



Е.В. Васильковский

ИЗБРАННЫЕ РАБОТЫ
ПОЛЬСКОГО ПЕРИОДА



Классика гражданского процесса

Евгений Васьковский

**Избранные работы
польского периода**

«Статут»

УДК 347.91
ББК 67.410.1

Васьковский Е. В.

Избранные работы польского периода / Е. В. Васьковский —
«Статут», — (Классика гражданского процесса)

ISBN 978-5-8354-1203-7

Настоящая книга представляет собой собрание переведенных с польского языка трудов по гражданскому процессу и праву видного российского и польского правоведа – профессора Е. В. Васьковского (1866–1942). Включенные в нее работы публикуются на русском языке впервые. Имя Е. В. Васьковского хорошо известно российским правоведам, его труды стали классикой российской цивилистики. Работы польского периода его научной карьеры остаются актуальными и на современном этапе развития права, они могут быть использованы современными учеными, а также при осуществлении судебной реформы. Издание предназначено для студентов, профессорско-преподавательского состава юридических вузов и факультетов, практикующих юристов, адвокатов, а также для всех, кто интересуется российским процессуальным правом и историей его развития.

УДК 347.91
ББК 67.410.1

ISBN 978-5-8354-1203-7

© Васьковский Е. В.
© Статут

Содержание

Вступительное слово	6
Вступительный очерк	8
Правовед Е.В. Васьковский (1866–1942): судьба ученого в контексте политических перемен	11
Система гражданского процесса	19
Конец ознакомительного фрагмента.	60

Васьковский Е.В.

Избранные работы польского периода

От издательства



Цель настоящей серии состоит в том, чтобы познакомить всех тех, кто интересуется историей развития российского законодательства, с наследием гражданского процессуального права.

Классические дореволюционные издания российских и зарубежных авторов малодоступны не только для широких слоев населения, но и для специалистов-юристов. Многие труды существуют в одном экземпляре в виде рукописных документов либо никогда не переводились на русский язык. Их востребованность свидетельствует об актуальности обобщения, систематизации и издания имеющихся исследований, посвященных гражданскому процессу, в единой серии, в соответствии с высокими стандартами доктрины и издательского дела.

Выпуску книг предшествует серьезная научно-организационная и редакционная подготовка, проводимая на базе издательства «Статут». Издатель видит главную цель в сохранении идентичности текстов оригинала и современного издания, стилистических особенностей языка времени создания произведения, позволяя себе лишь допускаемые самыми строгими стандартами изменения орфографии и пунктуации, а также исправления явных опечаток предыдущих изданий.

Надеемся, что книги серии позволят читателям глубже и полнее понять сложившиеся проблемы гражданского судопроизводства в его историческом обозрении.

Вступительное слово

Дорогие читатели!

С огромным удовольствием представляю вам новую книгу из серии «Классика гражданского процесса», в которую вошли труды польского периода жизни и творчества профессора Евгения Владимировича Васьковского.

Характеризуя главную суть этой книги, уверенно скажу: не часто автору предоставляется возможность сделать по истине что-то новое и незабываемое, а это требует огромных усилий и чрезвычайной концентрации.

Нашим читателям может показаться, что серия процессуальной классики развивается недостаточно быстро. Но поверьте, идет кропотливая работа с проявлением бережного отношения к истории нашей любимой юридической науки. Причем в некоторых случаях в одном и том же направлении работают сразу несколько исследовательских групп. Вот и с данным проектом случилась такая история.

Дело в том, что судьба и научная жизнь профессора Е.В. Васьковского не были легкими, особенно с учетом того, что в них отразилась вся непростая жизнь народа в переломные моменты российской истории.

Многие правоведы хорошо знают классические произведения по гражданскому праву и гражданскому процессу профессора Е.В. Васьковского, возрождение интереса к которым особенно отчетливо наметилось в начале девяностых годов прошлого столетия, однако его научные достижения после отъезда из России длительное время оставались недоступными и малоизученными. Более того, в научной и библиографической литературе можно было встретить массу противоречивых сведений о годах его жизни в иммиграции. Некоторые исследователи отмечали, что он жил и работал в Праге, другие писали о работе в Вильнюсе, а третьи настаивали на варшавском варианте продолжения его карьеры. Все это побудило нас обратиться к первоисточникам. Многое прояснили первая же поездка в Варшаву в 2012 г., а также личное знакомство и общение с польскими коллегами из Варшавского университета. Это была «маленькая конференция», посвященная 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича, повлекшая большие положительные последствия для так называемой казанской школы юридической науки и конечно же для меня лично. Поскольку на следующий год мы с польскими друзьями проводили совместную международную конференцию в Казани памяти профессора Казанского и Московского университетов Г.Ф. Шершеневича, в рамках которой на сей раз отмечали 150 лет со дня его рождения. Тогда же было положено начало и другим интересным совместным проектам, значительную роль в которых играет мой друг, профессор Варшавского университета Ярослав Турлуковский. Он натолкнул меня на мысль о возможности и, что самое главное, о насущной необходимости обращения внимания на польский период творчества профессора Е.В. Васьковского. Для начала были найдены фотографии этого гениального ученого, а также его отдельные труды по гражданскому праву и гражданскому процессу на польском языке. Мы прекрасно понимали, что это настоящее сокровище, работы, которые обязательно необходимо обнародовать, предоставить вниманию современного читателя и ввести в научный оборот. Однако возникли сложности с переводом с польского языка на русский, но и здесь нас ждала настоящая удача.

С помощью моих коллег и друзей из издательства «Статут» Александра Долгова и Кирилла Самойлова состоялось знакомство с, не побоюсь этого слова, выдающимся нашим коллегой и современником Юлием Таем, который, действуя от лица компании «Бартолиус»,

уже несколько лет плодотворно сотрудничает с издательством в деле публикации серии работ «Классика гражданского процесса». Более того, «Бартолиус» помогает решать многие серьезные научные и культурные задачи, которые зарождаются в авторском коллективе издательства «Статут», включая издание таких известных всей стране журналов, как «Вестник гражданского права» и «Вестник гражданского процесса».

Выяснилось, что команда ученых-единомышленников под руководством Юлия Тая уже значительное время занимается переводами с польского языка ранее неизвестных произведений профессора Е.В. Васьковского. Причем переводились как цивилистические работы профессора, так и труды по процессуальному праву. Так и родилась совместная идея сделать специальную книгу для серии «Классика гражданского процесса», поскольку сам выдающийся мастер вряд ли относил свои исследования к какому-то одному определенному направлению. Труды Е.В. Васьковского – это достояние науки права в целом и одновременно его цивилистической и процессуальной школы в частности.

Такова история создания данной книги.

Дорогие читатели, надеемся, что изучение трудов профессора Е.В. Васьковского пробудит у вас самые яркие идеи и послужит основой для вашего дальнейшего позитивного развития, ибо занятие наукой – это не легкое увлечение, это любовь на всю жизнь!

*Ответственный редактор серии
Дамир Валеев*

Вступительный очерк

Уважаемые читатели!

Вы держите в руках очередную книгу из новой серии работ «Классика гражданского процесса», которая содержит труды выдающегося не только российского, но и (в силу исторически-политических причин) польского правоведа и профессора Новороссийского университета (1904–1909 и 1917–1924) и Университета Стефана Батория в Вильнюсе (1924–1939) Евгения Владимировича Васьковского. Его научные работы широко известны и очень популярны в современной России, о чем свидетельствуют многократные переиздания почти всех его трудов, ранее изданных на русском языке.

Особенность настоящей книги заключается в том, что вошедшие в нее работы почти не были известны в России, поскольку были написаны и опубликованы ученым в Польше на польском языке. Их перевод на русский язык и включение в научный оборот в России можно считать актами репатриации интеллектуальных ценностей.

Работами и личностью Евгения Владимировича Васьковского я заинтересовался, еще обучаясь на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова и ознакомившись с его тогда еще не переизданными работами (с ятиями) по гражданскому праву, потом – по гражданскому процессу, а в 2000 г. – уже и с фундаментальным трудом «Организация адвокатуры».

С самого начала меня подкупили умение автора повествовать и объяснять достаточно сложные категории простым, доступным языком, энциклопедизм его познаний, широта правового кругозора и невероятная образность речи. Не так много ученых (даже дореволюционных) имеют такой литературный слог, который превращает чтение их достаточно серьезных профессиональных монографий в некую лекцию или даже диалог с читателем. Причем Евгений Владимирович имел привычку шутить, иронизировать, приводить очень оригинальные образные сравнения и аналогии, которые сильно облегчает процесс понимания и запоминания материала. Разумеется, когда личность автора симпатична читателю, неизбежно возникает интерес к его биографии, вехам его жизненного пути, однако мои неглубокие (поверхностные) поиски в конце 90-х гг. прошлого столетия почти не дали никакого результата, я только узнал, что Васьковский был практикующим присяжным поверенным по гражданским делам, а также обнаружил результаты его публичной и очень нелицеприятной (на грани и даже за гранью научной дискуссии) взаимной критики с профессором А.И. Загоровским.

Стоит отметить, что первое современное переиздание работы Васьковского «Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов»¹ осталось мной незамеченным, чего нельзя сказать о книгах «Будущее русской адвокатуры: К вопросу о предстоящей реформе»², «Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов»³, «Учебник гражданского права»⁴, «Учебник гражданского процесса»⁵.

Из биографического очерка, подготовленного профессором В.А. Томсиновым, я узнал много интересного о жизни и судьбе Е.В. Васьковского и, в частности, о том, что после революции 1917 г. ученый покинул Россию и преподавал правовые дисциплины в Праге. Значительно позднее, когда в 2007 г. моя профессиональная деятельность привела меня в Прагу,

¹ М.: Юрид. бюро «Городец», 1997.

² М.: Городец; Добросвет, 2000.

³ М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002.

⁴ М.: Статут, 2003.

⁵ М.: Зерцало, 2003.

я решил найти какие-то следы его деятельности. Однако, к моему удивлению, никаких следов и упоминаний о работе Васьковского в Праге не было, зато я обнаружил целый ряд упоминаний о его научных трудах, в том числе монографического характера, опубликованных на польском языке. И только в 2010 г. я смог получить доступ ко всем работам на польском языке и сделать с них копии. Разумеется, сразу же возник вопрос о том, кто смог бы мне помочь перевести эти работы. Три пробных перевода небольшой статьи с участием переводчика, не имеющего юридического образования, привели к четкому пониманию невозможности удобоваримого перевода. И тогда Судьба в лице уважаемого профессора М.А. Рожковой указала мне на молодого белорусского правоведа А.А. Богустова, который помимо многочисленных прочих своих достоинств владеет польским языком. И работа закипела. Переводить классика это, конечно, нетривиальная, ответственная и очень кропотливая работа, причем хотелось сохранить и передать особый легкий и приятный стиль автора, доступность и ясность изложения. Безусловно, пришлось использовать и зачитывать до дыр работы Васьковского, написанные на русском языке, перенимая словосочетания и излюбленные фразы автора, подражать литературному стилю, но при этом не нести отсебятину и уж тем более не искажать мысль автора. Разумеется, перевод монографии о толковании законов дался особенно тяжело, потому что ее содержание и на русском-то языке не представляется таким уж легким и понятным, а перевести смысловые особенности и примеры толкований с использованием автором польских слов и терминов было крайне затруднительно. Порой перевод одного абзаца требовал часа времени, а потом еще нескольких правок. Также запомнилась небольшая по объему, но сложная для аутентичного перевода статья «Жалоба, иск и право на судебную защиту», где автор с блеском демонстрирует различие между такими терминами, как «жалоба» (*skarga*), «долг» (*wierzytelność*), «ответственность» (*odpowiedzialność*), «притязания» (*roszczenie*), «требование» (*żądanie*), «иск» (*powództwo*), однако не могу сказать, что корректный подбор русских аналогов не вызвал затруднений.

По мере перевода жизнь и судьба Евгения Владимировича вызывали все больше вопросов и немалый интерес. Нами были предприняты несколько командировок в Вильнюс и Варшаву, для того чтобы на месте – в библиотеках, архивах и даже на кладбищах и в колумбариях⁶ найти следы и упоминания о великом русском ученом. Научная карьера Васьковского в Польше хотя была усеяна по большей части шипами, а не розами, тем не менее оказалась очень плодотворной как в области преподавания, так и в творчестве. Сноски в работах ученого отчетливо указывают на то, что он не просто пользовался поистине огромным багажом своих знаний, но ни на секунду не прекращал исследований и читал всю актуальную правовую литературу на *семи* (!!!) языках, активно используя ее в своих работах. Все результаты нашей совместной работы с молодым историком из МГУ им. М.В. Ломоносова Ириной Хмельницкой, которой я, пользуясь случаем, выражаю свою огромную благодарность, изложены в отдельном биографическом очерке.

В данной книге вы найдете перевод далеко не всех работ Е.В. Васьковского, написанных на польском языке (полный перечень его трудов (как российского, так и польского периода) приводится в библиографическом приложении), мной по своему усмотрению были отобраны исследования, которые показались мне наиболее актуальными и интересными нашим современникам (да простят меня читатели за этот произвол!).

Прежде всего это сверхактуальная на сегодняшний день опубликованная в Вильнюсе в 1932 г. монографическая работа «Система гражданского процесса. Теоретическое вступление. Принципы рационального судоустройства и гражданского процесса». Также в сборник включена опубликованная в Варшаве в 1936 г. «Теория толкования гражданского права. Очерк

⁶ Здесь следует с прискорбием упомянуть, что найти могилу Васьковского или хотя бы точное указание на место его захоронения так и не удалось.

методологии цивилистической догматики», которая значительно дополнена обширной главой о новых течениях в теории толкования по сравнению с «Руководством к толкованию и применению законов»⁷.

Помимо монографических произведений данная книга содержит следующие статьи: Новые идеи в кодексе обязательств (Львов, 1934), Задачи адвокатуры и принципы адвокатской этики (Варшава, 1934); Профессор Габриэль Шершеневич (на 25-ю годовщину со дня смерти) (Варшава, 1938); Неустойка согласно кодексу обязательств (Варшава, 1939), а также брошюры: Признание сторон в гражданском процессе (Вильнюс, 1927); Жалоба, иск и право на судебную защиту (Варшава, 1937); Сущность процессуальных действий (Варшава, 1938).

Переведенные исследования выдающегося ученого являются чрезвычайно актуальными и на современном этапе развития права, они обладают значительной аргументацией и убеждающей силой и, на наш взгляд, должны быть использованы и учтены при осуществлении реформы судебной системы и процессуального права Российской Федерации.

Огромная и скрупулезная работа по поиску трудов, исторических материалов и фотографий Е.В. Васьковского была бы невозможна без участия и поддержки друзей, терпения семьи и коллег. Отдельную благодарность хочется выразить руководству издательства «Статут» в лице А.Г. Долгова и К.И. Самойлова (без их настойчивых напоминаний и призывов к самодисциплине выход этой работы был бы невозможен), главному редактору В.Ю. Станковской, редактору Т.В. Мальчиковой, а также доцентам А.А. Богустову и И.Б. Хмельницкой.

Надеемся, что чуть было не утраченное наследие Е.В. Васьковского будет интересно студентам, профессорско-преподавательскому составу юридических вузов и факультетов, юристам-практикам, адвокатам, а также всем тем, кто интересуется российским процессуальным правом и историей его развития.

*Ответственный редактор тома
Юлий Тай*

⁷ М.: Изд. бр. Башмаковых, 1913.

Правовед Е.В. Васьковский (1866–1942): судьба ученого в контексте политических перемен (биографический очерк)

Евгений Владимирович Васьковский – российский и польский правовед, чье имя и работы были на длительное время забыты, но интерес к которым в последние годы активно возрастает. Его «Учебник гражданского процесса» (М., 1914), дважды переизданный в начале 2000-х гг., давно стал библиографической редкостью. Однако неослабевающий профессиональный интерес к этому труду, а также к другим научным работам ученого стимулирует их переиздание. Всего же на современном этапе были переизданы семь его работ. В наши дни реализуется полное издание публикаций Е.В. Васьковского, выходящих как на русском, так и на польском языке. В этой связи подготовка подробной и точной биографии правоведа стала насущной необходимостью. При написании ее мы неожиданно столкнулись с рядом проблем.

Политические изменения – пожалуй, наиболее частый фактор, влияющий на биографию личности. Смена политического строя, мировые и гражданские войны, изменения государственных границ, революции – события, вследствие которых фатально меняются не только биографии «обывателей», но зачастую предаются забвению судьбы людей выдающихся, оказавших влияние на развитие различных областей культуры и науки.

Известен тезис о том, что историю пишут победители. И в этом отношении судьба Е.В. Васьковского – яркий пример. Сначала революции 1905–1907 гг. и 1917 г. в России, затем политическая история независимых Польши и Литвы между двумя мировыми войнами сыграли печальную роль в судьбе проректора Императорского Новороссийского университета, декана факультета права и общественных наук, а затем почетного профессора Университета Стефана Батория в Вильно, члена-корреспондента Польской академии знаний и члена Кодификационной комиссии Республики Польша Е.В. Васьковского. Его биография и научное наследие оказались на долгие десятилетия забытыми и вычеркнутыми из истории как российской, так и польской цивилистики.

Биография Е.В. Васьковского до революции 1917 г. достаточно хорошо изучена⁸. Однако польский период его жизни практически не освещается. В российских исследованиях сведения о его жизни обрываются на 1920-х гг., с начала его эмиграции. При рассказе о дальнейшей судьбе известного правоведа даются отсылки на скудную информацию польского справочника о забытых польских ученых, опубликованного в 1985 г.⁹ Нет о Е.В. Васьковском информации в польских и литовских изданиях, посвященных истории Университета Стефана Батория (ныне – Вильнюсского университета) периода 1919–1939 гг., в которых подробно представлены избранные биографии либо польских, либо литовских ученых. Причина подобного умолчания понятна, поскольку Евгений Владимирович в силу исторических причин попал в ситуацию «свой среди чужих, чужой среди своих».

Е.В. Васьковский был поляком по происхождению¹⁰, но, уехав из Советской России, стал *русским* эмигрантом. Он был удостоен звания почетного профессора университета, хотя сегодня его имя в списках не значится.

⁸ См., например: Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX вв. Очерки жизни и творчества. М., 2007. Т. 2. С. 297–307.

⁹ Biogramy uczonych polskich, Cz. I: Nauki społeczne, zeszyt 3: P–Z / Pod red. A. Śródki, P. Szczawińskiego. Wrocław: Ossolineum, 1985. S. 484–485.

¹⁰ Польское написание: *Eugeniusz Włodzimierz Waśkowski*.

В Литовском государственном архиве хранятся два его личных дела, еще одно личное дело – в Архиве новых актов (Archiwum Akt Nowych) в Варшаве. Из документов видно, насколько сложной была процедура назначения на должность профессора университета. Приказы о назначении ординарным профессором и почетным профессором по рассмотрении мотивированных заключений факультетом, ректоратом, Министерством по делам религий и народного просвещения поступали на утверждение президенту Республики Польша.

Польские и литовские историки науки и правоведения сегодня заслуг Е.В. Васьковского, признанных в 1920–1930-е гг., как будто не замечают. А еще в 1936 г. польские коллеги называли его «ценным и серьезным ученым», отмечали, что он «до настоящего времени принимает живое участие в работе... при редакции нового польского гражданского процесса, морского права, особого производства и т.д.» (Франциск Боссовски)¹¹. Однако в словарях польских правоведов мы имени Васьковского не находим.

Биография есть жанр реконструкции линии жизни. Отсутствие недостающих сведений из жизни изучаемого лица мы дополняем рассуждениями, отражающими скорее мировосприятие нас самих, нежели субъекта изучения. В биографии Евгения Владимировича таких лакун много. Мы не имеем источников личного происхождения, позволяющих услышать голос самого Васьковского. Наша реконструкция носит характер интерпретации известных нам сегодня фактов только его публичной и профессиональной деятельности. К сожалению, личная, частная сторона его жизни нам неизвестна, мы знаем лишь, где умер Е.В. Васьковский, несмотря на многочисленные тщетные попытки выяснить точное место его погребения.

Если характеризовать личность Евгения Владимировича сквозь призму его профессиональной деятельности, то на ум сразу приходят только два слова – *педагог* и *ученый*. По нашему мнению, слово «педагог» в данной комбинации будет стоять на первом месте. Вся жизнь Е.В. Васьковского была связана с университетом. Учреждения, в которых он работал, менялись, но их тип оставался тот же – это были *университеты*. Весь относительно короткий период адвокатской практики (всего восемь лет), которую имел Васьковский в дореволюционной императорской России, был эпизодом, возникшим в его биографии из-за стремления попасть в сообщество ученых-педагогов-юристов. и это несмотря на то, что вопросами адвокатуры он занимался всю свою жизнь и тот факт, что его отец, которого он безмерно уважал, был адвокатом и сильно преуспел на профессиональной ниве. И чем ближе Е.В. Васьковский подступал к миру науки, тем ожесточеннее была борьба за право в это сообщество войти.

Итак, Евгений Владимирович Васьковский родился 8 (21) февраля 1866 г. в Одессе. В 1888 г. окончил юридический факультет Императорского Новороссийского университета. В 1897 г. защитил в Санкт-Петербургском университете магистерскую диссертацию «Организация адвокатуры», в 1901 г. – в Казанском университете докторскую диссертацию «Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов»¹². Сразу по окончании университета и одновременно с написанием диссертаций он занимался юридической практикой в Одессе. В собственноручно заполненной им в 1939 г. анкете¹³ указано: в 1889–1894 гг. был помощником присяжного поверенного (аппликантом), а в 1894–1897 гг. – адвокатом по гражданским делам¹⁴.

Интересен факт его биографии того периода жизни, никогда не отмечавшийся исследователями. В 1889–1890-х гг. Евгений Владимирович под псевдонимом Мартын Боруля пишет

¹¹ Archiwum Akt Nowych (AAN). WRiOP (Ministerstwo Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego). 6427. S. 86, 88.

¹² Томсилов В.А. Российские правоведы XVIII–XX вв. С. 301.

¹³ Lietuvos centrinių valstybės archyvas (Литовский центральный государственный архив; LCVA). Личные дела Васьковского. Ф. 175 (Университет Стефана Батория). Оп. 1 (1Bd.), Д. 1123. Л. 74–75.

¹⁴ Информацию о местах хранения в Российском государственном историческом архиве (РГИА) в Петербурге послужных списков Васьковского как профессора университета см.: Сухарев Ю.Н. Материалы к истории русского научного зарубежья. Книга первая. М., 2002. С. 90.

стихи и фельетоны для «Одесского вестника», о чем сам сообщил в стихах же в книге «Альбом юмористических стихов Мартына Борули. 1889–1890» (Одесса, 1891):

Фельетонистом состоял
Я в «Вестнике Одесском»
Журнале, как известно вам,
Солидном, строгом, веском¹⁵.

Собственно, само это издание представляет собой разрозненные публикации, собранные в одну небольшую книжечку, имевшую карманный формат. В него вошли стихи из фельетонов, например, по поводу съезда фармацевтов, о реформе вальса, о балете, а также эпиграммы¹⁶.

Как видно, подобное «творчество» – или хобби, или заработок – было далеко от юридической тематики, но по каким-то причинам было необходимо самому автору.

Литературный дар Васьковского впоследствии отмечался критиками. Так, «Русские ведомости» и «Журнал гражданского и уголовного права» в 1893 г. отмечали живой стиль и хороший литературный язык Евгения Владимировича¹⁷.

После защиты магистерской диссертации Васьковский обращается к научно-педагогической деятельности: с 1897 г. он приват-доцент, с 1904 г. – экстраординарный профессор по кафедре гражданского права и гражданского судопроизводства Императорского Новороссийского университета, с 1906 г. – ординарный профессор, в течение трех лет (1906–1909) – проректор по работе со студентами. Однако в 1909 г. по обвинению в непринятии репрессивных мер против студентов, участвовавших в протестах, по решению суда он был отстранен от должности¹⁸. В этом обвинении проявляется характер педагога Васьковского – он считал, что в процессе обучения в Университете важен сам процесс обучения, а не борьба за политические взгляды студентов.

С этого момента и начинаются пробелы в биографии Е.В. Васьковского. В анкете он сделал запись о возобновлении работы ординарным профессором в Одесском университете с 4 мая 1917 г. по 31 июля 1924 г.¹⁹ В научной литературе встречаются иные сведения, которые мы считаем ошибочными. Так, профессор В.А. Томсинов, написавший наиболее полную биографию Е.В. Васьковского, утверждает, что с 1921 г. он занимал должность профессора уже в Университете Стефана Батория в Вильно (совр. Вильнюс)²⁰. Видимо, автор опирается на сведения, опубликованные в польском справочнике²¹. Причин, по которым Е.В. Васьковский в личной анкете в 1939 г. мог намеренно исказить сведения о своей работе, мы не находим.

Сведения о жизни Евгения Владимировича в Одессе после 1917 г. имеются в официальном заключении о назначении его на должность профессора Университета Стефана Батория: «В 1917 году Временное правительство, в соответствии с постановлением Ученого Совета, восстановило его в прежней должности, в результате чего он возобновил преподавание курсов гражданского права и процесса в Университете (Новороссийском. – *И.Х.*), а после большевистской «университетской реформы» университетов – в организациях, их заменивших. В 1918 году избран деканом юридического факультета, почетным мировым судьей и председате-

¹⁵ Альбом юмористических стихов Мартына Борули. 1889–1890. Одесса, 1891. С. 5.

¹⁶ Там же. С. 6, 18, 20, 33, 171–175.

¹⁷ Русские ведомости. 1893. № 28; Журнал гражданского и уголовного права. 1893. № 4.

¹⁸ См. подробнее об этом процессе подборку вырезок из газет и публицистические материалы современников в изд.: Революционное гнездо: Из истории Новороссийского университета. СПб.: Акад. союз студентов СПб. политехн. ин-та, 1909.

