

Современной техники приходится выполнять весьма сложные и тонкія сооружеія,—такowymi, напр., надо считать всѣ машины. Чтобы изготовить машину, требуется двѣ операци: 1) изготовить части машины, 2) собрать ихъ въ одно цѣлое. И вотъ опытъ показываетъ, что главныя трудности машиностроения, считающагося высшимъ отдѣломъ техники, протекаютъ изъ того, что всѣ отдѣльные приготовляемые здѣсь предметы должны затѣмъ составить части нѣкотораго цѣлаго, должны стать въ соединеніе и связь другъ съ другомъ. Если-бы отдѣльныя приготовляемыя въ машиностроении части предназначены были къ тому, чтобы остаться отдѣльными предметами, то изготовленіе ихъ представляло-бы технически безконечно болѣе легкую задачу, чѣмъ при томъ условіи, что онѣ впоследствии должны составить одно цѣлое. Величайшія трудности техники лежатъ именно здѣсь, и та техника выше, которая сумѣла наиболѣе побѣдить именно ихъ. Дать отдѣльнымъ изготовляемымъ частямъ такіе размѣры и такія формы, чтобы онѣ при сборкѣ безъ всякихъ затрудненій сливались въ одно цѣлое—вотъ высшая и самая трудная задача техники. А если это такъ, то мы можемъ сказать, что главная трудность техники вытекаетъ не изъ того, что она должна изготовлять извѣстные предметы, а изъ того, что она должна изготовлять ихъ *во взаимномъ соотношеніи между собою*.

Но то-же самое надо сказать и о правѣ: рѣдко оно добивается отъ гражданъ только отдѣльных, изолированныхъ поступковъ, которые не предназначены стоять ни въ какомъ соотношеніи съ другими поступками тѣхъ-же или другихъ лицъ. Гораздо чаще право, добываясь отъ гражданъ тѣхъ или иныхъ дѣйствій, стремится къ какому-либо болѣе или менѣе сложному социальному результату, въ которомъ эти дѣйствія должны играть роль только мелкихъ подчиненныхъ частей. Въ этихъ случаяхъ дѣйствія требуютъ праву не сами по себѣ, а для того, чтобы составить одно цѣлое, и совершеніе этихъ дѣйствій въ такомъ видѣ, чтобы они ладно приходились другъ къ другу, столь-же важно для права, какъ для техники важно изготовленіе частей машины въ такихъ размѣрахъ и формахъ, чтобы послѣдующая сборка ихъ не представляла никакихъ затрудненій. Поэтому, обращаясь къ гражданину за поступкомъ,—приказывая (запрещая, дозволяя) ему дѣйствіе опредѣленнаго состава, право

всегда указываетъ ему (въ объективной нормѣ) и то мѣсто—въ ряду другихъ дѣйствій и событій—, куда гражданинъ долженъ вставить свое дѣйствіе такъ, чтобы оно крѣпко и ладно слилось со всѣмъ теченіемъ соціальной жизни, поскольку послѣдняя регулируется правомъ.

Такимъ образомъ, нормы права предназначены къ совокупному или совмѣстному дѣйствію. *Всѣ влѣстны* онѣ должны дѣйствовать, какъ одна сложная соціальная машина, гдѣ смыслъ и значеніе каждой отдѣльной части подчинены и координированы со всѣми другими частями. Понятно, что при примѣненіи права эту связь и зависимость отдѣльныхъ частей цѣлой системы права надо уметь распознавать и раскрывать, для того чтобы правильно устанавливать смыслъ каждой отдѣльной нормы. И параллельно тѣмъ трудностямъ, какія возникаютъ изъ этого источника (связи и координаціи частей права) для законодателя, идутъ также трудности для того, кто долженъ примѣнять право въ жизни. Благодаря связи и координаціи частей права ни одинъ вопросъ касательно смысла уже изданнаго и дѣйствующаго права не рѣшается путемъ разсмотрѣнія какой-либо одной изолированной нормы, а всегда для этого приходится привлекать къ разсмотрѣнію болѣе или менѣе обширныя совокупности нормъ, соображеніе которыхъ въ ихъ взаимной связи и обусловленности только и даетъ обыкновенно искомый отвѣтъ. И это послѣднее обстоятельство, т. е. то, что для установленія смысла права, даже въ предѣлахъ какого-либо *одного* отдѣльнаго случая, приходится обращаться не къ отдѣльнымъ нормамъ, а къ цѣлымъ ихъ совокупностямъ, болѣе или менѣе обширнымъ,—является источникомъ величайшихъ затрудненій при примѣненіи права. Благодаря ему, разрѣшеніе каждаго, иногда простаго, въ сущности, юридическаго вопроса требуетъ непременно общихъ свѣдѣній обо всей системѣ права, умѣнья ориентироваться въ его деталяхъ и подробностяхъ и, наконецъ, хлѣботливыхъ справокъ въ различныхъ частяхъ законодательства ¹⁾. Можно сказать, что $\frac{2}{10}$ тѣхъ трудностей, какія связаны съ установленіемъ правоположенія, долженствующаго быть

¹⁾ „Incivile est, говоритъ римскій юристъ *Celsus*, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere“—L. 24 Dig. 1, 3.

примѣненнымъ къ отдѣльному конкретному случаю, проистекають именно изъ этого послѣдняго обстоятельства,—не будь его—и это установленіе было-бы дѣломъ сравнительно легкимъ. Заботливымъ отношеніемъ къ дѣлу законодатель можетъ сильно облегчить здѣсь лицъ, долженствующихъ примѣнить право, но онъ едва-ли когда-нибудь можетъ совершенно побѣдить этотъ источникъ трудностей. Впрочемъ, въ противоположность тому, что мы констатировали выше по отношенію къ тѣмъ трудностямъ при примѣненіи права, какія проистекають изъ самаго теченія времени и передъ которыми законодатель совершенно безсиленъ, надо сказать, что здѣсь усилія законодателя всегда плодотворны, и граждане бываютъ, въ этомъ отношеніи, облегчены всегда настолько, насколько объ этомъ позаботился законодатель. Наоборотъ, если объ этой сторонѣ дѣла еще не позаботился или плохо позаботился и законодатель, то это называется такимъ возрастаніемъ трудностей при примѣненіи права, которое надо, вѣроятно, считать не просто пропорціональнымъ упу-щеніямъ законодателя, а пропорціональнымъ квадрату или кубу этихъ упущеній.

§ 6. Установленіе правоположенія передъ его конкретизаціей, какъ толкованіе нормы.

Въ предыдущемъ §-ѣ мы пришли къ выводу, что когда намъ дано правоположеніе, долженствующее быть примѣненнымъ къ данному конкретному случаю, то чаще всего, прежде чѣмъ станеть возможнымъ перейти къ его конкретизаціи, необходимо бываетъ еще подготовить его къ послѣдней надлежащими умственными усиліями. Теперь намъ слѣдуетъ дать себѣ отчетъ въ томъ, *каковы-же* эти умственные усилія, надъ чѣмъ они оперируютъ и въ чемъ они состоятъ?

По своему существу, норма есть абстрактное выраженіе воли законодателя. Она есть орудіе, *instrumentum* этого выраженія и, какъ таковое, можетъ быть болѣе или менѣе совершеннымъ, можетъ болѣе или менѣе соответствовать своей цѣли, лучше или хуже выполнять свое назначеніе. При наибольшей степени требующагося здѣсь соответствія или совершенства, норма исполнѣ и хорошо выражаетъ

волю,—изъ нея мы *ясно* усматриваемъ то, что она должна собою выражать. Наоборотъ, когда требующагося соотвѣтствія нѣтъ, или оно есть, но не въ достаточной степени, тогда то, что норма должна выразить, т. е. волю законодателя, мы усматриваемъ изъ нея съ трудомъ и неясно. Слѣдовательно, норма, играя роль *изображенія* или символа нѣкоторой дѣйствительной величины, подобно всякимъ другимъ изображеніямъ, можетъ обладать достоинствами и недостатками, изъ которыхъ главнымъ надо считать *ясность* изображенія, какъ то его свойство, отъ котораго въ сильнѣйшей степени зависитъ возможность лучше или хуже усмотрѣть то, что подлежало обозначенію или изображенію. Всякое изображеніе, разъ оно дано, является какъ-бы посредникомъ между нами и изображаемымъ или символизируемымъ имъ предметомъ, — мы получаемъ доступъ къ изображаемому предмету *черезъ* изображеніе, и то свойство или достоинство изображенія, отъ котораго зависитъ степень этого доступа, есть его *ясность*: чѣмъ изображеніе яснѣе, тѣмъ оно успѣшнѣе замѣняетъ для насъ самый предметъ,—наоборотъ: чѣмъ оно менѣе ясно, тѣмъ труднѣе оперировать имъ вмѣсто предмета. Такимъ образомъ, поскольку мы, вмѣсто самаго предмета, должны пользоваться его изображеніемъ, *ясность* послѣдняго является самымъ драгоценнымъ его свойствомъ. Отъ чего-же зависитъ ясность изображений, какія обстоятельства ей благопріятствуютъ, а какія препятствуютъ?

Возможная степень ясности всякаго изображенія зависитъ: во-1-хъ, отъ свойствъ самаго изображаемаго предмета; во-2-хъ, отъ средствъ, которыми изображаютъ; наконецъ, въ-3-хъ, отъ достоинства процесса изображенія, если онъ не есть чисто механическій и потому всегда одинаковый. Разсмотримъ-же, съ указанныхъ трехъ точекъ зрѣнія, возможные достоинства и недостатки нормъ, какъ выраженія правовой воли.

Что касается предмета, подлежащаго выраженію нормой (правовой воли), то онъ отличается однимъ свойствомъ, которое сильно затрудняетъ возможность его яснаго выраженія, а именно весьма большой *сложностью*. Мы уже знакомы съ логическимъ составомъ и съ логическими элементами содержанія права, и можемъ сказать, что уже по самой своей логической структурѣ всякая норма права

представляет собою нечто довольно сложное и не легко поддающееся ясному выражению. Но если къ этому добавить еще то, о чемъ мы говорили въ концѣ предыдущаго §-а, а именно—что правовая воля не поддается разьединенію на отдѣльные, другъ отъ друга независимые куски; что она не можетъ быть выражена въ изолированныхъ другъ отъ друга нормахъ, а находить себѣ правильное выраженіе только въ большихъ или меньшихъ совокупностяхъ нормъ, а, можетъ быть, даже только въ цѣлой ихъ системѣ ¹⁾, то для насъ станетъ несомнѣннымъ, что подлежащій выраженію въ объективномъ правѣ предметъ отличается чрезвычайной сложностью, долженствующей затруднять *ясность* его изображенія. Выразить надлежащимъ образомъ правовую волю, какъ и вообще ясно изобразить всякій сложный предметъ, есть дѣло, въ высшей степени, трудное.

Какимъ-же *средствомъ* выражается правовая воля? Человѣческимъ словомъ. Этого средства или орудія отнюдь нельзя назвать плохимъ. Будучи предназначено для выраженія человѣческой мысли вообще, оно отличается чрезвычайной гибкостью, всюду слѣдуетъ за мыслью, повинуется ей малѣйшимъ изгибамъ. Въ рукахъ мастера оно способно къ величайшей изобразительности, имъ можно схватывать, какъ самые тонкіе оттѣнки, такъ и самые грандіозные массивы мысли. Слово—блещетъ всеми цвѣтами радуги, звучитъ всеми тонами гармоніи и диссонанса,—оно одинаково пригодно къ изображенію вѣшняго матеріальнаго, какъ и къ изображенію внутренняго духовнаго міра. Будучи, по своей природѣ, только сухимъ символомъ, оно, благодаря непрерывному и интимному соотношенію съ нашей психикой, пронитывается насквозь элементами послѣдней и оказывается въ нашемъ полномъ распоряженіи. По желанію и надобности, оно способно вспыхивать и гаснуть, расцвѣтать и блекнуть, летѣть крыленное или падать подкошенное..... Словомъ, человѣческое слово должно быть признано едва-ли не самымъ сильнымъ и богатымъ изобразительнымъ средствомъ въ нашихъ рукахъ, но для обнаруженія своихъ достоинствъ оно тре-

¹⁾ Не даромъ-же мы говоримъ объ „общемъ духѣ“ законодательства, въ зависимость отъ котораго ставимъ, нерѣдко, смыслъ отдѣльныхъ нормъ.

буетъ *умѣлаго* съ нимъ обращенія. Какъ всякое гибкое и тонкое орудіе, оно боится неискусныхъ рукъ, комкающихъ и уродующихъ нѣжную матерію его внутренняго смысла. А, вѣдь, законодатель далеко не всегда бываетъ мастеромъ слова.... Кромѣ того, есть одно направленіе, въ которомъ слово, въ значительной степени, теряетъ присущія ему достоинства, это—направленіе къ *будущему*. Прошедшее и настоящее—вотъ гдѣ слово сильно и изобразительно, но обратите его къ *будущему*—и оно натолкнется на неодолимые для него затрудненія. Только то, что пережито и испытано человѣческой мыслью, встаетъ и въ человѣческое слово,—наоборотъ, неиспытанное и неизвѣданное, естественно, не поддается и завладѣнію словомъ. А между тѣмъ слово законодателя, какъ мы видѣли, (см. предыдущій §) именно и предназначено служить будущему. Поэтому задача законодателя, по отношенію къ слову, несравненно труднѣе, чѣмъ, напр., задача историка.

Наконецъ, правовая воля подлежитъ выраженію не какимъ-либо механическимъ, всегда себѣ равнымъ способомъ, а путемъ творческимъ, живымъ, который одинъ разъ можетъ быть лучшимъ, другой разъ—худшимъ,—удачнымъ, или неудачнымъ, умѣлымъ или неумѣлымъ. Отсюда слѣдуетъ, что и законодательная работа можетъ быть весьма разнаго достоинства во всѣхъ этихъ отношеніяхъ. Но здѣсь намъ надо отмѣтить еще одну весьма важную сторону дѣла. Прежде чѣмъ выразить мысль или волю, намъ надо *овладѣть* ими, выяснитъ ихъ самимъ себѣ, апперцепировать ихъ. Чѣмъ меньше овладѣли мы ими внутри самихъ себя, тѣмъ хуже выразимъ мы ихъ во-внѣ. А между тѣмъ эта работа *внутренняго овладѣнія*—одна изъ самыхъ трудныхъ, и она едва-ли не труднѣе въ области воли, чѣмъ въ области чистой мысли. Прежде чѣмъ издать норму, законодатель долженъ дать самому себѣ хорошій отчетъ въ томъ, чего именно онъ хочетъ. Если онъ этого не сдѣлаетъ, или сдѣлаетъ въ недостаточной мѣрѣ, то это самымъ невыгоднымъ образомъ отразится и на ясности исходящей отъ него нормы. Не станемъ указывать бездѣятельныхъ, въ этомъ смыслѣ, законодателей, сошлемся лучше на примѣръ образцоваго, по силѣ этой дѣятельности, законодателя—на законодателя *римскаго*. Вся работа римскаго законодательнаго генія запечатлѣна энергичной внутренней работой,

полнымъ уясненіемъ себѣ того, чего хотѣлъ этотъ законодатель, и притомъ хотѣлъ категорически—безъ сомнѣній и колебаній. Оттого и работа римскаго законодателя отличается такой степенью ясности, какой, можетъ быть, не имѣло никакое другое законодательство.

Мы намѣтили тѣ условія или обстоятельства, которые могутъ вліять на *ясность* выраженія правовой воли законодателемъ. Источниковъ для возникновенія неясности въ нормахъ достаточно, и скорѣе надо удивляться, встрѣчая безукоризненно ясную, чѣмъ темную, въ какихъ-либо отношеніяхъ, норму. Но разъ это такъ, то спрашивается: можно-ли какими-либо средствами или усиліями *уяснить* себѣ не вполне ясную норму? Когда законодатель выполнитъ свою работу, въ этомъ отношеніи, не достаточно совершенно, то можемъ-ли мы какими-либо послѣдующими усиліями восполнить этотъ недостатокъ и довести законъ до той степени ясности, какая намъ въ томъ или другомъ случаѣ требуется для практическаго его примѣненія?—Подобно тому какъ, сдѣлавши у себя въ записной книжкѣ бѣглую замѣтку о чемъ-либо и забывши затѣмъ ея смыслъ, мы можемъ нерѣдко въ послѣдствіи соответственными умственными усиліями исполнѣ его возстановить для себя; подобно тому какъ, имѣя передъ собою сбивчивый или даже недостаточно правдивый рассказъ современника о какомъ-либо историческомъ событіи, мы можемъ, путемъ извѣстныхъ сопоставленій и соображеній, извлечь изъ него истину и не даться въ обманъ,—такъ и имѣя передъ собою *неясную* или *не исполнѣ ясную* норму, мы можемъ, приложивши надлежащія старанія, довести ее до *большей* или даже до *полной* ясности. Объектомъ этихъ стараній или усилій будетъ, очевидно, норма, а самыя эти усилія или старанія въ такой сильной степени будутъ зависеть отъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая и будутъ, поэтому, столь различны въ разныхъ случаяхъ, что подчиненіе ихъ какой-либо внутренней классификаціи рѣшительно не представляется возможнымъ. Но классификація ихъ по нѣкоторымъ *внѣшнимъ* признакамъ исполнѣ возможна; самое лучшее—пріурочить ее къ тому *матеріалу*, надъ которымъ при этомъ оперируетъ наша мысль, или къ тѣмъ *внѣшнимъ* средствамъ, къ которымъ мы здѣсь прибѣгаемъ для достиженія желаемаго, и вотъ—эти внѣшнія средства поддаются довольно

простой классификаціи. Въ самомъ дѣлѣ, такимъ виѣшнимъ средствомъ *уясненія* нормы можетъ служить прежде всего ея текстъ съ его *грамматической* структурой и съ его *логическимъ* смысломъ; затѣмъ, такимъ средствомъ могутъ служить *другія* нормы, такъ какъ мы уже знаемъ, что совершенно изолированныхъ нормъ нѣтъ, а всѣ онѣ находятся въ извѣстной зависимости между собою,—зависимости, которую можно назвать *систематическою*; наконецъ, такимъ средствомъ могутъ служить всевозможные и весьма разнообразные факты, имѣющіе какое-либо отношеніе или къ самой нормѣ, или къ ея законодателю, или къ той эпохѣ, когда была издана норма, и т. п.; всѣ эти факты объединяются въ своемъ разнообразіи только тѣмъ, что они—суть одинаково факты прошлаго, что всѣ они въ то время, когда ими пользуются для уясненія нормы, суть уже факты *историческіе*.

Здѣсь мы можемъ кончить нашъ внутренній анализъ вопроса о *ясности* нормъ и объ ихъ *уясненіи* въ томъ случаѣ, когда онѣ сами по себѣ не вполне ясны. Мы довели его до того пункта, на которомъ его результаты можно закрѣпить общепринятой терминологіей. Ясно, что тѣ умственные усилія или умственные операціи, которыми мы пользуемся для уясненія себѣ нормъ, составляютъ то, что принято называть *толкованіемъ*. Какъ извѣстно, въ прежнее время дѣлались попытки создать для толкованія такую теорію, которая охватила-бы его твердыми правилами, такъ сказать, *изнутри*,—однако всѣ онѣ потерпѣли полное фіаско, и никто уже теперь не вѣритъ въ юридическую герменевтику, какъ въ особую науку; эта юридическая герменевтика одновозрастна съ, такъ называемой, теоріей формальныхъ доказательствъ на судѣ и сродни ей по своему внутреннему существу; за то она и потерпѣла съ ней одну и ту-же участь. Отысканіе истины вездѣ есть процессъ свободный и рѣшительно не поддается никакой регламентаціи. Современная юриспруденція отказалась отъ мысли создать и поддерживать юридическую герменевтику, и, въ настоящее время, она раздѣляетъ толкованіе, только чисто виѣшнимъ образомъ, на *грамматическое*, *логическое*, *систематическое* и *историческое*. Изъ предыдущаго для насъ ясно, что это—классификація по тѣмъ виѣшнимъ средствамъ, которыми пользуется человеческая мысль для уясненія себѣ закона при его толкованіи.

Таковы умственные усилия, посредствомъ которыхъ исправляютъ тотъ недостатокъ нормы, который можно назвать ея *темнотою* или *неясностью*. Но, вѣдь, норму, какъ абстрактное выраженіе правовой воли, долженъ еще *духовно усвоить себѣ* тотъ, кому надо примѣнить ее къ отдѣльному конкретному случаю. И если *для одного* она можетъ быть вполне ясна, то *для другого*, въ то-же самое время, она можетъ быть въ чемъ-либо непонятна, или не вполне понятна. Конечно, такую непонятность нормы для однихъ, въ то время когда другимъ она вполне ясна и понятна, надо считать уже не объективнымъ недостаткомъ нормы, а субъективнымъ недостаткомъ тѣхъ лицъ, которые не въ состояніи усвоить себѣ ея содержанія, но, какъ-бы то ни было, а требуется *помочь* этимъ лицамъ въ ихъ непониманіи, сдѣлать норму понятной и для нихъ, ибо, если не оказать имъ этой помощи, то норма права не найдетъ себѣ осуществленія въ ихъ поведеніи и, слѣдовательно, пострадаютъ прежде всего интересы права. Какими-же умственными усилиями или приемами можемъ мы оказать такимъ лицамъ требующуюся имъ помощь? Здѣсь, такъ же какъ и въ предыдущемъ случаѣ, *внутренній* характеръ этихъ усилий рѣшительно не поддается никакой теоріи, ибо субъективные недостатки лица, въ силу которыхъ оно не понимаетъ какой-либо нормы, могутъ быть столь различны, что едвали есть возможность подвести ихъ подъ какія-либо опредѣленные категории и дать имъ внутреннюю классификацію. Но здѣсь, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, эти усилия своимъ внѣшнимъ объектомъ, очевидно, также будутъ имѣть норму, и, слѣдовательно, и здѣсь ихъ можно классифицировать по тому-же *внѣшнему* признаку, по которому мы ихъ классифицировали выше. Здѣсь, какъ и тамъ, эти усилия будутъ направлены или на самый текстъ нормы съ его лексическимъ составомъ, съ его грамматической конструкціей и логическимъ смысломъ; или на другія нормы, поскольку надо уяснить систематическую связь съ ними той нормы, которая служитъ предметомъ нашихъ усилий; или, наконецъ, на различные факты прошлаго, поскольку они служатъ исторической подкладкой для интересующей насъ нормы. Однимъ словомъ, и здѣсь, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, мы имѣемъ передъ собою толкованіе нормы, съ его знакомыми уже намъ внѣшними подраздѣленіями на грамматическое, ло-

гическое, систематическое и историческое. Это, конечно, не значить, что тѣ умственные усилія или операціи, посредствомъ которыхъ мы устраняемъ *объективную* неясность нормы, вполне тождественны съ тѣми усиліями, которыя даютъ намъ возможность сдѣлать норму понятной для того, кто ее раньше не понималъ (устраненіе *субъективной* неясности нормы), но они, несомнѣнно, вполне аналогичны другъ другу, такъ какъ всегда оперируютъ надъ нормой, представляя собою средства ее уясненія или истолкованія.

Однако даже тогда, когда удастся *толкованіемъ* нормы довести ее до надлежащей объективной и субъективной ясности, — этимъ все же не будетъ исчерпана та предварительная работа надъ нормой, которая можетъ понадобиться *раньше*, чѣмъ станетъ возможнымъ перейти къ ее конкретизаціи, т. е. непосредственному примѣненію ее къ какому-либо конкретному случаю. Въ самомъ дѣлѣ, мы видѣли выше, что жизнь, благодаря своей непрерывной трансформаціи и обновленію постоянно удаляется отъ нормы, какъ-бы постоянно отъ нея *убѣгаетъ*. Норма издается на основаніи того, что *было* при ее изданіи или раньше того, а, между тѣмъ, практически примѣнять ее приходится къ тому, что наступаетъ *потомъ*, — между изданіемъ и примѣненіемъ нормы жизнь успѣваетъ отъ нея отодвинуться, и для того, чтобы стало возможнымъ примѣнить норму къ жизни, приходится умственно *приблизить* первую къ послѣдней. Безъ такого предварительнаго умственнаго *приближенія* нормы къ успѣвшей отъ нея впередъ жизни невозможно приступить и къ непосредственному переходу съ нормой *in concretum*. Въ чемъ-же состоитъ сущность того умственнаго процесса, которымъ мы совершаемъ это *приближеніе* нормы къ удаляющейся отъ нея жизни?

Представимъ себѣ, что при примѣненіи права или при необходимости согласовать свое поведеніе съ правомъ, мы натыкаемся на *новый*, въ нашемъ условномъ смыслѣ слова, фактъ, т. е. на такой фактъ, котораго законодатель не предвидѣлъ при изданіи нормы и относительно котораго онъ въ нормѣ не высказался. Какъ-же подвести этотъ фактъ подъ право? Повидимому, здѣсь можно указать весьма простой путь для разрѣшенія задачи. Законодатель не высказался о *томъ* фактѣ, который теперь передъ нами,

но онъ высказался о многихъ *другихъ* фактахъ, изъ которыхъ нѣкоторые, вѣроятно, *подобны* или *аналогичны* теперешнему факту. Поэтому, слѣдуетъ, повидимому, обратиться къ этимъ аналогичнымъ или подобнымъ фактамъ и, взвѣсивши степень ихъ сходства съ фактомъ, насъ теперь занимающимъ, выделить изъ нихъ тотъ, который отличается наибольшимъ сходствомъ съ послѣднимъ, чтобы затѣмъ велѣніе права, высказанное по отношенію къ этому наиболѣе сходному факту, примѣнить къ тому факту, котораго законодатель не предвидѣлъ и который насъ теперь занимаетъ. Въ такомъ приѣмѣ можно усматривать (какъ многіе и, дѣйствительно, усматриваютъ) сущность, такъ называемой, *аналогіи* или примѣненія права *по аналогіи*: здѣсь мы просто приравниваемъ (по отношенію къ юридической qualificacіи) *новый фактъ*—факту съ нимъ наиболѣе сходному изъ числа тѣхъ, о которыхъ высказался законодатель. При такомъ отношеніи къ дѣлу, для разрѣшенія подлежащаго намъ случая, мы брали-бы норму, такъ сказать, съ ближайшаго пункта, т. е. отсюда, гдѣ право отстоитъ на наименьшемъ разстояніи отъ обсуждаемаго случая, и прямо переносили-бы его на этотъ случай. Однако не слишкомъ-ли механично такое отношеніе къ дѣлу? дѣйствительно-ли на *одномъ* сходствѣ фактовъ базируется примѣненіе права по аналогіи? Этого вопроса нельзя считать празднымъ и его надо разрѣшить, потому что на практикѣ весьма часто именно такъ и понимаютъ *аналогію*, совершая почти механическій переносъ права съ одного пункта на другой.

Примѣненіе права по такой аналогіи, т. е. по фактическому сходству случаевъ можно было-бы признать правильнымъ при двухъ предположеніяхъ: во 1), если-бы воля законодателя обуславливалась только сходствомъ или различіемъ фактовъ и измѣнялась-бы, въ своемъ содержаніи, параллельно и пропорціонально степени этого сходства или различія; 2) если-бы самое сходство и различіе было нѣкоторымъ *однороднымъ* свойствомъ фактовъ, которое, всегда оставаясь однимъ и тѣмъ-же, только измѣнялось-бы въ своей степени отъ случая къ случаю.

Однако ни то, ни другое предположеніе не справедливо. Воля законодателя не только не пропорціональна, но и несоизмѣрима со сходствомъ и различіемъ подлежащихъ регламентаціи фактовъ,—

она измѣняется совершенно независимо отъ этого сходства или различія. Весьма часто малая разница въ фактахъ ведетъ уже къ крупному измѣненію въ ихъ юридической регламентаціи, иногда даже къ превращенію ея въ прямо противоположную, напр., къ замѣнѣ дозволенія запрещеніемъ, и наоборотъ. Съ другой стороны, и самое сходство или различіе фактовъ или случаевъ не представляетъ собою ихъ однороднаго свойства, а есть всегда результатъ измѣненія многихъ различныхъ свойствъ, почему и подчиненіе сходства или различія случаевъ какой-либо опредѣленной мѣркѣ не представляется возможнымъ.—Для подведенія *новыхъ* случаевъ подъ существующее уже право требуется процессъ совершенно иного свойства. Механическое перенесеніе права съ мѣста на мѣсто, отъ случая къ случаю, здѣсь рѣшительно не годится. Здѣсь требуется процессъ органическій, хотя и не произвольный. Здѣсь требуется не внѣшнее обозрѣніе и не внѣшняя сортировка того, что сказалъ законодатель по поводу разныхъ случаевъ, а глубокое проникновеніе въ его намѣренія и въ тѣ общія мысли, которыми онъ руководился при законодательствованіи.

Значить, прежде чѣмъ перейти къ *новому* случаю, необходимо бываетъ поработать надъ существующимъ уже правомъ такъ, чтобы извлечь изъ него достаточно широкіе принципы, или такія руководящія положенія, подъ которыя новый случай подходилъ-бы не механически, а органически, *какъ* частное приложеніе какой-либо общей правовой мысли. Иногда этотъ процессъ извлеченія общихъ принциповъ изъ постановленій существующаго права бываетъ легче, иногда труднѣе. Иногда принципъ, достаточно широкій для того, чтобы охватить собою и *новый* случай, извлекается уже изъ какой-либо небольшой группы законоположеній, а иногда для этого приходится привлекать къ разсмотрѣнію весьма обширныя совокупности послѣднихъ; наконецъ, нерѣдко эта работа требуетъ принятія во вниманіе *всего* законодательства, и тогда мы говоримъ объ установленіи *общаго духа* цѣлаго законодательства.—Такимъ образомъ, процессъ подведенія *новыхъ* случаевъ подъ существующее право не представляетъ собою *прямолинейнаго*, такъ сказать, передвиженія отъ случая къ случаю, а состоитъ въ *поднятій вверху*, на высшія точки, чтобы взглядомъ оттуда обнять, какъ случаи, которые зако-

податель зналъ и имѣлъ въ виду, такъ и случан, которыхъ онъ не зналъ и о которыхъ въ дѣйствующемъ правѣ не высказался.

Таковъ тотъ умственный пріемъ, который дѣлаетъ возможнымъ примѣненіе существующаго права къ *отдалившейся* отъ него жизни. Жизнь, сказали мы выше, *убѣгаетъ* отъ права, право *отстаетъ* отъ жизни,—но есть способъ, пользуясь существующимъ правомъ, *настигать*, такъ сказать, *убѣгающую* отъ него жизнь и подчинять ее существующей и дѣйствующей правовой волѣ,—этотъ способъ состоитъ въ извлеченіи изъ постановленій права—общихъ руководящихъ мыслей, въ установленіи, на основаніи постановленій права, проникающихъ его общихъ принциповъ. Если мы съумѣли построить общій принципъ, намъ не трудно уже охватить имъ то, чего законодатель не предвидѣлъ или о чемъ онъ прямо не высказался.

Итакъ, мы дали себѣ отчетъ въ томъ умственномъ пріемѣ, которымъ норму приближаютъ къ фактамъ, которыхъ она своимъ непосредственнымъ содержаниемъ не покрываетъ. При этомъ мы предполагали, что извѣстное разстояніе между нормой и фактами образуется вслѣдствіе движенія впередъ и трансформации жизни *послѣ* изданія нормы. Дѣйствительно, это самый важный и совершенно неизбѣжный,—такъ сказать, неустрашимый источникъ отдаленія нормируемой жизни отъ нормирующаго ее права. Но онъ не единственный. Возможно, хотя и не неизбѣжно, еще и другое происхожденіе наличности фактовъ, стоящихъ въ извѣстномъ отдаленіи отъ нормы и ею не покрываемыхъ. Въ самомъ дѣлѣ, издавая норму, законодатель, по недостатку ~~ли~~ вниманія, или проницательности, или надлежащихъ свѣдѣній, могъ просто *упустить изъ виду* даже тѣ факты, которые существовали и которые могли быть покрыты нормой, если-бы этому не помѣшалъ одинъ изъ указанныхъ недостатковъ законодателя. Справедливость заставляетъ замѣтить, что нельзя особенно и винить законодателя за эти упущенія, такъ какъ вовсе не такъ легко охватить нормой все существующее разнообразіе жизни, почему и упущенія здѣсь не только возможны, но и вполне естественны. Такимъ образомъ, при примѣненіи права мы можемъ встрѣтиться не только съ фактами *новыми*, но и съ фактами *старыми*, но все же стоящими въ извѣстномъ отдаленіи отъ

нормы и ею не покрываемыми. Какъ примѣнить существующее право къ этимъ послѣднимъ фактамъ? Совершенно такъ-же, какъ и къ первымъ, т. е. путемъ восхожденія къ общимъ принципамъ. Умственный пріемъ будетъ здѣсь одинаковъ не только въ общемъ и цѣломъ, но и во всѣхъ подробностяхъ. —Наконецъ, слѣдуетъ упомянуть, что тотъ-же пріемъ восхожденія къ принципамъ можетъ помочь намъ и еще въ одномъ случаѣ. Въ разсмотрѣнныхъ уже нами случаяхъ, мы пользовались имъ, такъ сказать, при *недостаткѣ* прямо выраженной и непосредственно относящейся къ интересующимъ насъ фактамъ воли. Но въ этомъ отношеніи возможенъ (хотя гораздо рѣже) также и *избытокъ* воли: возможно, что законодатель выразитъ свою волю о *какомъ-либо* фактѣ дважды или даже нѣсколько разъ, притомъ въ противорѣчивомъ или, вообще, несходномъ смыслѣ. Какъ быть съ такимъ избыткомъ воли, съ такимъ *embarras des richesses*? Очевидно, изъ нѣсколькихъ волеизъявленій надо выбрать одно, или свести ихъ къ одному, потому что примѣнить ихъ всѣ вмѣстѣ къ одному и тому-же случаю рѣшительно невозможно. Но какимъ пріемомъ достигнуть здѣсь *единства* вмѣсто ненужнаго множества? И здѣсь надо также подняться вверхъ, къ общимъ принципамъ, чтобы послѣдніе опредѣлили собою, какое изъ многихъ данныхъ рѣшеній задачи надо предпочесть ¹⁾.

