

Н. А. ГРЕДЕСКУЛЬ.

Приватъ-Доцентъ Императорскаго Харьковскаго Университета.

✱

289

КЪ УЧЕНЮ ОБЪ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ПРАВА.

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЙ ПРОЦЕССЪ, ТРЕБУЮЩИЙСЯ ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРАВА.

Soll diese Regel (Regel des Rechts) in das Leben übergehen, so ist es nöthig, dass wir von unsrer Seite etwas dazu thun..... Das, was von unsrer Seite gefordert wird, ist eine geistige Thätigkeit.

Savigny, System, I, 206.

Соціально-юридическое изслѣдованіе.

Центральна Наукова
БІБЛІОТЕКА при ХДУ
Інв. № _____

ХАРЬКОВЪ.

Типографія Адольфа Дарре. Московская улица, № 19.

1900.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

	Стр.
Предисловіе	V—X.
Глава I. Предварительныя замѣчанія и постановка задачи	1—44
§ 1. Право, какъ вмѣшательство въ ходъ общественной жизни	1
§ 2. На что направлено вмѣшательство права въ общественную жизнь	4
§ 3. Характеръ вмѣшательства права въ общественную жизнь	8
§ 4. Средства воздѣйствія права на жизнь	11
§ 5. Путь осуществленія права — единственный: повиновеніе праву	22
§ 6. Какъ достигается повиновеніе праву?	28
§ 7. Послѣдніе выводы и постановка задачи	37
Глава II. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, въ его логической структурѣ	45—82
§ 1. Логическій характеръ и предѣлы изслѣдуемаго процесса	45
§ 2. Логическіе элементы въ содержаніи права: 1) дѣйствіе	47
§ 3. Логическіе элементы въ содержаніи права: 2) волеизъявленіе	51
§ 4. Логическіе элементы въ содержаніи права: 3) лицо	67
§ 5. Субъективное преобразованіе свѣдѣній о правѣ	71
§ 6. Логическіе элементы содержанія права въ его субъективномъ преобразованіи	74
§ 7. Заключение	80
Глава III. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, въ его дѣйствительномъ совершеніи	83—209
§ 1. Двѣ части, на которыя распадается здѣсь вся умственная работа	83
§ 2. Конкретизація правоположенія	87
§ 3. Трудности конкретизаціи объективныхъ элементовъ права	94
§ 4. Знаетъ-ли существующая юридическая теорія процессъ конкретизаціи объективныхъ логическихъ элементовъ права	102
§ 5. Установленіе правоположенія передъ его конкретизаціей	111

§ 6. Установленіе правоооложенія передъ его конкретизаціей, какъ толкованіе нормы	124
§ 7. Двѣ черты въ господствующемъ ученіи о толкованіи . . .	151
§ 8. Отысканіе и установленіе текста нормы, подлежащей при- мѣненію въ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ	163
§ 9. Кто долженъ совершить тотъ интеллектуальный процессъ, который требуется для осуществленія права?	167
§ 10. Какъ распредѣляется процессъ распознаванія права въ об- щественной средѣ?	172
§ 11. Организанія распознавательныхъ дѣйствій, объектомъ ко- торыхъ служить содержаніе права, въ соответствующую имъ науку	178

**Глава IV. Тотъ-же интеллектуальный процессъ, но совершаемый послѣ
поступка, долженствовавшаго осуществить собою право . . . 210—231**

§ 1. Двѣ причины, обусловливающихъ собою необходимость рас- познаванія согласія поступка съ правомъ <i>post factum</i> . .	211
§ 2. Самопроизвольный общественный контроль надъ согласіемъ дѣйствій съ правомъ	215
§ 3. Организованная провѣрка согласія дѣйствій съ правомъ .	227

Общее заключеніе 232—235

Предисловіе.

Въ настоящемъ предисловіи авторъ считаетъ необходимымъ объяснить, какъ возникла эта работа,—работа, въ сущности, по общей теоріи права, исходящая отъ цивилиста по специальности.

По полученіи права на чтеніе лекцій (въ качествѣ приватъ-доцента) по кафедрѣ гражданского права и судопроизводства, автору пришлось, по порученію юридическаго факультета Императорскаго Харьковскаго Университета, взять на себя преподаваніе обязательнаго курса гражданского судопроизводства, каковое онъ и имѣть честь вести въ теченіе уже 6 лѣтъ. Естественно, что, благодаря этому, и научные интересы автора сосредоточились въ этой области и что здѣсь-же онъ сталъ искать себѣ и темы для работы, которую онъ могъ-бы представить на соисканіе ученой степени. Въ этихъ поискахъ авторъ остановился на вопросѣ о *состязательномъ началѣ*. Вопросъ этотъ въ настоящее время представляетъ огромный научный интересъ, потому что новѣйшее движеніе процессуальнаго законодательства (Германскій Уставъ 1877 г. и, въ особенности, Австрійскій Уставъ 1895 г.) идетъ въ совершенный разрѣзъ съ прочно установившимися теоретическими представленіями о существѣ состязательнаго начала. Какъ извѣстно, сущность состязательнаго начала въ гражданскомъ процессѣ усматриваютъ въ томъ, что оно ставитъ, будто-бы, судъ въ *пассивное* положеніе, предоставляя всю *активность* въ процессѣ сторонамъ ¹⁾. Но вотъ это-то пониманіе

¹⁾ „Вся инициатива, вызывающая движеніе процесса, принадлежитъ частнымъ лицамъ, а не суду“—*Малышевъ* „Курс. гражд. судопр.“, С.-Пб., 1874, т. I, стр. 353. *Антонъ Менгеръ* даже прямо характеризуетъ состязательное начало, какъ „*Passivitätsmaxime*“—„*Syst. d. österr. Civilprocessrechts*“, Wien, 1876, B. I, S. 18.

состязательнаго начала и опрокидывается фактами новѣйшихъ законодательствъ. Продолжая оставаться состязательными по своему типу, они въ то-же время рѣшительно расширяють инициативу и самодѣтельность суда, предоставляя ему право для выясненія дѣла, по своему усмотрѣнiю, не только вызывать свидѣтелей, но даже требовать къ допросу самихъ тяжущихся, подъ угрозой, что если они не явятся въ судъ или не дадутъ требуемыхъ показанiй, то это можетъ быть истолковано противъ нихъ ¹⁾. Какъ-же согласовать эти факты съ господствующей теорiей, которая не допускаетъ ихъ возможности? Очевидно, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ весьма рѣзкимъ *противорѣчiемъ* между фактами и теорiей,—противорѣчiемъ, которое настоятельно требуетъ себѣ разрѣшенiя. Игнорировать это противорѣчiе или мириться съ нимъ невозможно,—надо принять его, какъ несомнѣнный фактъ, и, памятуя ободряющее замѣчанiе *Клода Бернара*—«*Ne craignez jamais les faits contraires, car chaque fait contraire est le germe d'une découverte*»—приняться за него вплотную, поставивши его главной задачей изслѣдованiя въ этомъ вопросѣ. Пока это противорѣчiе не устранено изъ вопроса о состязательномъ началѣ, плодотворное его изслѣдованiе, очевидно, невозможно.

Итакъ, авторъ сталъ вплотную передъ этимъ противорѣчiемъ и началъ искать его разрѣшенiя. Явился вопросъ: гдѣ-же источникъ этого противорѣчiя—въ ошибкахъ-ли законодателей, которые отступили отъ правильной теорiи, или въ неправоуности теорiи, которая уже безсильна своей старой формулировкой охватывать новыя законодательныя факты? Последнее, по самому существу дѣла, представлялось гораздо болѣе вѣроятнымъ, такъ какъ направленiе законодательства въ сторону расширенiя активности суда слишкомъ упорно намѣтилось и проявилось не въ одномъ, а во многихъ законодательствахъ, что совершенно устраняетъ мысль о случайности этого явленiя ²⁾. Поэтому авторъ обратился съ соотвѣтствующимъ

¹⁾ См. ст. 183, п.п. 1 и 4 Австр. уст.

²⁾ Повидимому, и въ нашемъ будущемъ уставѣ активность гражданскаго суда будетъ расширена до тѣхъ-же предѣловъ, что и въ австрiйскомъ уставѣ. Формально я могу сослаться, въ этомъ отношенiи, на слова *А. А. Книрима*, сказанныя имъ въ засѣданiи С.-Петербургскаго юридическаго общества 25 ноября

запросомъ къ теоріи—нѣтъ-ли въ ней какого-либо существеннаго дефекта?

Необходимость построения гражданскаго процесса на основѣ состязательнаго начала выводится общепринятой теоріей изъ основнаго характера гражданскихъ правъ, а именно изъ того, что они подлежатъ *частному распоряженію* сторонъ. Это положеніе въ связи съ тѣмъ, что самый процессъ считаютъ предназначеннымъ для *защиты* или *осуществленія* (судебнаго) правъ, приводитъ къ выводу, что и ходомъ процесса должны распоряжаться стороны, а не судъ. Вѣдь, разъ рѣчь идетъ о защитѣ или осуществленіи такихъ правъ, которыя подлежатъ частному распоряженію или частной автономіи сторонъ, то, конечно, эта защита или это осуществленіе должны оставаться все время, а слѣд., и въ процессѣ, въ рукахъ этихъ-же частныхъ лицъ, а не официального органа. Отсюда требованіе, чтобы судъ былъ въ процессѣ пассивенъ, а стороны—активны,—требованіе, которое именно и считается существеннымъ содержаніемъ состязательнаго начала. Весь происходящій здѣсь ходъ мысли можно облечь въ форму такого силлогизма: 1) *большая посылка*: гражданское право подлежитъ распоряженію частнаго лица; 2) *меньшая посылка*: гражданскій процессъ есть защита или осуществленіе (судебное) гражданскихъ правъ; 3) *заключеніе*: слѣд., гражданскій процессъ долженъ подлежать частному распоряженію сторонъ. Заключение безукоризненно правильное, поскольку его выводятъ изъ данныхъ посылокъ, но, какъ мы видѣли, противорѣчащее фактамъ. Значитъ, неправильна одна изъ посылокъ! Но правильность большей посылки не подлежитъ никакому сомнѣнію,—значитъ, неправильна меньшая посылка! Вотъ выводъ, къ которому привело автора разсмотрѣніе господствующей теоріи въ ея собственномъ построеніи ¹⁾.—Въ самомъ дѣлѣ, правильно-ли считать, что процессъ есть

1899 года, что вызовъ въ судъ самихъ тяжущихся будетъ, кажется, допускаться и у насъ въ проектированномъ уставѣ гражд. судопр. См. отчетъ объ этомъ засѣданіи въ „Правѣ“, 1899, № 50, стр. 2385.

¹⁾ Плодомъ занятій автора вопросомъ о состязательномъ началѣ явилась, между прочимъ, его статья „Къ оцѣнкѣ теоріи состязательнаго начала въ гражданскомъ процессѣ“, помѣщенная въ „Журн. С.-Петербургскаго Юрид. Общества“, 1898, февраль, стр. 78—100 и мартъ, стр. 40—55.

защита права? Поставивши себѣ такой вопросъ, являющійся, очевидно, преюдиціальнымъ для всего ученія о состязательномъ началѣ, авторъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, сдвинулся съ своей первоначальной темы и, вмѣсто частнаго вопроса изъ области процесса, очутился лицомъ къ лицу передъ темой, охватывающей весь процессъ, какъ цѣлое. Какова функція или роль процесса, какъ цѣлаго юридическаго института,—вотъ задача, которую надо было рѣшить раньше, чѣмъ обратиться къ состязательному началу.—Здѣсь не мѣсто излагать всѣ тѣ основанія, которыя привели автора къ рѣшительному отрицанію господствующаго ученія о процессѣ,—но этотъ выводъ для автора былъ на лицо; вмѣстѣ съ нимъ на него легла тяжелая задача опредѣлить истинную функцію процесса. Если роль процесса, по отношенію къ праву, состоитъ не въ его защитѣ или осуществленіи,—то въ чемъ-же иномъ она состоитъ? Всестороннее размышленіе надъ этимъ предметомъ привело автора къ выводу, что функція суда и его истинная роль состоитъ въ чисто интеллектуальномъ процессѣ *распознаванія* права, притомъ не in abstracto, а in concreto—въ обстановкѣ и условіяхъ тѣхъ частныхъ случаевъ жизни, въ которыхъ право должно было найти свое осуществленіе. Съ этой точки зрѣнія, актомъ, выполняющимъ собственную функцію суда, надо считать судебное рѣшеніе; съ этой-же точки зрѣнія, исполненіе судебного рѣшенія надо считать уже актомъ внѣ-судебнымъ.

Но, пришедши къ такому выводу, авторъ очутился передъ новымъ затрудненіемъ: функціей суда онъ призналъ нѣчто такое, что само по себѣ еще не изслѣдовано или, по крайней мѣрѣ, не изслѣдовано, какъ цѣлое, и во всѣхъ своихъ частяхъ. Отсюда необходимость совершить такое изслѣдованіе, раньше чѣмъ приняться за приложеніе этой идеи къ процессу. И вотъ авторъ еще разъ сдвинулся съ темы,—общей, но относившейся къ процессу, къ темѣ, еще болѣе общей и относящейся уже ко всему праву, т. е. къ темѣ, которая принадлежит общей теоріи права. Всѣ эти метаморфозы, совершенно неизбѣжны при данномъ состояніи науки гражданского процесса, доказали автору всю справедливость словъ *Леринга*, которыя онъ невольно вспомнилъ по этому случаю: «Тому, кто хочетъ мѣрить, нуженъ масштабъ, а масштабъ для обсужденія отдѣльнаго права можетъ намъ дать только всеобщее ученіе о природѣ и о

формахъ проявленія права вообще» ¹⁾. Первоначальной мыслью автора было—*изречь* одинъ изъ частныхъ вопросовъ гражданского процесса, но оказалось, что для этого, въ нынѣшней теоріи процесса, недостаетъ масштаба, поэтому стало неизбежнымъ обратиться къ общему учению о правѣ, чтобы найти тамъ этотъ масштабъ. Вотъ почему цивилистъ по своей специальности предлагаетъ здѣсь обработку темы, лежащей въ предѣлахъ общаго учения о правѣ. Авторъ, впрочемъ, надѣется, что въ недалекомъ будущемъ ему удастся совершить обратный переходъ въ процессъ какъ разъ по тому пути, по которому онъ изъ него вышелъ,—но уже съ «масштабомъ» въ рукахъ.