¹⁹ Archiwum Akt Nowych (AAN). WRiOP (Ministerstwo Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego). 6427. S. 1–15.

²⁰ Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX вв. С. 306.

²¹ Śródki A. Uczeńi Polscy XIX–XX stulecia. T. IV: S–Z. Warszawa, 1998. S. 447.

лем съезда мировых судей в Одессе. Исполнял эти обязанности до ликвидации большевиками мировых судов в 1920 году»²².

Истинный педагог *Университета* – это всегда ученый, который неразрывно связан с прикладной сферой профильной науки. Перерабатывая практику и формулируя теорию профессиональной деятельности, педагог-ученый, как правило, стремится воспроизводить и актуализировать свои научно-практические размышления в работе со студентами, в работе с теми, кому он должен помочь сформировать ментальную профессиональную матрицу. В этом отношении работы Васьковского учебного плана часто носят характер методических пособий и практикумов. Именно по этой причине, на наш взгляд, его работы актуальны и интересны и сегодня не только историкам правоведения, но и профессиональным юристам.

Помимо прочего Евгений Владимирович занимался обобщением, собиранием в самостоятельные издания решений Сената, что, очевидно, использовалось в учебном процессе²³. Его переводы говорят, с одной стороны, о хорошем знании иностранных языков, в частности немецкого, английского, итальянского, французского языков, латыни (про польский язык здесь и говорить не приходится), с другой стороны, об интересе сравнительного анализа права, правоприменительной практики в разных европейских государствах²⁴. Подобным анализом, питающим и обогащающим и его теорию, он будет заниматься всю жизнь, и очевидно, что не только ради заработка.

Служению Васьковского своему призванию не помешали ни разгар гражданской войны, ни строительство нового государства – Советской России. В 1918 г. вышло в свет его пособие «Типичные гражданские дела»²⁵.

Надо сказать, что восхождение к профессиональному признанию научным университетским сообществом и обретение статуса профессора для Евгения Владимировича были непростыми, если не сказать тернистыми. Докторская диссертация Васьковского «Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов» вызвала не просто публичное обсуждение. Дискуссия и споры вокруг диссертации, как и его ответ на претензии к нему, были опубликованы²⁶. Это положение и сегодня сохраняется в системе высшего образования: чем более высокой символической ценностью наделен статус ученого, тем более сложным и изматывающим будет путь к его обретению.

Накал страстей, словоупотребления, объем взаимных обвинений, переходящих в оскорбления, и степень сарказма и сатиры в данной перебранке носили очевидно запредельный характер (даже в наше время, к счастью, мы редко встречаем подобный «обмен любезностями»). Сейчас уже невозможно установить истинную первопричину таких эмоций, поскольку внимательное прочтение отзывов и ответов на них наглядно свидетельствует, что изложенное в них является не причиной, а лишь поводом для словесной дуэли. Конечно, любая научная работа и мнение любого ученого могут подвергаться критике и вызывать сомнения в правильности суждений, но далеко не всегда это делается в такой беспощадной и издевательской манере.

²² ААН. WRiOP. 6427. S. 3-4.

²³ Сборник решений Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената с 1866 по 1914 г. Одесса [1913–1915] (22 вып.).

²⁴ Васьковский Е. В. [От переводчика] // Иеринг Р. Теория владения. СПб., 1895. С. I–II; Васьковский Е. В. Предисловие // Тэн И. Французская философия первой половины XIX века. СПб., 1896. С. 1–2.

²⁵ Васьковский Е. В. Типичные гражданские дела: Пособие при изучении русского гражданского процесса для студентов и начинающих юристов. Одесса, 1918.

²⁶ Загоровский А. И. Отзыв об ученых трудах приват-доцента Е. В. Васьковского, составленный ординарным профессором А. И. Загоровским по поручению Юридического факультета Императорского Новороссийского университета и напечатанный согласно постановлению того же Факультета от 2-го октября 1903. Одесса, 1903; *Он же*. Оценка сочинений приват-доцента Васьковского, сделанная в отзыве, составленном по поручению Юридического факультета Императорского Новороссийского университета ординарным профессором А. И. Загоровским. Одесса, 1903. В ответ Е. В. Васьковским были опубликованы: Ответ на отзыв проф. А. И. Загоровского // Васьковский Е. В. Перл ученой критики: Ответ проф. А. И. Загоровскому. Одесса, 1903; *Он же*. Перл ученой критики: Ответ проф. А. И. Загоровскому. Одесса, 1904.

Справедливости ради необходимо отметить, что нелестные и критические отзывы на докторскую диссертацию исходили не только от профессора Загоровского, но и от лояльных к Васьковскому ученых; разумеется, последние выражали свои мысли корректно и дипломатично.

Решение Евгения Владимировича о переезде в Польшу в годы Гражданской войны скорее всего не было вынужденным. Выбор Польши и польского университета как места работы, думается, определялся его национальностью и знанием польского языка. Один из его коллег – Кароль Лютостанский, профессор гражданского права Варшавского университета, в октябре 1923 г. писал: «...позволю себе выдвинуть кандидатуру проф. Одесского университета Е. Васьковского, одного из лучших цивилистов, работавших ранее в России, поляка, ведущего польский дом, жаждущего вернуться в страну. Мне известно, что он стал на сторону Польши, и в ближайшее время ожидается его возвращение»²⁷.

Единственное, что мы не можем утверждать точно, так это то, кем считал себя Евгений Владимирович – эмигрантом из России польского происхождения или поляком, вернувшимся на историческую родину.

Русская колония в Польше благодаря эмиграции была многочисленной и одной из самых значительных в зарубежье, она составляла 140 тысяч человек²⁸.

Евгений Владимирович указывает Университет Стефана Батория в Вильно своим местом работы с 1 сентября 1924 г. От этой даты можно начать отсчет его «польской биографии»²⁹. Должность профессора в этом университете Е.В. Васьковский занимал 15 лет (с 1924 по 1939 г.), регулярно проходя переутверждение³⁰.

В.А. Томсинов указывает, что на какое-то время Васьковский уезжал в Чехословакию, где до 1928 г. читал лекции по гражданскому праву и гражданскому судопроизводству студентам Русского юридического факультета в Праге³¹. Однако сведениями из личных дел польского и литовского архивов эти факты не подтверждаются.

Смеем предположить, что Е.В. Васьковский преподавал на русском юридическом факультете в Праге в качестве приглашенного профессора на условиях совместительства или разовых работ. Согласно сведениям «Отчета о состоянии и деятельности Русского Юридического Факультета в Праге за 1927–1928 учебный год» (Прага: Тип. «Легиография», 1928), опубликованного в сборнике материалов по истории русского научного зарубежья, Е.В. Васьковский вел занятия по разрешению казусов по гражданскому праву³². В число преподавателей личного состава он не входил. Деятельность факультета с 1927 г. состояла лишь в доведении четвертого курса до конца обучения, прием был закрыт уже с 1925 г.³³ По этой причине рассматривать русский юридический факультет в Праге как возможное и длительное место работы Е.В. Васьковского мы не имеем оснований.

Признания своих профессиональных научных заслуг в Польше Евгений Владимирович добился очень быстро. Уже через пять лет, при прохождении очередной конкурсной процедуры при переизбрании на должность профессора, он получает лучшие рекомендации и высокую оценку своих работ от коллег.

²⁷ AAN. WRiOP. 6427. S. 5. К. Лютостанский высоко отзывался о научном уровне Васьковского: «Проф. Васьковский имеет обширные знания не только в российском праве, но и во французском и вообще западноевропейском, привлечение его в Вильно было бы великолепным приобретением» (Ibidem).

²⁸ Илов М. Русские в Польше (1919–1939 гг.) // Новый журнал (Нью-Йорк). 1990. Кн. 179. С. 255.

²⁹ Это косвенно подтверждается и тем, что документы о прохождении конкурса на должность ординарного профессора на II кафедру гражданского права указывают статус Васьковского на момент прохождения процедуры как «бывшего ординарного профессора Новороссийского Университета в Одессе» (AAN. WRiOP. 6427. S. 1–2).

³⁰ Личные дела Е.В. Васьковского в LCVA и AAN содержат все эти документы.

³¹ Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX вв. С. 307.

³² Отчет о состоянии и деятельности Русского Юридического Факультета в Праге за 1927–1928 учебный год (Прага: Тип. «Легиография», 1928 // Сухарев Ю.Н. Материалы к истории русского научного зарубежья. Книга вторая. М., 2002. С. 209.

³³ Там же. С. 208.

Внимание к кандидатуре Васьковского со стороны руководства факультета и университета заслуживает отдельной истории. Дело в том, что в 1930 г. Евгению Владимировичу исполнилось 64 года. Ректорат университета принял решение обратиться в Министерство по делам религии и народного просвещения Польши с ходатайством о продлении срока пребывания его в должности до 70-летия. Министерство разрешило продлить срок контракта только на один учебный год. Такая процедура повторялась каждый год, вплоть до декабря 1936 г., когда Е.В. Васьковский был избран почетным профессором³⁴.

Обосновавшись в Вильно, практически сразу Евгений Владимирович начинает готовить научные и учебно-методические публикации на польском языке. Библиография его польских работ нисколько не уступает библиографии работ, изданных на русском языке.

Самыми известными учебными пособиями Е.В. Васьковского стали «Учебник гражданского права» (1894) и «Учебник гражданского процесса» (1914), получившие высокие оценки правоведов и цивилистов. Так, Г.Ф. Шершеневич, которого сам Евгений Владимирович считал своим учителем-наставником, писал: «...учебник Васьковского может служить «лучшим пособием» с педагогической стороны, изложение в нем отличается поразительной легкостью: простым и живым языком автор излагает самые трудные вопросы гражданского права, значительно облегчая тем изучающим и без того трудную задачу усвоения предмета»³⁵.

Мнение об учебнике высказывал и правовед А.А. Башмаков: «Ясность и сжатость, правильная постановка вопросов, умение отделять существенное от второстепенного и спорного, достаточная эрудиция и богатство намеков на дальнейшие нити исследования предмета – таковы главные качества этой книги... Книга г. Васьковского является ценным приобретением для нашей литературы»³⁶.

«Учебник гражданского процесса» правовед А.А. Бугаевский в своей рецензии признал «самым полным из существующих учебников гражданского процесса... образцовым учебником гражданского процесса и прекрасным пособием для начинающих юристов»³⁷.

Польские коллеги из этих работ выделяли «Организацию адвокатуры», а также «Учебник гражданского права» и называли их «классическими работами, имеющимися на руках едва ли не каждого занимающегося указанными проблемами юриста из бывшей Российской империи»³⁸. Отмечали они и личные «выдающиеся педагогические способности» Евгения Владимировича³⁹.

Важное место в работах Е.В. Васьковского как практиковавшего ранее адвоката занимают не только проблемы цивилистики в целом, но и тема адвокатской этики, специфика профессиональной деятельности адвоката. Сам он объяснял это следующим образом: «Без преувеличения можно сказать, что ни одна профессия не представляет для нравственности занимающихся ею лиц таких соблазнов, как адвокатура. Это зависит от многих причин. Прежде всего адвокат по самому характеру своей деятельности обязан вращаться в сфере, которая изобилует подводными камнями, совершенно неизвестными представителям других либеральных профессий»⁴⁰.

Заслуги Е.В. Васьковского в области цивилистики и значение его работ признавались широким научным сообществом Польши. В 1938 г. он был избран членом-корреспондентом

³⁴ AAN. WRiOP. 6427. S. 19–93. Указ о присвоении Васьковскому звания почетного профессора факультета права и общественных наук Университета Стефана Батория в Вильно был подписан Президентом Республики Польша И. Мосцицким 15 декабря 1936 г. (Ibid. S. 93).

³⁵ Цит. по: Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX вв. С. 299.

³⁶ Там же.

³⁷ Там же. С. 305–306.

³⁸ AAN. WRiOP. 6427. S. 3–4.

³⁹ Ibid. S. 5.

⁴⁰ Цит. по: Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX вв. С. 300.

Польской академии знаний (историко-философского отделения)⁴¹. В Ежегоднике Академии 1946 г. при подведении итогов по выбывшим в годы войны членам Академии в некрологе подчеркивалось: «Евгений Васьковский занимал выдающееся научное положение в гражданском и процессуальном праве благодаря работам, написанным на русском языке. Из них наибольшую известность получило произведение в двух томах об организации адвокатуры и обширный труд под названием «Методология цивилистики». Работу о методологии (преподавании) он также издал на польском языке, когда стал заведующим кафедрой в Университете в Вильно. Среди русских и польских юристов получило широкое распространение составленное им собрание судебной практики российских судов. Он также является автором Курса российского судопроизводства (на русском языке) и работы о польском гражданском процессе. Из других его трудов следует прежде всего упомянуть обширный труд о торговом морском праве. Будучи очень талантливым юристом, он обладал огромной эрудицией»⁴².

С 1928 г. Евгений Владимирович был членом Кодификационной комиссии Польши.

Тем более удивительно, что при всех заслугах Е.В. Васьковского и ежегодно подтверждавшемся звании почетного профессора факультета права и общественных наук сегодня мы не находим его имени в списках почетных профессоров Вильнюсского университета.

На наш взгляд, причина забвения кроется в непростой истории самого университета и в политических (и даже геополитических) факторах, на нее влиявших. Основанный польским королем Стефаном Баторием в 1579 г. в начале XIX в., этот университет стал российским императорским, однако в уже 1832 г. был упразднен по указу Николая I. В эпоху обретения Польшей независимости (1919–1939) университет возродился по распоряжению Юзефа Пилсудского как Университет Стефана Батория в Вильно. И именно в этот период в нем работал Е.В. Васьковский. В 1939 г. университет перешел под управление Литвы, а в 1940 г. – СССР. В 1943 г. он возобновил свою деятельность и с 1944 г. стал Вильнюсским государственным университетом. После обретения Литвой независимости стал называться Вильнюсским университетом.

Научные исследования, посвященные истории университета, отражают политическую историю и национальные противоречия региона. Работы, написанные польскими историками, игнорируют вклад литовских ученых в развитие университета, и наоборот, написанные литовскими историками игнорируют вклад польских ученых⁴³. При этом «эмигранты» из России и вовсе не упоминаются, как будто они здесь и не работали.

Остается пока невыясненным, когда Е.В. Васьковский переехал из Вильно в Варшаву (можно предположить, что в годы оккупации). Также не установлены место жительства Е.В. Васьковского в Вильно и в Варшаве, его семейное положение в те годы, круг общения, причины смерти и место захоронения.

В 1969 г. появилось сообщение, что Евгений Владимирович умер 29 мая 1942 г.⁴⁴ Стоит заметить, что в 1946 г. точная дата его смерти еще не была известна Академии знаний, опубликовавшей в своем Ежегоднике некролог⁴⁵. Нам не удалось установить источник этой информации. К сожалению, в связи с оккупацией Польши гитлеровской Германией нельзя полностью исключить и вероятность трагической гибели ученого.

Ю.В. Тай, к.ю.н., доцент

И.Б. Хмельницкая, к.и.н., доцент

⁴¹ Rocznik Polskiej Akademii Umiejętności. Rok 1939/1945. Krakow, 1946. S. LXXIII, 67–68.

⁴² Ibid. S. 94 (перевод наш).

⁴³ Kosman M. Uniwersytet Wileński. 1578–1979. Wrocław, 1981. S. 56–64; Supruniuk A., Supruniuk M.A. Uniwersytet Stefana Batorego w Wilnie w fotografiach. 1919–1939. Toruń, 2009. S. XXXII–XXXIV.

⁴⁴ Wielka Encyklopedia Powszechna PWN. T. 12. Warszawa, 1969. S. 145.

⁴⁵ Rocznik Polskiej Akademii Umiejętności. Rok 1939/1945. S. LXXIII.

⁴⁶ ЛИТЕРАТУРА. Упомянутые здесь источники далее цитируются согласно фамилиям их авторов: *Adickes*. Stellung und Thätigkeit des Richters, 1906; *Idem*. Grundlinien durchgreifender Justizreform, 1906; *Arminjon*. La fonction judiciaire, 1920 (extrait de la «Revue de Paris» du 1/VI 1920); *Odilon Barrot*. De l'organisation judiciaire en France, 1872; *Benoist*. Le pouvoir judiciaire dans la démocratie («Revue de 2 Mondes» du 15/X 1899); *Bentham*. О судоустройстве, 1860 (пер. на рус. яз.); *Beradt*. Der deutsche Richter, 1930; *Blomeyer*. Recht und Gericht in England und in Deutschland, 1930; *Bordeaux*. Philosophie de la procédure civile, 1857; *Bouchardon*. Le magistrat, 1928; *Bozi*. Die Angriffe gegen den Richterstand, 1906; *Burckhard*. Der Richter, 1909; *Comte Ch*. Considérations sur le pouvoir judiciaire, 1810 (перепечатана в т. II работы Jeanvrot'a. La magistrature, 1883); *Coumoul*. Traité du pouvoir judiciaire, de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique, 2 ed., 1911; *Dehesdin*. Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats, 1908; *Dessauef*. Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie, 1928. *Dupeyron*. Le juge unique et la réforme judiciaire, 1927; *Doerr*. Allgemeine Lehren der Gerichtsverfassung («Archiv des öffentl. Rechts» 1921, 53 ff.); *Engelhard*. La réforme de la magistrature, 1880; *Favre*. De la réforme judiciaire, 1877; *Филиппов*. Судебная реформа в России, 2 т., 1871–1875 (на рус. яз.); *Franqueville*. Le système judiciaire de la Grande Bretagne, 2 t., 1893; *Fredl*. Pro judice, 1896; *Gerland*. Die enalische Gerichtsverfassung, 1910; *Idem*. Die englische Gerichtsverfassung und die deutsche Gerichtsreform, 1908; *Gerland*. Englische Rechtsprobleme und die deutsche Zivilprozessreform, 1930; *Goldman*. Der Richterstand und die socialen Aufgaben der Gegenwart, 1906; *Gülland*. Stellung und Aufgaben des Richters im Spiegel der Zeit, 1928; *Henrlon de Pansey*. De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques, 1810; *Гессен*. Судебная реформа, 1905 (на рус. яз.); *Holtgreven*. Vorschläge zur Justizreform, 1906; *Humbert*. Essai sur la réforme judiciaire, 1881; *Jeanvrot*. La magistrature, 2 t., 1882–1883; *Jousserandot*. Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France, 1878; *Kade*. Der deutsche Richter, 1910; *Kern*. Der gesetzliche Richter, 1927; *Kisch*. Unsere Gerichte und ihre Reform, 1908; *Koellreutter*. Richter und Master, 1908; *Lavielle*. Etude sur la procédure civile, 1862; *Malepeyre*. La magistrature en France et projet de réforme, 1900; *Manfredini*. Corso di diritto giudiziario civile, 1898; *Meyer*. Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe, 6 t., 1819 – 1823; *Мухайловский*. Основные принципы организации уголовного суда, 1905 (на рус. яз.); *Mügel*. Grundzüge einer landesrechtlichen Justizreform, 1919; *Müller*. Amt und Stellung des Richters, 1928; *Nerinx*. L'organisation judiciaire aux Etats-Unis, 1909; *Niedner*. Zur Frage einer durchgreifenden Justizreform, 1906; *Noailles (duc de)*. Le pouvoir jud. aux Etats-Unis («Rev. de 2 Mondes», 1888, t. 48); *Pépin*. Réforme de la magistrature civile et judiciaire, 1909; *Pettini*. Dell'ordinamento giudiziario italiano in mataria civile, 1912; *Pico*. La réforme judiciaire en France, 1881; *Piget*. Le juge unique et le statut de la magistrature en France, 1925; *Piola-Caselli*. La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario nella storia, nelle leggi straniere, nella legge italiana e nei progetti di riforma, 1907; *Reichel*. Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland, 1919; *Reichert*. Die Aufgaben des Richters, 1931; *Rousset*. La magistrature française et ses détracteurs, 1870; *Scheilhas*. Was fordert unsere Zeit vom Richterstande und Rechtspflege, 1898; *Schiffer*. Die deutsche Justiz, 1928; *Schrutka v. Rechtenstamm*. Ueber die Stellung des Richters nach heutigem öster. Rechte, 1900; *Schwartz*. Erneuerung deutscher Rechtspflege, 1908; *Stammeler*. Der Richter, 1924; *Stein*. Zur Justizreform, 1907; *Vavas seur*. Essai sur la réforme judiciaire, 1881; *Volkmar*. Reformvorschläge zur Gerichtsverfassungsgesetz, 1908; *Wagner*. Justizgesundheit, 1908; *Zacharias*. Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters, 1911. Принципы судоустройства излагаются также в курсах и учебниках гражданского и уголовного процесса, а наука государственного права всесторонне исследует организацию судов как органов государственной власти в связи с общими принципами государственной службы. Ср.: *Laband*. Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 4 Aufl., III B., 1901, 344–345.

Система гражданского процесса

I. Теоретическое вступление.

Принципы рационального судоустройства и гражданского процесса

Eugenjusz Waśkowski

System procesu cywilnego

I. Wstęp teoretyczny

Zasady racjonalnego ustoju sądów i procesu cywilnego

Wilno, 1932. 219 s

I. ПРИНЦИПЫ СУДОУСТРОЙСТВА ⁴⁶

I

Значение суда и условия его организации

I. Гражданский процесс в узком смысле или исковое производство складывается из действий суда и сторон. Суд – это орган государственной власти, призванный осуществлять правосудие. Сущность правосудия образно представляет фигура богини Фемиды, держащей в одной руке весы, «на которых взвешивает право, а во второй – меч, которым его утверждает»⁴⁷.

Суд, выполняющий свое предназначение хорошо, имеет безмерно большое значение для государства и общества. На нем базируется правопорядок; он претворяет в жизнь законы, восстанавливает нарушенные права и усмиряет преступников; благодаря ему граждане могут спокойно использовать свое имущество и плоды своего труда; он вызывает в народе уважение к праву, порождает и развивает чувство права. И наоборот: плохой суд, не отвечающий своему предназначению, оказывает влияние, прямо противоположное: его решения, несправедливые и основанные на нарушении права и искажении правды, подрывают правопорядок, порождают у народа опасение за свое имущество, неприкосновенность, свободу и даже жизнь, сдерживают предпринимательство и развитие хозяйства, деморализуют граждан и могут, в конце концов,

⁴⁷ *Ihering. Kampf ums Recht*, 1872. 9.

привести к распаду общества, к анархии либо, наоборот, к тирании⁴⁸. Самые совершенные гражданские и уголовные законы не могут этого предотвратить. Еще Платон сказал, что лучше иметь хороших судей при плохих законах, чем хорошие законы и плохих судей, поскольку, как правильно объяснил Dupin, хороший судья, при условии определенной свободы действий, может сделать много хорошего даже при дефектных законах, тогда когда плохой судья будет злоупотреблять и хорошими законами⁴⁹. И более того, пример Рима и Англии, а также Соединенных Штатов Северной Америки – крупнейших и мощнейших государств свидетельствует, что правопорядок может обеспечиваться, а жизнь народа нормально развиваться даже при условии ограниченности писаного права, только благодаря творческой работе судов, находящихся на высоте своего предназначения. Поэтому без преувеличения можно сказать, что хороший суд – основа государственного строя (*justitia fundamentum regnorum*) и что шедевром законодателя является, по мнению Montesquieu⁵⁰, хорошая организация суда. Имея это в виду, Нуме сказал относительно своего отечества: «Вся политическая система и каждый из ее органов – армия, флот, обе палаты – все это только средства к достижению одной-единственной цели – охранению свободы двенадцати судей Верховного суда»⁵¹.

II. Охраняя правопорядок, суд становится регулятором жизни, посредником между правом и жизнью. Следовательно, он правильно назван устами права⁵². «Судья, – говорит Ihering, – должен быть, так сказать, воплощенным, говорящим законом. Если бы справедливость могла сойти с небес и определить права так выразительно, сжато и точно, чтобы их применение стало шаблонной работой, то нельзя было бы придумать ничего лучшего: на земле восстало бы идеальное государство справедливости»⁵³. Но справедливость с небес не сходит; взаимоотношения между людьми определяются законами, которые не всегда отредактированы удовлетворительно; установление обстоятельств каждого конкретного случая часто вызывает трудности.

⁴⁸ Henrion de Pansey, 72–73: «Судебная власть скрепляет политическую связь... Без нее гражданин, боясь о своей свободе, своем имуществе, и даже о своей жизни, не будет стремиться к приобретению чего-либо, не имея возможности сохранить его, и будет чувствовать себя иностранцем в своей собственной стране»; Coumoul, 33: «La justice, avait dit Platon, après avoir constaté dans toute son œuvre qu'elle est le but social, la justice, précise-t-il, est le lien commun de toutes les parties du gouvernement». «La justice, dira à son tour Beccaria, est le lien nécessaire des intérêts particuliers, lien, sans lequel on les verrait bientôt se séparer et ramener l'ancien état d'insociabilité». «Le but de société étant la paix et l'ordre, par la justice, ceux qui la représentent doivent assurer à tous les citoyens la sécurité de leur personne et la paisible jouissance de leurs droits. Si cet objet n'est pas rempli, ce but social n'est pas atteint, et l'individu devient excusable de se protéger lui-même et de défendre ce qui lui appartient légitimement». «C'est alors le retour aux guerres privées et au règne de la force». «Когда гаснет факел правосудия, – прекрасно сказал Брусе, – все охватывает мрак». (Bryce. Modern democracies, 1921, 11, 384).

