 и сл. и с. 511 и сл.

¹⁶⁴ *Carnelutti*, Teoria generale del diritto, 1910, с. 388.

¹⁶⁵ *Carnelutti*, Sistema di diritto processuale civile, I, 1936, н. 35.

¹⁶⁶ *Luigi Ferrara*, Istituzioni di diritto privato, I, 1939, н. 71 и *Moderni problemi del diritto*, 1938, първата студия: Il modernismo nel diritto, н. 10.

¹⁶⁷ *Stolfi*, Diritto civile, vol. I, 1919, н. 860.

¹⁶⁸ *Pacchioni*, Corso di diritto civile, Delle leggi in generale, 1933, с. 125, заб. I.

¹⁶⁹ *Gorla*, L'interpretazione del diritto, 1941, п. н. 12, 40, 42.

1865 г. няма това значение (п. 42). Изобщо изследванията на *Gorla* са съсредоточени върху психологическата и логическата същност на тълкувателния процес и на правното познание. Изграждането на метода на тълкуването като позитивноправен и законодателен проблем отстъпва на второ място в тези изследвания.

§ 17. „Общите правни принципи“ в чл. 3 на Италианския граждански законник от 1865 г.

Критичната точка на тълкувателната теория е проблемът за празнините. За доктрината на историческата школа той е бил дори съдбоносен. Тъкмо затова тя беше твърдяла така енергично, че в правото на формалните източници на правото не може да има празнини. Правото се простира дотам, е мислела доктрината на позитивизма, докдето стигат границите на „логическата експанзионна сила“ на съдържанието на формалните правни източници. А какво се крие отвъд тези предели? – „Неправно пространство“, *rechtsloser Raum*, беше отговорил *Bergbohm*. – Една негативна норма, една „ексклузивна“ норма, която освобождава от действието на всякакви правни принципи, са отговорили други. Между тях, в Италия, е бил и авторът на най-значителното по-старо италианско изследване върху празнините – *Donati*¹⁷⁰. Както толкова други и той е бил доведен до този резултат от схващането, че право могат да съставляват само нормите, които изхождат от държавната власт: „Като се държи здраво принципът за изключителната държавност на правото, в смисъл, че нашата конституционна държава не признава друго право освен онова, което тя самата установява чрез своите органи, определени за тази служба, става ясно, че под правен ред не може да се разбира друго, освен комплексът от нормите, които произтичат от общността на съществуващите закони“¹⁷¹.

И в Италия тълкувателната теория е изживяла най-значителната си криза, именно когато отново е бил поставен на разискване проблемът за празнините. Годишите след Първата световна война са били времето на тази криза. А непосредственият повод за най-оживената полемика е бил създаден от *Del Vecchio* с неговата позната и у нас студия върху общите правни принципи¹⁷². Както показва самото заглавие на тази студия, проблемът за празнините се е поставил в Италия под особеното осветление на чл. 3 от предварителните разпоредения, който отправя, при недостатъчност на текстовете и на аналогията, към „общите правни принципи“.

Ние вече видяхме, как е бил създаден чл. 3, кои са били близките и по-далечните му образци, какви съображения са определили окончателната му редакция, а, заедно с нея, и мястото, което „общите правни принципи“ заемат в системата на италианското положително право. Видяхме също, че след известни колебания в началото и след като *Bianchi* се беше опитал да идентифицира общите правни принципи с принципите на естественото право, господстващата доктрина се беше фиксирала в друг смисъл. *Pacifici-Mazzoni*, *Fadda* и *Bensa*, *Venzi*, *Chironi* и *Abello*, *Nicola Coviello* и други, въпреки различията в други пунктове на техните доктрини, се бяха съгласили да смятат за „общии правни принципи“ основните начала на италианското позитивно право, извлечени чрез генерализиращата индукция от нормите на действащото право, и преди всичко, от

¹⁷⁰ *Donati*, Il problème delle lacune, 1910. С това съчинение не разполагах. Върху него вж. *Gangi*, с. 146 и *Cecchini*, с. 181 и сл. от по-долу цитираните техни работи. Сега вж. *Donati*, Lacune della legge, Nuovo digesto italiano, vol. 7, 1938, с. 229 и сл.

¹⁷¹ Цитирам по *Ascarelli*, с. 238 от по-долу посочената негова работа.

¹⁷² *Del Vecchio*, Sui principi generali del diritto, Archivio giuridico, 85, с. 33 и сл., преведено, със съкращения, от Венедиков в Юридически архив, I, с. 405 и сл.

текстовете на държавните закони. Разбира се, господстваща доктрина не значи единодушие. Теорията на посочените автори не е царувала необезпокоявана от противници. *Brugi*, например, никога не се е отказал напълно от мисълта да привлече на помощ, въз основа на чл. 3, и принципите на общото право, т.е. на онова, което *Savigny* беше нарекъл „днешното римско право“¹⁷³. Касаело се е обаче само за допълнения или поправки или за гласове без значение, като тези на няколкото италиански привърженици на школата за „свободното право“. До 1921 г. учението за общите правни принципи е било от онези, за които в Италия употребяват прилагателното *rasifico* – несмушавано, установено, улегнало.

Del Vecchio е открил разискванията. Намерението да подложи на цялостна преценка господстващата италианска тълкувателна теория му е било чуждо. Още по-чуждо му е било учението за „свободното право“, което той е считал дори за ретроградно и нелиберално (41). Принципът на приоритета на позитивния закон не е подлежал и според него на съмнение (78, 89). Не за субективната преценка на съдията и за неговата *aequitas cerebrina* е искал той да открие пътя (40). Но *Del Vecchio* не е можел да приеме, че само чрез аналогията или чрез общите принципи, извлечени от самия позитивен ред, могат да се запълнят неизбежните му празнини. Аналогията, е смятал той, има естествените си граници в сходството на фактическите състави и в идентитета на решаващото основание. За случаите, които остават извън тези граници, съдията имал нужда от самостоятелни интегриращи принципи, каквито могли да бъдат само принципите на естественото право. Идеята за естественото право придружавала цялото развитие на човечеството и всеки опит тя да бъде отхвърлена щял да остане суетен (51), защото в нея се съдържало признанието, че известни начала от трансцендентален характер, които надхвърляли света на феномените, определяли всяко правно развитие (75). Към тези абсолютни начала отправял чл. 3, те трябвало да вдъхновяват всяко тълкуване (90), съобразно с тях трябвало да се разрешават и неуредените случаи (81).

Del Vecchio не е могъл да убеди своите читатели. Априорните предпоставки на неговото учение и възвръщането към идеята за абсолютни и неизменни естественоправни принципи в едно време, свикнало да вижда във всяко право продукт на историческото и социално развитие, не са били в състояние да му осигурят добър прием. Недостатъчната позитивноправна аргументация и незадоволителното изясняване на отношението между абсолютните изисквания на естественото право и исторически дадените позитивноправни норми са били веднага забелязани. Извън Италия работата на *Del Vecchio* е била посрещната също със скептицизъм¹⁷⁴. Но ако неговите разрешения и аргументи не са били приети, самото поставяне на проблема скоро е привлекло общото внимание. Едно сравнително твърде кратко време е донесло редица изследвания, в които възраженията срещу *Del Vecchio* са се свързали със самостоятелни опити за изясняване на поставените от него въпроси.

Още в следния том на същото списание *Asquini* е поискал да развие една мисъл, изказана преди него в Италия от *Vivante*: че и „естеството на нещата“ е източник на право¹⁷⁵. Като е приел, въпреки учението на *Donati* (146 и сл.), че „законният ред“ има празнини, и като е отхвърлил теорията, която позволява на съдията свободно да търси правото при наличност на такива празнини, *Asquini* е сметнал, че разрешението може да бъде намерено в един обективен критерий. Към този обективен критерий препращал и чл. 3, когато говорел за „общите принципи“ (147). Този обективен критерий било

¹⁷³ Вж. *Istituzioni*, цит. съч., с. 43 и особено по-късните му работи, цитирани в по-долу посочената студия, а също и *I principii generali del diritto e il diritto naturale*, *Archivio giuridico*, 90, с. 160 и сл.

¹⁷⁴ *Rümelin*, *Arch. ziv. Praxis*, 123, с. 239.

¹⁷⁵ *Asquini*, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, *Archivio giuridico*, 86, с. 129 и сл.

естеството на нещата, т.е. „общото съзнание на средата и на историческия момент, в който се формират отношенията“. В същия смисъл се е изказал, по същото време, и *Brunetti*¹⁷⁶. Той, пък, е излязъл от противопоставянето между държава и общество (444). Създадените от волята на държавата и въплътени в законите норми образували държавното право. Само зад него, поначало, стояла силата на държавната власт. Обаче наред с държавното право и обществото имало свое право, формирано в общото съзнание (440). Установените в това съзнание критерии за право изпълвали съдържанието на правото на обществото. Те не били фиксирани и неподвижни като държавните закони. По-подвижни от позитивното право, тези критерии по-добре се приспособявали към нуждите на времето (441). Под естествено право трябвало да се разбира именно това променливо право на общото съзнание. Него имал предвид и чл. 3 от предварителните разпореждания: „общи правни принципи“ били принципите на естественото право (447). В това отношение *Brunetti* е бил съгласен с учението на *Asquini*, но, за разлика от него, не е мислел, че трябва да се противопоставя естественото право на „естеството на нещата“ (447).

Ако *Brunetti* се е съгласил със същината на учението на *Asquini*, възразявайки само срещу името, *Gangi* е направил обратното¹⁷⁷. „Общи правни принципи“ били, според него, общите и основни принципи, приети от всички, които образували основата на всеки правен ред и произтичали от разума и от естеството на нещата (155). Поради общия си характер тези принципи могли да служат само като върховни директиви, често неясни и несигурни. За ефективно запълване на празнините на правния ред трябвало да се прибегне направо към естеството на нещата. Това естество на нещата трябвало да се търси не, както е мислел *Asquini*, в също така неясния и несигурен критерий на общото съзнание (167), но в едно внимателно изследване на подлежащите на уреждане отношения: „житейските отношения, когато се изследват внимателно и анализират подробно във всичките им елементи, между които имат особено значение техната цел, техните икономическо-социални изисквания и интересите на участващите страни, сами разкриват на човешкия разум най-подходящата норма за техното уреждане“ (163).

Del Vecchio и *Brunetti* открито бяха изповядали своето възвръщане към естественото право, макар двамата да не са го разбрали еднакво. В „органичен размер“ е признал естественото право и *Gangi* (162), както личи, впрочем, и от току-що направеното кратко изложение за неговите идеи. В Италия модерното възраждане на естественото право е намерило своето място в учението за общите правни принципи, т.е. тъкмо там, където някога и *Bianchi* беше искал да запази нещо за неговото господство и при режима на кодификацията. Две други стари идеи са били подети, пак в нова форма, от *Maggiore* и от *Checchini*¹⁷⁸. Първият е идентифицирал „общите правни принципи“ със справедливостта (274); вторият – с принципите на общото право, оформили се исторически в продължителния процес на развитието, което от римското право е довело до съвременния италиански законник (224 и сл.). По-старите автори се бяха противопоставяли на тези схващания. Специално срещу завръщането към началата на общото право те се бяха позовали на чл. 48 от преходните разпореждания към италианския граждански законник от 1865 г., който изрично е отменявал предшествашите закони и обичаи. За да обезсили аргумента, *Checchini* е мислел, че може да прокара разлика между действително отменените закони и обичаи и общите принципи на общото право, до които, според него, отменителната норма не се отнасяла (224).

¹⁷⁶ *Brunetti*, Il diritto naturale nella legislazione civile, Rivista di diritto commerciale, 1922, I, с. 437 и сл.

¹⁷⁷ *Gangi*, Il problème delle lacune nel diritto privato, Archivio giuridico, 89, с. 137 и сл.

¹⁷⁸ *Maggiore*, L'equità e il suo valore nel diritto, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1923, с. 256 и сл.; *Checchini*, Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge, Archivio giuridico, 90, с. 167 и сл.

Изброяването би могло да приключи, струва ми се, ако се припомни и *Pacchioni*. Общество и държава, право на държавата и право на обществото, *leges* и *iura*: разграничението между тях, от което беше тръгнал *Brunetti*, е ключът на разбиране на теорията и на *Pacchioni*. Само че у него това разграничение е комбинирано и с особеното му схващане на източниците на правото, с което, както видяхме, той е следвал *Lambert*. Старото господстващо мнение, според *Pacchioni*, почивало върху две доктрини: доктрината за всемогъществото на държавата и доктрината за разделението на властите (135). И едната, и другата били основани върху заблуждения. Наред с държавата, и обществото творяло свое право, а юриспруденцията била неговият особен орган за това. Посредничеството на този орган било необходимо, за да могат правните убеждения на обществото да добият достатъчен външен израз, без какъвто те не могли да имат правно значение. Кръщението на юриспруденцията обаче ги превръщало в юридически принципи (145), в едно особено право на юриспруденцията. От това „юриспруденциално право“ трябвало да се запълват неизбежните празнини на държавното право. Общите правни принципи на чл. 3 били не общите принципи на правото на държавата, но общите принципи на цялата позитивна система, образувана от *leges* и от *iura*: от законодателното право и от правото на юриспруденцията.

Изследванията на *Pacchioni* са били публикувани най-напред в *Archivio Giuridico* през 1924 г.¹⁷⁹. Една година по-късно проблемът е бил подложен отново на подробен разбор от *Ascarelli*¹⁸⁰. След като е разгледал въпроса за празнините в правото от едно гледище, което тук можем да не отбележим, и след обстоен критичен анализ на ученията на *Del Vecchio*, *Asquini*, *Brunetti*, *Gangi*, *Checchini* и *Pacchioni*, *Ascarelli* е стигнал до едно заключение, което ми се струва извънредно показателно за резултата на вече приключващите разисквания: „Самото отхвърляне на еретичните доктрини ... носи потвърждение на традиционната ... След магистралните изследвания на *Fadda* и *Bensa* и на *Scialoja*, след новите и остроумни бележки на *Carnelutti* и на *Brugi*, е безполезно да се доказва отново традиционното тълкуване... общите принципи на чл. 3 са общите принципи на италианското право“ (275 и сл.). Още преди това в течение на полемиката, традиционното тълкуване беше получило защита от *Micelli* и от *Rotondi*¹⁸¹.

В по-ново време доктрината е пак успокоена и установена. Победата явно принадлежи на господствалото и по-рано мнение. *De Ruggiero*, *Ravà* и *Dusi* могат да го засвидетелстват¹⁸² дори пред неверници, които биха се отнесли скептично към непримиримия консерватизъм на един *Scaduto*¹⁸³. Внушителен, с ясната си и сигурна формулировка, е *Dusi*: „Общите правни принципи не са нито принципите на римското право, нито тези на така нареченото естествено право, но основните принципи на нашето позитивно право, извлечени по пътя на генерализацията от комплекса на действащото законодателство“. Преодоляла „еретичните учения“, господстващата теория наистина изглежда да е установила още по-твърдо своята власт върху духовете.