Таково субъективное происхожденіе этой работы, которое, можетъ быть, будетъ ей поставлено въ упрекъ, но которое имѣло для автора силу логической необходимости.

Кромѣ этой оговорки касательно темы работы, автору хочется сдѣлать еще одну оговорку касательно ея исполненія. Кто изъ ученыхъ судей даже просто перелистаетъ эту работу, тотъ, вѣроятно, сейчасъ-же обратитъ вниманіе на то, что въ ней мало развитъ внѣшній аппаратъ учености въ видѣ ссылокъ внизу. Это тоже можетъ быть поставлено автору въ упрекъ. Но, вѣдь, этотъ аппаратъ учености долженъ составлять естественное дополненіе къ тексту, а это возможно только въ томъ случаѣ, если изслѣдуемый вопросъ хорошо разработанъ въ литературѣ. Между тѣмъ предметъ настоящаго изслѣдованія, по крайней мѣрѣ, какъ цѣлое, въ сущности, еще не разработанъ, и автору здѣсь чаще всего приходилось идти впередъ безъ посторонней помощи. Конечно, и при такихъ условіяхъ все-таки можно было-бы прибрать достаточное количество цитатъ, чтобы создать для работы внушительный «низъ», но авторъ натолкнулся въ одной старой книжкѣ на хорошее изреченіе по этому поводу и рѣшилъ оставить работу въ ея естественномъ видѣ. Изреченіе это принадлежитъ извѣстному *Thibaut* и высказано имъ въ предисловіи къ одному изъ его сочиненій. Онъ говоритъ: «Dass ich auch diese Schrift nicht durch einen Apparat gelehrter Citate weitläufig zu

¹⁾ *Лерингъ*. „Духъ римскаго права“, русск. перев., С.-Пб., 1875 г., т. I, стр. 19.

machen gesucht habe, wird mir hoffentlich von dem vorurtheilsfreien Theil meiner Leser, welcher es weiss, *wie leicht und nützlich eine solche Arbeit ist*, nicht verdacht werden» ¹⁾. Въ настоящей работѣ автору приходилось больше *думать*, чѣмъ цитировать, а кто думалъ, тотъ знаетъ, что это не легко, для тѣхъ-же, кто не думалъ, а только цитировалъ (и вверху, и внизу) сошлемся на авторитетъ *Штейнталя*: *denken ist schwer*—поставилъ онъ въ видѣ motto къ одному изъ своихъ сочиненій ²⁾).

Въ заключеніе считаю своимъ нравственнымъ долгомъ принести здѣсь глубокую благодарность своей *almae matri*—Харьковскому Университету и его юридическому факультету, куда я прибылъ, какъ чужестранецъ, изъ другой научной области, и гдѣ нашелъ свое второе отечество,—за все то доброе, что я отъ нихъ получилъ и чему въ нихъ научился.

11 Января 1900 г.

Харьковъ.

¹⁾ *Thibaut*. „Theorie der logischen Auslegung“, 2-te Aufl. Altona, 1806, S.S. 4—5.

²⁾ „Grammatik, Logik und Psychologie“, Berlin, 1855.

ГЛАВА I.

Предварительныя замѣчанія и постановка задачи.

§ 1. Право, какъ вмѣшательство въ ходъ общественной жизни.

Если-бы кто-либо захотѣлъ вполне наглядно представить себѣ все громадное значеніе права въ общественной жизни, то ему стоило-бы только вообразить, что въ какомъ-либо обществѣ, напр., въ современномъ государствѣ, право внезапно исчезло-бы или совершенно прекратило-бы свое дѣйствіе. Хотя такое предположеніе и не испугало-бы, можетъ быть, много смѣлаго философа ¹⁾, но соціологъ, достаточно взвѣшивающій, на какихъ основахъ держится чело-вѣческое общество, призналъ-бы въ немъ величайшую соціальную катастрофу, способную совершенно прекратить дальнѣйшее продолженіе общественной жизни. Уничтоженіе права знаменовало-бы собою уничтоженіе всѣхъ государственныхъ и общественныхъ учрежденій, такъ какъ составляющіе ихъ чиновники потеряли-бы всѣ опредѣляющіе моменты для своей дѣятельности: они лишились-бы всѣхъ своихъ полномочій; освободились-бы отъ всѣхъ своихъ обязанностей; наконецъ, перестали-бы получать присвоенные имъ оклады жалованья, играющаго для нихъ роль вознагражденія за ихъ дѣятельность для государства, т. е. потеряли-бы всякій личный интересъ къ продолженію этой дѣятельности. Весь живой служебный персоналъ учреждений всецѣло перешелъ-бы, такимъ образомъ, въ разрядъ

¹⁾ Напр., гр. Л. Н. Толстаго.

простыхъ обывателей.—Вмѣстѣ съ уничтоженіемъ учреждений, какъ таковыхъ, прекратилось-бы и то, что составляетъ цѣль ихъ существованія, т. е. вся ихъ дѣятельность. Общество оказалось-бы лишеннымъ государственнаго устройства, административнаго порядка и судебной дѣятельности,—преступныя дѣйствія вышли-бы изъ подъ уголовныхъ запретовъ, а частныя права и гражданскія сдѣлки оказались-бы безъ государственной защиты. Наступилъ-бы такой общественный хаосъ, о которомъ даютъ лишь очень слабое представленіе тѣ смутныя времена, когда, какъ, напр., у насъ при самозванцахъ, сила и дѣйствіе права бывали только ослаблены, а не совершенно уничтожены. По силѣ и обширности причиняемаго бѣдствія, уничтоженіе права въ какомъ-либо обществѣ можно было-бы сравнить развѣ лишь съ уничтоженіемъ въ немъ всѣхъ знаній или всѣхъ нравственныхъ понятій и чувствъ, и мы видимъ, что когда эта рана наносится обществу даже не въ самой сильной степени, а только, напр., въ видѣ уничтоженія одной верховной власти, неизбѣжно сопровождающагося общимъ ослабленіемъ права, то всѣ усилія общества бываютъ направлены въ сторону скорѣйшаго восполненія этого недостатка, и общественное бѣдствіе считается прекращеннымъ только съ достиженіемъ этого результата.

Но если при отсутствіи права оказывается немыслимой и самая общественная жизнь,—если мы, вдумываясь въ этотъ предметъ, самаго зарожденія общественной жизни человѣка не можемъ представить себѣ безъ одновременнаго зарожденія въ ней права, то спрашивается, что-же представляетъ собою право по отношенію къ общественной жизни? что оно ей съ собою приноситъ и чего, слѣд., ей безъ него недоставало-бы?

Безъ права—общественная жизнь оказалась-бы лишенной *воздѣйствія* на нее особаго специфическаго фактора, правда, рождающагося въ нѣдрахъ самого-же общества,—но достаточно дифференцирующагося, чтобы говорить объ его особомъ дѣйствіи на самую-же общественную жизнь. Безъ права общественной жизни недоставало-бы *вмѣшательства*—благодѣтельнаго вмѣшательства въ нее *общественной воли!*

Хотя противъ такой характеристики роли права въ обществѣ говорить, какъ будто-бы, то соображеніе, что это вмѣшательство

идеть *не извне*, а изнутри, из нѣдръ самого-же общества (тогда какъ подѣ вмѣшательствомъ мы склонны вообще разумѣть нѣчто, идущее извне), но едва-ли это возраженіе можетъ существенно поколебать указанную характеристику роли права. Если позволительно, говоря объ отдѣльномъ человѣкѣ, сказать, что его воля *управляетъ* его поведеніемъ, что въ томъ или иномъ случаѣ она, напр., *преодолила* борьбу его страстей; если волю отдѣльнаго человѣка позволительно выдѣлять изъ числа другихъ его душевныхъ способностей и представлять ее себѣ, какъ активную силу, руководящую поведеніемъ ея обладателя и могущую вторгаться въ него со своими рѣшеніями, часто противорѣчащими склонностямъ или привычкамъ другихъ душевныхъ факторовъ, то тѣмъ болѣе позволительно выдѣлять дѣйствіе общественной воли на общественную жизнь и говорить объ ея вмѣшательствѣ въ ходъ событій, который, помимо нея, опредѣляется еще и множествомъ другихъ факторовъ. Такое представленіе объ общественной волѣ и объ ея воздѣйствіи на общественную жизнь тѣмъ болѣе естественно, что исторически эта воля очень рано *объективируется* въ обществѣ въ формѣ органовъ верховной власти; эти послѣдніе, провозглашая въ предѣлахъ подчиненной ихъ вліянію сферы обязательныя для гражданъ правила поведенія, этимъ уже несомнѣнно и прямо *вмѣшиваются* въ общественную жизнь, намѣренно измѣняютъ ея естественное теченіе. Пусть кто нибудь затруднится назвать *вмѣшательствомъ* въ общественную жизнь норму обычнаго права, которая сама образовалась на почвѣ долговременнаго фактическаго соблюденія въ какой-либо области жизни извѣстнаго образа дѣйствій, но такимъ вмѣшательствомъ уже и по самой внѣшности является всякій законъ, какъ волевой актъ верховной власти, вторгающійся въ обычный ходъ жизни, съ прямою цѣлью въ чемъ-либо ее измѣнить,—вернуть ее не въ томъ направленіи, куда она сама течетъ,—что-нибудь въ ней уничтожить, или, наоборотъ, наново создать. Но, вѣдь, и обычное право не есть совершенно мирный продуктъ,—вѣдь, и оно создается путемъ борьбы за извѣстный образъ дѣйствій, исходъ которой въ пользу того, а не иного содержанія обычныхъ нормъ, опредѣляется въ весьма сильной степени давленіемъ общественнаго мнѣнія, а, слѣд., и общественной воли на разрѣшеніе сталкивающихся интересовъ. Поэтому и

норма обычного права представляет собою вовсе не историческую запись о томъ, что было, а наоборотъ, социальную консолидацію множества мелкихъ усилій, направленныхъ на установленіе того, чего раньше *не было*. Вѣдь и норма обычного права, подобно рѣкѣ, становится спокойной—не теряя впрочемъ силы напора—только въ своемъ *нижнемъ* теченіи; если-же подняться вверхъ, ближе къ моменту рожденія, то и у нея, какъ у рѣки, окажется періодъ трудной борьбы,—борьбы за существованіе, за русло и направленіе.

Такимъ образомъ, родилась-ли норма *in o actu*, какъ законъ, или-же медленно отложила въ обществѣ, какъ результатъ и вмѣстѣ консолидація множества мелкихъ усилій, фиксировавшихъ путемъ продолжительной борьбы ея содержаніе въ качествѣ обязательнаго для членовъ общества,—во всякомъ случаѣ самое существованіе нормъ въ обществѣ знаменуетъ собою для членовъ послѣдняго *вмѣшательство* въ ихъ поведеніе, вмѣшательство *всѣхъ* въ поведеніе *каждаго*. Разъ существуетъ въ обществѣ совокупность нормъ, касающихся извѣстныхъ сторонъ жизни, то граждане уже не могутъ здѣсь строить свое поведеніе такъ, какъ они строили-бы его при отсутствіи нормъ,—право уже *вмѣшалось* въ ихъ поведеніе и вмѣшалось для того, чтобы измѣнить его въ желаемомъ имъ направленіи.

§ 2. На что направлено вмѣшательство права въ общественную жизнь?

Мы только что характеризовали право, какъ вмѣшательство въ общественную жизнь. Умѣстно теперь спросить: на что-же направлено это вмѣшательство? къ какимъ результатамъ оно стремится? въ чемъ можетъ выразиться его практическое дѣйствіе въ случаѣ его успѣшности?

Вмѣшательство права въ жизнь, съ точки зрѣнія достигаемыхъ имъ результатовъ, можетъ быть *троякаго* рода: во 1-хъ, естественное (не затронутое правомъ) поведеніе людей можетъ давать въ обществѣ такіа дѣйствія и цѣлыя дѣятельности, которыя должны считаться нежелательными въ общественной жизни,—тогда право стремится *устранить* эти дѣйствія и дѣятельности изъ общественной

жизни,—его вмѣшательство направляется, значить, въ чисто *отрицательную* сторону и, поскольку оно оказывается успѣшнымъ, общественная жизнь терпитъ нѣкоторый *минусъ* въ своемъ естественномъ проявленіи, право *удаляетъ* изъ нея нѣкоторые самопроизвольно вырастающіе въ ней элементы, подобно тому какъ земледѣлецъ удаляетъ съ своей нивы сорныя травы.