⁴⁹ Bordeaux. III, note. Portalis: «On a vu des états bien gouvernés avec des mauvaises lois par les bons magistrats: mais on n'a jamais vu de pays, quelles excellentes que fussent ses lois, bien gouvernés par des hommes sans lumières et sans justice» (Bordeaux. Ibid.). Неоднократно подчеркивалось значение хороших судей для законодательных реформ. Bordeaux, 110–111: «C'est ce qu'avait bien senti Treilhard, lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs du code de procédure: Ne nous dissimulons pas que le succès du code dépendra beaucoup et de l'autorité à qui son exécution est confiée, et de la conduite des officiers ministériels qui le pratiqueront chaque jour». Это хорошо понимали редакторы русских судебных уставов 1864 г., отмечая, что «полезность правосудия больше зависит от качества судей, чем от совершенства законов» («Суд. уставы», изд. Гос. канц., 1866, III, с. XXXVI). Профессор Сульговский, исследуя судебную реформу 1876 г. в Королевстве Польском, также отметил, что «плохие исполнители приносят больший вред, чем плохое право, а наилучшие положения в неспособных или не порядочных руках остаются бездейственными» (Журналы, 1916, VII, с. 29). Хороший пример показывает институт земских начальников, введенный в России в 1889 г. Мировые судьи, как и земские начальники, применяли одни и те же гражданские и уголовные законы. Но когда сенаторская ревизия выяснила, что мировые судьи осуществляли правосудие в целом хорошо (Джанишев. Из эпохи великих реформ, 1894, 465–466), министерство юстиции, проектируя упразднение института земских начальников и возвращение мировых судей, утверждало, что следствием деятельности земских начальников стала «деморализация населения», и «расцвет взяточничества, основанного на надежде, что в плохо организованном суде можно выиграть и несправедливое дело» (Гессен, 28).

⁵⁰ Montesquieu. De l'esprit des lois, I, XI, ch. XI.

⁵¹ Цит. из статьи: Duc de Noailles, p. 598.

⁵² Montesquieu. De l'esprit des lois, I, XI, ch. VI: «Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi»; Wach. Vorträge, 1896, 98–99: «Der Richter urtheilt, erkennt, sofern er den speciellen Thatbestand unter das Gesetz subsumiert, in ihm die Norm des Gesetzes aufdeckt... Über er thut das als Organ der Staatsgewalt. Das Gesetz spricht durch seinen Mund».

⁵³ Ihering. Zweck im Recht, 1884, I, 387–388.

Вследствие этого применение права представляет собой задачу очень трудную, сложную и требующую от судей целого ряда специальных качеств.

1. Главным и кардинальным достоинством, которым должен обладать судья, является беспристрастность. Будучи воплощением права, судья должен быть беспристрастен и невозмутим, как абстрактная норма закона. Можно даже сказать, что беспристрастность является самой сутью суда, потому что в понятиях «суд», «правосудие» коренится идея беспристрастности, поскольку судья, учитывающий требования и интересы только одной из сторон спора, утрачивает характер судьи и становится переодетым в судейскую тогу защитником и представителем этой стороны. Поэтому судьи, занимая свой пост, торжественно клянутся «осуществлять правосудие БЕСПРИСТРАСТНО».

2. «Хорошо судить, – как заметил Fenélon, – значит, судить согласно законам»⁵⁴. Но чтобы судить согласно законам, надо их знать и уметь применять, а для этого нужно получить юридическое образование. В настоящее время, когда во всех отраслях человеческой деятельности применяется разделение труда, когда в науках, искусствах и технике господствует специализация, правоведение и искусство правоприменения не составляют исключения и не могут быть доступными для каждого, хоть бы и имеющего общее образование⁵⁵. В законах воплощаются принципы права, устанавливаемые и разрабатываемые юридическими науками, некоторые из которых существуют уже сотни и даже тысячи лет и имеют огромную литературу. Некоторые статьи современных гражданских кодексов являются результатом многовековой юридической эволюции или отражением борьбы теоретических взглядов более или менее отдаленного прошлого. «Основные понятия, такие как просрочка, невозможность, юридическое основание и т.д., не являются результатом умственной деятельности одного лица. Напротив, они являются результатом более чем тысячелетнего правового опыта человечества в самой концентрированной форме»⁵⁶. Напротив, другие нормы, не имея источников в прошлом, являются выражением передовых стремлений законодательства в области экономических или каких-либо иных общественных отношений. Правильное понимание всех таких норм того и иного рода невозможно без специального историко-юридического образования.

Далее, изучение юридических наук необходимо еще и потому, что оно приучает к правильному мышлению, к юридическому анализу жизненных отношений; развивает способность находить в каждом законе проявления общих принципов права, отделять существенные элементы от случайных и второстепенных, а также выявлять связи отдельных положений закона с общей системой права. Судья без юридического образования всегда будет рабом буквы закона и вне буквы не откроет действительную мысль и волю законодателя⁵⁷.

В конечном счете юридическое образование имеет большое значение еще и в другом отношении. Дело в том, что деятельность судьи не сводится только к применению существующих норм; в определенных, хотя и жестких, границах он может и должен развить творческую деятельность именно в тех случаях, когда он должен восполнить пробелы в законодательстве при решении вопросов, не предвиденных законами, или толковать двусмысленные нормы, которые могут пониматься в нескольких значениях. Здесь для судьи открывается поле для введения в жизнь своих взглядов и правовых идеалов, которые можно приобрести только теоретическим изучением правоведения⁵⁸.

⁵⁴ *Bordeaux*. 141.

⁵⁵ *Bentham*, 31: «Самое страшное призвание из всех – вынесение решений о собственности, свободе и даже жизни – было бы единственным, которое не требует никакой подготовки. Простейшее ремесло требует учебы, важнейшее умение не должно было бы этого требовать».

⁵⁶ *Brütt*. Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, 161. Ср.: *Kipp*. Humanismus und Rechtswissenschaft, 1912, 24–25.

⁵⁷ *Михайловский*, 148.

⁵⁸ *Филиппов*, I, 212; *Arminjon*, 7.

3. Однако теоретического изучения самого по себе недостаточно для судьи: каждый судья должен обладать также практической подготовкой, определенным юридическим опытом, который будет ему полезен в судейской работе. Судья без практической школы подобен врачу, не работавшему в клинике до начала практики. «Знание науки еще не создает судью; новоиспеченный доктор права, покидая школьную скамью, не получает за одну ночь достоинств хорошего судьи. Абстрактная наука должна оплодотвориться профессиональной практикой: иначе можно создать, как выразился J. Favre, только сословие мандаринов, по-видимому, очень сильных в метафизике права, но неспособных сориентироваться в запутанных коллизиях частных дел»⁵⁹.

4. Кроме знания позитивного права, кроме теоретической и практической подготовки в области правопонимания каждый судья должен быть осведомлен о жизненных взаимоотношениях, которые определяются правом. Ведь правовые нормы охватывают почти все, касаются всех сторон, всех проявлений человеческой деятельности: семьи и брака, науки и искусства, торговли и промышленности, земледелия и ремесла, все это нормируется правом, и в каждой из этих отраслей ежеминутно возникают споры, решение которых составляет обязанность судов.

Чтобы удовлетворительным образом решить эту задачу, судья должен быть всесторонне образованным человеком⁶⁰. Очевидно, знать все, все науки, искусства и другие сферы человеческой деятельности невозможно, но этого и не требуется, потому что для решения специальных вопросов судья может обращаться к экспертам. Однако, даже для того, чтобы правильно поставить эти вопросы, сознательно отнестись к мнению эксперта и достойно его оценить, судья должен быть весьма образованным человеком⁶¹. «При нехватке общего образования деятельность судьи обязательно принимает механический характер. Судья становится ремесленником и меряет все разнообразие жизни масштабом своих формуляров и параграфов»⁶².

5. Не менее важной вещью для судьи является жизненный опыт. Он должен знать повседневную жизнь, обстановку, в которой живут и действуют обращающиеся к нему лица, в конечном счете знать психику людей и понимать мотивы их поступков. Потому что в противном случае он будет не в состоянии ни правильно устанавливать конкретные обстоятельства разбираемых дел, ни правильно оценивать нередко противоречивые заявления сторон и показания свидетелей. Поэтому хорошим судьей может быть только зрелый и жизненно опытный человек. «Ни одной наукой, – говорит Ch. Comte, – не овладевают так долго и с таким трудом, как правопониманием. Случалось, что 20–24-летние люди отличались на уровне искусств, математики, физики. Но если бы кому-то пришло в голову сказать о 25-летнем как об ученом юристе, то эти слова вызвали бы только снисходительную улыбку. В этой науке выражение «молодой ученый» совсем не употребляется: это было бы смешно. Сложность освоения правопонимания заключается не только в том, что оно в меньшей степени отграничено от других наук и охватывает большее количество дисциплин, но главным образом в том, что оно требует меткой природной рассудительности, такта или чувства справедливости, то есть качеств, которые приобретаются лишь с возрастом и опытом»⁶³.

6. Как представитель государственной власти судья обладает известным внешним авторитетом. Однако не менее важно, чтобы он пользовался у населения таким же или еще большим внутренним авторитетом, т.е., другими словами, чтобы граждане относились к нему с полным доверием ввиду его личных достоинств, поскольку «уважение народа к своим законам

⁵⁹ Vavasseur, 49–50. Ср.: Dehesdin, 144.

⁶⁰ Zacharias, 131 f.; Bozi, 13–14; Филиппов, I, 210–211; Pigé, 144–148. Ср.: Kipp, I. S. 7–8.

⁶¹ Pigé, 148; Schiffer, 105–106.

⁶² Scheilhas, 59; Por. Malepeyre, 231, 232; ReicheI, 15: «Der sogenannte Nurjurist ist nämlich in Wahrheit zu wenig Jurist; ja er ist streng genommen überhaupt kein Jurist, wie er sein soll».

⁶³ Comte, 66–67. Ср.: Favre, 47; Vavasseur, 49–50; Pépin, 68–69; Zacharias, 17 f.

и судьям – самая верная гарантия его послушания и прочности общественного порядка»⁶⁴. Поэтому судья должен быть безупречен в моральном отношении, его репутация не должна быть ничем запятнана, потому что граждане не будут доверять судье и его решениям, если они знают, что сам судья совершил проступок предосудительный в глазах общества. Судья, как верно отметил лорд Brougham, «должен быть не только справедливым, но и считаться таким; необходимо, чтобы его непоколебимая честность была общепризнанна»⁶⁵.

Следовательно, мы приходим к выводу, что беспристрастность, общее и специальное, как теоретическое, так и практическое образование, жизненный опыт и безупречная нравственность являются достоинствами, которыми должен обладать каждый судья, для того чтобы быть достойным своего призвания⁶⁶. Обеспечение наличия у судейского персонала этих достоинств является задачей судоустройства. Для этой цели законодательство должно, во-первых, обеспечить призвание на судейские должности только людей, обладающих указанными качествами, и, во-вторых, организовать их положение так, чтобы они могли проявлять эти свойства без препятствий и опасений. Другими словами, порядок занятия судейских должностей должен быть целесообразен, а судьям должно предоставляться надлежащее служебное положение.

III. Перед тем как приступить к оценке принципов, на которых должно базироваться судоустройство, для того чтобы могли воплотиться в жизнь установленные выше постулаты, необходимо окинуть взглядом существующую теперь в наиболее значимых государствах систему судов. Отмечу вначале, что суды везде делятся на две категории: общие и специальные, создаваемые для определенных видов дел, например, для дел, вытекающих из торгового оборота, взаимоотношений между работодателями и рабочими и т.п. Поскольку специальные суды соотносятся с общими судами так же, как исключение и правило, постольку особенности их устройства, вызванные своеобразием характера подсудных им дел, не могут иметь решающего значения и должны быть опущены при установлении общих принципов судоустройства. В этой связи ограничимся рассмотрением общих судов разных стран.

Во Франции, Германии и Австрии судами первой инстанции являются: 1) для дел мало-значительных и требующих быстрого решения – единоличные суды, называемые во Франции мировыми судами (*juges de paix*), в Германии и Австрии – участковыми (*Amtsrichter*, *Bezirksrichter*), и 2) для остальных дел – коллегиальные суды первой инстанции, называемые во Франции трибуналами (*tribunaux*), в Германии – судами земель (*Landgerichte*), в Австрии в главных городах – также судами земель (*Landesgerichte*), в остальных – окружными (*Kreisrichte*). Второй инстанцией для единоличных судов выступают коллегиальные суды первой инстанции, а для последних также коллегиальные суды второй инстанции, во Франции называемые апелляциянными судами (*cours d'appel*), в Германии и Австрии – высшими судами земель (*Oberlandesgerichte*). На вершине иерархии в каждом из этих государств находится верховный суд: во Франции – Кассационный (*Cour de cassation*), в Германии – Имперский суд (*Reichsgericht*), в Австрии – Верховный (*Oberster Gerichtshof*). Компетенция этого суда охватывает всю территорию государства. Разница между государствами состоит в том, что во Франции и Австрии этот суд представляет собой высшую инстанцию, для судов как коллегиальных, так и единоличных, тогда как в Германии только для коллегиальных⁶⁷.

⁶⁴ Henrion de Pansey, 73.

⁶⁵ Pigé, 207.

⁶⁶ Arminjon, 4–5; Picot, 303; Malepeyre, 121; Pigé, 148; Ihering, I c, 394 f.; Schiffer, 102 f.

⁶⁷ После судебной реформы 1877 г. государствам Империи, имеющим несколько апелляциянных судов, разрешено (*Einf. gesetz z. Gar. verf. ges.*, § 8) иметь специальный суд третьей инстанции. Но воспользовалась этим только Бавария, так что третьей инстанцией для баварских судов стал Высший суд земли в Мюнхене. Однако с введением общенемецкого Гражданского кодекса 1900 г. (*Einf. ges. zum BGB*, § 6) все дела, основанные на положениях этого Кодекса, были отнесены к компетенции Имперского суда, которую затем распространили и на другие дела специальными законами, в соответствии с чем компетенция мюнхенского суда была сведена к минимуму. Rosenberg. Lehrbuch des deut. Zivilprozessrechts, 1927. S. 34. Новелла от. 1924 г. (CPO, § 566a) разрешила сторонам подавать жалобу на решение земельных судов в Имперский суд, пропуская, по взаимному

По французскому образцу организованы суды в Бельгии, Италии, Испании, Португалии и многих других странах с некоторыми отличиями в деталях⁶⁸.

В Италии единоличные суды делятся на две категории: на преторов (*pretori*), соответствующих французским мировым судьям, и на собственно мировых судей (*giudici conciliatori*), которые имеют целью заключение мировых соглашений и рассмотрение исков, касающихся движимых вещей, не превышающих стоимости 100 лир. Кроме того в Италии до недавнего времени существовал не один, а пять кассационных судов (в Риме, Турине, Флоренции, Неаполе и Палермо). В 1923 г. четыре суда были ликвидированы, теперь существует только один – в Риме⁶⁹.

Устройство российских судов согласно судебным уставам 1864 г. было сходно с французским и отличалось от него лишь тем, что вторую инстанцию для мировых судей составляли так называемые съезды, т.е. коллегии, состоящие из трех мировых судей. В 1889 г. мировые суды были во многих местностях упразднены и заменены административно-судебными органами (земские начальники, городские судьи, уездные члены окружных судов, губернские учреждения, уездные съезды). Отрицательные последствия этой реформы вынудили русское правительство к возвращению в 1912 г. мировых судов, что, однако, до революции было сделано только в 10 губерниях и некоторых больших городах⁷⁰.

Судебная система Англии отличается своеобразным характером. Первую инстанцию по гражданским делам составляют мировые суды, суды графств (*county courts*) и Высший суд в Лондоне, который является в то же время второй инстанцией для судов графств. Второй инстанцией для высшего суда является апелляционный суд, который составляют лорд-канцлер (министр юстиции), как председатель, председатель третьего отдела Высшего суда и несколько апелляционных судей. Третьей инстанцией является суд палаты лордов, состоящий из канцлера, нескольких членов апелляционного суда и тех членов палаты лордов, которые являются или являлись судьями Высшего суда. Следует отметить, что компетенция упомянутых судов является чрезвычайно запутанной и что в осуществлении правосудия по некоторым категориям гражданских дел принимают участие присяжные⁷¹.

В федеративных государствах – Швейцарии и Соединенных Штатах Северной Америки суды делятся на две группы: на союзные (федеральные) суды и суды отдельных кантонов либо штатов. Обе эти группы частично функционируют самостоятельно и независимо друг от друга, но частично связаны, поскольку вторые подчиняются первым. В большинстве кантонов Швейцарии первой инстанцией являются мировые суды (в одних кантонах единоличные, в других – коллегиальные); затем везде есть окружные апелляционные суды, но в нескольких кантонах существуют и самостоятельные кассационные суды. Обязательным связывающим звеном выступает Высший федеральный суд как вторая инстанция для одних категорий дел и как третья – для других⁷².

В Соединенных Штатах Северной Америки во главе федеральных судов стоит Верховный суд в Вашингтоне; низшую инстанцию составляют участковые суды, а среднюю – окружные. Судебные системы отдельных штатов отличаются и относятся к одному из двух главных видов: трехзвенной либо четырехзвенной системе, в зависимости от числа судебных инстанций. В первой системе существуют суды низшие, высшие и верховные, во второй системе

согласию, высшие суды земель.

⁶⁸ *Eslande*, pass.; *Piola Caselli*, pass.

⁶⁹ *Casablanca*. La réforme judiciaire du gouvernement fasciste et le nouveau statut de la magistrature italienne (Bulletin de la Soc. de legisi. comp., t. 56 (1926–1927), 88 s.; *Pettini*, 369 s.).

⁷⁰ См. мой Учебник гражданского процесса, 2-е изд., 1917, § 14 и 17 (на рус. яз.)

⁷¹ *Gerland*, § 1 и 11.

⁷² *Reichel*, 1 f.

между судами высшими и верховными существуют еще суды графств. Мелкие дела подсудны мировым судам (в городах – городским судам)⁷³.

II

Подготовка к судейской должности ⁷⁴

Вопрос комплектования личного состава судов состоит из двух частей: 1) кто может занимать судейские должности и 2) как должно происходить замещение. Первый вопрос касается наличия у кандидатов соответствующей квалификации, второй – способа замещения судейских должностей.

Решение первого вопроса не представляет большого труда. Действительно, если мы признали, что для правильного осуществления правосудия необходимо, чтобы судьи имели определенные достоинства, то мы должны также признать, что судейские должности могут замещать только лица, которые эти достоинства действительно имеют, следовательно, кандидаты на судейские должности должны удовлетворять вышеуказанным требованиям, касающимся возраста, морального ценза, общего образования, а также профессиональной подготовки. Это положение в конечном счете является в настоящее время практически общепризнанным. Современные законодательства отличаются главным образом требованиями к профессиональной подготовке. С целью выяснения наилучшей организации на этом необходимо остановиться подробнее.

Профессиональная подготовка имеет две стадии: завершение обучения на юридическом факультете университета или другой академической школы и прохождение практики в суде. Организация учебы на юридических факультетах составляет самостоятельную проблему, выходящую за рамки данного исследования и требующую специального изучения, поскольку она до сих пор вызывает ярые споры и разнообразные проекты реформ⁷⁵. Общую черту исследований в этой области составляет признание недостаточности не только практической, но даже теоретической подготовки выпускников высшей школы⁷⁶. Среди различных проектов реформы университетского образования я приведу, учитывая его радикальный характер, лишь один, заключающийся в объединении в одно целое университетского образования с судебной практикой. В соответствии с этим проектом, имеющим таких выдающихся сторонников, как *Dernburg* и *Zitelmann*, теоретическая и практическая подготовка должна быть разделена на

⁷³ *Nerinx*, 7–8, 185 s.

⁷⁴ *Ausbildung und Fortbildung der Richter. Bericht über die Verhandlungen des 2 preussischen Richtertages*, 1910; *Grüber. Die Vorbildung der Juristen und ihre Reform*, 1910; *Hellwig. Die Vorbildung der Juristen* (Zeitschr. für deut. Zivilproz. 40 B.); *Jakobi. Die Ausbildung der Juristen*, 1912; *Vierha. Ueber der praktischen Vorbereitungsdienst* (Zeit. f. deut. Zivilpr., 41 B.); *Waller. Pechtsstudium und Referendariat*, 1910. *Dehesdin*, pass.; *Piola-Caselli*, pass.; *Ulrich*, pass.; *Kade*, pass.

⁷⁵ Даже в нашей бедной юридической литературе этот вопрос вызвал острую полемику между проф. Makarewiczem и Balzerem на страницах «Przeglądu Prawa i Administracji» и «Czasopisma Prawn. i Ekonom.» в 1919–1923 гг.

⁷⁶ *Adickes. Zur Verständigung über die Justizreform*, 1907. S. 100 f.; Bericht über die Verhandlungen des 2 preuss. Richtertages, 1910, 15 f., 36 f., 48 f.; *Дерюжинский. Судебные деятели об университетской подготовке молодых юристов* (Журн. Мин. Юст., 1902. № 7); *Gerland. Die Reform d. jur. Studiums*, 1911; *Гордон. Школа права* (Журн. Мин. Юст., 1913, № 1); *Goldschmidt. Rechtsstudium und Prüfungsordnung*, 1887, 293 f.; *Fischer. Zur Reform d. jur. Studiums* (Akadem. Rev. 1897. № 31. S. 399–400); *Liard. L'enseignement supérieur en France*, 1894, t. II, p. 101 s., 121, 202; *Liard. Universités et facultés*, 1890, 32 s. *Vierhaus*, 263 f.; *Waller. I. c.*, 21 f.; *Zitelmann. I. c.*; *Klein-Engel. Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, 75. Меткие замечания, касающиеся изучения права, содержит основанная на обширной литературе работа проф. Дыновского «Задачи цивилистического образования», 1896 (на рус. яз.). Работа проф. Петражицкого (Университет и наука, 2 т., 1897, на рус. яз.) посвящена вообще науке и университетскому образованию. Ряд статей о реформе юридического образования содержат журналы: *Revue Internationale de l'enseignement supérieur* (Blondel'a, Liard'a, Lyon-Caen'a, и др.), «*Akademische Revue*», «*Deutsche Juristen-Zeitung*», «*Juristische Wochenschrift*».

четыре этапа так, чтобы после полуторогодового пребывания в университете и сдачи экзаменов студенты проходили двухгодичную стажировку в суде и административных учреждениях, затем возвращались в университет, на протяжении двух с половиной лет изучали специальные юридические науки и в конечном счете после годичной практики допускались к экзамену на судейскую должность. Такую организацию обучения нельзя признать разумной. Студент-юрист на протяжении полутора лет может ознакомиться лишь с базовыми юридическими понятиями и также будет недостаточно готов к сознательному прохождению практики, как и студент-медик, допущенный после полуторогодового пребывания в университете к работе в клинике. Практическая подготовка неизбежно превратится в механическое выполнение чужих указаний и канцелярскую работу⁷⁷. Кроме того, перерыв в теоретических занятиях негативно скажется на их результатах: «Студент, выбитый из прежней колеи, находившийся достаточно долгое время в иных жизненных обстоятельствах, с умом, обращенным к вопросам исключительно практическим, с трудом потом обратит его к требованиям теоретической университетской науки. Вместо ожидаемых Zitelmann'ом успехов придут трудности, разочарования, расхолаживание, в лучшем случае попытки завершения второго этапа образования, который Zitelmann представляет себе именно как углубленное обучение, с возможно наименьшими усилиями и поверхностной подготовкой»⁷⁸.

Следовательно, теоретическая подготовка должна предшествовать профессиональной практике. Очевидно, что такая практика должна заключаться в точном и подробном знакомстве с фактической организацией и деятельностью судов. Речь в данном случае идет не об освоении канцелярской рутины, но о приобретении способности к суждению и вынесению решений. Следует отметить, что могут применяться разные способы контроля за стажировкой. Прежде чем мы займемся этим вопросом, необходимо рассмотреть организацию подготовки к судейской профессии в разных странах. Существующие теперь системы могут быть поделены на три типа.

К первому типу принадлежит система, издавна принятая в Англии и состоящая в том, что судьи (кроме мировых судей) избираются исключительно из среды адвокатов, причем для занятия судейских должностей установлено определенное время практики (чем выше должность, тем, дольше – от 7 до 15 лет)⁷⁹. Также адвокатская практика до 1906 г. считалась достаточной подготовкой для получения судейских должностей во Франции. И в Соединенных Штатах Северной Америки установился обычай выбора федеральных судей из адвокатской среды⁸⁰.

Второй тип подготовки может быть назван экзаменационным, поскольку он характеризуется тем, что способность кандидата к занятию судейской должности подтверждается специальным экзаменом. К этому типу принадлежит немецкое, австрийское и дореволюционное русское законодательство. В Германии, чтобы получить право претендовать на судейскую должность, необходимо пройти трехлетний курс обучения юридическим наукам в университете, сдать первый государственный экзамен, затем пройти трехлетнюю службу в суде или работать в адвокатском бюро (часть этого времени может быть проведена в учреждении прокуратуры) и в конечном счете сдать второй экзамен⁸¹. В некоторых странах Империи требуется более длительное пребывание в университете⁸². От подготовительной практики и экзаменов освобождаются только ординарные профессора юридических факультетов.

⁷⁷ Hellwig, I, с. 552; Grüber, 9–10; Jacobi, 32 f.

⁷⁸ Бальзер. Два мира, 1923, с. 5 (оттиск с «Журн. юрид. и эконом.»).

⁷⁹ Gerland, 781 f.

⁸⁰ Nerinx, 25 s., 81, 226. По английскому образцу организовано получение судейских должностей в Австралии, Канаде и Новой Зеландии. Bryce. Modern Democracies, 1921, II, 386–387.

⁸¹ Gerichtsverfassungsgesetz, § 2–5.

⁸² Kade, 99 f.; Rosenberg. Lehrbuch des deut. Zivilprocessr., 1928, 54. Ряд статей о подготовке к судейской должности в отдельных частях Империи напечатала «Juristische Wochenschrift» (1928. X. 1).

В Австрии право на получение судебных должностей имеют лица, которые по окончании юридического факультета и сдачи предусмотренных теоретических экзаменов прошли трех-летнюю подготовительную практику в судах, прокуратуре или (частично) в надзорных органах казны либо в адвокатском бюро, а затем сдали судебский экзамен, сходный с адвокатским. И тут сделано исключение для профессоров⁸³.