И все пак, това не значи, нито че „еретичните учения“ са отминали напразно в историята, нито че разискванията са се оказали безплодни. Даже ако трябва да се приеме, че истината е на страната на господстващата теория, нейното познание за тази истина е днес по-дълбоко, по-пълно и по-сигурно именно благодарение на споровете, които са хвърлили нова светлина върху старите проблеми. На неизбежните заблуждения, когато

¹⁷⁹ Аз ги цитирам по *Delle leggi in generale*, цит. съч.

¹⁸⁰ *Ascarelli*, *Il problema delle lacune e l'art. 3 Disp. prel.*, *Archivio giuridico*, 94, с. 234 и сл.

¹⁸¹ *Micelli*, *I principii generali del diritto*, *Rivista di diritto civile*, 1923, с. 2 и сл. и 35 и сл.; *Il diritto positivo e il sistema giuridico*, пос. спис., 1924, с. 32 и сл. и 334; *Mario Rotondi*, *Equità e principii generali di diritto*, пос. спис., 1924, с. 266 и сл. и 271.

¹⁸² *De Ruggiero*, пос. съч., с. 140; *Ravà*, пос. съч., п. 70; *Dusi*, пос. съч., с. 47.

¹⁸³ *Scaduto*, *Sulla tecnica giuridica*, *Rivista di diritto civile*, 1927, с. 225 и сл.

бъдат превъзможни, принадлежи поне историческият актив, че имунизира срещу бъдещи грешки. Но дали се касае действително за заблуждения? Дали поне в някои отношения критиката не е видяла по-добре действителността от господстващата доктрина? Аз не мисля, че трябва да вземам становище по тълкуването на чл. 3 от предварителните разпореждания на законника от 1865 г. – един текст, който вече не е в сила. От по-голямо значение за общата тълкувателна теория е нещо друго: че при вдълбочаване на ученията за празнините и за общите правни принципи и италианската доктрина се е натъкнала на известни проблеми, за които съвременната правна наука навсякъде добива все по-ясно съзнание.

Brunelli е забелязал, че сам по себе си никой правен ред не е нито пълен, нито непълен, защото понятието празнина предполага сравнение: сравнение между дадения правен ред и някаква друга мярка, измерен с която той се явява непълен. Тази констатация не би имала особено значение за едно законодателство, което би постановило, че извън границите на действителната експанзионна сила на неговите норми започва същинско „неправно пространство“. Така *Bergbohm* си е представял позитивното право и за това за него не са съществували празнини. Никое действително законодателство, обаче, не стои на тази позиция. А особено – законодателствата, които в една или друга форма препращат към някакъв общ субсидиран критерий, бил той естественото право като в Австрия, общите правни принципи на италианския законник от 1865 г., преценката на съдията, за която мисли швейцарският законник в чл. 1, или справедливостта на нашия чл. 9 от Закона за гражданското съдопроизводство. Всички тези критерии са замислени именно като средства за разрешаване на случаи, които лежат отвъд границите на логическата експанзионна сила на закона. Но въз основа на каква мярка, в това „отвъд“, ще се делят „правните“ от „неправните“ случаи? Прилагането на „общи правни принципи“, на „справедливост“ и на други такива начала предпоставя, че разрешаваният случай предварително е признат за правно релевантен. Тази му квалификация не може да произтича от самия закон или от обичая, щом и при най-широка аналогия техните разпореждания не покриват този случай. Всяка празнина в писания закон и в обичая предполага, следователно, един извънлегален критерий за правна релевантност, който тепърва ще създаде материя за решаване чрез „общите принципи“, чрез „естественото право“ или чрез „справедливостта“. Днес в Италия не се поддържа вече, че са пълни законът и обичаят сами по себе си. Твърди се само че е пълен цялостният правен ред, благодарение на възможността да се запълват празнините на закона и на обичая чрез общите правни принципи. С други думи, признава се, че наред с фактическите състави, очертани от формалните източници на правото, съществуват и други критерии за правна релевантност, които имат значение поне доколкото определят, в кои неподпадащи под тези състави случаи погледът трябва да се обърне към общите правни принципи, за да търси в тях едно юридическо разрешение, станало правно необходимо.

Del Vecchio, *Brunetti*, *Asquini*, *Maggiore* и *Pacchioni* се бяха позовали на извънпозитивни критерии не само за да определят правно релевантните непредвидени от закона и обичая хипотези, но и да установят разрешенията им. Тъй както те са ги формулирали, тези извънпозитивни критерии действително не е могло да бъдат приети. Абсолютното естествено право на *Del Vecchio* не е преодоляло възраженията, отправени срещу старата естественоправна доктрина. Наблюдението на фактите, за което е мислил *Gangi*, може да даде познание само за самите факти. Правното им разрешение предполага преценка във основа на критерии, които трябва да лежат извън самите факти, за да могат да служат за техен масщаб. Срещу *Pacchioni* се трябва да се припомни казаното по-горе относно доктрината на *Lambert*. Функцията и значението на

принципите, усвоени от общото съзнание, не са били достатъчно изяснени от *Brunetti* и от *Asquini*. Понятието справедливост може да се разбира двояко. В известни случаи с него се изразява изискването за еднакво третиране на еднаквото, като се държи сметка за всички конкретни особености на отделните разглеждани случаи. Справедливостта, в този смисъл, не може да служи за мярка за запълване на празнините. Идеята за равенството не е сама по себе си принцип за материално уреждане на конфликти между частни интереси. Тя предполага наличността на други решаващи критерии и изисква само тяхната игра да не води до изравняване на неравното. А в по-широкото значение, което има, например, в чл. 9 ЗГС, справедливостта не е по-малко неизвестно от „общите правни принципи“. Малцина, най-сетне, са могли да споделят и надеждата, че вечният извор за всички необходими бъдещи разрешения ще може да бъде открит именно в принципите на отмененото общо право.

Но дали отхвърлянето на „еретичните учения“ по необходимост е било равносилно с потвърждаване на господстващата доктрина, както е мислел *Ascarelli*? Дали това преминаване от негативния резултат към позитивния почива на логически скок или на резигнация пред неуспеха на ревизионното движение да изгради окончателно една приемлива нова теория? В ученията на *Brunetti*, на *Asquini*, на *Pacehioni* има един елемент, който и критиците им не са отрели: констатацията, че освен критериите за право, въплътени в нормите санкционирани с авторитета на закона и на обичая, съществуват и извънпозитивни правни критерии. Извънпозитивни – в смисъл, че съдържанието им не може да се извлече само от съдържанието на законните и обичайните правила. *Micelli* и *Ascarelli* изрично са признали тази констатация за правилна¹⁸⁴. Те са преценили различно факта. *Ascarelli* го е сметнал за лишен от значение от гледище на държавното право. Но един внимателен анализ на самото законодателно право би могъл лесно да му покаже колко малко от нормите на това право се гледат изключително върху преценки, на които то е успяло само да определи всички елементи, и колко често самият законодател е прибегвал, може би несъзнателно, към тези извънпозитивни критерии, съдържанието на които правоприлагането трябва да разкрие, като се вслуша в общото правосъзнание. Един такъв опит би могъл да бъде от осебена полза за всички, които още вярват в „логическата завършеност“ на правото на закона и обичая. Той би ги приучил да се боят по-малко от онова, което не е написано в закона. Веднаж съзнали колко много дължат, дори в обикновената си работа по прилагането на закона, на своя постоянен контакт с пулса на общото правосъзнание, юристите, струва ми се, по-лесно биха склонили да се ръководят от него и в редките случаи, в които законът и обичаят са ги оставили без всякаква определена опора.

§ 18. Новият италиански законник

Законодателят от 1942 г. не е донесъл много ново в учението за тълкуването на законите. Член 12 е възпроизвел стария чл. 3, с известни редакционни и чисто формална поправки. Съществена е само промяната в края: вместо „общите правни принципи“ тук стои „общите принципи на правния ред на държавата“. По-значителни са измененията в чл. 14, който отговаря на стария чл. 4 и ограничава, в изброените от него случаи, разширителното тълкуване. То е недопустимо вече само по отношение на наказателните закони и на законите, които правят изключение от общи правила или от други закони. Изоставен е третият случай на стария чл. 4: законите, които ограничават свободното упражнение на правата.

Първите коментарии на тези текстове са се движили в кръга на познатите идеи.

¹⁸⁴ *Micelli*, пос. съч., Riv. dir. civ., 1924, с. 327; *Ascarelli*, пос. съч., с. 241.

Mariano D'Amelio, например¹⁸⁵, се ограничава с една не съвсем изяснена екзегеза на текстовете. Той вярва в максимата *in claris non fit interpretatio* (20), клони към обективната тълкувателна теория (21), съгласява се да допусне даже едно умерено еволютивно тълкуване (24) и възприема по отношение на проблема за празнините гледището на *Donaii* (31). Неаполският коментар на *Francesco Azzariti, Martinez* и *Giuseppe Azzariti*¹⁸⁶ е също кратък в учението за тълкуването. По-ясно и по-решително от *D'Amelio* и той е приел еволютивното тълкуване (п. 43), като е застанал изобщо на базата на обективното тълкуване (п. 42).

Дори по времето, когато господството на либерализма върху европейския дух е изглеждало най-непоклонимо, италианската теория винаги се е отличавала с известна тенденция да извлича всяко право от Държавата. Ние видяхме и по-старите манифестации на тази тенденция в учението за източниците на правото и ролята, която тя е играла при разрешаването на въпроса за празнините и за общите правни принципи. Доктрината на фашизма е могла само да я засили. Етатизъмът и корпоративната теория са вдъхновили и постановленията на законника от 1942 г. относно източниците на правото. Чл. 1 е изброил като такива източници законът, правилниците, корпоративните норми и обичая. А според чл. 8 в материите, уредени от закон или от правилници, обичаят има значение само доколкото те се позовават на него.

По-друг произход има промяната в чл. 12. Първоначалната му редакция е говорела за „общите принципи на действащото право“, като е искала да санкционира с това господстваща теория и да отстрани учения като тези на *Del Vecchio*, на *Pacchioni* и др. По-късно тази редакция е била сметната за много тясна и вместо нея е била възприето по-горе възпроизведеното препращане към „общите принципи на правния ред на държавата“. Няма съмнение, обаче, че при духа на времето, когато законникът е влязъл в сила, тази промяна е могла само да укрепи положението на теорията, която е считала държавата за извор на всяко право¹⁸⁷.

В една своя част новият италиански законник вече не е в сила: доколкото нормите му са свързани с корпоративното устройство на държавата. Каква ще бъде бъдещата съдба на останалите разпореждания, които образуват огромната маса на неговото съдържание? Какви насоки ще вземе изобщо италианската теория? Дали, освободена от етатизма на фашистката доктрина, тя ще се обърне към едно по-широко учение за правоприлагането или ще остане на позициите, които е заемала и преди установяването на фашизма в Италия? Да се отговори отсега на тези въпроси е невъзможно. Биха могли да се направят, може би, само някои предвиждания. Ученията на някогашното „свободно право“ не са намирали почва в италианската правна мисъл. Респектът към закона е бил винаги за италианските юристи необходимата предпоставка за онази правна стабилност, която те смятат за една от съществените придобивки на цивилизацията. В това направление едва ли могат да се очакват революционни промени във възгледите.

Остава открит другият проблем. С вяроност към закона може да се отиде само дотам, докдето той сам стига. Кой път ще поеме италианската теория зад тази линия? Пътят на произволните спекулации ли – на несигурните конструкции и на фикциите, които *Scaduto* препоръчва¹⁸⁸ и чрез които авторитетът на един привидно следван закон се използва, за да се покрият случайни разрешения? Или пътят на един прояснен позитивизъм, който не закрива очи пред фактите? Новото правило в чл. 12 на законника от 1942 г. може би няма да бъде в състояние да насърчи по-доброто разрешение.

¹⁸⁵ В първия том на уреждания от него коментар: *Codice civile, Libro primo*, 1940, с. 19 и сл.

¹⁸⁶ *Dirito civile italiano secondo il nuovo codice*, vol. 1, 1940.

¹⁸⁷ Виж *Azzariti* и др., пос. съч., п. п. 16 и 50.

¹⁸⁸ Пос. съч., *Riv. dir. civ.*, 1927, с. 225 и сл.

§ 19. Първата фаза на новото развитие в немската правна литература

Когато извън Германия се споменава за така нареченото „движение за свободно право“, мнозина и до най-ново време изглежда имат предвид главно екстремистите. Най-често се цитира Kantorowicz – и то само една от неговите работи: публикуваната в 1906 г., под псевдонима *Gnaeus Flavius*, брошура, озаглавена „Борбата за правна наука“. В Италия *Luigi Ferrara* и *D'Amelio* се бяха позовали напоследък на него, за да отхвърлят „свободното търсене на правото“¹⁸⁹. В Белгия *De Page* е направил същото, преди да приеме, че борбата за нов правен метод в Германия се едва ли не изчерпва с безплоден сантиментализъм (I, 14 и сл.). *Renard* във Франция е споменавал само *Fuchs*¹⁹⁰. А и у нас Фаденхехт бе забелязал в немското движение за свободно право преди всичко „бурена на едно анархистично учение“, поддържано от *Ehrlich*, *Rumpf*, *Stampe* и *Kantorowicz*.

Всъщност, едно истински определено учение за свободно право никога не е съществувало, като школа, привържениците на която еднакво споделят поне някои основни положения на една обща позитивна доктрина. Като лозунг, „свободното право“ се е явило най-напред в една работа от 1903 г. на австриеца *Eugen Ehrlich*: „Свободно търсене на право и свободна правна наука“. От този момент нататък квалификацията „свободно-правно“ е служела като сборно име за означаване на редица теории, несвързани помежду си с повече от общото им желание да осигурят за съдията по-голямо поле за инициатива, отколкото му е признавало старото схващане. Обединявала ги е известна успоредност на преследваните цели, както и отричането на господстващата тълкувателна теория. Инак, различията между отделните мнения са били толкова значителни, че нищо положително за неговата доктрина не би могло да се заключи само въз основа на обстоятелството, че даден автор е бил причисляван към движението за свободно право. Впрочем, само някои, като *Stampe* например, са признавали изрично тази си принадлежност. Други, които според мнението на останалите, е трябвало да бъдат отнесени към същата категория, сами са протестирали срещу окачествяването на теориите им като „свободно-правни“.