Но, во 2-хъ, вмѣшательство права можетъ быть направлено и въ совершенно противоположную, т. е. *положительную* сторону— оно можетъ давать общественной жизни не *минусъ*, какъ было въ предыдущемъ случаѣ, а *плюсъ*. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда поведение гражданъ, вытекающее изъ самопроизвольной игры ихъ естественныхъ склонностей и чувствъ, не даетъ какихъ-либо дѣйствій или цѣлыхъ дѣятельностей, которыя однако признаются полезными или даже необходимыми для общественной жизни,—тогда право своимъ вмѣшательствомъ стремится создать, такъ сказать, *заново* эти дѣйствія и цѣлыя дѣятельности и ввести ихъ въ общественную жизнь. Въ этихъ случаяхъ общественная жизнь, благодаря праву, оказывается *обогащенной* по сравненію съ своимъ естественнымъ содержаніемъ, и если-бы мы и здѣсь продолжали сравненіе права съ земледѣльцемъ, то должны были-бы сказать, что *эта* часть работы права подобна *посѣву* земледѣльцемъ культурныхъ сѣмянъ на ниву, гдѣ они сами собой (въ дикомъ состояніи) не произрастаютъ.

Наконецъ, въ промежуткѣ между чисто отрицательной и чисто положительной работой права надо поставить его *регулирующее* дѣйствіе на нѣкоторыя дѣятельности въ обществѣ, которыя, возникая самопроизвольно, протекаютъ однако не вполнѣ такъ, какъ это было-бы желательно съ общественной точки зрѣнія. Въ этомъ третьемъ случаѣ право своимъ вмѣшательствомъ только *измѣняетъ* въ желаемомъ для него смыслѣ то, что непосредственно дается самой жизнью.—Этотъ средній промежуточный случай тѣсно и незамѣтно примыкаетъ къ обоимъ крайнимъ, потому что понятія объ устраненіи чего-либо изъ жизненнаго потока и прибавленіи къ нему чего-либо новаго не противоположны понятію объ измѣненіи чего-либо въ этомъ потокѣ, а только съ нимъ соотносительны: вѣдь, устраненіе или прибавленіе какихъ-либо элементовъ можно разсматривать какъ измѣненіе нѣ котораго болѣе обширнаго цѣлаго и, на-

оборотъ, измѣненіе чего-либо можно разсматривать какъ устраненіе или прибавленіе какихъ-либо подчиненныхъ частей.

Итакъ, жизнь общества, благодаря вмѣшательству въ нее права, оказывается измѣненной въ *тройномъ* направленіи: кое-что изъ нея выбрасывается, кое-что въ ней заново создается и кое-что только болѣе или менѣе видоизмѣняется. Если-бы мы теперь спросили: возрастаетъ-ли съ теченіемъ времени общая сумма вмѣшательства права въ общественную жизнь, или уменьшается, то отвѣтъ ни на одну минуту не могъ-бы быть сомнительнымъ: *возрастаетъ*, и притомъ съ большой быстротой. Между тѣмъ какъ въ отдаленныя первобытныя времена рожденіе нормъ права происходило съ чрезвычайной медленностью, главнымъ образомъ, въ формѣ обычнаго права, теперь правообразовательные процессы сосредоточились (почти исключительно) въ рукахъ законодательной власти, и послѣдняя работаетъ, какъ сложная машина, не прекращая своей дѣятельности ни на одну минуту. Нормы права рождаются теперь чуть не ежеминутно и отдѣльными законами, и цѣлыми комплексами ихъ въ формѣ разнообразныхъ уставовъ, положеній, учреждений, наконецъ, сразу цѣлыхъ кодексовъ. И тѣмъ не менѣе, не смотря на это массовое, чуть не фабричное производство нормъ, законодательная работа, по общему признанію, чаще отстаетъ отъ потребностей жизни, чѣмъ ихъ опережаетъ. По крайней мѣрѣ, въ западно-европейскихъ государствахъ раздаются постоянныя жалобы на слишкомъ мѣлкотную законодательную дѣятельность парламентовъ. Конечно, этотъ фактъ зависитъ отъ многихъ причинъ, но онъ самъ по себѣ очень характеренъ для оцѣнки потребностей современнаго общественнаго быта въ правообразованіи.

Разбираясь, съ качественной стороны, въ этомъ огромномъ количественномъ возрастаніи массы права въ современныхъ обществахъ, надо также отмѣтить несомнѣнный и очевидный фактъ, что это возрастаніе идетъ преимущественно въ положительную сторону. Задачи права только отчасти и лишь въ незначительной степени оказываются *отрицательными*, чаще-же всего роль права—положительная, творческая, организующая. Право только очень немногое и лишь въ крайнихъ случаяхъ просто запрещаетъ, вычеркиваетъ изъ жизни, главнѣйшія-же его усилія направлены на созиданіе новыхъ и чрезвычайно сложныхъ дѣятельностей, необходимыхъ для

обеспеченія общественнаго быта, а также на внимательное и детальное регулированіе разнообразныхъ процессовъ, протекающихъ въ обществѣ самопроизвольно, подъ вліяніемъ естественныхъ склонностей, чувствъ и желаній членовъ общества.

Вотъ эта творческая, созидаящая роль права и есть теперь его главная роль; съ чрезвычайной быстротой разрастаются положительные задачи права, и въ настоящую минуту едва-ли даже есть возможность измѣрить всю ихъ широту и глубину. Въ этомъ отношеніи ходъ нынѣшней правовой жизни прямо опрокидываетъ нѣкоторыя давно и прочно установившіяся понятія, показывая съ очевидностію, что дѣйствительная жизнь гораздо богаче формъ нашего мышленія и вовсе не поддается насильственному укладыванію на ихъ прокрустово ложе. Въ частности, современный цивилистъ долженъ себѣ отмѣтить, что традиціонныя римскія твердыни гражданскаго права—свобода договора и институтъ частной собственности—уже значительно подальше подъ напоромъ современнаго законодательства. Это, въ особенности, надо сказать о первомъ изъ нихъ: вѣдь, существуютъ теперь цѣлыя отрасли законодательства, напр., законодательство фабричное, которыя направлены на защиту *отъ свободы договора* интересовъ физическаго, умственнаго и нравственнаго развитія личности. Что касается частной собственности, то эволюція ея совершается нѣсколько инымъ путемъ: сравнительно мало измѣненій терпитъ она въ своей юридической структурѣ, но за то ея роль въ современномъ экономическомъ быту несомнѣнно сокращается, такъ какъ рядомъ съ ней выросла и крѣпнетъ обширная и сложная система государственнаго и общественнаго хозяйства. Впрочемъ, повторяемъ, предвидѣть ходъ и развитіе права въ сколько-нибудь отдаленномъ будущемъ было-бы слишкомъ рискованно, но одно несомнѣнно, что задачи права съ каждымъ днемъ усложняются, а общественная воля все въ большей и въ большей степени становится устроительницей общественнаго быта.

§ 3. Характеръ вмѣшательства права въ общественную жизнь.

Мы сейчасъ указали тѣ три направленія, въ которыхъ право *стремится* воздѣйствовать на общественную жизнь. Однако съ этой стороны, т. е. со стороны логическаго содержанія своихъ нормъ, право не отличается отъ другихъ, сродныхъ съ нимъ факторовъ общественной жизни: нравственности и правилъ житейскаго обихода—обычаевъ, приличій, наконецъ, требованій моды. Вѣдь, и нормы нравственности, и нормы житейскаго обихода, по логическому смыслу своего содержанія, стремятся къ тѣмъ-же цѣлямъ, что и право: *воздѣйствовать* на жизнь, и притомъ въ *тройномъ* направленіи,—дабы кое-что изъ нея устранять, кое-что въ нее вносить, наконецъ, кое-что только видоизмѣнять и регулировать. Поэтому, если мы хотимъ отличить нормы права отъ нормъ нравственности, съ одной стороны, и отъ нормъ житейскаго обихода, съ другой,—то мы должны характеризовать заложенное во всѣхъ нихъ *стремленіе* не со стороны его логическаго содержанія (которое вполнѣ отчетливыхъ признаковъ различія не дастъ), а со стороны его свойствъ, какъ психологической величины,—какъ воли, въ ея различныхъ стадіяхъ или разновидностяхъ.

На что-бы ни была направлена воля по своему логическому содержанію, но сама по себѣ, какъ психологическая величина, она можетъ быть *различнаго напряженія*,—выставляя что-либо, какъ предметъ своего желанія, она можетъ въ весьма различныхъ степеняхъ *настаивать* на исполненіи этого желанія. Minimum настоянія на исполненіи желаемаго, т. е. наименьшую степень напряженія воли мы имѣемъ тогда, когда какой-либо постулатъ просто провозглашается во всеобщее свѣдѣніе, а его практическое исполненіе всецѣло предоставляется свободному усмотрѣнію и непринужденной охотѣ тѣхъ, къ кому обращенъ этотъ постулатъ. Это случай чистаго и безпритязательнаго *совѣта*, который не сопровождается никакими угрозами и вообще никакими средствами психическаго настоянія. Схема совѣтовъ этого рода такова: «вотъ тебѣ указаніе того, что должно или желательно,—хочешь воспользуйся имъ, хочешь не пользуйся—это всецѣло предоставляется твоему усмотрѣнію»!—Такъ во время эпидемій—вывѣшиваются, напр., печатныя наставленія о томъ,

какого образа жизни слѣдуетъ держаться, чтобы, по возможности, предохранить себя отъ зараженія: какую ѣсть пищу, какую пить воду, какую носить одежду, чего избѣгать и проч. Равнымъ образомъ, на случай какихъ-либо несчастныхъ происшествій, напр., утопленія, или угоранія, или повѣшенія сообщаются свѣдѣнія о способахъ подачи первой помощи и т. п. Все это будутъ чистые совѣты, не сопровождающіеся почти никакой настойчивостью касательно ихъ исполненія.

Но постулаты поведения могутъ быть предлагаемы къ исполненію и не съ такой полнѣйшей безпритязательностью, какъ въ только-что приведенныхъ примѣрахъ. Такъ, правила нравственности отнюдь уже не могутъ быть названы простыми совѣтами—въ нихъ содержится уже значительная доза настойчивости, хотя и не принявшей еще крайнихъ возможныхъ для нея степеней. Возьмемъ для примѣра какое-либо нравственное предписаніе, напр., объ оказаніи помощи ближнему въ несчастіи,—оно уже далеко не такъ безпритязательно, какъ, положимъ, совѣтъ—пить только переваренную воду во время холерной эпидеміи. Правда, предписывая намъ помогать ближнему, кодексъ нравственности дѣлаетъ это довольно неопредѣленно: не указываетъ ни степени несчастія ближняго, при которой нравственное правило должно побуждать насъ выступить ему на помощь, ни конкретныхъ случаевъ этихъ несчастій, ни размѣра должествующей псеходить отъ насъ помощи, ни, наконецъ, тѣхъ послѣдствій, которыя постигнуть того, кто не исполнитъ своей нравственной обязанности. Но тѣмъ не менѣе—хотя и въ формахъ, заранѣе и точно не опредѣленныхъ—, но нравственная норма все это предусматриваетъ, а, главное, она несетъ съ собою извѣстную степень настойчивости и заботливости объ ея исполненіи, также какъ и угрозу неудовольствіемъ и осужденіемъ за ея неисполненіе.

Подобно правиламъ нравственности и правила житейскаго обихода представляютъ собою постулаты, требующіе себѣ исполненія съ весьма значительной дозой настойчивости. Что имъ присуща внутренняя волевая энергія, это чувствуетъ на себѣ всякій по той силѣ сопротивленія, которую они оказываютъ ихъ нарушенію. Нарушеніе, напр., правилъ приличія, конечно, возможно, но только съ затратой извѣстнаго психическаго усилія со стороны нарушителя и не вполнѣ безнаказанно для него.

Однако и правила житейскаго обихода не суть такіе постулаты, въ которые была-бы заложена наибольшая степень свойственной волѣ энергіи. Maximum'a энергіи воля достигаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда она, выставляя постулаты, настаиваетъ на его *непремѣнномъ* и *безусловномъ* исполненіи и когда она, въ силу этого и рядомъ съ этимъ, готова пустить въ ходъ всѣ имѣющіеся въ ея распоряженіи ресурсы, чтобы добиться этого непремѣннаго исполненія. Къ этому именно типу постулатовъ и принадлежитъ право, отличаясь, слѣдовательно, какъ отъ нравственности, такъ и отъ житейскаго ритуала, степенью напряженія или энергіи заложенной въ немъ воли. Право стремится къ *непремѣнному* исполненію своихъ постулатовъ и когда оно такого исполненія не достигаетъ, то мы считаемъ его потерпѣвшимъ поражение и не выполнившимъ своего назначенія. Намѣтивъ себѣ задачу—устранить изъ общественной жизни какое-либо дѣйствіе или, наоборотъ, ввести въ нее какое-либо дѣйствіе, котораго ей недоставало, или, наконецъ, только видоизмѣнить въ чемъ-либо теченіе общественной жизни,—взвѣсивъ затѣмъ, можетъ-ли оно свойственными ему средствами достигнуть намѣченнаго результата, право, въ случаѣ положительнаго отвѣта на этотъ послѣдній вопросъ, устремляется на свою задачу съ полной рѣшимостью добиться ея фактическаго осуществленія. Поэтому, если-бы мы спросили, въ какой степени *напряженія* находится общественная воля, выразившаяся въ нормахъ права, то надо было-бы сказать, что это *высшая* степень возможнаго для нея напряженія. Это та степень напряженія воли, котораго она вообще достигаетъ *передъ дѣйствіемъ*; это состояние полной практической рѣшимости дѣйствовать; это—тетива въ той степени натяженія, когда считаютъ возможнымъ спустить стрѣлу, чтобы попасть ею въ цѣль. Какъ это превосходно выразилъ Иерингъ, право не есть *миѣніе*, выраженное отъ имени общества о томъ, что слѣдуетъ и чего не слѣдуетъ дѣлать; не есть и *совѣтъ*, обращенный къ гражданамъ: по своему психологическому напряженію оно равносильно прямому требованію ¹⁾, обращенному къ гражданамъ, чтобы они согласовали свое поведеніе съ нормами права. А кто предъявляетъ требованіе,

¹⁾ Хотя и не тождественно съ нимъ (см. объ этомъ ниже—гл. II, § 3).