В России подготовка к судебской профессии была урегулирована Законом от 1891 г. таким образом, что лица, имеющие университетский диплом юриста, могли быть зачислены в число кандидатов на судебские должности в качестве младших кандидатов. По истечении определенного промежутка времени (от полутора до двух лет, не более) кандидаты обязаны были явиться на экзамен и в случае положительного результата назначались старшими кандидатами, которые после полуторагодовой практики и получения от председателя апелляционного суда свидетельства о приобретении надлежащей подготовки могли быть назначены на должности следственных судей, городских судей или помощников прокурора окружного суда⁸⁴.

Третья система – конкурсная – отличается от экзаменационной тем, что имеет целью не только подтверждение подготовки кандидатов на получение судебской должности, но и установление степени этой подготовки: кандидаты, сдавшие экзамен, вносятся в список в очередности в зависимости от проявленных ими на экзамене знаний и умений. Благодаря использованию этого списка власть, от которой зависит назначение судей, имеет возможность избирать наилучших кандидатов.

Преимущество конкурсного экзамена над обычным состоит в том, что он побуждает кандидатов к более прилежной работе. При системе обычных экзаменов кандидатам достаточно лишь сдать экзамен, а лучше или хуже – уже не имеет для них значения, поскольку это не влияет на их карьеру. Поэтому они могут удовлетвориться минимумом необходимой для подготовки работы и минимумом необходимых для сдачи экзамена знаний⁸⁵. При системе конкурсного экзамена между кандидатами возникает соревнование; каждый стремится подготовиться как можно лучше, чтобы победить других и получить первое либо одно из первых мест в списке, и таким образом прилагает максимальные усилия для получения наибольших знаний. Неизбежным результатом конкурсной системы является повышение уровня подготовки кандидатов, а следовательно, и совершенствование судебного корпуса⁸⁶. Система обычных экзаменов может быть целесообразна в случаях, когда идет речь о проверке готовности кандидатов к свободным профессиям, в которых применяется принцип неограниченной конкуренции, как в профессии врача, адвоката и т.п. Но конкурсный экзамен более уместен там, где необходимо занять строго определенное число должностей и желательно наилучшими кандидатами⁸⁷.

В конечном счете нужно отметить, что конкурсный экзамен имеет реальное значение настолько, насколько он связан с конкурсной системой назначения судей, т.е. насколько назначающая судей власть обязана считаться с результатом экзамена и замещать судебские должности кандидатами согласно очередности нахождения в составленном на основании результатов экзаменов списке. Но если результат экзамена не влияет на очередность выдвижения кандидатов, то конкурсный экзамен ничем не отличается от экзамена обычного. Именно это мы видим

⁸³ Gerichtsorganisationsgesetz, § 4–17; *Klein – Engel*. Der Zivilprozess Oesterreichs, 1927, 75.

⁸⁴ См. мой Курс гражданского процесса, I, 1913. § 12. Также экзаменационная система была введена в Португалии в 1890 г. (*Annuaire de législ. étrang.*, 1891, 459).

⁸⁵ *Schiffer*. Justizbau als Justizreform (*Deutsche Jur. Zeit.*, 1928, № 1. S. 5): «Um Richter zu werden, nichts weiter nötig ist, als das Bestehen einiger juristischen Egzamina, die bei mässigem Fleiss und durchschnittlicher Begabung schliesslich jeder zu bewältigen im Stande ist».

⁸⁶ *Dehesdin*, 260–261, 263: «L'un des phénomènes, qui ont frappé les partisans du concours, est l'amélioration progressive des études, la croissance du nombre et de qualité des candidats»; *Fritze*. Die Kehrseite der Justizreform (*Deut. Jur. Zeit.*, 1928, № 12. S. 829): «Nimmermehr darf der stolze Ruf: «Freie Bahn dem Tüchtigen» verkehrt werden in den stumpfen Missklang: «Unterstütz für den Mittelmässigen».

⁸⁷ *Marchand*, 189; *Coumoul*, 417 s.

во Франции. В 1906 г. там была введена конкурсная система, но лишь состоялся первый экзамен, как был издан новый декрет (в 1908 г.), который, по-прежнему сохраняя конкурсный экзамен, тем не менее не поставил очередность выдвижения в зависимость от результата экзамена, из этого следует, что система, принятая во Франции, не заслуживает названия конкурсной⁸⁸ и в действительности является обычной экзаменационной системой⁸⁹.

В связи с тем, что конкурсный экзамен и конкурсная система замещения судебных должностей тесно между собой взаимосвязаны, их нужно рассмотреть вместе в следующем разделе.

III

*Способы замещения судебных должностей*⁹⁰

Способы замещения судебных должностей могут быть самыми разнообразными. Обычно принято выделять и противопоставлять два: избирательную (выборную) систему и систему назначений. Это неточно, поскольку обе эти системы могут принимать разные формы, имеющие неодинаковое практическое значение. Существует разница между тем, назначает ли судью центральная (министр, президент) либо местная (воевода, староста, председатель суда) власть; зависит ли назначение от произвольного усмотрения власти или власть должна исходить из результатов конкурса, равно и непосредственное избрание народом не является тем же, что и избрание судебной коллегией или органом местного самоуправления. Принимая во внимание все возможные комбинации, мы получим следующую классификацию способов замещения судебных должностей.

I. Избрание: а) народом в ходе всеобщего голосования, б) собраниями народных представителей политического характера (парламенты, сеймы, городские магистраты), с) судебными коллегиями и d) специальными комиссиями.

II. Назначение по произвольному усмотрению: а) местных властей и б) центральной власти.

III. Назначение, обусловленное: а) результатами экзаменов, б) рекомендациями избирающих органов и с) результатами конкурса.

Ia. Выбор судей непосредственно народом в ходе всеобщего голосования кажется на первый взгляд наилучшим, наиболее справедливым и рациональным. В поддержку его высказываются следующие мнения⁹¹.

1. Эта система полностью отвечает принципу верховенства народа. Если источником государственной власти является сам народ, если «любая власть является непосредственным выразителем свойства «народного суверенитета» (Esmein), то, очевидно, самому народу принадлежит право определить тех, кому он хочет доверить выражение этого свойства»⁹².

⁸⁸ Список кандидатов, сдавших экзамен, составляется не в соответствии с полученными оценками, а в алфавитном порядке. Decret du 13 février 1908, art. 11.

⁸⁹ Dehesdin, 493; Marchand, 181.

⁹⁰ Eslande. Etude sur le recrutement de la magistrature, 1897; Dehesdin. Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats, 1908; Marchand. Le recrutement de la magistrature en France, 1910. Ulrich. Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, 1904; Kade. Der deutsche Richter, 1910; Reichel. Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland, 1919. Piola – Caselli. La magistratura, 1907.

⁹¹ Bentham, ch. VIII; Desjardins. La magistrature élue (Revue de 2 Mondes, 1882); De l'élection des juges, par l'auteur de la «Réforme efficace de la magistrature», 2 ed., 1882; Marchand, 34 s.; Dehesdin, 183 s.; Coumoul, 304 s.; Pellini, 168–169; Судебные уставы 20 ноября 1864 г. с изложением рассуждений, на коих они основаны, III, 1866, с. XIII и след.

⁹² Этот аргумент приводился в Законодательном собрании (Barnave: «Tous les pouvoirs doivent être délégués par le peuple») и во французском парламенте во время дискуссии о судебной реформе (Gierville. Reache в 1882 г.: «C'est au peuple qu'il faut donner l'élection des magistrats»). Marchand, 38–39. Это в 1883 г. защищал и Clémenceau: «Le premier principe de tout gouvernement

В качестве возражения можно сказать, что непосредственное избрание всех судей всем народом невозможно; выборы должны происходить в каждой области отдельно, потому что население может знать кандидатов только своей области. Следовательно, замена всеобщих выборов выборами в отдельных областях базируется на том, что народ делегирует принадлежащее ему право собраниям жителей отдельных областей. Но народ может делегировать это право и кому-то другому, например судейским коллегиям, сейму, магистратам, в конечном счете президенту или министру. Речь идет только о том, чтобы этот орган власти, которому делегировано право назначения судей, получил это право непосредственно либо опосредованно от народа, т.е. сам был бы избран народом либо избранными народом представителями. «Не являются ли (хотя и опосредованно) судьи, назначенные правительством, которое само происходит из народного представительства, эманацией народного суверенитета более глубокой, чем судьи, которых непосредственно избрала провинция, насчитывающая несколько тысяч граждан? Можно ли утверждать, что судьи в Пуатье или Бриансоне, избранные жителями этих провинций, будут избранниками и представителями народа»⁹³? В этом проявляется принципиальная разница между выборами судей и депутатов. «Если мнение каждого отдельного депутата естественным образом сближается с мнением своей области, то общее мнение всех депутатов страны составляет, вопреки, или, наоборот, благодаря этому, достаточно точное отражение мнения всего народа. Наоборот, судьи не объединяются для выполнения своих функций, а исполняют их отдельно каждый в своей области; в таких условиях было бы нелепостью допускать, что состав определенного суда X, который возник из избирательных урн области X, был бы таким же в случае, если бы в его избрании принял участие весь народ»⁹⁴.

2. Система избрания судей народом отвечает принципу разделения властей, требующему, чтобы органы судебной власти были независимы от иных властей, а наилучший способ обеспечения независимости судебной власти базируется на том, чтобы судей избирал сам народ, как избирает депутатов законодательных собраний. «Почему мне разрешено избирать своего депутата, но не дано право избрания своего судьи?» – спрашивает *Jules Simon*: «В тысячу раз легче избрать судью, интерпретатора закона, чем депутата, призванного закон создавать. Если исполнительной власти доверен выбор судей, то почему ей препятствуют определять состав законодательного собрания по своему усмотрению? Пусть она избирает тех, кто творит закон, если ей поручено избирать того, кто закон трактует и применяет. Но если мы заботимся о свободе, то пусть администрация не выбирает ни одних, ни других и пусть разделение властей будет совершенным»⁹⁵.

Однако и этот аргумент неубедителен. Принцип разделения властей требует, чтобы органы судебной власти не были подчинены органам исполнительной или законодательной власти, следовательно, назначение судей министром не противоречит этому принципу, при условии, что это не подрывает несменяемости судей, т.е. что после назначения судьба судьи становится независимой от воли министра, что судья становится несменяемым, а награды, продвижение по службе и наказания находятся вне усмотрения министра⁹⁶.

républicain, c'est que les citoyens, qui sont tous souverains, exercent tous les pouvoirs qu'ils peuvent exercer directement, et deleguent à des mandataires pouvoirs qu'ils ne peuvent pas exercer». *Dehesdin*, 197–108.

⁹³ Так ответил сторонникам непосредственного избрания судей Waldeck-Rousseau в 1883 г. *Dehesdin*, 184.

⁹⁴ *Dehesdin*, XXIX. «Vous demandez, – ответил сторонникам всенародного избрания судей *Waldeck – Rousseau* на заседании парламента в 1882 г. – que chaque ressort judiciaire demeure maître de son pouvoir judiciaire, et vous allez ainsi faire autant de pouvoirs judiciaires distincts, autonomes, que vous avez de circonscriptions» (*Dehesdin*, 110).

⁹⁵ *Jules Simon*. *Liberté politique*, 1881, 187. Это доказательство было приведено в Законодательном собрании в 1790 г. *Dehesdin*, XXV; *Marchand*, 36–38.

⁹⁶ *Reichel*, 30: «Man glaubt die Unabhängigkeit gefährdet, wenn der Richter von der Verwaltungsbehörde bestellt wird. Sie kann aber theoretisch ganz ebenso gefährdet sein, wenn das Volk ihn wählt. Der Ausgangspunkt der Betrachtung ist falsch. Die Garantien der Unabhängigkeit legen überhaupt nicht so sehr in der Bestellungsart, sie legen vielmehr in der Unbeeinflussbarkeit des (so oder, so bestellten) Richters».

3. Избранные народом судьи пользуются большим доверием, чем судьи, назначенные правительством. Не подлежит сомнению, что желающие разрешить какой-либо юридический спор полюбовно выбирают арбитрами людей, которым больше всего доверяют. Поэтому избранный жителями данной области судья является не кем иным, как постоянным арбитром для решения всех дел, которые будут в этой области возникать. Следовательно, он пользуется наибольшим доверием населения, которое удостоило его избранием. Можно даже рассчитать степень этого доверия: оно пропорционально количеству голосов, полученных судьей во время выборов⁹⁷. Если выбор был неудачным и судья не оправдал ожиданий, принцип выборности не утрачивает значения в глазах граждан, которые могут утешиться тем, что назначенный правительством судья мог бы быть еще хуже и что на следующих выборах выберут лучшего судью, в то время как от назначенного правительством судьи они не могли бы так легко избавиться.

Теоретически вышеупомянутые размышления кажутся абсолютно правильными; однако в действительности люди делятся по политическим убеждениям, и выборы судей, как и депутатов, осуществляются с позиции партийных интересов. При выборах депутатов это вполне естественно, поскольку депутаты должны защищать позиции своей партии по рассматриваемым сеймом вопросам. Но при выборах судей речь идет о чем-то ином: об избрании мудрых, честных, беспристрастных и хорошо подготовленных людей, способных осуществлять правосудие, не поддаваясь партийным лозунгам. «Нет должности, – как отметил *Mill*, – для которой безусловная беспристрастность и беспартийность были бы одинаково важны»⁹⁸. Тем временем партийные выборы создают партийные суды, в связи с чем возникает опасение о надлежащем осуществлении правосудия, поскольку в некоторых областях судебские должности могут быть заняты даже сторонниками подрывных организаций⁹⁹.

4. Судьи, избираемые народом, должны быть наилучшими, поскольку жители каждого округа, зная местных кандидатов и будучи сильно заинтересованы в создании хорошего суда, постараются отдать свои голоса наидостойнейшим кандидатам. В этом случае собственный интерес является лучшим советом и мотивом¹⁰⁰. Но, не повторяя вновь того, что минуту назад было сказано о партийности выборов, можно лишь добавить, что большинство населения знает кандидатов на судебные должности лишь поверхностно, с внешней стороны и вовсе не способно оценить их подготовку и способность к несению судебных обязанностей. «В действительности оно позволяет управлять собой газетной рекламе, избирательным агентам и приятелям кандидатов»¹⁰¹. Если же закон будет требовать от кандидатов юридического образования и практической подготовки, то легко может случиться, что в некоторых областях или вообще не будет, или будет недоставать кандидатов на замещение всех вакансий¹⁰².

5. Принцип выборности дает возможность обновления и усовершенствования судебного корпуса путем повторного избрания судей, проявивших себя соответствующим образом, и забаллотирования не оправдавших возлагавшихся на них надежд¹⁰³. При этом устранение путем забаллотирования не оскорбляет судью и позволяет ему занять другую должность, чему препятствует освобождение судьи, назначенного властью¹⁰⁴.

⁹⁷ *Picot*, 162.

⁹⁸ *Mill*. Представительное правление, 1897, 144. Ср.: *Desjardins*, 570.

⁹⁹ *Malepeyre*, 214.

¹⁰⁰ *Clemenceau* на заседании парламента в 1883 г. сказал: «La nécessité s'impose à lui de le bien choisir, parce que l'honneur, les biens, la vie dépendent de son choix. Quand on fait un mauvais choix en politique, il faut être presque un homme d'état pour apercevoir les conséquences de la faute qu'on a commise... Mais quand on nomme un juge, il en est tout autrement. Les conséquences de l'erreur sautent aux yeux des moins clairvoyants, et tous ont le même intérêt à faire un bon choix» (*Dehesdin*, 108).

¹⁰¹ *Marchand*, 53.

¹⁰² *Desjardins*, 120.

¹⁰³ *Jeanvrot*, II, 60.

¹⁰⁴ *Bentham*, 30.

Однако срочность службы также имеет обратную сторону, причем очень опасную прежде всего потому, что делает судебскую карьеру очень неустойчивой. В результате этого юристы с наибольшими способностями и знаниями будут воздерживаться от выдвижения своей кандидатуры на судебскую должность из боязни быть забаллотированными и оказаться после нескольких лет службы в тяжелом материальном положении; юристы эти будут беспокоиться об иных постоянных должностях или поступят в адвокатуру. Кроме того, предвыборная агитация, заискивание перед влиятельными персонами и состязание с лицами с низким моральным уровнем также будут отталкивать лиц благородных и скромных. Стремиться к занятию судебных должностей будут заурядные и неразборчивые в средствах люди¹⁰⁵. Необходимо учитывать, что частая смена судебного персонала помешает судьям в приобретении необходимого опыта и вместе с тем сделает невозможной выработку устоявшейся практики и крепких традиций. В конечном счете неизбежно наступит полный упадок судебного положения¹⁰⁶.

Далее, избрание только на определенный период времени подрывает принцип несменяемости и подчиняет судью избирателям, следствием чего является утрата беспристрастности. Уже перед первыми выборами кандидат должен беспокоиться о взаимоотношениях с влиятельными людьми и даже давать различные обещания относительно своей будущей деятельности¹⁰⁷. «Кандидат уже заранее утрачивает достоинство судебской должности и оскорбляет закон, делая его игрушкой политических страстей». Будучи избранным и опасаясь проиграть в будущем, на следующих выборах, судья вынужден будет угождать тем партиям, с помощью которых он был избран, и выносить несправедливые приговоры. Наибольший вред, который может причинить система выборов, заключается именно в том, что судьи легко попадают в зависимость от победивших на выборах политических партий. Судья, избранный своими политическими единомышленниками, будет в сто раз более необъективным и опасным, чем назначенный правительством¹⁰⁸. В самом деле, министр юстиции лично может быть заинтересован в очень немногих делах и будет вмешиваться в правосудие в весьма редких случаях. Другое дело избиратели: они имеют тысячи предлогов и поводов для оказания влияния на судей, используя зависимость судей от себя. Чем ближе должность судьи к тягущимся, имеющим избирательный голос, тем больше его зависимость от них¹⁰⁹.

Предлагаются три способа избежать зависимости судей от избирателей.

Первый способ основывается на том, чтобы судьи избирались пожизненно или на долгий период времени – на 20–25 лет. В этом случае у судей не было бы причин угождать своим избирателям, поскольку они не опасались бы забаллотироваться на следующих выборах. Однако избрание на определенный срок представляется одним из главнейших преимуществ выборной системы, поскольку дает гражданам возможность сместить оказавшихся негодными судей и исправить свою ошибку, вполне естественную по причине недостаточного знакомства избирателей с достоинствами и степенью профессиональной подготовки кандидатов. Но если избра-

¹⁰⁵ Rousset, 15; Ulrich, 61; Desjardins, 555; Dehesdin, 185–186.

¹⁰⁶ Pirard, 39; Malepeyre, 215.

¹⁰⁷ Laboulaye: «Представьте себе человека, который прилагает усилия для избрания судьей; он будет вынужден вести себя как тот, кто хочет быть избранным депутатом; ему придется использовать целый ряд мелких хитростей, воспользоваться т.н. избирательной кухней; поговорить с одним и с другим, спрашивая о здоровье ребенка или собачки, словом, обращаться к таким средствам, которые можно еще позволить будущему депутату, но ни в коем случае не будущему судье» (Laboulaye. История Соединенных Штатов, 1870, II, 374); Reichel, 9: «Der Kandidat muss bei einflussreichen Parteipolitikern antichambrieren».

¹⁰⁸ Vavasseur, 52; Benoist: «Nous serions doublement à plaindre quand à l'ignorance, au manque de préparation, à la médiocrité du législateur seraient venus s'ajouter l'ignorance, la manque de préparation, la médiocrité du juge... Et puis finir par quoi? Par établir, ayant déjà une législation de parti, une justice de parti...»

¹⁰⁹ Desjardins, 555–556; Rousset, 13; Marchand, 51.

ние будет пожизненным или на достаточно долгое время, то ошибка закрепится и не будет ни единого способа ее исправить¹¹⁰.

Второй способ обеспечения независимости судей от избирателей прямо противоположен и заключается в невозможности переизбрания тех же судей. Тогда у судей не будет ни единого мотива угождать избирателям, поскольку в любом случае при наступлении конечного срока они обязаны уступить свое место.

Однако этот способ имеет большие недостатки, поскольку, во-первых, делает из судейской службы краткосрочное занятие, из-за чего немного способных людей захочет претендовать на судейские должности, во-вторых, судьи не будут иметь времени для приобретения надлежащего опыта. Неминуемым результатом этой системы был бы низкий профессиональный уровень судейского персонала¹¹¹.

Наконец, возможен еще один способ обеспечения независимости судей от избирателей. Он заключается в том, чтобы судьями избирались только кандидаты, имеющие достаточно материальных средств, позволяющих им жить безбедно в случае забаллотирования. Поэтому обеспечить независимость судей можно, потребовав от кандидатов на судебные должности обладания имущественным цензом. Однако этот способ может быть действенным лишь тогда, когда размер ценза достаточно высок, а это связано с ограничением круга лиц, имеющих право занимать судейские должности, оттолкнет от судейской карьеры многих достойных кандидатов и в результате снова понизит профессиональный уровень судейского персонала. «Чтобы стать судьей, необходимо было бы иметь не наилучшую подготовку, умение и опыт, но лишь подготовку, умение и опыт, которые можно найти в сочетании с определенным состоянием. Представляется, однако, что можно иметь подготовку и умение без состояния, так же как можно быть богатым, не имея их»¹¹². Таким образом, довольствоваться низким цензом бесцельно и бесполезно, устанавливать же высокий – нецелесообразно и вредно.

6. В конечном счете принцип выборности не может быть применен ко всем судам, поскольку при значительном количестве судей и необходимости повторных выборов каждые несколько лет участие в них стало бы тяжким бременем для граждан, они избегали бы участия в выборах, как это было во Франции в эпоху Великой революции¹¹³.

Из вышесказанного следует, что все аргументы свидетельствуют против системы прямых выборов народом.

Опыт государств, в которых эта система применялась или применяется в настоящее время, подтверждает вышеназванное предположение.

Выборы были введены во Франции в период Великой революции в отношении мировых судей и дали наихудшие плоды. Даже в таких городах, как Экс и Марсель, где нетрудно было сделать хороший выбор, судьями стали простые рабочие, не имевшие ни образования, ни симпатий населения¹¹⁴.

В Соединенных Штатах Северной Америки система выборов принята законодательством 34 штатов. Кандидаты не только проходят через экзамены в своих политических убеждениях, но и вынуждены принимать обязательства выносить решения в желательном для господствующей партии духе¹¹⁵.

¹¹⁰ Desjardins, 557–558.

¹¹¹ Desjardins, 557; Marchand, 50.

¹¹² Favre, 45.

¹¹³ Dehesdin, 35: «Le nombre des électeurs était infime; peu considérable dès le début, il n'avait cessé de diminuer... Dans beaucoup de districts les collèges électoraux ne se réunissaient pas; des tribunaux ne purent se constituer...». Ср.: Malepeyre, 27–28; Pirard, 38–39; Rousset, 15–16.

¹¹⁴ Picot, 56; Pirard, 38–39; Malepeyre, 217–218.

¹¹⁵ Nerinx, 231: «Tantôt le futur juge doit donner son opinion sur la constitutionnalité de telle ou telle loi qu'une législature de politiciens corrompus vient de voter au profit d'une grande compagnie financière. Tantôt il doit promettre de se montrer ou sévère ou

Личные качества кандидатов, их знания и умения, а также их честность не играют на выборах существенной роли. Результат выборов зависит от результата борьбы между партиями¹¹⁶ либо предприятиями, капиталистами, трестами и т.д.¹¹⁷

Часто выбор сводится к тайному сговору между главами политических партий¹¹⁸. Естественно, избранные подобным образом судьи становятся орудиями в руках избирателей. В Пенсильвании шахтеры, составляющие большинство населения, объединились в союз и выбрали судей только из членов своего союза, чтобы обеспечить себе безнаказанность в случае совершения каких-либо преступлений¹¹⁹. Известны случаи, когда победы на выборах добивалась какая-нибудь преступная организация и избирала лицо, готовое смотреть на все ее фокусы сквозь пальцы. Даже в Нью-Йорке в 1869–1871 гг. банда аферистов, купив голоса выходцев из Ирландии, заняла самые важные городские и государственные учреждения своими кандидатами и избрала судьями тайных советников и иных дельцов того же рода, решавших судебные дела по воле своих избирателей¹²⁰. «Словом, – делает вывод Picot, – взяточничество некоторых судей, посредственности во всех инстанциях – вот результаты системы, провозглашенной около 1846 г., под гнетом которой стонут американские юристы на протяжении четверти века»¹²¹. Два факта свидетельствуют о том, что главной причиной такого досадного положения правосудия во многих штатах является выборная система.

Во-первых, в тех штатах, где судьи назначены, правосудие находится на более высоком уровне и пользуется большим уважением и доверием населения¹²². Во-вторых, существует ужасный контраст между федеральными судьями и судьями штатов: «...если назначенные исполнительной властью под контролем сената судьи федеральных судов остаются верными стражами американской конституции, а принятые ими решения окружены всеобщим уважением, то осуществляющие правосудие на местах судьи, избранные на политических собраниях, становятся после скомпрометировавшей их достоинство борьбы невольниками большинства, должниками и союзниками участников процесса»¹²³.

indulgent dans l'application des lois anti-alcooliques... Ici les électeurs redoutent l'influence de trusts et le candidat devra dire ce qu'il en pense... On a vu, me disait un avocat de l'Ouest, des candidats battus parce qu'ils ne voulaient pas s'engager d'avance à débouter les créanciers d'une localité, dont l'endettement était l'oeuvre de politiciens concussionnaires». Cp.: *Hellbronner*. Le pouvoir judiciaire aux États-Unis, 1872, 37. Такого рода условия ставятся кандидатам даже публично – в прессе и на собраниях.