Разбира се, в термина „свободно-правно учение“ би могло да се вложи едно определено позитивно съдържание. *Manigk*, например, нарича така само ученията, които допускат, в една или друга мярка, решаване срещу закона¹⁹¹. Срещу това поначало не би имало какво да се възрази. Изобщо, понятието би могло да има и за в бъдеще някакъв смисъл, само ако се стесни неговото съдържание, т.е. ако то се разбира по-тясно, отколкото това е ставало в първата фаза на развитието, за която сега е дума. Неудобството е именно в това, че исторически към привържениците на „свободното право“ в Германия често са бивали причислявани и автори, които никога не са отричали съдийската обвързаност от закона. В очите на мнозина този термин – „свободно правно учение“ – е бил етикет за цялото движение за ревизия и ново изясняване на тълкувателния метод. Така е било, повтарям, поне в началната фаза на това движение – във времето до Първата световна война. Етикетът не малко е навредил, ако не на същината, поне на престижа на движението, особено извън Германия. Най-добре би било той да се избягва по възможност, а различните теории да се разглеждат поотделно.

В тази първа фаза на борбата за метода в Германия има нещо, което страничният наблюдател отначало мъчно си обяснява. Не само защото той невинаги успява да се

¹⁸⁹ *Ferrara*, *Moderni problemi*, цит. съч., с. 28; *D'Amelio*, пос. съч., с. 25.

¹⁹⁰ *Renard*, *Le droit, la logique et le bon sens*, цит. съч., с. 341.

¹⁹¹ *Manigk*, *Formalismus und Freirechtsschule*, *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Bd. 2, 1927, с. 480 и сл.

вживее в постепенността на едно развитие, в което не участва, и съществени елементи на което се губят от наблюдението му. Необясними и несъразмерни нито с действителните нужди, нито с постигнатите резултати, изглеждат тонът и динамиката на нападението в тази борба. В годините между 1905 и 1910 те са се разразили в същинска буря. Това време е било изобщо една от връхните точки на напрежение в развитието на борбата. Почти всяка книжка на правните списания е носела по нещо ново. Становищата са започнали да се изясняват.

Идеята за един „социологичен метод“ е печелела привърженици. По-млади юристи като *Rumpf* и *Brütt* са публикували значителни по обем и интересни по съдържание изследвания¹⁹². У *Heck* и у *Stampe* се е набелязала така наречената юриспруденция на интересите¹⁹³. Проблемът е заинтересувал философи по специалност¹⁹⁴. Мнозина от най-големите представители на по-старото поколение са почувствали необходимост да се изкажат и са побързали да признаят известни истини, но и да формулират резерви и възражения. Започвало е това, което *Reichel* е нарекъл „контрареформацията“. Над целия хор се е издигал обаче острият тон на двама полемисти – на *Ernst Fuchs* и на *Gnaeus Flavius*. Може би именно той е предизвикал и у другите необичайни отзвучи. Може би тъкмо личният темперамент на някои от участниците в борбата ѝ е придал инак мъчно обяснимата острастеност, на която движението за „свободно право“ е дължало и широката си популярност и смутилата развитието му съпротива. Но да се смята, че имената на *Kantorovicz* и на *Fuchs* са изпълвали или поне характеризирали това движение, би било, все пак, и повърхностно и погрешно. Дватама са били някога само откъсналия се и действащ самостоятелно авангард на движението.

Аз не бих могъл да проследя развитието в тази първа фаза във всичките му подробности. *Geny*, който е бил неин непосредствен и заинтересуван свидетел се е опитал да отбележи етапите ѝ в едно изложение, което е прибавил към второто издание на своя „метод“. Това изложение се ограничава до голяма степен в библиографически указания и в това отношение е най-добрият източник на сведения, който ми е познат. Но тъкмо заради това то още по-добре показва колко много място би било потребно, дори само за да се отбележат всички изказани мнения и всички, повече или по-малко ценни, приноси от онова време към борбата за метода. Днес много от тях са изгубили значението, което са имали някога. А и много от подробностите на някогашната борба са се отнасяли до въпроси, които могат да се считат изживени. Следващото изложение би трябвало да се ограничи главно да отбележи основните направления. С най-голямо значение между тях е учението на така наречената юриспруденция на интересите. Но заради голямата роля, която това учение е играло до най-ново време, то трябва да бъде разгледано отделно. Напротив, към първата фаза принадлежи почти изцяло, и по време, така нареченото социологично направление. То не е успяло да изработи цялостна тълкувателна доктрина и е обединявало автори, които в много отношения са се различавали помежду си. Техните схващания ще трябва да бъдат споменати поотделно, доколкото са имали по-непосредствено отношение към проблемите за тълкуването на закона. Но и от самостоятелните изследвания от онова време аз не бих искал да изпусна някои, които ми се виждат особено показателни за разнообразието на гледищата, осветлили проблема от твърде различни страни. *Rumpf*, *Brütt* и *Reichel* ще трябва на това основание да спрат за по-дълго вниманието ни. А понеже общата картина би била все

¹⁹² *Rumpf*, *Gesetz und Richter*, 1906, *Brütt*, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907.

¹⁹³ *Stampe*, в редица статии, събрани в *Unsere Rechts – und Begriffsbildung*, цит. съч.; *Heck*, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, *Deutsche Juristenzeitung*, 1905, с. 1140.

¹⁹⁴ *Kraus*, *Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation*, *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht*, 1905, с. 613 и сл.

пак твърде непълна, ако не се поне споменат най-шумните работи от началния стадий, ще бъде, струва ми се уместно, да се започне, накратко, с тях.

Fuchs е бил адвокат. Вероятно на това се дължи, че неговите работи са имали повече характер на пледоарии. Ярък полемичен тон, въображение и забележителна словесна изобретателност са били безспорните му дарования, въпреки че известна склонност към драстичното е отнела много от естествените им преимущества. Небалансирано от чувство за мярка и форма и от солидна градивна мисъл, увлечението на тези дарования е направило неговите изложения повече фрапиращи, отколкото убедителни. Типични са били самите заглавия на публикациите му: *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907; *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908; *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909; *Juristischer Kulturkampf*, 1912 и пр. Центърът на тежестта в техното съдържание е лежал изцяло в негативното: в критиката и в често грубото отрицание. Традиционните доктрини не били научни доктрини, а пандектология, т.е. учения за думи и за празни конструкции, чрез които можели да се получат служби и почести, без да се притежава специфичното за юриста – познаване на живота и дълбочина на чувството. Методите на съдебната практика били достойни само за едно лишено от дух занаятчийство, на което липсвала мисловна сила и житейски опит и което, заради това, се мъчело да ги замени чрез една празна игра на външни форми и безплодна схоластика. В най-добрия случай тези методи можели да се характеризират като криптосоциология – като маскиране на правилно почувстваните решения чрез изкуствено комбиниране на абстрактни понятия, което търси да ги постави в привидна хармония със закона или с ученията на една вредна конструктивна юриспруденция. Повечето от модерните теории не били достатъчно смели, защото авторите им не успявали да се освободят от слабостта към чужди на живота спекулации и т.н. Сред това натрупване на нападки, в който личните настроения са се преплитали със словесни ефекти, позитивното се е свеждало до твърде малко: до недостатъчно изяснената мисъл, че юристът трябвало да бъде социолог, който познава живота и обмена и притежава както необходимата интелигентност, за да ги разбере, така и духовната сила, за да вземе решението, чрез което най-добре би се осигурило народното благополучие¹⁹⁵. Традиционната юриспруденция трябвало да бъде заменена с една социологична юриспруденция в този смисъл. На тази мисъл ще трябва да се върнем по-късно. Инак от съчиненията на *Fuchs* по-късното развитие е запазило само няколко изрази, може би не винаги елегантни, но с несъмнена ударна сила.

В една своя по-късна работа *Kantorowicz* е дал израз на задоволството си, че в очите на противниците той е бил изместен от *Fuchs* като *la bête noire* на движението за свободно право¹⁹⁶. Дали *Fuchs* действително е успял да му отнеме това почетно положение, аз не бих могъл да кажа. В сравнение с работите на *Fuchs*, цитираната по-горе брошура на *Gnaeus Flavius – Kantorowicz* е изглеждала, поне външно, много по-дълбоко обоснована, и затова нейният автор твърде дълго е бил смятан за главен изразител на крайното течение между новаторите. Наистина, и тази брошура не е съдържала една напълно изработена доктрина. Тя сама е предупреждавала, че не си дори поставя такава цел. Но тя все пак е включвала редица основни положения, които трябва да се имат поевид. Изходната им точка е било убеждението на автора, че наред с държавното право съществува и друго, което той е нарекъл „свободно“ или „естествено право“ (10). То било нещо различно от вечните и неизменни принципи на *Wolff* и *Pufendorf*, защото историческата школа била показала, че право и, следователно, „свободно“ право, могат да съставляват само норми, зад които стои една власт, една воля

¹⁹⁵ *Gemeenschädlichkeit*, цит. съч., с. 21 и сл., 26 и сл., 74 и сл.

¹⁹⁶ *Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1911, с. 24.

или едно признание (12). Но това естествено право било все пак поне равностойно на държавното по сила и по влияние. Пред него то имало дори предимството, че е познато, докато държавното право никой не познавал (13). То било източникът за попълване на празнините на държавното право, които били неизброими. В това попълване се състояла най-важната задача на науката. Основният грях на старата наука бил нейният рационалистичен миоглед и надценяването, свързано с него, на логическите средства като инструмент за правонамиране. Новата наука трябвало да бъде волунтаристично ориентирана, за да изпълни правилно истинската си функция, която била функцията на един важен източник на правото (20). Съобразно с това трябвало да се отхвърлят и аналогията, и разширителното тълкуване, и фикциите, и оперирането с „разума“ или с „духа“ на закона, и всички други подобни средства, които водели до решения, опряни не на действителния авторитет на една меродавна воля, но на произволните спекулации на едно тълкуване, обосновано в най-добрия случай само с книжния авторитет на написаните в закона думи (23 и сл.). Практическите резултати на това учение биха могли да се смятат резюмирани в следния пасаж: „Ние изхождаме, прочее, от това, че правораздаването е и трябва да остане преди всичко дейност на държавата. Ние изискваме, заради това, съдията, задължен от своята клетва, да решава случая така, както той следва да се реши според ясното словесно съдържание на закона. Той може и трябва да не се съобрази с него, най-напред, ако законът не изглежда да му предлага едно недвумислено решение; на второ място, ако, според свободното му и добросъвестно убеждение, не е вероятно, че съществуващата по време на решението държавна власт би взела такова решение, каквото законът изисква. И в двата случая съдията трябва да вземе решението, което според неговото убеждение би взела съвременната държавна власт, ако даденият случай би ѝ се представил. Ако не може да си създаде такова убеждение, съдията трябва да решава според свободното право. Най-сетне, в отчаяно объркани или само количествено въпросителни случаи, като при обезщетяване на неимуществени вреди, съдията е длъжен – и това е за него една необходимост – да решава произволно“ (41).

Направеното резюме изцяло изпуска един съществен елемент от изложението на автора: блестящата форма, импониращия израз, понякога увличащото красноречие. Силата му да убеждава обаче не отива по-далече от тези негови средства. Неяснотите, несигурността и даже известни противоречия са били често изтъкнати от критиката, особено колкото се отнася до учението за източниците на правото. Не в тях се крие обаче голямата слабост на тази доктрина. Една правна система, в която съдията би имал положението, описано в горния цитат, е мислима и би могла да бъде консеквентно построена. Големият въпрос е дали тя може да бъде призната за действваща система или поне да се желае като такава. *Kantorowicz* го е твърдял, но без да го докаже. Неговите твърдения почиват на положението, че „естественото или свободното“ право е равностойно с държавното. Това положение противоречи на данните на правното развитие и на господстващото правно убеждение на всички съвременни цивилизовани народи, които виждат в приоритета на закона една съществена правна придобивка. То противоречи следователно на самото съвременно и исторически обусловено „естествено право“. Но и като цел за едно бъдеще развитие едно тъй широко съдийско усмотрение може да бъде желано само от малцина. *Kantorowicz* сам го е разбирал и само няколко години по-късно се е опитал да заличи дори ясните си изказвания, като е твърдял, че никога не е бил привърженик на едно съдийско решаване срещу закона¹⁹⁷. С това основният стълб на постройката –приравняването на „свободното“ с държавното право –

¹⁹⁷ *Kantorowicz*, Die Contra-Legem Fabel, Deutsche Richter-Zeitung, 1911, с. 256 и сл.; Rechtswissenschaft und Soziologie, цит. съч., с. 11 и сл.

е бил съборен, а по-късното му развитие е довело автора почти изцяло на позициите на господстващата теория¹⁹⁸. Учението, че съдията може в известни случаи да решава и срещу закона, е останало да се поддържа, вече не като басня, а като сериозна доктрина, от други, които са били не малко огорчени от бягството на някогашния борец от предните линии, компрометирал с крайностите на непромислената си доктрина една идея, твърде скъпа за тях.

В общите рамки на движението за реформи и по времето, което сега разглеждаме, много се е говорело за „социологичен метод“, за „социологично ориентиране на правната наука“ и за „правна социология“. Това е дало повод на някои, например на *Stammler*¹⁹⁹, да третираат „социологичната юриспруденция“ като особено, самостоятелно направление. И в този случай обединяващият елемент се е състоял главно във формулата и в общата надежда, че желаното обновяване на правната наука би могло да се обезпечи чрез един социологичен метод. Почти във всичко останало е имало разногласие. Самото понятие социология и мястото на социологията между другите науки още далеч не е било фиксирано. В още по-голяма степен това е важело за „правната социология“. Отношението между социология и юриспруденция се е чертаело твърде различно от отделните автори. Същността и значението на „социологичния метод“ в правната наука са били преценявани нееднакво от тях. И в този случай историческият преглед на развитието на идеите ще трябва да се спре поотделно на отделните схващания. Всяко обобщаване би рискувало да предизвика неверни представи за действителните някогашни състояния.