тотъ, значить, рѣшился дѣйствовать, рѣшился добиваться практическаго осуществленія своего требованія. Таково именно и есть вмѣшательство права въ общественную жизнь: оно претендуетъ на непосредственное и прямое измѣненіе теченія общественной жизни въ соотвѣтствіи съ содержаніемъ своихъ нормъ.

§ 4. Средства воздѣйствія права на жизнь.

Изъ предыдущаго мы видимъ, что, по своей жизненной роли, право предназначено быть, такъ сказать, предтечей дѣйствию. Закладывая въ своемъ логическомъ содержаніи, какъ и правила морали или житейскаго обихода, указаніе на желаемыя дѣйствія (или воздержанія отъ дѣйствій)—право отличается отъ нихъ своимъ особеннымъ *отношеніемъ* къ этимъ дѣйствіямъ,—какъ мы видѣли, отношеніе это таково, что указанныя въ правѣ дѣйствія *должны* получать непремѣнное и безусловное осуществленіе въ прямой и непосредственной зависимости отъ самого права и выраженной въ немъ воли. А если это такъ, то очевидно, что наступленіе дѣйствій (или отсутствія дѣйствій), указываемыхъ правомъ, должно быть обезпечено какими либо особенными *средствами*. Очевидно, что если не позаботиться объ этой сторонѣ дѣла, если не принять для этого особыхъ специальныхъ мѣръ, то требующагося соотношенія между правомъ и дѣйствіемъ можетъ, въ дѣйствительности, и не получиться. Такихъ специальныхъ заботъ объ осуществленіи желаемого можетъ не предпринимать (безъ ущерба для своей природы) нравственность, житейскій ритуаль, но онѣ неизбѣжны для права, разъ оно поставило себѣ ту задачу, которую мы указали выше и наличность которой характеризуетъ собою самую его природу. Итакъ, передъ нами возникаетъ весьма любопытный вопросъ: какими же *средствами* обезпечиваетъ себѣ право практическое осуществленіе своихъ постулатовъ въ той именно мѣрѣ и степени, въ какихъ это требуется его особенной природой?

Въ нынѣшней доктринѣ права имѣется отвѣтъ на этотъ вопросъ,—отвѣтъ, который можно назвать общепринятымъ, но который едва ли можно считать вполне удовлетворительнымъ или, по край-

ней мѣръ, не возбуждающимъ никакихъ сомнѣній. Обыкновенно говорятъ, что для того, чтобы получать неуклонное и постоянное практическое осуществленіе, нормы права снабжаются *принудительностью* или *принудительною силою*,—но, вѣдь, для того, чтобы этотъ отвѣтъ самъ не возбуждалъ вопросовъ, надо, чтобы съ полной ясностью былъ показанъ *механизмъ* этой принудительности и тотъ *фундаментъ*, на который она, въ концѣ концовъ, опирается. Однако этому требованію ясности едва ли удовлетворяетъ общепринятое объясненіе механизма принудительности права, да едва ли правильно указывается имъ и послѣдняя опора этой принудительности, каковою, какъ извѣстно, считается физическая сила. Въ виду такого состоянія доктрины по этому предмету, мы позволимъ себѣ сдѣлать здѣсь попытку самостоятельно отвѣтить на поставленный выше вопросъ о томъ, какими средствами достигается практическое осуществленіе права въ жизни?

Выше мы сказали, что по степени настойчивости заложенной въ немъ воли, право можно уподобить *требованію*. И вотъ, слѣдуя правилу, что во всякихъ объясненіяхъ надо начинать съ простѣйшихъ случаевъ, мы обратимся прежде всего къ уясненію себѣ того, какими средствами достигается исполненіе *требованія*,—самого обыкновеннаго требованія, исходящаго отъ какого либо отдѣльнаго конкретнаго лица, или совокупности лицъ?

Когда такое требованіе выставлено, то оно можетъ встрѣтиться, во 1-хъ, съ полной охотой ему повиноваться со стороны тѣхъ, къ кому оно обращено,—тогда для его осуществленія никакихъ особенныхъ средствъ не понадобится, оно будетъ держаться, такъ сказать, своей собственной силой, не требуя никакой вишней опоры. Чѣмъ можетъ быть обусловлена такая полная охота повиноваться требованію—это вопросъ, котораго мы здѣсь не касаемся. Однако, выставляемые кѣмъ либо требованія не всегда встрѣчаютъ столь благопріятную для себя обстановку,—весьма часто передъ ними не оказывается добраго и непринужденнаго желанія ихъ исполнить. Въ такихъ случаяхъ лицо, выставившее требованія, обыкновенно прибѣгаетъ къ подкрѣпленію ихъ *угрозами* причинить зло за ихъ неисполненіе или *обѣщаніями* доставить благо за ихъ исполненіе. Угроза зломъ или обѣщаніе блага, взятыя сами по

себѣ, какъ таковыя (пока еще не переходятъ къ ихъ осуществленію) представляють собою средства *психическаго* воздѣйствія на волю тѣхъ, къ кому они обращены,—и они, какъ показываетъ опытъ, нерѣдко оказываются вполне достаточными для того, чтобы склонить къ повиновенію тѣхъ лицъ, къ которымъ обращены требованія. Однако *всегда и во всякихъ случаяхъ* дѣло не можетъ ограничиться только психическимъ воздѣйствіемъ,—во 1-хъ, потому, что даже въ случаѣ повиновенія требованію, если оно было достигнуто обѣщаніемъ награды, надо (чтобы это повиновеніе не прекратилось) предпринять физическую дѣятельность по доставленію этой награды, а, во 2-хъ, потому, что лицо, къ которому обращено требованіе, можетъ рѣшительно отказаться ему повиноваться, не смотря ни на какое психическое на него воздѣйствіе,—тогда тотъ, кто желаетъ настаивать на своихъ требованіяхъ до конца, долженъ будетъ перейти отъ угрозъ и обѣщаній къ прямому физическому насилию надъ тѣмъ лицомъ, которое отказывается повиноваться. Рѣшительный отказъ въ повиновеніи есть критическій пунктъ для всякаго требованія и служитъ испытаніемъ самой его силы и настойчивости. И только то требованіе можетъ быть характеризовано, какъ требованіе максимальной силы, которое выдерживаетъ и эту пробу, которое не останавливается и передъ физическимъ насилиемъ надъ неповинующимся, чтобы добиться своего.

Вотъ какими средствами достигается исполненіе требованія, исходящаго отъ какого либо конкретнаго лица или лицъ. Эти *средства* троякаго рода: или это, во 1-хъ, *само же требованіе*, если его соотношеніе съ волей тѣхъ, къ кому оно обращено, таково, что его выполняютъ добровольно—такъ тѣло меньшаго удѣльнаго вѣса, чѣмъ вода, *само собою* держится на поверхности послѣдней; или это, во 2-хъ, присоединенныя къ требованію *угрозы* или *обѣщанія*, какъ способы *психическаго* воздѣйствія на волю или психическаго вынужденія; или это, въ 3-хъ, непосредственное физическое насилие надъ тѣми, кто рѣшительно отказывается повиноваться требованію.

Что сказать о взаимномъ соотношеніи другъ съ другомъ этихъ средствъ добиваться исполненія требованія? Когда *каждое* изъ нихъ достигаетъ поставленной ему цѣли, тогда лучшимъ изъ нихъ

всякій признаетъ первое; но когда условія для выполненія требованія неблагоприятны, тогда самымъ дѣйствительнымъ изъ нихъ является, повидимому, третье, т. е. физическое насиліе: только оно способно сломить сопротивленіе, которое не поддается ни первому, ни второму средству; во всякомъ случаѣ къ нему придется прибѣгать каждый разъ, когда первыя два окажутся безсильны для выполненія своей задачи. Тотъ, кто выставляетъ передъ другими требованія, долженъ поэтому ожидать и предвидѣть, что ему, иной разъ, придется пустить въ ходъ физическую силу, чтобы добиться исполненія того, чего онъ желаетъ. Употребленіе физической силы является, такимъ образомъ, послѣднимъ и необходимымъ логическимъ, а нерѣдко и фактическимъ звеномъ въ той цѣпи, которая отъ требованія, осуществленія котораго рѣшили добиваться во что бы то ни стало, приводитъ къ его исполненію.

Перейдемъ теперь отъ требованій конкретныхъ лицъ къ постулатамъ права. Если бы послѣдніе можно было уподобить первымъ и по отношенію къ тѣмъ средствамъ, которыми можно достигнуть ихъ осуществленія въ жизни, то предыдущее изложеніе давало бы намъ, повидимому, право сдѣлать выводъ, что физическое насиліе является не только однимъ изъ средствъ, но при томъ и самымъ дѣйствительнымъ, а, слѣд., и основнымъ средствомъ для осуществленія постулатовъ права. Однако, не входя здѣсь, съ своей стороны, въ разсмотрѣніе того, какъ далеко простирается сходство между нормами права и конкретными требованіями, мы отмѣтимъ только, что именно такой выводъ и дѣлаетъ господствующая доктрина по этому предмету: *физическое насиліе* она считаетъ основнымъ и самымъ дѣйствительнымъ средствомъ для осуществленія права. Собственно, можно сказать о ней даже больше того: физическое насиліе для нея едва ли не *единственное* средство осуществленія права; по крайней мѣрѣ, первыя два изъ отысканныхъ нами выше средствъ осуществленія требованій ею, при построеніи теоріи, игнорируются, если не совсѣмъ отбрасываются.

Однако, успокоиться на теоріи, видящей въ физическомъ насиліи послѣднее и самое главное основаніе практической осуществимости права, можно, только не доводя анализа до конца, оставляя его совершенно поверхностнымъ и недостаточнымъ. Если тре-

бующійся здѣсь анализъ продолжить сколько нибудь дальше, то уже очень скоро указанное выше и сдѣлавшееся традиціоннымъ рѣшеніе вопроса окажется несостоятельнымъ. Постараемся это показать.

Возьмемъ выводъ, что физическое насиліе является основнымъ средствомъ для осуществленія, какъ конкретныхъ требованій, такъ и права, и попробуемъ предложить этому выводу дальнѣйшій вопросъ: *отъ кого будетъ исходить это физическое насиліе, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ?*

Для случаевъ конкретнаго требованія на этотъ вопросъ можно, повидимому, отвѣтить просто и легко: отъ того или тѣхъ, кто предъявилъ и самое требованіе. Но отъ кого будетъ исходить физическая сила въ подкрѣпленіе нормъ права? Вѣдь, право есть выраженіе общественной воли, которую мы можемъ себѣ представить только абстрактно, а, слѣд., безъ костей и безъ мускуловъ,—какимъ же образомъ эта абстрактная общественная воля разовьетъ физическую дѣятельность, когда послѣдняя понадобится для осуществленія постулатовъ права? Правда, какъ выше было замѣчено, общественная воля уже очень рано, на первыхъ ступеняхъ быта, стремится къ объективированію въ формѣ органовъ верховной власти, т. е. она получаетъ конкретныхъ представителей. Но даже если бы мы захотѣли вполне отождествить конкретную волю представителей верховной власти съ волей общественной, ими представляемой, то и тогда разрѣшеніе поставленнаго выше вопроса встрѣтило бы серьезныя затрудненія. Хотя въ лицѣ конкретныхъ носителей верховной власти мы и имѣемъ живую мускульную силу, которую можно было бы, въ случаѣ надобности, утилизировать для указанной цѣли,—но уже сразу очевидно, что не только единоличной физической силы монарха, но даже силъ цѣлаго законодательнаго корпуса было бы рѣшительно недостаточно для всѣхъ случаевъ, гдѣ въ этомъ встрѣгилась бы надобность. Петръ Великій, обладавшій, какъ извѣстно, хорошей физической силой, охотно прибѣгалъ къ ней для наказанія своихъ приближенныхъ сановниковъ съ помощью знаменитой дубинки; но едва ли этой дубинки, даже въ рукахъ такого энергичнаго монарха, какъ Петръ, могло хватить на *всѣхъ* ослушниковъ его царской воли,—ослушниковъ большихъ, среднихъ и малыхъ!

Такимъ образомъ, если не для тѣхъ немногихъ случаевъ, въ которыхъ физическая сила носителей верховной власти могла бы быть достаточной для вынужденія повиновенія праву, то для того неисчислимаго количества случаевъ, гдѣ она не могла бы быть примѣнена, чѣмъ же ее замѣнить? Какое *средство* пустить въ ходъ отъ лица права въ этихъ случаяхъ, чтобы все таки добиться его осуществленія?

Чтобы съ полной наглядностью представить себѣ, какое *средство* пускается въ ходъ для осуществленія постулятовъ, когда не желаютъ или не имѣютъ возможности примѣнить непосредственную физическую силу, мы снова обратимся къ нашему первоначальному примѣру требованія, исходящаго отъ какого либо конкретнаго лица.