¹⁾ Наме изложеніе существа примѣненія права *по analogiā* не сходится съ тѣмъ, что мы читаемъ, по этому предмету, у *Регельсбергера*. По его мнѣнію, въ основу *analogiā* полагается *фактическое сходство* случаевъ. „Es ist eine tief in unsrer sittlichen Anschauung wurzelnde Forderung, говоритъ онъ, dass *gleiche Thatbestände nach derselben rechtlichen Norm beurtheilt werden*. Gleichheit vor dem Recht, d. h. nicht dieselbe Norm für alle Erscheinungen, wohl aber *dieselbe Norm für alle wesensgleiche Erscheinungen*“ (Pandekten, I, 156). Однако поставивши столь опредѣленно свой принципъ—для сходныхъ случаевъ—одна и та-же норма—нѣмецкій авторъ, на слѣдующей страницѣ, уже не хочетъ принимать его логическихъ послѣдствій. „Es ist nicht genau, читаемъ мы у него (ibid., S. 157), wenn man sagt: der gegebene Rechtssatz wird auf ein anderen Thatbestand angewendet. Es ist vielmehr *aus dem gegebenen Rechtssatz eine allgemeinere Norm abgeleitet, deren Thatbestand den geregelten wie den unregulierten umfasst*“. Правда, здѣсь отказъ отъ логическихъ послѣдствій изъ разъ принятаго положенія послѣдовалъ въ пользу истины (ибо

Любопытно теперь спросить: этотъ пріемъ построенія общихъ принциповъ права и подведенія подъ нихъ непредусмотрѣнныхъ закономъ случаевъ, представляетъ-ли собою что-либо общее съ тѣмъ *толкованіемъ* права, о которомъ мы говорили выше и которое служить для объективнаго и субъективнаго уясненія неясной или кому-либо непонятной нормы? Едва-ли.—Правда, господствующая терминологія и здѣсь говоритъ о *толкованіи* права—а именно о толкованіи *по аналогіи*,—но даже если согласиться на такую терминологию, то все-же слѣдуетъ помнить, что здѣсь это толкованіе—совсѣмъ иной природы. Самое лучшее было-бы избрать для него и другое обозначеніе. Да многіе уже и сознають шаткость и сбивчивость общеупотребительной терминологіи и предлагаютъ соотвѣтствующую реформу. Къ числу такихъ авторовъ принадлежитъ и Регельсбергеръ. Вотъ что читаемъ мы, по этому поводу, въ его Пандектахъ: «Die Gesetzesauslegung, говоритъ онъ, nimmt ihren

въ послѣднихъ, подчеркнутыхъ нами, словахъ описано то самое восхожденіе вверхъ, къ общимъ принципамъ, которое мы въ текстѣ противопоставляли линейному передвиженію отъ случая къ случаю на основаніи ихъ фактическаго сходства) и съ этой стороны его нельзя не одобрить,—но все-же это характерный образецъ того, какъ „считаются“ понятія въ той юриспруденціи, которая въ этомъ „счетѣ“ видитъ свое главное дѣло и свою особенную заслугу.—Въ лучшемъ русскомъ курсѣ общаго ученія о правѣ (Н. М. Коршунова „Лекціи по общей теоріи права“, С.-П.Б., 1898, изд. 5) вопросу о примѣненіи права по аналогіи посвящено всего нѣсколько строкъ (на стр. 347), но авторъ держится правильнаго, по нашему мнѣнію, взгляда. „Съ толкованіемъ, говоритъ онъ, не слѣдуетъ *смѣшивать* аналогическаго примѣненія нормы. Толкованіе есть *объясненіе* нормы, аналогія—примѣненіе нормы къ случаямъ, ею не предусматриваемымъ, но представляющимъ въ *юридическомъ отношеніи* аналогію съ тѣми случаями, для которыхъ они установлены“.—Къ чему на практикѣ приводитъ то, когда, при примѣненіи права по аналогіи, исключительный вѣсъ придаютъ *фактическому* сходству или различію случаевъ, это хорошо иллюстрируется возникшимъ недавно въ нѣмецкой судебной практикѣ вопросомъ о томъ, можетъ-ли быть *объектомъ* кражи электрическая энергія въ формѣ тока? По извѣстному опредѣленію, кража есть *contrectatio rei*... но можно-ли считать электрический токъ за *res*? Уголовный сенатъ Reichsgericht'a высказался по этому вопросу *отрицательно*, наоборотъ сенатъ гражданскій рѣшилъ его утвердительно. По этому поводу въ нѣмецкой юридической печати возникла интереснѣйшая полемика, въ которой приняли участіе, какъ корифеи юриспруденціи (*Дерн-*

Ausgang von einer bestimmten Vorschrift. Sie bat demnach weit begrenzteren Spielraum als die Aufgabe für ein Lebensverhältniss den Rechtssatz aus dem gesammten Stoff des positiven Rechts zu ermitteln (Rechtsfindung). Letzteres ist *interpretatio juris*, nicht *legis*, und umfasst auch die Analogie. Die Römer gebrauchen *interpretatio* für diesen weiteren Begriff. Der neuere Sprachgebrauch steht zwar *nicht ganz fest*, beschränkt aber *überwiegend* die Auslegung auf die Ermittlung des Inhalts eines Rechtssatzes. Die Stellung *der Analogie* unter die Auslegung beruht meistens *auf mangelhafter Erkenntniss des Wesens von beiden*» ¹⁾. Новѣйшая терминологія стоитъ, по словамъ Регельсбергера, *не вполне твердо*. Подъ терминомъ *толкованіе* разумѣютъ, главнымъ образомъ, установленіе содержанія или смысла отдѣльнаго правоположенія, но къ нему-же причисляютъ и, такъ называемую, *аналогію*, что, по мнѣнію *Регельсбергера*, уже

бурго), такъ и корифеи естествознанія (химикъ *Оствальдъ*). Разногласіе во мнѣніяхъ проистекаетъ здѣсь *исключительно* изъ того, что одни ищутъ рѣшенія вопроса въ *фактической* сторонѣ дѣла, а другіе совершенно правильно апеллируютъ къ юридическому принципу. Уголовный сенатъ разсуждалъ такъ (цитируемъ по передачѣ его рѣшенія въ статьѣ *Гессена* „Творческая роль суда“, Ж. М. Ю., 1897 г. Іюнь, стр. 215): „Вопросъ о томъ, подходитъ-ли электричество подъ это понятіе (тѣлесной движимой вещи) рѣшается *не на основаніи правовыхъ нормъ, а съ помощью естествознанія*; если судъ первой инстанціи, на основаніи заключенія экспертовъ, рѣшилъ, что электричество не есть ничто вещественное, тѣлесное, а представляетъ лишь движеніе мельчайшихъ частицъ, энергію, опредѣленное состояніе, которое передается по проводникамъ, то здѣсь нельзя усмотрѣть никакого нарушенія законовъ, и *Reichsgericht* не уполномоченъ самостоятельно рѣшать вопросы естествознанія“. Вотъ до чего довело судъ убѣжденіе, что рѣшаетъ дѣло, при примѣненіи права по аналогіи, *фактическое* сходство случаевъ, а не юридическій принципъ. Судъ отказался рѣшить юридическій вопросъ „на основаніи правовыхъ нормъ“, думая, что онъ этимъ вторгся-бы въ неподлежащую ему сферу естествознанія и надѣлалъ-бы тамъ, пожалуй, какихъ-либо безпорядковъ! А между тѣмъ, благодаря такому взгляду верховнаго уголовного суда, „одинъ изъ важнѣйшихъ факторовъ современной экономической жизни, какъ справедливо замѣчаетъ г. *Гессенъ* (*ibid.*, стр. 225), останется еще надолго (въ Германіи) безъ твердой защиты уголовного закона“. См. по этому-же поводу еще замѣтку въ Ж. М. Ю., 1899 г., Октябрь, стр. 157—166.

¹⁾ *Regelsberger*, „Pandekten“, I, 141.

неправильно и проистекаетъ изъ недостаточнаго пониманія, какъ существа толкованія, такъ и существа аналогій.

Дѣйствительно, когда дано какое-либо правоположеніе, то его истинный смыслъ, съ какой-либо стороны и по какой-либо причинѣ, можетъ быть темнымъ или для кого-либо скрытымъ. Умственные усилія, направленныя на устраненіе такой темноты или неясности, т. е. на установленіе истиннаго смысла правоположенія составляютъ *толкованіе*, въ собственномъ смыслѣ этого слова, съ его четырьмя видами (грамматическимъ, логическимъ, систематическимъ и историческимъ). Когда истинный смыслъ правоположенія установленъ, тогда и самое толкованіе закончено,—дальше возможны другіе умственные процессы, но уже не толкованіе въ собственномъ смыслѣ слова. Объ этомъ толкованіи можно сказать не только то, что о немъ говоритъ *Регельсбергеръ*, а именно, что оно «беретъ своимъ исходнымъ пунктомъ опредѣленное предписаніе права», но къ этому надо добавить, что здѣсь-же оно и *заканчивается*. Дальше могутъ и весьма часто должны начаться другіе умственные процессы на почвѣ права, но ихъ отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать съ толкованіемъ, въ собственномъ смыслѣ слова. Ошибка господствующаго представленія состоитъ въ томъ, что оно несвободно отъ такого смѣшенія, на что справедливо указываетъ *Регельсбергеръ*.

Взаимное отношеніе между *толкованіемъ*, въ тѣсномъ смыслѣ слова, и тѣмъ умственнымъ процессомъ, который обыкновенно именуется толкованіемъ *по аналогіи*, надо представлять себѣ слѣдующимъ образомъ. Мы уже сказали, что толкованіе имѣетъ цѣлью установленіе истиннаго смысла закона, т. е. истинной воли законодателя, поскольку она нашла себѣ выраженіе въ текстѣ закона. Но послѣ того, какъ эта цѣль достигнута,—послѣ того какъ воля законодателя, поскольку ее можно видѣть изъ текста закона, *вся* усмотрѣнна—что послѣ этого еще можетъ оказаться? Можетъ оказаться: 1) или что воля законодателя своимъ выраженіемъ какъ разъ покрываетъ тотъ предметъ, котораго она касается; 2) или что она его не покрываетъ,—значитъ, въ ней оказываются *пробѣлы* по отношенію къ предмету; 3) или, наконецъ, что воля законодателя дана въ избыткѣ, такъ что по отношенію къ нѣкоторымъ сторонамъ или

частямъ предмета имѣется по нѣскольکو выражений воли въ текстѣ закона. Первый изъ этихъ случаевъ—какъ разъ желательный, и при немъ, вслѣдъ за толкованіемъ, установившимъ смыслъ правоположеній, можно прямо перейти къ конкретизаціи объективныхъ элементовъ права съ цѣлью совершить затѣмъ самый поступокъ въ согласіи съ правомъ. Но при второмъ и третьемъ случаѣ одно толкованіе, въ тѣсномъ смыслѣ слова, неспособно вполне подготовить дѣло къ конкретизаціи. Очевидно, что вслѣдъ за толкованіемъ въ этихъ случаяхъ долженъ наступить совершенно особенный умственный процессъ: заполнения пробѣловъ въ правѣ, т. е. пополненія недостатка въ волѣ, и устраненія избытка воли тамъ, гдѣ онъ имѣется. Этотъ умственный процессъ не имѣетъ ничего общаго съ предыдущимъ толкованіемъ, природа его совершенно иная, но, къ сожалѣнію, его обозначаютъ тѣмъ-же самымъ названіемъ *толкованія*. Эти два разныхъ умственныхъ процесса надо и въ теоріи раздѣлить,—отъ того, что этого не дѣлаютъ, возникаетъ не малая путаница; эту путаницу смутно чувствуютъ всѣ въ ученіи о толкованіи, и ее, конечно, имѣлъ въ виду и Регельсбергеръ, указывая на «недостаточное» пониманіе «существа» толкованія и аналогіи, выражающееся въ томъ, что послѣднюю включаютъ въ ученіе о первомъ. Разъединивши другъ отъ друга въ теоріи эти два разныхъ умственныхъ процесса, юриспруденція сдѣлала-бы только еще одинъ шагъ въ томъ направленіи, въ какомъ она уже двинулась, оставивши далеко за собою римскую теорію. Послѣдняя, какъ извѣстно, именовала толкованіемъ (*interpretatio*) еще одинъ умственный процессъ, оперирующий надъ правомъ и не имѣющій рѣшительно ничего общаго ни съ толкованіемъ права, какъ его уясненіемъ, ни съ примѣненіемъ права по аналогіи. Исторія поставила римскихъ юристовъ въ такое положеніе, что они могли гораздо свободнѣе относиться къ волѣ закона и къ его тексту, чѣмъ это дозволено современнымъ юристамъ. Благодаря этому римская *interpretatio* превратилась въ процессъ *преобразованія* права соотвѣтственно измѣнявшимся потребностямъ времени и стала органомъ реформы права. Возможность такой *видоизмѣняющей* право *interpretatio* для современныхъ юристовъ, по принципу, закрыта, и эту *interpretatio* современная теорія совершенно правильно исключаетъ изъ ученія о толкованіи. Мы

также не относимъ ее къ предмету настоящаго изслѣдованія, потому что даже тогда, когда она, вопреки принципу (это—возможно), оказывается въ рукахъ современныхъ юристовъ,—то въ ней надо видѣть, во всякомъ случаѣ, не осуществленіе права, а особый способъ его образованія.

Мы рассмотрѣли тѣ различныя умственные усилія или умственные приемы, посредствомъ которыхъ *устанавливается* правоположеніе передъ его конкретизаціей. Сущность разрѣшаемой этими усиліями задачи состоитъ въ томъ, чтобы установить *волю* законодателя, такъ сказать, *передъ лицомъ* или *въ виду* отдѣльнаго конкретного случая, въ которомъ надо еще осуществить право, или относительно котораго надо рѣшить, осуществлено-ли въ немъ право или нѣтъ. Такимъ образомъ, имѣя передъ собою конкретный случай со всей его фактической обстановкой, мы, какъ-бы, ставимъ себѣ вопросъ: какова *воля* законодателя по отношенію къ *этому* именно случаю? И вотъ, въ отвѣтъ на этотъ вопросъ, мы получаемъ отъ законодателя норму—норму, болѣе или менѣе *ясную*, болѣе или менѣе для насъ *понятную*, болѣе или менѣе *близкую* къ разрѣшаемому случаю. На основаніи этой нормы (для простоты разсужденія мы говоримъ объ *одной* нормѣ, на самомъ-же дѣлѣ для разрѣшенія случая приходится нерѣдко привлекать къ разсмотрѣнію не только одну, но и нѣсколько, много нормъ, иногда даже всю ихъ совокупность, составляющую данное законодательство) мы должны установить такое правоположеніе, которое было-бы вполне пригодно къ примѣненію въ томъ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ, съ которымъ мы имѣемъ дѣло (*къ конкретизаціи*—по нашей терминологіи), и, вмѣстѣ съ тѣмъ, составляло-бы или выражало *волю* законодателя. Иными словами, это значитъ, что мы ищемъ въ текстѣ закона *воли* законодателя, но не воли вообще, а такой, которая прямо относилась-бы къ интересующему насъ случаю, прямо-бы его касалась. И вотъ, иногда мы находимъ такую норму, которая, будучи намъ вполне понятной, вполне ясно разрѣшаетъ именно тотъ случай, который теперь передъ нами. Этой нормы незачѣмъ *устанавливать* передъ конкретизаціей—она, по отношенію къ данному случаю, вполне готова къ послѣдней,

и къ ней можно приступить немедленно, безъ особенныхъ предварительныхъ умственныхъ усилій. Въ другой разъ мы получаемъ такую норму, которая относится къ нашему случаю, но это отношеніе для насъ субъективно не вполне понятно, или объективно не достаточно ясно. Тогда мы, соотвѣтственными умственными усиліями, переводимъ эту норму въ иной видъ, какъ-бы въ иную редакцію, объективно ясную и субъективно для насъ понятную. Наконецъ, нѣрѣдко мы получаемъ одну или нѣсколько нормъ, которыя нашего случая прямо не разрѣшаютъ,—тогда мы, восходя къ общимъ принципамъ, извлекаемъ изъ нихъ *новую* норму, которая непосредственно относится къ разрѣшаемому случаю. Но и эта новая норма должна быть вполне согласна со *старою* волею законодателя, выразившеюся въ тѣхъ нормахъ, которыя непосредственно отъ него исходили,—должна прямо изъ нея вытекать. Словомъ, вездѣ и во всѣхъ случаяхъ, мы хотимъ получить или извлечь непременно *волю законодателя*, но только такую волю, которая имѣла-бы желаемое намъ, для даннаго случая, направленіе, а именно была-бы направлена на разрѣшеніе отдѣльнаго конкретнаго случая.

Такова, по своему существу, эта задача установленія правоположенія передъ его конкретизаціей. И такъ какъ мы знаемъ теперь и тѣ средства, которыми ее разрѣшаютъ, то уместно будетъ, въ заключеніе этого §-а, поставить вопросъ: всегда-ли эта задача можетъ быть удовлетворительно разрѣшена? Едва-ли на этотъ вопросъ можетъ быть данъ утвердительный отвѣтъ. Наши усилія *понять* текстъ закона, сдѣлать его вполне *яснымъ*, наконецъ, *извлечь изъ него рѣшеніе* для какого-либо случая, который въ немъ прямо не предусмотрѣнъ, далеко не всегда даютъ результаты, которые мы могли-бы признать вполне удовлетворительными. Законодатель высказалъ свою волю въ текстѣ закона, но не всегда мы можемъ *понять* и *уяснить* себѣ эту волю, а еще менѣе того—*распространить* эту волю на случаи, въ ней прямо не предусмотрѣнные. Подобно тому какъ въ математикѣ есть задачи *неопредѣленныя*, допускающія нѣсколько, одинаково удовлетворяющихъ условіямъ задачи, рѣшеній, также точно и воля законодателя можетъ быть неопредѣленною, допускающей нѣсколько рѣшеній для какого-либо отдѣльнаго конкретнаго случая. II подобно тому, какъ многія изъ задачъ, которыя ставятъ передъ

нами наука или жизнь, оказываются даже совершенно неразрѣшмыми, по крайней мѣрѣ, помощью тѣхъ средствъ, какія имѣются въ нашихъ рукахъ, такъ и задача установленія воли законодателя можетъ оказаться, въ какомъ-либо конкретномъ случаѣ, совершенно неразрѣшимой.

Но тогда какъ для многихъ другихъ задачъ—теоретическихъ и практическихъ—дозволительно указывать по нѣскольکو рѣшеній, если они всѣ одинаково удовлетворительны; тогда какъ въ другихъ случаяхъ отъ разрѣшенія задачъ, въ виду ихъ трудности или полной неразрѣшимости, можно совсѣмъ отказываться или, по крайней мѣрѣ, откладывать его до болѣе благоприятныхъ обстоятельствъ,—отъ задачи установленія воли законодателя по отношенію къ конкретнымъ случаямъ, выдвигаемымъ жизнью, нельзя ни отказываться, ни откладывать ея разрѣшенія, ни, наконецъ, указывать для нея нѣсколько рѣшеній; ее всегда надо разрѣшить,—разрѣшить немедленно,—и, если-бы она допускала нѣсколько рѣшеній, то выбрать и предпочесть непременно только одно изъ нихъ. Такое требованіе, по отношенію къ судьямъ, высказано прямо: запрещеніемъ имъ отказываться отъ разрѣшенія дѣлъ «подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ» ¹⁾, а для гражданъ—косвенно: запрещеніемъ имъ отговариваться невѣдѣніемъ законовъ ²⁾ (каковъ полный смыслъ этого послѣдняго запрещенія—объ этомъ см. ниже, въ § 9 этой главы).

Итакъ, во что-бы то ни стало, но *воля законодателя должна быть установлена въ видѣ правоположенія*, раньше чѣмъ мы приступимъ къ совершенію поступка, долженствующаго быть въ согласіи съ правомъ. Даже тамъ, гдѣ мы *этого не можемъ сдѣлать*, по недостатку соотвѣствующихъ данныхъ, мы все-таки *должны это сдѣлать*. Но какъ-же сдѣлать то, чего *нельзя сдѣлать*? Очевидно, такая задача несетъ въ самой себѣ внутреннее противорѣчіе, отъ котораго неизбѣжно должно страдать ея выполненіе. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подлинной воли законодателя нельзя раскрыть, или нельзя понять, или нельзя, по ея недостаточности, распространить

¹⁾ Ст. 10 Уст. гр. суд.

²⁾ Ст. 62 Зак. Осн.

на непредусмотрѣнные ею случаи, тамъ задача—установить волю законодателя по отношенію къ какому-либо конкретному случаю—можетъ быть выполнена (разъ уже это безусловно требуется) только *формально*, а не матеріально. Въ такихъ случаяхъ мы установимъ волю законодателя, но только врядъ-ли можно будетъ поручиться за то, что она подлинная. Представимъ себѣ законъ *неясный*, двусмысленный или многосмысленный, для полнаго уясненія котораго у насъ не хватаетъ данныхъ или средствъ; очевидно, что довести здѣсь до полной ясности волю законодателя нѣтъ возможности, а, между тѣмъ, мы должны это сдѣлать и сдѣлаемъ,—но только, конечно, нельзя будетъ поручиться, что это именно воля законодателя; или представимъ себѣ, что мы не въ состояніи *понять* какого-либо закона (случай, вполне возможный тамъ, гдѣ реципируется чужеземный законъ, какъ это было, напр., съ римскимъ правомъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ оно получило силу дѣйствующаго закона); ученый просто отложилъ-бы такой законъ въ сторону до болѣе благоприятнаго времени, но юристъ не можетъ этого сдѣлать,—онъ долженъ рѣшиться на какое-либо совершенно опредѣленное пониманіе закона и видѣть въ немъ подлинную волю законодателя; или представимъ себѣ какое-либо законодательство, которое, какъ, напр., наше дѣйствующее, очень скудно руководящими принципами и общими мыслями; какъ распространять здѣсь волю законодателя на случаи, въ немъ прямо не предусмотрѣнные? Очевидно, что поднятіе здѣсь надъ текстомъ нормъ въ сферу общихъ принциповъ будетъ всегда давать скудные и ненадежные результаты, а между тѣмъ ихъ надо принимать, какъ вполне надежные, опираясь на нихъ, какъ на нѣчто незыблемое и подлинно принадлежащее законодателю; значитъ, и здѣсь мы будемъ распространять на новые случаи такую волю законодателя, за подлинность которой нельзя ручаться.

Изъ сказаннаго, съ неустрашимостью, вытекаетъ, что задача примѣненія права къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ жизни всегда есть въ извѣстной—большей или меньшей—степени *творческая*. Въ самомъ дѣлѣ, при ея выполненіи мы отыскиваемъ, правда, волю законодателя, но когда наши поиски, при всей тщательности и добросовѣстности, все таки не даютъ опредѣленнаго результата, то мы, по необходимости, должны дополнить ихъ чисто творческимъ

процессомъ,—*создать* то, чего мы *не нашли*, ибо ни отложить рѣшенія задачи, ни удовольствоваться ея частичнымъ рѣшеніемъ мы здѣсь не можемъ,—значить, то, чего намъ *не даетъ* законъ, мы должны *дать* ему сами. И это, въ особенности, надо сказать о примѣненіи права по аналогіи къ тѣмъ случаямъ, которые въ правѣ прямо не предусмотрѣны. Здѣсь путь къ разрѣшенію задачи лежитъ, какъ мы видѣли, черезъ *общіе принципы* права. Но, вѣдь, эти общіе принципы прямо въ текствѣ закона не выражены—ихъ еще надо извлечь и формулировать, а затѣмъ отъ нихъ спуститься къ частнымъ случаямъ. Если путь здѣсь такъ длиненъ и такъ труденъ, то развѣ можно ручаться за то, что всякій, кто на него вступитъ, придетъ въ концѣ его къ одному и тому-же результату? Работа эта даетъ такой широкій просторъ индивидуальному пониманію, что говорить объ ея тождествѣ въ разныхъ случаяхъ—рѣшительно невозможно. А разъ мы допустимъ здѣсь неизбежное вліяніе индивидуальности, то намъ уже придется проститься съ увѣренностью, что мы *только* распространяемъ волю законодателя на новые, не предусмотрѣнные имъ случаи,—намъ придется открыто признать, что мы даемъ здѣсь не мало мѣста творчеству тѣхъ, кто примѣняетъ законъ къ жизни. Конечно, это творчество не должно переходить въ произволъ, оно должно уважать волю законодателя и добросовѣстно ее искать, пока поиски не станутъ совершенно тщетными и безрезультатными, всегда ея держаться, пока она даетъ хоть какую-нибудь точку опоры,—но за этой оговоркой и съ такимъ требованіемъ—неразумно уже было-бы отрицать самую возможность и допустимость здѣсь творчества. Гораздо разумнѣе—признать его, какъ фактъ, и стараться только практически устранить его нежелательныя послѣдствія, если таковыя изъ него проистекаютъ. Дѣйствительно, одно такое невыгодное послѣдствіе этого факта существуетъ, но юридическій бытъ устраняетъ его весьма хорошимъ средствомъ. Не вдаваясь въ подробности, мы все-таки должны вкратцѣ отмѣтить, что мы здѣсь, говоря это, разумѣемъ.

Если признать возможность и неизбежность—хотя-бы и въ извѣстныхъ предѣлахъ—творчества при примѣненіи права къ отдѣльнымъ случаямъ жизни, то это приводитъ къ слѣдующему практическому выводу: нельзя ожидать, чтобы при примѣненіи права къ

конкретнымъ случаямъ жизни тѣ правоположенія, которыя устанавливаются передъ самой конкретизаціей права, были всегда тождественны даже при тождественности самыхъ случаевъ. Очевидно, что у разныхъ лицъ, въ различное время и въ разныхъ мѣстахъ, правоположенія, устанавливаемые передъ конкретизаціей, даже въ одинаковыхъ случаяхъ—нерѣдко и добросовѣстно окажутся различными, и, значитъ, воля законодателя, при ея практическомъ приложеніи къ жизни, начнетъ распадаться на версіи и варианты,—законъ, при его практическомъ осуществленіи, не останется твердымъ и во всѣхъ случаяхъ одинаковымъ, а начнетъ, если можно такъ выразиться, *расползаться* въ разныя стороны и по разнымъ направленіямъ. И если противъ этого неизбежнаго явленія не принять надлежащихъ мѣръ, то *единый* въ своемъ текстѣ законъ весьма скоро сдѣлался-бы *различнымъ* въ его практическомъ приложеніи—для разныхъ мѣстъ, временъ, лицъ и пр. Съ закономъ произошло-бы то-же самое, что происходитъ съ языкомъ, когда онъ разбивается на нарѣчія. Между тѣмъ, по отношенію къ закону это, по многимъ соображеніямъ, рѣшительно нежелательно.—Въ такомъ случаѣ, чѣмъ-же этому воспрепятствовать? Учрежденіемъ *единаго кассационнаго суда*. Специфическая задача послѣдняго и состоитъ въ томъ, чтобы приводить дѣйствующій законъ къ *единству*—единству не теоретическому, а *практическому*,—единству примѣненія его къ жизни. Какъ инстанція въ судопроизводствѣ, кассационный судъ не нуженъ, а онъ требуется ради цѣлей, такъ сказать, *политики* по отношенію къ закону, ради того, чтобы не дать закону разбиться на областныя нарѣчія ¹⁾. Но

¹⁾ Если основная роль кассационнаго суда такова, какъ мы ее здѣсь опредѣляемъ, а именно—приводить законъ къ единству въ его практическомъ примѣненіи къ жизни—то отсюда прямо и съ необходимостью вытекаетъ, что кассационный судъ можетъ и долженъ быть *только одинъ* для всей территоріи государства. Учредить *нѣсколько* или *много* кассационныхъ судовъ—это значило-бы совершенно исказить идею этого учрежденія и сдѣлать его совершенно бесполезнымъ въ системѣ Судебныхъ Установленій. Это очень хорошо сознавали составители Судебныхъ Уставовъ 1864 г., когда они отвергли мысль о превращеніи Судебныхъ Палатъ въ кассационные суды для Мировыхъ Учрежденій Округа каждой Палаты. Вотъ что мы читаемъ по этому поводу въ „мотивахъ“ подъ ст. 189 Уст. гр. суд.: „Власть отмѣнять окончательныя рѣшенія

служа этой основной цѣли—обезпеченія единства въ практическомъ примѣненіи закона—кассационный судъ можетъ и долженъ выполнять еще одну весьма важную *политическую* задачу по отношенію къ закону. Такъ какъ текстъ закона нерѣдко допускаетъ нѣсколько равно основательныхъ и добросовѣстныхъ толкованій или пониманій, и такъ такъ ради цѣлей одного практическаго единства закона рѣшительно все равно, какое изъ пониманій выбрать и предпочесть другимъ, то кассационный судъ, въ случаяхъ возможности такого выбора, долженъ руководствоваться принципомъ общественнаго блага и вводить законъ въ такое русло, которое, будучи, такъ сказать, вполне *законнымъ*, въ то-же время наиболѣе соотвѣтствовало-бы и требованіямъ общественнаго блага. Ужъ если творчество неизбежно при практическомъ примѣненіи права, то надо его утилизировать въ цѣляхъ общественнаго блага, а это можно и должно довѣрить высшему кассационному суду. Вѣдь, только во имя общественнаго блага и можно отвергать такое пониманіе закона, которое, будучи само по себѣ правильнымъ или, по крайней мѣрѣ, допустимымъ, въ то-же время стоитъ на ряду съ другимъ его пониманіемъ, одинаково правильнымъ, но болѣе соотвѣтствующимъ требованіямъ обще-

судебныхъ мѣстъ, въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ, можетъ принадлежать *только одному* верховному въ Государствѣ судилищу, которое и учреждается для того именно, чтобы, не рѣшая дѣлъ по существу, наблюдать за охраненіемъ точной силы закона и за *единообразнымъ* его исполненіемъ всѣми судебными мѣстами Имперіи. Раздробленіе этой власти между палатами, т. е. предоставленіе имъ права толкованія законовъ. . . . дало-бы неизбежно поводъ къ *различнымъ объясненіямъ закона*, а сила и значеніе всякаго закона необходимо обуславливаются единообразнымъ его исполненіемъ. Дозволить принесеніе жалобъ на окончательныя рѣшенія въ Палаты, а не въ Сенатъ, значить *допустить столько-же различныхъ толкованій одного и того-же закона, сколько будетъ палатъ*; а разнообразное толкованіе закона поставитъ гражданъ въ такое положеніе, что имъ нельзя будетъ разсчитывать на силу гражданского закона, на его неприкосновенность и ненарушимость“ (Судебн. Уст., изд. Госуд. Канц., ч. 1 С.-П.-Б., 1866, стр. 94). Къ сожалѣнію, правильное представленіе о роли кассационнаго суда было совершенно забыто позже, при составленіи Положенія о земскихъ участковыхъ начальникахъ, когда каждую губернію надѣлили своимъ собственнымъ кассационнымъ судомъ въ видѣ Губернскихъ Присутствій.

ственного блага, отвергать—въ пользу послѣдняго. Иначе, въ практическомъ настаиваніи кассационнаго суда на *своемъ* пониманіи воли законодателя было-бы не мало несправедливаго. Надо считать или фінгировать, что законодатель самъ, изъ многихъ возможныхъ пониманій его словъ, хотѣлъ именно того, которое наиболѣе соотвѣтствуетъ общественному благу. Этого принципа, повидимому, держалось и римское право. *Регельсбергеръ* формулируетъ его такъ: «Каждый толкователь права долженъ помнить, что онъ, конечно, поданный закона, но въ то-же время и посредникъ между закономъ и практической жизнью. Поэтому онъ будетъ дѣйствовать во исполненіе своей задачи, если, истолковывая законъ, будетъ принимать во вниманіе потребности практической жизни и неподходящее къ нимъ, *въ случаяхъ сомнѣнія*, будетъ считать за такое, котораго законодатель и не хотѣлъ» ¹⁾).

Такимъ образомъ, при практическомъ примѣненіи права къ жизни, воля законодателя насъ *связываетъ*, мы должны тщательно ее *соблюдать*,—но мы не можемъ ею *ограничиться*. Какъ-бы ни была она превосходно формулирована, съ какой-бы прозорливостью и находчивостью ни охватывала она явленій жизни, но охватить ихъ *всѣ* она не можетъ ²⁾), при практическомъ ея примѣненіи всегда окажутся случаи, гдѣ она будетъ недостаточна и гдѣ необходимо будетъ дополнить ее послѣдующимъ творческимъ процессомъ. Но, конечно, этотъ послѣдующій творческій процессъ долженъ выступать только *въ дополненіе* къ волѣ законодателя, а не на ея *замѣну*. Онъ не долженъ быть узурпаторомъ власти закона, а только его разумнымъ слугой.

Но если это такъ,—если воля законодателя при примѣненіи закона должна стоять впереди творческаго процесса, если послѣдній долженъ получать мѣсто *только* при недостаточности воли законодателя и, во всякомъ случаѣ, никогда ея не нарушать; если мы этотъ творческій процессъ должны представлять себѣ только какъ

¹⁾ *Regelsberger*, Pandekten, I, 151.

²⁾ Умѣстно будетъ вспомнить здѣсь мѣткія слова *Геринга*: „Die Erfindungskraft des Lebens aller Voraussicht und Berechnung *spottet*“—„Geist“, B. II, Abth. 2, 1869, S. 318.

достройку того, что уже началъ строить законодатель, а не какъ постройку чего-либо совершенно *новаго*,—то весьма важное значеніе получаетъ вопросъ: откуда мы можемъ черпать или познавать волю законодателя? Само собой разумѣется, что источникомъ для этого является текстъ закона,—но не можетъ-ли быть таковымъ еще *что-либо иное*? Очевидно, что законодатель, кромѣ той воли, какую онъ выразилъ въ законѣ, имѣетъ еще и другую волю, которая могла выразиться помимо закона, въ какихъ либо иныхъ, нерѣдко воплнѣ достовѣрныхъ памятникахъ. Въ особенности, это воплнѣ возможно тогда, когда законодатель *единоличенъ* и когда его единоличная воля признается воплнѣ достаточной для того, чтобы образовать собою волю закона. И вотъ, для случаевъ этого рода возникаетъ вопросъ: можно-ли, при практическомъ примѣненіи закона, отыскивая волю законодателя, обращаться къ какимъ-либо другимъ выраженіямъ или памятникамъ этой воли, кромѣ закона? Отвѣтъ долженъ быть безусловно *отрицательный*. Волей законодателя мы должны считать только то, чего представитель и носитель законодательной власти хотѣлъ, *какъ закона*,—слѣдовательно, только то, что онъ рѣшился выразить, какъ нѣчто обязательное для всѣхъ. Помимо этой воли, носитель законодательной власти можетъ имѣть свои убѣжденія, свои желанія и вкусы, свои симпатіи и антипатіи,—все это можетъ найти себѣ выраженіе въ соотвѣтственныхъ письменныхъ памятникахъ,—но, въ высшей степени, предосудительно было бы придавать такимъ памятникамъ силу закона, т. е. принимать за законъ то, чего самъ законодатель не хотѣлъ, какъ закона ¹⁾.

¹⁾ Напр., у насъ весьма часто опубликовываются во всеобщее свѣдѣніе Высочайшія отмѣтки, послѣдовавшія на Всеподданнѣйшихъ докладахъ. Было бы совершенно неправильно придавать имъ силу закона. Онѣ выражаютъ собою личные убѣжденія Монарха, его симпатіи и антипатіи, и, съ этой стороны, представляютъ огромную важность и высокій авторитетъ, но онѣ не могутъ, конечно, конкурировать съ закономъ. Въ этомъ отношеніи надо руководствоваться ст. 47 Зак. Осн., гласящей: „Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, учреждений и уставовъ, отъ Самодержавной Власти исходящихъ“,—соображая ее со ст. 65 Зак. Осн., въ которой читаемъ: „всѣ, безъ изыятія, мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона“.

Конечно, наряду съ текстомъ закона мы можемъ привлекать къ своему разсмотрѣнію различные документы и памятники, которые могутъ помочь намъ уяснить себѣ, чего именно законодатель хотѣлъ, *какъ закона*, но ими надо пользоваться, въ этомъ отношеніи, въ высшей степени, осторожно и, во всякомъ случаѣ, считать, что если законодатель даже *хотѣлъ* чего-либо, какъ закона, но не рѣшился или не успѣлъ выразить этого передъ общежитіемъ въ *формѣ* закона, то такого его желанія нельзя возводить въ законъ, ибо это значило-бы дѣлать это помимо него самого. Значитъ, единственнымъ вмѣстителищемъ обязательной для гражданъ воли законодателя можетъ быть только *текстъ закона*, а все остальное, если и способно здѣсь играть какую-либо роль, то только роль *вспомоgetельнаго* средства или матеріала для лучшаго сужденія о волѣ, выразившейся въ законѣ. Отсюда приходится сдѣлать выводъ, что вмѣсто воли законодателя можно прямо говорить о *волѣ закона*, а такъ какъ законъ только и предназначенъ къ тому, чтобы выражать собою обязательную для гражданъ волю законодателя, то вмѣсто воли закона можно просто говорить объ его *смыслѣ* или объ его *содержаніи*.