За „социологичния метод“ на *Fuchs* вече споменах. Без да го е развил достатъчно определено, неговата мисъл, изглежда, е била, че при по-вдълбочено познаване на живота и на обмена внимателното наблюдение на социалните факти и отношения само би разкрило на юриста-социолог нормата на правилното тяхно разрешение. Този метод на наблюдение на фактите като че ли трябвало да замени, в сегашната ѝ функция, догматичната юриспруденция: за социологията *Fuchs* е искал да запази примата ѝ в процеса на правоприложението²⁰⁰. Не така си е представял „социологичния метод“ *Sinzheimer*²⁰¹. В неговото схващане той не само не е отричал, но дори е предпоставял догматичния метод (13). *Sinzheimer* е искал само да се прецени правилно обстоятелството, че правният ред, като една система от оформени правила, не се покрива с правната действителност. Не всяко важащо правило действало, защото имало и правила, които в практиката на живота оставали неприложими. Наопаки, в реалността на правния живот се прилагали и правила, които не са намерили израз в формата на официално признатите правни източници и не са облечени в техния авторитет (7 и сл.). От това следвало, че правната действителност има самостоятелно значение наред с правния ред, и че един особен метод трябвало да има за своя задача познаването на тази действителност. Касаело се пак за правно познание, защото фактите на правната действителност трябвало да се изучават в случая не от каузалното гледище на стопанските науки или на общата социология, но от нормативно гледище – доколкото в тяхното развитие и оформяване се разкрива действието на действително прилаганите в живота правни правила (14 и сл.). Такова изследване щяло да доведе, най-напред, до по-пълно познаване на обичайното право (21). Но то давало възможност да се установи и какви правни последици биха били действително желани от страните като най-добре отговарящи, на техните интереси, в случаите, в които законът и обичаят не са успяли да

¹⁹⁸ Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925, с. 5 и сл., която цитирам по *Manigk*, пос. съч., с. 484.

¹⁹⁹ *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, цит. съч., с. 733 и сл.

²⁰⁰ Gemeinschaftlichkeit, цит. съч., с. 68.

²⁰¹ *Sinzheimer*, Die Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909.

стигнат до най-целесъобразното им уреждане (22). В резултат социологичният метод се явявал като най-ценно допълнение на догматичния, защото вдълбочавал неговия анализ и отварял за него нови възможности (26). Но той имал и самостоятелно значение: създавайки предпоставките за цялостно познаване на правния живот, той можел да подготви пътя на законодателството, да извади правната наука от нейната изолираност и да я превърне в едно от големите средства на социалния напредък (26 и сл.).

Убеждението, че социологичното изследване не може да замести догматичното, е споделял и *Kantorowicz*²⁰². За разлика от *Sinzheimer*, у когото „социологичният метод“ се е чертаел като форма на правни, а не на социологични изследвания, *Kantorowicz* е предпочел да говори за „правна социология“, вместо за „социологичен метод в правната наука“, и я е смятал за социологична дисциплина, различна по своята същност от нормативните правни дисциплини (23). Правната социология била наука, която „изучава социалния живот в неговата връзка с правните норми“ (3). Срещу това определение са били формулирани резерви от някои²⁰³. Няма съмнение обаче, че в учението на *Kantorowicz* функцията на правната социология е била ясно определена, а нейното място – недвусмислено посочено. За догматичната юриспруденция тя се е рисувала като помощна наука – „най-важната помощна наука“ (13). Само чрез осигуреното от нея познание за отношенията между правото и действителностите на социалния живот било възможно онова изясняване на целите на позитивните правоположения, без което е невъзможно тяхното правилно тълкуване. Чрез средствата на правната социология се разкривали и господстващите в народа критерии за ценност, от които трябвало да се ръководи съдията при наличност на празнини, и които, използвани като премиси на съдебни решения, се превръщали в правни норми (13 и сл.): в правните норми на така нареченото свободно право. В този по-скромен вид, *Kantorowicz* е вярвал, че все още може да се запази нещо от някогашния манифест на *Gnaeus Flavius*.

В по-късни години, когато сега разглежданата „първа фаза“ е била приключена, въпросът „Що е правна социология“ е бил поставен от друг „свободноправник“ от *Max Rumpf*²⁰⁴. Нему схващането на *Kantorowicz* се е струвало „твърде много локализирано в областта на правното третиране (40). Правната социология трябвало да стане наука, която изследва отношението на правото с другите фактори на културата, като стопанство, техника, етика и пр., и то – с оглед на общата природа на тези явления като социални явления. По този начин тя щяла да има за предмет правно релевантната социална действителност. Като учение за правните факти, правната социология щяла да се нареди до позитивната и догматична юриспруденция, за да образуват, двете заедно, една „пълна правна наука“ (38 и сл.). Учението за прилагането на правото е останало незасегнато от *Rumpf* в тази му работа.

Наблюдението на фактите може да даде познание само за самите факти: струва ми се, че вече имах повод да го спомена. Правното уреждане на отношения и интереси предпоставя тяхното претегляне с оглед на една мярка, на един мащаб, който, за да е такъв, трябва да лежи извън тия отношения и интереси. Правна наука и социология ще бъдат по необходимост винаги различни неща. Социологията е експликативна наука. Законите, които тя изучава, са каузалните закони на общественото развитие. Правната наука е наука за норми и за ценности, за това, което трябва да бъде, не за това, което е. Поглъщането на правната наука от социологията е толкова възможно, колкото би било възможно съществуването на общество без правни норми: то би предпоставяло, че

²⁰² Rechtswissenschaft und Soziologie, цит. съч.

²⁰³ Например от *Kelsen*, Zur Soziologie des Rechts, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1912, с. 603.

²⁰⁴ *Rumpf*, Was ist Rechtssoziologie, Archiv für die zivilistische Praxis, 122, с. 36 и сл.

всичко действително е и правомерно. Един „социологичен правен метод“, каквато изглежда да се е мяркал в съзнанието на *Fuchs*, е изобщо немислим. С тази истина се е сблъскала и една виенска работа – на *Kornfeld*, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911. Така поне трябва да се заключи от доклада и критиката, която ѝ е отправил *Kelsen* в по-горе посочената негова студия (606 и сл.). Опитите да се изгради един действително социологичен правен метод са били осъдени на неуспех, именно защото са били опити да се мисли немислимото. Това не би могло да се каже за социологичния метод на *Sinzheimer*. Както видяхме, неговата мисъл е била, че действащото право не се изчерпва с писаното в законите и с правото на вече познатите от науката обичайни норми, че, следователно, правната наука не бива да се задоволява само с догматичното разработване на даденото в тези източници, и че тя трябва да обърне вниманието си и към действителности на социалните отношения, за да разкрие както евентуалните други вече оформени обичаи, така и обикновените практики с по-голямо социално значение, основани на принципа на автономия на волята. Тази мисъл е правилна. Но методът, който препоръчва, е методът за установяване на част от действащите правни норми и за наблюдаване на начина, по който в живота се използва обезпечената от закона свобода на договора инициатива. Тя няма за предмет нито изучаването, нито прилагането на правото на закона. По същия начин трябва да се признае истината и в учението на *Kantorowicz*. Правното тълкуване изисква от тълкувателя разбиране на целите на правната норма, което е немислимо без вярно знание на действителността на социалните отношения, подчинени на действието ѝ. Вярно е също, че юристът трябва да познава и господстващите в обществото извънзаконни критерии за право, даже когато те не са облечени още в авторитета на задължителен юридически обичай. Те би трябвало да го ръководят в случай на празнини; към тях, видяхме, че нередко препраща и самият законодател. И едната мисъл, и другата се свързват с проблемите на правоприлагането. Но те не създават някакъв специален „социологичен метод“ на правоприлагане. Касае се, на първо място, за ново име и за по-енергично подчертаване на значението на целта за тълкуването, което прави и всеки друг телеологичен тълкувателен метод. Касае се, на второ място, за едно идентифициране на „естественото право“, като източник за попълване на празнините на позитивното право, с господстващите правни убеждения, което също едва ли би дало основание да се говори за особен социологичен метод на правоприлагането.

Особено място сред социологичното направление заема австрийският романист *Eugen Ehrlich* – един от първите изразители на учението за „свободното право“. След някои по-стари работи – *Die stillschweigende Willenserklärung*, 1893 и *Das zwingende und nicht zwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, 1899, след вече цитираната *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* и след още няколко, по-малки по обем, публикации, неговото дело кулминира в *Grundlegung der Soziologie des Rechts* от 1913 г.²⁰⁵ С тази си работа *Ehrlich* решително е надхвърлил рамките на проблема за метода на правоприлагането. Замисленото е не един социологичен метод в правото като нормативна наука, а цялостно свеждане на правото към социологията: „Тъй като правото е обществено явление, всеки вид юриспруденция принадлежи на обществените науки, а същинската правна наука е част от теоретическата наука за обществото, от социологията. Социологията на правото е научното учение за правото“ (19). За да се разбере това, трябва да се има предвид, че и *Ehrlich* е изхождал от онова разграничение, което вече срещаме у други: от разграничението между право на държавата и право на обществото. Само че тук това разграничение е прокарано по начин,

²⁰⁵ От по-късно време трябва да се има предвид *Ehrlich*, *Die juristische Logik*, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1917, стр. 125 и сл.

който явно надценява неговата стойност и, напротив, подценява значението на държавните „норми за решаване“, т.е. на нормите на правото на държавата, от които съдилищата се ръководят при своите решения. Право било само „живото“ право, общността на правилата, които в действителност определят социалните отношения. Илюзия било да се вярва, че „нормите за решаване“, изходящи от държавата, сами по себе си съдържат тези правила (7). Вместо в тях, живото право трябвало да се търси преди всичко в традицията, в договорите, в устройството на корпорациите (39), което устройство се определяло от практиката и от навика (69). Реалната сила, която стояла зад него и зад живото право изобщо, произтичала непосредствено от обществото и от следващата нарушенията обществена реакция (51). Наистина и държавата била орган на обществото (123). Но нейните „норми за решаване“ ставали живо право само чрез прилагането им от юриспруденцията, която, като ги изваждала от абстрактното им битие, ги превръщала в конкретна социална реалност. А само окончателното им възприемане в действителността на социалните отношения, като действителен техен регулатор, им давало авторитета на правни норми. За това била често необходима борба. Понякога то идвало като резултат на несъзнателен процес на развитие (293). Действителната научна задача на юриспруденцията оставала във всички случаи една и съща: непосредствено изучаване на правните отношения между хората и обобщаване на резултатите от получените възприятия, за да се абстрахират по този начин нови „норми за решаване“. С оглед на това юриспруденцията могла да се нарече „морфология на правните форми на обществения живот (385)“.

Mäx Riimelin е смятал, че има право да обясни това учение между другото, и с тесния „буковинско-галицийски хоризонт“ на автора – *Ehrlich* е бил професор в Черновиц²⁰⁶. Този намек надали е от естество да помогне за правилно преценяване на действителната стойност на учението. Срещу господстващата в миналото естатическа концепция на по-старата доктрина, рязкото поставяне на проблема за значението на господстващите в обществото възгледи за право е имало поне безспорната заслуга да покаже на науката една още неразрешена от нея задача. Когато погледът на доминиращата теория е затворен за известни проблеми, самото им поставяне е вече значителен принос, независимо от начина, по който то е станало и от разрешенията, които го придружават. Няма съмнение също, че действително практикуваното „живо право“, все едно доколко то се отдалечава от държавното право, би трябвало да стане предмет на изучавания, и че тези изучавания биха могли да се обособят в специална дисциплина от типа на правната социология, за която е мислел *Kantorowicz* и от гледище на правна политика и за нуждите на тълкуването е една необходимост да се познават господстващите в обществото възгледи за право, от които и съдията би трябвало да се ръководи при празнини. Но от всичко това не следва, че тези възгледи и правото на държавата действително са разделени от пропастта, която *Ehrlich* е мислел, че вижда помежду им. Ако държавата е орган на обществото, тя е преди всичко неговият правоустановяващ орган. По волята на самото общество – поне при съвременното правосъзнание – нейните закони трябва да важат на първо място като норми за действително уреждане на социалните отношения. Преувеличение и погрешка е да се смята отношението между държава и общество за отношение на постоянно и неизгладимо противоречие. Затова е неправилна и тенденцията, която се вдъхновява от мисълта за такова противоречие: тенденцията, която се стреми да ограничи на всяка цена ролята на закона, за да остави по-широко поле за проява на извънзаконните източници на правото. Само една последица от неправилното схващане за отношението между

²⁰⁶ *M. Rümelin*, Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts, Archiv für die ziv. Praxis, 122, с. 165.

общество е държава е и мисълта на *Ehrlich*, че правната социология може да замести правната догматика, като догматично разработване на нормите на закона преди всичко. Всяко общество, което желае правна сигурност, не може да не се стреми да използва до естествения максимум духовното богатство, включено в закона. За тази цел то се нуждае от помощта на една развита правна догматика, която има ясно съзнание за високата служба на закона.

„Опит за методика на правоприложението“ – това широко определение, което изглежда да обещава цялостна метода, стои като подзаглавие на една от вече цитираните работи на *Rumpf*, *Gesetz und Richter*. Авторът си е поставил в нея по-ограничена задача. Той е подхванал проблема за правоприлагането откъм една страна, на която най-напред *Bülow* беше обърнал особено внимание, и върху която по-късно *Gustav Rümelin* беше хвърлил силна светлина. Ограничавайки го така по предмет, *Rumpf* е успял да превърне изложението си в един от най-интересните приноси, с които онова време е способствувало за изясняване на същността на съдийската дейност. Централният предмет на изследването се свежда към въпроса: „Какви психически фактори влизат в действие у съдията при правоприлагането?“ (31). Като се е противопоставил на учението, че съдията има за задача само да субсумира под готови норми, *Rumpf* е посочил, че дори при правила, които на пръв поглед изглеждат най-ясни, задачата на правоприлагането не може да се изпълни само чрез „чисто мислене“, т.е. чрез едно формално правилно и съобразно със законите на логиката свързване на понятия, на които самият закон е определил съдържанието (38 и сл.). От правоприлагането се искало и „преценяващо мислене“, съждения за ценност, собствени преценки с оглед на известни мащаби за ценност. Даже когато това са мащабите, установени меродавно от самия закон, преценяването нямало характер на чисто логическа операция, но то включвало в себе си елементи на чувство и воля. Така личността на съдията добивала първостепенно значение за правоприлагането (50 и сл.). Върху другите проблеми на правоприлагането *Rumpf* се е произнесъл бегло, доколкото изобщо ги е засегнал. Мисълта да допустне и решаване срещу закона не му е била чужда (77 и 150).

По-далечните предпоставки на схващането на *Rumpf* се коренят в философското направление, свързано с имената на Винделбанд и на Рикерт. То трябва да се счита следователно преди всичко за опит да се изясни същността на правоприлагането от гледището на телеологическия критицизъм. Собствената му стойност лежи другаде: в нагледното доказване на факта, че преди да се стигне до подвеждане на конкретния случай под правната норма правоприлагането често изисква от съдията да извърши редица преценки, и че за тези преценки законът далеч не винаги му предлага готови необходимите критерии. В това отношение е безусловно вярно, че за правоприлагането е необходима способност да се преценява и да се вземат решения, за която по-старата доктрина не си е давала достатъчно сметка.