Мы предположили, что лицо, выставившее требованіе, въ случаѣ надобности, т. е. при рѣшительномъ ему неповиновеніи, пускаетъ въ ходъ свою-же собственную физическую силу для того, чтобы добиться желаемаго. Но, вѣдь, такой способъ вынужденія повиновенія своимъ требованіямъ не всегда возможенъ и для отдѣльнаго конкретнаго лица. Такой образъ дѣйствій и для отдѣльнаго лица возможенъ лишь тогда, когда требованіе его касается небольшой сферы дѣятельности, въ центрѣ которой стоитъ это лицо и которую оно управляетъ. Такимъ способомъ можетъ, напр., *paterfamilias* управлять ходомъ семейной жизни, являясь въ ней и законодателемъ, и судьей, и исполнителемъ, а, при случаѣ, также тюремщикомъ и палачемъ. Но при сколько-нибудь значительномъ возрастаніи размѣровъ той дѣятельности или той коопераціи, которою призвано управлять какое-либо лицо, физическія силы этого лица быстро будутъ исчерпаны, если оно само будетъ осуществлять необходимое для осуществленія его требованій физическое насиліе, и, слѣд., получится рядъ случаевъ, гдѣ примѣненіе физическаго насилія оказалось бы *физически-же* невозможнымъ, если-бы его ожидали отъ лица, выставившаго требованія. Какой-же выходъ даетъ жизнь изъ этого затрудненія? Выходъ этотъ очень простъ: физическое воздѣйствіе въ тѣхъ случаяхъ, когда оно не можетъ быть выполнено лицомъ, руководящимъ данной коопераціей, возлагается на другихъ, а за лицомъ руководящимъ оставляется лишь опредѣленіе того, *когда, кѣмъ и въ какой мѣрѣ* должно быть пущено въ ходъ это физи-

ческое воздѣйствіе. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это произойдетъ, лицо, выставившее свои требованія, чтобы добиться ихъ осуществленія даже тогда, когда они встрѣчаютъ рѣшительный отказъ въ повиновеніи, само уже не будетъ пускать въ ходъ своихъ физическихъ силъ, а, въ дополненіе къ первымъ требованіямъ, выставитъ другія обращенныя къ другимъ лицамъ, содержаніемъ которыхъ будетъ служить указаніе того, когда и въ какой мѣрѣ этими другими лицами должно быть пущено въ ходъ физическое воздѣйствіе противъ тѣхъ, кто не повинуется первымъ требованіямъ. При этомъ, конечно, между вторыми и первыми требованіями по ихъ содержанію окажется извѣстная связь, которая будетъ особенно наглядной тогда, когда въ содержаніе первыхъ требованій введено психическое воздѣйствіе на лицъ, къ которымъ они адресованы—въ формѣ угрозъ или обѣщаній,—а содержаніе вторыхъ требованій возлагаетъ исполненіе этихъ угрозъ или обѣщаній на какихъ либо иныхъ лицъ. Такимъ образомъ здѣсь получается система, которую можно характеризовать извѣстной русской пословицей: клинъ клиномъ вышибай. Чтобы добиться исполненія *уже выставленныхъ* требованій, выставляются имъ на подмогу новыя требованія, обращенныя къ другимъ лицамъ.

Насколько и при какихъ условіяхъ можетъ быть надежна эта система обезпеченія требованій, мы здѣсь разбирать не будемъ, но отмѣтимъ двѣ ея характерныя черты. Во-первыхъ, эта система представляется болѣе сложной и, такъ сказать, болѣе рискованной: чтобы обезпечить повиновеніе своимъ требованіямъ, она выставляетъ новыя требованія, т. е. *увеличиваетъ* массу всего того повиновенія, какое для нея нужно. Значитъ,—чтобы она дѣйствовала успешно, надо очень умѣло выбирать и самое содержаніе требованій, и тѣхъ людей, къ которымъ мы ихъ обращаемъ; надо вообще *такъ* организовать кооперацію и отношенія ея участниковъ, чтобы вторичныя требованія встрѣчали особенную готовность къ повиновенію въ тѣхъ, къ кому они обращены, потому что отъ этого вторичнаго повиновенія прямо зависитъ участь повиновенія первичнаго. Эта система должна быть поэтому признана *болѣе трудной* при своемъ практическомъ проведеніи и требующей извѣстной подготовки и организаціи той среды, въ которой ее хотятъ примѣнять. Но за то, когда

умѣютъ побѣдить свойственныя ей трудности, она обнаруживаетъ огромныя выгоды. Выгоды эти происходятъ изъ того, что здѣсь лицо, руководящее предположенной нами коопераціей, не будучи отвлекаемо необходимостью проявлять физическое воздѣйствіе въ подкрѣпленіе своихъ требованій, всѣ свои интеллектуальныя силы сосредоточиваетъ на верховномъ руководствѣ коопераціей, а это и есть условіе не только выгодное, но даже прямо необходимое для успѣха всякой сложной и обширной коопераціи. Такъ, напр., полководецъ управляетъ ходомъ сраженія. Вся его внѣшняя дѣятельность состоитъ лишь въ томъ, что онъ отдаетъ *приказы*; помимо этого онъ не принимаетъ и, для успѣха дѣла, не долженъ принимать никакого активнаго участія въ сраженіи, такъ какъ для послѣдняго требуется не лишній воинъ, а верховный руководитель, и тотъ, кому принадлежитъ это верховное руководство, не долженъ быть отвлекаемъ отъ него ничѣмъ другимъ ¹⁾.

Если мы припомнимъ теперь, что общественная жизнь, особенно въ ея теперешнихъ государственныхъ формахъ, представляетъ собою едва-ли не самую сложную и обширную человѣческую кооперацію; если мы вспомнимъ, что право призвано регулировать общественную жизнь съ самыхъ различныхъ сторонъ, и что оно представляетъ собою къ тому же скорѣе абстрактную волю цѣлаго общества, чѣмъ конкретную волю какихъ-либо опредѣленныхъ лицъ,—то мы должны будемъ признать, что право *можетъ* выставить передъ обществомъ постулаты, *можетъ* ввести въ ихъ содержаніе психическое воздѣйствіе (въ формѣ угрозъ невыгодами и обѣщаній выгодъ) на лицъ, къ которымъ эти постулаты обращены, но что оно

¹⁾ Военная теорія предостерегаетъ полководца, управляющаго сраженіемъ, даже отъ непосредственнаго соприкосновенія со сражающимися, такъ какъ вслѣдствіе этого могло-бы пострадать его самообладаніе и присутствіе духа, а, слѣд., и качество и цѣлесообразность отдаваемыхъ имъ распоряженій. Только въ рѣшительный моментъ, читаемъ мы въ одномъ недавно вышедшемъ и весьма дѣльномъ сочиненіи по военной психологій, „когда старшій начальникъ сочтетъ, что имъ сдѣлано все для подготовки удара, что ему остается нанести этотъ послѣдній ударъ, тогда, пользуясь своимъ престижемъ, онъ становится непосредственно во главѣ войска.... Такъ поступали всѣ великіе полководцы“.—А. Зыковъ. „Какъ и чѣмъ управляются люди.—Опытъ военной психологій“. С.-Пб., 1898, стр. 87—88.

не имѣть возможности—по крайней мѣрѣ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ и правильнымъ образомъ—подкрѣпить свои нормы непосредственнымъ физическимъ воздѣйствіемъ; тамъ, гдѣ это послѣднее понадобилось-бы, право безусловно вынуждено прибѣгнуть къ той-же системѣ, какая была нами описана выше, т. е. къ подкрѣпленію своихъ постулатовъ новыми постулатами, обращенными къ инымъ лицамъ, чѣмъ тѣ, къ которымъ были обращены первоначальные, и содержаніемъ которыхъ является осуществленіе угрозъ и обѣщаній, выставленныхъ въ первоначальныхъ постулатахъ. Эта система и здѣсь представляетъ не малыя трудности, но, по мѣрѣ того какъ эти трудности побѣждаются, все съ большей силой выступаютъ ея огромныя преимущества и ея полная цѣлесообразность.

Однако ограничиться только этой аналогіей между общественной жизнью и всякой другой обширной человѣческой коопераціей,—аналогіей, ведущей къ тому, что и тамъ, и здѣсь физическое воздѣйствіе, требующееся въ помощь выставленнымъ требованіямъ, является обыкновенно на сцену не непосредственно, а только вызванное новыми требованіями,—для нашей цѣли здѣсь было-бы мало. Рядомъ съ этой аналогіей мы должны отмѣтить одну черту различія между сравниваемыми величинами,—черту, которая насъ окончательно убѣдитъ въ томъ, что единственное приличествующее праву *средство* добиваться осуществленія своихъ нормъ—это выставить подлежащія *новыя нормы*. Если-бы къ услугамъ права иной разъ и оказалось непосредственное физическое насиліе, то оно, какъ средство, должно быть отвергнуто, по крайней мѣрѣ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ и при нормальномъ теченіи общественной жизни. Итакъ, въ чемъ-же состоитъ указанная черта различія?

Когда лицо, выставившее извѣстное требованіе, въ случаѣ неповиновенія ему, переходитъ въ концѣ концовъ къ физическому насилію, тогда *мѣра* этого физическаго насилія опредѣляется только въ моментъ ея примѣненія въ тѣсной зависимости отъ условій этого и *только* этого момента. Слѣд., здѣсь эта мѣра остается *заранѣе* неизвѣстной ни тому, къ кому она будетъ примѣняема, ни даже тому, кто ее будетъ примѣнять. Вотъ это-то условіе, а именно *произволь, случайность, различіе въ разныхъ случаяхъ* мѣры и способа подкрѣпляющаго требованія физическаго воздѣйствія при

томъ порядкѣ, когда тотъ, кто выставилъ требованіе, самъ-же осуществляетъ и физическое его вынужденіе,—и есть то, съ чѣмъ, пожалуй, еще мирятся разныя другія коопераціи, но къ *устраненію* чего принципиально стремится всякая общественная жизнь. Мы не имѣемъ здѣсь возможности войти въ объясненіе и оцѣнку по существу причинъ, вызывающихъ это стремленіе, но оно само не подлежитъ никакому сомнѣнію. Подобно тому какъ природа, по извѣстному выраженію, не терпитъ пустоты, такъ и общественная жизнь не терпитъ *теиноты* во всемъ томъ, что дѣлается отъ имени общественной воли и во имя общественныхъ цѣлей. Если отъ гражданъ требуютъ въ пользу обществѣ какія-либо пожертвованія имущественныя или личныя; если граждане ради цѣлей обществѣ должны быть подвергнуты какимъ-либо стѣсненіямъ; наконецъ, если для вынужденія повиновенія со стороны гражданъ необходимо примѣненіе въ общественной средѣ насилія,—то пусть все это будетъ, но только съ однимъ условіемъ: чтобы все это было *заранѣе определено* по мѣрѣ и способу его исполненія и чтобы все это было *сдѣлано заранѣе извѣстнымъ*. Общественная жизнь съ неудержимой силой стремится къ утвержденію этого принципа—*принципа законности*—и тамъ, гдѣ правящіе классы оказываются недостаточно благоразумными, чтобы это стремленіе понять и ему уступить, а классы управляемые недостаточно настойчивыми, чтобы его добиться, наступаетъ разложеніе общественной жизни или, выражаясь языкомъ натуралистовъ, ея регрессивный метаморфозъ. Законность, т. е. совершеніе всего того, что дѣлается въ обществѣ отъ имени общественной власти и подъ видомъ общественного блага,—на основаніи и въ предѣлахъ заранѣе выставленныхъ и всеѣмъ извѣстныхъ нормъ,—вотъ то условіе, которое является основнымъ для общественной жизни. Не вдаваясь здѣсь въ дальнѣйшія разсужденія по этому предмету, замѣтимъ только, что отдѣленіе въ современныхъ государствахъ законодательной власти отъ исполнительной и тотъ принципъ, по которому законъ не долженъ имѣть обратной силы, составляютъ непосредственное слѣдствіе и прямой практическій выводъ изъ принципа законности.

Итакъ, резюмируя все предыдущее, мы приходимъ къ выводу, что право для достиженія исполненія своихъ нормъ прибѣгаетъ не

къ физической силѣ, какъ таковой, а, какъ это и приличествуетъ абстрактной волѣ, пользуется единственнымъ ему доступнымъ средствомъ, т. е. выставленіемъ новыхъ нормъ. Въ развитой правовой системѣ физическое насилие, даже когда оно выступаетъ въ подкрѣпленіе вѣщной права, никогда не появляется самостоятельно, а всегда только по призыву и по приказанію права. Общепринята истина, что въ современномъ юридическомъ быту не дозволительно самоуправство со стороны частныхъ лицъ, но то-же самое надо сказать и объ органахъ власти—они также не должны пускаться въ ходъ физическаго наслія иначе, какъ по призыву права и въ точныхъ предѣлахъ этого призыва. Поскольку эти предѣлы органами власти нарушаются, они также совершаютъ самоуправство, имъ вовсе не дозволенное. Съ этой точки зрѣнія надо признать, что вся правовая система *замкнута сама въ себя*, что она вся состоитъ только изъ предписаній права, что въ составъ ея физическое насилие входитъ не какъ самостоятельный и полноправный членъ системы, не какъ ея звено, а какъ величина вполне подчиненная—только какъ послѣдствіе выставленныхъ предписаній, только какъ осуществленіе какой-либо нормы. Это положеніе совпадаетъ съ той, уже высказывавшейся истиной, что *все право состоитъ только изъ совокупности нормъ*,—«das gesammte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein Complex von Imperativen», какъ выражается Thon ¹⁾. Я согласенъ также и съ другимъ утвержденіемъ только что названнаго ученаго, что «*der Zwang ist kein wesentlicher Bestandtheil im Begriffe des Rechts*» ²⁾.