¹¹⁶ *Nerinx*, 249: «Le juge électif, – ainsi s'exprimait franchement un magistrat élu et cependant des plus distingués que l'État de New-York ait vus depuis 50 ans, – le juge électif a vite fait d'apprendre que la solidité de sa situation ne dépend pas seulement ni même en premier lieu de sa science, de son talent ou de son intégrité; mais qu'elle dépend tout d'abord de la permanence au pouvoir du parti politique qui l'a élu et auquel il appartient; et ensuite de son habileté à s'assurer une nouvelle candidature au terme de sa courte carrière».

¹¹⁷ *Nerinx*, 233: «La lutte s'y concentrait autour de deux candidats rivaux pour le siège vacant à la cour suprême de l'Etat. Les électeurs connaissaient à peine les noms des concurrents, mais ils n'ignoraient ni ceux de leurs patrons, ni l'enjeu du tournoi. Deux «rois du cuivre» se disputaient au juste la propriété de 150 concessions minières, valant, d'ailleurs, 150 millions de dollars. Le procès devait arriver tôt ou tard devant le cour suprême, et il s'agissait de savoir lequel des deux «rois» réussirait à y caser son favori dans l'espoir de faire pencher de son côté la balance de la justice. De la valeur personnelle des candidats il ne fut pas question un seul instant... On estimait à 2½ millions de dollars les sommes consacrées par les deux compétiteurs rien qu'à l'achat des votes».

¹¹⁸ *Ulrich*, 58; *Eslande*, 187–189.

¹¹⁹ *Bryce*. The American Commonwealth, 1913, t. II, ch. XV, 679 s.

¹²⁰ *Eslande*, 181–182; *Ulrich*, 62–64; *Hellbronner*, 37–38; *Noailles*, 604.

¹²¹ *Picot*, 164. Теперешнее правосудие (кроме федерального) находится не в лучшем состоянии. *Nerinx*, 221 s., 414: «L'infériorité de la magistrature constitue le troisième reproche que cette organisation judiciaire mérite à nos yeux, et il renferme tous les autres griefs que l'on pourrait encore énumérer: la lenteur de la justice, l'incertitude du droit, la faiblesse de l'action répressive, l'abus des appels et la cherté de la procédure qui en est une conséquence». *Bryce*. Modern Democracies, 1921, II, 87: «It is surprising not that the defects described exist, but that they and the results they produce are not even worse».

¹²² *Nerinx*, 258: «J'ai interrogé à ce sujet maints confrères, de nombreux professeurs d'Université et des magistrats électifs. Tous, sauf un seul... convenaient sans hésiter de la supériorité de la magistrature soit dans les états où les juges sont nommés à vie, comme au Massachusetts, soit dans ceux qui ont depuis quelques années prolongé le terme et relevé le traitement de leurs juges électifs». *Bryce*. Commonwealth, 689.

¹²³ *Picot*, 161; *Nerinx*, 410: «Comme nous l'avons constaté, l'organisation de la justice fédérale ne soulève presque aucune plainte de la part des justiciables tant des nationaux que des étrangers. L'indépendance, l'impartialité des magistrats sont à l'abri de tout reproche et même de tout soupçon». *Bryce*, L. c., 680 s.

Система выборов судей населением существует еще в Швейцарии, где в шести кантонах она применяется по отношению ко всем судьям, а в 10 – только по отношению к низшим. В Швейцарии мы не наблюдаем столь чудовищных злоупотреблений, как в Америке, ввиду особенно благоприятных условий, имеющих для рационального применения принципа выборности, а именно: ограниченность территории, постоянный состав населения, глубоко привязанного к своим национальным учреждениям, богатого, культурного, привыкшего к спокойному использованию плодов своей политической свободы. Благородя этим обстоятельствам «недостатки учреждения исправляются по возможности нравами»¹²⁴. Однако и в Швейцарии, этой «демократии, как кто-то выразился, ограниченной здравым смыслом»¹²⁵, проявляются отрицательные стороны системы выборов: борьба политических партий, избрание недостаточно подготовленных кандидатов. С учетом этих недостатков существуют компетентные мнения, рекомендуемые заменить выборы судей населением на используемую в некоторых кантонах и приносящую лучшие результаты систему выборов кантональными советами¹²⁶.

Ib). От системы прямых выборов населением перейдем к системе двухступенчатых выборов – собраниями политических представителей: парламентами, сеймами, городскими магистратами и т.п. Эта форма выборов по сравнению с системой прямых выборов определено имеет более высокий уровень. Избранные народом представители по интеллектуальному уровню и профессиональным знаниям всегда стоят выше массы избирателей и, следовательно, могут сделать лучший выбор¹²⁷. Далее, немногочисленное собрание может получить информацию, касающуюся кандидатов, и основательно оценить их качества. Но, с другой стороны, эта система в некоторых отношениях уступает системе прямых выборов населением. Во-первых, доверие народа к судьям несомненно больше в этих случаях, когда он сам непосредственно их избрал, чем когда их избрало собрание представителей, особенно если эти представители сами не избраны в порядке всеобщего голосования. Во-вторых, борьба политических взглядов проходит в собраниях представителей более остро, чем в самом народе: «...политические разногласия, существующие в обществе, сосредоточиваются в парламентских фракциях»¹²⁸, и выбор судей часто бывает следствием простого компромисса между главами этих фракций¹²⁹. В-третьих, чем меньше собрание, тем больше зависимость судьи от избирателей, поскольку он знает, в чьих руках находится его судьба, и должен добиваться их расположения¹³⁰. Наконец, политические собрания также не имеют надлежащих профессиональных знаний для оценки специальных качеств претендующих на судебные должности кандидатов. Ввиду этих пробелов система выборов собранием политических представителей может быть успешно применена только при каких-то особо благоприятных обстоятельствах, парализующих ее отрицательные стороны. Так, например, такая система дает хорошие результаты в Швейцарии, где судьи федерального суда избираются общим собранием обеих палат, а кантональные судьи (в некоторых кантонах) – кантональными советами. Однако и в этом случае положительные результаты зависят от вышеназванных свойств страны и народа Швейцарии; об этом свидетельствует тот факт, что федеральные судьи, избираемые на шесть лет, фактически являются несменяемыми, непрерывно переизбираясь вновь, в результате чего не чувствуют зависимости от избирателей.

¹²⁴ Picot, 208. Ср.: *Eslande*, 215–216; *Desjardins*, 561; *Marchand*, 57 s.

¹²⁵ *Ulrich*, 142.

¹²⁶ *Ib.*, § 29.

¹²⁷ Это проявилось во время французской революции, когда мировые судьи избирались непосредственно, а к судьям общих судов применялась опосредованная система выборов. *Sellgman La justice en France pendant la Révolution (1789–1792)*, 1901, 338 s.

¹²⁸ *Schollenberger (Ulrich)*, 148; *Vavassey* 52; *Dehesdin*, 196.

¹²⁹ *Ulrich*, 149; *Reichel*, 27.

¹³⁰ *Desjardins*, 574; *De l'élection des juges*, 46–47.

Также очевидно, что палаты осуществляют свое избирательное право очень осмотрительно, не поддаваясь влиянию политических партий¹³¹.

Не столь хорошие результаты дала такая система в России. Судебные уставы 1864 г., внедряя мировые суды, передали избрание судей земским собраниям и городским магистратам. Отрицательные стороны этой системы ярко проявились на практике: недостаточность компетенции избирателей для оценки качеств судьи, партийная борьба, зависимость судей от небольшого числа избравших их лиц и т.д. Все это имело место не только в провинции, где было обычным явлением, но даже в столицах¹³². Не помогло и введение имущественного ценза для кандидатов на судейские должности. Эта мера не достигла цели по двум причинам. Во-первых, ценз был слишком мал, поэтому не обеспечивал достаточного дохода, а во-вторых, положения закона легко обходились созданием фиктивного ценза¹³³.

Ис. Третью форму избирательной системы составляют выборы судей судебной коллегией. Эта система – кооптация – предоставляет следующие преимущества.

1. Сами судьи наиболее заинтересованы в поддержании достоинства своей корпорации, следовательно, будут принимать в свой круг наилучших кандидатов, уважаемых обществом и обладающих качествами, необходимыми для хорошего осуществления правосудия.

2. В то же время судебные коллегии более компетентны в оценке профессиональной подготовки, поскольку кандидаты на судейские должности работают под их руководством как судебные стажеры или практикуют как адвокаты, следовательно, хорошо им известны.

3. Предоставление судам права кооптации в огромной степени способствует развитию корпоративного духа и ощущения корпоративной чести, а также корпоративной независимости. Возвышаясь в собственных глазах, коллегия стремится к возвышению и в глазах общества.

4. Кандидаты, избранные коллегией, становятся ее членами и будут стараться оправдать доверие своих коллег, тщательным образом следя за исполнением своих обязанностей.

Однако эта система имеет серьезные недостатки¹³⁴.

1. Прежде всего она ограничивает число кандидатов, поскольку любой суд может хорошо знать только лиц, бывших стажерами, адвокатами и прокурорами в этой области. Если таких кандидатов нет совсем или их слишком мало, судьи должны выбирать среди малоизвестных им лиц. Это имело место в России¹³⁵.

2. Выборы новых судей будут вызывать в судебных коллегиях борьбу партий: разовьются интриги, на выбор судей будут оказывать влияние политические взгляды большинства членов коллегии.

¹³¹ Ulrich, 80.

¹³² Карнович в 1884 г. писал: «Известно, что в течение нескольких лет избрание судей в Петербурге проходило в городском совете мимо, в действительности завися от воли одного из депутатов, распоряжавшегося голосами т.н. «болота»» (Наблюдатель. 1884, № 5, с. 195). Ср.: Наблюдатель. 1886, № 2, с. 47–49; ср.: Кони в «Вестн. Европы». 1909. № 1 и Обнинского (Юрид. вестн. 1888. № 3). В провинции дела обстояли еще хуже: мировые судьи должны были либо выслуживаться перед избирателями, либо по истечении трех лет забаллотировались. Когда в период реакции после революции 1905 г. в одесском магистрате взяла верх правая группировка, устранившая ряд лучших судей и избравшая судей совсем неопытных и даже не порядочных, принимавших необоснованные решения и злоупотреблявших правом в пользу своих избирателей. Об одном из этих судей рассказывают, что он был в большом затруднении, когда ему пришлось рассматривать спор двух своих избирателей, и в конце концов он нашел остроумный выход: удовлетворяя требования истца, сказал ему: «Вас поздравляю с выигрышем», а потом, обращаясь к ответчику, промолвил: «А Вам не нужно расстраиваться, поскольку вторая инстанция наверняка отменит мое решение».

¹³³ Карнович, 1, с. 203–204; Арсеньев. Итоги судебной реформы (Вестн. Европы. 1871. № 5, с. 369–371).

¹³⁴ Engelhardt, 34; Favre, 50–51; Vavasseur, 51; Burkhard, 18–19; Dehesdin, 383 s.

¹³⁵ Трегубов. Самостоятельность суда (Журн. Мин. юст. 1905. № 5, с. 26). Объяснит. записка к проекту новой редакции Уст. судостр., II, 275–276. В России система кооптации была объединена с системой назначения центральной властью: министр представлял императору для утверждения как кандидатов, избранных судебными коллегиями, так и собственных, и император утверждал одного из них (ст. 213–215 Уст. судостр.).

3. Кооптация может привести в результате подбора лиц одинакового миропонимания и даже главным образом родственников к nepoтизму и образованию замкнутой касты, погруженной в предрассудки, отсталой, не способной к прогрессу, отсталой от жизни.

«Наибольший недостаток этой системы, в случае применения ее ко всем судебным учреждениям, заключался бы в том, что эти учреждения были бы зарезервированы для сыновей и племянников судей. И этому нельзя удивляться, поскольку заранее известно, каким будет результат, когда нужно сделать выбор «между кандидатом без рекомендации, без связей, неизвестным никому из судей и сыном коллеги, выросшим в их окружении и находящимся со всеми в приятельских взаимоотношениях»¹³⁶.

4. Наконец, возможно также, что судьи, преимущественно посредственные люди, будут отдавать предпочтение таким же кандидатам, устраняя из зависти выдающихся людей либо руководствуясь служебной иерархией. В результате этого система кооптации приведет не к улучшению, но, по-видимому, к снижению уровня судейского персонала¹³⁷.

Система кооптации может быть признана разумным способом замещения судейских должностей всего лишь в отношении верховного суда – кассационного либо надзорного. В самом деле, верховный суд, контролируя деятельность всех судов в стране, знакомится с достоинствами и недостатками каждого судьи, принимающего решения или работающего с ним в качестве референта; перед верховным судом выступают наилучшие адвокаты; толкуя закон, судьи верховного суда используют работы известных ученых-юристов, профессоров и других ученых и, следовательно, знают достоинства каждого. Поэтому верховный суд может выбирать из самых лучших юристов в стране и имеет возможность наилучшим образом восполнить свой состав в случае смерти или отставки его отдельных членов. Чтобы верховный суд не ограничивался при избрании лишь персоналом нижестоящих судов, необходимо предусмотреть избрание определенной части его членов из круга адвокатуры и профессуры¹³⁸.

Id. Недостатки системы кооптации и системы избрания судей политическими собраниями привели многих авторов к мнению о необходимости сочетания этих систем и создания для избрания судей смешанных комиссий, состоящих из судебных коллегий и представителей политических институтов¹³⁹, либо из судебных коллегий и делегатов от союзов практикующих юристов (адвокатов и нотариусов)¹⁴⁰, либо, наконец, из собраний всех упомянутых лиц¹⁴¹. Некоторые присоединяли еще профессоров права и членов юридических секций академий наук о морали и политике¹⁴².

Не вызывает сомнения, что такого рода смешанные комиссии имеют преимущество как над судебными коллегиями, поскольку участие постороннего элемента предотвращает возникновение судейской касты и развитие nepoтизма, так и над политическими собраниями, так как включение в них профессионального элемента для оценки подготовки кандидатов дополняет недостаточную компетенцию таких собраний. Однако и эта система не свободна от недостатков. Первым недостатком является зависимость судей от избирателей, к числу которых относятся адвокаты и нотариусы, подлежащие надзору и дисциплинарной власти избранных ими судей. Однако «избранный не может надзирать за избирателями. Несомненно, желательно,

¹³⁶ *Dehesdin*, 216: «Au temps des élections et des examens, sous l'ancienne monarchie, les vieux auteurs nous disent que les fils de premiers présidents, fussent-ils fort sots, étaient reçus d'avance». Ср.: *Manfredini*, 424–425; *Pige*, 219: «La justice devient ainsi la chose de quelques familles qui s'y taillent de confortables sinécures».

¹³⁷ *Dehesdin*, 385.

¹³⁸ *De la Grasserie*. De la fonction et des juridictions de cassation en droit comparé, 1911, 122 s.; *Dehesdin*: «La cour de cassation n'est-elle pas un corps savant, l'un des sanctuaires de la science de droit, ou tout homme qui s'est fait un renom dans cette science, par ses plaidoiries, ses arrêts ou ses livres, devrait trouver sa place?» (p. 365).

¹³⁹ *Engelhardt*, t. 37; *Saredo* (*Manfredini*), 425.

¹⁴⁰ *Dupont*, 13–14; *Rieu* (*Ulrich*), 212, Anm. 57.

¹⁴¹ *Favre*, 78–79; *Vavasseur*, 54; *Ulrich*, 152; *Мухайловский*, 112–113.

¹⁴² *Arminjon*, 28. Об иных различных проектах см.: *Dehesdin*, 54 s., 66 s., 98 s., 374 s.; *Reichel*, 33 f.; *Marchand*, 138 s.

чтобы судья оставался в хороших отношениях со всеми своими помощниками, однако вовсе не нужно, чтобы он был их слугой, а он будет им в девяти случаях из десяти, если будет ими избираться»¹⁴³.

Второй недостаток этой системы заключается в том, что смешанные комиссии могут хорошо знать только кандидатов своего округа, которых может не хватить для замещения всех судейских вакансий в этом округе. Вместо избрания судей в смешанных комиссиях некоторые авторы предлагали отбор кандидатов отдельно судебными коллегиями и иными собраниями. Так, в соответствии с проектом депутата *Bienvenu*, представленного французскому сенату в 1883 г., президент назначает судей, определяя одного из кандидатов, избранных отдельно судебной коллегией, политическим собранием и собранием практикующих в данном округе юристов¹⁴⁴. Но намного больше пользы может принести совместное заседание всех этих избирательных органов, ведь при раздельном заседании эти избирательные органы не оказывают друг на друга взаимного влияния.

Па. *Назначение местными органами власти*. В пользу этой системы свидетельствует лишь один аргумент: зная жителей своего района, органы местной власти (воеводы, старосты) могут назначать на судейские должности наиболее подходящих кандидатов. Зато очень убедительные доводы говорят против этой системы. Во-первых, судебная власть, как олицетворение закона, имеет столь важное значение в жизни государства, что зависимость ее от низших органов исполнительной власти унижала бы достоинство суда и умаляла бы его авторитет в глазах населения. Во-вторых, эта система открывает широкое поле для произвола местных властей, для интриг и влияния личных взаимоотношений. В-третьих, органы местной исполнительной власти некомпетентны в оценке специальной подготовки кандидатов в судьи. Правильность этих аргументов настолько очевидна, что ни в одном из культурных государств замещение судейских должностей не предоставлено низшим органам исполнительной власти.

Пб. *Назначение по свободному усмотрению центральной власти* – монарха, президента или министра юстиции, или в конечном счете совета министров. Эта система отвечает высокому предназначению судебной власти в государстве, но имеет очень серьезный недостаток. Органы местной власти могут знать кандидатов на должность судьи хотя бы поверхностно, но для органов центральной власти даже поверхностное знакомство с кандидатами недоступно. Ни монарх, ни министры не могут знать лично всех кандидатов. Поэтому такая система может дать положительный результат только при комплектовании верховного суда, когда должно быть избрано небольшое количество судей из самых известных в стране юристов, имеющих хорошо устоявшуюся репутацию и известных органам центральной власти. Именно это мы видим в Англии, где судей назначает лорд-канцлер из среды адвокатов, практиковавших в течение определенного времени и пользующихся хорошей репутацией, а также в Соединенных Штатах Америки, где федеральных судей назначает президент с одобрения федерального сената¹⁴⁵. Однако в обоих этих государствах случались назначения, обусловленные партийными интересами¹⁴⁶. Поэтому даже в отношении верховного суда нужно отдать предпочтение системе кооптации. При системе назначения в отношении иных судов неизбежно возникнет и разовьется система рекомендаций органов местной власти либо лиц, случайно имеющих личные отношения с центральной властью. «Глава государства, – говорил о Франции времен Первой

¹⁴³ *Desjardins*, 572.

¹⁴⁴ *Elslande*, 27–28. *Picot* (331 s.) представил аналогичный проект, устранив политические собрания. Некоторые рекомендовали такую систему для комплектования верховного суда из опасения (в конечном счете подтвержденного опытом Франции), что при системе чистой кооптации верховный суд будет избирать исключительно членов магистратуры (*De la Grasserle*, I, с.; *Coutoul*, 331; *Dehesdin*, 366), однако предотвратить это можно и другим способом: нужно определить в законе пропорции магистратов, адвокатов и юристов-теоретиков в составе верховного суда.

¹⁴⁵ Практически судей избирает юридический комитет сената, с которым соглашается президент. *Nerinx*, 30.

¹⁴⁶ *Gerland*, 785–788; *Nerinx*, 22, XX.

империи Charles Comte, – не имел достаточных сведений о лицах, которые могли быть назначены судьями, и по необходимости должен был обращаться за советом к министру юстиции. Однако обладал ли министр обширными сведениями для осуществления хорошего выбора? Едва ли он мог бы лично знать столько лиц, чтобы было достаточно для создания одного суда первой или второй инстанции. Он был бы почти всегда вынужден слепо подписывать декреты о назначении, поданные ему придворными или чиновниками. А чиновники также могли знать только очень ограниченный круг лиц... Для составления списка кандидатов они должны были в конечном счете обращаться к местным жителям, но поскольку граждане не имели прав, то считались ненадежными, поэтому не оставалось иного выхода, кроме как довольствоваться отчетами полицейских агентов»¹⁴⁷. Иногда назначение судьей было результатом «борьбы дам»¹⁴⁸.

После введения во Франции парламентского правления на назначение и продвижение судей, по приведенному мнению Ch. Comte, три четверти века стали влиять рекомендации депутатов и сенаторов. Clemenceau говорил на заседании парламента: «Что делает министр юстиции, когда хочет назначить судью? Он советуется со своей канцелярией, уже имеющей хорошие рекомендации хороших депутатов, хороших сенаторов, хорошие рекомендации хороших журналистов и хороших функционеров о хороших судьях, естественно, стремящихся установить непотизм в своей корпорации. Так вот, если нужно сделать выбор между этими рекомендациями, нужно решиться, но как? Тот или иной является другом влиятельного человека, этого нужно обезвредить, обеспечить себе поддержку того, вознаградить услуги рекомендованного родственником или другом лица. Таким образом, назначение получают люди, которых не знает ни министр, ни министерство, ни канцелярия»¹⁴⁹.

Французская литература XIX в. и протоколы заседаний парламента переполнены жалобами на фаворитизм, господствовавший в министерстве юстиции при занятии судейских должностей и продвижении судей. «Невозможно завершить, – пишет Marchand, – цитировать рассказы и книги, описывающие злоупотребления этой системы произвола»¹⁵⁰. Однако, невзирая на общепризнанность порочности этой системы и выдвижение целого ряда проектов реформ, существующее положение вещей сохранялось на протяжении всего XIX в.¹⁵¹ Причина этого фатального и на первый взгляд непонятного «консерватизма» французского законодательства заключается в том, что каждый министр юстиции, находящийся у власти, и каждая политическая партия, имеющая большинство голосов в парламенте, стремятся держать в своих руках суды и руководить правосудием по своей воле.

¹⁴⁷ Comte, 33–34. Это хорошо понимали и редакторы русских судебных уставов 1864 г.: «Назначение правительством в действительности является не чем иным, кроме как назначением одним лицом, которому правительство этот выбор поручает. Но чем обширней сфера деятельности этого лица, чем большее число лиц предоставлено для выбора, тем труднее ему сделать выбор и тем меньше возможности у него влиять на назначение с чувством полной уверенности правильности выбора. В результате этого право выбора переходит постепенно в руки канцелярии и секретарей, т.е. лиц, которые, даже действуя добросовестно, не должны пользоваться таким правом и даже в лучших побуждениях не способны сделать его безошибочно и с уверенностью о достоинстве избранных ими органов власти» (Учрежд. судебн. устан., с. XIV, изд. в 1864 г.).

¹⁴⁸ Dehesdin, 63, n. 2: «M. de Meufville, ancien magistrat sous le second Empire, raconte, comment il fut nommé juge à Point – l'Évêque»: mon adversaire avait conquis la protection de la très influente, très active, très puissante M-me Troplong, femme du premier président à la Cour de Cassation; la lutte me semblait inégale; je connaissais un ami du Prince Napoléon... je lui depeins ma situation, et bientôt j'apprends qu'une très haute princesse avait daigné s'intéresser à ma candidature. «C'est une bataille de dames, s'écrit à Caen le premier président Dugalliez...»

¹⁴⁹ Dehesdin, 108–109.

¹⁵⁰ Marchand, 136. Далее этот автор пишет: «Le favoritisme est une plaie contre laquelle protestent tous les fonctionnaires des administrations publiques, même ceux, qui n'ont pas été les derniers à en profiter, les députés et les sénateurs accablés de sollicitations auxquelles ils doivent répondre, les ministres à qui elles sont transmises par les parlementaires. Et le fléau ne fait que grandir suivant une proportion qui serait plutôt géométrique qu'arithmétique d'après M.J. Relnach. Bientôt nous en serions arrivés au système du patronage, comme en Amérique».

¹⁵¹ Депутат Cruppi по этому поводу метко заметил на заседании парламента в 1899 г.: «Les réformes sur lesquelles il semble que tous les esprits et tous les partis sont d'accord, sont précisément celles qui chez nous n'aboutissent jamais» (Dehesdin, 171).

Министры защищали свои действия тем, что «если министр ответственен за осуществляемый им выбор судьи, то он должен обладать властью делать это свободно»¹⁵². Но на эти слова, сказанные министром Guyot-Dessaigne'ром в 1907 г., за 35 лет до этого возразил Lefèvre-Pontalis на заседании Парламента в 1872 г., отметив, что, как показывает опыт, в действительности министр не несет ответственности за сделанный выбор. Необходимо добавить, что министр также не отвечает за судей, поскольку не является их начальником и не имеет права вмешиваться в осуществление правосудия; надзор распространяется только на внешнюю сторону деятельности судей. За свои решения сам судья несет ответственность: уголовную, дисциплинарную, гражданскую и моральную¹⁵³.

Также не будет лишним отметить, что судьи, получившие должность благодаря протекции, являются очень неустойчивыми с моральной точки зрения элементами¹⁵⁴, и если французское правосудие не пришло в упадок, а наоборот, находится на высоте положения, то только благодаря тому, что во Франции, как отметил еще Ch. Comte, нравы лучше учреждений¹⁵⁵.

Не лучше обстояли дела в Италии до 1891 г., когда право назначения судей зависело от неограниченного усмотрения министра. Подобно тому, как было во Франции, раздача судейских должностей была одним из средств борьбы на выборах в парламент: за судейские должности министерство покупало голоса избирателей и откупалось от кандидатов в депутаты¹⁵⁶.

Неразумность этого способа назначения судей проявилась также в Бельгии¹⁵⁷.