Послѣднія соображенія могутъ дать намъ ключъ къ пониманію и разрѣшенію нѣкоторыхъ спорныхъ вопросовъ въ ученіи о толкованіи, о которыхъ мы, впрочемъ, упомянемъ только вкратцѣ. — Не всѣ согласны въ томъ, *на что именно* направлено толкованіе, — одни говорятъ: на уясненіе *содержанія* закона, другіе — на уясненіе *смысла* закона, третьи — на раскрытіе *мысли* законодателя, четвертые — на раскрытіе *воли* законодателя и пр. Такому разнообразію мнѣній на этотъ счетъ, вѣроятно, не мало способствовало то обстоятельство, что и источники римскаго права употребляютъ здѣсь различныя выраженія: *mens, sententia, voluntas, vis ac potestas legis* ¹⁾. Ясно, что это разногласіе скорѣе кажущееся, чѣмъ дѣйствительное. Очевидно, что основнымъ изъ этихъ выраженій надо считать *волю* законодателя, два другихъ выраженія: *содержаніе* закона и *смыслъ* закона, въ сущности, тождественны съ первымъ и потому всѣ они могутъ быть употребляемы *promiscue*. И только

¹⁾ См. объ этомъ у *Регельсбергера*, *op. cit.*, S. 140, а также 144.

выраженіе: *мысль* законодателя является здѣсь не подходящимъ, потому что едва-ли мысль законодателя можно считать величиной, тождественной съ волей законодателя ¹⁾).

Другое разногласіе касается слѣдующаго пункта: нѣкоторые авторы считаютъ, что въ ученіи о толкованіи совершенно незачѣмъ говорить о *волѣ законодателя*, а слѣдуетъ говорить только о *содержаніи* или *смыслѣ* закона, потому что разъ законъ изданъ, то онъ уже *отрѣшенъ* отъ законодателя, и его содержаніе надо считать совершенно *независимымъ отъ воли послѣдняго* (такого мнѣнія держатся *Schaffrath, Thöl, Binding, Wach, Kohler, Merkel* ²⁾). «Das Gesetz denkt und will, was *der vernünftig auslegende Volksgeist* aus ihm entnimmt», говоритъ *Биндингъ*.—Это мнѣніе едва-ли можно признать правильнымъ, ибо оно, вмѣсто того, чтобы распутать гордіевъ узелъ вопроса, просто его разрубаетъ. Справедливо то, что волю законодателя, выразившуюся въ законѣ, нельзя смѣшивать съ остальной его волей,—между ними надо провести рѣзкую разграничительную черту и считать первую совершенно независимой отъ послѣдней. Но развѣ это значить, что содержаніе закона независимо отъ воли законодателя вообще? Развѣ *все* это содержаніе не есть воля законодателя? и развѣ волей закона можно считать что-либо, что не было-бы, въ то-же время, и волей законодателя?—Справедливо также и то, что воля законодателя, выразившаяся въ законѣ, можетъ оказаться *недостаточной* при практическомъ примѣненіи закона, и тогда намъ приходится дополнять и развивать ее послѣдующимъ творческимъ процессомъ, но развѣ это значить, что самъ законъ совсѣмъ ничего *не думаетъ* и *не желаетъ*, являясь только пустымъ сосудомъ, изъ котораго толкователь (хотя-бы и *разумный*) извлекаетъ то, что онъ *самъ* думаетъ и желаетъ?

¹⁾ *Регельсбергеръ* также считаетъ выраженіе: *мысль* закона не подходящимъ, но на весьма странномъ основаніи,—потому что здѣсь недостаетъ, будто-бы, *мыслящаго субъекта* (!!)—„weil ein denkendes Subject fehlt“—*Ibid.*, S. 140. Наоборотъ, *Савиньи* считаетъ выраженіе „мысль“ закона самымъ подходящимъ; онъ допускаетъ также выраженіе „смыслъ“ закона, но совѣтуетъ избѣгать выраженія „намѣреніе“ законодателя, считая его двусмысленнымъ. *См. System*“, B. I, S. 213.

²⁾ *См. у Регельсбергера, ibid.*, S. 143.

Неужели, при процессѣ толкованія, законъ находится въ *большей* зависимости отъ толкователя, чѣмъ толкователь отъ закона?

Полагаемъ, что всѣ эти разногласія и споры были-бы невозможны, если-бы глубже вникали въ реальную сущность того, что именуютъ *толкованіемъ* закона, и если-бы отчетливѣе представляли себѣ, какую роль играетъ оно по отношенію къ закону и что оно намъ дастъ.

§ 7. Двѣ черты въ господствующемъ ученіи о толкованіи.

Въ предыдущихъ двухъ параграфахъ (5-омъ и 6-омъ) мы показали, что норма въ томъ видѣ, какъ она дана самимъ законодателемъ, весьма часто не годится (не готова) для непосредственнаго примѣненія ея къ тѣмъ конкретнымъ случаямъ, гдѣ ее *надо* примѣнить, и что для того, чтобы послѣднее стало возможнымъ, приходится надъ ней предварительно извѣстнымъ образомъ поработать; мы показали также и тѣ умственные усилія или приемы, помощью которыхъ норма *устанавливается* передъ ея примѣненіемъ къ конкретному случаю (передъ конкретизаціей). При этомъ оказалось, что часть этихъ усилій или приемовъ совпадаетъ съ тѣмъ, что въ нынѣшней доктринѣ правильно именуется *толкованіемъ* нормы: другая часть этихъ усилій, направленная на то, что мы называли *приближеніемъ* нормы къ конкретному случаю (путемъ восхожденія къ общимъ принципамъ и руководящимъ идеямъ права), совпадаетъ съ тѣмъ, что нынѣшняя доктрина именуетъ примѣненіемъ права по аналогіи и что она также склонна (но уже неправильно) смѣшивать съ толкованіемъ. Такимъ образомъ, слѣдуетъ сказать, что господствующая доктрина *знаетъ*, что примѣненіе нормы къ дѣйствительности совершается не само собою, а съ помощью извѣстныхъ умственныхъ усилій, но, не разобравшись въ достаточной степени ни въ характерѣ этихъ усилій, ни въ тѣхъ условіяхъ, въ силу которыхъ они требуются, ни, наконецъ, въ тѣхъ результатахъ, какіе ими достигаются,—она всѣ эти усилія сваливаетъ, такъ сказать, въ одну кучу: все, де, это—*толкованіе* нормы. Такое отношеніе къ дѣлу напоминаетъ собою то, какъ поступали, при классификаціи животнаго царства, прежніе естествоиспытатели. Уже изучивши

сравнительно лучше высшія формы животных и имѣя весьма скудныя свѣдѣнія касательно формъ низшихъ, они установили нѣкогда классификацію, которая начиналась классомъ позвоночныхъ и заканчивалась классомъ *червей*. Вотъ этотъ-то послѣдній классъ и былъ, въ своемъ родѣ, курьезомъ этой классификаціи,—туда, кромѣ дѣйствительныхъ червей, относились вообще всѣ формы, которыхъ нельзя было причислить къ другимъ классамъ. Такимъ образомъ, этотъ классъ служилъ просто складочнымъ мѣстомъ для всего того, чего или хорошенько не знали, или совсѣмъ не знали. Впослѣдствіи, когда изученіе животнаго царства значительно подвинулось впередъ, классификація была также отодвинута въ эту сторону нѣсколько дальше, и роль складочнаго мѣста для всего неизвѣстнаго или мало извѣстнаго перешла отъ класса червей къ классу инфузорій.—Толкованіе, какъ оно стоитъ въ нынѣшней юридической доктринѣ, можно вполнѣ угодить этимъ прежнимъ зоологическимъ классамъ червей и инфузорій: сюда включено, сверхъ того, что слѣдовало включить, еще многое другое, для чего требовалось-бы иное мѣсто, но что такового не получаетъ, потому-что еще мало изучено, или даже совсѣмъ не изучено. Ученіе о толкованіи принуждено играть въ нынѣшней доктринѣ роль гораздо болѣе широкаго ученія, чѣмъ какимъ оно можетъ и должно быть по своему существу. Такъ, примѣненіе права по аналогіи, какъ это многими признается уже и теперь, не имѣетъ ничего общаго съ толкованіемъ, въ собственномъ смыслѣ слова,—но ихъ все-таки соединяють вмѣстѣ—въ одну рубрику толкованія. Однако можно показать, что въ нынѣшней теоріи толкованія есть черты, которыя доказываютъ, что она играетъ еще *болѣе широкую* роль,—что толкованіе—для нынѣшней доктрины—охватываетъ собою не только тѣ уметвенныя усилія, которыми норма *устанавливается* передъ конкретизаціей, но и самую конкретизацію, наличность которой, какъ мы видѣли выше (см. § 4 настоящей главы), если и не достаточно сознается, то, во всякомъ случаѣ, смутно чувствуется нынѣшней доктриной. Вотъ на этихъ любопытныхъ чертахъ (двухъ) въ нынѣшнемъ ученіи о толкованіи, обязанныхъ своимъ происхожденіемъ тому, что терминъ «толкованіе» скрываетъ за собою для нынѣшней доктрины, въ сущности, всю ту «духовную дѣятельность», которая, по словамъ

Савиньи, необходима для того, чтобы законъ изъ кодекса перешелъ въ жизнь,—мы и остановимся въ настоящемъ §-ѣ.

Первой такой чертой ученія о толкованіи—чертой, въ настоящее время, общепризнанной—является то положеніе, что, будто-бы, *все*, а не одни только *темные* законы требуютъ толкованія ¹⁾. Извѣстно, что до Савиньи господствовало какъ разъ обратное мнѣніе ²⁾. И мы думаемъ, что старое мнѣніе по этому предмету было совершенно справедливо.

Въ самомъ дѣлѣ, мы видѣли выше, что толкованіе закона требуется для того, чтобы устранить его объективную неясность или субъективную непонятность. Разъ такая неясность и такая непонятность, какъ объективный недостатокъ нормы или какъ субъективный недостатокъ лица, долженствующаго примѣнить норму, возможны, и разъ есть приемы, которые могутъ здѣсь помочь, то, очевидно, что все ихъ назначеніе—*устранять* эту неясность и эту непонятность. Другой роли они не могутъ играть, и, слѣдовательно, тамъ, гдѣ все *ясно* и *понятно*—не можетъ быть и рѣчи объ ихъ примѣненіи. А, между тѣмъ, только эти приемы устранения объективной неясности нормы и субъективной ея непонятности и составляютъ собою, по правильному мнѣнію, толкованіе нормы. Значить, толкованіе—все и исключительно—направлено на то, чтобы смыслъ закона, *поскольку онъ теменъ*, сдѣлать яснымъ вообще, или яснымъ для того, кто долженъ духовно усвоить себѣ этотъ смыслъ,—другаго назначенія оно не имѣетъ и совершенно излишне было-бы примѣнять его тамъ, гдѣ *все ясно*. Какую-же цѣль, въ этомъ случаѣ, имѣло-бы упражненіе въ толкованіи?

Хорошимъ подтвержденіемъ тому, что мы только-что сказали, служить фактъ, котораго не могутъ отрицать и приверженцы противнаго мнѣнія, а именно тотъ фактъ, что *степень темноты* закона во всякомъ случаѣ *отражается* на количествѣ и трудности толкованія. «Nun wird Niemand läugnen, говоритъ Савиньи, dass

¹⁾ Regelsberger, Pandekten, § 35, а, III, S. 141.

²⁾ Въ § 50 своей „Системы“ Савиньи касается мнѣній новыхъ (не римскихъ) писателей о толкованіи и къ числу этихъ мнѣній относитъ „fast allgemein herrschende Begriff der Auslegung, als einer Erklärung dunkler Gesetze“—„System“, B. I, S. 318.

bei *dunklen* Gesetzen die Auslegung besonders *wichtig* und *nöthig* ist, und dass sich bei ihnen die Kunst des Auslegers oft besonders glänzend zeigen kann».... ¹⁾ Но приверженцы противнаго мнѣнія не хотятъ отсюда выводить желаемого нами слѣдствія, а какъ-бы навстрѣчу ему, съ цѣлью его отклонить, говорятъ: «das ist nicht richtig (dass nur dunkle oder zweideutige Gesetze bedürfen der Auslegung) und beruht auf einer Verwechselung der Auslegung mit der Schwierigkeit ihrer Aufgabe» ²⁾. Смыслъ этого возраженія, очевидно, тотъ, что *трудность* толкованія признается зависящей отъ темноты закона, что-же касается самой *надобности* въ толкованіи, то послѣдняя, будто-бы, нисколько не зависитъ отъ темноты или ясности закона.—Оцѣнимъ это возраженіе само по себѣ, какъ оно намъ дано. Уже *a priori* ясно, что оно могло-бы быть признано справедливымъ лишь въ томъ случаѣ, если-бы толкованіе во всѣхъ случаяхъ его примѣненія оставалось однимъ и тѣмъ-же по существу, и если-бы въ разныхъ случаяхъ измѣнялась только степень его трудности въ зависимости отъ темноты закона. Тогда мы могли-бы представлять себѣ дѣло такъ, что толкованіе *начинается* и *достигаетъ* извѣстнаго напряженія даже при ясномъ законѣ, но что трудность его переходитъ свой обычный предѣлъ и возрастаетъ дальше, когда законъ теменъ и въ зависимости отъ степени его темноты. Но, вѣдь, на самомъ дѣлѣ, это не такъ: подъ толкованіемъ надо разумѣть не одну и ту-же умественную операцію, которая только измѣнялась-бы въ разныхъ случаяхъ въ степени своей трудности, а совершенно различныя операціи, которыя примѣняются, или не примѣняются, въ зависимости отъ свойствъ даннаго случая и даже даннаго субъекта.

Что это именно такъ, это вытекаетъ не только изъ того, какъ мы представляемъ себѣ толкованіе, но и изъ того, какъ представляютъ его себѣ приверженцы оспариваемаго мнѣнія. Мы приведемъ здѣсь чрезвычайно характерную выдержку изъ *Савиньи*. Указавъ на четыре вида толкованія, знаменитый ученый продолжаетъ такъ: «Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach

¹⁾ Savigny, System, B. I, S. S. 318—319.

²⁾ Regelsberger, Pandekten, B. I, S. 141.

Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. Nur wird freilich bald die eine, bald die andere wichtiger sein und sichtbarer hervortreten, so dass nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerlässlich ist, wenngleich in vielen einzelnen Fällen die ausdrückliche Erwähnung eines jeden dieser Elemente als unnütz und schwerfällig unterlassen werden kann ohne Gefahr für die Gründlichkeit der Auslegung» ¹⁾. Такимъ образомъ, по мнѣнію Савиньи, нѣтъ такого *одного* приема, которымъ можно было-бы совершать толкованіе, отъ начала и до конца, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ оно требуется. Нельзя по произволу истолковывать право или приемомъ грамматическимъ, или логическимъ, или историческимъ, или систематическимъ. Эти четыре приема толкованія предназначены къ *совмѣстному* примѣненію. Но если это такъ, то требуется-ли для толкованія *каждаго* отдѣльнаго случая примѣненіе непременно *всѣхъ* четырехъ приемовъ, или нѣтъ? Во второй половинѣ нашей цитаты Савиньи даетъ отвѣтъ и на этотъ вопросъ, и именно имѣя въ виду этотъ отвѣтъ, мы и назвали выше приведенную цитату чрезвычайно характерной. Увлеченный своей теоріей о томъ, что не одни только темные, а всѣ законы нуждаются въ толкованіи, Савиньи чувствуетъ, что для поддержанія ея на поставленный выше вопросъ надо отвѣтить утвердительно,— надо ужъ держаться того, что *всѣ* четыре приема толкованія должны быть примѣняемы вмѣстѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ,—но, какъ первоклассный изслѣдователь, онъ не способенъ закрывать глаза на факты, и потому въ его отвѣтъ мы ясно читаемъ, что на самомъ дѣлѣ это не такъ. Необходимымъ во всѣхъ случаяхъ (unerlässlich) Савиньи признаетъ здѣсь только *вниманіе* истолкователя ко *всѣмъ четыремъ* сторонамъ закона (грамматической, логической, исторической и систематической), что-же касается самыхъ этихъ четырехъ приемовъ толкованія, то сперва, по его словамъ, выходитъ, что «оказывается болѣе важнымъ и яснѣе выступаетъ то одинъ, то другой изъ нихъ», а ниже онъ даже говоритъ, что, во *многихъ* случаяхъ, «прямое упоминаніе» (ausdrückliche Erwähnung)

¹⁾ Savigny, System, B. I, S. 215.

о каждомъ изъ нихъ можетъ быть, безъ всякаго вреда для основательности толкованія, выпущено, какъ *безполезное и утомительное*. Ну, если гдѣ-либо не требуется даже «упоминанія» о толкованіи безъ всякаго вреда для его основательности, то мы спокойно можемъ принять, что тамъ оно совсѣмъ и не происходитъ!—А если такъ, то, опираясь уже прямо на слова *Савиньи*, а не на наши собственные выводы и соображенія, мы можемъ утверждать, что во все не требуется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ непременно примѣненіе всѣхъ четырехъ приѣмовъ толкованія.

Но если четыре приѣма толкованія не требуются въ каждомъ случаѣ непременно всѣ вмѣстѣ,—если можетъ отсутствовать (потому что не требуется) то одинъ, то другой изъ нихъ,—то этимъ принципиально уже несомнѣнно дана возможность отсутствія и всѣхъ четырехъ. Вѣдь, признано, что *можетъ* оказаться ненужнымъ *каждый* изъ приѣмовъ толкованія: на какомъ-же основаніи будемъ мы отрицать возможность такого *conspicuis* а ненужности приѣмовъ толкованія, при которомъ всѣ они оказались-бы излишними? Впрочемъ, для устранения возможныхъ недоразумѣній, здѣсь слѣдуетъ сдѣлать одно замѣчаніе. Надо различать: говоримъ-ли мы *объ отдѣльномъ случаѣ* примѣненія какого-либо закона и, при этомъ, спрашиваемъ, требуется ли въ этомъ случаѣ толкованіе закона, или нѣтъ? или же мы говоримъ *объ отдѣльномъ законѣ* и при этомъ спрашиваемъ, потребуеть-ли онъ толкованія въ различныхъ случаяхъ своего примѣненія въ жизни, или нѣтъ? Иными словами, надо различать: ставимъ-ли мы вопросъ о возможности отсутствія толкованія закона по отношенію къ какому-либо *отдѣльному случаю* его примѣненія, или-же вообще по отношенію къ какому-либо *отдѣльному закону*?—Что касается перваго вопроса, то не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, во множествѣ случаевъ, намъ не приходится прибѣгать къ толкованію закона, даже когда онъ неясенъ въ какихъ-либо отношеніяхъ,—лишь-бы онъ не возбуждалъ никакихъ сомнѣній по отношенію къ тому конкретному случаю, въ которомъ намъ приходится его примѣнять. Вѣдь, изображеніе, неясное въ однихъ отношеніяхъ, можетъ быть достаточно ясно въ другихъ, и, слѣдовательно, для тѣхъ случаевъ, которые затрогиваютъ только ясныя стороны изображенія, его неясности вполне

безразличны. Такъ, напр., по силуэту, мы легко можемъ опредѣлить *родъ* изображаемаго предмета, но, конечно, не можемъ различить его подробностей (цвѣта, рельефа, и т. п.); но если намъ эти подробности и не нужны, то, очевидно, что силуэтъ предмета будетъ для насъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, изображеніемъ, достаточно яснымъ.—Другое дѣло—утверждать, что есть законы, которые никогда не требуютъ толкованія, потому что они ясны во всѣхъ отношеніяхъ. Поручиться за то, что такіе законы существуютъ или возможны, было-бы весьма рискованно, хотя несомнѣнно—и мы вкорѣ это увидимъ—что есть обширная категорія нормъ права, которыя, по крайней мѣрѣ, въ нормальной и обычной для нихъ обстановкѣ, дѣйствительно, не требуютъ толкованія, или, если требуютъ, то только въ видѣ исключеній изъ общаго правила.

Однако, если даже и согласиться съ тѣмъ, что нельзя указать такого закона, который *никогда* не нуждался-бы въ толкованіи,—все таки отъ этого суть дѣла нисколько не измѣняется: пусть каждый законъ когда-нибудь и какого-нибудь толкованія непременно потребуетъ,—но что-же это значить? Это только значить, что, при его примѣненіи, будутъ такіе случаи, гдѣ онъ окажется недостаточно яснымъ, гдѣ возникнутъ *сомнѣнія* касательно его смысла,—слѣдовательно, какъ количество, такъ и трудность толкованія будетъ, во всякомъ случаѣ, зависѣть отъ степени *темноты* закона, а самое толкованіе потребуется исключительно ради устраненія этой темноты. Такимъ образомъ, разнища между нашимъ мнѣніемъ и мнѣніемъ противниковъ, даже при допущеніи, что *все* законы требуютъ толкованія, остается весьма существенной: они говорятъ, что *все* законы, *даже и ясныя*, все-таки требуютъ толкованія; мы-же утверждаемъ, что, если и согласиться, что *все* законы требуютъ толкованія, то это потому, что въ *каждомъ изъ нихъ* можетъ оказаться *темнота*, если не для однихъ, то для другихъ случаевъ. По нашему, сказать, что даже самыя ясныя законы нуждаются въ толкованіи,—это значить только сказать, что законовъ, которые были-бы *совершенно и абсолютно* ясны,—совсѣмъ не существуетъ ¹⁾.

¹⁾ Отмѣтимъ здѣсь, кстати, что то мѣсто въ Дигестахъ, на которое ссылается *Савиньи* („System“, B. I, S. 318) въ подтвержденіе своего мнѣнія,

Итакъ, толкованіе вполне соотносительно съ *темнотой* или *неясностью* законовъ: оно начинается тамъ, гдѣ начинается темнота, и возрастаетъ въ трудности по мѣрѣ усиленія послѣдней. Темнотой законовъ обусловливается, вопреки утверженію *Регельсбергера*, не только *трудность* толкованія, но и самая въ немъ *недобность*.

Но, въ такомъ случаѣ, откуда-же родилось это странное ученіе о томъ, что *даже совершенно ясный законъ* все-таки требуетъ

что даже *ясные* законы требуютъ толкованія, говорить въ его пользу лишь чисто внѣшнимъ образомъ: если-же всмотрѣться въ него внимательно и оцѣнить его по существу, то въ немъ надо скорѣе усмотрѣть аргументъ за то, что мы выразили послѣдними словами текста. Мѣсто таково (L. 1 §§ 10, 11 Dig. 25,4): „De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait:—(*слѣдуетъ текстъ изъ преторскаго эдикта*)—Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus“.—По внѣшности, мѣсто, дѣйствительно, говорить, какъ будто-бы, въ пользу Савиньи. Однако разберемъ его по существу. Несомнѣнно, что юристъ (*Ульпианъ*), во всякомъ случаѣ, не имѣлъ въ виду просто выставить здѣсь то теоретическое положеніе, какого желаетъ Савиньи. Для него фраза („quamvis sit manifestissimum“ etc.) служить только переходной фразой къ тому, чтобы присоединить извѣстное опредѣленное толкованіе къ извѣстному опредѣленному мѣсту эдикта. Послѣдующіе за этой переходной фразой §§ 12—15 именно и даютъ это толкованіе, которое показываетъ, что хотя приведенное мѣсто эдикта и кажется по виду *совершенно яснымъ*, однако и въ немъ есть пункты, требующіе разъясненій, т. е. сами по себѣ—безъ этихъ разъясненій—*неясные*. Такъ, эдиктъ говоритъ: „his, ad quos ea res pertinet,.... denuntiandum“.... Юристъ въ толкованіи разъясняетъ, кѣмъ это *тѣ, которыхъ это дѣло касается*. Затѣмъ преторъ сказалъ, „causa cognita se possessionem non datum, vel actiones denegaturum“,—такъ это надо понимать *вотъ какъ*, говорить юристъ: „si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his, quae praetor servari voluit, non obsit partui“. Наконецъ, по мнѣнію юриста, вообще въ этомъ дѣлѣ „mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem, et partum, et infantem oportet“.—Что-же всѣ эти толкованія доказываютъ? Они доказываютъ, что приведенное юристомъ мѣсто эдикта, не смотря на то, что оно можетъ быть признано обладающимъ ясностью въ превосходной степени („manifestissimum“), все-же представляетъ извѣстныя неясности, требующія устраненія путемъ толкованія. Поэтому единственный основательный выводъ, какой можно сдѣлать изъ этого мѣста тотъ, что „самый ясный“ законъ можетъ потребовать толкованія, потому что въ немъ окажутся неясные пункты.

толкованія? Оно родилось, несомнѣнно, на почвѣ смутнаго, безсознательнаго признанія также и другихъ частей распознавательнаго процесса, требующагося для осуществленія права, кромѣ собственнаго толкованія. Дѣйствительно, если толкованіе требуется для примѣненія права вовсе не всегда и не въ одинаковомъ объемѣ, то другая часть всего этого распознавательнаго процесса, которую мы называли *конкретизаціей* объективныхъ элементовъ права, требуется безусловно всегда, при всякой нормѣ права и притомъ всегда, такъ сказать, въ одномъ и томъ-же смыслѣ. И вотъ смутное признаніе наличности *этой* части распознавательнаго процесса всегда и во всѣхъ случаяхъ — побуждаетъ юристовъ переносить это утвержденіе на толкованіе. Юристы — особенно такіе геніальные, какъ Савиньи — не могли не чувствовать, что умственные усилія требуются *всегда* при примѣненіи закона — будетъ-ли онъ яснымъ, или темнымъ —, но, не рассмотрѣвши еще всѣхъ частей совершающагося здѣсь интеллектуальнаго процесса, они думали и утверждали, что эти усилія тратятся на толкованіе, чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ.

Что такое объясненіе ошибки господствующаго теперь ученія о толкованіи совершенно правильно, это мы можемъ подтвердить чрезвычайно любопытной цитатой изъ самого-же *Савиньи*. Мы уже говорили выше (§ 4 настоящей главы), что въ своихъ вступительныхъ замѣчаніяхъ къ ученію о толкованіи ¹⁾ онъ чрезвычайно широко и удачно указалъ на *весь* распознавательный процессъ, долженствующій предшествовать осуществленію права. Но затѣмъ, уже съузивши свою точку зрѣнія до одного толкованія и переходя къ признанію необходимости толкованія для *всѣхъ* законовъ, онъ говоритъ: «Sie (die Auslegung) ist bei jedem Gesetze, *wenn es in das Leben eingreifen soll*, nothwendig, und in dieser ihrer allgemeinen Nothwendigkeit liegt zugleich ihre Rechtfertigung» ²⁾. Подчеркнутыя нами слова ясно показываютъ, что содержащееся въ этой фразѣ утвержденіе относится, на самомъ дѣлѣ, *не къ толкованію*, а къ другой части распознавательнаго процесса, болѣе непосредственно примыкающей къ моменту осуществленія права въ дѣйствительности, чѣмъ толкованіе. Въ этомъ

¹⁾ Savigny „System“, B. I, S. S. 206—207.

²⁾ Ibid., S. 207.

мѣстѣ, формально уже перешедши въ сферу толкованія, *Савиньи* все еще охваченъ болѣе широкой точкой зрѣнія, онъ все еще мысленно представляетъ себѣ всю ту «freie Geistesthätigkeit», которая требуется для того, чтобы законъ «in das Leben übergehen», и только потому, что онъ уже совершилъ ошибку раньше, — только потому, что онъ уже отождествилъ всю эту «freie Geistesthätigkeit» съ толкованіемъ, онъ и относитъ выводъ этой фразы къ толкованію. Вѣдь, ясно, что если-бы эта фраза строго и исключительно относилась къ толкованію, то прибавка словъ: «wenn es in das Leben eingreifen soll» была-бы совершенно излишней. Толкованіе предпринимается вовсе не тогда только, когда передъ закономъ стоитъ эта задача «вторгнуться» въ жизнь, оно можетъ совершаться, напр., въ цѣляхъ чисто теоретическихъ, — и только конкретизація объективныхъ элементовъ права требуется непосредственно *передъ* этой задачей и *ради* нея.

Такимъ образомъ, признаніе толкованія необходимымъ для всѣхъ законовъ и во всѣхъ случаяхъ ихъ примѣненія есть ошибка, но ошибка характерная — она съ несомнѣнностью показываетъ, что ученіе о толкованіи играетъ въ нынѣшней юриспруденціи роль теоріи болѣе широкаго процесса, чѣмъ оно само, — и разъ мы этотъ процессъ различили во всѣхъ его частяхъ, то такое признаніе дѣлается уже ненужнымъ, или, лучше сказать, его приходится перенести на другую часть этого процесса.

Но есть и еще одинъ характерный пунктъ, гдѣ состояніе господствующей теоріи толкованія позволяетъ сказать, что она въ современной юриспруденціи играетъ роль болѣе широкаго ученія за недостаткомъ послѣдняго.

Требуется-ли толкованія *обычное право* въ томъ-же смыслѣ и въ той-же мѣрѣ, какъ и *законъ*? — вотъ вопросъ, съ которымъ не могла не считаться господствующая доктрина. Какъ-же она его рѣшаетъ? *Савиньи*, повидимому, рѣшалъ этотъ вопросъ отрицательно¹⁾. Новѣйшій пандектистъ *Регельсбергеръ* касается его только вскользь и притомъ крайне уклончиво. Тогда какъ утвержденіе, что толкованію подлежатъ только *темные законы*, онъ прямо называетъ не-

¹⁾ См. *Savigny, System*, B. I, S. 207.

правильнымъ (см. выше), по отношенію къ занимающему насъ теперь вопросу онъ выражается такъ: «*man spricht in der Regel nur von der Auslegung der Gesetze, nicht der Gewohnheitsrecht. Dies hat folgenden Grund*»..... и дальше Регельсбергеръ объясняетъ, въ чемъ состоитъ это основаніе. Но категорическаго утвержденія или отрицанія правильности того, что «обыкновенно» говорятъ *только* о толкованіи законовъ,—мы у него не находимъ ¹⁾. Итакъ, современная доктрина стоитъ съ нѣкоторымъ смущеніемъ передъ вопросомъ о томъ, подлежитъ-ли обычное право толкованію совершенно такъ-же, какъ и законъ, или нѣтъ? Она не рѣшается съ полной увѣренностью и категорически сказать ни *да*, ни *нѣтъ*. А между тѣмъ, казалось-бы, что затрудненій для нея въ этомъ вопросѣ не должно-бы быть никакихъ. Въ самомъ дѣлѣ, если толкованіе требуется для всякаго закона и притомъ даже тогда, когда законъ совершенно ясенъ, то въ силу какихъ-же основаній его примѣненіе можетъ оказаться излишнимъ при обычномъ правѣ? Вѣдь, и законъ, и обычное право одинаково представляютъ собою нормы права и, съ этой стороны, вполне однородны,—почему-же не поставить ихъ на одну линію и съ точки зрѣнія толкованія? Господствующая доктрина, разъ ужъ она признала толкованіе необходимымъ для *всякаго* закона, должна то-же самое сдѣлать, притомъ безъ всякихъ затрудненій, и по отношенію къ обычному праву. Почему-же она колеблется передъ этимъ выводомъ? Потому что обычное право есть тотъ видъ права, гдѣ, такъ называемая, *темнота* смысла, обыкновенно, не имѣетъ мѣста и гдѣ поэтому и толкованіе, въ тѣсномъ и собственномъ смыслѣ слова, не находитъ себѣ примѣненія. И вотъ, доктрина, которая такъ гордится своимъ «счетомъ понятій», въ этомъ пунктѣ, гдѣ *балансъ* ея счета, несомнѣнно, не сходится, предпочитаетъ просто его *прервать* и обходить молчаніемъ явленіе, которое явно противорѣчитъ тому, что ею установлено въ другомъ мѣстѣ.—Между тѣмъ, не трудно понять, почему обычное право всегда *яснѣе* закона. Обычное право есть право мало развитаго общества и простыхъ общественныхъ отношеній. Оно возникаетъ—на почвѣ отдѣльныхъ конкретныхъ слу-

¹⁾ *Regelsberger, Pandekten, B. I, § 35, a, IV, S. 141.*

чаевъ, поэтому его нормы—казуистичны и лишены почти всякой абстракціи. Оно дѣйствуетъ—въ однородной общественной средѣ, которую составляютъ индивидуумы весьма невысокаго умственного развитія. Наконецъ, оно исходитъ отъ самого-же народа, а не дается ему законодателемъ. Понятно, что при такихъ условіяхъ обычное право не нуждается въ толкованіи, по крайней мѣрѣ, въ той средѣ, гдѣ оно возникло и дѣйствуетъ. Въ самомъ дѣлѣ, лексическій смыслъ его словъ чрезвычайно конкретенъ, а потому живъ и нагляденъ для всякаго, постройка рѣчи—не сложна, характеръ мышленія, а, слѣдовательно, и логика права—весьма примитивны; уже въ силу этого грамматическое и логическое толкованія права излишни, тѣмъ болѣе, что общественная среда, по своей умственной высотѣ, вполне однородна, и что въ ней понятно одному, то понятно и другому. Но не требуется также и *историческое* толкованіе права, какъ въ силу того, что бытовая исторія въ это время еле движется, такъ и въ силу того, что норма обычного права какъ-бы перебирается отъ одного частнаго случая къ другому, опираясь на нихъ въ своемъ смыслѣ и, соотвѣтственно имъ, хотя и чрезвычайно медленно, его видоизмѣняя. Наконецъ, не требуется и *систематическаго* толкованія, потому что отдѣльныя нормы права, въ это время, почти изолированы другъ отъ друга, такъ же какъ несвязна и самая жизнь, еще не достаточно скрѣпленная социальными связями.—Сравнивая здѣсь обычное право съ закономъ, мы первое могли-бы уподобить обыкновенной колесной дорогѣ, тогда какъ второй соотвѣтствовалъ-бы, при этомъ сравненіи—желѣзной дорогѣ. Между тѣмъ какъ первая прокладывается и создается безъ всякихъ искусственныхъ усилій—самой ѣздой, и въ ея свойствахъ и назначеніи все ясно, для всякаго понятно, не требуетъ никакихъ особенныхъ истолкованій, наоборотъ, вторая—спеціально строится, и въ ней—все сложно, высоко технично, для профана совершенно непонятно и требуетъ разъясненія, какъ со стороны устройства отдѣльныхъ частей, такъ и со стороны ихъ взаимной связи между собою. Происхожденіе и строй обычного права такъ-же отличны отъ происхожденія и строя закона, какъ отличаются, въ этомъ отношеніи, обыкновенныя колесныя дороги отъ рельсовыхъ путей. Этимъ именно несходствомъ и

обусловлено то, что обычное право въ той средѣ, гдѣ оно родилось и дѣйствуетъ, толкованія не требуетъ, такъ какъ оно для всѣхъ одинаково ясно и понятно. Этого факта господствующее ученіе о толкованіи не можетъ *прямо* признать, потому что это противорѣчило-бы его заключеніямъ о томъ, что даже и ясный законъ все-таки нуждается въ толкованіи,—но не рѣшается и *прямо* отвергнуть, такъ какъ это значило-бы слишкомъ противорѣчить дѣйствительности, тѣмъ болѣе, что оно смутно чувствуетъ, что и примѣненіе обычнаго права требуетъ все-таки какихъ-то умственныхъ усилій со стороны того, кто его примѣняетъ. Между тѣмъ, если-бы господствующая теорія отличила и выдѣлила процессъ конкретизаціи объективныхъ элементовъ права отъ процесса, собственно, толкованія, то ей не было-бы никакихъ затрудненій признать, что первый изъ нихъ требуется для всякаго права, второй-же—только для закона.

§ 8. Отысканіе и установленіе текста нормы, подлежащей примѣненію въ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ.