Срещу движението за реформи понякога е бил отправян упрекът че, доколкото изтъква истини, то повтаря неща, казани по-рано от други. Да се отрича по този начин всяка заслуга на по-новите автори е несправедливо. Не само защото техните учения са съдържали и действително нови наблюдения и оригинални схващания. Но и защото напредъкът често се състои именно в разработване, в доразвитие, в по-пълно обхващане на идеи, на които миналото е успяло да положи само основите. Ние видяхме, че *Rumpf* беше продължил изследванията в една посока, набелязана от *Bülow*. Авторът на една друга младежка работа от същото време, към която сега трябва да преминем, е стоял предимно под влиянието на *Stammler*²⁰⁷. И *Brütt* е смятал, че е необходимо преди всичко да се установи един критерий за „правилност на правото“. Но защото опитът на *Stammler*

²⁰⁷ *Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907.

да извлече този критерий от едно общовалидно, макар и само формално, определение на социалния идеал му се е струвал осъден на неуспех (112 и сл.), той е мислел, че трябва още отначало да поеме друг път. Да се установи абсолютен идеал за социалния живот било изобщо невъзможно, а стремежът към него водел на дело до господство на личните предпочитания и чувства. Затова била невъзможна и една критика на правото от гледището на такъв идеал като критерий (16). Правото можело да бъде предмет на критика само от друго гледище: доколкото то се явява като подходящо средство за реализиране на своята особена цел. Целевият обект на правото била социалната общност. При всяка исторически дадена обстановка то трябвало да вземе онези мерки, които могат да осигурят максималното развитие на нейните органи и на скритите в нея културни сили. Способността на правото да улесни разгъването на културните сили на народа била критерият за неговата „правилност“ (128 и сл.). Този критерий трябвало да бъде ръководящото начало за законодателя (141 и сл.). Но той бил меродаван и за правоприлагането, когато позитивното право препраща към „правилното право“ (163 и сл. (153), или когато, поради мълчанието на позитивното право, върху правоприлагането легне задачата да изпълни неговите празнини (154 и сл.).

Brütt е придружил изложението си с ред примери. Те е трябвало да покажат как би функционирала възприетия от него метод в практиката на законодателството и на правоприлагането. Независимо от стойността на конкретните разрешения, до които авторът е успял да стигне, тези примери не убеждават, че неговият критерий за „правилно право“ действително съдържа едно достатъчно определено и сигурно ръководно начало. Не би могло да бъде другояче. Понятието културно развитие само предпоставя една по-висока мярка, която ще окачестви дадена промяна като напредък или като регрес. Тази мярка всеки търси в собствения си светоглед. На противоречивите политически схващания, на различните нравствени идеали, на борещите се социални течения отговаря и съответна гама от нюанси в разбиранията за прогрес и културно развитие. Схващането на *Brütt* отваря по този начин широко вратите тъкмо за онзи субективизъм и за „юриспруденцията на чувства“, срещу които той инак толкова енергично се е противопоставял (101 и сл.). Това е било необходимата последица на погрешната му изходна точка. Не е възможно като критерий за правилност на правото да се счита неговата цел, без с това да се постави въпросът за целта на общественото развитие, т.е. на онзи социален идеал, на който сам *Brütt* е смятал за невъзможно да се даде едно общовалидно обективно определение. Сравнението между право и медицина е в това отношение неуместно. Лекарят наистина лекува своя пациент, без да пита за неговата стойност и за целите му. За правото подобно ограничаване на целта е невъзможно. Всяко правно уреждане предпоставя предварителното одобрение на по-далечни цели, дори когато се движи в тесните рамки на едно чисто консервативно защищаване на съществуващия ред.

Reichel е датирал предговора на своята книга: „Лятото на 1914 г.“²⁰⁸. Издаването ѝ съвпада с началото на Първата световна война. Така най-напред по време тази книга бележи края на първия период от новото развитие на немската доктрина. Понеже в нея е отделено доста място и за подробен исторически преглед, тя и по съдържание има донякъде характер на равносметка. Заедно с това тази работа съдържа и един от най-значителните опити за пълно изграждане на един нов метод на правоприлагането. Без да е включена в някаква школа и без сама да е създала школа, тя може да се счита за образец на едно прояснено и балансирано учение за „свободно право“ – за типичен изразител на едно вече успокоено движение, сигурно за стойността на целите, на които то смята, че ще трябва да държи.

²⁰⁸ Gesetz und Richterspruch, цит. съч.

„Съдията е обвързан от закона“: относно това основно положение *Reichel* е искал още в началото да изключи всяко недоразумение (60). Тази обвързаност отговаряла на едно изискване на общото правосъзнание, тя произтичала от едно народно убеждение, което господствало върху духовете и затова било задължително. Това убеждение, от което произтичало действието на закона, било и вътрешно оправдано, защото следвало от целта, от културната задача на правото (62). Закон било обаче само това, което е било публикувано, т.е. официалният законен текст (67). Той трябвало да се тълкува, както иска обективната теория: така че тълкуваното правило да стане действително възможно най-доброто средство за постигане на законната цел (67). Законът имал празнини (92 и сл.). За попълването им съдията трябвало да се обърне на първо място към обичаите (98 и сл.), т.е. към правните убеждения на социалната общност, оделотворени и утвърдени чрез правната практика, чрез правната наука и чрез правораздаването (102). Другият източник за попълване на празнините на закона била аналогията (103 и сл.). А когато и тя откаже необходимото разрешение, правоприлагането трябвало да го потърси в „естеството на нещата“ (105 и сл.). Това понятие имало обективно-нормативно съдържание. За да го установи, съдията трябвало да се запита: кое общо, мислено като общоважимо, уреждане на този случай би отговаряло относително най-добре на изискванията на справедливостта, на нуждите на нашето време и на нашата социална общност? (110). Отговорът на този въпрос бил нещо повече от обикновено дело на субективно чувство и вкус. При него играели роля всички сили, знания, способности за преценка, цялото културно съзнание на съдията. Съдията трябвало да се вгледа в историята, в народното стопанство, в миналото и даже в чуждото законодателство и юриспруденция; той трябвало да подложи на точно наблюдение житейските навици, обичаите на обмена, теченията на времето и, преди всичко, нравствените възгледи и културните идеали на своето време и на своя народ, и от всичко това да извлече решението (110). И в този случай съдията не създавал, но разкривал правната норма, той бил не творец, а само откривател на едно право, което вече съществува обективно, макар още да не е било облечено в формата на закон или на задължителен обичай (108 и сл.). Имало най-сетне и случаи, в които съдията бил длъжен да решава срещу закона. В това отношение развитието още не било достатъчно завършено, за да се формулират окончателно принципите. Като такива случаи, все пак, можели да се посочат следните: а) Когато съдията намери, че е длъжен да смята законната норма за обезсилена от едно дерогиращо обичайно право (131). Когато един закон няма вече зад себе си народното убеждение, когато затвърденото и оделотворено народно убеждение се е отклонило от закона, съдията бил длъжен да решава против закона и съобразно с това народно убеждение, станало обичайно право (133). б) Когато след издаването на закона фактическите обстоятелства са се изменили по такъв начин, че законът не може да постигне разумните цели, които той някога е преследвал и е могъл да преследва, а неговото приложение при новите условия би довело до явно неразумни резултати (135). в) Когато едно законно постановление стои в такова противоречие с нравственото чувство на общността, че чрез придържането към него авторитета на правото и на закона биха били значително по-застрашени, отколкото чрез неговото неспазване (142). За това не било достатъчно съдията да е убеден за себе си, че е длъжен да действа така. Той трябвало да е убеден още, че и други разумни негови колеги биха действали по същия начин в подобен случай (144), т.е. предпоставка за отклоняването от закона била, в този случай, основателната надежда за предстоящо образуване на дерогиращо обичайно право (145).

С тази типична „свободно-правна“ програма ние можем да приключим прегледа на развитието в първата му фаза. Потребни са, може би, само още някои бележки с оглед на

нейното съдържание. Както се вижда от изложеното, *Reichel* е основавал действието на правото върху господстващо народно убеждение за неговата задължителност. Погрешно би било обаче да се мисли, че всички положения, които *Reichel* е защищал, произтичат с логическа необходимост от това основно положение. Именно ако се приеме, че господстващото в обществото убеждение създава задължителността на правото, трябва да се заключи, че и въпросът за неговите формални източници и за метода на правоприлагането се решава преди всичко от конкретното съдържание на това убеждение. Само тъй може да се обясни, например, различното положение на закона и различният начин на прилагането му на континента, от една страна, и в англо-американските страни – от друга. Този смисъл има и становището на онази част от италианската доктрина, която основава приоритета на закона пред обичая, като източник на право, именно с господстващото правосъзнание на италианския народ (вж. по-горе § 5). Съвременните цивилизовани общества изобщо виждат в закона най-главния инструмент на правната сигурност, която те ценят като първостепенно правно благо. Наистина вярата в закона днес не е вече тъй безусловна и ексклузивна, както е била във века на кодификациите. На това се дължи впрочем самото появяване на модерните учения, които сто години по-рано биха били немислими. От степента на настъпилата промяна в правосъзнанието се е определил и успехът им – най-голям именно във Франция, която е могла да очаква от един вече твърде остарял закон по-малко от другите. Въпросът за допустимостта на решаването срещу закона следователно също не може да получи отговор еднакво валиден за всички времена и страни. А тълкуването на закона, в тесния смисъл на тази дума, зависи и от евентуално наличните законни тълкувателни правила.

Доколкото би претендирало за общовалидност, учението на *Reichel* трябва да бъде отхвърлено. Неговите тези не произтичат с логическа необходимост от самата същност на правото. Формалните правни извори и съотношението помежду им се определят от господстващото убеждение на обществото, в което дадено право е изработено. То и санкционираното от него позитивно право могат да определят, чрез задължителни норми, и метода на правоприлагането. Само доколкото те не са разрешили авторитетно свързаните с нея въпроси, науката и юриспруденцията са компетентни да възприемат решенията, които биха имали основание да считат за най-съобразни със същността и функцията на правния ред. Общите културни и социални условия, както и особените качества и недостатъци на законното и обичайното право на дадено време и място могат и в това отношение да подскажат на тълкувателя разрешения, които ще бъдат различни за различни страни и в различни времена.

Но ако методът е обусловен както от конкретното съдържание на народното правосъзнание и на позитивното право, така и от особените изисквания на историческата обстановка, и ако тази обусловеност изключва един общовалиден метод, тя дава основание да се очакват и сходства там, където, наред с многообразието, което разделя отделните общества, известна общност на условията на живота и на развитието им е създала и предпоставките за успоредни разрешения. Това важи особено много за страните на континента и то осмисля сравнителното изучаване на движението за реформи в метода на правоприлагането, развило се почти едновременно в различните европейски страни. Разгледаните досега немски учения не са станали господстваща доктрина. Но те са допринесли за една еволюция, която и в Германия е станала причина за едно ново отнасяне към проблемите за същината на правото, на закона и на съдийската дейност. Неговите белези са признанието на празнините в оформеното право и на голямата и самостоятелна роля на съдията.

§ 20. Юриспруденцията на интересите

Заглавието на този параграф е буквален превод на немското *Interessenjurisprudenz*. Терминът не звучи добре на български, поне в езиково отношение. Той не говори много и за съдържанието на понятието, което означава. За съжаление, не ми се удаде да намеря по-сполучлив превод. На същата мъчнотия са се натъквали и авторите, които са се опитвали да го преведат на други езици – например на френски или на италиански. Затова те често са предпочитали да си служат направо с немския термин. Така бихме могли да постъпим и ние. Но едва ли бихме спечелили нещо, което да изкупи неудобството на чуждия израз. Впрочем, и в езика на родината си името на така наречената юриспруденция на интересите не е от най-щастливите. Немалко от недоразуменията, на които тази школа е бивала жертва, са се дължали именно на него. Някои са искали да го заменят с друго: *Stoll*, например, е предлагал „юриспруденция на ценностите“ – *Wertjurisprudenz*. Предложенията не са успяли, а на недоразуменията ще трябва да се върнем по-късно.

Както изглежда, една програмна работа на *Philipp Heck* от 1889 г. трябва да се смята за първата публична проява на схващането, което по-късно е обединило около юриспруденцията на интересите нейните привърженици: *Das Recht der Grossen Haverei*. Както тя, обаче, така и няколко по-малки работи, които са я последвали, са останали без особено влияние върху тогавашните възгледи за метода на тълкуването. На сцената на борбата юриспруденцията на интересите е встъпила решително едва през 1905 г. и то – едновременно откъм три страни: с един опит за практическо оделотворяване от страна на *Müller-Erbach*, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt*; с една статия от методологически характер на *Heck* в *Deutsche Juristenzeitung* – *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue* и в ред публикации от същия вид и в същото списание на *Stampe*, събрани по-късно, заедно с други, в вече неколккратно цитираното – *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*. Тези трима автори и *Max Rümelin* могат да се смятат за истинските основатели на бъдещата победоносна школа. Най-радикален между тях *Stampe* се е отделил от другарите си в известни направления и това налага особеното му положение да бъде отбелязано още в началото.

Както видяхме и по-рано, *Stampe* се е обявил за обективното тълкуване (по-горе § 9). Във връзка с това той е бил на мнение, че обвързаността на съдията и задължението му да следва закона трябва да се ограничи в рамките на ясения словесен смисъл, разкрит според правилата на езика и на логиката (22). Извън тези рамки съдията трябвало да има право свободно да попълва закона (20). Съдията можел в известни случаи да решава и срещу закона. Но в това отношение *Stampe* е бил особено предпазлив: решаването срещу закона трябвало да бъде допустимо само ако спазването на закона би било в състояние да предизвика масово бедствие, а намесата на законодателя би се оказала невъзможна или недостатъчна²⁰⁹. *Heck*, *Müller-Erbach*, *Rümelin* и техните по-млади съмишленици са били убедени привърженици на така нареченото историческо тълкуване, т.е. на субективния тълкувателен метод. Те са поддържали, че съдията дължи вярност и към „далечното действие“ на закона, т.е. към изводите, които следват от дадените в закона разрешения по правилата на аналогията. Те са отказали да следват *Stampe* и в учението за изменяването на закона от съдията.

Радикализъмът на *Stampe*, обстоятелството, че той сам е нарекъл доктрината си „учение за свободно право“ и времето на първата ѝ решителна манифестация – в разгара на борбата – са станали за юриспруденцията на интересите извор на множество недоразумения. Друга причина за грешки и недоразумения е било, както споменах и по-

²⁰⁹ *Freirechtsbewegung*, цит. съч., с. 28.