Ша. *Назначение, ограниченное системой экзаменов*. Как отмечалось выше, своеволие центральной власти при назначении судей ограничивается в случаях, когда от кандидатов на судейскую должность требуется сдача судебного экзамена; в этом случае министр должен делать выбор только из определенного, относительно небольшого круга достойно квалифицировавшихся лиц. Однако в этой системе остается достаточно места для своеволия центральной власти; таким образом, протекция и фаворитизм могут иметь большое значение. На следующий день после сдачи экзамена между кандидатами начинается соревнование за получение наилучших и более многочисленных рекомендаций, должность достается не самому достойному, а тому, чьи рекомендации перевесят¹⁵⁸.

¹⁵² Marchand, 168.

¹⁵³ Dehesdin, 262, n.: «Le ministre des travaux publics est responsable des actes de ses agents (bien qu'il ne les ait pas choisis). Et le ministre de la justice n'est nullement responsable des actes des juges. Mettre en cause cette responsabilité serait inconstitutionnel et presque monstrueux... De plus cette responsabilité n'est pas, n'a jamais été une garantie, par suite de la gravité qu'aurait une question ou une interpretation portant sur le mauvais choix d'un juge. Un éminent esprit, le duc de Broglie, l'avait de bonne heure signalé: «Il est hors d'exemple qu'un ministre de la justice ait été poursuivi pour avoir fait de mauvais choix. Il n'est même guère concevable qu'il puisse l'être. Lorsque le mauvais choix est fait, les convenances ne permettent pas d'en faire un sujet de discussion à la tribune ou dans les journaux. Toute inculpation contre un magistrat a par elle-même un caractère si grave et si offensant que les gens de bien repugnent non seulement à s'y livrer, mais à l'entendre, et que le public, averti par un secret sentiment de bienséance, la voit en général de mauvais oeil. Depuis trente ans il y a eu à coup sur de choix de juges tout a fait répréhensibles... des choix même très revoltants et tres odieux; personne n'a osé s'en plaindre». Il n'y a rien à ajouter à cette page remarquable; mais il eu faut noter la conséquence: c'est que cette prétendue responsabilité ministerielle, ici, serait un véritable leurre».

¹⁵⁴ Известно позорное поведение французской магистратуры во время так называемых 100 дней, когда судьи восторженно приветствовали смену власти: «Ces quelques mois furent une rude épreuve pour les consciences peu rigides, qui se crurent obligées de changer, trois fois de suite, le sens de leur enthousiasme et la nature de leurs tumultueuses convictions: il est peu de spectacles plus propres à déconsidérer une magistrature» (Dehesdin, 42). Хуже того, суды после реставрации Бурбонов, выслуживаясь перед новой властью, беспощадно осуждали своих бывших политических союзников (Dehesdin, 43–44). Не лучше вела себя французская магистратура после революции 1848 г. и после переворота Наполеона III. Barrot, 9: «Des nos jours deux coups d'Etat se sont succédé à de courts intervalles, en 1848 et en 1851, l'un populaire, l'autre autoritaire, et cependant tous deux ont été acceptés et acclamés par les mêmes magistrats». Такое хамелеонство вполне понятно, поскольку занявший судейское кресло по протекции, чтобы не быть свергнутым, будет вынужден искать нового покровителя, предавая бывшего.

¹⁵⁵ Dehesdin, 178.

¹⁵⁶ Завадский Несменяемость судьи, 1904, 14.

¹⁵⁷ Pergament: «Bien des nominations sont arrachées par l'intrigue ou entachées de favoritisme» (Dehesdin, 378).

¹⁵⁸ Dehesdin, 269: «Du moment que l'examen ne termine rien, ne ferme pas la porte à l'intrigue, au lendemain de l'examen tous les candidats admis (et peut-être seraient-ils nombreux) s'empresseraient d'envoyer au ministère leurs parents, leurs amis, les députés, les hauts fonctionnaires et les hauts magistrats, susceptibles de s'intéresser à leur sort. Les bureaux de la Chancellerie seraient, autant

Необходимо добавить, что экзаменационная система, не имеющая конкурсного характера, не побуждает кандидатов к состязанию и позволяет удовлетвориться минимумом труда и знаний, а если кандидатам известно, что назначение зависит от протекции, то результатом будут полное охлаждение к учебе и дальнейшее снижение экзаменационного минимума¹⁵⁹.

IIIb. *Назначение, ограниченное рекомендациями избирательных органов*. Эта система состоит в том, что судей назначает центральная власть, но из числа кандидатов, названных какими-либо избирательными органами: населением, политическими собраниями, судебными коллегиями или смешанными комиссиями¹⁶⁰. Во всех этих случаях мы имеем дело с сочетанием систем назначения и выборов, причем пропорция, в которой эти две системы смешиваются, может быть самой разнообразной: если центральная власть имеет право выбрать одного из двух или трех кандидатов, указанных неким избирательным органом, например судебной коллегией, то по сути мы сталкиваемся с избирательной системой, в данном случае – с системой кооптации. Чем больше число кандидатов, из которых центральная власть может сделать выбор, тем больше эта система сближается с системой назначения по свободному усмотрению властей. Возможна и модификация, состоящая в том, что часть судебных должностей центральная власть должна занять кандидатами, представленными избирательными органами, а часть может занять по своему усмотрению. В любом случае эта система не имеет самостоятельного значения, и ее достоинства и недостатки состоят из достоинств и недостатков систем, сочетанием которых она является.

IIIc. *Назначение, ограниченное результатами конкурса*. Суть этой системы состоит в том, что центральная власть назначает судей не по своему усмотрению, а в очередности списка кандидатов, составленного на основе сравнительной оценки их качеств. Эта оценка определяется в результате конкурсного экзамена.

Конкурсная система, несомненно, является наилучшей, поскольку обуславливает занятие судебных должностей степенью подготовки и способностями кандидатов, ограничивает своеволие центральной власти при назначении и является свободной от недостатков избирательной системы. Конкурс лучше всего гарантирует соответствующий подбор судей, заменяя субъективизм, протекционизм и личные отношения объективными критериями. Только в этой надлежаще организованной системе судебные должности занимаются людьми достойнейшими и способнейшими.

Преимущества конкурсной системы настолько очевидны, что ее издавна применяют культурные государства в разных сферах государственной службы и можно говорить о том, что область применения конкурса все время расширяется. В Англии начиная с 1855 г. конкурсная система постоянно расширялась, охватила практически все сферы управления; она получила применение также в Италии, Франции, Соединенных Штатах Северной Америки, а также в других странах¹⁶¹, и везде результаты ее использования оказались положительными¹⁶². Целый

que jamais, assiégés par l'armée des solliciteurs... La situation, d'ailleurs, serait exactement la même, entre tous les admis à l'examen, qu'aujourd'hui, entre tous les candidats aux fonctions judiciaires». «Это слишком мало весит», – сказал какой-то министр, взяв папку с документами кандидата (*Dehesdin*, 167, n. 2).

¹⁵⁹ *Dehesdin*, 162: «Ainsi la lettre de recommandation devait passer au premier plan, et la capacité, le travail, l'intelligence au second. Laboulaye a montré, il y a plus d'un demi-siècle, les méfaits de ce favoritisme... Il contaît l'histoire de son passage à l'Ecole de droit, où il était en compagnie de deux camarades mieux favorisés du sort, et «nés substitus»; lui, sans protecteurs, était sûr de ne l'être jamais. Qu'en résultait – il? Que les deux futurs substitus ne travaillaient pas, puisque cela leur était superflu; et que lui-même passait son temps à «effaroucher les oiseaux du Luxembourg, en leur déclamant Shakespeare ou Dante», puisqu'à lui aussi travailler eut été inutile».

¹⁶⁰ *Reichel*, 33–37.

¹⁶¹ *Sibert*. Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique, 1912, 20–21: «La tendance, chaque jour plus marquée, des pays étrangers est bien d'adopter le concours comme procédé de désignation, à l'autorité compétente pour nommer, des individus les plus capables d'assurer le fonctionnement des services publics».

¹⁶² *Dehesdin*, 250: «Dès 1835, le professeur Foucart remarquait que partout où le concours était employé, il avait fourni d'excellents résultats; et il citait le génie civil et militaire, la marine et l'artillerie, l'université. Depuis lors immenses progrès ont été réalisés. En dehors des officiers des armées de terre et de mer, des ingénieurs de l'état, c'est aussi par le concours que sont recrutés: les professeurs

ряд компетентных авторов высказались в пользу введения конкурсной системы в правосудие, в том числе авторы специальных монографий, посвященных способам занятия судейских должностей¹⁶³.

Эта система уже принята некоторыми законодательствами. Впервые она была введена в 1870 г. в Испании¹⁶⁴. В силу Закона 1870 г., развитого Законом 1883 г., министерство ежегодно определяет число соискателей на судейские должности и проводит конкурсный экзамен, к которому допускаются лиценциаты права, имеющие возраст не менее 23 лет. Соискатели распределяются между судебными округами и проходят практическую подготовку под наблюдением председателей судов и прокуроров. На основании мнений председателей и прокуроров специальная квалификационная комиссия, состоящая из судей, адвокатов, чиновников министерства и профессоров, готовит список кандидатов. Треть судейских должностей замещается кандидатами в зависимости от их положения в списке; но две трети министр может заместить либо соискателями, занимающими первые места в списке, либо секретарями и помощниками секретарей уголовных судов по истечении определенного срока службы и адвокатами, практикующими не менее четырех лет и имеющими хорошую репутацию.

Затем попытка введения конкурсной системы в правосудие была предпринята во Франции в 1875 г. министром Dufaure'ом и принесла наилучшие плоды¹⁶⁵. Но по истечении нескольких лет последующие министры вернули прежний порядок назначения. В 1895 г. министр Trarieux вернул на какое-то время систему Dufaure'a¹⁶⁶. Однако это положение не закрепилось, поскольку министры не захотели отказываться от права назначения судей по своему усмотрению. Нелучшая судьба ожидала декрет 1906 г.: лишь только состоялся первый введенный им конкурсный экзамен, новый декрет 1908 г. придал ему значение не конкурсного, а простого экзамена, поскольку, как уже было сказано выше, он не обязывал министра руководствоваться при назначении судей результатами экзамена.

В Италии конкурсная система была введена в 1890 г., измененная в 1907 г. и усовершенствованная в 1923 г.¹⁶⁷ Сейчас тот, кто по окончании юридического факультета стремится начать карьеру судьи, обязан сдать конкурсный экзамен комиссии, состоящей из девяти членов, избранных министром юстиции из числа судей, профессоров юридического факультета и адвокатов. Экзамены проходят раз год в Риме. Сдавших экзамен кандидатов комиссия вносит в списки в порядке полученных ими оценок. В этом же порядке министр юстиции назначает их на стажировку и делегирует к мировым судьям (преторам) не менее чем на два года; по истечении этого срока заслужившие хорошие отзывы председателей судов стажеры могут

de l'enseignement supérieur et de lycées de l'état, les instituteurs, les rédacteurs et les employés d'à peu près tous les ministères (le ministère de la justice excepté), les fonctionnaires des forêts, des douanes, de l'enregistrement des contributions directes, les auditeurs au Conseil d'Etat, les inspecteurs des finances, le personnel diplomatique et consulaire, les inspecteurs des colonies».

¹⁶³ *Eslande*, 71–72; *Dehesdin*, 118 s., 250 s.; *Marchand*, 140 s., 188 s.; *Manfredini*, 427 s.; *Arminjon*, 24–25; *Pigé*, 228; *Coumoul*, 417 и др. Gambetta в речи, посвященной судебной реформе, сказал: «Je ne comprends pas qu'on touchât à la magistrature sans faire trois choses à la fois: prendre les juges parmi les hommes vraiment éclairés et savants; par conséquent les choisir au concours, à la suite d'épreuves, et leur faire une situation honorable et honorée afin que la question de fortune préalable ne se posât pas comme un obstacle en face des candidats. Enfin, en troisième lieu, ce que je voudrais, c'est qu'il n'y eut pas d'avancement pour les magistrats, et que leur situation fut tellement honorée et rentée, qu'ils n'eussent plus aucune espèce d'intérêt à ce que l'on appelle une promotion» (*Dehesdin*, 100). О других сторонниках конкурсной системы см. у *Dehesdin'a*, с. 52, 72, 81, 74, 105, 118, 174, 255 и др. Претензии, выдвигаемые против конкурсной системы, основываются на ее непонимании и теперь считаются опровергнутыми.

¹⁶⁴ Ley provisional sobre Organizacion del poder judicial, promulgada en 15 Septiembre de 1870; Ley de 14 de Octubre de 1882 adicional a la Organica. Статьи Debacq'a в «Bulletin mensuel de la Société de Législation Comparée» 1872 г. и Муравьева в № 7 «Юрид. вестн.» от 1879 г. (на рус. яз.). Перевод первого закона был опубликован в «Annuaire de Législ. Etrang.» 1872 г., перевод второго – там же в 1883 г. см. еще: *Piola – Caselli*, 205–206; *Dehesdin*, 248–250.

¹⁶⁵ *Dehesdin*, 94 s., 95: «Les concours donnèrent, de l'opinion unanime des contemporains, d'excellents résultats».

¹⁶⁶ *Dehesdin*, 118.

¹⁶⁷ Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura, 1924 (Roma, Libreria dello Stato), art. 101–112; *Casablanca*. La réforme judiciaire du gouvernement fasciste et le nouveau statut de la magistrature italienne («Bulletin de la Société de Législ. Comparée» 1927, 88 s.).

быть назначены заместителями мировых судей. После двух лет подготовительной практики стажеры могут быть назначены помощниками судей, если сдадут практический экзамен комиссии в составе семи членов, избранных министром из числа судей кассационного суда и апелляционных судов, который также ежегодно проходит в Риме¹⁶⁸. После экзаменации стажеров эта комиссия составляет конкурсный список на основании трех критериев: 1) оценки, полученной на первом экзамене; 2) оценки, полученной на втором экзамене, и 3) других данных, представленных стажером (кроме лицензиатской работы), и характеристики судебных властей о способностях и поведении во время стажировки. Комиссия, кроме того, может присоединить специальную оценку качеств первых 10 кандидатов. В порядке, установленном конкурсным списком, осуществляется назначение стажеров на открывающиеся вакансии помощников судей и одновременно наделение их функциями мировых судей или заместителей этих судей. Как следует из вышесказанного, министр связан результатами обоих конкурсов и не имеет права назначать ни стажера, ни помощника судьи помимо конкурсных списков или с нарушением установленной ими очередности¹⁶⁹.

Конкурсная система также была введена в 1892 г. в Греции¹⁷⁰, а в 1910 г. – в Болгарии (по итальянскому образцу)¹⁷¹.

IV

Служебное положение судей

Разумный способ пополнения судейского персонала обеспечивает хороший персоналный состав судей, приступающих к служению правосудию. Но этого недостаточно. Необходимо обязательно создать для судей такие условия деятельности, в которых бы они не утрачивали, а наоборот, свободно проявляли и в последующем развивали бы открывшие им доступ к судейской карьере и необходимые для настоящего правосудия достоинства. В частности, служебное положение судей должно быть таким, чтобы оно, во-первых, позволяло сохранять полную беспристрастность, во-вторых, побуждало к старательному исполнению обязанностей и дальнейшему совершенствованию в трудном искусстве правосудия и, в-третьих, склоняло к сохранению достоинства своего высокого положения.

1. Судейская беспристрастность может быть наиболее действенно гарантирована следующим образом: необходимо обеспечить судьям такие условия, которые не давали бы никаких мотивов к отказу от беспристрастности, к вынесению несправедливых приговоров и предоставляли бы возможность свято исполнять требования права без ущерба для своих личных интересов¹⁷². Не соблазнять – вот самый лучший способ удержать от греха. Очевидно, что человек сильной воли и твердых моральных принципов не поддастся даже большому искушению. Но выдающихся людей мало, а государство нуждается в сотнях и тысячах судей для быстрого правосудия. Законодатель вынужден иметь дело с обычными, рядовыми людьми, не способными к доблести и самопожертвованию.

¹⁶⁸ Затраты на проезд и проживание в Риме возмещаются успешно сдавшим экзамен.

¹⁶⁹ О порядке, существовавшем до принятия Закона 1923 г., см.: *Pettini*, 171 s.; *Люблинский*. Реформа судебного строя в Италии (Журн. Мин. юст. 1908. № 2, с. 256 и след.). О Законе 1890 г. см.: *PioLa – CaseIli*, 202 и след.

¹⁷⁰ *Annuaire de législ. étrangère*, 1893, 857.

¹⁷¹ *Ibid.*, 1911, 509 s. Некоторые положения Закона 1910 г. были в последующем изменены (*Annuaire* 1912, 764; 1922, 271; 1926, 237 s.).

¹⁷² *Menger. System des österr. Civilpr.*, 1876, I, 210–211.

Чтобы они могли более или менее приблизиться к идеалу судьи, не угрожая слишком сильно собственным интересам, необходимо, чтобы они никого не боялись, чтобы не должны были никому льстить¹⁷³. Первым и главным условием является несменяемость судей. Она освобождает судью от опасений за свою судьбу в случае принятия решения, неугодного тем или иным образом заинтересованным в результате дела влиятельным лицам, и делает его недоступным для какого-либо давления, нечувствительным к угрозам и обещаниям.

2. Независимости судей опасность угрожает с двух сторон: а) органов государственной власти и б) частных лиц, в особенности обращающихся в суд за защитой своих прав. С обеих этих сторон независимость судей должна обеспечиваться достаточными гарантиями.

А. Чтобы защитить независимость судей от влияния иных органов государственной власти, следует не подчинять судей этим органам, а создать из судов полностью отдельную власть. В этом заключается принцип самостоятельности судебной власти, являющийся одним из проявлений принципа разделения властей. Однако судьи могут попадать в зависимость от других органов власти в тех случаях, когда служат одновременно в других ведомствах. Поэтому с целью полного обеспечения независимости судебной власти нужно запретить судьям занимать какие-либо иные должности в государственных органах или органах самоуправления, т.е. принцип независимости судей должен быть дополнен принципом несовместимости судебной службы с какой-либо иной. И этого еще недостаточно, поскольку, не находясь в зависимости от других органов власти, судьи могут находиться в служебной зависимости от высших органов судебного ведомства (министра юстиции). Поэтому необходимо, чтобы служебная карьера судей не зависела от произвольного усмотрения высших органов судебного ведомства. Проще говоря, необходимо, чтобы снятие судей, перевод на другое место службы, продвижение, награды, определение наказаний происходили на основании справедливой оценки действительных заслуг или провинностей судей и не были результатом чьего-либо усмотрения. Это можно назвать принципом *определенности судебной карьеры*. Когда идет речь об увольнении судей, он называется *неустрашимостью*; в тех случаях, когда речь идет о перемещении на другую должность, он выступает как *непереместимость*. Неустрашимость и непереместимость вместе взятые составляют *несменяемость*.

В. Судья может попасть в зависимость от частных лиц прежде всего вступлением с ними в определенного вида обязательственные отношения. Это может быть управление чужими делами, оказание услуг на основании договора найма или поручения или какая-либо иная форма частной службы. Ликвидировать эту форму зависимости можно путем распространения принципа несовместимости также и на любую частную службу. В конечном счете судью к принятию неверного решения может склонить желание получить от одной из сторон материальное вознаграждение (взятку). Чтобы это предотвратить, необходимо установить суровое наказание за взяточничество и любые вытекающие из желания получения выгоды несправедливости и в то же время обеспечить судьям хорошие материальные условия.

3. Среди мотивов, побуждающих судей к старательному исполнению служебных обязанностей, не последнее место занимает, с одной стороны, надежда на получение лучшей должности и, с другой – ответственность за нерадивость. Однако это становится возможным только тогда, когда награды и наказания будут назначаться за действительные заслуги и провинности, а не по сиюминутной прихоти. В противном случае судьи будут заботиться не столько о надлежащем выполнении своих обязанностей, сколько о получении благосклонности начальства. Иными словами, необходимы правильная организация прохождения судебной службы и разумно установленная дисциплинарная ответственность.

¹⁷³ Desjardins. La magistrature élue (Revue de 2 Mondes. 1882. 1 août, 560; Михайловский, 96; Конн, (Журн. Мин. юст. 1902, № 1, с. 11).

4. Для сохранения высокого достоинства судейского положения необходимо запретить судьям считающиеся унижительными занятия и ввести ответственность за неблагоприятное поведение. Первое обеспечит применение принципа несовместимости к любым не вызывающим уважение населения занятиям, второе – распространение дисциплинарной ответственности за границы служебной деятельности и расширение ее на поведение судей в частной жизни.

Следовательно, беспристрастное и правильное правосудие гарантируют: 1) независимость судебной власти; 2) урегулированность судейской карьеры, а именно: а) несменяемость, б) разумная система повышений и наград, с) несовместимость, d) разумная система контроля и ответственности и е) обеспечение благосостояния.

V

Независимость судебной власти ¹⁷⁴

Судьям трудно сохранить полную беспристрастность, зная, что решение какого-либо дела не в пользу определенного органа государственной власти или тесно связанного с ним лица может повлечь недовольство лиц, от которых они зависят по службе, неприятности либо вообще утрату занимаемой должности. Чтобы оградить судей от опасности подобных последствий принятия решения и действительно обеспечить их независимость, необходимо передать осуществление правосудия отдельной системе органов власти, полностью обособленной и самостоятельной от иных ветвей государственной власти.

Это составляет сущность независимости судебной власти, являющейся прямым следствием принципа разделения властей. Последний можно понимать по-разному. Можно в нем видеть действительное разделение государственной власти на особые и уравнивающие друг друга власти, подчинение власти судебной и административной власти законодательной или в конечном счете признавать судебную власть всего лишь частью исполнительной власти. Вопреки этому принцип разделения властей в отношении судебной власти всегда будет означать невозможность вмешательства других властей в сферу правосудия как прямо в виде решения или пересмотра судебных дел, так и косвенно, с помощью служебного давления на судей. Настоящее значение принципа разделения властей состоит именно в том, что «признаваемые разными властями должны иметь органы не только разные, но и независимые друг от друга, в значении невозможности произвольного устранения одной властью представителя органа другой власти. Именно в этом, в этой взаимной несменяемости лежит действенный и спасительный принцип»¹⁷⁵. «Различаясь во взглядах на сущность, все сходятся в практических последствиях: независимость судебной власти от административной – вот постулат, единогласно сформулированный наукой»¹⁷⁶.

Обособление и самостоятельность судебной власти всегда признавались основным и необходимым условием правильного осуществления правосудия. «Идея независимости судей от власти красною нитью проходит через всю историю культуры, начиная от той клятвы, которую давали судьи в Древнем Египте, – не повиноваться незаконным приказам царя, до извест-

¹⁷⁴ *Hamilton. Jay et Madison. Fédéraliste. trad. par Jeze, 1902, 644 s.; Fuzier-Hermain. La séparation des pouvoirs (в приложении № 3 приводятся мнения ряда французских авторов по этому вопросу). Saint-Giron. Essai sur la séparation des pouvoirs, 1881; Delpech. Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique d'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir (Rev. de droit publ. 1907, t. XXIV, № 1). Pfeiffer. Die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramts, 1865; Siegel. Zur Entwicklung der Unabhängigkeit der Rechtssprechung (Annal. d. deut. Reichs für Gesetzgeb., Verwaltung und Statistik, 1898, 31 B.); Aubin. Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und österr. Rechte, 1906.*

¹⁷⁵ *Esmeln. Конституционное право (пер. на рус. яз.), 1898, 242–243.*

¹⁷⁶ *Dehesdin, XXVII.*

ного ответа французских судей королю: «Сир, суд постановляет приговоры, но не оказывает услуг», до ставшей недавно знаменитой гордой фразы: «Английского судью не просят ни о чем»¹⁷⁷.

В Западной Европе обособление судебных учреждений в самостоятельную группу органов государственной власти началось очень давно. Современные народы унаследовали от римлян развитую систему частного права и вместе с тем принесли с собой собственное обычное право и собственные суды, как народные, так и феодальные. Все эти элементы правопорядка не были созданием государственной власти и по причине ее слабости первоначально не подвергались влиянию ее органов. По мере развития государственности правосудие начало приобретать характер функции государственной власти; но судебные институты, частично в силу устоявшихся традиций, частично благодаря сознательной осторожности государственной власти, сохранили относительную независимость.

Сами представители верховной власти понимали, что независимость необходима суду для обеспечения правопорядка, внушения гражданам уважения к закону и принявшей его власти, воспитания в них чувства права. Поэтому некоторые наиболее проницательные монархи добровольно отказывались от вмешательства в правосудие и запрещали сторонам обращаться к ним с жалобами на суды¹⁷⁸. Однако независимость не могла быть ни полной, ни достаточно обеспеченной, поскольку при сосредоточении всей власти в руках монарха она зависела только от его доброй воли¹⁷⁹. Лишь введение конституционного строя создает прочный фундамент для построения независимых судов¹⁸⁰.

VI

Несменяемость судей ¹⁸¹

I. Обычно несменяемость судей понимается так, что судья не может быть отстранен от должности в силу чьего-либо распоряжения, а сохраняет право занимать это место до лишения его по приговору суда. Однако для обеспечения гарантий независимости судей необходимо предотвратить все возможные способы обхода понимаемого в широком смысле принципа несменяемости. Такой обход практически возможен, во-первых, в виде перевода судьи на дру-

¹⁷⁷ Михайловский, 102. Такую же присягу приносили английские судьи согласно статуту Эдуарда III (*Piola – Caselli*, 123–124).

¹⁷⁸ Порой это делалось в очень резкой форме. Например, Фридрих Вильгельм I, король Пруссии, грозился в 1739 г., что прикажет повесить любого адвоката, который обратится к нему с жалобой на приговор суда, а рядом с ним прикажет повесить собаку (*Prischl. Advocatur und Anwaltschaft*, 1888, 440, 441). Петр I также запретил под страхом смерти обращаться к себе по поводу решений Сената.