Намъ остается рассмотреть еще одинъ отдѣлъ той умственной работы, какая требуется для примѣненія нормы къ какому-либо конкретному случаю въ жизни. Мы изучали *конкретизацію* нормы (§§ 2—4 настоящей главы) въ предположеніи, что она вполнѣ *готова* къ послѣдней, т. е. уже отыскана и установлена въ томъ ея смыслѣ, какой она имѣетъ по направленію къ конкретному случаю; мы изучали затѣмъ *установленіе* смысла нормы передъ ея конкретизаціей (§§ 5—7 настоящей главы) въ предположеніи, что она уже отыскана и установлена въ своемъ подлинномъ текстѣ. Теперь намъ, очевидно, надо рассмотреть и изучить тѣ умственные усилія, помощью которыхъ отыскивается и устанавливается *подлинный текстъ* нормы, долженствующей быть примѣненной къ какому либо отдѣльному конкретному случаю. Замѣтимъ при этомъ заранѣе, что такъ какъ этотъ отдѣлъ умственной работы, требующейся для примѣненія права, достаточно и хорошо разработанъ въ нынѣшней юридической теоріи, то наше изложеніе будетъ здѣсь краткимъ, даже бѣглымъ. Мы просто отмѣтимъ основные моменты этой работы, какъ ихъ указываетъ современная теорія.

Что касается вопроса о подлинномъ текстѣ нормъ вообще, то въ современныхъ цивилизованныхъ государствахъ онъ сильно упрощенъ и облегченъ: всякій вновь выходящій законъ объявляется во всеобщее свѣдѣніе (публикуется) въ определенныхъ, заранее для того предписанныхъ формахъ, такъ что къ услугамъ гражданъ всегда имѣется официальный печатный текстъ закона, которымъ и можно пользоваться, какъ вполне подлиннымъ. Правда, и въ официальномъ текстѣ—возможны *опечатки* и *редакціонныя упуцения*, которыя, слѣдовательно, требуютъ раскрытія и исправленія ихъ при примѣненіи закона,—но, во всякомъ случаѣ, возникающая на этой почвѣ *критика* текста получаетъ здѣсь мѣсто очень рѣдко и въ весьма ограниченномъ размѣрѣ¹⁾. Иначе дѣло обстоитъ въ тѣхъ случаяхъ, когда официального ручательства за подлинность текста нѣтъ и когда этотъ текстъ содержится въ какихъ-либо записяхъ, сборникахъ, сочиненіяхъ и т. п. Въ этихъ случаяхъ установленіе права въ его подлинномъ текстѣ нерѣдко становится весьма трудной задачей, для разрѣшенія которой, на ряду съ критикой тѣхъ внѣшнихъ средствъ, которыми выражена норма (*низшая критика текста*), требуется еще и критическая оцѣнка самого содержанія текста, съ весьма различныхъ сторонъ (*высшая критика текста*)²⁾. Въ наиболѣе обширныхъ размѣрахъ примѣнена была критика текста (какъ низшая, такъ и высшая) къ законодательству Юстиніана, особенно въ тѣхъ странахъ, гдѣ оно получило силу дѣйствующаго закона³⁾. На эту критику было потрачено, въ теченіе вѣковъ, можно сказать, *необозримое* количество труда, усердія и находчивости, и едва-ли какой-либо другой письменный памятникъ можетъ соперничать, въ этомъ отношеніи, съ *Corpus juris civilis*.

¹⁾ См. объ этомъ у *Регельсбергера*, *Pandekten*, В. I, § 34, III, 1, S. S. 137—138.

²⁾ См. у *Коркунова* „Лекц. по общ. теоріи права“, С.-ПБ., 1898, стр. 333—336. Мы согласны съ Н. М. Коркуновымъ, что критика текста (какъ высшая, такъ и низшая) требуется не только для закона, но и для обыкновеннаго права.

³⁾ См. у *Регельсбергера*, *Pandekten*, В. I, § 34, III, 2, S. S. 138—139.

Когда мы не встрѣчаемъ никакихъ затрудненій при установленіи подлиннаго текста нормы, или когда мы соотвѣстными усиліями его установили, тогда выступаетъ на сцену вопросъ о томъ, *дѣйствуетъ*-ли еще та норма, подлинный текстъ которой мы установили; значитъ, при примѣненіи права приходится рѣшать, какія нормы права вообще еще дѣйствуютъ, а какія свое дѣйствіе уже *утратили*, т. е. отошли въ область исторіи. Современный законодатель и въ этомъ отношеніи старается помочь тому, кто будетъ призванъ къ осуществленію права въ дѣйствительности. Такъ какъ всякій законъ, по общему правилу, дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ отмѣненъ, вполнѣ или отчасти, позднѣйшимъ закономъ, то законодатель, издавая новые законы, часто указываетъ, какіе старые законы и въ какихъ частяхъ отмѣняются или измѣняются новыми. Однако эти кодификаціонныя усилія законодателя далеко не всегда удовлетворительно разрѣшаютъ задачу, и тому, кто затѣмъ долженъ бываетъ считаться съ закономъ въ жизни, приходится нерѣдко потратить не мало труда чтобы отграничить законъ дѣйствующій отъ уже не дѣйствующаго.— Изъ сказаннаго вытекаетъ, что законъ *дѣйствуетъ* въ опредѣленныхъ границахъ времени, и что тотъ, кому приходится примѣнять законъ къ жизни, долженъ умѣть опредѣлить, какъ *начало*, такъ и *конецъ* этого дѣйствія. Но на ряду съ этимъ, всякая норма ограничена въ своемъ дѣйствіи также и *территоріально*, значитъ, при примѣненіи права надо умѣть опредѣлять и географическія границы его дѣйствія.

Однако установленіе хронологическихъ и географическихъ границъ дѣйствія закона само по себѣ представляетъ задачу, гораздо болѣе легкую, чѣмъ разрѣшеніе возникающихъ здѣсь, если можно такъ выразиться, *пограничныхъ* инцидентовъ. Дѣло въ томъ, что тѣ *случаи* или *факты* дѣйствительности, въ которыхъ право должно найти себѣ осуществленіе или примѣненіе, представляютъ собою нѣчто длительное и объемистое. И когда такой случай или фактъ весь и цѣликомъ ложится въ хронологическія или географическія границы одного и того-же закона, тогда дѣло обстоитъ сравнительно просто. Но когда такой фактъ или случай попадаетъ какъ разъ на границу—хронологическую или географическую—

дѣйствія законовъ, тогда мы получаемъ *коллизію* въ дѣйствіи *разновременныхъ* или *разномѣстныхъ* законовъ, и разрѣшеніе такой коллизіи можетъ представлять величайшія затрудненія. Однако мы не имѣемъ надобности вдаваться въ разсмотрѣніе по существу этихъ коллизій и способовъ ихъ разрѣшенія ¹⁾,—для насъ достаточно здѣсь только отмѣтить, что ихъ *долженъ* разрѣшить себѣ тотъ, кто отыскиваетъ текстъ нормы, долженствующей найти примѣненіе въ какомъ-либо конкретномъ случаѣ жизни.

Слѣдуетъ, далѣе, упомянуть еще объ одной *коллизіи* источниковъ права, которую также долженъ разрѣшить тотъ, кто примѣняетъ право въ жизни,—а именно о коллизіи, протекающей изъ того, что разные источники права могутъ имѣть различную *относительную* силу дѣйствія. Вслѣдствіе этого та норма, которая имѣетъ *меньшую* силу дѣйствія по сравненію съ какой-либо другой нормой, должна, въ случаѣ разногласія съ послѣдней по содержанію, отступить передъ ней,—*не дѣйствовать*, поскольку ея содержаніе несогласно съ нормой *большей* силы. Такъ, обыкновенный законъ долженъ отступить передъ основнымъ или конституціоннымъ, если онъ послѣднему въ чемъ-либо противорѣчитъ; такъ, административное распоряженіе должно отступить передъ закономъ, если оно съ нимъ несогласно; такъ обычное право, въ случаѣ коллизіи, должно также уступить закону; наконецъ, автономическое право и акты частнаго распоряженія ²⁾ не получаютъ силы, поскольку они идутъ въ разрѣзъ съ закономъ. Такимъ образомъ, и этотъ фактъ неодинаковой

¹⁾ Вопросу о коллизіяхъ разновременныхъ и разномѣстныхъ законовъ отводится не мало мѣста, какъ при изложеніи общихъ ученій о правѣ, такъ и, въ частности, при изложеніи системы гражданскаго права. См., напр., у *Коркунова* „Лекц. по общ. теоріи права“, С.-П.-Б., 1898, стр. 336—342; у *Регельсбергера*, *Pandekten*, В. I, §§ 39—48, S. S. 161—195. *Савиньи*, какъ извѣстно, посвятилъ этому предмету цѣлый томъ въ своей „Системѣ“ (т. VIII-ой).

²⁾ Акты частной воли, поскольку ихъ дѣйствіе допускается гражданскимъ закономъ, сами имѣютъ силу закона. Это прямо выражено въ art. 1134 *Code civil*: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“.

относительной силы разных источниковъ права долженъ быть принять во вниманіе тѣмъ, кому надо примѣнять право въ жизни ¹⁾).

Изложенное нами до сихъ поръ указываетъ, что при примѣненіи права надо: 1) *отличить* источники права (въ ихъ подлинномъ текстѣ) отъ того, что не составляетъ и не составляло источниковъ права; 2) *отдѣлить* дѣйствующее право отъ того, которое уже не дѣйствуетъ или не должно дѣйствовать. Но, вѣдь, въ обширномъ кругу всякаго дѣйствующаго права надо еще просто *отыскать* ту норму или тѣ нормы, которыя требуется примѣнить къ отдѣльному конкретному случаю. Эта задача отысканія подходящей къ случаю нормы среди всей массы дѣйствующаго права—сама по себѣ связана съ большими трудностями. Но она можетъ быть еще чрезвычайно затруднена или, наоборотъ, значительно облегчена, смотря по тому, расположены-ли нормы въ безпорядкѣ, или въ хорошей и строго выдержанной системѣ. Система въ расположеніи нормъ дѣйствующаго права имѣетъ огромное значеніе для пользованія закономъ и безпрепятственнаго его отысканія въ случаѣ надобности. Законодатель самъ заботится о расположеніи нормъ въ извѣстномъ порядкѣ, какъ при изданіи законовъ, такъ и, въ особенности, при ихъ кодификаціи. Но, во 1-хъ, эти старанія проявляются въ весьма различной степени у разныхъ законодателей, а, во 2-хъ, и ихъ успѣхъ и цѣлесообразность также бываютъ различны. Отсюда, естественно, рождается у тѣхъ, кому часто приходится имѣть дѣло съ закономъ, потребность расположить постановленія дѣйствующаго права въ системѣ, лучшей, чѣмъ та, какой держался самъ законодатель,—въ системѣ, которая давала-бы наибольшую возможность всегда и съ наименьшими усиліями отыскать въ ней то, что намъ требуется въ томъ или другомъ случаѣ.

§ 9. Кто долженъ совершить тотъ интеллектualanый процессъ, который требуется для осуществленія права?

Мы познакомились со всѣми частями того умственнаго процесса, какой лежитъ на пути отъ нормы къ ея практическому

¹⁾ См. у *Регельсбергера*, *Pandekten*, В. I, § 34, I, S. S. 134—137.

осуществленію въ дѣйствительности. Норма представляет собою указаніе, притомъ *абстрактное* указаніе на то, каковъ долженъ быть поступокъ. Во всѣхъ случаяхъ и при всѣхъ нормахъ это абстрактное указаніе на то, каковъ *долженъ* быть поступокъ, надо превратить въ *конкретный* образъ поступка, для того чтобы затѣмъ стало возможнымъ его уже осуществить. Но это превращеніе абстрактнаго въ конкретное можетъ быть совершено только въ умѣ, съ помощью соотвѣтственной умственной дѣятельности. Необходимость умственной дѣятельности для осуществленія права прямо вытекаетъ изъ самаго существа права и его предназначенія: право есть воля и должно воздѣйствовать на волю-же,—поступокъ, согласный съ правомъ, можетъ возникнуть только, какъ результатъ такого воздѣйствія, а это воздѣйствіе безусловно и всегда требуетъ соотвѣтственнаго интеллектуальнаго процесса.

Но если это такъ, то *кто* долженъ совершить требующійся здѣсь интеллектуальный процессъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ примѣненія права? Конечно тотъ, въ чемъ поведеніи право должно найти свое осуществленіе. И это вытекаетъ не только изъ самаго существа дѣла, но и установлено положительнымъ образомъ во всѣхъ законодательствахъ. Совершеніе описаннаго нами въ предыдущихъ §§-хъ этой главы интеллектуальнаго процесса положительный законъ возлагаетъ на гражданъ, какъ ихъ *юридическую обязанность*. И это понятно. Если-бы законодатель требовалъ отъ гражданъ поступковъ, согласныхъ съ правомъ, и въ то-же время освобождалъ ихъ отъ обязанности самимъ совершать тотъ умственный процессъ, который необходимо лежитъ на пути отъ нормы, какъ она дана сама по себѣ, къ согласному съ ней человѣческому поведенію,—то это было-бы внутреннимъ противорѣчіемъ, это подрывало-бы въ основѣ и самое требованіе повиновенія праву. Если-бы гражданинъ, въ отвѣтъ на требованіе согласовать свои поступки съ велѣніями права, могъ сказать: я не знаю, въ чемъ именно состоятъ эти требованія,—или: я не умѣю перевести ихъ изъ абстрактной формы въ тотъ конкретный видъ, какой требуется для совершенія поступка, то этимъ въ корнѣ подрывалось-бы и требованіе права, обращенное къ поведенію гражданъ. И вотъ мы видимъ, что положительное законодательство всѣхъ временъ и народовъ закрываетъ для граж-

данъ возможность подобнаго извиненія или подобной отговорки незнаніемъ закона или неумѣніемъ примѣнить его къ дѣлу. «Никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ», гласить, напр., у насъ ст. 62 нашихъ Основныхъ Законовъ (Св. зак., т. I, ч. 1).—Но если это такъ, то каковъ-же, собственно, объемъ и смыслъ этого запрещенія гражданамъ «отговариваться невѣдѣніемъ закона»?

Указанная норма не предписываетъ, конечно, гражданамъ вообще изучать законы, или, въ каждый данный моментъ, знать ихъ содержаніе—такъ сказать, быть постоянно готовыми выдержать экзаменъ изъ законовѣдѣнія и притомъ по программѣ, охватывающей всѣ законы. Нѣтъ,—смыслъ этой нормы только тотъ, что если-бы кто своимъ поведеніемъ нарушилъ какой-либо законъ, то ему не дозволено будетъ отклонить отъ себя отвѣтственность за такое нарушение ссылкой на свое невѣдѣніе нарушеннаго закона. А если такъ, то этой нормой, значить, возлагается на гражданина забота о согласованіи—путемъ надлежащаго умственного процесса—своихъ поступковъ съ тѣми законами, которые имѣютъ къ нимъ отношеніе, и, слѣдовательно, въ силу этого, при каждомъ своемъ дѣйствіи, гражданинъ обязанъ *справиться* съ тѣмъ, что говорить, по данному частному случаю, законъ, чтобы остаться въ границахъ его предписаній. Такимъ образомъ, на гражданъ возлагается обязанность не изучать законы, а *справляться* съ ними по частнымъ вопросамъ своего поведенія подъ угрозой, что если они, не сдѣлавши этого, впадутъ въ противорѣчіе съ закономъ, даже сами этого не вѣдая, то все-же это невѣдѣніе не будетъ принято во вниманіе при обсужденіи отвѣтственности за нарушеніе закона. Гражданинъ, значить, обязанъ обращаться къ закону казуистически, по отдѣльнымъ случаямъ, но за то въ каждомъ изъ этихъ случаевъ онъ долженъ произвести *полную* распознавательную работу, долженъ принять во вниманіе всѣ законы, относящіеся къ данному случаю, и не только принять ихъ во вниманіе, но и сдѣлать правильный переходъ отъ абстрактнаго содержанія нормъ къ тому конкретному образу, какой долженъ получить его поступокъ въ данномъ именно случаѣ. Если-бы какой-либо гражданинъ справился съ законами и даже со всѣми законами, относящимися къ интересующему его случаю,—если-бы

онъ правильно овладѣлъ ихъ абстрактнымъ содержаніемъ, но неправильно совершилъ самый переходъ in concretum и, такимъ образомъ, хотя-бы и bona fide, нарушилъ предписанія закона, то и въ этомъ случаѣ онъ не могъ-бы сослаться въ свое оправданіе на свое неумѣніе или неспособность правильно примѣнить къ дѣлу свое абстрактное юридическое знаніе. Значить, въ предѣлахъ отдѣльныхъ случаевъ, гражданинъ долженъ произвести, какъ-бы, полную монографическую обработку ихъ съ юридической стороны, и затѣмъ—правильно установивши для нихъ абстрактное указаніе закона—сдѣлать и правильный переводъ этого абстрактнаго указанія въ конкретный поступокъ при условіяхъ даннаго случая. Словомъ, на обязанность и отвѣтственность гражданина—въ предѣлахъ отдѣльнаго конкретнаго случая—возлагается совершеніе *всей* той умственной работы, какая, по предыдущему нашему описанію, требуется для перевода права изъ абстрактной формулы въ конкретную дѣйствительность. Вотъ это и есть полный смыслъ и объемъ того предписанія права, какое у насъ выражено въ ст. 62 Осн. Зак.—Впрочемъ, и здѣсь надо сдѣлать оговорку, что гражданину предстоитъ въ концѣ концовъ все таки не юридическій экзаменъ, хотя-бы и въ предѣлахъ даннаго отдѣльнаго случая, а *поступокъ*, который долженъ быть согласованъ съ правомъ для того, чтобы не возникла отвѣтственность за нарушеніе права. Значить, если совершенный поступокъ будетъ согласенъ съ правомъ, то какимъ-бы путемъ это согласованіе ни было достигнуто, это безразлично. Произошло-ли это, въ какомъ-либо случаѣ, по чистой случайности, или потому, что гражданинъ, при совершеніи поступка, руководился нравственнымъ чувствомъ или правовымъ чутьемъ, и вѣрно угадалъ то, что согласно съ правомъ; или, наконецъ, потому, что кто нибудь другой совершилъ за него требующійся умственный процессъ, а онъ воспользовался уже только готовымъ его результатомъ,—это совершенно все равно и вполнѣ равносильно тому, какъ если-бы онъ самъ совершилъ всю работу распознаванія отъ начала и до конца,—разъ его поступокъ согласенъ съ правомъ, то его не спросятъ о томъ, какимъ путемъ онъ этого достигъ. Значить, гражданину предоставлена полная свобода въ выборѣ путей для согласованія своего поведенія съ правомъ, и если онъ, въ этомъ отношеніи, будетъ

имѣть удачу, то его не спросить, какимъ путемъ онъ ее добился. Но за то онъ долженъ помнить, что при неудачѣ, ему не дозволено будетъ ссылаться на несовершенство имъ или неправильное совершение той распознавательной работы, которая представляетъ собою нормальный и единственно-надежный путь къ достиженію согласія поступковъ съ правомъ.

Но если законодатель возлагаетъ на гражданъ обязанность, для того, чтобы согласовать свое поведеніе съ правомъ, знать всѣ относящіяся къ частнымъ вопросамъ ихъ поведенія законы и правильно выводить изъ нихъ свое поведеніе *in concreto*,—то онъ-же долженъ принять на себя заботу о томъ, чтобы сдѣлать для гражданъ доступнымъ ознакомленіе съ законами. Требованіе законодателя «не отговариваться невѣдѣніемъ закона» сдѣлалось-бы явной несправедливостью, если-бы гражданамъ была совсѣмъ закрыта возможность къ ознакомленію съ законами или не былъ указанъ надежный источникъ для такого ознакомленія. И вотъ мы видимъ, что въ соответствии съ этимъ естественнымъ требованіемъ, всецѣло вытекающимъ изъ того, что на пути къ повиновенію праву лежитъ умственный процессъ его распознаванія, законъ устанавливаетъ правило, одинаково принятое во всѣхъ законодательствахъ и у насъ выраженное въ ст. 57 Зак. Осн. «Законы общіе, содержащія въ себѣ новое правило, или поясненіе, дополненіе, либо отмѣну прежнихъ законовъ, *обнародываются во всеобщее извѣстіе* правительствующимъ сенатомъ». Норма эта принадлежитъ къ числу *leges perfectae*, и санкціей ей служитъ ст. 59 Зак. Осн., въ которой читаемъ: «законъ получаетъ обязательную силу *не прежде, какъ со дня его объявленія*».—Но мало того,—на ряду съ этимъ общимъ правиломъ о публикаціи или обнародованіи законовъ, устанавливается особый, разъ на всегда опредѣленный, порядокъ этого опубликованія, указывающій гражданамъ съ надлежащей надежностью, гдѣ именно искать достовѣрныхъ свѣдѣній о законѣ ¹⁾.

¹⁾ Необходимость позаботиться о томъ, чтобы граждане имѣли возможность близко ознакомиться съ законами, хорошо указана въ знаменитомъ „Наказѣ“ Императрицы Екатерины. „Законы должны быть писаны простымъ языкомъ, читаемъ мы въ ст. 158 Наказа, и Уложеніе, всѣ законы въ себѣ со-

§ 10. Какъ распредѣляется процессъ распознаванія права въ общественной средѣ?

Мы сейчасъ видѣли, что распознаваніе права, поскольку оно требуется для надобностей, такъ сказать, собственнаго поведения каждаго гражданина, возлагается закономъ на самихъ-же гражданъ, но только такимъ образомъ, что гражданинъ несетъ на себѣ *лишь отвѣтственность* за совершеніе и, притомъ, правильное совершеніе этого распознаванія, а совершить-ли онъ его, дѣйствительно, самъ, или за него и для него совершить его кто-либо другой—это для закона безразлично. Если мы это сопоставимъ съ тѣми огромными, намъ уже извѣстными, трудностями, какія представляетъ процессъ распознаванія права для конкретнаго его примѣненія, то уже заранѣе и непремѣнно надо будетъ ожидать, что граждане весьма часто должны будутъ прибѣгать къ помощи другихъ для совершенія требующагося имъ, въ томъ или другомъ случаѣ, процесса распознаванія права; иными словами, надо будетъ ожидать, что социальная картина совершенія этого процесса въ обществѣ будетъ сильно отступать отъ того предположенія, какое способна навѣять здѣсь юридическая постановка дѣла, т. е. что каждый гражданинъ долженъ самъ для себя совершать весь тотъ процессъ распознаванія права, какой ему требуется для правомѣрности его поведения. Вообще говоря, этотъ процессъ слишкомъ труденъ и совершенно не по плечу обыкновенному, заурядному гражданину.—Кстати здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что разъ мы уже говоримъ о распознаваніи права для самихъ гражданъ, то это распознаваніе должно быть доведено до *субъективной* его формы. Хотя *субъективное преобразование* свѣдѣній о правѣ нисколько не измѣняетъ самаго ихъ существа (см. выше, гл. II § 5), но оно придаетъ имъ наиболѣе удобопонят-

держашее, должно быть книгою весьма употребительною и которую-бы за малую цѣну достать можно было, наподобіе букваря. . . . Преступленія не столь часты будутъ, чѣмъ большее число людей Уложеніе читать и разумѣть станутъ“. Императрица даже полагала, что „предписать надлежитъ, чтобы во всѣхъ школахъ учили дѣтей грамотѣ попеременно—изъ церковныхъ книгъ и изъ тѣхъ книгъ, кои законодательство содержатъ“ (Перв. Полн. Собр. Зак., № 12949).

ную для гражданъ форму,—значить, разъ идетъ рѣчь о распознаваніи права для надобностей въ томъ самихъ гражданъ,—то оно должно быть доведено до той формы, какая для гражданъ наиболѣе вразумительна. Слѣдовательно, разъ должна быть оказана здѣсь помощь гражданину, то за него и для него надо раскрыть его субъективныя *права и обязанности*, потому что иначе онъ все еще будетъ чувствовать затрудненіе въ построеніи своего поведенія, такъ чтобы оно было согласно съ правомъ. Такимъ образомъ, то распознаваніе права, социальную картину совершенія котораго мы хотимъ уяснить себѣ въ настоящемъ §-ѣ, должно включить въ себя и субъективное преобразование свѣдѣній о правѣ, должно быть доведено до установленія субъективныхъ правъ и обязанностей гражданъ, какъ онѣ вытекають изъ объективнаго права.

Итакъ, какъ-же распредѣлится въ общественной средѣ работа дѣйствительнаго совершенія того интеллектуальнаго процесса, который требуется для осуществленія права?

Ожидать совершенно *равномѣрнаго* распредѣленія этой работы по всей общественной средѣ, въ силу выше сказаннаго, нельзя. Хотя нѣтъ въ обществѣ ни одного гражданина, котораго право не касалось-бы съ самыхъ различныхъ сторонъ; хотя каждый членъ общества поставленъ въ необходимость устанавливать для себя (тѣмъ способомъ, какой онъ находитъ лучшимъ) на основаніи объективныхъ нормъ свои субъективныя права и обязанности, если онъ не хочетъ разойтись въ своемъ поведеніи съ велѣніями закона; хотя, поэтому, ни одинъ гражданинъ въ общественной средѣ, достигнувшій и пребывающій въ умственной зрѣлости, не можетъ не считаться съ вопросами права въ ихъ субъективномъ—къ нему самому—направленіи, а, слѣдовательно, не можетъ и остаться совершенно непричастнымъ тому интеллектуальному процессу, который оперируетъ надъ правомъ съ цѣлью перевода его въ дѣйствительную жизнь,—но, конечно, отсюда еще очень далеко до равномѣрнаго распредѣленія описаннаго умственнаго процесса во всей общественной средѣ. Дѣйствительно, процессъ этотъ проникаетъ, диффундируетъ черезъ *всю* общественную среду, но отнюдь не равномѣрно. А если такъ, то каково-же его дѣйствительное распредѣленіе?

Характеръ дѣйствительнаго распредѣленія въ общественной средѣ интеллектуальнаго процесса распознаванія субъективныхъ правъ и обязанностей (вплоть до установленія ихъ *in concreto*— для отдѣльныхъ лицъ и въ обстановкѣ отдѣльныхъ случаевъ) обусловленъ нѣкоторыми постоянными свойствами самого этого процесса, почему, зная эти свойства, можно à priori почти съ полной увѣренностью предсказать, какой видъ онъ долженъ принять въ общественной средѣ. Мы сперва и попытаемъ этотъ апіорный путь дедуктивнаго вывода характера искомага общественнаго явленія изъ его основныхъ свойствъ, а затѣмъ просто сошлемся на то, что существуетъ въ дѣйствительности.

Говоря о процессѣ распознаванія субъективныхъ правъ и обязанностей на основаніи содержанія объективныхъ нормъ, надо различать самый процессъ этого распознаванія отъ его результатовъ. Результаты процесса распознаванія, гдѣ-либо и кѣмъ-либо произведеннаго, способны диффундировать въ общественной средѣ независимо отъ распространенія самой распознавательной дѣятельности, подобно тому какъ лучи отъ какого-либо источника свѣта проникаютъ черезъ среду, его окружающую, независимо отъ распространенія въ ней того процесса, которымъ обусловлено самое происхожденіе свѣта. Вотъ эта независимость распространенія результатовъ процесса распознаванія, кѣмъ-либо произведеннаго, отъ распространенія самаго процесса распознаванія,—независимость, обусловленная тѣмъ свойствомъ этого процесса, которое можно было-бы назвать духовнымъ лучеиспусканіемъ и которое одинаково присуще не только ему, но и всякому другому познавательному процессу, совершаемому человѣческимъ умомъ въ общественной средѣ,—она-то и заставляетъ насъ à priori предполагать, что юридическое освѣщеніе общественной среды должно быть подобно физическому освѣщенію какого-либо пространства: уже à priori можно предположить, что общественная среда не будетъ вся сплошь охвачена священнымъ огнемъ самаго процесса изслѣдованія, а что этотъ процессъ будетъ размѣщенъ въ ней въ видѣ отдѣльныхъ свѣтильниковъ, освѣщающихъ собою окружающія ихъ пространства. Если-же мы, въ добавленіе къ этому, вспомнимъ, что интересующій насъ распознавательный процессъ представляетъ къ тому-же весьма серьезныя трудно-

сти, съ которыми подѣ силу справляться далеко не всѣмъ, а только немногимъ способнымъ къ тому и имѣющимъ возможность ориентироваться во всей системѣ права; если мы, съ другой стороны, вспомнимъ, что массѣ гражданъ требуется, собственно, не самый процессъ распознаванія правъ и обязанностей, а именно его результаты—уже распознанныя права и обязанности, въ ихъ субъективномъ направленіи къ отдѣльнымъ лицамъ—что, слѣдовательно, вездѣ, гдѣ это окажется возможнымъ, масса будетъ стремиться замѣнить собственный процессъ распознаванія готовыми результатами чужаго распознаванія,—то мы не только укрѣпимся въ высказанномъ уже предположеніи, но и должны будемъ ожидать, что источники юридическаго освѣщенія въ общественной средѣ врядъ-ли могутъ быть очень многочисленны и врядъ-ли могутъ быть размѣщены очень густой сѣтью. И трудность изслѣдованія, и готовность массы довольствоваться добытыми для нея результатами—эти двѣ причины, дѣйствующія съ двухъ концовъ другъ другу навстрѣчу—должны повести къ тому, что самый процессъ распознаванія долженъ сосредоточиться въ кругу специалистовъ, въ рукахъ, сравнительно, немногихъ, откуда уже готовые его результаты будутъ распространяться по всей общественной средѣ. И если что будетъ препятствовать здѣсь установленію такого порядка, какой наблюдается, напр., въ сферѣ экономической, а именно къ сосредоточенію процесса производства требующагося продукта (въ данномъ случаѣ уже распознанныхъ субъективныхъ правъ и обязанностей) въ немногихъ крупныхъ центрахъ, подобныхъ, такъ сказать, большимъ фабрикамъ, то это то обстоятельство, что, въ концѣ концовъ, требующійся здѣсь продуктъ для его непосредственнаго примѣненія къ жизни долженъ быть въ высокой степени индивидуализированъ и конкретизированъ: для каждаго изъ гражданъ требуются не субъективныя права и обязанности вообще, а именно *его* права и обязанности, да еще непременно и въ связи съ той конкретной обстановкой, среди которой ему приходится жить и дѣйствовать. Поэтому общій, такъ сказать, фабричный продуктъ здѣсь не годится, а онъ долженъ быть еще дополненъ работой индивидуализаціи и конкретизаціи,—работой, которая должна быть произведена на мѣстѣ, у самаго индивидуума, а не вдали отъ него, по

общему шаблону. Продолжая то-же сравненіе изъ области промышленности, можно сказать, что, подобно тому какъ нельзя изготовить платья, которое приходилось-бы на всякаго, а надо бываетъ изготовленные по общему шаблону образцы еще примѣрять на даннаго человѣка и наиболѣе подходящій изъ нихъ подвергать еще нѣкоторымъ передѣлкамъ, чтобы окончательно пригнать его къ индивидууму, точно также и распознаваніе субъективныхъ правъ и обязанностей, чтобы результаты его были пригодны для отдѣльныхъ гражданъ, должно быть индивидуализировано въ такой мѣрѣ, чтобы какъ разъ подходить къ данному конкретному субъекту и къ его конкретному положенію. Такимъ образомъ, потребность въ полной индивидуализаціи и конкретизаціи субъективныхъ правъ и обязанностей ради ихъ практической пригодности является пренятетвіемъ къ шаблонному примѣненію выработанныхъ спеціалистами права образцовъ и требуетъ продолженія умышленныхъ усилій вплоть до каждаго индивидуума въ отдѣльности. Поэтому, мы должны предполагать, что процессъ распознаванія субъективныхъ правъ и обязанностей изъ объективныхъ нормъ, съ точки зрѣнія его распредѣленія въ общественной средѣ, долженъ имѣть слѣдующій видъ: долженъ существовать небольшой, сравнительно, кругъ настоящихъ спеціалистовъ права, способныхъ справиться со всѣми трудностями процесса распознаванія субъективныхъ правъ и обязанностей и оперирующихъ при этомъ, съ полнымъ знаніемъ и пониманіемъ дѣла, надъ первоисточникомъ, т. е. надъ непосредственнымъ содержаніемъ нормъ. Но за то этотъ небольшой кругъ спеціалистовъ не можетъ, уже въ силу своей малочисленности, доводить свою работу распознаванія до полной индивидуализаціи и конкретизаціи правъ и обязанностей, а долженъ ограничиться выводомъ ихъ въ абстрактной формѣ, заботясь только о томъ, чтобы эти абстрактные продукты поддавались и, притомъ возможно легкимъ путемъ, процессу дальнейшей ихъ конкретизаціи вплоть до каждаго отдѣльнаго субъекта.— Затѣмъ, между этими настоящими спеціалистами—правовѣдами и массой гражданъ долженъ стать относительно многочисленный (по сравненію съ числомъ настоящихъ правовѣдовъ) классъ юридическихъ совѣтниковъ разнаго достоинства, начиная отъ такихъ, которые по своимъ знаніямъ и способностямъ близки къ настоящимъ

правовѣдамъ, и кончая такими, которые очень мало смыслятъ въ правѣ, а, нерѣдко, будутъ и настоящими шарлатанами; эти юридическіе совѣтники уже не будутъ сами заниматься основной работой вывода субъективныхъ правъ и обязанностей изъ содержанія объективныхъ нормъ со всей той тщательностью и основательностью, какой требуетъ эта работа, а они будутъ пользоваться, обыкновенно безъ особой критики, работой, произведенной въ этомъ направленіи специалистами, и будутъ заняты только дальнѣйшей конкретизаціей добытыхъ этой работой результатовъ. Работа этихъ юридическихъ совѣтниковъ будетъ, обыкновенно, работой изъ вторыхъ рукъ, и, хотя они, конечно, постоянно будутъ имѣть въ рукахъ текстъ закона, но ихъ оперированіе надъ этимъ текстомъ будетъ лишено настоящей самостоятельности,—въ своихъ выводахъ они будутъ, болѣе или менѣе рабски, опираться на готовые образцы.

Наконецъ, и этотъ относительно-многочисленный классъ юридическихъ совѣтниковъ будетъ недостаточенъ, чтобы приходить на помощь каждому гражданину во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ для него рѣчь заходитъ о его правахъ или обязанностяхъ или о юридическихъ послѣдствіяхъ предпринимаемыхъ имъ дѣйствій. Юридическій совѣтъ, какого-бы качества онъ ни былъ, долженъ быть, обыкновенно, оплаченъ, поэтому даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ доступенъ, къ нему прибѣгаютъ только въ наиболѣе важныхъ случаяхъ жизни. Такимъ образомъ пользованіе юридическими совѣтами не всегда доступно и не всегда экономически выгодно для гражданъ, а потому остается еще очень обширное поле, гдѣ имъ приходится оперировать за свой рискъ и страхъ, дѣлая свои собственные выводы о своихъ правахъ и обязанностяхъ на основаніи свѣдѣній, дошедшихъ до нихъ изъ третьихъ и четвертыхъ рукъ, прибѣгая, можетъ быть, и къ тексту закона, но, въ сущности, не обладая достаточными ресурсами для его пониманія.

Таково, по нашему предположенію, должно быть распредѣленіе въ общественной средѣ процесса распознаванія права съ диффузіей его продуктовъ,—почти нечего и прибавлять, что таково оно и въ дѣйствительности. Въ теченіе времени оно, конечно, измѣняется: число лицъ, способныхъ къ разнымъ стадіямъ процесса распознаванія, все увеличивается, также какъ и качество ихъ работы

улучшается, даже самостоятельная работа гражданъ въ этомъ направленіи, по мѣрѣ поднятія общаго уровня ихъ развитія, становится правильнѣе,—но общая схема описанной распознавательной работы, общій ея планъ остается однимъ и тѣмъ-же: въ центрѣ—основное ядро специалистовъ и ихъ работа абстрактнаго вывода субъективныхъ правъ и обязанностей, работа, удовлетворяющая всѣмъ требованіямъ для ея правильности, но лишенная индивидуальности;—между этимъ ядромъ и периферіей—массой гражданъ—промежуточный и болѣе или менѣе многочисленный классъ юридическихъ совѣтниковъ разнаго достоинства, задача которыхъ сводится къ индивидуализаціи и конкретизаціи результатовъ работы ядра специалистовъ; и, наконецъ, самая масса гражданъ, которой также приходится заниматься той-же работой распознаванія своихъ правъ и обязанностей, пользуясь свѣдѣніями о нихъ изъ третьихъ рукъ и примѣняя эти свѣдѣнія къ своему положенію при помощи весьма несовершеннаго юридическаго процесса.