горе, самото име на тази школа. И до най-ново време голяма част от усилията на нейните привърженици, особено на *Heck*, са били насочени най-вече към отбиване на грешките и на недоразуменията²¹⁰. Затова ще бъде, може би, уместно, ако посочим тези недоразумения, още преди да пристъпим към разглеждане на тълкувателната теория на юриспруденцията на интересите. Първата и особено честа в миналото грешка е смесването на юриспруденцията на интересите с крайните направления в движението за свободно право, с ученията, които в по-голям или в по-малък размер са освобождавали съдията от обвързаността към закона. Всъщност, като се остави настрана *Stampe*, юриспруденцията на интересите винаги е била убедена и открита противница на тези учения. Сам *Heck* многократно е изтъквал, че неговият метод има да се бори на два фронта: срещу старата „юриспруденция на понятията“, от една страна, и срещу „ученията за свободно право“, от друга (A. Z. P., 137, 49). Въпреки протестите, грешката е била упорито повтаряна, и то – трябва да се признае – без каквато и да било вина от страна на самата школа. Изглежда, че вече поради огромния размер на методологичната литература в Германия непосредственото ѝ проучаване е станало невъзможно за мнозина, които предпочитат да се изказват въз основа на косвени впечатления и на несигурни спомени. Грешките са били понякога толкова куриозни, че аз не мога да се въздържа да не посоча един пример, толкова повече че той ми се струва характерен за състоянието на духовете на някои немски юристи в първите години след взимането на властта в Германия от национал-социалистите: през 1935 г. в *juristische Wochenschrift* се е явила статия на някой си *Rübke*, който твърдял, че юриспруденцията на интересите била „еврейско направление“, защото нейният главен представител – *Kantorowicz* – бил евреин. Това „страшно“ обвинение е имало тъжната последица, че един толкова уважаван юрист като *Heck* се е видял принуден подробно да обяснява своя и на привържениците си произход (A. Z. P., 142, 151).

Според друго разпространено предубеждение, юриспруденцията на понятията изобщо отричала научното значение на понятията и противопоставяла „понятие“ на „интерес“. Върху тази основа е била изградена критиката на *Hönigswald* и отчасти тази на *Binder*²¹¹. В действителност, юриспруденцията на интересите всякога е признавала, че като всяка наука, и правната не може да не работи с понятия²¹². Тя се е противопоставяла на по-старата доктрина само колкото се отнася до начина на образуването на понятията и до значението, което им са отдавали някои от нейните съмишленици. Ядката на това противопоставяне е борбата срещу така наречения инверсионен метоа, т.е. срещу разпространената практика да се дедуцират норми от понятия, образувани чрез непълна индукция, от помощните понятия на научната систематика или от понятия, образувани въз основа на външни признаци, като например случайни изразни форми на закона, без да се държи сметка дали по този начин не се приписват на закона разпореждания и преценки, които не отговарят на неговото действително императивно съдържание (вж. по-горе § 3 на края). Касае се за онази „криптосоциология“, както я беше нарекъл *Fuchs*, която зад булото на привидна вярност към закона и във формата на юридически

²¹⁰ Срв. Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Jsay, Arch. Ziv. Pr., 137, с. 47 и сл.; Die logische Analyse des juristischen Methodenstreits durch Richard Hönigswald, Arch. Ziv. Pr., 138, с. 129 и сл.; Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, Arch. Ziv. Pr., 142, с. 129 и сл., с. 297 и сл.; Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre в „Recht und Staat“ 118, 1936.

²¹¹ *Hönigswald*, „Begriff“ und „Interesse“. Eine methodologische Skizze, Arch. Ziv. Pr., 138, с. 1 и сл.; *Binder*, Bemerkungen zum Methodenstreite in der Privatrechtswissenschaft, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 100, с. 75 и сл.

²¹² Освен *Heck* в цитираните му възражения срещу *Hönigswald* и *Binder* срв. и *Stoll*, Rechtsstaatsidee und Privatrechtsfre, Iherings Jahrbücher, 76, с. 170 и сл.; Begriff und Konstruktion in der Interessenjurisprudenz във Festgabe für Heck-Rümelin-Schmidt, с. 60 и сл.

конструкции, изградени върху произволно образувани понятия, представя като законни норми собствените си свободно намерени разрешения. Борбата между „юриспруденцията на понятията“ и „юриспруденцията на интересите“ не е, следователно, някаква логически невъзможна борба между понятия и интереси. Може би, повтарям, терминът не е сполучливо подбран, но това не е причина да не се види реалният смисъл на противопоставянето.

Срещу юриспруденцията на интересите се е възразявало, на трето място, че изучаването на интересите и на конфликтите между тях, колкото и да се извършва грижливо и вдълбочено, не можело да разкрие никакъв критерий, който да служи като мярка за ценността на тези интереси. Такава мярка могла да бъде само величина, лежаща извън тези интереси, едно различно от тях *tertium comparationis*. Като не можела да го посочи, юриспруденцията на интересите се оказвала безпомощна пред същинската задача на всяко правонамиране. Тази критика, разпространена доста в миналото, е станала напоследък по-рядка²¹³. Дори противници на юриспруденцията на интересите са я признали за неоснователна²¹⁴. И тя е почивала на недоразумение и на недостатъчно проучване на критикувания метод. Юриспруденция на интересите не значи заменяне на нормативното изследване с социологичното, както го е искал например *Fuchs*. Нейният метод не се състои в изместване на законните преценки от някаква форма на свободно претегляне на колидиращите интереса от страна на съдията. Юриспруденцията на интересите е искала само разкриването на законните преценки да става не по пътя на абстрактните спекулации, основани върху словесния смисъл на закона, а като се разглежда законната норма в осветлението на регулираните от нея житейски интереси, за да се разберат по този начин по-вярно и нейният смисъл и нейното съдържание. Това, колкото се отнася до тълкуването на закона в тесен смисъл на думата. Пак от сравнението между колидиращите интереси в уредените от закона случаи и тяхното положение в случаите, които не се обхващат пряко от законните състави, тя иска да се изхожда и при правоприлагането по аналогия. И в единия, и в другия случай конфликтите се разрешават въз основа на законните критерии за ценност. Задача на юриспруденцията на интересите при тях е да разкрие наличните законни преценки, а нейният метод в това отношение е метод за разкриване и прилагане на законните преценки. По-друга е задачата, която стои пред правоприлагането при празнини в позитивното право, които не могат да се запълнят чрез аналогия. За такива хипотези *Heck* е отхвърлил решаването въз основа на господстващите в обществото ценностни критерии и е искал от съдията да извършва собствени преценки – *Eigenwertung*²¹⁵. Такава собствена преценка е, естествено, необходима и за законодателя при ново уреждане на дадена материя. За извършването на собствени преценки юриспруденцията на интересите се е отказала да предложи някакво учение. Тя нямала за цел да изгради някакво материално учение за ценностите, защото това било въпрос на миоглед, а нейният метод не бил свързан с определен миоглед (A. Z. P. 137, 62 и сл.). Ние ще трябва по-долу да се върнем на тези положения – специално колкото се отнася до попълването на празнините. Във всеки случай, както и да се гледа на метода на юриспруденцията на интересите в това отношение, явно е, че тя не мисли да извлича мярката за ценността на интересите от самите тях.

Един четвърти упрек звучи в някои изказвания на *Oertmann*: Върховните блага оставали скрити за обикновения позитивизъм, който се ограничавал само с измерване на интереси, а науката имала нужда от верую, което би могло изцяло да задоволи човека

²¹³ Срв., обаче, *Jsay*, Die Methode der Interessenjurisprudenz, Arch. Ziv. Pr., 137, с. 39.

²¹⁴ *Oertmann*, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931, с. 6.

²¹⁵ *Heck*, Interesse und Interessenjurisprudenz, Arch. Ziv. Pr., 112, с. 238 и сл.

(5). Справедливостта, социалните идеали, етическите изисквания били прогонени от една система, която познава само студеното пресмятане на вулгарния утилитаризъм. Доколкото се свързват с юриспруденцията на интересите, такива мисли очевидно предпоставят, че тя счита за меродавни само материалните интереси. Така я е схващал и *Binder*, в посочената по-горе негова критика. Може би известна роля в това отношение е играл споменът за утилитаризма на *Ihering*, с който, както всички телеологични направления, и юриспруденцията на интересите е исторически свързана. Както и да е, и в това отношение е било налице пак само едно недоразумение. Юриспруденцията на интересите не изключва никой вид интереси. Понятието интерес няма за нея тясното съдържание, което обикновеният говор влага понякога в този термин, като го отнася само към материалните интереси. Интерес в речника на юриспруденцията на интересите е както стремежът към материални блага, така и този към справедливост, към добро и към красиво. Тази словоупотреба не е чужда и на обикновения говор, който също си служи много пъти с думата интерес, без да предпоставя каквато и да била квалификация на желаните блага. „Моралните интереси“, „националните интереси“, „интересите на правосъдието“ са изрази, с които сме свикнали. Но даже да не беше така, достатъчно е, че юриспруденцията на интересите от рано е имала грижата да поясни широкото техническо значение, което отдава на термина интерес. Още в 1912 г. *Heck* е писал: „Юриспруденцията на интересите употребява думата интерес в най-широкия смисъл, който днес е общоприет. Само в този най-широк смисъл, който включва и идеалните интереси, тази дума може да служи за целите на метода на правната наука, и само в този смисъл тя бива употребявана тук. Аз трябва настойчиво да отбележа това, защото всяко качествено ограничаване по необходимост води до пълно неразбиране на този метод“ (А. Z. P., 142, 161).

След като се отстранят най-вероятните възможни недоразумения, разбирането на метода става много по-леко.

Преди да преминем към същността ѝ обаче би трябвало да завършим с нейната история. Освен *Stampe*, по-особено място между привържениците на юриспруденцията на интересите заема и *Müller-Erzbach* – особено в по-ново време. Останалите двама основатели – *Heck* и *Max v. Rümelin* – са били дълги години професори в Тюбинген. По-късно – в 1927 г. – там е бил привлечен и *Stoll* – един от най-значителните по-млади техни съмишленици. Така се е създала тюбингенската група на юриспруденцията на интересите, в която най-активната роля и може би духовното водачество е принадлежало на *Heck*. Освен цитираните досега негови полемични работи, и освен познатата ни *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, аз мисля, че трябва да спомена тук, като изследвания от особено значение за теоретическото и практическо изясняване на методата на юриспруденцията на интересите, и следните: *Das Problem der Rechtsgewinnung* 1912; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932; двата наръчника – *Grundriss des Schuldrechts*, 1929 и *Grundriss des Sachenrechts* 1930, и *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, *Arch. Ziv. Pr.* 143, с. 129 и сл. По-ограничено по размер е духовното наследство на *Max v. Rümelin*. Той е бил продължително време канцлер на Тюбингенския университет и научната му продукция от тази епоха се е изразила главно в речите, които е произнасял в това си качество. Винаги много кондензирани и вдълбочени, някои от тези речи са между най-съществените елементи на цялостната научна постройка на школата: *Die Gerechtigkeit*, 1920; *Die Billigkeit im Recht*, 1921; *Die Rechtssicherheit*, 1924; *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*, 1925; *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts*, 1929; *Eilebte Wandlungen in Wissenschaft und Leben*, 1930²¹⁶. *Heinrich Stoll* почина млад – в 1937 г. Към посочените вече негови методологични студии трябва

²¹⁶ Вж. *Heck*, *Max v. Rümelin*, *Arch. Ziv. Pr.*, 134, с. 260 и сл.

да се прибави *Ober die Beziehungen der Rechtslehre zur Praxis*, Arch. Ziv. Pr., 126, с. 174 и сл.²¹⁷ Към тази ядка, образувана от тюрингенското направление на юриспруденцията на интересите, се е събрала внушителна група съмишленици – отчасти още преди Първата световна война, но особено след нея. Около 1930 г. *Walter Schönfeld* е писал с горчивина: „Юриспруденцията на понятията е мъртва, да живее юриспруденцията на интересите. Тя триумфира, когато най-убедените ѝ привърженици вземат думата“. Сам *Oertmann*, от когото заемам този цитат, се е видял принуден да констатира, с известна резигнация, че в нашия век на преобладаващи „съображения на полезност“ махалото се е залюляло твърде силно към юриспруденцията на интересите (3). Такива са били и преценките на *Lehmann* и *Ulmer*²¹⁸. След установяването на националсоциализма са били предприети някои опити действащото право да се огъне пред изискванията на господстващата политическа система чрез промена на тълкувателния метод. На тях ще трябва да се спрем в следния параграф. Доколкото острието на тези опити е бивало насочвано срещу юриспруденцията на интересите, *Heck* упорито е бранил своя метод, като е твърдял, че той е в състояние да задоволи и новите изисквания. И наистина, въпреки известна неясност на положението особено в първите години, трябва, изглежда, да се приеме, че основните изисквания на юриспруденцията на интересите ще останат трайно достойствие на германската частноправна наука. Вярост към закона и разкриване на съдържанието му чрез измерване на защищаваните от него интереси: под знака на тези две начала германската доктрина изглежда да е окончателно преодоляла и старата юриспруденция на понятията и крайностите на някои от някогашните учения за свободното право. Както и да се гледа иначе на юриспруденцията на интересите, нейният принос за укрепяването на това развитие не може да бъде отречен²¹⁹.

Няма нужда да се казва, че методът на юриспруденцията на интересите е телеологичен метод. Като такъв той се свързва с по-късното учение на *Ihering*. *Heck* сам е признал, че се е учил от него. Заимстването се отнасяло обаче само до Иеринговата „генетична теория на интересите“, т.е. до учението, че представата за целта създава законите съобразно с принципа на психологичния каузалитет. Новото и самостоятелното в юриспруденцията на интересите била нейният тълкувателен метод, учението ѝ за попълване на празнините на закона и едно ново схващане за средствата и задачите на научното подреждане на материала, получен чрез разкриване на съдържанието на правните норми. С другите верни на закона телеологични направления, застъпени особено в останалите правни дисциплини, частноправната юриспруденция на интересите споделяла основното схващане, че смисълът и значението на правните норми трябва да се извлича преди всичко от целта, която те преследват. Отличавало я от тях само познанието, че най-важният инструмент за разрешаване на тази задача бил именно анализът на интересите и на конфликтите на интереси, преценени в правната норма (А. Р. Z., 137, с. 48, заб. 1).

Методите на научната работа, образуването на понятията, значението на конструкциите и принципите на правната систематика са били предмет на по-специално разработване от страна на *Heck* в неговата *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Основното изложение на тълкувателния му метод се съдържа във вече цитираната *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* от 1914 г. Към нея препращат и посочванията в следващите бележки. На изискванията на живота най-добре отговаряло „историческото телеологично тълкуване“. Неговата задача била да разкрие „волята на

²¹⁷ Вж., за повече сведения, *Heck*, Heinrich Stoll, Arch. Ziv. Pr., 144, с. 3 и сл.