¹⁷⁹ Фридрих II Прусский много раз заявлял, что не будет вмешиваться в правосудие, поскольку «все нужно решать в соответствии с действующими законами, которыми он также руководствуется в своих личных делах», но, с другой стороны, он считал, что его право изгнания со службы и наказания судей бесспорно, и действительно этим правом пользовался. Например, в 1779 г. он приказал заключить в тюрьму нескольких судей за неправильное, по его мнению, решение по определенному гражданскому делу (*Schiffer*, 1–4). Подробно описывает и анализирует это дело *Stammler* (*Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*, 1927, 413 f.).

¹⁸⁰ Хотя, например, в России принцип независимости судебной власти и был провозглашен и последовательно проводился судебными уставами 1864 г., но на практике, однако, были случаи его нарушения, что являлось естественным следствием монархического строя России.

¹⁸¹ *Pirard. Inamovibilité de la magistrature*, 1879; *Desjardins. Etudes sur l'inamovibilité de la magistrature*, 1880; *Martin – Sarzeaud. Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, 1881; *Pelletan. La magistrature* (без указания года издания, по поводу проекта Berenger'a от 1872 г.); *Carisch. De l'inamovibilité de la magistrature*, 1909; *Manfredini*, 441 s.; *Завадский. Несменяемость судьи и его независимость*, 1904 (и в Трудах Казанск. юрид. общества, 1903); *Пусторослиев. 50 лет несменяемости судей в России*, 1915.

гую, даже равноценную должность, но в другую местность, что иногда может быть связано с неудобствами, подчас вынуждающими судью подать в отставку.

Второй способ такого отстранения формально несменяемого судьи заключается в сокращении занимаемой им должности, выводом судьи за штат, а затем, при образовании в случае необходимости этой должности вновь, замещении ее уже другим лицом. Поскольку сокращение должности иногда необходимо в государственных интересах, например, когда оказывается, что количество судей в определенном округе слишком велико, и поскольку законодательная власть не может отказаться от права сокращения лишних должностей, то для обеспечения несменяемости судей достаточно установить, что отстраненный в результате сокращения занимаемой им должности судья должен назначаться на равноценную должность, а во время нахождения вне штата за ним полностью сохраняется жалование до момента нового назначения на такую же должность. Итак, принцип несменяемости должен быть сформулирован следующим образом, шире: судья не может быть вопреки своей воле и без приговора суда ни отстранен от должности, ни переведен на другую должность, ни выведен за штат без назначения содержания¹⁸². В таком широком значении «несменяемость» равнозначна «неприкосновенности».

Из определения несменяемости следует, что она ничуть не означает безответственности судей, а всего лишь устраняет неопределенность из судейской карьеры, разрывая связь между судьей и тем, кто его назначил. Судья становится несменяемым, однако не освобождается от ответственности, он отвечает только в судебном, но не в административном порядке. Именно этот момент «суда» отличает должность несменяемого судьи от сменяемого. Какой это будет суд – уголовный или дисциплинарный – неважно, имеет значение лишь то, чтобы это был суд в узком значении этого слова, т.е. отвечающий требованиям разумного судоустройства и судопроизводства¹⁸³.

Практическое значение несменяемости безмерно важно. «Она выводит судью за сферу влияния наделенных властью лиц, дает ему возможность противостоять просьбам и угрозам, от кого бы они ни исходили, карать виновных независимо от их положения и прислушиваться только к голосу собственной совести»¹⁸⁴. «Несменяемость необходима самому судье как защита, сторонам – как гарантия, необходима она и для достойного правления, для святости права»¹⁸⁵. Без нее, как выразился Jules Favre, судья – не судья, а агент министерства¹⁸⁶.

Наиболее ярко и образно показал значение несменяемости Royer-Collard: «Когда власть, назначая судью, предлагает гражданину соответствующую должность, то говорит ему: «Орган права, будь беспристрастен, как право. Вокруг тебя будут кипеть разного рода страсти, но пусть они никогда не потревожат твоей души. Если в результате собственной ошибки либо благодаря влиянию лиц, которого я сама не смогла избежать, я буду издавать несправедливые приказы, то не слушай их, не поддавайся искушениям, сопротивляйся моим угрозам. Идя в суд, освободи сердце от страхов и надежд. Будь невозмутим, как закон». Гражданин отвечает: «Я всего лишь человек, а то, чего ты требуешь, сверхчеловеческое. Ты слишком сильна, я слишком слаб. Я уступлю в этой неравной борьбе. Ты сама не захочешь признать мотивов сопротивления, на которые мне сейчас указываешь, и ты накажешь меня за мое непослушание. Я не могу быть всегда выше себя самого, если ты не защитишь меня от меня самого и от себя. Излечи меня от моей слабости, освободи меня от страхов и надежд. Пообещай мне, что буду смещен с судейского кресла лишь тогда, когда будет доказано, что предал свой долг». Власть колеблется: в природе власти коренится с трудом отказываться от самовластия. Наконец, убе-

¹⁸² Carich, 3; Fuzier – Hermain, 295.

¹⁸³ Завадский, 5, 7–8.

¹⁸⁴ Garsonnet. Traité de procédure civ. et commerciale, 1912, I, 210.

¹⁸⁵ Simon I. La liberté politique, 1881, 185.

¹⁸⁶ Favre, 101.

дившись опытным путем в удобстве этого для самой себя, власть говорит судье: «Будь несменяем»».

«Таковы, – делает вывод Royer-Collard, – происхождение и мотивы, история и теория принципа несменяемости, принципа абсолютного, которому нельзя изменить, не уничтожив его, который полностью гибнет при минимальном ограничении, к которому стремится любое свободное общество, – в конечном счете принципа, которому всегда угрожает зарождающаяся тирания и который всегда уничтожает полновластная тирания»¹⁸⁷.

Следовательно, несменяемость, собственно говоря, означает лишь то, что судья не может быть отстранен от должности по прихоти начальства. Это единственно необходимо для обеспечения беспристрастности судьи.

II. Принцип несменяемости впервые был провозглашен и воплощен во Франции благодаря двум способствующим его установлению обстоятельствам. Во-первых, французские короли, желая создать себе из числа юристов и чиновников крепкую опору в борьбе с феодалами, наделяли их разными привилегиями, в том числе несменяемостью. Уже Филипп Прекрасный в 1302 г. признал назначения судей пожизненными; его преемники это подтверждали, и Людовик XI решил в 1467 г., что судьи могут лишаться должностей только за преступления, установленные приговором соответствующего суда по правилам судебного разбирательства. Однако на практике были случаи отступления от принципа несменяемости судей. Усиление этого принципа явилось результатом второго обстоятельства – развития системы продажи должностей. Потребность в деньгах для военных начинаний привела французских королей к продаже государственных должностей, приобретших в результате этого характер частной собственности, не подлежащей отчуждению правительством. Окончательно несменяемость установилась в 1604 г., когда судебские должности были признаны наследственными. Позднейшие короли (Людовик XIV и Людовик XV) подтверждали принцип несменяемости. Во время Великой революции система продажи была ликвидирована, вместе с тем введена система занятия судебских должностей по результатам выборов населением. Однако вскоре система выборов была заменена назначениями, и Конституция VIII г., осуществив эту реформу, одновременно провозгласила принцип несменяемости судей.

Более поздние французские конституции подтверждали этот принцип, что, однако, не препятствовало правительству его нарушать. Действительно, после каждого удачного политического переворота стоящая у власти партия немедленно начинала «очищение судебного персонала», устраняя судей с иными политическими взглядами и заменяя их своими сторонниками. Хотя в действующую ныне Конституцию 1875 г. принцип несменяемости не включен, но он считается имеющим силу. Когда в 1883 г. правительство хотело провести «очищение судебного персонала от членов, представивших наименьшие гарантии с точки зрения как способностей и трудолюбия, так и привязанности к республиканским институтам», то для этого был издан специальный закон, приостановивший несменяемость на три месяца. Упомянутый закон вместе с тем решил, что освобожденные судьи должны получать пенсию, соответствующую возрасту и стажу службы, а также подтвердил принцип несменяемости на будущее. Согласно действующему в настоящее время законодательству члены общих судов могут быть лишены должности только в следующих случаях: 1) по достижении предельного возраста (75 лет для членов кассационного суда и 70 – для остальных); 2) при ликвидации должности; 3) за преступления или проступки на основании приговора уголовного или соответствующего дисциплинарного суда и 4) в случае тяжелой и неизлечимой болезни, препятствующей исполнению обязанностей судьи, на основании постановления общего собрания кассационного суда¹⁸⁸. Перевод

¹⁸⁷ Цит. у *Picot'a* (La réforme judiciaire en France, 1881, p. 70–72), у *Coumoul'a* (p. 319–320) и других авторов. Эту речь произнес Royer-Collard в 1815 г.

¹⁸⁸ *Carisch*, 18–19, 35; *Coumoul*, 313 s.; *Glasson et Tissier*. Traité de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 1925, I, 124 s.

на другую должность возможен только в интересах службы без изменения функций, ранга и содержания и по решению специальной комиссии в составе шести членов кассационного суда под председательством председателя этого суда. Эта же комиссия¹⁸⁹ решает вопрос об освобождении судьи в случае тяжелой и неизлечимой болезни. Необходимо также отметить, что согласно Закону от 17 ноября 1918 г. судья, прослуживший не менее 10 лет, может просить в случае невозможности исполнения обязанностей по болезни о переводе его в так называемое состояние диспозиции на определенный период времени, по истечении которого он может просить повторного принятия на службу и в случае отказа обжаловать решение министра в кассационном суде.

В Германии принцип несменяемости судей был воплощен значительно позже, лишь в XIX столетии, хотя он неоднократно признавался как имперским, так и партикулярным законодательством. Лишь в начале XIX в. южнонемецкие государства под воздействием проникавших из Франции идей английской юстиции установили несменяемость судей. В середине века по их следам пошли Пруссия и одновременно Австрия, в которой, однако, окончательно независимость и несменяемость (судей) были признаны лишь в Конституции 1867 г.¹⁹⁰

Согласно действующему немецкому Закону о судостроительстве¹⁹¹ судьи назначаются пожизненно (§ 6) и могут быть лишены должности, временно отстранены и переведены на другие должности только по приговору суда в случаях, предусмотренных в законе, и с соблюдением установленного процессуального порядка (§ 8). В случае изменения организации судов или судебных округов министерство соответствующей страны имеет право перевести судью на другую должность или отправить в отставку с сохранением полного содержания (§ 8). Однако помимо этих положений в отдельных странах Империи существуют дисциплинарные законы, допускающие отстранение судей от должности в порядке дисциплинарного производства. Исклчительно независимую позицию занимает в Германии Имперский суд, члены которого подлежат только уголовной ответственности – за служебные преступления, предусмотренные Уголовным кодексом; но над ними не существует какой-либо дисциплинарной власти.

Даже в том случае, когда Уголовный суд осудит члена Имперского суда к позорящему наказанию либо даже к заключению на срок свыше одного года, виновный может быть лишен должности не иначе как на основании постановления общего собрания Суда (§ 126). Уход на покой судьи Имперского суда по причине физической либо душевной болезни, делающей невозможным на длительный срок исполнение им служебных обязанностей, осуществляется либо по его просьбе, либо по предложению председателя Суда не иначе как с установлением пенсии, соответствующей времени службы, в которое засчитывается работа по специальности и преподавание на юридическом факультете университета (§ 128)¹⁹².

В Австрии положение судей в целом такое же, как в Германии. И здесь судья может быть отстранен от должности или переведен на другую должность либо на покой только в силу судебного постановления в случаях и в порядке, предусмотренных законом. Исключение составляет случай изменения организации судов. Также возможны отстранение от должности, перевод на другое место или на пенсию в порядке дисциплинарного производства, а также по причине тяжелой и неизлечимой болезни¹⁹³.

В Италии судьи получают неприкосновенность после трех лет исполнения служебных обязанностей. В случае сокращения штата суда в распоряжение министра юстиции должны передаваться самые молодые судьи. Помимо собственной воли на покой могут быть переве-

¹⁸⁹ Эту комиссию создал Закон от 12 июля 1918 г. Раньше вопрос о лишении должностей судей решало общее собрание кассационного суда (Закон от 30 августа 1883 г., ст. 15, 16); *Glasson et Tissier*, 125.

¹⁹⁰ *Aubin*, 6 f.

¹⁹¹ *Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich*, neu bekanntgemacht 22.III.1924.

¹⁹² Эти положения подтверждаются Конституцией 1919 г. (*Reichsverfassung v. 11.VIII. 1919*, art. 104).

¹⁹³ *Klein – Engel. Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, 58 f.; *Sperl. Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege*, 1925, 58 f.

дены судьи: 1) в случае невозможности исполнения ими своих обязанностей надлежащим образом в результате болезни или какой-либо иной причины; 2) в случае, если судья был повторно признан дисциплинарным судом не заслуживающим повышения. На другую должность судья должен быть переведен, если возникает близкое родство или свойство между ним и другим членом той же судейской коллегии или постоянно практикующим в этом суде адвокатом или прокурором, и 3) если судья по какой-либо причине, даже независимо от его вины, не в состоянии осуществлять на занимаемой им должности правосудие так, как этого требует авторитет суда¹⁹⁴.

В Англии несменяемость судей возникла позже, чем на континенте, но укрепились более прочно. Вильгельмом III в 1700 г. было решено, что судья не может быть отстранен от должности, «пока ведет себя хорошо» (*quamdiu se bene gesserint, during good behaviour*), и что его отстранение возможно только в результате петиции обеих палат. Однако данным законом несменяемость не была еще полностью обеспечена, поскольку считалось, что с момента смерти короля все судьи теряли свои должности и должны были вновь назначаться новым королем. Такое положение существовало до 1760 г., когда Георг III по вступлении на престол потребовал от парламента согласиться на назначение судей пожизненно. Безотлагательно был принят соответствующий билль, окончательно установивший несменяемость судей, что вызвало всеобщее восхищение. Этот закон сохранил силу до сегодняшнего дня, но он не распространяется на судей графств, которые могут быть отстранены лордом-канцлером, чего, однако, никогда до сих пор не было¹⁹⁵.

Также несменяемы члены Федерального суда Швейцарии, которые могут быть отстранены от должности только по приговору уголовного суда¹⁹⁶. Также федеральные судьи Соединенных Штатов Америки подлежат отстранению только в том случае, если палата представителей выдвинула против них обвинение в измене государству, взяточничестве или другом тяжелом преступлении и если Сенат их за это осудил¹⁹⁷.

В России принцип несменяемости был введен и последовательно применялся судебными уставами 1864 г. Сенаторы (члены Верховного суда) отвечали только в порядке уголовного преследования. Судьи общих судов в порядке дисциплинарного производства подвергались лишь взысканиям, а при трех взысканиях в течение одного года должны были предаваться уголовному суду. Судья мог быть отстранен от должности только: 1) на основании приговора уголовного суда; 2) когда он после назначения не приступил без уважительных причин к исполнению служебных обязанностей в установленный законом срок (оценка причин принадлежала общему собранию суда, в который он был назначен); 3) когда по причине тяжелой болезни не исполнял служебных обязанностей в течение года и подал просьбу об отставке и 4) на основании постановления общего собрания кассационных департаментов Сената в случае осуждения уголовным судом к какому-либо наказанию, даже не связанному с потерей прав службы, в случае нахождения под арестом за долги либо признания несостоятельным должником. Эти положения в полной мере обеспечивали независимость русских судей. Но их положение значительно ухудшилось после принятия новеллы в 1885 г., создавшей Высший дисциплинарный суд и предоставившей ему право освобождения и перевода судей на другую должность по пред-

¹⁹⁴ Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura, 1924, art. 170 s.

¹⁹⁵ 38 and 39 Vict. c.77, s. 5: «All the Judges of the Hgb Court... shall hold their offices... during good behaviour, subject to a power of removal by Her Majesty on an address presented to Her Majesty by both houses of Parliament» (Gerland, 351, Anm. 2); Franqueville, 383 s.; Bentham, 68 n.

¹⁹⁶ Таких случаев до сих пор не было. Ulrich, 74–75.

¹⁹⁷ До сих пор было четыре случая привлечения этих судей к уголовной ответственности, причем два закончились осуждением. Nerinx, 27, 81; Ulrich, 40.

ложению министра юстиции, причем ни состав этой комиссии, ни порядок рассмотрения не гарантировали беспристрастности приговоров¹⁹⁸.

III. Против принципа несменяемости выдвигаются разные обвинения, однако все они вызваны главным образом непониманием и неправильным представлением о сущности этого принципа. Так, например, говорят, что несменяемость не в состоянии улучшить состава судов и сделать из плохих судей хороших¹⁹⁹, забывая, что она должна быть введена не для преумножения личных достоинств судей, а для обеспечения их независимости, дающей возможность сохранения беспристрастности. Многие отождествляют несменяемость с безответственностью, другие – с отсутствием служебной карьеры и повышений.

«Несменяемость, – говорит, например, Pelletan, – это безответственность; безответственность означает безнаказанность, а безнаказанность всегда является стимулом ко всему плохому, что кроется в человеке». «Что за безумие²⁰⁰, – вопрошает Ludwik Blanc – сделать судью несменяемым! Видя, что все вокруг изменяется, а он один остается несменяемым, он может вообразить, что принадлежит к иной расе, чем граждане, обращающиеся к нему с заявлениями и которые никогда не станут его судьями»²⁰¹. Также неоднократно высказывалось мнение, что принцип несменяемости не согласовывается с той или иной формой правления: во Франции говорят, что несменяемость противоречит республиканскому правлению²⁰², в Соединенных Штатах – что она противоречит настоящему народовластию²⁰³, в России – что она ограничивает монархические принципы²⁰⁴.

В действительности несменяемость может существовать в каждом правовом государстве, основанном на принципе разделения властей, поскольку несменяемость не является безответственностью, а означает лишь то, что судья, назначенный один раз, не может быть смещен по прихоти начальства. Это необходимо всего лишь для обеспечения беспристрастности судьи при осуществлении правосудия. И ничего более.

«Как только несменяемость перестает обеспечивать стороны и начинает защищать личность судьи, она утрачивает смысл существования»²⁰⁵.

Единственное действительно серьезное обвинение против несменяемости состоит в том, что она вынуждает оставлять на службе судей, либо оказавшихся неспособными и ленивыми, либо потерявших работоспособность в результате старческого одряхления или болезни. Касательно первых можно сказать, что при разумной системе замещения судейских должностей таких судей будет немного, при этом лучше иметь нескольких неспособных судей, чем сделать сменяемыми всех остальных²⁰⁶. Что касается вторых, то существуют способы, понуждающие их к отставке без подрыва принципа несменяемости. Во-первых, можно решить, что каждый судья в определенном возрасте либо подает в отставку, либо отстраняется от должности. Этот

¹⁹⁸ Учрежд. суд. устан., ст. 243, 224, 228, 229, 295, 296. См. мой Курс гражданского процесса, 1913, 131–133. Единственным недостатком указанных положений было отсутствие указаний, касающихся судьбы судьи в случае ликвидации должности. Министерство пользовалось этим пробелом для обхода принципа несменяемости: ликвидировало должность, оставляя судью вне штата, а затем, вновь введя эту должность, занимало ее иным лицом. При распространении Судебной реформы 1864 г. на Царство Польское принцип несменяемости, закрепленный в ст. 243 Учрежд., подвергся определенным ограничениям: было решено, что судьи становятся несменяемыми по истечении трех лет службы во вновь организованных судах (ст. 56 Закона от 19 февраля 1875 г. о применении судебных уставов в Царстве).

¹⁹⁹ Coutou1, 323.

²⁰⁰ Pelletan, 9.

²⁰¹ Desjardins, 9.

²⁰² См. указания у Picot'a, 102.

²⁰³ См. указания у Ulrich'a, 47.

²⁰⁴ См. указания у Завадского, 9–10.

²⁰⁵ Доклад министра юстиции Abbaticci в 1852 г. (Garsonnet et Cezar-Bru. Traité de procédure civ. et commerc, 1912, I, 210, п. 8).

²⁰⁶ Милль. Представительное правление, 1897, 144; Михайловский, 104; Reichel, 41.

способ используется в некоторых законодательствах. Так, например, во Франции предельный возраст установлен для членов судов 70 лет, а для судей верховного (кассационного) суда – 75 лет. В Пруссии, Баварии, Бадене, Саксонии и в некоторых других немецких государствах для всех судей установлен одинаковый возраст – 65 лет. В Италии – 65 лет для всех судей, кроме судей апелляционного и кассационного судов, для которых возраст продлен до 70 лет. Преимущество этого способа смещения судей состоит в том, что момент, в который судья должен оставить свой пост, определен заранее, поэтому он никогда не наступает внезапно, а судья, зная заранее, что его ожидает, может разумно к этому подготовиться. Однако эту систему нельзя признать рациональной, поскольку старость и беспомощность не у всех возникают одновременно. Gladston, Thiers, Mommsen, Clemenceau и многие другие выдающиеся люди даже в очень преклонном возрасте сохранили здравый рассудок и работоспособность, при этом иные, достигнув 40 лет, становятся дряхлыми инвалидами. А опыт, приобретаемый на протяжении долгих лет выполнения служебных обязанностей, имеет особенно большое значение для надлежащего несения обязанностей судьи, требующих сноровки в толковании и применении законов, знания жизни и человеческой психики. Кроме того, с возрастом страсти ослабевают и устанавливается необходимое для хорошего судьи умственное равновесие. Поэтому благодаря системе «предельного возраста» правосудие может потерять самых честных своих служителей. Установление предельного возраста имеет смысл в тех профессиях, в которых нужна сила и физическая подготовка, например, в военной службе, на флоте, в инженерном деле и т.п. Но деятельность судьи не требует ни хороших мышц, ни острых чувств; работа судьи исключительно умственная, духовная, а дух человека хранит силу намного дольше, чем тело. И недаром везде и всегда народ избирал судьями людей в возрасте²⁰⁷. Лучшими судьями в мире являются судьи Высшего суда Англии и федерального суда Соединенных Штатов Америки. Они занимают должности пожизненно и исполняют служебные обязанности до глубокой старости²⁰⁸.

Французские авторы свидетельствуют, что Закон 1852 г., который ввел эту систему, вызвал очень вредные последствия. «Зло, причиненное данным законом магистратуре, не поддается исчислению. Лишились магистратуры наиболее уважаемые светочи: возникло скандальное явление слишком быстрых успехов и преждевременного служебного роста, сильно пошатнулось уважение к старости»²⁰⁹. «Из правосудия, – писал знаменитый французский адвокат Odillon Barrot, – удалены все судьи пожилого возраста, как в лесу спиливают старые деревья, чтобы дать жизнь и свет молодым. Здесь применено выражение, употребляемое в армии: облегчить повышение. Но цель не достигнута. Когда старые судьи, осужденные на смерть в назначенный день, разочарованные, деморализованные, задолго до срока начали более чем небрежно исполнять требования профессии, в которой для них уже не было будущего, около них появилась горячая молодежь, нетерпеливо ожидающая обещанного роковым законом повышения. Ах, если бы тогда, когда я имел честь выступать перед всеми этими сановниками кассационного суда, (подразумеваю) Henriota de Panseya, Gandona, Karno, Lapanje и иных, уже достигших 80 лет и предававших своим выводам такой большой авторитет благодаря своему долголетнему опыту, если бы мне тогда сказали, что наступит день, в котором их удалят из святыни как беспомощных, я бы кричал о святотатстве»²¹⁰.

Следовательно, не нужно освобождать всех судей, достигших определенного возраста. Поэтому более предпочтительным является иной способ: в отношении каждого судьи, достигшего предельного возраста, должен быть поставлен и решен вопрос, может ли он исполнять

²⁰⁷ Кош. Предельный возраст судей (Журн. Мин. юст., 1894. № 3, с. 114–120).

²⁰⁸ Gerland, 819–820; Mendelssohn Bartholdy. Das Imperium des Richters, 1908, 10, n. 9; 191 f. По поводу федеральных судей возникла поговорка, что федеральный судья никогда не подает в отставку и редко умирает (Nerinx, 22, n. 2).

²⁰⁹ Favre, 61.

²¹⁰ Barrot, 78–79; Glasson et Tissier. Traité de l'organ. jud., 1925, I, 120: «Cette loi aveugle et injuste frappe la vieillesse expérimentée et savante, force et lumière de la justice» (Dubarie).

служебные обязанности по-прежнему или должен уйти²¹¹. Но кто может решить этот весьма щекотливый вопрос? Поручить это министру юстиции было бы опасно, учитывая независимость судей, поскольку министр мог бы сделать это способом устранения самых независимых, т.е. наилучших, судей.

В некоторых государствах для освобождения от должности престарелых судей необходимо постановление дисциплинарного суда (в Пруссии, Саксонии, Бадене)²¹². Лучшая система принята в Бельгии: судья по достижении установленного возраста обязан подать в отставку, а если он этого не сделает в течение месяца после получения соответствующего предложения от председателя своего суда, то вопрос об отставке решается после рассмотрения письменного объяснения судьи, если оно было представлено, на общем собрании членов суда²¹³. Еще проще было бы решить, чтобы в отношении каждого достигшего предельного возраста судьи председатель суда обязан был бы поставить на общем собрании членов суда вопрос: может ли судья выполнять свои обязанности по-прежнему? Этот вопрос председатель должен был бы ставить каждые – два-три года. Такой же процедурный порядок применяется в случаях утраты судьей работоспособности в результате тяжелой болезни. На практике этот способ применяется в некоторых европейских законодательствах: во Франции, Бельгии, Пруссии и некоторых других странах тяжело заболевший судья может быть снят с должности постановлением общего собрания суда, соответствующего специальной комиссии, или дисциплинарного суда.

Во Франции согласно Закону 1824 г. это делал апелляционный суд, но закон с 1883 г. заменил его кассационным судом, мотивируя это тем, что апелляционные суды были слишком снисходительны²¹⁴. Но это объяснение неправильно, поскольку речь идет не о том, какой суд будет более суров, а о том, какой из них лучше знает состояние судьи и может определить тяжесть его заболевания. С этой точки зрения наиболее соответствующим является суд, членом которого является данный судья, поскольку его коллеги лучше всех знают, может ли он еще работать и может ли он быть полезен своими знаниями, опытом и моральным влиянием. Если бы даже коллеги допускали иногда излишнее попустительство больному судье, то из этого следовало бы только то, что они желают разделить между собой его работу и ответственность за надлежащее ее выполнение.