§ 11. Организація распознавательныхъ дѣйствій, объектомъ которыхъ служитъ содержаніе права, въ соотвѣтствующую имъ науку.

Процессъ распознаванія права, требующійся и совершающійся ради практическаго осуществленія права въ дѣйствительной жизни, если его разсматривать, какъ общественное явленіе, представляетъ еще одну особенность, которую намъ слѣдуетъ здѣсь отмѣтить.

Когда какія-либо дѣйствія, долженствующія совершаться въ общественной средѣ, по своей природѣ, представляются довольно сложными; когда совершеніе ихъ связано притомъ съ извѣстными трудностями, которыя надо всякій разъ преодолѣть; когда, наконецъ, такія дѣйствія должны совершаться весьма часто,—тогда отдѣльные, изолированные другъ отъ друга акты этихъ дѣйствій начинаютъ всегда мало по малу сливаться и смыкаться въ общественной средѣ въ цѣлую координированную дѣятельность въ данномъ направленіи,—вмѣсто отдѣльныхъ, не связанныхъ другъ съ другомъ дѣйствій мы получаемъ сложную дѣятельность, всѣ части которой тѣсно другъ съ другомъ связаны и тѣмъ превращены въ одно цѣлое. Въ

этомъ выражается начало *организациі* дѣйствій: организациа превращаетъ отдѣльныя дѣйствія въ цѣлую совокупную и непрерывную дѣятельность. Если-бы понадобилось иллюстрировать этотъ процессъ слиянія или организациі отдѣльныхъ дѣйствій въ цѣлыя дѣятельности примѣромъ изъ міра матеріальныхъ явленій, то можно было-бы указать, напр., на явленія транспорта или передвиженія въ общественной средѣ предметовъ и самихъ людей. Пока дѣйствія этого транспорта остаются сравнительно простыми, пока они не связаны съ большими трудностями (совершаются, напр., на небольшихъ разстояніяхъ), наконецъ, предпринимаются не особенно часто,—они совершаются въ формѣ отдѣльныхъ, изолированныхъ другъ отъ друга дѣйствій. Но по мѣрѣ того, какъ возрастаетъ сложность этихъ дѣйствій, трудности, связанные съ ихъ совершеніемъ, а, главное, частота ихъ совершенія, начинаетъ формироваться и организоваться транспортная дѣятельность, которая въ настоящее время, главнымъ образомъ, въ видѣ пароваго транспорта, охватила собою чуть не весь земной шаръ и включаетъ въ себя огромное большинство требующихся для человѣчества транспортныхъ дѣйствій.—Организациа въ общественной средѣ первоначально-отдѣльныхъ дѣйствій въ сложныя и координированныя дѣятельности есть всецѣло дѣло *цѣлесообразности*: если она и происходитъ, то только потому, что она *облегчаетъ* намъ совершеніе соотвѣтственныхъ отдѣльныхъ дѣйствій и дѣлаетъ ихъ *лучше* удовлетворяющими нашимъ потребностямъ. Оттого эта организациа всегда сопровождается устройствомъ различныхъ приспособленій и сооружений (напр., во взятомъ нами примѣрѣ пароваго транспорта,—устройство и укладка пути, постройка зданій, устройство сигнализациі и передачи свѣдѣній, организациа тяги и подвижнаго состава), которыя всѣ предназначены къ тому, чтобы облегчать и, въ то же время, дѣлать наиболѣе соотвѣтствующимъ своей цѣли каждое отдѣльное дѣйствіе. Если-бы мы захотѣли перевести этотъ фактъ на экономическій языкъ, то надо было-бы сказать, что организациа дѣйствій въ цѣлую сложную дѣятельность всегда сопровождается появленіемъ *постояннаго капитала* въ этой дѣятельности и непрерывнымъ его возрастаніемъ за счетъ *оборотнаго*. Ничто такъ рельефно не выражаетъ собою уже осуществившейся организациа какой-либо дѣятельности, какъ

тотъ постоянный капиталъ, который въ ней уже существуетъ и предназначенъ къ ея услугамъ.

Попробуемъ-же примѣнить эту приобретенную нами въ связи съ вышнимъ матеріальнымъ примѣромъ точку зрѣнія къ тѣмъ нематеріальнымъ дѣйствіямъ, которыя насъ здѣсь интересуютъ.

Уже à priori надо предполагать, что интеллектуальный процессъ распознаванія права, требующійся и совершающійся ради его практическаго осуществленія въ жизни, слѣдующаго общему социологическому закону, долженъ также трансформироваться изъ массы отдѣльныхъ, другъ отъ друга изолированныхъ, распознавательныхъ дѣйствій въ цѣльную организованную дѣятельность, такъ какъ всѣ условія, необходимо ведущія къ этому результату, здѣсь на лицо: дѣйствія, о которыхъ идетъ рѣчь, какъ мы видѣли, довольно сложны по своему составу, связаны съ весьма большими трудностями при ихъ совершеніи, наконецъ, требуются въ общественной средѣ весьма часто. И, дѣйствительно, уже на весьма раннихъ ступеняхъ общественнаго быта, въ однородной массѣ отдѣльныхъ распознавательныхъ дѣйствій этого рода, фиксировались точки и побѣжали линіи организаціи, уже очень рано стала выдѣляться изъ этой массы особая организованная дѣятельность, ставшая достояніемъ особаго класса лицъ—знатоковъ права (обыкновенно въ средѣ жреческаго сословія, въ Римѣ—понтифексы). Но насъ здѣсь интересуетъ процессъ организаціи въ этой области не во всѣхъ ея направленіяхъ, а только въ томъ, которое можно было-бы уподобить отложенію и накопленію основнаго капитала въ производствѣ. Мы выше сказали, что основной или постоянный капиталъ производства является наиболѣе яркимъ выраженіемъ уже осуществившейся организаціи въ сферѣ матеріальныхъ дѣйствій,—но не отлагается-ли подобный-же основной, но только *духовный* капиталъ также и въ сферѣ нематеріальныхъ дѣйствій, когда они подвергаются процессу организаціи? въ частности, не отлагается-ли подобный основной духовный капиталъ въ сферѣ дѣйствій познавательнаго порядка?

Распознавательныя дѣйствія того порядка, о которыхъ мы говоримъ въ настоящемъ изслѣдованіи, не суть единственные совершаемые человѣкомъ,—наоборотъ, они составляютъ только незначительную часть того грандіознаго распознавательнаго процесса, кото-

рый совершается человѣчествомъ. Во всѣхъ областяхъ познания распознавательная дѣятельность человѣческаго ума уже далеко ушла отъ того состоянія, когда она вся состоитъ изъ отдѣльныхъ изолированныхъ актовъ познания, и уже давно превратилась въ организованную дѣятельность, — но если такъ, то не отложилося-ли и не продолжаетъ-ли отлагаться, въ результатъ этой дѣятельности, нѣчто такое, что можно было-бы уподобить основному капиталу всякаго производства? Да, отложилося и продолжаетъ отлагаться, это — *наука*. Наука появляется, какъ результатъ организующей дѣятельности человѣческаго ума, и она служитъ тѣмъ основнымъ духовнымъ капиталомъ, на который опирается всякая наша дальнѣйшая распознавательная дѣятельность. Наука для того и существуетъ, чтобы облегчать и дѣлать наиболѣе цѣлесообразными тѣ распознавательныя дѣйствія, которыя намъ требуются въ жизни. Наука — есть продуктъ организациі знаній и, вмѣстѣ съ тѣмъ, лучшее выраженіе этой организациі. Наука — есть не что иное, какъ организованное знаніе.

Однако давая такое опредѣленіе науки, мы нѣсколько отступаемъ отъ общепринятыхъ на нее взглядовъ. Въ самомъ дѣлѣ, общепринятый взглядъ на науку, несомнѣнно, вносить въ свое представленіе о ней предположеніе уже извѣстной степени ея совершенства и развитія. Именно такое предположеніе лежитъ, напр., въ основѣ споровъ о томъ, можно-ли считать социологію наукой, или нѣтъ. — Затѣмъ, данное выше опредѣленіе науки игнорируетъ и различіе въ объектахъ познания: согласно этому опредѣленію, всякій объектъ познания способенъ дать мѣсто наукѣ о немъ, разъ относящіяся къ нему акты познания начинаютъ получать организованный видъ. Между тѣмъ, въ основѣ общепринятаго воззрѣнія tacite лежитъ предположеніе о томъ, что не всякій объектъ способенъ дать мѣсто особой о немъ наукѣ. На такомъ воззрѣніи покоится, напр., сведеніе всѣхъ нашихъ знаній только въ небольшое число наукъ, благодаря чему мы говоримъ, что, напр., физика, дѣйствительно, есть *наука*, а ученіе объ электричествѣ, или теплотѣ, или свѣтѣ суть только *части* этой науки. — Независимо данное выше опредѣленіе и еще отъ одного предположенія или различія, а именно отъ того различія, которое было установлено *Огюстомъ Контomъ* между наукой и искусствомъ и которое онъ схематизировалъ извѣстной формулой:

savoir pour prévoir, prévoir pour faire. Конечно, всё предложенія со сказуемымъ, выражающимъ *долженствованіе*, служащія указаніемъ для нашей практической дѣятельности, не могутъ быть включены въ сферу науки, а только въ сферу искусства, но тѣ совокупности знаній, которыя служатъ основой для положеній искусства и которыя около нихъ группируются,—тѣ совокупности знаній, которыя часто именуются *прикладными* науками, также точно подойдутъ подъ наше опредѣленіе, такъ какъ и онѣ представляютъ собою *организованное* знаніе.

Впрочемъ, мы не хотѣли-бы отрицать всякое значеніе за указанными различіями и предположеніями, обыкновенно приурочиваемыми къ термину *наука*,—всѣ они имѣютъ большое значеніе, но всѣ они выражаютъ собою лишь ступени въ эволюціи процесса организациі знанія, а потому и должны быть отброшены, когда надо охватить всѣ ступени и направленія этой эволюціи. А именно на такой точкѣ зрѣнія мы и стоимъ въ настоящую минуту: намъ важно отмѣтить самый процессъ организациі знаній, а не его различія по степенямъ развитія и направленіямъ. Намъ интересуется здѣсь только *организациія* знаній,—переходъ отъ отдѣльныхъ познавательныхъ актовъ къ связной познавательной дѣятельности—и мы не видимъ препятствій къ тому, чтобы, съ этой точки зрѣнія, *всякое* организованное знаніе причислить къ типу науки,—мы говоримъ: всякое организованное знаніе есть уже наука.

Но если мы, такимъ образомъ, приурочиваемъ понятіе науки и научнаго процесса къ понятію *организациі* знаній,—то не лишне будетъ здѣсь—конечно, самымъ краткимъ образомъ—указать, въ чемъ состоитъ организациія знаній.

Организациія всякаго знанія совершается человѣческимъ умомъ при помощи *двухъ* основныхъ приѣмовъ: *анализа* и *синтеза*. Имѣя передъ собою объектъ для познания,—объектъ обыкновенно сложный,—человѣческій умъ прежде всего стремится различить въ немъ болѣе простыя части; въ этихъ простыхъ частяхъ онъ стремится затѣмъ различить еще болѣе простыя, пока не дойдетъ до столь простыхъ элементовъ, что они, по крайней мѣрѣ, въ данное время и при данныхъ средствахъ, не поддаются уже никакому дальнѣйшему (даже умственному) разложенію. Тогда процессъ

анализа или разложенія (по крайней мѣрѣ, на время) конченъ, — вмѣсто сложнаго предмета, или даже сложнаго комплекса предметовъ получились ихъ элементарныя части, или неразложимые уже, при данныхъ средствахъ анализа, элементы.

Но какую-же выгоду для власти человѣческаго ума надъ его знаніями даетъ ему этотъ процессъ разложенія или анализа? Казалось-бы, никакой. Получить вмѣсто одного цѣльнаго предмета или представленія о немъ двѣ его половинки, разложить эти половинки на четверти и т. д., пока процессъ разложенія окажется уже невозможнымъ, — казалось-бы, что это значить лишь загромоздить умъ невѣроятной массой отдѣльныхъ разрозненныхъ частей, съ которыми ему гораздо труднѣе будетъ справиться, чѣмъ съ цѣльными представленіями о предметахъ.

Да, это, дѣйствительно, было-бы такъ, если-бы міръ не оказывался состоящимъ изъ безчисленнаго количества комбинацій сравнительно немногихъ элементовъ. Подобно тому какъ слова каждаго языка и даже всѣхъ языковъ составляютъ только разнообразныя комбинаціи какихъ-нибудь 30—40 гласныхъ и согласныхъ звуковъ; подобно тому какъ весь необъятный міръ физическихъ предметовъ — на землѣ и на небѣ — оказывается состоящимъ только изъ какихъ-нибудь 60—70 химическихъ элементовъ, — такъ и всѣ объекты нашего изученія, при ихъ разложеніи на части, когда этотъ процессъ проведенъ достаточно далеко, оказываются лишь различными комбинаціями сравнительно немногихъ элементовъ. — Такимъ образомъ, пока мы еще не приступаемъ къ анализу, въ нашемъ умѣ содержится множество отдѣльныхъ цѣльныхъ представленій, соответствующихъ отдѣльнымъ предметамъ или явленіямъ того комплекса, который подлежитъ нашему изученію, — и власть нашего ума надъ этимъ матеріаломъ — весьма ограничена: всякое представленіе, всякій предметъ стоитъ особнякомъ, ни въ чемъ не похожій на другіе предметы. Но вотъ мы приступаемъ къ анализу, — уже при первыхъ шагахъ его оказывается, что полученные путемъ его части предметовъ между собою кое-гдѣ *совпадаютъ*, облегчая тѣмъ нашу задачу пріобрѣтенія умственнаго господства надъ предметами. Чѣмъ дальше и глубже ведемъ мы этотъ анализъ, тѣмъ чаще получаются указанные совпаденія, — наконецъ, при достаточной глубинѣ ана-

лиза—предъ нами, въ полной очевидности и наглядности, представляеть тотъ фактъ, что тысячи разнообразнѣйшихъ предметовъ суть только различныя комбинаціи немногихъ простыхъ элементовъ.

Такимъ образомъ, анализъ не ухудшаетъ, а улучшаетъ наше умственное состояніе: напр., тысячу отдѣльныхъ, ничѣмъ другъ съ другомъ не связанныхъ цѣльныхъ представленій о предметахъ, онъ замѣняетъ, положимъ, представленіемъ о *десяти* простыхъ элементахъ и о тѣхъ ихъ комбинаціяхъ, которыя образуютъ изъ этихъ 10 элементовъ тысячу разныхъ предметовъ. Такое достиженіе путемъ анализа болѣе выгоднаго для насъ умственного состоянія находится, конечно, въ полной зависимости отъ реального устройства міра. Если-бы устройство міра было иное, еслибы онъ не представлялъ въ своихъ отдѣльныхъ предметахъ только разнообразнѣйшихъ комбинацій сравнительно немногихъ элементовъ,—если бы при разложеніи предметовъ на части, эти части оказывались столь-же несходными между собою, какъ и самые предметы, то процессъ анализа не давалъ-бы нашему уму никакихъ выгодъ, наоборотъ, онъ только загромаждалъ-бы его увеличенной массой несходныхъ представленій,—и тогда выгоднѣе было-бы умственно оперировать надъ цѣльными представленіями объ отдѣльныхъ предметахъ, не прибѣгая ни къ какому анализу. Мы видимъ здѣсь, слѣдовательно, удивительное соотвѣтствіе между устройствомъ міра и методомъ мышленія,—соотвѣтствіе, которое могло получиться только путемъ приспособленія послѣдняго къ первому.

Однако, послѣ того какъ анализъ проведенъ до его крайнихъ возможныхъ, при данныхъ условіяхъ, предѣловъ; послѣ того, какъ получены простѣйшіе элементы и прочно установленъ фактъ, что всѣ изучаемые объекты представляютъ собою только различныя комбинаціи простыхъ элементовъ,—этимъ, конечно, достигнуто весьма серьезное улучшение въ нашемъ умственномъ состояніи, но оно все еще оказывается не тѣмъ, какимъ могъ-бы вполне довольствоваться человѣческій умъ. Если-бы задачи человѣческаго ума были исключительно теоретическими, то его дальнѣйшая работа, послѣ того какъ «загадка» явленій разгадана, послѣ того какъ оказалось, что міръ устроенъ такъ, сравнительно, просто и что все его разнообразіе сводится только къ разнообразію комбинацій однихъ и тѣхъ-же

элементовъ,—эта работа могла-бы показаться неинтересной и даже бесполезной,—но задачи человѣческаго ума, на самомъ дѣлѣ, глубоко практическія, онъ есть слуга жизни и можетъ претендовать на отдыхъ, только закончивши всю ту работу, какая требуется его господину. А между тѣмъ жизнь ни въ коемъ случаѣ не можетъ довольствоваться однимъ только познаніемъ элементовъ и отвлеченнымъ сознаніемъ того, что различными комбинаціями этихъ элементовъ образованы всѣ вещи; жизни приходится имѣть дѣло все-таки съ самими вещами во всей ихъ цѣльности и конкретности, а потому она требуетъ непременно возврата отъ элементовъ къ самимъ вещамъ. Слѣдовательно, уму послѣ анализа надо совершить *обратный* путь, и этотъ обратный путь именуется *синтезомъ*. Разложивши зданіе на отдѣльные кирпичи, надо затѣмъ снова сложить эти кирпичи въ зданіе; разложивши умственно міръ вещей на составляющіе его элементы, надо снова умственно возсоздать его изъ элементовъ.

Какимъ-же образомъ сдѣлать это съ наибольшей пользой для нашего умственного господства надъ вещами? Возвращаться къ вещамъ такъ, какъ онѣ есть, это значило-бы обрекать себя на невыполнимую работу, ибо вещей безчисленное множество; да кромѣ того, возсозданіе изъ элементовъ только нѣкоторыхъ вещей давало-бы уму власть только надъ этими возсозданными имъ вещами, оставляя его безсильнымъ по отношенію ко всѣмъ другимъ вещамъ. Словомъ, возвращеніе отъ элементовъ прямо и непосредственно къ вещамъ само по себѣ неспособно дать человѣческому уму прочнаго господства надъ всѣми вещами, потому что такое возвращеніе, даже если-бы оно непрерывно продолжалось въ теченіе цѣлой человѣческой жизни, все таки захватило-бы только небольшую часть вещей, оставивши бѣольшую ихъ часть внѣ власти ума.

Что-же, въ такомъ случаѣ, дѣлать? Надо создать *схему* или *систему* вещей, и притомъ такъ, чтобы въ промежутки или петли этой схемы укладывались всѣ существующія вещи. Владѣя такой схемой и, такъ сказать, прикидывая на нее дѣйствительныя вещи, умъ человѣческій овладѣваетъ послѣдними, но мѣрѣ того какъ въ этомъ ему встрѣчается надобность. Прикинуть дѣйствительный предметъ на умственную схему и опредѣлить между какими предѣлами

величины и разницы онъ лежитъ, гораздо легче, чѣмъ всякій разъ восходить отъ элементовъ къ отдѣльнымъ вещамъ. Схема или система, такъ сказать, берегаетъ или капитализируетъ для насъ уже потраченный умственный трудъ восхожденій отъ элементовъ къ вещамъ и приводитъ его въ такую форму, въ которой онъ всегда готовъ къ употребленію.

Итакъ, совершивши анализъ, человѣческій умъ долженъ направить свою синтезирующую работу не на возвращеніе къ вещамъ, какъ онѣ есть, а на созданіе себѣ схемы или системы вещей, которая охватила-бы ихъ отъ одного конца до другого и на промежутки которой падали-бы всѣ существующія вещи. Только такая схема или система и можетъ послужить для ума надежнымъ орудіемъ власти надъ міромъ дѣйствительности,—безъ него умъ можетъ только рабски слѣдовать за вещами, а не творчески надъ ними возвышаться и интеллектуально господствовать.

Къ построенію такой схемы или системы и стремится каждая наука въ сферѣ изучаемыхъ ею явленій, а самое построеніе такой схемы или системы совершается путемъ синтеза.

Но при этомъ надо отмѣтить еще одно существенное обстоятельство. Тѣ дѣйствительныя комбинаціи, въ которыхъ составлены изъ элементовъ дѣйствительныя вещи и дѣйствительныя явленія, хотя и безконечно многочисленны и чрезвычайно разнообразны, но все-же онѣ рѣдко удовлетворяютъ тѣмъ требованіямъ, какія предъявляетъ умъ къ фигурѣ, которая должна сдѣлаться членомъ требующейся ему схемы или системы вещей. Правда, въ иныхъ случаяхъ и конкретная, дѣйствительно существующая фигура оказывается настолько типичной, что ее прямо вставляютъ (конечно, умственно) членомъ системы, но такъ бываетъ рѣдко: для заполнения системы фигурами эти послѣднія приходится возсоздавать творчески, независимо отъ дѣйствительныхъ сочетаній, руководствуясь только требованіями самого ума. Поэтому можно сказать, что синтезъ, примѣняемый умомъ вслѣдъ за анализомъ, не ведетъ непосредственно къ тому, съ чего было начато—къ дѣйствительнымъ вещамъ и явленіямъ, а ведетъ въ особый идеальный міръ,—въ міръ, творчески составленный изъ идеальныхъ фигуръ, въ міръ чистой теоріи, хотя и не въ міръ произвола или прихоти. Этотъ идеаль-

ный міръ творчески воссозданъ изъ тѣхъ-же самыхъ элементовъ, изъ которыхъ составлены и дѣйствительныя вещи и явленія, но онъ воссозданъ свободно, ради потребностей ума. Этотъ идеальный міръ предназначенъ для покоренія подъ власть ума міра дѣйствительнаго, поэтому, являясь орудіемъ ума и подчиняясь прежде всего его требованіямъ, онъ долженъ находиться въ извѣстномъ правильномъ соотношеніи съ міромъ дѣйствительнымъ.

Создавши себѣ такой идеальный міръ, заполненный теоретическими фигурами, человѣческій умъ возвращается съ нимъ къ дѣйствительности и оказывается умственнымъ владыкой этой послѣдней. Этотъ обходной путь черезъ теорію и черезъ умственное творчество ведетъ гораздо лучше къ цѣли, т. е. къ умственному покоренію дѣйствительности, чѣмъ непосредственное возвращеніе отъ элементовъ къ самимъ вещамъ,—и на этомъ-то именно пути и совершается *организация* прибрѣтенныхъ знаній. Синтезъ, и притомъ какъ приемъ созиданія идеальныхъ фигуръ, образующихъ собою цѣлую схему или систему, а вовсе не какъ приемъ простаго возвращенія отъ элементовъ къ самимъ вещамъ,—синтезъ и есть способъ *организации* знаній. Само знаніе есть не что иное, какъ различеніе (анализъ), и такого знанія можно накопить очень много и совершенно бесполезно, если къ нему не будетъ приложенъ потомъ творческій актъ синтеза. Для синтеза накопленныя умомъ знанія составляютъ пластическій матеріалъ, изъ котораго онъ вылѣпливаетъ свои творческія фигуры, долженствующія ориентировать человѣка въ мірѣ дѣйствительныхъ вещей.

Анализъ и синтезъ совершаются въ области всякой науки одновременно, но съ поперебѣннымъ преобладаніемъ то того, то другого: волна анализа смѣняется волной синтеза, и наоборотъ. Одни разрозненныя знанія никогда не удовлетворяютъ человѣческаго ума,—даже когда его анализъ захватилъ еще очень неглубоко, онъ уже дѣлаетъ попытки синтеза, потому что безъ этого послѣдняго, безъ превращенія пластическаго матеріала въ живыя фигуры, этотъ матеріалъ не держится въ умѣ, онъ рассыпается и исчезаетъ. Но какъ только построены первыя грубыя фигуры, какъ только организованъ уже накопившійся матеріалъ знанія,—анализъ вновь начинаетъ свою работу, врѣзывается глубже въ тѣло вещей и явленій, разлагаетъ

ихъ на болѣе элементарныя части, а, соотвѣтственно этому, построенныя раньше синтетическія фигуры оказываются уже неудовлетворительными, ихъ приходится сдать въ архивъ, замѣнивъ ихъ другими, соотвѣтствующими измѣнившемуся положенію и охватывающими вновь накопленныя знанія. Такъ и идетъ, никогда не прекращаясь, этотъ процессъ накопленія знанія и его организаціи съ поперебмѣннымъ преобладаніемъ то того, то другого, смѣняющимися волнами анализа и синтеза.

Вотъ этотъ типическій организующій процессъ, вполне одинаковый во всѣхъ областяхъ знанія, совершается уже цѣлыя тысячелѣтія и въ сферѣ тѣхъ распознавательныхъ дѣйствій, о которыхъ идетъ рѣчь въ настоящемъ изслѣдованіи,—результатомъ этого процесса и является тотъ комплексъ организованнаго знанія, который именуется юриспруденціей, понимая подъ послѣдней исключительно *догматическую* юриспруденцію. Мы не имѣемъ здѣсь возможности подтвердить это положеніе съ исторической стороны, т. е. показать, какъ совершался этотъ процессъ въ теченіе исторіи, но обрисовать въ нѣсколькихъ словахъ нынѣшнее положеніе юридическаго знанія съ этой стороны—считаемъ умѣстнымъ.

Каждое распознавательное дѣйствіе того рода, какія мы здѣсь описывали, представляетъ собою операцію *аналитическую*, операцію различенія. Мы уже знаемъ, до какихъ простѣйшихъ *элементовъ* доводить здѣсь анализъ; элементы эти—*объективные*: лицо, дѣйствіе и волеизъявленіе, и *субъективные*: право (субъективное), обязанность и власть. Очевидно, что съ этихъ простѣйшихъ элементовъ и долженъ начать свою творческую работу *синтезъ*,—но съ какихъ: объективныхъ, или субъективныхъ? Объективные элементы—суть элементы основныя, первоначально получающіеся при анализѣ нормъ, наоборотъ, элементы субъективные—суть элементы производныя, вторичныя, получающіеся, какъ результатъ нѣкотораго преобразованія объективныхъ элементовъ, предпринимаемаго ради удобства усвоенія права гражданами. И вотъ—нигдѣ, можетъ быть, такъ ярко и рѣзко не сказывается *служебный, прикладной* характеръ догматической юриспруденціи, какъ именно здѣсь, въ самомъ началѣ и въ самой основѣ совершаемаго ею синтеза. Догматическая юриспруденція преслѣдуетъ исключительно цѣли практическія, никакими

теоретическими вопросами о правѣ, какъ о живомъ явленіи, она не задается, она есть только *ancilla* практическаго примѣненія права въ жизни. Поэтому, уже въ самую основу своего научнаго синтеза она кладетъ элементы служебные, вторичные, уже сами по себѣ приноровленные къ цѣлямъ практическаго примѣненія права, т. е. элементы субъективные: право, обязанность, власть.

Итакъ, догматическій синтезъ начинаетъ свою работу съ субъективныхъ элементовъ права. Первымъ продуктомъ его организующей, связывающей работы—является понятіе *юридическаго отношенія* (*Rechtsverhältniss*), въ которомъ мы всегда различаемъ *субъекта*, *объектъ* и юридическую между ними связь, въ формѣ права, обязанности или власти. Вотъ этотъ первый результатъ синтеза, эту первую простѣйшую фигуру, полученную посредствомъ соединенія элементовъ,—кладутъ затѣмъ въ основу дальнѣйшей синтетической работы. Эта дальнѣйшая работа—по крайней мѣрѣ, въ области частнаго или гражданскаго права, безспорно являющагося самой крѣпкой цитаделью, такъ называемаго, догматизма въ юриспруденціи,—состоитъ въ слѣдующемъ.—Право приурочиваетъ свои предписанія къ извѣстнымъ фактическимъ условіямъ и измѣняетъ ихъ при измѣненіи этихъ фактическихъ условій, слѣдовательно, тотъ матеріалъ, который подлежитъ догматическому синтезу, заключаетъ въ себѣ извѣстное внутреннее движеніе; это—матеріалъ динамическій, а не статическій. А если такъ, то и догматическій синтезъ долженъ включить въ себя это движеніе, возводимыя имъ синтетическія построенія должны также оказаться проникнутыми движеніемъ, динамическими. Но что-же будетъ *двигаться* въ этихъ синтетическихъ построеніяхъ? Можно это движеніе оставить тамъ, гдѣ оно на самомъ дѣлѣ происходитъ, т. е. въ тѣхъ фактахъ, которые регулируются общественной волей, и въ этой самой волѣ, которая измѣняетъ свои предписанія при измѣненіи фактовъ—тогда понятіе юридическаго отношенія останется *статическимъ*, тогда, при измѣненіи фактовъ и воли, одни юридическія отношенія будутъ замѣщаться другими, играя вполнѣ подчиненную роль во всемъ построеніи; но можно поступить и совершенно иначе: происходящее въ подлежащемъ догматическому синтезу матеріалѣ движеніе можно перенести на понятіе юридическаго отношенія, можно послѣднее изъ

статическаго сдѣлать *динамическимъ* и превратить его, такимъ образомъ, въ *центр* и *основу* всего догматическаго синтеза. Вотъ къ этому послѣднему приему именно и прибѣгаютъ, совершая догматическій синтезъ, въ гражданскомъ правѣ: здѣсь разсматриваютъ юридическое отношеніе, какъ нѣчто *возникающее*, проходящее черезъ извѣстныя стадіи *развитія* и *измѣненія* и, наконецъ, *прекращающееся*; въ эту схему жизни юридическаго отношенія вводятъ даже понятіе объ его *охранѣ*, увеличивая, такимъ образомъ, объемъ этого понятія и вмѣщая въ него самый разнообразный юридическій матеріалъ.

Указанный шагъ въ синтетической работѣ, совершаемой догматической юриспруденціей, а именно превращеніе понятія юридическаго отношенія изъ *статическаго* въ *динамическое*, надо отмѣтить, какъ шагъ очень важный и рѣшительный. Несомнѣнно, что самъ по себѣ онъ для синтеза вовсе не обязателенъ,—его можно было-бы и не дѣлать, можно было бы оставаться при одномъ статическомъ понятіи объ юридическомъ отношеніи. Вѣдь, само собою очевидно, что юридическое отношеніе не есть реальная величина и потому сама по себѣ не можетъ и претерпѣвать никакихъ измѣненій. Реальны и претерпѣваютъ измѣненія, съ одной стороны, фактическія обстоятельства, а, съ другой стороны, предписанія права, приуроченныя къ этимъ фактическимъ обстоятельствамъ. Слѣдовательно, приемъ отнесенія къ юридическому отношенію измѣненій, происходящихъ въ предписаніяхъ права, когда измѣняются фактическія обстоятельства, есть приемъ *искусственный*, къ которому слѣдуетъ прибѣгать, или не прибѣгать, смотря по тому, даетъ-ли онъ нашему уму желаемыя выгоды и желаемое господство надъ изучаемымъ матеріаломъ, или не даетъ. Въ частномъ или гражданскомъ правѣ къ этому приему прибѣгаютъ и онъ здѣсь сдѣлался настолько привычнымъ, что, съ одной стороны, утратилось даже сознаніе объ его искусственномъ характерѣ, а, съ другой стороны, въ немъ стали видѣть самую сущность догматическаго изученія права. Пока мы оставимъ его въ сторонѣ и пойдемъ дальше вслѣдъ за той синтетической работой, которая совершается въ догматической юриспруденціи.

Понятіе юридическаго отношенія полагается въ основу дальнейшихъ, болѣе сложныхъ конструкцій или построеній различнаго

порядка; впрочемъ, юридическая терминологія не апперцепируетъ различныхъ степеней сложности и объема получающихся такимъ образомъ построений, и мы здѣсь имѣемъ только терминъ: *институтъ*, который безразлично прилагается ко всякаго рода построениямъ, болѣе сложнымъ, чѣмъ простое юридическое отношеніе. Поэтому слѣдуетъ сказать, что синтезомъ юридическихъ отношеній слагаются юридическіе *институты* разнаго порядка. Далѣе, изъ институтовъ слагаются крупныя отдѣлы или части данной отрасли права, и, наконецъ, всѣ они вмѣстѣ образуютъ цѣлую *систему* права; созданіемъ догматической системы права завершается организующая работа юридического синтеза, ибо далѣе ему идти уже некуда.

Само собою разумѣется, что созданная синтезомъ система права отнюдь не тождественна съ тѣмъ правомъ, какое непосредственно исходитъ отъ законодателя. Система заключаетъ въ себѣ, если она хорошо построена, *все* внутреннее содержаніе положительнаго права, но это содержаніе сплочено здѣсь въ совершенно особая фигуры, приспособленныя и удовлетворяющія требованіямъ ума, требованіямъ его господства надъ содержаніемъ права. Въ томъ видѣ, въ какомъ это содержаніе дано въ самомъ положительномъ правѣ, оно обременяетъ и загромождаетъ умъ, плохо поддается его господству, и для того, чтобы подчинить себѣ это содержаніе, умъ сперва, по превосходному сравненію *Леринга*, приводитъ его «in's Fluss», въ расплавленное состояніе ¹⁾, чтобы затѣмъ путемъ синтеза вылить изъ этой расплавленной массы такія творческія фигуры, въ которыя это содержаніе все цѣликомъ вмѣстилось-бы и гдѣ оно, подчиненное требованіямъ ума, всегда готово было-бы къ его услугамъ.—Къ этому слѣдуетъ добавить, что въ догматическую систему вмѣщается содержаніе права не такъ, какъ оно дано само по себѣ—въ текстѣ закона, а такъ, какъ оно раскрывается при практическомъ примѣненіи текста закона къ жизни. Всѣ результаты той аналитической работы, какая производится умомъ по поводу каждаго отдѣльнаго случая примѣненія права къ жизни, берегаются и вмѣщаются въ догматическую систему права, какъ въ нѣкоторую сокровищницу, сохраняющую въ себѣ

¹⁾ „Geist d. röm. Rechts“, Th. II, Abth. 2, 1869, S. 344.