²¹⁸ *Heinrich Lehmann*, отзив за *Heck*, *Begriffsbildung*, цит съч., Arch. Ziv. Pr., 138, с. 95; *Ulmer*, също място, с. 238, отзив за *Müller-Erbach*, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz*.

²¹⁹ Срв. и *Riezler*, в коментара на *Staudinger*, 10 изд., 1936, I, № 74.

законодателя“ (8). Но това понятие не било психологическо, а нормативно. Под воля на законодателя трябвало да се разбира не някаква психическа воля, а съвкупността на каузалните интереси, т.е. на интересите, които исторически са определили съдържанието на правната норма (64 и сл.). Това било естествената последица на истината, че като всяка повеля и правната норма имала за задача да служи на интересите на повелителя (48 и сл.). Тя трябвало да се тълкува така, че най-добре да се задоволят тези интереси. Би могло да се каже: „воля на законодателя“ е смисълът, който би трябвало да се вложи в правната норма, за да може тя най-добре да изпълни функцията си на средство за задоволяване на интересите, признати от нея за ценни. Меродавни били реалните, исторически дадени интереси, които законодателят е имал предвид при създаването на закона. Само тяхното издирване могло да обезпечи задоволяването на действителните цели на закона. Напротив, така наречената обективна теория водела до осуетяване на тези цели (60 и сл.). Но обективната теория се хранела с илюзии и когато вярвала, че по-добре отговаря на изискванията на правната сигурност, защото тави нейна вяра се основавала на заблудата, че обективният смисъл е някаква определена величина. В действителност обективното тълкуване търпяло не един, а множество резултати. Смисълът, до който то стига, бил релативен: той зависел от хоризонта на тълкувателя и от неговото старание (42 и сл.). Наред с обективно дадения и непроменлив елемент – думите на закона – всяко обективно тълкуване по необходимост боравело и със субективни елементи, като знание за обстоятелствата, за правилата на езика, за обичаите на обмена, грижа за правилното им преценяване и т.н., така че резултатът на обективното тълкуване можел да бъде безкрайно многообразие в схващанията за обективния смисъл. Това трябвало да се каже в още по-голяма степен за еволютивното тълкуване, което се основавало и на личните преценки на тълкувателя за новите нужди на правния живот. Практическата последица била противна на очакванията на привържениците на обективното тълкуване: а именно: много по-голяма правна несигурност от онази, която е мислима при историческото тълкуване (48, 257, 284). На самия процес на разкриването на законните норми *Heck* е посветил едно обстойно изследване, което тук не може да бъде проследено в подробностите. В него са били подложени на анализ, който може да бъде преценен само в рамките на едно догматично изследване на тълкуването на законите, и историческото запознаване с наличните законни повели и с легислативните интереси (90 и сл.), и психическия процес на тълкуването (92 и сл.), и тълкуването на мотивите и на обстоятелствата (94 и сл.), и положението при несигурност на резултата, и значението на вероятностите в този случай (98 и сл.), и участието на ирационални моменти и ролята на личността на съдията при взимане от негова страна на конкретни решения (102 и сл.), и тълкувателната стойност на законодателните материали (106 и сл.) и на словесния смисъл (120 и сл.), и ред други въпроси.

В съгласие с господстващото мнение *Heck* е отхвърлил, като решаване срещу закона, всяко тълкуване, което би си поставило за задача не да разкрие, а да поправи действителния смисъл на законната норма (196 и сл.). За запълване на празнините той е разчитал преди всичко на „далечното действие“ на закона, т.е. на аналогията. Разрешаването на случаите, до които това далечно действие не стига, *Heck* е предпочитал да остави на свободната преценка на съдията и на неговия личен светоглед. Както се спомена и по-горе, юриспруденцията на интересите не е искала да се свързва с определено „материално учение за ценностите“. На „господстващите възгледи“ *Heck* не се е доверявал. „Глупостта и злината“ не били нито „достойни за почит, нито безвредни само защото се явяват масово“ (239). Дали те биха били повече достойни за почит и по-малко вредни, когато се проявяват поединично и индивидуално, у решаващия съдия,

Heck не е казал. Аз лично мисля, че, за щастие, и едната и другата хипотеза ще бъдат твърде редки, за да заслужават да се изхожда от тях при решаването на въпроса.

За съжаление, *Heck* съзнателно се е въздържал да разгледа по-подробно проблема за правонамирането при липса на опора в позитивното право. Затова както неговото препращане към собствената преценка на съдията, така и отношението му към „господстващите убеждения“ не изглеждат достатъчно обосновани. Господстващото убеждение, че дадено правило е задължително, създава правото или поне – то създава обичайното право. Последното приемат всички. Господстващото убеждение за „правилност“ или „неправилност“ на правото, т.е. за това, какво би трябвало да бъде по съдържание правото, няма същата позитивноправна валидност. Носителят обаче и в двата случая е същият. И ако уважението към него е основата на всяко право, което не се крепи само върху мълчаливо преклонение пред насилието, проява, най-малко, на непоследователност би било да се пренебрегват напълно социалните идеали, усвоени от господстващото убеждение. Ако такива липсват или ако въз основа на тях не може да се разреши даден случай, ще бъде може би неизбежно да се прибегне към собствените преценки на съдията, поне докато някой нов опит, по-щастлив от този на *Stammler* не покаже, че е действително възможно да се разкрие един общовалиден критерий за „правилност“ на правото. Но в обратния случай, когато може да се избира между господстващото убеждение, което е духовният извор, повтарям, поне на обичайното право, и личното схващане на съдията, разрешението не може да почива само на аргумента, че е възможно понякога последните да изглеждат по-възвишени от гледището на дадено учение. Напротив, ако те отстъпят, решението би имало и предимството да е предвидимо от страните, които естествено биха могли да очакват, че поне при липса на установен закон или обичай изходът на спора им няма да стои в разрез с преобладаващите в обществото разбирания за правда.

Müller-Erzbach е предпочел да се бори за юриспруденцията на интересите чрез това, което в Германия наричат *Betätigungswerke*: чрез правно-догматични изследвания, в които предимствата на метода са показани в процеса на практическото ѝ функциониране. Между методологическите му работи от общ характер трябва да се споменат: *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, *Iherings-Jahrbücher*, 61, с. 1 и сл.; *Rechtsbildung durch Wertschöpfung*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 88, с. 173 и сл.; *Wohin führt die Interessenjurisprudenz*, 1932; *Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen*, 1934; *Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben und was sie hemmt*, 1939. В общи линии неговите схващания се покриват с изложените тези на тюрингенското направление. В работата си от 1934 г., обаче, той е сметнал, че към изследването на интересите трябва да се прибави и едно друго изследване: правните норми се обяснявали понякога не толкова с положението на интересите, които уреждат, колкото с евентуалните положения на господство, отразени в тях. Изследването само на интересите било безсилно в такъв случай да установи цялостното съдържание на нормата. За положенията на господство, въздействали за образуването на съдържанието ѝ, трябвало също да се държи сметка, ако тълкувателят желае да остане верен на действителния императив на нормата. Очевидно е, че и тази мисъл се свързва с основната идея на метода: че тълкуването има за задача да разкрие преценките, вложени в правната норма. Доколкото тези преценки са детерминирани от известни положения на господство, а не изключително от релативната стойност, която колидиращите интереси имат с оглед на върховните законодателни критерии, няма съмнение, че и положенията на господство трябва да се вземат под внимание от една вяра на закона юриспруденция. Признае ли се това, въпрос предимно на терминология е дали изследването на нормата от гледището на евентуално

детерминиралите я положения на господство ще се смята за самостоятелно тълкувателно средство, или ще се включи в едно по-широко понятие за отмерването на меродавните интереси,

§ 21. Най-новите опити в Германия

В този параграф ще трябва да се споменат накратко най-новите германски учения за източниците на правото и за метода на прилагането му. Резултат на дългогодишно развитие и обмисляне, някои от тези учения заслужават по-обстоятелен анализ, вече поради богатството на идеите, които съдържат. Но настоящият исторически преглед няма амбицията да изчерпи една материя почти необозрима и по броя на приносите и по многообразието на застъпените схващания. Малко проблеми са увличали тъй силно и цялостно юристите, особено през последните петдесет години, както проблемите неразривно свързани с метода на правоприлагането. Мнозина между най-добрите са им посветили живота си. Да се предаде и прецени делото им само в няколко страници или дори само в няколко реда е, разбира се, невъзможно. Тази работа желае да служи, както казах и в началото, повече като едно бегло ориентиране, чрез което биха могли да се спечелят и някои съществени зрителни точки за едно догматично изследване на тълкуването на законите в нашето право. А и мястото изисква краткост, особено след като изложението вече с много надвиши очакваните размери. Някои от досега разгледаните учения трябваше да спрат по-задълго нашето внимание, било защото са привлекли към себе си развитието в съответните страни, било защото иначе са имали по-голямо историческо значение. Положението с тези, които ни остава да отбележим, е по-друго. „Свободно-правната теория“ на *Jay* и учението на *Jung* са останали до известна степен изолирани, в общия ход на развитието в Германия. А национал-социализмът не е създал значителна самостоятелна доктрина, и няколкото му опити трябва да се отбележат по-скоро за пълнота.

За мнозина ще е може би изненада да видят *Erich Jung* нареден между „най-новите опити“. Някои може дори да са забелязали отсъствието му в изложението относно „първата фаза“, което, при всичката си непълнота, не би трябвало да пропусне поне него. И наистина, *Jung* е започнал борбата срещу старата доктрина още с *Von der „logischen Geschlossenheit“ des Rechts, Festgabe für Dernburg* от 1901 г. Последвали са *Positives Recht*, 1906; *Das Problem des natürlichen Rechts* 1912; *Rechtsregel und Rechtsgewissen*, *Archiv Ziv. Pr.* 118 (1919), с. 1 и сл. С това действително ценното в неговата доктрина е получило окончателната си форма. Една дългогодишна дейност обаче му е запазила място и между най-новите. Преминал към националсоциализма (*Deutsche Rechtsphilosophie*, 1935), той е запазил съществените елементи на учението си, за да ги развие, с известна расистка украса в две публикации от последните години: *Positivismus, Freirechtsschule, neue Rechtsquellenlehre*, *Archiv Ziv. Pr.*, 143, с. 27 и сл. И *Subjektives und objektives Recht*, 1939. Това ме накара да оставя разглеждането му за този параграф. Посочванията в текста, ако не са придружени с друго пояснение, ще се отнасят до последната от цитираните работи.

Източник на правото било „етическото основно преживяване“. Да се изяснят основните въпроси на етиката било следователно необходима предпоставка и за правилното поставяне на въпроса за източниците на правото. На всяко разрешаване на правни въпроси, от когото и да се извършва, била присъща известна етическа преценка за начина на действие, който е бил проявен от лицата, участващи в разрешавания случай (123). Самото етическо преживяване произтичало от инстинкта за запазване на рода: *Junge* наричал своята етика „биологическа“ (116). Позитивни от гледището на етиката,

можели да бъдат заради това само действията, в които се разкрива било спонтанно, било след преодоляване на насрещни стремежи, единството на действащия с останалите членове на социалната единица. При липса на правни източници етичската преценка трябвало сама да определи правното разрешение. По-друго било положението, когато добитото по този начин разрешение би се отличавало от онова, което би се получило по правилен диалектичен път от правилата на позитивното право (124). Позитивното право било продукт на свръхиндивидуалните връзки, които свързват отделния член на обществото с останалите и дори с предните поколения. Вследствие на това, неговото съблюдаване, необходимо за запазване на континуитета на развитието, също отговаряло на едно етическо изискване и в това се състояла особената „справедливост на позитивитета“ (Rechtsregel, с. 20 и сл.; Natürliches Recht, с. 100 и сл.). Нарушението на позитивното право било само по себе си едно накърнение на мира, една неправда. На това се основавало неговото – на правото – действие. Затова и едно решение срещу закона могло да се допусне само в случаи, в които едно съобразно с позитивното право решение би се почувствувало като по-тежка неправда, отколкото нарушението на континуитета (124).

Съществената придобивка на това учение е мисълта за „справедливостта на позитивитета“. С нея е спечелена най-напред една важна предпоставка за по-дълбоко разбиране на функцията на позитивното право и на правната сигурност. Тя помага да се изясни по-добре и отношението между положителното право от една страна, и онова „неположено“, „неоформено“ или „естествено“, право, в което трябва да се търси меродавният критерий за правилността на самото положително право. За тази мисъл трябва да държи сметка и учението за тълкуването, когато стигне до проблема за „поправителното тълкуване“, ако с този термин се разбира не поправяне на провизорния смисъл, който произтича само от словесното оформяване на закона, за да се отдаде предимство на позитивноправно меродавния смисъл, но същинско решаване срещу закона.

Една книга на *Hermann Jsay* от 1929 г. носи заглавието *Rechtsnorm und Entscheidung* – „правна норма и решение“. Антитезата – правна норма-решение – образува един от съществените елементи на нейното съдържание. „Норма“ в тази антитеза е общото и абстрактно правило – „нещо готово, минало, неподвижно, статично“ (25). „Решение“ е уреждането на индивидуалния случай – един динамичен процес, процес на преживяване, живот, развитие, движение“. Правото като ред на външните отношения между членовете на общността, се състояло не от съвкупността на нормите, а от съвкупността на решенията (20). По същност и по начин на възникване решенията били нещо твърде различно от онова, за което ги мислело господстващото схващане. Погрешна и в противоречие с данните на практическия опит била нейната представа, че отделните случаи се уреждат от правната норма и че решенията се извличат от нея чрез логическа дедукция (с. 20 и сл., с. 60 и сл.). Напротив, съдържанието на решението се получавало не чрез когнитивен мисловен акт, а чрез волитивен. То произтичало от два извора: от правното чувство и от „практическият разум“, т.е. от чувството за полезност (27). Тези две чувства отговаряли на двете ценности, които всяко решение се стремело да реализира – справедливостта и полезността, и те били същинските творци на всяко решение, ако то не е само механическо, занаятчийско и бездушно приспособяване на правната норма към конкретния случай (с. 56 и сл.). Психологически, решението се получавало или чрез действието на конструктивната фантазия и последваща решаваща намеса на чувството, което избира, или чрез интуицията (с. 67 и сл.) И в единия, и в другия случай по ирационален, а не по рационалистичен и интелектуалистичен път. За всички тези истини господстващото мнение нямало очи и, взимайки вторичното за първично,

слагало нещата с главата надолу (184). Вторично и второстепенно било мотивирането на решението с оглед на правната норма. То идвало допълнително, след като творческият акт на решението е вече завършен, и могло да служи само като средство за последващ контрол на добитото по ирационален път решение (с. 177 и сл.).