Третий случай, когда возникает необходимость отстранения судьи, связан с совершением им тяжкого проступка. Очевидно, что в этих случаях судья может быть привлечен к уголовной или дисциплинарной ответственности. Следует также понимать, что уголовный суд в случаях, предусмотренных в уголовном законе, например в случае взяточничества, может отстранить судью от должности. Такое право может быть предоставлено также дисциплинарному суду, как упоминалось выше, с тем условием, чтобы он был правильно организован и чтобы порядок дисциплинарного производства обеспечивал вынесение справедливых приговоров (см. разд. V).

²¹¹ *Manfredini*, 200.

²¹² *Kade*, 132–133.

²¹³ *Piola – Caselli*, 199–200.

²¹⁴ *Carisch*, 63–67.

VII

Повышения и награды ²¹⁵

I. Принцип несменяемости утрачивает свое значение и становится пустым звуком без содержания, если вышестоящая власть, не имеющая права освободить судью или перевести на другую должность, может по своему усмотрению его повышать в должности и награждать. Надежда на получение повышения, или увеличение содержания, или на получение какой-либо награды, какого-то отличия может влиять на судью даже больше, чем страх потерять должность, поскольку отстранение судьи является очень важной вещью, такое средство употребляется редко и в связи с какими-то особыми обстоятельствами, но на повышения и награды министр может быть весьма щедр. Об этом правильно сказал Ch. Comte: «Большие надежды сильнее влияют на человеческое сердце, чем маленькие опасения».

Возможность повышения либо получения награды независимо от служебных заслуг, только по протекции или благодаря отношению начальства деморализует судей и превращает их в обычных чиновников-карьеристов, беспокоящихся прежде всего о получении благосклонности вышестоящих. Карьеризм вообще пагубное и поэтому нежелательное явление. Но в сфере правосудия, где на первом плане должна быть беспристрастность суда, он является просто губительным. Сенатор Закревский верно подметил, что «противнее судьи-карьериста может быть только священник-карьерист»²¹⁶.

Зависимость судьбы судьи от признания министра юстиции порождает фаворитизм, опеку, протекционизм, nepotизм. К каким это приводит последствиям при назначении судей, было показано выше. Но более худшие последствия будет иметь эта система при повышении судей (по должности), поскольку, как правильно отметил сэр Robert Walpole, «люди меньше думают о том, что им было дано, чем о том, что им дано будет»²¹⁷, следовательно, будут более послушны тому, от кого зависит их продвижение, чем тому, кому обязаны своему назначению²¹⁸.

Многочисленные работы французских авторов, посвященные организации судов во Франции, изобилуют нареканиями на господствующую систему повышения судей министром. Нарекания эти начались уже в первой четверти XIX столетия. Генеральный прокурор Bellart писал в 1815 г. министру юстиции: «Все приемные влиятельных лиц переполнены просящими. Кто хочет стать судьей или получить повышение, не знает иных способов, чем склонить на свою сторону двор и столицу. Это письма, упреки, требования, я бы сказал, почти давление и т.д. без конца. Если это движение будет нарастать, то придет время, когда будут требовать судейской должности с пистолетом в руке»²¹⁹. Такие же жалобы повторяются во времена Июльской монархии²²⁰, а в 1859 г. министр Delangle писал в циркуляре, направленном прокурорам: «Едва освободилась должность судьи, порою даже раньше, чем смерть или отставка откроют

²¹⁵ Вопрос повышения (в должности) судей рассматривают или затрагивают почти все авторы, упомянутые ранее. К наиболее полным работам принадлежат монографии Dahesdin'a, Eslande'a, Marchand'a и Piola-Caselliego.

²¹⁶ Закревский. Прусская магистратура (Журн. гражд. и угол. права. 1880. № 5, с. 9).

²¹⁷ Franqueville, I, 387.

²¹⁸ Как мы указывали выше, примеры такой неблагодарности при смене правительств показывали французские судьи.

²¹⁹ Bouchardon, приведя эти слова, сказал: «Qu'eût-il pense, s'il avait pu revenir au monde beaucoup plus tard? A son mot, un peudemodé, de *patronage*, l'echo n'eût-il pas répondu: *favoritisme, nepotisme* et, pour employer un vocable tout à fait moderne, *arrivisme*?» (Bouchardon, 37).

²²⁰ Dehesdin, 49: «Nepotisme et passe-droits, corruption, suppression de l'indépendance des députés par les places accordées à eux-mêmes ou à leurs amis, tels sont les éléments de la perpétuelle plateforme de l'opposition contre le ministère Guizot».

вакансию, как судьи, считающие себя достойными получения этой должности, уже торопятся: одни – просить лично, другие присылать прошения и рекомендательные письма. Такие меры далее недопустимы. Я не знаю ничего более неуместного, чем визиты, во время которых кандидат, полностью поглощенный желанной целью, не смущаясь, унижает своих коллег как возможных соперников. Я прошу Вас сообщить мое мнение судьям Вашего округа, и пусть они лучше избавят меня от этих визитов, более вредных, чем полезных для просьб, которых я даже не хочу выслушивать»²²¹. Это не был единственный в своем роде циркуляр: похожие издавались также другими министрами²²². До наших дней не смолкают жалобы на фаворитизм; их можно встретить в любой работе, посвященной французскому судоустройству, они неперестанно повторяются на заседаниях парламента²²³. Один из министров выразился примерно так: «Есть две категории судей: те, которые работают, и те, которые продвигаются»²²⁴.

Два обстоятельства способствовали буйному расцвету фаворитизма во Франции: разделение судейских должностей на ряд степеней и рангов²²⁵ и, кроме того, нездоровые обычаи, укоренившиеся во французском парламентаризме, а именно постоянное вмешательство депутатов и сенаторов в вопросы назначения и продвижения судей²²⁶.

Фаворитизм, хоть и в меньшей степени, существует или существовал и в других государствах, где продвижение и награждение судей также зависело от воли начальства. В Германии, например, во время обсуждения законопроекта о судоустройстве (1877 г.) депутат Windhorst утверждал, что когда он был министром юстиции в Ганновере, его со всех сторон засыпали просьбами об орденах и титулах²²⁷. В Австрии, где продвижение судей зависело от аттестации председателей судов, неоднократно раздавались голоса, осуждающие «позорное вытаскивание приемных председателей судов его членами»²²⁸. В Италии до судебной реформы (в 1907 г.), так же как и во Франции, министерство юстиции использовало назначение на судейские должно-

²²¹ Pelletan, 14–15; Bouchardon, 38–39. По поводу того циркуляра профессор Тальберг говорит: «Нельзя обвинять только магистратуры, которые складываются из людей имеющих общие слабости. Амбиции, желание улучшить свое материальное положение и обеспечить себя и свою семью – вот те стимулы, которые всегда руководили и будут руководить поступками рядового человека. Если определенная организация построена по иерархическому принципу, если она имеет целью постоянное передвижение чиновников с низших должностей на высшие, с низшего состояния на высшее, то причину плохого нужно искать не в людях, а в организации» (Тальберг. Несменяемость судей во Франции (Юрид. вестн. 1883, № 1, с. 32–33).

²²² Dehesdin, 163, n. 2.

²²³ Ibid., 166.

²²⁴ Bouchardon, 87: «Avant lui, l'humoriste Commerson avait trouvé cet aphorisme: «L'incapacité elle-même, sans la ternie, ne mène à rien»».

²²⁵ Dehesdin, 134: «Le changement de caractère de la magistrature devait tôt ou tard résulter de l'organisation que lui avait donné l'Empire: du moment qu'elle était une profession hiérarchisée, avec, non seulement les grades de président, de conseiller, de juge, de substitut, de président de chambre etc, mais avec en plus cinq classes différentes, dans chacun des grades des cours d'appel, et cinq aussi dans des grades de tribunaux de première instance, l'ambition devait venir à bien des magistrats de s'élever le plus haut qu'ils pourraient dans cette hiérarchie, quitte à changer pour cela de résidence aussi souvent qu'il le faudrait. Et une fois cette évolution commencée, depuis la Restauration jusqu'à l'époque actuelle, ses progrès ont été constants; de plus en plus, on a vu les magistrats de jadis, doués d'un caractère et de qualités si particulières, se transformer en fonctionnaires semblables aux autres, aussi voyageurs, aussi amoureux de promotions et de changements que les autres, plus que tous les autres, ainsi qu'on l'a parfois dit». Gambetta в одной из своих речей сказал: «Etant ce qu'on nomme inamovibles, en droit, les magistrats sont en réalité tout ce qu'il y a de plus amovible et de plus mobile» (Dehesdin, 134, n. 3). Barrot, 78: «On en a fait le corps le plus mobile, le plus ardent à poursuivre l'avancement, qui existe dans notre société». На катастрофические последствия излишней иерархизации судейских должностей обращали внимание целый ряд авторов: Constant, Tocqueville, Ch. Comte и др. (Dehesdin, 128 s.).

²²⁶ Депутат Reinach на заседании парламента в 1900 г. сказал: «A quoi passons-nous une grande partie de notre temps? D'un bout de l'année à l'autre, nous sommes sollicités et nous sollicitons. Nous écrivons ou nous signons 20, 30, 40, 50 lettres par jour, selon qu'on nous attribue plus ou moins d'influence» (Dehesdin, 167, n.). Ничего подобного не встречаем в Англии. Dehesdin: «Dans la terre classique du parlementarisme, l'Angleterre, l'influence des recommandations parlementaires sur les nominations des fonctionnaires semble bien être inconnue» (164, n. 1).

²²⁷ Hahn, Dis gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. I, 1879. S. 1127; Gülland, 679–789; Aubin, 98. О русских взаимоотношениях см. статью проф. Дыновского в «Газ. суд. Варш.» № 6 от 1924 г.

²²⁸ Schrutka von Rechtenstamm. Die Stellung des Richters, 77–78; Aubin, 90.

сти как средство борьбы во время политических выборов, покупая за назначение голоса избирателей или отказ кандидата от участия в выборах²²⁹.

II. Очевидно, наиболее действенный способ охраны судей от произвола в продвижении и награждении заключался бы в отмене всевозможных служебных отличий, уравнивании служебных должностей, а также в отмене различных наград. Эта мысль высказывалась неоднократно. Так, Arminjon говорит: «Чтобы достойно выполнять свои высокие и благородные функции, судьи не должны быть ни зависимыми, ни подчиненными кому-либо, ни иерархично организованными». «Теперь, – писал второй автор в докладе, направленном в Лигу защиты прав человека, – судьи, несмотря на несменяемость, находятся в совершенной зависимости от политической власти, поскольку требуют повышений: нужно вырвать это зло с корнем и отменить повышения»²³⁰.

В значительной степени идеал абсолютно независимого судьи воплотился в Англии. Судебной карьеры в английском судоустройстве практически не существует. Судьи графств не могут стать судьями высшего суда, а судьи этого суда принципиально считаются равными, хотя и между ними существуют отличия по степени и рангу, но не столь значительные, чтобы могли развить нездоровое соревнование в тесном кругу (только 33) столь выдающихся лиц на закате их замечательной юридической карьеры. Кроме того, они получают колоссальное содержание, и поэтому без преувеличения можно сказать, что они недоступны ни для опасений о своей судьбе, ни для надежд на ее улучшение. «Нет такого человеческого существа, – сказал Parker, – улыбка или нахмуренные брови которого, нет такого правительства, либерального ли, консервативного ли, благосклонность или враждебность которого могли бы ускорить биение пульса английского судьи на его судебском кресле или хоть бы на волосок поколебать постоянное равновесие правосудия»²³¹.

Претворение в жизнь идеала независимого судьи стало возможно в Англии благодаря тому, что число судей высшего суда очень ограничено, поэтому лорд-канцлер имеет возможность избирать судей из лучших, опытнейших и имеющих наилучшую репутацию адвокатов, а казна может выплачивать им громадное содержание. Иным является судоустройство в государствах континентальной Европы, складывающееся из тысяч судей²³². Разве можно было бы предоставить им всем одинаковые должности и лишить надежды на возможность улучшения своего служебного положения? Судьи отличаются друг от друга способностями, возрастом, теоретической подготовкой, профессиональным опытом. Было бы несправедливо не учитывать этих отличий²³³. Кроме того, служебная карьера необходима в качестве стимула к лучшему

²²⁹ Завадский. Несменяемость судьи, 14.

²³⁰ Arminjon, 4; Dehesdin, 421 (из доклада Tarbouriech'a Лиге охраны прав человека). Ср.: Favre, 52; Bozi, 17–18; Wagner, 26–27; Burckhard, 24 f.

²³¹ Franqueville, I, 391. Laboulaye писал об английских судьях: «C'est un prêtre de la justice... Cet isolement complet, cet espèce de sacerdoce, est ce qui donne au juge anglais un si grand caractère; c'est aussi ce qui explique la vénération dont il est entouré. Ce n'est pas un fonctionnaire public dans le sens ordinaire du mot; son pouvoir a une racine plus profonde. Entre le peuple et le gouvernement, il représente une force à part, la justice, devant laquelle peuple et gouvernement doivent s'incliner» (Dehesdin, 125). Gerland, 793 s.

²³² Franqueville, II, 658–659. «D'une côté, une poignée, de l'autre une pléiade; ici, une position fixe, obtenue d'emblée, comme couronnement d'une vie de labeur; là une carrière à nombreux échelons; ceux-ci n'ayant rien à espérer ni à craindre, ceux-là pouvant craindre sans cesse et toujours espérer; d'une part, une élite, largement retribué; de l'autre, un personnel, dont le plus haut dignitaire est moins payé que le dernier juge de police d'Angleterre, tandis que les magistrats des petits tribunaux reçoivent un traitement inférieur au salaire d'un ouvrier» (Franqueville, II, 660).

²³³ Это упустил из виду Pelletan, когда писал: «Иерархия имеет смысл в иных отраслях государственной службы, например в войсках, но не отвечает природе судебной власти. Поручик, который выходит из военной школы в Saint-Суг, лишь начинает свою науку и может ее закончить, лишь постепенно сменяя эполеты. Он должен сначала научиться командовать взводом, затем батальоном, сначала батальоном, затем полком, сначала полком, затем бригадой, сначала бригадой, затем дивизией: сколько же тут нужно пройти ступеней, сколько нужно учиться, чтобы овладеть в совершенстве своей профессией! Полностью отличаются требования, относящиеся к судье. Не с первого ли дня он должен иметь совершенную подготовку, необходимую для его деятельности? Не использует ли он один и тот же кодекс, когда судит в черной либо в красной мантии, и, следовательно, не должен ли он знать его основательно от первой до последней запятой? Зачем же тогда делить судей на группы, если все

исполнению обязанностей. Только немногие особенно выдающиеся люди в своей деятельности руководствуются чувством долга, получая наивысшее моральное удовлетворение от надлежащего исполнения своих профессиональных обязанностей. Зато обычные люди не могут обойтись без внешнего поощрения. «Если ситуация человека остается неизменной, если не видит он перед собой никакого будущего, если ничего уже не может изменить его положения, то в нем гаснет внутренний жар, та энергия воли и мысли, которая будит в человеке его стремление вперед, его постоянные надежды, свойственные ему от рождения до самой могилы»²³⁴. Следовательно, служебная карьера является институтом вполне естественным и полезным. Речь идет только о том, чтобы в жизни она приносила желанные плоды, заинтересовывая судей в наилучшем исполнении их обязанностей. Для достижения этой цели необходимо, чтобы единственным основанием повышения были действительные заслуги, чтобы награду получил тот, кто ее заслуживает, и чтобы как можно меньше места оставалось для произвольного усмотрения. Для этого разумный порядок продвижения судей должен основываться на двух принципах²³⁵.

Во-первых, каждому судье, безупречно исполнявшему свои обязанности, должно быть дано право на улучшение служебного положения через определенные промежутки времени. Это повышение выступает естественной наградой за четкое исполнение служебных обязанностей и мотивом для старания в будущем. Это предотвращает, с одной стороны, как отметил Bentham, разочарование, а с другой стороны – охлаждение к службе²³⁶. Но высших должностей меньше, чем низших, так что если ожидать, пока они сделаются вакантными, то только часть судей может получить такое повышение. Поэтому нужен еще другой способ улучшения судебного положения судей, который мог бы одинаково распространяться на всех. Таким способом является периодическое увеличение жалованья каждого судьи, безупречно исполняющего свои обязанности.

Во-вторых, в дополнение к принципу безусловности повышения должен быть принят принцип награждения за особые заслуги. Несомненно, что в многочисленной судебной корпорации существуют большие различия между отдельными членами в степени одаренности, подготовки, трудоспособности. Справедливость требует, чтобы каждого вознаграждали в соответствии с его достоинствами и заслугами.

С этой точки зрения наиболее правильной представляется такая система, при которой все судьи получают периодическое увеличение содержания, а открывающиеся вакансии на высших ступенях служебной лестницы замещаются частично по старшинству службы, частично вне очереди, за особые заслуги. При этом для избежания произвольного внеочередного занятия должностей необходимо, чтобы кандидатов на повышение определяли не органы власти по своему усмотрению, а судебная коллегия либо составленные из судей комиссии.

III. Ни в одном из западноевропейских государств служебная карьера судей до сих пор не поставлена рационально. В некоторых применяется принцип постепенного повышения выплат, но повышение в должности производится без надлежащей оценки служебных достоинств судей. Иные ввели более разумный способ повышения, упуская, однако, периодическое увеличение содержания. Периодическое повышение выплат принято в некоторых немецких государствах (Пруссия, Саксония, Бавария, Баден, Гессен, Мекленбург и др.). В Италии и Бельгии размер выплат вырастает автоматически за определенный короткий промежуток времени

они должны иметь одинаковое знание юриспруденции и отличаются только размерами вознаграждения?» (*Pelletan*, 13–14). С этим мнением нельзя согласиться. Судьи отличаются друг от друга не только размером вознаграждения, как выражается *Pelletan*, но и запасом профессионального и жизненного опыта, не говоря уже о разнице в способностях и теоретической подготовке. Между молодым судьей, рассматривающим дело впервые, и старым членом апелляционного или кассационного суда существует примерно такая же разница, как между не нюхавшим пороха поручиком и поседевшим в боях генералом.

²³⁴ Филиппов, I, 322.

²³⁵ *Schrutka von Rechtenstamm*, 78; *Jaubert* (*Pigé*, 237).

²³⁶ Bentham, 62.

(два, три, четыре года). Причем обычный размер оплаты каждой ступени иерархии (например, уездного судьи) больше, чем начальный размер следующей ступени (например, судьи земского суда), так что переход на более высокую должность не всегда выгоден судьям, и они не имеют такого сильного стимула к поиску повышения, как в других государствах, в которых судьи не получают периодических прибавок к выплатам²³⁷. Но повышение в немецких государствах оставлено на усмотрение министра, учитывающего при этом мнения председателей судов, полученные на втором государственном экзамене оценки, а также время службы²³⁸. В Австрии выплаты судьям увеличиваются каждые пять лет, но эти повышения очень незначительны; существенное увеличение наступает при повышении, зависящем от мнения председателя суда и одобрения министра. Неудивительно, что в Австрии также слышны жалобы на фаворитизм²³⁹.

Во Франции²⁴⁰ система периодического увеличения выплат не была принята; размер содержания зависит от местности, в которой служит судья: для разных местностей в зависимости от предполагаемой стоимости жизни устанавливаются разные размеры выплат. Порядок повышения (по должности) судей был определен Законом 1908 г. и изменениями, внесенными законами в 1919, 1922 и 1924 гг. Министр имеет право замещать вакансии на судебные должности только лицами, внесенными в список кандидатов на повышение, который составляется ежегодно на основании мнений председателей судов и прокуроров, комиссией из старшего председателя, генерального прокурора и четырех судей кассационного суда по выбору министра юстиции, а также из членов совета министерства юстиции. Но список не имеет обязательного значения при назначении на высшие судебские должности в кассационном суде, первых председателей и прокуроров апелляционных судов, председателя и прокурора парижского трибунала. Кроме того, министр юстиции может заместить помимо списка часть вакансий лицами, специально указанными в законе (судей I и II инстанции назначать на должность с содержанием, равным тому, которое они получают, заместителей генерального прокурора — на должность судьи II инстанции и т. п.). И тем самым усмотрение министра юстиции еще очень много значит, не говоря уже о том, что способ составления списка (на основании мнений председателей и прокуроров без участия судебных коллегий), а также возможность министра влиять на подбор членов комиссии и непосредственная зависимость от него некоторых ее членов не гарантируют безусловной справедливости при повышении и не предотвращают личной протекции²⁴¹.

В Италии самовластие министра при повышении судей было ограничено Законом 1907 г.²⁴², замененным нынедействующим Законом 1923 г.²⁴³ Введенная последним законом система достаточно сложна. Сущность ее заключается в том, что продвижение помощников судей в судьи судов первой инстанции осуществляется на основании «списка повышения», составляемого «судебным советом» апелляционного суда, состоящего из первого председателя, генерального прокурора, одного из председателей департаментов, одного судьи и председателя суда первой инстанции. Список составляется на основании проведенной соответствующими властями аттестации относительно способностей, образования, трудолюбия и поведения, а также в целом работы помощников судей, исполнявших служебные обязанности не менее трех лет. Как помощники, так и министр могут требовать пересмотра постановления судебного совета выс-

²³⁷ Aubin, 88; Pio1a – Caselli, 199.

²³⁸ Kade, 114, 125, 171, 208, 259, 263 etc.; Aubin, 80–82.

²³⁹ Aubin, 90.

²⁴⁰ Glasson et Tissier, I, 110 s.

²⁴¹ Pigé, 243 s.; Glasson et Tissier, I, 113.

²⁴² Decreto 10 ottobre 1907 (Race. ufic, n. 689). Перевод этого декрета на французский язык был опубликован в «Annuaire de législ. étrang.», 1908, 484 s., а русский перевод — в «Журн. Мин. юст.», 1908. № 2.

²⁴³ Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari etc., 1924, art. 112 s.

шим советом магистратуры при кассационном суде. Помощник, признанный окончательно не заслуживающим повышения, подлежит освобождению от должности. Повышение судей судов первой инстанции в апелляционные судьи осуществляется по трем спискам, составляемым этим высшим советом: обычного повышения, повышения по выбору и повышения за особые заслуги. В начале вакансии в определенных на каждый год размерах замещаются судьями, указанными в третьем списке, затем $\frac{4}{5}$ вакансий – из второго списка и $\frac{1}{5}$ из первого. Если внесенный в список судья не получит повышения в течение трех лет, то он подлежит новой оценке. Также повторно оценивается кандидат, признанный незаслуживающим повышения, и в случае негативного решения происходит освобождение его от должности. Замещение вакансий в кассационном суде также осуществляется не в порядке кооптации общим собранием, а согласно списку, составленному специальной комиссией в составе пяти членов из числа председателей и судей кассационного суда.

Оригинальная система занятия высших судебных должностей существует в Бельгии²⁴⁴. Председателей и вице-председателей судов первой инстанции, судей второй инстанции и кассационного суда назначает король из чила лиц, включенных в списки кандидатов, составляемые отдельно судебной коллегией и общеполитическим представительным органом. В случае возникновения вакансии на должность судьи кассационного суда общее собрание того же суда и высшая палата (сенат) выбирают по одному кандидату из числа лиц, которые имеют право занять эту должность, учитывая научный и служебный ценз: наличие диплома доктора права и десятилетней службы в юстиции на низших должностях. Кандидаты на иные из названных выше должностей избираются также отдельно, с одной стороны, судебной коллегией, в которой есть вакансия, с другой стороны – провинциальными советами. Эта система, имея в Бельгии глубокую историческую основу, дает там удовлетворительные результаты. Но по существу ее нельзя ни признать хорошей, ни рекомендовать, поскольку выбор кандидатов общеполитическими собраниями был бы разумным при замещении низших судебных должностей, но ни в коем случае не при продвижении на высшие должности, основанием которого должны быть исключительно служебные заслуги кандидатов; для оценки их общеполитические собрания не имеют ни достаточных знаний о деятельности отдельных судей, ни необходимой компетенции, не говоря уже о вредном влиянии на результат выборов борьбы политических партий, интриг и протекции.

В Англии члены высших судов назначаются исключительно из числа адвокатов, так что низшие судьи, как уже отмечалось выше, не имеют надежды на повышение. Равным образом отсутствует судебная карьера в тех странах, где принята система выбора судей населением или представительными политическими собраниями.

IV. Одинаковое значение с повышением по службе имеет в качестве средства влиять на судей награждение их чинами и орденами. В этом отношении судьи тоже должны быть обеспечены защитой от произвола начальства. Проще и радикальнее всего было бы полностью отказаться от раздачи чинов и наград в юстиции²⁴⁵. Хотя сама по себе отмена чинов и орденов была бы очень желательна, однако когда они представляют необходимую принадлежность любой государственной службы, когда с ними связаны разного рода привилегии, когда в самом обществе господствует обычай награждения, сделать исключение только для судей означало бы поставить их в худшее положение по отношению к другим чиновникам. В связи с этим на западе Европы судьи, как и иные чиновники, подразделяются на ранги, классы и степени и награждаются орденами. Только в Англии и кое-где еще (в Мекленбурге) не принято давать

²⁴⁴ *Eslande*, 261 s.

²⁴⁵ *Burchard*, 24–25, 29–32.

ордена судьям, хотя и тут делаются исключения. В Германии два раза поднимался вопрос об отмене орденов и чинов, и каждый раз Рейхстаг занимал неблагоприятную позицию²⁴⁶

²⁴⁶ *Aubin*, 98.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.