для насъ плоды нашихъ прежнихъ усилій. При примѣненіи права къ жизни намъ приходится нерѣдко *уяснять* себѣ смыслъ закона путемъ его толкованія—результаты этого уясненія переносятся въ систему; при примѣненіи права по аналогіи, намъ приходится восходить къ принципамъ, отыскивать руководящія идеи права—эти принципы и идеи также переносятся въ догматическую систему права; благодаря утилизаціи этихъ принциповъ и общихъ идей въ системѣ, она бываетъ свободна отъ тѣхъ *пробѣловъ*, какіе сплошь и рядомъ встрѣчаются въ положительномъ правѣ; наконецъ, при примѣненіи права, намъ приходится строго отдѣлять право дѣйствующее отъ недѣйствующаго, а также право подчиненно-дѣйствующее отъ права самостоятельно-дѣйствующаго—результаты этой работы также вносятся въ догматическую систему. Такимъ образомъ, догматическая система капитализируетъ и вмѣщаетъ въ себѣ всѣ результаты той умственной работы, какую намъ приходится производить при практическомъ примѣненіи права къ жизни, она даетъ намъ возможность не продѣлывать множество разъ и напрасно того, что уже разъ было сдѣлано и, такимъ образомъ, облегчаетъ намъ всякое послѣдующее примѣненіе и распознаваніе права. Догматическая система въ юриспруденціи, также какъ и всякая другая научная система, служитъ для насъ настоящимъ духовнымъ капиталомъ, который выгодно отличается отъ матеріальнаго капитала только тѣмъ, что, при употребленіи его въ дѣло, онъ не только не тратится, но даже постоянно возрастаетъ. Владѣя такой системой, мы какъ-бы владѣемъ могучимъ орудіемъ, тысячекратно облегчающимъ и сокращающимъ для насъ ту умственную работу, какая требуется для пракческаго примѣненія права къ жизни. Съ этой стороны надо питать высокое уваженіе и быть благодарнымъ тѣмъ, которые создали догматическую систему,—но въ то-же время надо *быть всегда* готовыми и къ продолженію ихъ работы. Уваженіе не должно переходить въ преклоненіе, а предметъ этого уваженія не надо возводить въ нѣчто абсолютное и неизмѣнное. Всякая догматическая система есть нѣчто безусловно относительное и можетъ подвергнуться не только частичнымъ, но и кореннымъ измѣненіямъ. Мы говоримъ это потому, что эта истина, повидимому, забывается по отношенію къ той системѣ права, которая выработана въ сферѣ частнаго или граж-

данскаго права. Эта система—пандектная—не только господствуетъ въ сферѣ частнаго права, но нерѣдко провозглашается образцомъ и для другихъ областей права,—въ другихъ областяхъ права нерѣдко раздаются голоса за то, чтобы тотъ пріемъ догматизаціи, какимъ пользуется частное право, перенести и въ другія области права. Правильно-ли это? Мы думаемъ, что нѣтъ. Мы не думаемъ, чтобы можно было поручиться даже за то, что сама пандектная система въ области гражданскаго права останется навѣки неизмѣнной. И говоря это, мы разумѣмъ не только возможность въ ней частичныхъ измѣненій ¹⁾, но и возможность кореннаго измѣненія самаго того *пріема догматизаціи*, какой положенъ въ основу этой системы. Впрочемъ, говоря о возможности здѣсь коренной реформы, мы отнюдь не хотимъ ставить ее на очередь или, вообще, *посягать* на нынѣшнюю систему гражданскаго права. Нѣтъ, эта система хорошо удовлетворяетъ нашимъ нынѣшнимъ потребностямъ и просуществуетъ, вѣроятно, еще долго неприкосновенной, потому что она соотвѣтствуетъ внутреннимъ особенностямъ нынѣшняго гражданскаго права, но за то мы рѣшительно возстаемъ противъ возведенія того типа догматизаціи, какой господствуетъ въ гражданскомъ правѣ, въ *образецъ* для всѣхъ другихъ областей права. Какъ извѣстно, нѣтъ даже недостатка въ попыткахъ перестраивать синтетическія системы въ другихъ областяхъ права по образцу системы гражданскаго права. Вотъ эти попытки заслуживаютъ уже, по нашему мнѣнію, рѣшительнаго осужденія,—и на одной такой попыткѣ, чрезвычайно характерной и очень поучительной по своимъ результатамъ, мы позволимъ себѣ здѣсь вкратцѣ остановиться.

Эта попытка была сдѣлана въ области гражданскаго процесса извѣстнымъ нѣмецкимъ ученымъ *Оскарѣмъ Бюловомъ*. Въ 1868 г., въ Гиссенѣ появилось его сочиненіе подъ заглавіемъ: «Die Lehre

¹⁾ Нѣкоторыя изъ такихъ измѣненій или поправокъ въ пандектной системѣ настоятельно требуются уже теперь; для примѣра можно указать на авторское и другія исключительныя права, которые не находятъ себѣ хорошаго и всеми одобряемаго мѣста въ нынѣшней системѣ гражданскаго права. См. критику пандектной системы и проектъ ея реформы въ статьѣ проф. *Шершеневича* „Къ вопросу о системѣ гражданскаго права“ въ „Юрид. Лѣт.“, 1892 г., № 8—9, стр. 85—96.

von den Processenreden und die Processvoraussetzungen». Въ этомъ сочиненіи онъ высказываетъ крайнее недовольство тѣмъ состояніемъ науки гражданского процесса, въ которомъ она тогда находилась, провозглашаетъ ее *отсталой* по сравненію съ другими юридическими дисциплинами ¹⁾, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, выражаетъ увѣренность, что дѣло вполне поправимо, что и гражданскій процессъ, какъ наука, можетъ еще наверстать потерянное и подняться до той же высоты, на которой стоятъ другія юридическія науки. Но какъ-же этого добиться? что для этого требуется? «Vor allem bedarf es hierzu, говорить *Бюловъ, des Muthes einer freieren dogmatischen Forschung* ²⁾. Самъ Бюловъ и сдѣлалъ первую попытку этой болѣе смѣлой догматизаціи въ области гражданского процесса,—попытку, нашедшую себѣ многочисленныхъ послѣдователей въ Германіи и встрѣтившую откликъ и у насъ, въ Россіи. При этомъ Бюловъ былъ настолько убѣжденъ въ успѣхѣ своей попытки, что заранѣе выражалъ увѣренность въ томъ, что начатая имъ реформа захватитъ собою не только гражданскій, но и уголовный процессъ ³⁾. Однако уголовного процесса эта попытка не затронула, въ гражданскомъ-же породила цѣлое научное направленіе, весьма поучительное съ своей отрицательной стороны ⁴⁾.

Основная мысль Бюлова ⁵⁾, которую онъ провозгласилъ, какъ научное открытіе огромной важности ⁶⁾, и которая такъ и была при-

¹⁾ „Die Civilprocesswissenschaft hat noch einen weiten Weg zurückzulegen, um den Fortschritten, die man auf den meisten andern Rechtsgebieten gemacht hat, nachzukommen“. *Bülow*, op. cit., Vorrede, S. V.

²⁾ *Bülow*, op. cit., Vorrede, S. V.

³⁾ *Bülow*, *ibid.*, Vorrede, S. VI in fine.

⁴⁾ На русскомъ языкѣ весьма полный обзоръ этого направленія данъ въ книгѣ проф. *Е. А. Нефедьева* „Къ ученію о сущности гражданского процесса“, Казань, 1891. Для нижеслѣдующаго изложенія сочиненіе проф. Нефедьева служило намъ хорошимъ пособіемъ.

⁵⁾ „Es ist noch nie in Zweifel gezogen worden, dass das Civilprocessrecht die Befugnisse und Pflichten bestimmt, welche den Parteien und dem Gericht in ihrem Verhältniss zu einander zukommen. Hiermit ist aber auch gesagt, dass der Process ein Verhältniss gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung, d. h. ein *Rechtsverhältniss* ist“—*Bülow*, op. cit., S. 1.

⁶⁾ „Diese schlichte, immerhin aber für die Wissenschaft *recht bedeutsame Wahrheit* ist bisher nicht gebührend gewürdigt, ja wohl kaum klar begriffen

нята его послѣдователями ¹⁾, сама по себѣ есть не болѣе, какъ тризмъ. Въ самомъ дѣлѣ, онъ провозгласилъ гражданскій процессъ *юридическимъ отношеніемъ*,—но развѣ это кому-нибудь не было извѣстно до того, развѣ кто-нибудь въ этомъ когда-либо сомнѣвался ²⁾? Единственно, что можно было-бы сказать по поводу открытія Бюлова, это то, что оно было сформулировано имъ не совсѣмъ точно: нельзя сказать, что процессъ *есть* юридическое отношеніе, надо было сказать, что процессъ *основываетъ* или *порождаетъ* юридическое отношеніе ³⁾.

Итакъ, сама по себѣ мысль Бюлова не представляла никакой особенной важности. Но онъ рѣшилъ положить ее въ основу изученія и научнаго объясненія процесса, онъ рѣшилъ *реформировать* ею гражданскій процессъ, какъ юридическую науку. До того времени гражданскій процессъ изучался и понимался, какъ «производство», какъ «поступательный ходъ дѣйствій», какъ «processus», откуда и самое его названіе, также какъ и уголовного процесса. Бюловъ считаетъ такое представленіе о процессѣ, если и не вполне невѣрнымъ,

worden“—*ibid.*, S. 1.—Нѣсколько ниже, въ выноскѣ, говоря о томъ, что уже *Bethmann-Hollweg* называлъ процессъ юридическимъ отношеніемъ, Бюловъ выражается такъ: „*seine anscheinend so einfache, in Wahrheit aber inhaltsschwere Aeusserung gänzlich unbeachtet geblieben*“.....

¹⁾ Венгерскій ученый *Plósz* полагаетъ, что только послѣ открытія Bülow'a стало возможно „*die tiefere Einsicht in die Organisation des Processes, welche den für die systematische Processrechtslehre bahnbrechenden Untersuchungen Bülow's entnommen werden kann*“—*Plósz* „*Beitr. zur Theor. des Klagerechts*“, Leipz., 1880, S. 4.—Этотъ-же авторъ приводитъ отзывъ *Bekker'a*, по мнѣнію котораго „*die Wahrheit, derzufolge der Process ein Rechtsverhältniss, ein grosser Fund von Bedeutung und Unzugänglichkeit ist*“—*Plósz, ibid.*, S. 9, Anm. 9.

²⁾ Что новизна истины, открытой Бюловомъ, довольно сомнительна,—это вытекаетъ не только изъ его собственнаго указанія на то, что уже раньше ту-же мысль высказалъ *Bethmann-Hollweg*, но и изъ тѣхъ выраженій, въ какихъ онъ формулируетъ собственную мысль: „*Es ist noch nie in Zweifel gezogen worden*“... etc.—см. на предыдущ. стран., выноску 5.

³⁾ Такая поправка, дѣйствительно, и была внесена въ формулу Бюлова однимъ изъ его послѣдователей, а именно австрійскимъ ученымъ *Канштейномъ*. См. объ этомъ у *Нефедьева* „Къ ученію о сущности гражд. проц.“, стр. 91—95.

то, во всякомъ случаѣ, чрезвычайно узкимъ ¹⁾. Если хотять представлять себѣ процессъ исполнѣ научно, если хотять довести изученіе его до надлежащей высоты, если хотять создать истинно-научную систему процесса, то надо, по мнѣнію Бюлова, смотрѣть на него только, какъ на юридическое отношеніе, и этой точкѣ зрѣнія подчинить въ немъ все ²⁾. Слѣдовательно, заслуга Бюлова (если смотрѣть на эту мысль одобрительно), или его несчастная мысль (если смотрѣть на нее неодобрительно) состояла не въ томъ, что онъ назвалъ процессъ юридическимъ отношеніемъ, а въ томъ, что онъ рѣшилъ изучать и понимать процессъ, какъ юридическое отношеніе и *только*, какъ юридическое отношеніе.

Желая дать себѣ отчетъ въ характерѣ и значеніи предложенной Бюловомъ реформы, слѣдуетъ сказать, что онъ, въ сущности, только переносилъ въ гражданскій процессъ ту точку зрѣнія и тотъ пріемъ догматизаціи, какіе издавна господствуютъ въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ. Особенность догматическаго синтеза въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ, какъ мы видѣли, состоитъ въ томъ, что здѣсь понятіе юридическаго отношенія искусственно сдѣлано *динамическимъ*, вслѣдствіе чего къ нему перешло, такъ сказать, *главенство* во всемъ синтезѣ, оно стало основной осью всего синтеза, ибо все *движеніе* догматическаго матеріала приурочено къ нему. Синтезъ въ гражданскомъ правѣ строится такъ, какъ будто-бы реальной величиной въ немъ является именно юридическое отношеніе, какъ будто-бы только оно одно живетъ и движется, а все остальное составляетъ

¹⁾ Бюловъ негодуеъ на самое слово „процессъ“; по его мнѣнію, средне-вѣковая юриспруденція „hat sich in dem Worte „Process“ selbst leider ein bleibendes Denkmal und eine schwer zu beseitigende Stütze geschaffen: wer aus dem Wort auf den Begriff schliessen will, wird durch den Ausdruck Process von vornherein in eine, wenn nicht falsche, so doch zu enge Bahn gelenkt“—*Bülow*, op. cit., S. 4.

²⁾ Какія надежды, по отношенію къ реформѣ науки гражданскаго процесса, возлагалъ Бюловъ на свое отождествленіе процесса съ юридическимъ отношеніемъ это, между прочимъ, можно видѣть изъ слѣдующихъ его словъ: „Ein „System“ des Civilprocessrechts kann nur auf dem Grunde der Begriffe „Processrechtsverhältniss“ und „Processvoraussetzung“ aufgeführt werden. *Auf diesen Grundlagen gewinnt das Processrecht eine einfachere, fasslichere und übersichtlichere Systematik, als irgend eine andere Rechtsdisciplin*“—*Bülow*, *ibid.*, S.S. 11—12.

только аксесуары или принадлежности его жизни и движенія. Приёмъ, какъ мы говорили выше, несомнѣнно, искусственный, но до сихъ поръ въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ онъ давалъ хорошіе результаты и прочно здѣсь утвердился. Но тѣмъ любопытиѣ, въ виду попытки Бюлова, спросить: годится-ли онъ также для другихъ областей права и самый-ли онъ лучший изъ всѣхъ возможныхъ приёмовъ догматизаціи? Бюловское направленіе въ наукѣ гражданского процесса, считая этотъ приёмъ догматизаціи наилучшимъ, примѣнило его къ процессу,—но, въ такомъ случаѣ, тѣмъ интереснѣе взвѣсить практическіе результаты этой попытки, ибо ею, очевидно, затрогивается вопросъ, имѣющій общее методологическое значеніе для всей юриспруденціи. Эта попытка, несомнѣнно, можетъ имѣть прогностическое значеніе по отношенію къ весьма важному общему вопросу, а именно вопросу о томъ: подчинятся-ли въ остальные юридическія дисциплины методу догматизаціи, нынѣ господствующему въ частномъ правѣ, или, наоборотъ, само частное право, можетъ быть, нѣкогда усвоить себѣ иные приёмы догматизаціи?

Итакъ, перейдемъ къ краткому обзору попытки Бюлова и ея практическихъ результатовъ.

Приравнявши гражданскій процессъ юридическому отношенію, Бюловъ сперва думалъ приурочить къ нему весь догматическій матеріалъ этой части юриспруденціи, т. е. обосновать на немъ весь требующійся здѣсь синтезъ. Поэтому онъ весь гражданскій процессъ объявилъ юридическимъ отношеніемъ *единымъ* (*einheitliches Rechtsverhältniss*), но имѣющимъ одну, рѣзко выдѣляющую его, особенность (*eine sehr hervorstechende Eigenthümlichkeit*). Эту особенность онъ описывалъ такъ: «Der Process ist ein stufenweise *vorwärtsschreitendes*, sich von Schritt zu Schritt *entwickelndes* Rechtsverhältniss» ¹⁾—процессъ есть юридическое отношеніе—поступательно *движущееся*, шагъ за шагомъ *развивающееся*. Это значитъ, что Бюловъ хотѣлъ сдѣлать процессуальное юридическое отношеніе не просто динамическимъ, а, такъ сказать, *сильно* динамическимъ,—и напрягши его, въ этомъ отношеніи, до послѣдней степени, онъ затѣмъ уже думалъ обойтись однѣми его силами во всемъ ученіи о процессѣ, конструируя его,

¹⁾ *Bülow*, *op. cit.*, S. 2.

какъ единственное юридическое отношеніе. Такая конструкція процесса была очень заманчива прежде всего своей чрезвычайной и изящной простотой; въ самомъ дѣлѣ, охватить однимъ понятіемъ пѣлый сложный институтъ, обосновать на единомъ и крайне простомъ базисѣ цѣлую юридическую науку—это не могло не показаться весьма увлекательнымъ!

Въ томъ сочиненіи, которое мы выше назвали, Бюловъ приложилъ свою точку зрѣнія къ одному отдѣлу гражданского процесса, а именно къ ученію объ отводахъ, и, казалось, что эта первая проба дала блестящіе результаты. Въ самомъ дѣлѣ, если считать процессъ за юридическое отношеніе, то для его возникновенія, какъ и въ гражданскомъ правѣ, требуются, очевидно, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, извѣстныя условія или предположенія (Бюловъ, для ихъ обозначенія, ввелъ терминъ: «*Processvoraussetzungen*»); разъ этихъ условій въ наличности нѣтъ, то процессъ возникнуть не можетъ, и, значитъ, судъ, прежде чѣмъ приступить къ процессу, долженъ всякій разъ удостовѣриться въ ихъ наличности. Указаніе на отсутствіе какого-либо изъ этихъ *Processvoraussetzungen*, мѣшающее возникновенію процесса,—есть *отводъ*. Такимъ образомъ, ученіе объ отводахъ получало, повидимому, въ рукахъ Бюлова блестящую и чрезвычайно простую констрекцію, благодаря его основной мысли, что весь процессъ надо разсматривать, какъ единое и единственное юридическое отношеніе.

Однако дальнѣйшее приложеніе основной идеи Бюлова къ другимъ частямъ ученія о процессѣ показало, что она, во всякомъ случаѣ, слишкомъ тѣсна для даннаго ей назначенія: втиснуть весь процессуальный догматическій матеріалъ въ констрекцію *единого* юридическаго отношенія, при всемъ желаніи, оказалось невозможнымъ. Какъ ни динамизировали это понятіе, сколько ни вырыскивали въ него жизненной энергіи, но вмѣстить въ него всю жизнь и все движеніе гражданского процесса оказалось невозможнымъ,—съ заманчивой простотой всей констрекції процесса пришлось разстаться! И вотъ одни изъ юристовъ стали разбивать единое процессуальное правоотношеніе на такія части, которыя сами, по всей справедливости, должны быть признаны юридическими отношеніями, и по своему самостоятельному характеру едва-ли не уничтожаютъ единства того

цѣлаго, въ составъ котораго онѣ входятъ. Такъ *Вахъ*, признавая процессуальное отношеніе единымъ, разбиваетъ его на три, какъ онъ выражается, относительно-самостоятельныхъ правоотношенія: отношеніе въ приговорительной стадіи (*Vorverfahren*), отношеніе *in iudicio* (*Hauptverfahren*) и отношеніе въ исполнительную стадію ¹⁾. Конечно, *Вахъ* воленъ, разложивши процессуальное отношеніе на такія составныя части, которыя онъ самъ-же не можетъ назвать иначе, какъ *правоотношеніями*, все таки настаивать на томъ, что процессъ есть *единое* правоотношеніе, но едва-ли уже такую конструкцию можно назвать естественной или изыщной. Гораздо резоннѣе поэтому поступаютъ тѣ изъ послѣдователей Бюлова, которые прямо рѣшаются сказать, что процессъ есть *не единое* правоотношеніе, а *совокупность* правоотношеній. Такъ поступили *Шульце* и *Менгеръ*, такъ поступилъ и нашъ русскій послѣдователь Бюлова—проф. *Гольмстенъ*. Мы изложимъ нѣсколько подробнѣе воззрѣнія послѣдняго.

Проф. Гольмстенъ считаетъ гражданскій процессъ *сложнымъ* юридическимъ отношеніемъ, въ составъ котораго входятъ отношенія, различныя по субъектамъ этихъ отношеній. Изъ ряда юридическихъ отношеній, составляющихъ собою гражданскій процессъ, выдвигается одно, какъ имѣющее вполне самостоятельное значеніе; по отношенію къ нему остальные играютъ служебную роль. Это, такъ сказать, центральное юридическое отношеніе и называется собственно, по мнѣнію проф. Гольмстена, гражданскимъ процессомъ. Наука гражданского процесса главнѣйшее свое вниманіе обращаетъ именно на это отношеніе, изслѣдуя другія, входящія въ процессъ отношенія лишь какъ отношенія или второстепенныя или вспомогательныя ²⁾.

Итакъ, конструкция процесса, какъ единого юридическаго отношенія, рѣшительно не удалась. Но не удалась также и переработка различныхъ процессуальныхъ ученій на основаніи введенной Бюловомъ въ процессъ идеи о юридическомъ отношеніи. Мы не можемъ, конечно, обзрѣвать здѣсь всего, сдѣланнаго въ этомъ направленіи въ про-

¹⁾ См. у *Нефедьева*, *op. cit.*, стр. 120—124.

²⁾ *Гольмстенъ* „Учебн. русск. гражд. судопр.“. С.-П.-Б., 1885, стр. 2—3.

цессѣ, но кое-что напомнимъ, дабы не быть совершенно голо-
словными.

Какой моментъ надо считать самымъ *началомъ* гражданского процесса?—вотъ первый и, повидимому, самый простой вопросъ, представляющійся въ теоріи процесса. Бюловъ рѣшилъ этотъ вопросъ сперва въ пользу момента *litiscontestatio* (конечно, подъ вліяніемъ римскаго права), но затѣмъ, въ своемъ позднѣйшемъ сочиненіи «*Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten*», онъ долженъ былъ признать, что этотъ выводъ не согласуется съ новѣйшими процессуальными законодательствами и что для нынѣшняго права моментомъ начала процесса надо считать уже предъявленіе иска¹⁾. А между тѣмъ, по справедливому замѣчанію проф. *Нефедьева*²⁾, такимъ перемѣщеніемъ момента начала процесса Бюловъ, въ сущности, измѣнялъ своей прежней теоріи, потому что изъ этой теоріи прямо вытекало, что самому процессу, какъ разбору дѣла (*iudicium*) должно предшествовать предварительное производство по установленію наличности процессуальныхъ предположеній (*Processvoraussetzungen*), т. е. вытекало, что процессъ никакъ нельзя считать *возникшимъ* уже въ моментъ предъявленія иска.—Итакъ, въ этомъ важномъ и, казалось-бы, столь простомъ пунктѣ теоріи процесса идея Бюлова не только не дала ничего цѣннаго, но, можно сказать, только запутывала дѣло, такъ что наилучшимъ, въ концѣ концовъ, оказалось—отбросить ее въ сторону и, не мудрствуя лукаво, считать началомъ процесса его первое дѣйствіе. Столь-же безплодны, по нашему мнѣнію, попытки приверженцевъ теоріи Бюлова конструировать, такъ называемое, исковое право (*Actionenrecht*); разработка-же чисто процессуальныхъ институтовъ (ученіе о доказательствахъ, ученіе о рѣшеніи, апелляціонное и кассационное производство и т. п.) не подвинулись въ рукахъ приверженцевъ Бюловской теоріи, можно сказать, ни на шагъ. Они сами хорошо это сознаютъ и утѣшаютъ себя только тѣмъ, что ихъ идея ждетъ еще своего Савиньи³⁾. Трудно сказать, явится-ли этотъ Савиньи, но за то г. *Гольмстенъ* уже

1) См. у *Нефедьева*, *op. cit.*, стр. 96.

2) *Нефедьевъ*, *ibid.*, стр. 97—99.

3) См. предисловіе къ „Учебнику“ проф. Гольмстена, стр. V.

явился; насколько отъ этого повысились шансы новой теоріи, это мы сейчас увидимъ.

Г. Гольмстенъ еще въ 1885 г. рѣшилъ, что «откладывать изложеніе науки въ духѣ новаго направленія до того времени, когда всѣ отдѣльныя ученія, въ ея составъ входящія, будутъ заново переработаны—нѣтъ основанія» ¹⁾. Однако такъ какъ г. Гольмстенъ—не Савиньи, то, конечно, ждать отъ него чего либо, подобнаго «Системѣ нынѣшняго римскаго права», было совершенно неумѣстно,—онъ просто составилъ «краткій» ²⁾ «Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства», который и является, по его словамъ, «первою попыткою послѣдовательнаго проведенія основной идеи новѣйшаго Бюловскаго направленія въ научной разработкѣ гражданскаго процесса» ³⁾. Посмотримъ-же, какой видъ принялъ гражданскій процессъ, будучи весь построенъ на основѣ Бюловской теоріи.

Разсматривая процессъ, какъ юридическое отношеніе, проф. Гольмстенъ вполне добросовѣстно стремится и изучать его, только какъ таковое. Руководимый этой точкой зрѣнія, онъ излагаетъ сперва *элементы* процессуальнаго отношенія, а затѣмъ—*моменты* его развитія; соотвѣтственно этому, его учебникъ распадается на *общую* и *особенную* часть. Элементами процесса надо считать, по системѣ учебника, *судъ, стороны и процессуальныя права и обязанности*. Моменты развитія процессуальнаго отношенія суть: *возникновеніе* его, *движеніе, измѣненіе, охраненіе и прекращеніе*.

Вотъ схема, по которой проф. Гольмстенъ располагаетъ обычный матеріалъ гражданскаго судоустройства и судопроизводства. Въ эту схему ему приходится, такъ сказать, распахивать отдѣльныя, рѣзко очерченныя институты гражданскаго процесса, обезличивая ихъ до неузнаваемости и стирая съ нихъ всѣ краски ихъ жизненнаго назначенія. Изложеніе получилось мелко-калейдоскопическое и не удовлетворяющее ни требованіямъ пониманія, ни требованіямъ запоминанія; важное и неважное, крупное и мелкое перемѣшано здѣсь въ какомъ-то странномъ и досадномъ безпорядкѣ. Такъ, напр.,

¹⁾ Ibid., стр. V.

²⁾ Ibid., стр. III.

³⁾ Ibid., стр. V.

судоустройство, со всей важностью его основных началъ, втиснуто въ рубрику «субъектовъ» процесса, гдѣ всѣ принципиальные вопросы его надлежащаго устройства затупеваны неестественнымъ расположеніемъ матеріала, часто въ формѣ *отрицательныхъ* условий «личной» и «предметной» правоспособности суда. Прочитавши этотъ отдѣлъ о «субъектахъ» процесса, вы не получаете яснаго представленія ни о томъ, какія цѣли преслѣдуются государствомъ въ судопроизводствѣ, ни о томъ, какіе принципы его надо считать важными,—не запомните, конечно, и этихъ пестрыхъ и быстро чередующихся пунктовъ: «чтобы судья не былъ слѣпой, глухой и т. п.: чтобы онъ не былъ иностранецъ; чтобы онъ не былъ лишенъ» и пр. и пр.

Мы не будемъ слѣдить за изложеніемъ «учебника» проф. Гольмстена во всѣхъ его частяхъ, но не можемъ еще не остановиться на одномъ, можетъ быть, самомъ любопытномъ и характерномъ его отдѣлѣ, а именно на отдѣлѣ объ «охраненіи» процессуальнаго отношенія. Боже мой! что только сюда не попало? какіе разнородные процессуальные институты не встрѣтились здѣсь на неожиданномъ свиданіи, устроенномъ имъ проф. Гольмстеномъ?

«Подъ охраненіемъ юридическаго отношенія, читаемъ у г. Гольмстена, разумѣется, какъ предотвращеніе, такъ и устраненіе неправомѣрности его, т. е. несоотвѣтствія его тѣмъ юридическимъ нормамъ, которыми оно опредѣляется. Такъ что данное отношеніе или, такъ сказать, оберегается отъ будущей, угрожающей ему неправомѣрности или устраняются невыгоды уже наступившей неправомѣрности, причемъ, въ послѣднемъ случаѣ, либо водворяется правомѣрность его, либо принимаются тѣ или другія репрессивныя мѣры противъ виновника неправомѣрности. Первая изъ этихъ формъ охраненія есть охраненіе предупредительное, вторая—возстановительное. Обѣ онѣ направлены противъ неправомѣрности. Неправомѣрность опять можетъ быть двухъ родовъ: относительная и абсолютная; первая есть несоотвѣтствіе даннаго отношенія дозволительнымъ юридическимъ нормамъ, вторая—повелительнымъ; первая наступаетъ вслѣдствіе ненадлежащаго осуществленія лицомъ своего права, послѣдствіемъ чего, въ свою очередь, можетъ быть та или другая невыгода или для самого правообладателя, или для противной сто-

роны; вторая-же наступаетъ вслѣдствіе неисполненія тѣмъ или другимъ субъектомъ отношенія своей обязанности» ¹⁾).

Можно-ли догадаться, что подъ эти отвлеченныя и совершенно обезличенныя рубрики подойдутъ такіе яркіе процессуальные институты, какъ заочное рѣшеніе, апелляція, кассація, а также пересмотръ рѣшеній въ виду новыхъ открывшихся обстоятельствъ и по просьбамъ третьихъ лицъ, въ дѣлѣ не участвовавшихъ? что здѣсь-же будетъ изложено ученіе объ отводахъ и возраженіяхъ, объ обезпеченіи иска? что сюда попадетъ отобраніе подписки о невыѣздѣ и назначеніе опеки надъ имуществомъ? что здѣсь же окажется дисциплинарная, уголовная и гражданская отвѣтственность *судей* за неправильныя рѣшенія? что здѣсь-же, наконецъ, излагается и ученіе объ исполненіи рѣшеній, какъ предварительномъ, такъ и окончательномъ? Можно-ли въ одинъ отдѣлъ свести большее число и болѣе разнородныхъ институтовъ? Неужели это не насиліе надъ логикой и внутреннимъ смысломъ процесса?

Присмотримся однако къ нѣкоторымъ деталямъ этого отдѣла. Спросимъ себя, безъ всякихъ предвзятыхъ мыслей, въ чемъ состоитъ смыслъ и значеніе *обезпеченія иска*? Не въ томъ-ли, чтобы извѣстными мѣрами закрѣпить возможность будущаго взысканія по иску на случай, если-бы онъ оказался справедливымъ? Значить, обезпеченіе иска есть процессуальная мѣра, которою обезпечивается возможность наступленія нѣкоторыхъ *будущихъ* фактовъ,—ну, скажемъ, передачи имущества отъ отвѣтчика истцу. Не такъ смотритъ на этотъ институтъ проф. Гольмстенъ. По его мнѣнію, обезпеченіе иска есть мѣра, направленная къ *предупредительному* охраненію *обязанности* исполнить рѣшеніе суда. Да развѣ *обязанность*, какъ таковая, нуждается въ охранѣ? Развѣ она не крѣпка сама по себѣ, развѣ ее установилъ законъ? Въ охранѣ нуждается, конечно, не обязанность, не юридическое отношеніе, а дѣйствительное наступленіе въ будущемъ нѣкоторыхъ фактовъ, которые безъ извѣстныхъ предупредительныхъ мѣръ могутъ оказаться уже неосуществимыми. Словомъ, обезпеченіе иска составляетъ не мѣру охраненія *обязанности* исполнить рѣшеніе, а самого исполненія рѣшенія въ натурѣ.

¹⁾ Гольмстенъ „Учебн.“, С.-П.-Б., 1885, стр. 219.

Но это еще не самый яркій примѣръ отклоненія системы проф. Гольмстена отъ здравыхъ началъ логики. Возьмемъ еще для примѣра институтъ апелляціи. Она является у проф. Гольмстена однимъ изъ видовъ уже не предупредительнаго, а *возстановительнаго* охраненія процессуальнаго отношенія. Но такъ какъ проф. Гольмстенъ не могъ, конечно, игнорировать того факта, что апелляціонное производство есть совершенно особое производство, и что, значить, слѣдую теоріи Бюлова, надо и его считать за юридическое отношеніе, которое возникаетъ, движется, измѣняется, охраняется и прекращается,—то у него и получилось такое построеніе: для охраненія первоначальнаго процессуальнаго отношенія оказывается необходимымъ новое (апелляціонное) процессуальное отношеніе,—отношеніе охраняется другимъ отношеніемъ!—Но, вѣдь, это новое (апелляціонное) отношеніе, въ свою очередь, надо охранять. Конечно! И вотъ подъ рубрикой охраненія апелляціоннаго отношенія излагается кассационное производство, также въ видѣ особаго юридическаго отношенія,—возникающаго, движущагося, измѣняющагося, охраняемаго и прекращающагося. Можно было-бы, конечно, и къ охраненію кассационнаго отношенія призвать еще какое-нибудь сверхъ-кассационное отношеніе, но, къ счастью, само положительное законодательство кладетъ здѣсь предѣлъ этому неестественному и совсѣмъ не изящному построенію; но если-бы проф. Гольмстенъ догматизировалъ нашъ старый процессъ, гдѣ насчитывали до 13 инстанцій, то процедура охраненія отношеній отношеніями продолжалась-бы у него еще очень долго.

Здѣсь мы можемъ покончить съ изложеніемъ теоріи Бюлова и нѣкоторыхъ ея результатовъ, чтобы перейти къ опѣнкѣ ея съ той точки зрѣнія, ради которой мы эпизодически ввели ее въ настоящій §.

Теорія Бюлова представляетъ собою попытку оторвать *юридическую* сторону гражданскаго процесса отъ его *фактической* стороны; стоя передъ задачей догматическаго синтеза въ гражданскомъ процессѣ. Бюловъ думалъ, что лучше всего можно выполнить эту задачу, сосредоточивши все вниманіе на юридической сторонѣ предмета и совершенно игнорируя фактическую. Процессъ—не есть производство, процессъ есть только юридическое отношеніе—про-

возгласилъ Бюловъ, и этимъ исходнымъ пунктомъ своей теоріи, въ сущности, отбросилъ въ сторону всю фактическую основу процесса, какъ для него ненужную. Произведши надъ живымъ организмомъ гражданскаго процесса столь радикальную операцію и думая, что этотъ организмъ все еще остался живымъ, Бюловъ, а затѣмъ и его послѣдователи, принялись синтезировать въ систему юридическій остовъ процесса. Сперва имъ казалось, что связь этого юридическаго остова сама по себѣ достаточно крѣпка и что весь онъ можетъ быть вмѣщенъ въ схему *единого* юридическаго отношенія, но затѣмъ, когда стали реализовать эту схему, то увидѣли, что подлежащій синтезу матеріалъ упрямо въ нее не укладывался, распадаясь на части, которыя сами по себѣ надо было признать отдѣльными юридическими отношеніями. Но разъ процессъ не есть единое юридическое отношеніе, а цѣлая ихъ совокупность, то возникалъ вопросъ о *числѣ* этихъ составляющихъ процессъ юридическихъ отношеній,—однако вопросъ этотъ не былъ категорически и согласно разрѣшенъ, потому что, въ сущности, число это надо было признать неопредѣленнымъ, если не безконечнымъ. Вмѣсто того, чтобы слиться въ единствѣ и стройности, юридическій матеріалъ рассыпался такимъ образомъ на множество мелкихъ отдѣльностей, и требующійся въ этой области юриспруденціи синтезъ рѣшительно не удавался,—не доставало того цемента, которымъ можно было-бы скрѣпить эти разрозненные отдѣльности въ единое, стройное и благоустроенное цѣлое. Тогда проф. *Гольмстенъ* сдѣлалъ отчаянную и, въ своемъ родѣ, *героическую* попытку послѣдовательно провести основную мысль Бюлова черезъ весь гражданскій процессъ, но эта попытка только ярче показала, что основная мысль Бюлова есть мысль пагубная для гражданскаго процесса. Гражданскій процессъ, подъ перомъ проф. Гольмстена, превратился въ настоящую юридическую Сахару, въ которой можно погибнуть отъ духовнаго голода и жажды. Тотъ, кто попадаетъ въ эту пустыню, видитъ передъ собою только волнистыя очертанія безконечно однообразныхъ «юридическихъ отношеній», которыя съ убійственной правильностью «возникаютъ, движутся, измѣняются, охраняются и прекращаются», какъ песчаныя дюны въ настоящей пустынѣ.... Нигдѣ нѣтъ даже и признака ключа живой мысли, способнаго утолить научную жажду

читателя. Здѣсь не спрашиваютъ, ради какой цѣли процессъ существуетъ, какія начала имъ управляютъ и движутъ, на какія части онъ распадается, наконецъ, каковъ смыслъ и каково отношеніе нормъ процесса къ регулируемой ими дѣйствительности; весь юридическій матеріалъ вытянутъ здѣсь въ какую-то длинную и однообразную догматическую ленту, которая только гипнотизируетъ, а не поучаетъ читателя. Да простить намъ это почтенный авторъ, но если требовалось надъ новой теоріей учинить операцію *reductionis ad absurdum*, то именно она и сдѣлана въ его «краткомъ» учебникѣ.