¹⁾ Thon „Rechtsnorm und subjectives Recht“, Weimar, 1878, S. 8. Ту-же мысль Bierling выражаетъ такъ: „Alles Recht besteht in Normen; was sich nicht auf Normen reduzieren lässt, gehört in Wahrheit dem Rechte selbst nicht“—„Juristische Principienlehre“, B. I, S. 30.

²⁾ Thon, *ibid.*, S. 7. Цитируя здѣсь только что приведенныя утвержденія Тона, которыя я считаю правильными, я долженъ отмѣтить, что онъ пришелъ къ нимъ совершенно инымъ путемъ, чѣмъ тотъ, которымъ только что пришли къ нимъ мы. И хотя его разсужденія привели его къ правильному выводу, но, взятые сами по себѣ, они не могутъ быть признаны вполне безукоризненными. Опредѣливши норму права, какъ приказъ или императивъ (Abschn. I, § 1) онъ затѣмъ (§ 2) говоритъ: „Von den Imperativen selbst sind *begrifflich* die Folgen zu scheiden, welche seitens der Rechtsordnung einer Uebertretung

§ 5. Путь осуществленія права—единственный: повиновение праву.

Если право, какъ это только-что было сказано, *все* состоитъ изъ нормъ и *только* изъ нормъ; если требующагося ему физическаго воздѣйствія на ослушниковъ оно добивается тѣмъ-же самымъ средствомъ, какимъ оно достигаетъ осуществленія своихъ велѣній со стороны лицъ, имъ повинующихся, т. е. выставленіемъ *нормъ*, также заключающихъ въ себѣ велѣнія, обращенныя къ какимъ-либо

der ersteren gerdoht sind“. Дѣйствительно, едва-ли было-бы правильно, даже въ самомъ понятіи не отдѣлять *послѣдствій* нарушенія нормы, которыми *угрожаетъ* право, отъ самой нормы. Но что надо считать происходящимъ изъ права послѣдствіемъ (Rechtsfolge) правонарушенія? Конечно, то, чѣмъ право *грозитъ* правонарушителю,—поэтому, напр., въ сферѣ уголовного права *послѣдствіемъ* преступленія надо считать постигающее преступника наказаніе. Однако съ этимъ выводомъ Тонъ уже несогласенъ. Наоборотъ, онъ считаетъ нужнымъ выступить противъ такого, по его мнѣнію, Missverständniss; по его мнѣнію, послѣдствія правонарушенія не могутъ состоять ни въ чемъ другомъ, какъ только „sei es in dem Neueintritt, sei es in der Zurücknahme von Imperativen“. Такимъ образомъ, то, что въ нашихъ разсужденіяхъ выступало какъ *средство* исполнять угрозу, адресованную къ правонарушителю, у Тона является въ качествѣ самаго послѣдствія правонарушенія. Разъясняя свою мысль на примѣрѣ нарушенія заповѣди: *не убій*, Тонъ говоритъ, что „Rechtsanschauung verlangt, dass der Mörder um seiner That willen mit dem eigenen Leben büsse“. Вотъ это послѣднее, чего право требуетъ и чѣмъ оно преступнику угрожаетъ, т. е. лишеніе его жизни въ наказаніе за убійство, мы и считаемъ происходящимъ изъ права *послѣдствіемъ* убійства. Но Тонъ думаетъ иначе. Вслѣдъ за выписанной нами выше фразой онъ тотчасъ прибавляетъ: „Allein die Hinrichtung des Mörders ist keineswegs die Rechtsfolge des Mordes“. По его мнѣнію, отнятіе жизни у преступника есть только фактическое событіе (ein thatsächlicher Vorgang),—„Rechtsfolge des Mordes ist nur, dass der Mörder hingerichtet werden soll, nicht aber, dass er hingerichtet wird“ (Thon, ibid., S. 8). Однако, при такомъ воззрѣніи, даже преступленія, оставшіяся *не наказанными*, надо считать повлекшими за собою надлежащія юридическія послѣдствія, потому что они *должны были* быть наказанными; но съ такимъ заключеніемъ наше правовое чувство уже рѣшительно не мирится,—о такихъ преступленіяхъ мы всегда будемъ говорить, что они остались „безъ послѣдствій“. Съ нашей точки зрѣнія, тѣ нормы, которыя изданы и дѣйствуютъ въ дополненіе къ нормѣ: *не убій*, суть только правовое *средство* связать съ убійствомъ извѣстныя послѣдствія, но сами по себѣ онѣ отнюдь не представляютъ собою этихъ послѣдствій.

лицамъ,—то отсюда прямой выводъ, что *осуществленіе* права, поскольку оно практически достигается, всегда и вездѣ есть результатъ *повиновенія* ему со стороны тѣхъ, къ кому оно обращается. Повиновеніе праву—это и есть тотъ путь, и притомъ путь единственный, которымъ право можетъ найти себѣ практическое осуществленіе. Когда нормѣ повинуются сразу,—то, въ такомъ случаѣ, этотъ путь очевиденъ; но и тогда, когда сразу нормѣ не повинуются, когда для осуществленія ея приходится прибѣгнуть къ физическому насилію, это послѣднее можетъ оказаться въ распоряженіи права лишь постольку, поскольку оно сумѣетъ найти лицъ, готовыхъ ему повиноваться въ *этомъ* отношеніи, т. е. согласныхъ, по его приказу, проявить физическое насиліе по отношенію къ лицамъ, оказавшимъ неповиновеніе первоначальной нормѣ. Такимъ образомъ и здѣсь не менѣе очевидно, что путь осуществленія права пролегаетъ *черезъ повиновеніе* нѣкоторыхъ лицъ; и если-бы въ какомъ-либо случаѣ право *ни отъ кого* не встрѣтило себѣ повиновенія, то оно вмѣстѣ съ тѣмъ не нашло-бы себѣ и практическаго осуществленія въ жизни.

Итакъ, эту истину—что путь осуществленія права есть путь повиновенія ему—мы здѣсь показываемъ, какъ прямой выводъ или даже только иное выраженіе той истины, что въ рукахъ права имѣется одно только средство для достиженія его цѣлей—норма, т. е. обращенный къ гражданамъ постулатъ съ возможностью включить въ него лишь психическое воздѣйствіе, т. е. угрозу зломъ или обѣщаніе блага. Однако эту-же самую истину можно показать не съ этой только формальной ея стороны, а со стороны внутренней и матеріальной. Дѣло въ томъ, что когда кто-либо твердо и окончательно рѣшилъ не повиноваться какому-либо велѣнію, будетъ-ли оно исходить отъ права, или отъ конкретныхъ лицъ,—то, собственно, уже невозможно никакими средствами достигнуть исполненія такого велѣнія. Упорство того, къ кому обращено велѣніе, при достаточной его силѣ, можетъ оказаться неустранимымъ препятствіемъ къ осуществленію этого велѣнія,—и тогда даже полное повиновеніе другихъ лицъ, которыхъ можно призвать къ физическому насилію надъ упорствующимъ, все таки не ведетъ къ желаемому результату. Человѣческая воля стоитъ выше и способна быть могущественнѣе человѣческаго насилія! А если это такъ, то становится яснымъ, что

физическое насиліе, само по себѣ и какъ таковое, не способно обезпечить осуществленія права.

Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что право требуетъ, чтобы какое-либо дѣйствіе *не совершалось*,—и находится членъ общества, который его совершаетъ: вѣдь, никакими способами и никакими усилиями невозможно уже вычеркнуть такого дѣйствія изъ списка бытія; совершеніемъ такого дѣйствія право нарушено разъ и навсегда; съ точки зрѣнія своего осуществленія оно потерпѣло полную и ничѣмъ не вознаградимую неудачу, и здѣсь возможна забота о чемъ угодно другому, но только не объ осуществленіи велѣнія права, которое уже нарушено. Такимъ образомъ, при требованіяхъ о несовершеніи дѣйствій, неповиновеніе имъ со стороны тѣхъ, къ кому они обращены, является безусловно роковымъ и ничѣмъ не поправимымъ препятствіемъ къ ихъ осуществленію. Но почти то-же самое надо сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда право предписываетъ воздержаніе отъ дѣйствія, а, наоборотъ, *совершеніе* дѣйствія. Заставить человѣка противъ его воли совершить какое-либо дѣйствіе, собственно, невозможно,—поэтому и здѣсь нѣтъ средствъ къ тому, чтобы *насиліемъ* добиться осуществленія того, чего требуетъ право. Правда, то, что не совершено *однимъ*, иногда можетъ быть совершено *другимъ*, и что не сдѣлано *сегодня*, можетъ быть иногда сдѣлано *завтра*, но только иногда, а вовсе не всегда и даже не часто. Достигнуть полного тождества при замѣнѣ одного дѣйствія другимъ рѣшительно невозможно, и здѣсь можно стремиться только къ эквивалентности или равнозначности дѣйствій. А эта послѣдняя далеко не всегда возможна и далеко не всегда достигаетъ желаемой степени. Единственной областью, гдѣ эквивалентность различныхъ дѣйствій другъ другу оказывается, въ значительной мѣрѣ, возможной и имѣетъ серьезную практическую цѣну, является область имущественныхъ отношеній, т. е., главнымъ образомъ, область гражданского права. Но и здѣсь едва-ли можно, въ строгомъ смыслѣ слова, говорить объ *осуществленіи* права, разъ ужъ оно нарушено. Въ самомъ дѣлѣ, разъ должникъ не отдать въ срокъ кредитору слѣдующихъ съ него денегъ, то право кредитора не только не осуществлено такъ, какъ это требовалось, но и самая возможность его надлежащаго осуществленія навѣки утрачена. Отнынѣ можно, собственно, говорить лишь

о вознагражденіи кредитора за убытки, но отнюдь не объ осуществленіи его первоначальнаго требованія. Правда, въ области имущественныхъ отношеній, рана, наносимая праву его нарушеніемъ, сравнительно легко поддается исцѣленію (впрочемъ и то—не всегда), такъ какъ невыполненное согласно праву сравнительно легко замѣняется эквивалентомъ,—но, во-первыхъ, излѣчить рану вовсе не значитъ быть нераненымъ, а, во-вторыхъ, какъ-бы легко ни излѣчивалась рана, все таки предпочтительнѣе быть совсѣмъ не раненымъ.

Итакъ, мы видимъ, что вѣднія права осуществляются вполне успешно лишь при подчиненіи имъ, а разъ членъ обществѣ не захотѣлъ подчиниться праву, нарушилъ его—то никакое физическое насиліе надъ нарушителемъ уже неспособно дать праву то осуществленіе, въ какомъ оно нуждалось. Самое большее, чего здѣсь можно бываетъ добиться, это—болѣе или менѣе равноцѣннаго замѣщенія того, что не исполнено, тѣмъ, что теперь исполняютъ при помощи насилія.

Съ этой точки зрѣнія совсѣмъ иначе освѣщается роль и значеніе физическаго принужденія въ правѣ, чѣмъ это обыкновенно думаютъ ¹⁾. Эту роль, какъ уже сказано, мы должны признать от-

¹⁾ Любопытно здѣсь вспомнить, какъ это дѣлаетъ Регельсбергеръ въ своемъ новѣйшемъ курсѣ Пандектъ (В. I, S. 62) выраженія, въ которыхъ описывалъ отношеніе къ праву физическаго насилія извѣстный философъ *Фихте*: „Das Recht muss sich erzwingen lassen, wenn auch kein Mensch einen guten Willen hätte... Physische Gewalt und sie allein giebt ihm (dem Recht) auf diesem Gebiete die Sanction“—*Fichte*, Naturrecht, § 4. Интересно знать, кто-же настаивалъ-бы на исполненіи права, если-бы ни одинъ человекъ не захотѣлъ ему повиноваться? Откуда взялась-бы тогда та „физическая сила“, которая одна, по мнѣнію *Фихте*, можетъ и должна дать санкцію праву?—Самъ *Регельсбергеръ* считаетъ этотъ выводъ *Фихте* „сомнительнымъ“ (bedenklich) и думаетъ, что онъ объясняется „односторонностью“ философа „in der Auffassung der Dinge“ и его „неустрасимостью“ „in Ziehung der Folgen“. Однако, когда таже самая мысль, какую выразилъ *Фихте*, высказывается въ нѣсколько иныхъ, менѣе энергичныхъ и болѣе отвлеченныхъ выраженіяхъ, то она, уже безъ всякихъ сомнѣній, провозглашается господствующей въ современной юриспруденціи. Такъ *Schultze* („Privatrecht und Process“, S. S. 50—57) трактуетъ „die Erzwingbarkeit“ als immanente und wesentliche Qualität des Rechts.—„Es ist keine Rechtsnorm, говоритъ онъ, S. 54, welcher nicht eine äussere, zwingende Macht