„Противоположната крайност ли?“, бе попитал някога *Landsberg* смутен от първите шумни пристъпи на реформаторите²²⁰. В действителност, противоположната крайност е станала плът и кръв едва в учението на *Jsay* почти четвърт век по-късно. На единия полюс бяха стояли *Montesquieu* с доктрината на революцията, за които съдията трябваше да бъде само „уста на закона“, и интелектуализма на позитивистичната школа, която виждаше в правоприлагането само резултат на логически операции с дадения в закона нормен материал. За тях личността на съдията не беше повече от „машина за субсумиране“. *Jsay* е заел другия полюс, като е изгонил от своята система разсъдъка. В известен смисъл би могло да се каже, че грешката в двата случая е от същия характер. На едната страна изолиране на разсъдъка, без да се разбере, че съдията участва с цялата си личност в сложната дейност на правораздаването, на другата страна – изолиране на чувството, което отрича на разсъдъка всяко участие в намиране на решението. Илюзия е да се мисли, че някакъв метод би могъл да изключи напълно ирационалните елементи от фактическото извършване на правораздаването. Една система, която иска от съдията винаги да издава решение, трябва да се счита с ирационални фактори, поне доколкото последна инстанция за запълване на празнините не може да не остане личния светоглед на правораздаващия. Но да се мисли, че решението е винаги и по необходимост обусловено само от ирационални компоненти, е също едно погрешно становище. Теория, която изхожда от него, не е в състояние да разреши проблемите на правния метод.

„Аз смятам изложението на д-р *Müllereisert* за негоден и при това нечист брътвеж“: това е жестокият отзив на *Gutzwiller* за една работа на *Müllereisert*, *Fortschritte der Technik in ihrem Einfluss auf Gesetz und Recht*, 1937²²¹. Дали отзивът е и справедлив, аз не съм в състояние да съдя, защото не разполагах нито с тази, нито с другите работи на рецензирания автор. Доколкото мога да разбера от изложението на *Heck* за една от тях²²², мисълта на *Müllereisert* е била, че правната наука би спечелила, ако заимства и приспособи за своите нужди понятия и термини, изработени във физиката. Това напомня за „естествено-историческата метода“ на *Ihering*, на която напоследък *Baumgarten* се беше върнал за да посочи отново опасностите, свързани с нея²²³. *Baumgarten* нарича Йеринговата метода „транспозиционен способ“, защото чрез нея понятия, изработени в една научна област, се пренасят в друга, за да служат като мисловни форми за обхващане на друго съдържание. От този способ правото очевидно не може да очаква повече от предимствата, които понякога са свързани с образния език и с фигуративните изрази изобщо. Обратната страна на това преимущество е, че образът в някои случаи сам по себе си буди представи, които се коренят в старата му функция и може да не отговарят на обстановката на неговото ново приложение. Образът, тогава, се превръща в извор на недоразумения и грешки. Образното мислене не е било и не може да съставлява някакъв особен юридически метод.

В няколко по-ограничени по размер работи, 1933 г. е донесла същински ренесанс на стари идеи, пречупени през призмата на националсоциалистическото схващане. Принципът на съдийската обвързаност от закона е изглеждал за втори път сериозно

²²⁰ *Landsberg*, Das entgegengesetzte Extrem? Deutsche Juristen Zeitung, 1905, с. 921.

²²¹ *Gutzwiller*, отзив за цитираната книга в Revue internationale de la théorie du droit, 1938, с. 70.

²²² *Heck*, Die dynamische Methode Müllereiserts und die praktische Rechtswissenschaft, Arch. Ziv. Pr., 144, с. 165 и сл.

²²³ *Baumgarten*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 1939, с. 58 и сл.

застрашен от едно ново „свободно-правно“ учение. Задача на закона било само да улесни съдията при намиране на правото, е мислил, например, *Nicolai*. Меродавен бил еамо жизненият ред, който се съдържал в правото на народа. Съдията имал дълг да раздава право, а не само да тълкува закона, и затова, ако строгостта на закона би довела до неправда, той трябвало да я предотврати и да обоснове самостоятелно и свободно своето решение. Законът, е твърдял *Lange*, се превръщал в право само след приемането му от общността. Съдията трябвало най-напред да се убеди, че това е станало, и само в такъв случай той бил обвързан от закона. „Ние трябва да се освободим от това, че съдията е подчинен на закона“, е писал *Müller*²²⁴. Изброяването би могло да продължи. Даже словесният инвентар е бил до известна степен старият: криптосоциология, *Richterkönigtum* и пр. Старите бойни лозунги на *Fuchs* и *Kantorowicz* са били подети отново, обикновено – без да се споменават имената им.

Съдебната практика е отказала и този път да се впусне в течението на „свободното право“. Не е закъсняла да се появи и съпротива в литературата. Дискусията е била наскоро приключена – в този случай чрез едно, така да се каже, авторитетно изказване: в една реч от 1934 г. Гьоринг е заявил, че съдията е обвързан от закона, като записана воля на водача, и че произволното отклонение от закона би съставлявало отклонение на дълга към общността и, следователно, неправда и правна несигурност. От този момент принципът на вярност към закона е бил окончателно утвърден и в националсоциалистическа Германия. Той произтичал от принципа на водаческата държава, а трябвало да важи и за законите на старите режими, защото и те, до евентуалното им отменяване, трябвало да се считат санкционирани от мълчаливата воля на фюрера (*Frauzen*, 31).

Преодоляли „свободно-правното“ течение, изразителите на меродавната националсоциалистическа доктрина са сметнали, че трябва да изяснят и отрицателното си отношение към старата юриспруденция на понятията. Официалната теория и до най-късно време се е ограничавала с тези негативни положения. „Правораздаването не е смятане с понятия, както се струваше на юриспруденцията на понятията; правораздаването не е изоставяне на случая на произвола на отделния решаващ юрист, което би било последицата на едно свободно-правно правораздаване; правораздаването не е и скитане в мъглата на чувството“ – тези са били отрицателните максими на *Roland Freisler* от 1938 г.²²⁵. А какво е правораздаването? Отговорът не е отивал по-далеч от общите формули: „изкуство за живота“, „творческо дело, обусловено от националсоциалистическия мироглед“, „конкретно вживяване в единството на общността“ и пр. Ядката на тези формули е винаги една: единичното е обвързано и обусловено от общото, т.е. от националното цяло като върховна ценност. Да се промислят до край и да се анализират последиците от тези положения, обикновено не се е правел опит. Най-често те са бивали придружавани с някакво препращане към ирационални моменти, което звучи като абдикация.

Колкото се отнася по-специално до метода на тълкуването, може да се каже, че изходната точка е било навсякъде учението на юриспруденцията на интересите. Мотивировката варира: като се започне от безусловното следване на тюрбингенската школа с приспособяване на националсоциалистическото „материално учение за ценностите“ (*Stoll*) и се премине през разбирането на *Franzen*, че е невъзможно да се установи единно значение за метода, сведено до няколко основни положения и

²²⁴ *Nicolai*, *Rassjngesetzliche Rechtslehre*, 1934, с. 40; *Lange*, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, 1933, с. 7, цитирани по *Franzen*, *Gesetz und Richter*, 1935, с. 14 и сл.

²²⁵ *Freisler*, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, с. 105.

меродавно за всички правни области²²⁶, за да стигне до правно-философското обосноваване на *Larenz* в духа на обективния идеализъм²²⁷. Резултатът е винаги телеологическо тълкуване, което търси ценностите, признати от закона, за да се вникне чрез тях в неговия смисъл. Някои са мислели, че между тези ценности има и такива, които погледът не би могъл да разкрие, ако се ограничи само с изследване на интересите в смисъла на *Heck*, или поне – само в изследване на наличните конфликти на интереси. Формулите на юриспруденцията на интересите са им се виждали заради това твърде тесни. *Franzen*, например, е подчертавал, че тълкувателят трябва понякога да се ръководи и от по-далечните конструктивни цели на закона, т.е. от неговият стремеж към ценности, които лежат отвъд наличните колидиращи интереси. Такива били случаите с расовите закони, със селското законодателство и пр. Други, като *Larenz* (пос. място), са искали тълкуването да става винаги под осветлението на конкретната правна идея, която живее в дадено общество. За Германия това била идеята на националсоциализма. Най-често обаче новото е само привидно – повече в формулите, отколкото в същността.

В изясняването на проблема за празнините не ми е известно да е осъществен особен напредък. За запълването им всички са се отнасяли към началата на националсоциалистическото учение. Същите начала трябвало да определят съдържанието на решението и когато законът е предоставил на съдията да намери решаващия критерий: случаите на препращане към понятия като добросъвестност, добри нрави и пр. В първите месеци на 1933 г. *Hedemann* бе публикувал една пламенна студия срещу „генералните клаузи“ от този вид, като беше обявил, че тенденцията на модерния законодател да увеличи броя и значението им, крие реална опасност за право и държава²²⁸. Само две години по-късно – в *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* – бъдещият му сътрудник в изработването на първата книга от проектирания „Народен законник“ *Wolfgang Siebert* щеше да види тъкмо в генералните клаузи едно от най-ефикасните средства за инфилтриране на духа на националсоциализма в нормите на действащото право²²⁹. Тенденцията е навсякъде и винаги същата. Новото е в тази тенденция, чрез която елементи на старото познание и извоювани по-рано от науката истини се сглобяват в координатната система на доминиращия политически светоглед.

§ 22. Съвременните учения в Австрия

По-новите изследвания относно тълкувателния метод в Австрия са вървели ръка за ръка с германските. Един от първите новатори в немската правна литература бе именно един австриец – *Ehrlich*, доктрината на когото вече разгледахме. Един от първите учебници, възприели учението за „свободното търсене на правото“ е бил пак австрийски – на *Armin Ehrenzweig*²³⁰. По-новият коментар на *Klang* обаче е бил много по-резервиран. Учението за тълкуването на законите в него е разработено от *Pisko*²³¹, който в едни подробен анализ на текстовете на законника е застанал поначало върху позицията на субективната тълкувателна теория и е предложил и „естествените правни принципи“ на § 7 да се разбират пак исторически: за такива трябвало да се смятат принципите, които са ръководели историческия законодател. А най-новата обща работа върху австрийското

²²⁶ Пос. съч. и стр., и в *Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie*, 31, с. 227.

²²⁷ *Larenz*, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1935, с. 145, и приложение към *Vertrag und Unrecht*, 2. Teil, 1937.

²²⁸ *Hedemann*, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933.

²²⁹ *Siebert*, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch*, цит. сборник, стр. 198 след.

²³⁰ *Klang*, *Kommentar*, цит. съч, с. 103 и сл.

²³¹ Пак там.

гражданско право – на *Swoboda*, напротив, се е ориентирала изцяло към национал-социализма²³².

Две от най-значителните изследвания в Австрия върху метода на правоприлагането не ми бяха достъпни: *Wurzel*, *Das juristische Denken*, 2 изд., 1924, и *Schreier*, *Die interpretation der Gezetze und Rechtsgeschäfte*, 1927. За непълнотата, която следва от това за настоящето изследване, не може естествено да не се съжالياва. Две други изследвания от голямо значение за правилното догматично поставяне на проблема за тълкуването са поместени в така нареченото Списание на Грюнхут: на *Somló*, *Die Anwendung des Rechts*²³³ и на *Merkl*, *Zum Interpretationsproblem*²³⁴. Първият се е върнал на тълкуването и в своята *Juristische Grundlehre*²³⁵. И на двете места той основателно е изтъкнал, че при разглеждане на проблемите на тълкуването трябва да се прави разлика между три различни техни страни: правно-политическата, позитивноправната и онази, която *Somló* е нарекъл правно-догматична. С последното той мисли за малкото общи положения, които важат по необходимост за всяко право и за всяко тълкуване. В по-друг смисъл е противопоставил позитивноправната страна на проблема за тълкуването на неговата правно философска страна *Merkl*. Юридическото тълкуване предпоставяло едно правно-философско учение за тълкуването. Като правно философски обоснован тълкувателен метод и, следователно, като изходна точка за едно правилно юридическо тълкуване, трябвало да се смята „граматическо-логическата интерпретация“ (551). При изясняване на разгледаните от тях проблеми, изследванията на *Somló* и на *Merkl* трябва да се имат предвид. За определено ново тълкувателно учение, което да господства в ново време в Австрия обаче едва ли може да се говори.

§ 23. Съветското право

Данните относно развитието в Русия след революцията, с които разполагам, са за съжаление твърде оскъдни. Въз основа на тях аз не съм в състояние да си създам определено впечатление за сегашното положение на нещата там. Затова ще се задоволя да възпроизведа законните текстове, които засягат проблемите на тълкуването и да спомена становищата застъпени от *Д. М. Генкин* относно тълкуването в меродавния учебник по гражданско право за юридическите висши учебни заведения, издаден през 1938 г. от Всесъюзния институт за юридически науки в СССР.

Съветският граждански кодекс не съдържа общи тълкувателни правила. Известни принципи от общо значение за тълкувателния метод могат да се намерят, най-напред, в правилата за въвеждане в действие на гражданския кодекс, приети с постановление на ВЦИК от 11 ноември 1922 г.

Според ст. 5 на тези правила „разпространителното тълкуване на гражданския кодекс на РСФСР се допуска само в случаи, когато го изисква защитата на интересите на работническо-селската държава и на трудещите се маси“. А следващата ст. 6 запрещава тълкуването на постановленията на кодекса на основание на законите на свалените правителства и на практиката на дореволюционните съдилища.

Ръководното начало на съветското право за попълване на празнините се съдържа в ст. 4 на Гражданско-процесуалния кодекс: при недостатъчност на законите и на разпорежданията за разрешение на делата, съдът трябва да се ръководи от общите начала на съветското право и от общата политика на Работническо-селското правителство.

²³² *Swoboda*, пос. съч., с. 27 и сл.

²³³ *Somló*, в *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 38, с. 55 и сл.

²³⁴ *Merkl*, в същото списание, 42, с. 534 и сл.

²³⁵ 2 изд., 1927, с. 370 и сл.

Генкин е подчертал значението на тези законодателни правила. Като се е позовал на едно изказване на Ленин, той е сметнал, че основният критерий за прилагането на закона било „изпълнението на буквалните предписания на закона при условие, ако това прилагане не противоречи на интересите на трудещите се и на духа на нащите закони, взети в цялост; в това – основния принцип на социалистическата законност“ (53). За прилагането на съветските закони, е продължил същият, било необходимо знание на марксизма-ленинизма, който се явявал тяхна теоретическа основа, и умение да се използва методът на материалистическата диалектика.

Каква разработка са получили проблемите за прилагането на правото в специални изследвания, не съм в състояние да установя. Дадените няколко указания трябва да се считат, следователно, за провизорни и непълни.