Итакъ, синтетическую перестройку гражданского процесса, предпринятую по мысли Бюлова, надо считать рѣшительно неудавшеюся, и можно только радоваться тому, что она нисколько не затронула уголовного процесса, какъ этого ожидалъ Бюловъ. Эта попытка совершенно оторвать юридическую сторону гражданского процесса отъ его фактической основы не дала ничего хорошаго,—она не только не увеличила господства нашего ума надъ догматическимъ матеріаломъ процесса, но, наоборотъ, его уменьшила. Она превратила или, по крайней мѣрѣ, пытается превратить гражданскій процессъ въ столь безжизненное и сухое построеніе, что послѣднее отталкиваетъ отъ себя человѣческій умъ, ибо стремится обратить его въ своего жалкаго раба, тогда какъ ему надо быть господиномъ. Юридической регламентаціи, при ея синтетической переработкѣ, нельзя отрывать отъ той фактической основы, къ которой она относится. Тотъ, кто это дѣлаетъ, производитъ насилие и надъ предметомъ, и надъ умомъ—уродуетъ предметъ и тѣмъ лишаетъ умъ важнѣйшаго ресурса для пониманія предмета. Вѣдь, процессъ, сколько-бы противъ этого ни протестовалъ Бюловъ, есть все-таки не что иное, какъ производство, т. е. прежде всего извѣстный *фактический* рядъ, но только регламентируемый и направляемый правомъ. Изучать здѣсь юридическую регламентацію независимо и внѣ связи съ тѣми фактами, къ которымъ она относится,—значитъ, прибѣгать къ такому искусственному приему, который уменьшаетъ, а не увеличиваетъ шансы нашего ума овладѣть *самой юридической стороной* предмета. Когда юридическая регламентація, какъ въ данномъ случаѣ, движется и измѣняется параллельно и въ связи съ движеніемъ фактовъ, тогда не только понять, но даже хорошо

усвоить себѣ движеніе регламентаціи безъ связи съ движеніемъ фактовъ—невозможно, и тотъ, кто насъ къ этому приглашаетъ, оказываетъ намъ плохую услугу. Если и можно и, до извѣстной степени, законно прибѣгать къ этому приему, то это только тамъ, гдѣ юридическая регламентація не имѣетъ тѣсной связи съ опредѣленными фактами или гдѣ эта связь нами еще не обнаружена,—словомъ, тамъ, гдѣ намъ даны чистыя юридическія формы господства и подчиненія, въ которыя можетъ быть вложено различное фактическое содержаніе. А это и есть, по преимуществу, область частнаго или гражданскаго права. Въ гражданскомъ правѣ мы имѣемъ обширную сферу, главнымъ образомъ, имущественныхъ фактовъ и отношеній, среди которыхъ частной волѣ предоставлено двигаться, какъ она захочетъ, по своему усмотрѣнію; лишь кое-гдѣ этому свободному движенію частной воли поставлены здѣсь извѣстныя стѣненія и границы, такъ что, въ общемъ, нормы гражданскаго права опредѣляютъ, въ какихъ предѣлахъ и формахъ можетъ проявлять себя и дѣйствовать частная воля. *Куда* насъ ведетъ эта частная воля, *какое* дѣйствительное фактическое содержаніе будетъ вложено ею въ тѣ юридическія формы, какія предусмотрены въ гражданскомъ правѣ, этого мы, по большей части, не знаемъ, хотя это вовсе не значитъ, чтобы этого было не нужно или не интересно знать. Со временемъ мы, можетъ быть, будемъ это знать и надо къ этому стремиться, но теперь—связь нашей юридической регламентаціи съ какимъ либо опредѣленнымъ фактическимъ содержаніемъ въ области частнаго права совершенно отсутствуетъ, и намъ приходится изучать здѣсь чистыя юридическія формы безъ всякой связи ихъ съ какимъ-либо опредѣленнымъ фактическимъ содержаніемъ. Здѣсь мы, по неволѣ, должны изучать юридическій матеріалъ совершенно изолированно, оттого и его синтезъ долженъ быть обоснованъ почти исключительно на чистой юридической формѣ—на юридическомъ отношеніи, которое искусственно надѣляется атрибутами жизни и движенія: его рассматриваютъ, какъ возникающее, движущееся, измѣняющееся, охраняемое и прекращающееся. Но такая постановка синтеза въ гражданскомъ правѣ—вынужденная, она есть его *недостатокъ*, а не достоинство, и этотъ недостатокъ дастъ о себѣ знать общепризнанной трудностью, такъ называемаго, цивили-

листическаго мышленія. Последнее трудно — потому что оно слишком отвлеченно, потому что оно оперируетъ надъ чистыми юридическими формами, лишенными всякой связи съ опредѣленнымъ фактическимъ содержаніемъ. Можно быть мастеромъ и любителемъ цивилистическаго мышленія, но нельзя отрицать того, что его *трудность* — есть его недостатокъ. Конечно, разъ этотъ недостатокъ существуетъ и разъ онъ не устранимъ, то надо съ нимъ мириться и цѣнить тѣхъ, кто его преодолеваетъ. Но представьте себѣ, что изъ любви къ цивилистическому мышленію и цивилистическому способу обработки юридическаго матеріала мы рѣшили-бы водворять ихъ и за предѣлами гражданскаго права, — представьте, что мы стали-бы искусственно и нарочно отрывать юридическую регламентацію отъ фактической основы въ такихъ областяхъ права, гдѣ связь между ними тѣсна и вполне наглядна? Развѣ не очевидно, что мы этимъ только *затрудняли-бы* свою собственную задачу? развѣ не ясно, что мы такимъ образомъ только уменьшили-бы, а не увеличили власть нашего ума надъ тѣмъ самымъ предметомъ, къ овладѣнію которымъ мы стремимся?

Между тѣмъ именно такой способъ дѣйствія и избрало себѣ Бюловское направленіе въ гражданскомъ процессѣ. Не удивительно, что оно и не даетъ здѣсь никакихъ цѣнныхъ результатовъ, оставаясь совершенно искусственной затѣей, которой нѣтъ возможности даже довести до конца. Не даромъ-же до сихъ поръ нашелся только одинъ храбрецъ, въ лицѣ проф. Гольмстена, который рѣшился положить цѣликомъ весь процессъ на прокрустово ложе Бюловской теоріи, — но за то, вѣдь, и результаты отъ этого получились совершенно плачевныя.

Ясно, что ко всѣмъ попыткамъ перестраивать различныя юридическія дисциплины на цивилистическій манеръ надо относиться *отрицательно* ¹⁾.

¹⁾ Между тѣмъ попытки или, по крайней мѣрѣ, тенденціи къ этому имѣются не въ одномъ гражданскомъ процессѣ, — такое-же *ультра-юридическое* направленіе существуетъ, какъ извѣстно, и въ государственномъ правѣ. Для примѣра и параллели съ Бюловскими идеями въ процессѣ приведемъ небольшую выдержку изъ статьи проф. А. С. Алексѣева „Къ ученію о юридической природѣ государства и государственной власти“, помѣщенной въ „Русской

Мысли“, 1894 г., ноябрь. „Всякое юридическое отношеніе, говоритъ этотъ авторъ, имѣть, конечно, матеріальный субстратъ, но предметомъ изученія юриста является не этотъ матеріальный субстратъ, а самое юридическое отношеніе. Юристъ изучаетъ семью, напр., лишь со стороны той правовой связи, которая объединяетъ членовъ семьи. Юристу нѣтъ никакого дѣла до физиологическаго основанія семьи; онъ не задаетъ себѣ вопроса, въ чемъ нравственная цѣль семьи; онъ не изучаетъ хозяйственной жизни семьи; онъ имѣетъ въ виду только правовую форму семьи. И то-же самое мы должны сказать и о государствѣ: и здѣсь мы различаемъ матеріальный субстратъ и юридическое отношеніе. Матеріальнымъ субстратомъ государства является территорія и люди; юридическимъ-же отношеніемъ является та связь, которою государственная организація объединяетъ людей въ одно цѣлое и надѣляетъ, какъ органы, такъ и членовъ государства правами и обязанностями. Только эта связь и является предметомъ изученія юриста. Вопросы о нравственномъ основаніи государства, о конечныхъ цѣляхъ государства, объ историческомъ происхожденіи государства, вопросы о физиологическихъ, психологическихъ и экономическихъ связяхъ, объединяющихъ народъ,—все это вопросы, которые могутъ быть предметомъ науки о государствѣ въ широкомъ смыслѣ этого слова и которые изучаются специально особыми отраслями знанія: антропологіей, этнографіей, политической экономіей, психологіей и этикой, но которые въ область, отмежеванную государству, какъ науку юридической, во всякомъ случаѣ не входятъ“ (op. cit., стр. 58).—Можно было-бы подумать, что проф. Алексѣевъ хочетъ выдать юристамъ патентъ на настоящее профессиональное невѣжество, если-бы двумя страницами ниже, въ той-же самой статьѣ, онъ не говорилъ слѣдующаго: „Юристъ долженъ не только овладѣть правовымъ матеріаломъ и умѣть пользоваться приемами формальной логики: онъ долженъ вмѣстѣ съ тѣмъ и знать жизнь, ея требованія и запросы, черпать изъ жизни и творить для жизни. Работа юриста преслѣдуетъ глубоко-практическія цѣли, захватывающія самые жизненные интересы человѣка и человѣчества. Юридическіе институты не висятъ между небомъ и землей, а выросли на реальной почвѣ житейскихъ отношеній“.... и пр. и пр. (ibid., стр. 60). Но неужели-же проф. Алексѣевъ думаетъ, что можно одновременно соглашаться и съ тѣмъ, что онъ говоритъ въ первомъ, и съ тѣмъ, что онъ говоритъ во второмъ изъ приведенныхъ нами отрывковъ его статьи?

ГЛАВА IV.

Тотъ-же интеллектуальный процессъ, но совершаемый послѣ поступка, долженствовавшаго осуществить собою право.

Мы пришли къ выводу (гл. I), что между нормой и ея примѣненіемъ въ жизни къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ необходимо ложится особый интеллектуальный процессъ, составляющій собою какъ-бы посредствующее звено на пути отъ права къ его осуществленію. Мы затѣмъ подробно изслѣдовали логическую природу и составныя части этого интеллектуального процесса (гл. II и III). Но этимъ еще не можетъ быть закончено монографическое описаніе этого интеллектуального процесса. Мы изучили его только въ *одной*, правда, для него основной и весьма важной позиціи,—а именно, когда онъ происходитъ *передъ* поступкомъ, долженствующимъ осуществить собою право,—но, вѣдь, этотъ-же самый интеллектуальный процессъ *можно* предпринять и *послѣ* поступка, долженствовавшаго осуществить собою право, съ цѣлью опредѣлить, какой поступокъ соотвѣтствовалъ бы праву въ прошломъ конкретномъ случаѣ и соотвѣтствуетъ ли ему тотъ поступокъ, какой, на самомъ дѣлѣ, въ этомъ случаѣ былъ совершенъ. Притомъ, это повтореніе интеллектуального процесса могъ-бы предпринять, какъ тотъ, кто самъ совершилъ поступокъ, такъ и кто-либо другой.

Но если совершеніе описаннаго нами интеллектуального процесса *логически* возможно и *post factum*,—уже послѣ совершенія того поступка, который долженъ былъ осуществить собою право,—то спрашивается: происходитъ-ли это на самомъ дѣлѣ и какую практическую цѣль можно было-бы при этомъ имѣть въ виду?

Если-бы на эти вопросы пришлось дать отрицательный отвѣтъ, — если-бы оказалось, что совершеніе занимающаго насъ интеллектуальнаго процесса, будучи возможно теоретически, не вызывается въ дѣйствительности никакой серьезной практической надобностью, — то не стоило-бы намъ здѣсь и разсматривать его съ этой стороны.

Однако, на самомъ дѣлѣ, это совсѣмъ не такъ, и изслѣдованіе согласія съ правомъ уже совершеннаго кѣмъ-либо поступка не только происходитъ въ дѣйствительности весьма часто, но и даетъ начало цѣлому сложному общественному учрежденію, для котораго совершеніе этого изслѣдованія *post factum* составляетъ существенную его функцію. Мы, поэтому, должны здѣсь обратиться къ этой сторонѣ дѣла и, въ дополненіе къ произведенному уже нами изслѣдованію того, какъ производится занимающій насъ интеллектуальный процессъ *ante factum*, заняться теперь изученіемъ того, какъ и зачѣмъ производится этотъ-же самый интеллектуальный процессъ *post factum*.

§ 1. Двѣ причины, обуславливающихъ собою необходимость распознаванія согласія поступка съ правомъ *post factum*.

Можно указать два обстоятельства, стоящихъ въ тѣсной связи съ самой природой права и съ его жизненнымъ предназначеніемъ и ведущихъ къ необходимости распознавать согласіе съ правомъ поступковъ уже послѣ ихъ совершенія. Обратимся къ первому изъ нихъ.

Мы видѣли, что право стремится не только къ тому, чтобы обезпечить наступленіе въ обществѣ отдѣльныхъ, изолированныхъ дѣйствій (или отсутствія таковыхъ), но и цѣлыхъ сложныхъ дѣятельностей, стремится достигнуть цѣлыхъ обширныхъ соціальныхъ результатовъ. Для того, чтобы добиться сложнаго соціального результата, праву приходится, какъ мы видѣли, вмѣсто отдѣльныхъ, независимыхъ другъ отъ друга, нормъ издавать цѣлые комплексы ихъ, ставя при этомъ нормы въ такую зависимость другъ отъ друга, чтобы на практикѣ онѣ вели къ комплексамъ желаемымъ образомъ координированныхъ между собою дѣйствій. Въ этихъ случа-

яхъ, разложивши желаемый сложный социальный результатъ на ряды дѣйствій и распредѣливши эти дѣйствія между многими исполнителями, право юридически смыкаетъ множество дѣйствій многихъ отдѣльных исполнителей въ одно стройное цѣлое тѣмъ, что совершение однихъ изъ этихъ дѣйствій ставитъ въ зависимость отъ совершения другихъ дѣйствій, составляющихъ ту-же самую совокупность. Здѣсь условіемъ или *гипотезой* для совершения каждаго изъ дѣйствій служить *предварительное* совершение другихъ дѣйствій, также предписанныхъ правомъ и совершенныхъ въ согласіи съ нимъ. Въ такихъ случаяхъ, каждое дѣйствіе должно быть вставлено, какъ въ рамку, въ группу другихъ дѣйствій, желаемыхъ и предписанныхъ правомъ. Вся совокупность дѣйствій, чтобы она вела къ желаемому социальному результату, должна быть построена и расположена здѣсь совершенно такъ же, какъ строится и располагается какой-либо рисунокъ въ мозаикѣ—изъ отдѣльных частей, сдѣланныхъ каждая по предписанной мѣрѣ и формѣ. И какъ въ мозаикѣ каждый камешекъ долженъ быть уложенъ между другими определенными камешками, такъ и въ социальный жизни, въ указанныхъ случаяхъ, каждое отдѣльное дѣйствіе должно быть вставлено какъ разъ между надлежащими другими дѣйствіями. Здѣсь распознаваніе согласія съ правомъ чужихъ уже совершенныхъ дѣйствій, входитъ въ составъ того распознаванія, которое требуется для предстоящаго еще дѣйствія, а именно составляетъ часть распознаванія той фактической гипотезы, которою обусловлена возможность приступить къ совершенію дѣйствія.

Такимъ образомъ, первая причина, ведущая къ необходимости давать себѣ отчетъ въ согласіи съ правомъ дѣйствій, уже послѣ того какъ они совершены, проистекаетъ изъ того обстоятельства, что праву приходится нерѣдко стремиться къ достиженію сложныхъ социальныхъ результатовъ, которые могутъ быть осуществлены только совокупной и координированной дѣятельностью многихъ лицъ. Естественно, что при этомъ сотрудники, работающіе надъ однимъ и тѣмъ-же дѣломъ, должны въ большей или меньшей степени давать себѣ отчетъ въ своихъ совмѣстныхъ дѣйствіяхъ и въ ихъ согласіи съ правомъ. Мы говоримъ: въ *большей или меньшей степени*—потому что для разныхъ изъ сотрудниковъ это требуется въ

неодинаковой мѣрѣ,—напр., для руководителей даннаго дѣла въ гораздо большей степени, чѣмъ для простыхъ исполнителей. Впрочемъ, сказать съ полной точностью, въ *сколько обширныхъ* размѣрахъ каждый сотрудникъ долженъ давать себѣ отчетъ въ чужихъ дѣйствіяхъ, для того чтобы его собственныя дѣйствія выиграли въ согласіи съ правомъ, совершенно невозможно, хотя и несомнѣнно, что чѣмъ *обширнѣе* эти размѣры у каждаго изъ сотрудниковъ, тѣмъ больше отъ этого выиграетъ все дѣло. Здѣсь соотвѣтствіе между согласіемъ съ правомъ дѣйствій даннаго исполнителя и объемомъ его свѣдѣній о согласіи съ правомъ дѣйствій другихъ исполнителей не специальное, а *общее*, ибо чѣмъ въ большей степени каждый изъ исполнителей способенъ дать себѣ отчетъ въ ходѣ цѣлаго дѣла, въ которомъ онъ участвуетъ, тѣмъ больше отъ этого выигрываетъ все дѣло и успѣшное его выполненіе. Эта истина такъ-же справедлива въ примѣненіи къ юридическому быту, какъ справедлива по отношенію къ военному дѣлу та истина, что чѣмъ интеллигентнѣе и умственно развитѣе составляющія войско единицы, чѣмъ больше они способны дать себѣ отчетъ и сознательно отнестись къ какой-либо военной операціи, тѣмъ успѣшнѣе можетъ быть осуществлена эта операція. Это та самая истина, которая была иллюстрирована побѣдой прусскаго «школьнаго учителя» надъ французами.

Вторая причина, ведущая къ необходимости совершать распознаваніе согласія съ правомъ дѣйствій послѣ ихъ совершенія, нѣсколько иного характера, но и она вытекаетъ изъ самыхъ нѣдръ природы права. Обратимся къ ея разсмотрѣнію.

Если-бы право, выставляя въ нормахъ свои предписанія, оставалось затѣмъ совершенно равнодушнымъ къ ихъ послѣдующей судьбѣ въ дѣйствительности,—если-бы для него было безразличнымъ, будутъ-ли эти предписанія исполнены въ жизни, или нѣтъ, то не нужна была-бы и *провѣрка* согласія съ правомъ дѣйствій гражданъ, послѣ того какъ эти дѣйствія уже совершены. Но право, по своему существу, есть не что иное, какъ *общественная воля* и, притомъ, въ степени наивысшаго ея напряженія. Воля вообще, а общественная, въ частности, не можетъ никогда оставаться равнодушной къ судьбѣ своихъ изъявленій, и чѣмъ значительнѣе степень напряженія этой воли, тѣмъ больше она насыщена стремленіемъ къ осу-

ществленію. А если это такъ,—если мы самую волю можемъ съ полнымъ основаніемъ считать за выраженіе активности, стремленія, но только проникнутаго и управляемаго сознаніемъ, то отсюда прямой выводъ, что всякая воля, разъ выразившись во-внѣ, не погаснетъ окончательно, а присущимъ ей и связаннымъ съ ней сознаніемъ будетъ слѣдить за тѣмъ, какъ происходитъ ея осуществленіе въ дѣйствительности, т. е. продолжится въ видѣ интеллектуальнаго процесса, заключающагося въ *провѣркѣ* согласія отдѣльных дѣйствій, долженствовавшихъ осуществить собою волю, съ содержаніемъ послѣдней. И если право есть общественная воля, то тѣсно связанное съ ней общественное сознаніе, въ силу психологической необходимости, должно стремиться производить провѣрку дѣйствій гражданъ, съ точки зрѣнія ихъ согласія съ правомъ, уже послѣ того какъ они совершены.

Но мало того, что воля, въ силу самой своей психологической природы, разъ выразившись, въ своемъ дальнѣйшемъ теченіи разрѣшается въ интеллектуальный процессъ провѣрки согласія дѣйствительности съ ея выраженіемъ,—самая эта провѣрка производится вовсе не ради цѣлей любознательности. Подъ покровомъ составляющаго ее интеллектуальнаго процесса, въ скрытомъ состояніи, таится и продолжается все то-же активное стремленіе—стремленіе къ осуществленію. Если предпринятая провѣрка оказывается удовлетворительной, то указанное скрытое стремленіе окончательно погасаетъ, будучи вполне удовлетворено. Если-же, наоборотъ, провѣрка укажетъ на несоотвѣтствіе дѣйствительности съ волей, то скрытая энергія послѣдней вновь прорывается наружу въ формѣ реакціи противъ того, кто не исполнилъ выраженной воли. Такимъ образомъ, провѣрка правильности дѣйствій становится здѣсь этапомъ и условіемъ на пути къ дальнѣйшему проявленію активности и къ дальнѣйшимъ дѣйствіямъ.

Итакъ, вторая причина, обуславливающая собою наступленіе описаннаго нами интеллектуальнаго процесса *post factum*, коренится въ самой природѣ права, какъ воли. Всякое выраженіе воли, а, слѣдовательно, и право само себѣ, такъ сказать, не довлѣетъ: оно требуетъ еще дополненія къ себѣ въ формѣ *провѣрки* того, получаетъ-ли воля себѣ осуществленіе въ дѣйствительности, или нѣтъ. Провѣрка

согласія дѣйствій съ правомъ есть необходимое и, вмѣстѣ съ тѣмъ, самопроизвольное дополненіе къ самому праву и получаетъ мѣсто всюду, гдѣ имѣется въ наличности и дѣйствуетъ право.

§ 2. Самопроизвольный общественный контроль надъ согласіемъ дѣйствій съ правомъ.

Мы только-что сказали, что *провѣрка* дѣйствій съ точки зрѣнія согласія ихъ съ правомъ психологически необходимо связана съ самимъ правомъ; что она является самопроизвольнымъ продолженіемъ той самой воли, какая выражена въ правѣ. Теперь любопытно спросить, какую-же форму получаетъ эта провѣрка въ общественной средѣ?

Первоначальной и простѣйшей формой этой провѣрки надо считать контроль каждаго надъ дѣйствіями всѣхъ, или, правильнѣе сказать, надъ всѣми тѣми дѣйствіями, которыя доходятъ до свѣдѣнія каждаго. Каждый гражданинъ, узнавая о какихъ-либо дѣйствіяхъ другихъ гражданъ, тотчасъ-же оцѣниваетъ ихъ между прочимъ и съ точки зрѣнія ихъ согласія съ правомъ, поскольку требованія послѣдняго ему извѣстны. Это, такъ сказать, самопроизвольный общественный контроль, диффундирующий черезъ всю общественную среду и тѣсно связанный съ тѣмъ фактомъ, что самое право представляетъ собою общественную волю, тѣмъ или инымъ путемъ выкристаллизовавшуюся въ форму положеній извѣстнаго содержанія. Этотъ самопроизвольный общественный контроль представляетъ собою настоящую общественную функцію, выполняемую всѣмъ общественнымъ тѣломъ и, на первыхъ ступеняхъ быта, не имѣющую для себя особыхъ специальныхъ органовъ. Только постепенно отправленіе этой функціи переходитъ къ особымъ, дифференцирующимся отъ цѣлой общественной среды, органамъ, которые начинаютъ выполнять эту функцію по преимуществу, не вытѣсняя, впрочемъ, ее окончательно и изъ всего общественного тѣла. Въ этомъ отношеніи функцію общественного контроля надъ согласіемъ дѣйствій съ правомъ можно сравнить, напр., съ функціей дыханія у животныхъ. Первоначально эта функція выполнялась всей поверхностью тѣла живот-

ныхъ, но даже тогда, когда она получаетъ для себя особые органы, въ формѣ жаберъ или легкихъ, и когда эти органы начинаютъ выполнять эту функцію по преимуществу, кожное дыханіе все-таки не уничтожается и продолжаетъ играть довольно значительную роль въ общей экономіи животнаго тѣла. Постараемся-же ознакомиться въ этомъ §-ѣ съ тѣмъ, какъ выполняется функція контроля надъ согласіемъ дѣйствій гражданъ съ правомъ цѣлымъ общественнымъ тѣломъ.

Общественная среда есть прежде всего среда психологическая, составленная изъ множества психологическихъ центровъ—отдѣльныхъ индивидуумовъ. Всѣ, такъ называемыя, общественныя явленія покоятся на этой психологической основѣ общества и прямо изъ нея вытекаютъ. А если такъ, то намъ надо показать связь съ этой-же психологической основой и того контроля надъ дѣйствіями отдѣльныхъ лицъ съ точки зрѣнія ихъ согласія съ правомъ, который на высшихъ ступеняхъ общественной эволюціи выполняется особыми, специально для того предназначенными органами, а на низшихъ ступеняхъ осуществляется всеѣмъ общественнымъ тѣломъ. Итакъ, каковъ-же психологическій механизмъ самопроизвольнаго общественнаго контроля?

Каждая отдѣльная единица общественной среды, представляя собою психологическій центръ, воспринимаетъ въ своемъ сознаніи то, что вокругъ нея происходитъ. Въ этомъ отношеніи общественную среду можно сравнить со звѣздной системой, каждый членъ которой также воспринимаетъ свѣтъ, исходящій отъ всѣхъ остальныхъ. Но тогда какъ воспріятіе свѣта небеснымъ тѣломъ совершенно пассивное и всегда одинаковое,—наоборотъ, воспріятіе индивидуумомъ доходящихъ до него свѣдѣній всегда активное и весьма различное въ разныхъ случаяхъ. Индивидуумъ непрерывно борется за свое существованіе и за свою индивидуальность, постоянно отстаиваетъ ихъ противъ натиска среды, и въ этой непрерывной борьбѣ доходящія до него свѣдѣнія о томъ, что происходитъ вокругъ него, служатъ ему сигналами къ оборонѣ, необходимыми данными для того, чтобы цѣлесообразно конструировать двигательные отвѣты на воздѣйствіе окружающей среды. А если это такъ,—если назначеніе получаемыхъ индивидуумомъ отъ окружающей среды впечатлѣній ак-

тивное, если они предназначены играть лишь служебную роль въ *дѣятельности* индивидуума,—то и самое *воспріятіе* ихъ не можетъ быть одинаковымъ въ разныхъ случаяхъ. *Сила* этого воспріятія должна стоять въ тѣсной зависимости отъ послѣдующей пригодности впечатлѣній къ утилизаціи ихъ для двигательной реакціи. Если-бы природа, давши живымъ организмамъ способность воспріятія впечатлѣній отъ окружающей среды, не позаботилась, въ то-же время, о выработкѣ въ нихъ способности *разно* встрѣчать различныя впечатлѣнія, то индивидуумы были-бы завалены этими впечатлѣніями, оказались-бы ихъ пассивной жертвой и безсильны были-бы воспользоваться ими съ выгодой для себя. Но творческая сила природы неистощима, и она надѣлила живые организмы способностью *вниманія* къ доходящимъ до нихъ впечатлѣніямъ, которое можетъ безконечно измѣняться въ своей силѣ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ самыхъ широкихъ предѣлахъ измѣнять силу доходящихъ до организма впечатлѣній. Вниманіе организма къ впечатлѣніямъ можетъ падать до нуля, и тогда организмъ дѣлается какъ-бы нечувствительнымъ къ вліяніямъ окружающей среды, и, наоборотъ, оно можетъ повышаться до высочайшей степени, и тогда организмъ становится воспріимчивымъ къ ничтожнѣйшимъ впечатлѣніямъ, начинаетъ слышать и «травъ прозябанье». Такимъ образомъ, впечатлѣнія отъ среды, доходя до организма, встрѣчаютъ въ немъ уже готовую степень воспріимчивости или вниманія къ нимъ, различную для разныхъ разрядовъ впечатлѣній. И если-бы мы спросили теперь, отъ чего-же зависитъ *степень* вниманія, удѣляемаго нами различнымъ, доходящимъ до насъ впечатлѣніямъ, то надо было-бы сказать, что она зависитъ отъ пригодности впечатлѣній для конструированія послѣдующей дѣятельности организма по отстаиванію и защитѣ своей индивидуальности: наибольшее вниманіе съ нашей стороны возбуждаютъ, обыкновенно, тѣ впечатлѣнія, которыя затѣмъ причиняютъ намъ наиболѣе хлопотъ, т. е. которыя ведутъ къ обильной двигательной реакціи.

Когда индивидуумъ живетъ не изолированно, а въ сообществѣ съ другими индивидуумами (что и имѣетъ мѣсто въ человѣческомъ обществѣ), то причиною и источникомъ впечатлѣній, до него доходящихъ, являются не только предметы и процессы внѣшняго фи-

зическаго міра, но и другіе, ему подобныя индивидуумы. Послѣдній разрядъ впечатлѣній всегда представлялъ для человѣческаго индивидуума не малую важность, но эта важность еще съ каждымъ днемъ возрастала и возрастаетъ въ прямой зависимости отъ возрастанія числа сожительствующихъ между собою индивидуумовъ. Возрастаніе важности впечатлѣній, доходящихъ до индивидуума отъ другихъ индивидуумовъ, съ нимъ сожительствующихъ въ данномъ обществѣ, зависитъ не только отъ количественнаго ихъ увеличенія, но и отъ качественного ихъ измѣненія. Количественное возрастаніе населенія въ какомъ-либо обществѣ ставитъ сожительствующихъ въ немъ индивидуумовъ все въ болѣе и болѣе тѣсное соприкосновеніе другъ съ другомъ, благодаря чему благополучіе или неблагополучіе отдѣльныхъ индивидуумовъ становится все въ большую зависимость отъ поведенія однообщественниковъ, при соотвѣтственномъ уменьшеніи непосредственной его зависимости отъ внѣшней природы. Это качественное увеличеніе зависимости сожительствующихъ между собою индивидуумовъ другъ отъ друга ведетъ къ тому, что самое общество начинаетъ слагаться изъ безсвязной и не дифференцированной массы въ связное и дифференцированное цѣлое: возникаетъ и движется впередъ та соціологическая эволюція, которая, въ концѣ концовъ, существенно измѣняетъ даже біологическія свойства составляющихъ общество единицъ. Органическая теорія въ соціологіи, вѣроятно, неправильно уподобляетъ общество біологическому организму (едва-ли есть основаніе думать, что біологическій организмъ, какъ-бы съ цѣлью облегчить намъ изученіе соціологіи, долженъ служить прообразомъ соціологическаго цѣлаго), но она совершенно вѣрно отмѣчаетъ и подчеркиваетъ фактъ *организации* въ соціальной жизни,—организации, превращающей первоначально безформенное общественное тѣсто въ какую-то связную фигуру, окончательное сложеніе которой еще трудно прозрѣвать. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что въ общественной средѣ мало-по-малу возникаетъ и своего рода *анатомія*—въ формѣ разнообразныхъ общественныхъ органовъ, и своего рода *физиологія*—въ видѣ различныхъ явленій, носящихъ, въ своей совокупности, характеръ настоящихъ общественныхъ процессовъ. Правда, общественная организация, съ ея анатоміей и физиологіей, является только deriva-

томъ индивидуума и его индивидуальной жизни,—индивидуумъ съ его индивидуальностью входитъ, какъ составная часть, въ самую общественную организацію. Но это-то и есть счастливая особенность общественной организаціи, что она оказывается возможной безъ поглощенія и безъ уничтоженія отдѣльной жизни составляющихъ ее единицъ, чего мы не видимъ въ животномъ организмѣ съ его совершенно обезличенными клѣточками. Это-то и есть черта высокаго совершенства, что гармонія цѣлаго совмѣщена въ общественной организаціи съ полнымъ богатствомъ отдѣльной жизни индивидуумовъ. Индивидуумъ здѣсь, оставаясь индивидуумомъ, въ то-же время входитъ въ составъ тѣхъ или другихъ общественныхъ органовъ, а его индивидуальная жизнь, не теряя своего индивидуальнаго характера, въ то-же время оказывается составною частью настоящихъ общественныхъ процессовъ. Мы не имѣемъ здѣсь возможности развивать только-что высказанныя общія положенія, но они должны послужить намъ необходимымъ подспорьемъ къ пониманію тѣхъ явленій, которыя насъ здѣсь занимаютъ. Явленія эти психологически принадлежать къ области воли, и намъ надо показать, что индивидуальная воля отдѣльныхъ членовъ общества, дѣйствуя въ одну сторону, порождаетъ *право*, а, дѣйствуя въ другую сторону, порождаетъ самопроизвольный общественный контроль надъ согласіемъ дѣйствій гражданъ съ правомъ.

Представимъ себѣ человѣческое общество. На какой-бы низкой ступени ни стояли составляющіе его индивиды, но ихъ психологическихъ данныхъ всегда достаточно для того, чтобы ихъ индивидуальная воля трансформировалась въ волю общественную и, въ результатѣ, давала тотъ своеобразный общественный продуктъ, который мы именуемъ правомъ. Возьмемъ какое-либо дѣйствіе, которое уже на раннихъ ступеняхъ развитія, способно затрогивать человѣческую волю и вызывать по отношенію къ себѣ энергичную реакцію со стороны послѣдней. Таково, напр., лишеніе жизни человѣческаго существа. Мы такъ теперь сжились уже съ трансформированнымъ общественнымъ отношеніемъ нашей воли къ этому факту, что намъ трудно даже представить себѣ первоначальное, чисто индивидуальное къ нему отношеніе. Но это послѣднее нѣкогда, несомнѣнно, существовало и послужило исходной точкой для нынѣ-

шняго состоянія. Теперь воля каждого изъ насъ направлена на то, чтобы не убивали *никого*. Но такъ было не всегда. Исходной точкой нынѣшняго состоянія послужило, несомнѣнно, то состояніе когда воля индивидуума была направлена только на то, чтобы не убивали *его самого*, да еще развѣ наиболѣе близкихъ лицъ (кровныхъ родственниковъ). Трансформация этой индивидуальной воли въ волю общественную, которая даетъ положеніе права, дѣйствующее на все общество, совершилась благодаря психологическимъ даннымъ индивидуума, — частію благодаря тому, что его добрыя чувства—симпатіи и расположенія (элементъ болѣе неподвижный)—поддались расширенію на всякаго члена общества, а еще больше благодаря его интеллекту (элементъ болѣе подвижной), который мало-по-малу составилъ себѣ убѣжденіе, что лучший способъ защищать свою собственную жизнь въ общественной средѣ—это настаивать на томъ, чтобы не убивали никого. Итакъ, мы видимъ, что индивидуальная воля, измѣнившись постепенно въ своемъ содержаніи, благодаря этому, а также тому, что это измѣненіе произошло у всѣхъ и въ одномъ и томъ-же направленіи,—не переставая быть индивидуальной, дала начало волѣ общественной, а эта послѣдняя выдѣлила изъ себя положеніе права: *не убій*.

Говоря объ образованіи общественной воли и о кристаллизациі въ общественной средѣ положеній права, мы должны ограничиться приведеннымъ примѣромъ, который нуженъ намъ, какъ схема того, что представляетъ собою право, какъ живой общественный продуктъ. Безъ этой схемы мы не могли-бы съ ясностью показать, въ чемъ состоитъ и какъ возникаетъ тотъ самопроизвольный общественный контроль надъ согласіемъ дѣйствій съ правомъ, который непосредственно насъ здѣсь интересуетъ. Вѣдь, самопроизвольный общественный контроль составляетъ, какъ уже было сказано, только психологическое продолженіе того волевого процесса, который порождаетъ собою право. А если такъ, то намъ надо было со всею ясностью представить себѣ, какова именно та воля, которая выражается въ правѣ. До сихъ поръ мы довольствовались характеристикой ея, какъ воли общественной, а теперь мы раскрыли, что это, въ то-же время, и воля индивидуальная, воля каждого отдѣльнаго гражданина, но только трансформированная въ общественномъ направленіи и притомъ

такъ искусно, что, не теряя своего индивидуальнаго существованія, воли всѣхъ гражданъ, въ своей совокупности, образуютъ нѣчто такое, что мы можемъ трактовать, какъ совершенно отдѣльный и самостоятельный чисто общественный фактъ, именно какъ волю общественную, т. е. принадлежащую *цѣлому* обществу. Норма права, какъ выраженіе особенной общественной воли, какъ особый общественный фактъ — есть то-же самое, что рисунокъ, образованный растеніями въ ковровомъ цвѣтникѣ. Этотъ рисунокъ есть несомнѣнный отдѣльный фактъ, фактъ цѣлой грядки, а не каждого отдѣльнаго растенъица,—и въ то-же время онъ имѣетъ самое тѣсное отношеніе къ каждому растенъицу, онъ существуетъ именно въ нихъ: онъ есть результатъ такого искуснаго расположенія растенъицъ, что каждое изъ нихъ живетъ для себя и, въ то-же время, и для того рисунка, который они образуютъ своимъ сообществомъ.