нюдь не первенствующей, а совершенно подчиненной. Въ самомъ дѣлѣ, когда праву, въ какомъ-либо отдѣльномъ случаѣ, не повинуются, то физическое насиліе, какъ мы только-что видѣли, само по себѣ весьма мало способно поправить дѣло. Оно никогда не способно дать *всего* того, что дало-бы повиновение праву, и только рѣдко и въ ограниченной степени способно дать эквивалентъ того, что дало-бы повиновение. Поэтому слѣдуетъ признать, что когда оно пускается въ ходъ въ отдѣльныхъ случаяхъ правонарушеній, то оно, для этихъ случаевъ, сравнительно рѣдко и лишь въ ограниченной степени имѣетъ значеніе дѣкарства. II, собственно, не для того его и пускаютъ въ ходъ, чтобы поправить дѣло въ *этихъ* случаяхъ, гдѣ не удалось получить прямого повиновенія. Если къ нему и прибѣгаютъ въ случаяхъ правонарушеній, то это чаще всего, не ради *этихъ* случаевъ, а ради случаевъ другихъ,—чтобы въ *другихъ* случаяхъ направить поведение гражданъ къ повиновению праву. Физическое насиліе, въ случаяхъ уже послѣдовавшихъ правонарушеній, осуществляютъ потому, что имъ *заранѣе* грозили нарушителямъ права и, слѣд., тогда, когда эти нарушенія произошли, надо выставленныя угрозы привести въ исполненіе, дабы онѣ не потеряли своей устрашающей силы *въ будущемъ и для другихъ лицъ*. Когда совершено, напр., преступленіе, то уже нѣтъ средства поправить дѣло права въ этомъ случаѣ,—и если противъ преступника употребляютъ физическое насиліе, осуществляя надъ нимъ наказаніе, то это потому, что угроза даннымъ наказаніемъ за дан-

zur Seite steht, welche nicht *in sich selbst* als höchste und letzte Potenz die Möglichkeit *des äusseren Zwanges* trägt“. Развѣ это, по существу, не тоже самое, что говорилъ и Фихте? Между тѣмъ, по мнѣнію *Schultze*, „über diese dem *Rechtsgesetz* immanente Eigenschaft...., sowie darüber, dass gerade die ihr innewohnende Erzwingbarkeit die *Rechtsnorm* vom Sittengesetz scheidet, ist im Allgemeinen heute ja *auch kaum ein Zweifel*“. Въ подтвержденіе этого *Schultze* ссылается на цѣлый рядъ авторовъ (*Stahl, Unger, Brinz, Ihering, Menger, Lasson* и др.), къ числу которыхъ онъ, впрочемъ, напрасно причисляетъ и *Thon'a*. Противъ того, будто-бы „die Erzwingbarkeit“ составляетъ существенное и постоянное качество права, высказывается также и *Bierling*: „Streng genommen, говоритъ онъ, ist überhaupt *keine menschliche Gewalt* für sich allein im stande, die Anerkennung oder Erfüllung eines Gebotes zu erzwingen“ („Juristische Principienlehre“, 1894, B. I, S. 50).

ное преступленіе должна оставаться въ силѣ и впредь, должна и впредь, устрашая гражданъ, вызывать съ ихъ стороны повиновеніе праву, а между тѣмъ, если-бы ея не приводили въ исполненіе при наступленіи тѣхъ событій, къ которымъ она приурочена, то, конечно, она утратила-бы свою устрашающую силу. Приводить въ исполненіе угрозы, присоединенныя къ нормамъ права—это печальная необходимость для права, отъ которой оно во многихъ случаяхъ охотно-бы отказалось, если-бы при этомъ могло *какимъ-нибудь образомъ* сохранить неповрежденной силу выставленныхъ угрозъ ¹⁾. Въ тѣхъ случаяхъ, когда право перестаетъ дорожить силою выставленныхъ имъ угрозъ, какъ это бываетъ, напр., тогда, когда отмѣняется совсѣмъ или смягчается наказаніе за какое-либо преступленіе, право и на самомъ дѣлѣ отказывается отъ примѣненія прежняго наказанія къ такому преступленію, хотя-бы оно было совершено еще при существованіи стараго закона, когда еще дѣйствовала старая угроза. Такъ какъ здѣсь не дорожатъ больше психическою силою угрозы по отношенію *къ будущему*, то ея не осуществляютъ и по отношенію къ прошедшему: такъ надо объяснить содержащееся здѣсь исключеніе изъ того общаго правила, что законъ обратной силы не имѣетъ ²⁾.

¹⁾ Этотъ результатъ весьма искусно достигается въ уголовномъ правѣ институтомъ, такъ называемаго, *условнаго осужденія*: благодаря ему, право, дѣйствительно, получаетъ возможность, не ослабляя силы выставленныхъ имъ угрозъ, отказаться въ нѣкоторыхъ случаяхъ—при извѣстныхъ условіяхъ—отъ примѣненія наказаній, опредѣленныхъ въ уголовномъ кодексѣ. Съ этой точки зрѣнія названный институтъ долженъ быть характеризованъ, какъ высоко техническій съ юридической стороны и какъ высоко гуманный со стороны нравственной. Въ немъ надо видѣть остроумное юридическое изобрѣтеніе, расширяющее—въ области права—примѣненіе гуманизма и нравственныхъ чувствъ. Непонятно, поэтому, какъ можетъ возставать противъ этого института (называя его „условной безнаказанностью“) г. *Петражицкій*, провозгласившій себя защитникомъ „любви“ въ правѣ. См. его статью „Предисловіе и введеніе въ науку политики права“—„Кіев. унив. изв.“, 1896, авг., стр. XVII.

²⁾ Касаясь здѣсь вопроса о примѣненіи къ преступнику наказанія за содѣянное имъ преступленіе и выставляя единственнымъ мотивомъ такого примѣненія *in concreto*—необходимость привести въ исполненіе угрозу, выставленную правомъ заранѣе и *in abstracto*, мы не думаемъ, чтобы этимъ рѣшался въ какую-нибудь сторону вопросъ о *цѣли* наказанія или о *выборѣ* наказательныхъ средствъ, или о распредѣленіи напряженія этихъ средствъ по от-

Такимъ образомъ, мы видимъ, что физическое насиліе, въ общемъ и по преимуществу, пускается въ ходъ не для *осуществленія* права въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ его примѣняютъ (потому что оно, по самой своей природѣ, мало способно къ этой роли), а для получения *повиновенія* гражданъ во множествѣ другихъ случаевъ, въ которыхъ его не примѣняютъ, потому что это повиновеніе тамъ успѣшно достигнуто. Отсюда вытекаетъ, что *основную* свою работу въ пользу права физическое насиліе совершаетъ въ состояніи *угрозы* т. е. какъ орудіе психологическаго воздѣйствія на гражданъ, а не въ томъ грубомъ видѣ, какой оно имѣетъ само по себѣ. Поэтому и надо сказать, что его значеніе въ правѣ *подчиненное*, а не перво-степенное. Не оно, какъ таковое и непосредственно, даетъ праву осуществленіе, а только *повиновеніе* гражданъ,—для достиженія-же послѣдняго оказывается пригоднымъ, между прочимъ, и физическое насиліе. А это значитъ, что повиновеніе, и только оно одно, служитъ непосредственной и истинной основой осуществленія права.

§ 6. Какъ достигается повиновеніе праву?

Мы пришли къ выводу, что осуществленіе права достигается вовсе не физическимъ насиліемъ, какъ таковымъ, а *повиновеніемъ*

дѣльнымъ категоріямъ преступленій или въ примѣненіи къ различнымъ преступникамъ. Мы полагаемъ, что всѣ эти вопросы должны быть рѣшены особо, но только непрямо въ предвидѣніи того, что сперва определенное въ законѣ наказаніе будетъ выполнять свою благотѣльную *предупредительную* роль, а затѣмъ можетъ встрѣтиться и печальная необходимость примѣнить его на самомъ дѣлѣ. Значитъ, при выборѣ наказанія, надо заранѣе взвѣсить не только его предупредительную силу, но и нашу рѣшимость (въ виду нравственныхъ и иныхъ соображеній) привести угрозу, въ случаѣ надобности, въ исполненіе. Нельзя грозить зря, но, разъ пригрозивши, надо приводить угрозу въ исполненіе,—вотъ элементарное правило, лежащее въ основѣ уголовного права, и только его мы и выразили въ текстѣ выставленнымъ тамъ утвержденіемъ. Во всякомъ случаѣ справедливо, что, какую-бы цѣль мы ни ставили наказанію и какія-бы средства ни выбирали для него,—но ни эта цѣль, ни эти средства не совпадаютъ съ *возможностью*, такъ сказать, ретроактивно осуществить норму уголовного права въ томъ конкретномъ случаѣ, въ которомъ она уже потерпѣла нарушеніе.

праву со стороны гражданъ; что употребленіе физическаго насилія служить только средствомъ къ тому, чтобы добиться отъ гражданъ повиновенія. Къ этому надо добавить, что оно является только *однимъ изъ средствъ* и притомъ даже не самымъ главнымъ и важнымъ. Повиновеніе праву поддерживается цѣлымъ рядомъ факторовъ, и чтобы оцѣнить среди нихъ роль и значеніе пускаемаго въ ходъ отъ имени права физическаго насилія надо бросить, хотя-бы бѣглый, взглядъ на все эти факторы въ совокупности.

Самымъ важнымъ изъ этихъ факторовъ надо признать непринужденную охоту гражданъ добровольно повиноваться велѣніямъ своего права, т. е. ихъ благоволеніе къ праву, или, по крайней мѣрѣ, значительную степень такого благоволенія.—Это благоволеніе, эта непосредственная и вполне добровольная охота гражданъ повиноваться праву, присутствіе въ нихъ убѣжденія, что ихъ право и должно быть правомъ,—составляютъ главную опору и фундаментъ его практической осуществимости, а вовсе не грубая физическая сила, какъ это принимаетъ господствующая теорія. Имѣя *только* физическую силу, хотя-бы и въ желаемомъ изобиліи, еще нельзя создать и поддержать права въ обществѣ, а для этого непременно требуется та самая добровольная охота гражданъ повиноваться праву, которой господствующая теорія, какъ кажется, не придаетъ никакого значенія въ вопросѣ объ осуществимости права.—Выше мы видѣли, что право, не встрѣчая повиновенія со стороны однихъ, призываетъ къ повиновенію другихъ, т. е. прибѣгаетъ къ передачѣ своего давленія на общество съ однихъ его частей на другія. Чтобы такая система была устойчива, она не должна *вся* висѣть на воздухѣ, она должна, въ концѣ концовъ, опираться на такія части, которыя сами по себѣ вполне устойчивы и потому не требуютъ передачи своего давленія на другія части. Въ этомъ отношеніи систему права можно уподобить *своду* въ архитектурѣ: передавая давленіе однихъ камней на другіе, мы можемъ поддержать тяжесть свода, но лишь при одномъ условіи—чтобы въ концѣ концовъ давленіе свода передавалось на такія части, которыя устойчивы сами по себѣ; и чѣмъ массивнѣе и тяжелѣе сводъ, тѣмъ больше должна быть и собственная устойчивость тѣхъ частей постройки, на которыя мы его опираемъ,—иначе сводъ «разопреть» постройку и послѣдняя обру-

шится. Вотъ такой послѣдней опорой для «свода» неустойчиваго повиновенія праву въ обществѣ и является повиновеніе устойчивое, т. е. вполне добровольное и охотное, вытекающее не изъ принужденія, а изъ собственной воли повиновающагося. При отсутствіи такого самоустойчиваго повиновенія и притомъ въ количествѣ, достаточномъ для противовѣса неустойчивымъ частямъ, построеніе права невозможно, также какъ невозможно возмѣстить недостатокъ этого основнаго условія для построенія права избыткомъ физической силы.

Но отъ чего зависить и чѣмъ обуславливается непринужденная охота гражданъ добровольно подчиняться велѣніямъ права? Мы не можемъ входить здѣсь въ детальное разсмотрѣніе этого вопроса, но разрѣшеніе его—хотя-бы даже скорѣе формальное, чѣмъ матеріальное—для насъ здѣсь вмѣстѣ и необходимо, и вполне достаточно. Последнее-же можетъ быть формулировано такъ: охота гражданъ повиноваться праву зависить отъ его *содержанія*. Если, напр., право, по своему содержанію, вполне чуждо данному обществу, навязано ему извнѣ; или если право рѣзко расходится съ господствующимъ въ данномъ обществѣ строемъ чувствъ, идетъ въ разрѣзъ со всеми его традиціями и привычками; или если право явно и грубо нарушаетъ требованія общественнаго блага—тогда, въ силу самаго своего содержанія, оно будетъ встрѣчать отпоръ, желаніе уклониться отъ его исполненія, или даже прямо его нарушить. Но если, наоборотъ, право органически выросло въ данной средѣ, гармонически согласовано съ господствующими въ ней чувствами и понятіями; если оно притомъ совпадаетъ съ требованіями общественнаго блага и ведетъ общество, хотя-бы и умѣреннымъ шагомъ, впередъ,—то такое право весьма часто найдетъ себѣ повиновеніе у гражданъ просто въ силу того, что направленіе его велѣній совпадетъ съ представленіемъ гражданъ о томъ, какъ слѣдуетъ дѣйствовать, или даже въ силу общаго довѣрія гражданъ къ благимъ цѣлямъ своего права. Такимъ образомъ, соответствіе содержанія права съ господствующими въ обществѣ интересами и съ общественнымъ благомъ, по крайней мѣрѣ, въ его умѣренной редакціи,—вотъ это и есть условіе, при которомъ направленіе велѣній права, въ значительной мѣрѣ, совпадетъ съ охотой гражданъ имъ подчиниться. При наличности этого условія основной фундаментъ для права данъ, и ста-

новится возможнымъ его практическое построenie.—При этомъ не надо забывать, что, съ одной стороны, система права дѣйствуетъ на общество, какъ нѣкоторое цѣлое, а съ другой стороны и общество также реагируетъ на право, какъ цѣлое. Поэтому, указанное выше соотвѣтствіе между правомъ и обществомъ требуется именно въ общемъ и цѣломъ, а не въ каждомъ изъ элементовъ той и другой величины. Если *большая часть* цѣлой системы права совпадаетъ со стремленіями и желаніями *большей части* общества, то опираясь на эту основу получающейся при такихъ условіяхъ значительной массы добровольнаго повиновенія, можно ввести въ общественную среду такія нормы, которыя сами по себѣ не встрѣтили-бы желательнаго повиновенія, и подчинить праву такихъ лицъ, которыя не склонны ему вообще повиноваться. Здѣсь уже отъ искусства строителя и отъ его благоразумія зависить воспользоваться въ интересахъ общества *всей* возможностью передать давленіе неустойчивыхъ частей на устойчивыя и, вмѣстѣ съ тѣмъ, *не превзойти* этой возможности.