Выше мы сказали, что исходнымъ моментомъ для праваго развитія послужила чистая *индивидуальная* воля; что общественная воля, настаивающая, въ формѣ правовой нормы, на томъ, чтобы *никто* *никого* не убивалъ, есть только трансформированная индивидуальная воля, содержаніе которой исчерпывалось формулой: не убивай *меня*. Если мы спустимся, хотя-бы только схематически, къ этому началу общественности и праваго развитія, то мы должны будемъ сказать, что въ то время не было и не могло быть и самопроизвольнаго *общественнаго* контроля каждого надъ поведеніемъ другихъ. Тогда могъ существовать только *индивидуальный* контроль надъ поведеніемъ другихъ. Каждый слѣдилъ за поведеніемъ другого, но лишь постольку, поскольку это послѣднее могло затронуть его и только его самого. Когда индивидуумъ, напр., видѣлъ, что другой индивидуумъ дѣлаетъ приготовленія къ совершенію убійства, но не относящіяся къ нему самому, а къ какому-либо третьему лицу, то онъ оставался совершенно равнодушенъ къ такому поведенію, оно не затрагивало ни его воли, ни его чувства,—такое поведеніе не возбуждало въ немъ никакой двигательной реакціи. Но какъ только индивидуальная воля человѣческаго существа тронулась въ путь по направленію къ трансформированію въ общественную, какъ только она (во взятомъ нами примѣрѣ) стала передвигаться отъ формулы: не убивай *меня*, къ формулѣ: не убивай *никого*, такъ тотчасъ-же,

рядомъ и въ тактъ съ этой трансформаціей, зародился и сталъ двигаться впередъ самопроизвольный *общественный* контроль со стороны каждаго надъ поведеніемъ другихъ. Стало исчезать полное равнодушіе гражданина къ такому поведенію другихъ, которое не затрогивало непосредственно его самого, и въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ совершилось уже его правовое развитіе, въ какихъ его индивидуальная воля успѣла трансформироваться въ общественную, — индивидуумъ сталъ интересоваться и слѣдить за такимъ поведеніемъ другихъ, которое его самого непосредственно не затрогиваетъ и не касается. Зародился въ обществѣ и сталъ крѣпнуть тотъ, чисто общественный, фактъ, что отдѣльные индивидуумы стали впечатлительны и воспріимчивы къ поведенію однообщественниковъ въ предѣлахъ болѣе широкаго круга фактовъ, чѣмъ тѣ, которые непосредственно отзывались на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности.

Но мы выше сказали, что самая впечатлительность или воспріимчивость индивидуума къ различнаго рода фактамъ, которые доходятъ до его сознанія, бываетъ различна, при чемъ тотъ психологическій механизмъ, который регулируетъ эту воспріимчивость по отношенію къ ея *степени*, мы назвали *вниманіемъ*. А если такъ, то зарожденіе и развитіе самопроизвольнаго общественнаго контроля надъ поведеніемъ гражданъ съ точки зрѣнія его согласія съ правомъ должно затронуть и эту способность вниманія. Вниманіе гражданъ къ правонарушеніямъ, съ ходомъ общественнаго развитія, должно трансформироваться изъ индивидуальнаго въ общественное и, вмѣстѣ съ тѣмъ, повышаться. Это такъ и есть на самомъ дѣлѣ.

Правонарушеніе, какъ и всякое другое дѣйствіе въ общественной средѣ, затрогиваетъ непосредственно ограниченный кругъ лицъ, получающихъ отъ него какія либо выгоды, или, наоборотъ, претерпѣвающихъ невыгоды. Въ этомъ сравнительно тѣсномъ кругу непосредственно затронутыхъ имъ лицъ правонарушеніе возбуждаетъ чисто *индивидуальное* вниманіе. Послѣднее, по своей степени, является довольно напряженнымъ, хотя, конечно, его напряженіе будетъ весьма различнымъ въ зависимости отъ характера правонарушения: напряженность вниманія, напр., по отношенію къ тяжкому преступленію будетъ совершенно иной, чѣмъ по отношенію къ простому гражданскому правонарушенію. Но, во всякомъ случаѣ, и это

индивидуальное вниманіе по отношенію къ правонарушеніямъ будетъ всегда повышеннымъ по сравненію съ такимъ-же индивидуальнымъ вниманіемъ ко многимъ другимъ явленіямъ, совершающимся передъ человѣкомъ и вокругъ него, такъ какъ правонарушения суть факты, серьезно затрогивающіе жизненные интересы тѣхъ, кого они непосредственно касаются съ выгодной или невыгодной стороны. Однако этимъ, чисто индивидуальнымъ вниманіемъ къ правонарушеніямъ въ кругъ тѣхъ лицъ, интересы которыхъ они непосредственно затрогиваютъ, далеко не исчерпывается все то вниманіе, какое ими возбуждается въ общественной средѣ.

Общественная жизнь, своей долгой эволюціей, уже успѣла присоединить къ чисто индивидуальному вниманію гражданъ по отношенію къ правонарушеніямъ весьма значительный плюсъ *общественнаго* къ нимъ вниманія; послѣднее даетъ о себѣ знать, во-1-хъ, тѣмъ интересомъ къ правонарушеніямъ, который въ развитомъ общественномъ быту возникаетъ и у лицъ, непосредственно и прямо нисколько ими не затрогиваемыхъ, а, во-2-хъ, повышеніемъ чувства протеста противъ правонарушеній и у тѣхъ лицъ, которыя ими затрогиваются непосредственно. Чтобы дать наглядное (хотя и въ отрицательной формѣ) представленіе о томъ, какую психологическую величину мы разумѣемъ, говоря объ *общественномъ* вниманіи къ правонарушеніямъ, мы позволимъ себѣ указать на пословицу: «моя хата съ краю, я ничего не знаю», какъ являющуюся продуктомъ и выраженіемъ такого состоянія общественнаго быта, когда *общественнаго* вниманія къ происходящимъ въ обществѣ фактамъ, въ частности, къ правонарушеніямъ, существуетъ мало,—когда послѣднія возбуждаютъ протестъ и занимаютъ собою только тѣхъ, кого они непосредственно затрогиваютъ. Это то состояніе общественнаго быта, когда совершившій насиліе надъ слабѣйшимъ искренно готовъ удивляться тому, что кто-нибудь за него заступается, готовъ даже негодовать на фактъ заступничества, и, не безъ искренняго чувства своей правоты, посылать заступнику упреки въ такомъ родѣ: «какое тебѣ до этого дѣло,—вѣдь, я тебя не трогалъ» и т. п. Это такое состояніе общественнаго быта, при которомъ безкорыстные протесты противъ правонарушеній со стороны такихъ, напр., лицъ, какимъ былъ докторъ Гаазъ, создаютъ послѣднимъ репутацію «чудаковъ»

или «беспокойныхъ людей». — «Докторъ Гаазъ — чудакъ» — да, вѣдь, это тотъ небольшой психологическій фрагментъ, по которому, какъ по зубу какого-нибудь допотопнаго животнаго, можно возстановить весь нашъ, вовсе, впрочемъ, не ископаемый, а далеко еще не отошедшій въ исторію общественный бытъ, при которомъ общество представляетъ изъ себя пустыню, не дающую отклика на голосъ, призывающій его къ праву и закону. Полную противоположность такому состоянію быта представляетъ то состояніе, при которомъ всякое правонарушеніе привлекаетъ къ себѣ вниманіе и вызываетъ противъ себя чувство протеста не только у лицъ, прямо имъ задѣтыхъ, но и въ кругу лицъ, непосредственно не затронутыхъ, — въ кругу болѣе или менѣе обширномъ, а иногда захватывающемъ и все общество, — смотря по важности совершеннаго правонарушения. Въ этомъ болѣе развитомъ состояніи общественнаго быта совершенное въ немъ правонарушеніе привлекаетъ къ себѣ напряженное общественное вниманіе, вызываетъ рѣзкій общественный протестъ; здѣсь о совершенномъ правонарушеніи *все* говорятъ, выражаютъ сочувствіе и оказываютъ помощь потерпѣвшимъ, здѣсь правонарушеніе становится предметомъ общественнаго обсужденія въ могущественной формѣ печатнаго слова и пр., и пр.; словомъ, здѣсь происходитъ значительный подъемъ и напряженное выраженіе *общественныхъ* чувствъ, вызываемыхъ правонарушеніемъ; такая среда — не пустыня, а она *звучитъ* въ отвѣтъ на призывъ къ правдѣ и закону. Въ такой средѣ докторъ Гаазъ считался-бы не чудакомъ и не беспокойнымъ человѣкомъ, а общественнымъ украшеніемъ, соціальной драгоценностью ¹⁾).

Изложенное даетъ намъ право сказать, что въ болѣе или менѣе развитомъ общественномъ быту многіе факты человѣческаго поведения и, въ особенности, правонарушения возбуждаютъ не только

¹⁾ При нынѣшней огромной и весьма легкой психологической проводимости общественной среды, обусловленной чрезвычайнымъ развитіемъ средствъ передачи и распространенія человѣческаго слова, а, вмѣстѣ съ нимъ, и всего содержимаго человѣческой психики — мысли, чувства, воли — общественно-психологическіе процессы принимаютъ нерѣдко характеръ не только національныхъ, но даже всемірныхъ, космополитическихъ. Поразительный примѣръ такой космополитизации того самаго общественнаго явленія, которое насъ теперь

индивидуальный интерес и вниманіе къ нимъ со стороны тѣхъ лицъ, кого они непосредственно задѣваютъ, но и вниманіе *общественное*, функционирующее, какъ настоящее общественное отправление, какъ, своего рода, общественная служба, добровольно и охотно исполняемая всей массой гражданъ. Будучи психологически направлена противъ правонарушителей и правонарушеній, она играетъ роль настоящаго контроля надъ поведеніемъ гражданъ, съ точки зрѣнія его соответствія велѣніямъ права,—контроля, всецѣло идущаго на пользу права. Этотъ общественный контроль и составляющее его психологическое напряженіе общественныхъ чувствъ требуетъ себѣ, какъ уже было сказано выше, *двигательнаго* исхода: оно требуетъ себѣ разрѣшенія въ *реакціи* противъ правонарушения. На первыхъ ступеняхъ быта эта реакція наступала, вѣроятно, въ совершенно неорганизованномъ видѣ противодѣйствія правонарушенію первыми попавшимися средствами ¹⁾, но уже очень рано она начинаетъ преобразовываться въ организованное дѣйствіе общественной власти, принимающей на себя функцію преслѣдованія правонарушеній. Однако это обособленіе, собственно, двигательной реакціи противъ правонарушения отъ общественной массы и пре-

занимаетъ, представляетъ собою знаменитое дѣло Дрейфуса во Франціи. Всѣмъ еще памятно то страстное вниманіе, съ какимъ пѣлый міръ, затаивъ дыханіе, слѣдилъ за всѣми перипетіями славной борьбы за право и истину, которую съ неослабѣвавшимъ мужествомъ вели французскіе *intellectuels* въ своемъ отечествѣ. Но, вѣдь, это страстное вниманіе какъ разъ и было тѣмъ *общественнымъ* вниманіемъ къ правонарушенію, о которомъ мы только-что говорили въ текстѣ, но лишь принявшимъ колоссальные размѣры всемірнаго явленія.

¹⁾ Это хорошо подтверждается характеромъ нѣкоторыхъ, древнихъ по своему происхожденію, формъ наказанія. Таково, напр., низверженіе съ Тарпейской скалы въ Римѣ. По топографіи Рима, это было именно первое попавшееся средство излить народный гнѣвъ надъ преступникомъ и причинить ему смерть. Путемъ повторенія оно сдѣлалось традиционнымъ и превратилось въ установленную форму наказанія для извѣстныхъ преступленій. На другомъ концѣ Европы и въ другую эпоху оказался городъ, въ которомъ не было скалы, но за то была рѣка съ мостомъ (Великій Новгородъ), и вотъ сбрасываніе преступниковъ съ моста въ рѣку получило здѣсь характеръ наказанія, вполне аналогичнаго низверженію съ Тарпейской скалы въ Римѣ.

вращеніе ея въ специфическое дѣйствіе общественной власти не порываетъ окончательно ея первоначальной связи съ этой общественной массой. Напряжение чувствъ, вызываемое правонарушеніемъ въ общественной средѣ, по самой своей природѣ, не можетъ быть совершенно лишеннымъ двигательнаго исхода. И вотъ мы видимъ, что если общественная власть правильно исполняетъ свою роль, какъ реагента противъ правонарушеній, то двигательная потенція общественнаго настроенія разрѣшается въ дѣйствія, способствующія и помогающія общественной власти выполнять предназначенную ей здѣсь роль. Если-же общественная власть выполняетъ свою роль плохо, то общественное настроеніе начинаетъ разрѣшаться дѣйствіями, понуждающими (прямо или косвенно) общественную власть къ лучшему выполненію отведенной ей роли, а, отчасти, начинаетъ возвращаться въ свое прежнее русло неорганизованнаго противодѣйствія правонарушеніямъ собственными силами и средствами. Последнее представляетъ собою уже явленіе настоящаго атакизма въ общественномъ быту и, съ точки зрѣнія правильного развитія, совершенно нежелательно,—за то первое надо считать весьма цѣннымъ для правовой жизни общества фактомъ, служащимъ широкой и прочной опорой для дѣятельности самой общественной власти въ сферѣ преслѣдованія правонарушеній. И чѣмъ выше развитіе общества, чѣмъ большимъ довѣріемъ гражданъ пользуется общественная власть, тѣмъ все больше сосредоточивается двигательная потенція общественнаго настроенія по отношенію къ совершающимся правонарушеніямъ въ желаніи гражданъ помочь всѣми зависящими отъ нихъ средствами общественной власти въ раскрытіи и преслѣдованіи ею правонарушеній.

Итакъ, въ развитой общественной средѣ поведеніе гражданъ, поскольку оно соотвѣтствуетъ или не соотвѣтствуетъ велѣніямъ права, стоитъ подъ надзоромъ и контролемъ всей общественной среды. Непосредственно и ближайшимъ образомъ этотъ надзоръ или контроль возникаетъ у лицъ, соприкасающихся съ правонарушеніемъ, но затѣмъ онъ диффундируетъ дальше въ общественную среду, превращаясь въ настоящий общественный протестъ противъ правонарушеній, требующій себѣ двигательнаго исхода.

§ 3. Организованная провѣрка согласія дѣйствій съ правомъ.

Въ предыдущемъ мы показали, что разъ право есть *выраженная воля*, то оно не можетъ остановиться только на одномъ своемъ выраженіи во-внѣ: стремясь къ осуществленію, всякая живая воля, послѣ того какъ она выразилась, съ психологической необходимостью требуетъ дополненія себѣ въ видѣ чистаго интеллектуальнаго процесса *провѣрки* того, исполняютъ-ли ее тѣ, къ кому она относилась, или нѣтъ. За этимъ интеллектуальнымъ процессомъ провѣрки должно послѣдовать или самоудовлетвореніе воли и покой, или неудовлетворенность ея и новая дѣятельность, т. е. новые волевые акты.

Высказавши эту истину въ ея общемъ видѣ, мы затѣмъ (§ 2) иллюстрировали сказанное, раскрывши передъ читателями тотъ видъ провѣрки согласія дѣйствій съ правомъ, который лучше всего можно назвать самопроизвольнымъ общественнымъ контролемъ надъ поведеніемъ гражданъ. Этотъ видъ контроля представляетъ собою неорганизованный, самозарождающійся въ общественной средѣ и самопротекающій психологическій процессъ, заключающій однако въ себѣ всѣ признаки той *провѣрки* дѣйствій, которая необходимо требуется для права, какъ выраженной во-внѣ общественной воли. Разсмотрѣніе этого самопроизвольнаго общественнаго контроля показало намъ въ немъ настоящую общественную функцію, которая, съ дальнѣйшимъ ходомъ общественной эволюціи, не могла, конечно, остаться въ своемъ первоначальномъ видѣ, а должна была получить извѣстную организацію. Однако какую-бы организацію ни получило въ обществѣ выполненіе этой функціи, сама по себѣ она остается все той-же функціей общественнаго контроля надъ согласіемъ дѣйствій гражданъ съ правомъ, и чтобы лучше понять самое ея существо, едва-ли не выгодноѣе предварительно ознакомиться съ ней въ ея простѣйшемъ, эмбриологическомъ, т. е. неорганизованномъ видѣ. Но послѣ того какъ выяснено, въ чемъ именно состоитъ извѣстная функція, является, конечно, въ высшей степени интереснымъ и важнымъ прослѣдить процессъ ея постепенной организаціи, чтобы закончить полнымъ уясненіемъ себѣ того вида этой общественной функціи, какой она имѣетъ въ настоящее время. Однако, вмѣстѣ и эти задачи въ предѣлы настоящаго сочиненія мы уже

не можемъ,—для цѣльнаго монографическаго изученія того интеллектуальнаго процесса, который насъ здѣсь интересуетъ, вполне достаточно одного *указанія* на то, что онъ совершается не только ante factum, но и post factum, играя въ послѣднемъ случаѣ роль настоящей общественной функціи. Не нарушая ни цѣльности нашей темы, ни связи ея частей, мы могли-бы уже поставить здѣсь *точку* и закончить настоящую, послѣднюю главу нашего изслѣдованія. Но намъ хочется указать еще и подчеркнуть одинъ выводъ, полное обоснованіе и доказательство котораго придется отложить до другого раза.

Основная задача права, какъ и всякой выраженной во-ли,—добиться своего осуществленія въ дѣйствительности. Право должно найти свое осуществленіе въ поведеніи гражданъ, путь этого осуществленія—*повиновеніе* праву, а это повиновеніе возможно только на почвѣ *сознательнаго* согласованія своихъ дѣйствій съ велѣніями права. Не трудно видѣть, что при такомъ—чисто психологическомъ—механизмѣ своего осуществленія право не всегда получить его на самомъ дѣлѣ. Препятствіемъ къ осуществленію можетъ оказаться или *непокорная воля* гражданина, даже при умѣнши его правильно распознать велѣніе права, или *неумѣнье* распознать это велѣніе, даже при полной охотѣ ему повиноваться. И какъ-бы то ни было—по той, или по другой причинѣ—но въ обществѣ непременно должны оказаться *правонарушенія*. Реакція противъ этихъ правонарушеній—въ развитомъ юридическомъ быту—заранѣе предусмотрена и точно опредѣлена,—и не только по отношенію къ ней самой, но и по отношенію къ тѣмъ органамъ и лицамъ, которые должны привести ее въ исполненіе. Слѣдовательно, въ отвѣтъ на правонарушеніе—всякій разъ должна послѣдовать опредѣленная реакція, т. е. *опредѣленная исполнительная дѣятельность* со стороны органовъ общественной власти. Но эта исполнительная дѣятельность, какъ это для насъ теперь совершенно ясно, не можетъ непосредственно примыкать и безъ промежутка слѣдовать за нарушеніемъ велѣній права—между ними непременно должна быть вставлена та специфическая дѣятельность, которую мы изучаемъ въ настоящемъ изслѣдованіи,—дѣятельность *распознавательная*, направленная на констатированіе того, что нарушеніе, дѣйствительно,

произошло и что оно произошло въ видѣ *такихъ-то* фактовъ и въ *такой-то* квалификаціи. Подобно тому какъ гражданинъ, чтобы повиноваться праву, долженъ сперва распознать его велѣнія, также точно и общественная власть, чтобы осуществить ту дѣятельность, какую ей предписываетъ право на случай его нарушеній, должна сперва *распознать* эти нарушенія. Не распознавши того, что правонарушеніе *произошло*, нельзя приступать къ какой-бы то ни было исполнительной дѣятельности,—не распознавши, *каково* оно, нельзя выбрать *надлежащей* исполнительной дѣятельности.

Но кто долженъ производить эту распознавательную дѣятельность, долженствующую предшествовать исполнительной реакціи противъ правонарушеній? Казалось-бы, что проще всего предоставить это самимъ исполнительнымъ органамъ. Такъ это и было исторически, и такъ это еще и до сихъ поръ остается по отношенію къ нѣкоторымъ весьма важнымъ частямъ права. Но такой порядокъ не есть самый лучшій, ибо онъ недостаточно обезпечиваетъ *правильность* того процесса распознаванія, который здѣсь требуется. А между тѣмъ правильное распознаваніе согласія дѣйствій съ правомъ именно на этомъ пунктѣ, т. е. непосредственно передъ реакціей противъ правонарушеній, имѣетъ чрезвычайную и исключительную важность. Это—тотъ критическій пунктъ, на которомъ право или окончательно торжествуетъ, если процессъ контрольнаго распознаванія производится правильно,—или терпитъ окончательное поражение, если онъ производится неправильно,—пораженіе тѣмъ болѣе горькое, что *не-право* въ этомъ случаѣ получаетъ свободный пропускъ въ жизнь подъ видомъ права. Опытъ показываетъ, что если въ этомъ критическомъ пунктѣ распознаваніе права производится правильно, то это оказываетъ благотворное вліяніе на весь общественный бытъ, возбуждая у гражданъ охоту слѣдовать велѣніямъ права,—наоборотъ, если оно здѣсь производится неправильно, то это пагубно отражается во всемъ обществѣ, соблазняя членовъ его къ правонарушеніямъ, которыя остаются часто безнаказанными и даже не провозглашенными.—И вотъ мы видимъ, что историческая эволюція, организуя процессъ общественнаго контроля надъ поведеніемъ гражданъ съ точки зрѣнія его согласія съ правомъ, привела къ установленію особыхъ, специальныхъ учреждений, которыя выпол-

няютъ этотъ контроль, какъ свою существенную и исключительную функцію. Эти учрежденія суть *суды*, и если мы хотимъ правильно характеризовать ихъ мѣсто и роль въ юридическомъ быту общества, то мы должны сказать, что это учрежденія, поставленные (или должны быть поставленными) совершенно отдѣльно отъ исполнительныхъ органовъ и предназначенныя къ одной роли—распознавать согласіе или несогласіе дѣйствій съ правомъ, послѣ того какъ эти дѣйствія совершены, а также опредѣлять, въ согласіи съ правомъ, тѣ фактическія послѣдствія, какія должны постигать правонарушителей. Это—основная и первичная роль судовъ,—очевидно, что она не исполнительная, а только интеллектуальная, распознавательная. Съ этой точки зрѣнія, надо сказать, что роль суда состоитъ не въ *защитѣ* права, какъ это обыкновенно утверждаютъ, а въ его *распознаваніи*, т. е. въ совершеніи того самаго интеллектуальнаго процесса, который нами описанъ въ настоящемъ сочиненіи. Говоря это, мы должны добавить—и охотно беремъ это на свою отвѣтственность—, что вся огромная роль судовъ по отношенію къ праву ¹⁾ связана именно съ тѣмъ, что они его *распознаютъ* ²⁾, а не съ тѣмъ, что они его, будто-бы, защищаютъ, такъ какъ они его

¹⁾ Роль эта такова, что, по мнѣнію многихъ, которое мы считаемъ совершенно справедливымъ, безъ суда не можетъ быть и настоящаго, т. е. имѣющаго силу надъ дѣйствительностью, закона. Такъ, *M. Treilhard*, одинъ изъ редакторовъ французскаго *Code de procédure civile*, въ рѣчи, произнесенной имъ въ законодательномъ собраніи при представленіи и въ защиту проекта этого кодекса, выразился по этому предмету такъ: „C'est aux tribunaux que l'application en (des lois) est confiée; c'est là, s'il est permis de le dire, que la loi est vivante en effet“ (Discours de M. Treilhard—„Code de procéd. civ.“, Leps., 1807, Motifs, p. 4).—Ту-же мысль высказалъ и *Casimyr* въ своей „Системѣ“: „erhält es (das Recht) im Staat, durch Aufstellung des Richteramtes, Leben und Wirklichkeit“ („System“, B. I, S. 23).

²⁾ Слѣдую традиціонному воззрѣнію, всѣ видятъ роль судовъ въ *защитѣ* права. Но поразительно, какъ иногда истина даетъ о себѣ знатъ своею собственною силою вопреки всякой теоріи. Приведемъ одинъ случай этого рода. Въ ноябрѣ 1899 г., по случаю исполнявшагося 35-тилѣтія Судебныхъ Уставовъ въ С.-Петербургскомъ юридическомъ обществѣ было произнесено нѣсколько юбилейныхъ рѣчей. Однимъ изъ ораторовъ выступилъ нашъ маститый адвокатъ и ученый *В. Д. Спасовичъ*. Указавъ въ своей рѣчи на то громадное значеніе, какое имѣли у насъ Судебные Уставы для дѣйствительнаго вод-

вовсе не защищают, если только слову «защита» сохранять истинный и собственный смысл исполнительной дѣятельности, а не расширять этого смысла до полной неопредѣленности.

Вотъ это и есть тотъ выводъ, который мы хотѣли высказать здѣсь-же, но развитие и обоснованіе котораго составить задачу другого сочиненія.

воренія въ жизни закона, онъ, между прочимъ, сказалъ: „Судебные Уставы сдѣлали только то, что введенъ независимый отъ администраціи, самостоятельный судъ, не распоряжающійся ничѣмъ, но только изрекающій, что въ правоотношеніяхъ законно и что незаконно“ („Право“, 1899, № 48, стр. 2273).—Да, вотъ это именно и есть истинная роль суда: *изрекать*, что законно и что незаконно, а не распоряжаться и не исполнять. Только своими изреченіями (рѣшеніями), если они правильны, суды и водворяютъ въ жизнь законъ,—только ими они и могутъ быть сильны или, наоборотъ, слабы. Наши прежніе суды были плохи, потому что они плохо *изрекали*, а нынѣшніе лучше ихъ, потому что они лучше ихъ изрекаютъ.—В. Д. Спасовичъ такъ превосходно выразился о роли нашихъ судовъ, потому что онъ былъ въ эту минуту очень далекъ отъ всякой теоріи, а просто оцѣнивалъ факты и ихъ жизненную зависимость, и его проинициательность подсказала ему вполне правильный выводъ, идущій въ совершенный разрѣзъ съ общепринятой теоріей.

ОБЩЕЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ.

На протяжении всего предыдущаго изложенія мы старались, выражаясь языкомъ психологовъ, *анперцепировать* (умственно схватить) во всей его цѣлости и въ его существенной роли по отношенію къ праву—тотъ интеллектуальный процессъ распознаванія права, безъ котораго осуществленіе права совершенно невысказано. Въ главѣ *первой* нашей работы мы показали, что такъ какъ само право есть величина психологическая и такъ какъ механизмъ его осуществленія также чисто психологическій, то процессъ распознаванія того, чего именно желаетъ право въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, всегда *долженъ* имѣть мѣсто при осуществленіи права. Въ главѣ *второй* мы показали логическую структуру этого распознаванія и тѣ элементы, изъ которыхъ оно состоитъ. Въ главѣ *третьей*—самой обширной—мы детально прослѣдили, какъ это распознаваніе права производится въ дѣйствительности: мы показали сперва, *изъ какихъ частей* слагается это распознаваніе (отысканіе нормы или нормъ въ ихъ подлинномъ текстѣ, установленіе правоположенія, направленнаго какъ разъ на данный случай, и, наконецъ, конкретизація элементовъ правоположенія); мы указали затѣмъ, *кто* долженъ производить это распознаваніе по предписанію положительнаго закона; наконецъ, мы отмѣтили, какой видъ принимаетъ и какіе продукты даетъ это распознаваніе права, какъ социальное явленіе (обособленіе особаго класса знатоковъ права и юридическихъ совѣтниковъ и организація этого распознаванія, какъ особой дѣятельности, порождающей соотвѣтственную науку—догматическую юриспруденцію). Въ послѣдней, *четвертой*, главѣ мы показали, что тотъ-же самый процессъ распознаванія права требуется и *послѣ*

совершения поступка, долженствовавшего осуществить право; что это распознавание *post factum* имѣетъ значеніе общественнаго контроля или провѣрки согласія дѣйствій съ правомъ и что этотъ контроль возникаетъ въ общественной средѣ совершенно самопроизвольно, составляя необходимое дополненіе и продолженіе самой правовой воли, разъ она живетъ и дѣйствуетъ; что затѣмъ этотъ контроль получаетъ общественную организацію и что послѣдній шагъ этой организаціи составляетъ учрежденіе *судовъ*, предназначенныхъ только и исключительно къ тому, чтобы производить, въ качествѣ законнаго и окончательнаго авторитета, распознаваніе согласія съ правомъ поступковъ гражданъ.

Нельзя сказать, чтобы указаніемъ на тотъ интеллектуальный процессъ, который требуется для осуществленія права, мы дѣлали настоящее открытіе, т. е. указывали такой предметъ, котораго до сихъ поръ никто не вѣдалъ и не зналъ; наоборотъ, всякій, въ сущности, очень хорошо знаетъ, что *при* и *для* осуществленія права необходима умственная работа, такъ что указаніе на нее можетъ быть сочтено даже тавтологіей. Но дѣло въ томъ, что до сихъ поръ эта самая умственная работа, которая требуется для осуществленія права, оставалась за порогомъ научнаго размысленія; если ее и изслѣдовали и иногда даже очень подробно (напр., въ ученіи о толкованіи), то только по частямъ и притомъ безъ надлежащей общей точки зрѣнія; поэтому она оставалась совершенно не выясненной, *какъ цѣлое*, и еще меньше того сознавалось и сознается ея значеніе и роль въ общей жизни права; первую часть задачи изученія интересующаго насъ здѣсь умственнаго процесса (уяснить себѣ его, какъ цѣлое) мы старались, по мѣрѣ своихъ силъ, выполнить въ настоящей работѣ; что-же касается второй части той-же задачи (выяснить роль и значеніе того-же интеллектуальнаго процесса для жизни и осуществленія права), то здѣсь мы его могли только намѣтить, оставляя полную разработку этого предмета до другого сочиненія. И только для того, чтобы дать понятіе о *величинѣ* этого значенія, мы вынуждены были выставить, пока голословное, утвержденіе, что роль и задача *судовъ* вполне совпадаетъ съ интеллектуальнымъ процессомъ распознаванія согласія дѣйствій съ правомъ. Этимъ мы выдаемъ, конечно, на себя обязательство доказать въ ближайшемъ

будущемъ это положеніе, но за то оно показываетъ въ надлежащемъ масштабѣ все огромное значеніе для права изслѣдованнаго нами умственного процесса.—Однако здѣсь, въ заключеніе этой работы, намъ хочется формулировать роль описаннаго нами интеллектуальнаго процесса и его значеніе для права въ выраженіяхъ еще болѣе общихъ,—самыхъ общихъ, какія только могутъ быть здѣсь уместны. Попытаемся это сдѣлать.

Едва-ли не самый сильный и, во всякомъ случаѣ, самый блестящій умъ, какой только размышлялъ надъ явленіями права—мы разумѣемъ, конечно, Рудольфа Іеринга—уже давно (еще въ «Духѣ римскаго права») указалъ на то, что изученіе права должно быть не только анатомическимъ, но и фізіологическимъ. «Только познаніе функций права, говоритъ Іерингъ, приводитъ къ пониманію его органовъ, фізіологія къ истинному пониманію анатоміи» ¹⁾. И вотъ именно съ точки зрѣнія фізіологіи или жизненныхъ условій существованія и дѣйствія права надо сказать, что интеллектуальный процессъ его распознаванія играетъ въ жизни права огромную роль. Можно сказать, что оно составляетъ одинъ изъ немногихъ *основныхъ моментовъ* всей жизни права. Такихъ моментовъ въ жизни права, по нашему мнѣнію, надо считать *три*. Первымъ изъ нихъ является моментъ *рожденія* или *формулированія* нормы права, последнимъ—моментъ его *осуществленія*. Въ промежуткѣ между ними, какъ моментъ нисколько не меньшей важности, надо поставить моментъ его распознаванія. Правда, съ логической точки зрѣнія, распознаваніе права играетъ служебную или подчиненную роль, ибо оно производится ради осуществленія права,—но съ точки зрѣнія реальной, какъ часть или отдѣлъ въ жизни права, оно должно быть признано столь важнымъ, что ему надо отвести самостоятельное и равноправное мѣсто на ряду съ двумя другими моментами. Подтвердить и обосновать такое представленіе о жизни права и ея основныхъ моментахъ мы не имѣемъ здѣсь возможности, но позволимъ себѣ сослаться только на одинъ фактъ, который, по нашему мнѣнію, прямо вытекаетъ изъ только что сказаннаго. Мы разумѣемъ извѣстное *трехчленное* раздѣленіе общей государственной власти на

¹⁾ „Духъ римскаго права“, русск. перев., ч. 1, С.-Пб., 1875, стр. 41.

законодательную, судебную и исполнительную. Это раздѣленіе вполне точно соотвѣтствуетъ указаннымъ тремъ основнымъ моментамъ жизни права: законодательная власть есть власть *формулировать* право; исполнительная—есть власть предпринимать дѣйствія, *дѣйствовать*; судебная—есть власть высказываться—съ обязательнымъ для всѣхъ авторитетомъ—о согласіи или несогласіи дѣйствій съ правомъ, т. е. власть окончательно *устанавливать* наличность этого согласія или несогласія. Если роль судовъ сводить къ *защитѣ*, или какъ нѣкоторые выражаются еще иначе, къ *осуществленію* (судебному) права, то не получается никакихъ оснований къ выдѣленію судебной власти, въ качествѣ особой,—тогда надо признавать въ ней только отрасль или часть власти исполнительной, какъ это и предложилъ сдѣлать извѣстный французскій процессуалистъ *Garsonnet*. По мнѣнію Гарсонне, которое надо признать, въ сущности, обязательнымъ для нынѣшней доктрины, государственную власть надо дѣлить только на законодательную и исполнительную, т. е. на мѣсто трехчленнаго дѣленія государственной власти поставить двухчленное, включивши судебную власть въ составъ исполнительной ¹⁾.—Кто-же съ послѣднимъ не согласенъ, кто желаетъ сохранить трехчленное дѣленіе, тотъ долженъ искать для судебной власти какой либо иной функции, а не видѣть ее въ *защитѣ* права, и мы думаемъ, что таковую можно найти только въ *распознаваніи* согласія дѣйствій съ правомъ, или, иначе, въ распознаваніи права *in concreto*.

¹⁾ *Garsonnet* „Traité théor. et prat. de procédure“, t. I, 1882, p.p. 1—11. Аргументируя въ пользу своего мнѣнія, онъ, въ одномъ мѣстѣ, выражается такъ: „Le pouvoir judiciaire rentre nécessairement dans le pouvoir exécutif, puisqu'il est chargé d'appliquer la loi et qu'on ne conçoit pas d'autre pouvoir dans l'Etat que celui de faire la loi et celui de l'exécuter“.... (p. 9). И, въ сущности, Гарсонне совершенно правъ: пока не признано, что въ жизни права, между его *созданіемъ* и *осуществленіемъ*, происходитъ еще процессъ его *распознаванія*, до тѣхъ поръ трехчленное дѣленіе лишено всякой теоретической опоры. И тотъ, кто на немъ все-таки настаиваетъ, этимъ самымъ, въ сущности, высказывается *противъ* нынѣшняго воззрѣнія на роль процесса, свѣдѣтельствуя объ его несостоятельности.