Такимъ образомъ, правила архитектуры обязательны и для правостроенія. Какъ въ средѣ физической, такъ и въ средѣ социальной, необходимо считаться съ инерціей массы, съ устойчивостью элементовъ, съ сопротивленіемъ матеріаловъ; какъ тамъ, такъ и здѣсь, невозможно построеніе воздушныхъ замковъ,—возводимыя сооруженія, какъ тамъ, такъ и здѣсь, должны имѣть вполне надежный фундаментъ, каковымъ для права, несомнѣнно, является та масса непринужденной охоты гражданъ повиноваться праву, которая зависить отъ извѣстнаго общаго соотвѣтствія между содержаніемъ права и стремленіями среды. Но когда такой фундаментъ данъ, то возможно, притомъ въ довольно широкихъ размѣрахъ, осуществленіе плановъ и намѣреній строителя, т. е. такое видоизмѣненіе правомъ дѣятельности цѣлаго общества и поведения отдѣльных его членовъ, которое будетъ весьма сильно отличаться отъ тѣхъ формъ, въ какія-бы сложилась дѣятельность общества и поведение его членовъ сами по себѣ. Въ предѣлахъ описанныхъ условій *основнаго* равновѣсія права—возможно приданіе ему той или иной фигуры, того или иного стіля и построенія. Эта возможность обусловлена тѣмъ, что и правостроитель, подобно архитектору, будучи

связанъ основными свойствами своего матеріала, въ то-же время располагаетъ и нѣкоторыми искусственными средствами воздѣйствія на него и его обработки. И если мы, вслѣдъ за уясненіемъ себѣ механики права, какъ цѣлаго, хотимъ дать себѣ отчетъ также и въ *частныхъ* условіяхъ его равновѣсія, то намъ нужно обратиться къ этимъ искусственнымъ средствамъ воздѣйствія права на поведение гражданъ. При этомъ мы уже заранѣе должны ожидать, что, такъ какъ осуществленіе права обусловлено *повиновеніемъ* ему со стороны гражданъ, то и подлежащія теперь нашему разсмотрѣнію искусственные средства воздѣйствія на поведение гражданъ должны всѣ оказаться средствами возбудить или повысить въ гражданахъ охоту *повиноваться* праву.

Когда непосредственное содержаніе нормы само по себѣ не вызываетъ повиновенія со стороны какого либо гражданина, то есть *два* средства искусственно склонить его волю къ повиновенію—это: *пригрозить зломъ* за неповиновеніе и *обѣщать благо* за повиновеніе. Мы уже обозначали ихъ выше, какъ средства психическаго воздѣйствія на гражданъ—они-то и пускаются въ ходъ правомъ на случай недостаточной охоты гражданъ къ повиновенію и, какъ показываетъ опытъ, довольно успешно достигаютъ намѣченной цѣли.

Указывая здѣсь эти два средства психическаго воздѣйствія на гражданъ со стороны права, не лишне отмѣтить, что донинѣ наука права почти совсѣмъ игнорировала одно изъ нихъ и преувеличивала значеніе другого. Подъ вліяніемъ господствующаго въ ней заблужденія, что право достигаетъ своего осуществленія только благодаря физическому насилию, наука о правѣ сосредоточивала все свое вниманіе на угрозахъ зломъ нарушителямъ вѣднѣй права за ихъ нарушеніе и только въ нихъ и видѣла, такъ называемую, *санкцію* нормы. Конечно, не слѣдуетъ уменьшать важнаго значенія *этого* средства для достиженія повиновенія праву, но вмѣстѣ съ тѣмъ надо признать не только то, что, рядомъ съ нимъ, существуетъ еще и другое, но и то, что это другое средство играетъ по отношенію къ праву еще болѣе важную роль ¹⁾.

¹⁾ Изъ новыхъ писателей важную роль *вознагражденія* въ социальной жизни вполне оцѣнилъ Герингъ, но онъ дѣлаетъ большую ошибку, полагая,

Въ самомъ дѣлѣ, выше (§ 2) мы уже отмѣчали, что задача права по отношенію къ тому, что совершается въ обществѣ, двоякая—*отрицательная* и *положительная*: съ одной стороны право стремится кое что *выбросить* изъ общественной жизни, а, съ другой, кое что *прибавить* къ ней. Теперь мы должны сказать, что своихъ отрицательныхъ задачъ право достигаетъ преимущественно посредствомъ *угрозъ*, а своихъ положительныхъ задачъ—преимущественно посредствомъ *обѣщаній*. Когда право что либо *запрещаетъ*, то къ своему запрету оно обыкновенно добавляетъ: «если сдѣлаешь, то тебя постигнетъ такая-то кара, или такая-то невыгода». Когда же право требуетъ отъ гражданина совершенія какого либо положительнаго дѣйствія, то оно обыкновенно добавляетъ: «если сдѣлаешь, то получишь за это такую-то награду, или такую-то выгоду». Дѣйствіемъ угрозъ достигается преимущественно *воздержаніе* гражданъ отъ совершенія дѣйствій, правомъ запрещенныхъ, а системою наградъ достигается преимущественно совершеніе гражданами дѣйствій, желаемыхъ правомъ. Только что сказанное справедливо, конечно, лишь съ той оговоркой, какая и сдѣлана въ самомъ утвержденіи, т. е. что одна система употребляется *преимущественно* для

что социальное вознагражденіе не входитъ въ область права, а *все* осуществляется въ предѣлахъ экономическаго оборота. Вотъ что мы читаемъ у него о соотношеніи между правомъ и социальнымъ вознагражденіемъ: „Соціальной организаціей вознагражденія оказывается оборотъ; для припужденія такую организацію представляетъ государство и право; первая достигаетъ полной законченности лишь съ помощью послѣдней; право необходимо для вознагражденія, какъ прикрытіе“ („Цѣль въ правѣ“, I, 178 русск. перев.). Но развѣ жалованье чиновникамъ происходитъ изъ экономическаго оборота? Развѣ государственное страхование рабочихъ опирается не на право? Эти и подобные имъ виды социальнаго вознагражденія не только *прикрываются правомъ*, но и имѣютъ въ немъ несомнѣнный источникъ своего существованія.

Римскіе юристы, со свойственнымъ имъ практическимъ чутьемъ, вполне правильно включали вознагражденіе въ сферу права, какъ средство, стоящее *на ряду* съ наказаніемъ и служащее той же цѣли, что и послѣднее. Въ самомъ началѣ Дигестъ, выставляя—конечно, слишкомъ неопредѣленно—цѣлью права: „*bonos efficere*“, римскій юристъ (*Ульпіанъ*) говоритъ, что этой цѣли право стремится достигать „*non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione*“.... L. 1. § 1, Dig. 1. 1.

достиженія отрицательныхъ задачъ права, а другая *преимущественно* для достиженія его положительныхъ задачъ.

Но если это такъ, то этимъ, въ достаточной степени, опредѣляется и относительная важность каждой системы средствъ (каванія и вознагражденія) для достиженія цѣлей права въ ихъ совокупности. Если мы припомнимъ (§ 2), что развиваются и усложняются преимущественно положительные задачи права, отъ которыхъ отстаютъ, въ этомъ отношеніи, задачи отрицательныя; если мы бросимъ взглядъ на сложность, обширность и разнообразіе этихъ задачъ уже въ современномъ юридическомъ быту и согласимся, что въ будущемъ эти задачи займутъ еще большее мѣсто,—то мы придемъ къ рѣшительному заключенію, что то средство, которымъ достигаются положительные задачи права, должно быть признано—относительно—болѣе важнымъ, чѣмъ то, которымъ достигаются правомъ его отрицательныя задачи.

Впрочемъ, если требуется, въ противоположность господствующему въ юриспруденціи пренебреженію къ наградѣ, какъ къ средству достиженія цѣлей права, возвысить его значеніе въ этомъ отношеніи и даже настаивать на томъ, что, съ количественной стороны, имъ достигается больше и болѣе важнаго повиновенія, чѣмъ другимъ средствомъ, именно угрозой,—то, съ качественной стороны, оба средства представляются, такъ сказать, равноцѣнными,—право одинаково пользуется каждымъ изъ нихъ, при томъ какъ отдѣльно, такъ и въ различныхъ взаимныхъ сочетаніяхъ.

Итакъ, первой и основной опорой исполненія права въ жизни надо считать ту массу повиновенія со стороны гражданъ, которую *большинство* ихъ склонно добровольно оказывать *большинству же* выставленныхъ передъ ними нормъ. Въ предѣлахъ этой массы добровольнаго повиновенія положеніе права устойчиво само по себѣ, безъ всякихъ, такъ сказать, искусственныхъ приспособленій. Но для того, чтобы достигнуть повиновенія со стороны меньшинства гражданъ, не склонныхъ къ повиновенію даже тѣмъ нормамъ, которымъ большинство подчиняется добровольно, а также, чтобы обезпечить повиновеніе и меньшинству нормъ, которыя со стороны большинства гражданъ не нашли бы себѣ добровольнаго подчиненія, право присоединяетъ къ нормамъ психическое воздѣйствіе на гражданъ,

иногда въ формѣ угрозы, иногда въ формѣ обѣщанія, иногда сочетая то и другое вмѣстѣ. И вотъ повиновение, которое получается этимъ способомъ, т. е. посредствомъ психическаго воздѣйствія на гражданъ, не представляется уже устойчивымъ само по себѣ; давленіе, производимое имъ на тѣхъ гражданъ, которые безъ него не оказали бы повиновенія праву, надо передать на другія части общества,—иначе вся эта искусственная постройка можетъ рухнуть. Это значитъ, что на случай неповиновенія нормамъ, снабженнымъ средствами психическаго воздѣйствія, право должно имѣть въ своемъ распоряженіи такія части общества, которыя готовы къ повышенному и квалифицированному повиновенію. Право и дѣйствительно организуетъ такой контингентъ лицъ, который выступаетъ на сцену, когда гдѣ либо и въ чемъ либо граждане не оказываютъ повиновенія праву. А чтобы достигнуть требующагося отъ этихъ лицъ повышеннаго и квалифицированнаго повиновенія право повышаетъ для нихъ, какъ размѣры наградъ за ихъ повиновение, такъ и размѣры каръ за неповиновение. Отсюда понятіе о *должности*, о *жалованьѣ*, о *преступленіяхъ по должности*. Впрочемъ, касаясь организаціи тѣхъ частей общества, которыя призваны къ повышенному и квалифицированному повиновенію, надо замѣтить, что онѣ сами организованы по принципу передачи давленія съ однихъ изъ нихъ на другія. Не входя здѣсь ни въ какія подробности, замѣтимъ лишь, что въ концѣ концовъ давленіе всѣхъ частей общественной организаціи передается на *военную силу*. Военная сила—это и есть та часть общественной среды, отъ которой требуется самое рѣшительное и самое полное повиновение. Дисциплина есть начало, проникающее насквозь всю военную организацію и составляющее, по общему признанію, самую ея душу. Такимъ образомъ, повиновение праву всѣхъ другихъ частей общественной организаціи опирается на повиновение ему военной силы, которая призывается къ дѣйствію для подавленія всякаго другаго неповиновенія. И если гдѣ—съ особенной очевидностью—ясно, что право сильно не тогда, когда его распоряженію предоставлена грубая физическая сила, какъ таковая, а только тогда, когда эта грубая физическая сила приведена въ состояніе повиновенія; если гдѣ, съ особенной очевидностью, ясно, что для осуществленія права тре-

буется именно *повиновеніе*, а не простое физическое насиліе, то это именно здѣсь, въ этомъ пунктѣ, гдѣ мы видимъ послѣднюю гарантію исполненія права. Если на этомъ пунктѣ, вмѣсто подчиненія закону, наступаетъ самоволіе; если эта организація физической силы выходитъ изъ оковъ повиновенія, то изъ гарантіи права она превращается въ величайшую помѣху для его правильнаго дѣйствія. Исторія не разъ убѣдительно иллюстрировала эту истину, а нынѣшній кризисъ во Франціи показываетъ, что и современная жизнь можетъ дать въ этомъ отношеніи хорошій урокъ соціологу ¹⁾).

¹⁾ На чемъ, однако, зиждется повиновеніе самой военной силы? Не подлежитъ сомнѣнію, что по отношенію къ ней всѣ искусственныя средства полученія повиновенія, т. е. кары и награды доведены до высшаго напряженія. Но они-ли служатъ *самой основой* повиновенія арміи, или нѣтъ? Вотъ что мы читаемъ, по этому поводу, у того военнаго писателя, котораго уже цитировали однажды. „Возможность управленія войсками основывается на существованіи въ нихъ широкихъ общихъ идей законности и обязательства. *Безъ нихъ невозможно никакое управленіе* и величайшее заблужденіе предполагать, что этого можно достигъ другими мѣрами, какъ-то: дисциплиной, угрозами и принужденіями. Самая строгая дисциплина съ наиболѣе крутыми наказаніями можетъ обусловить повиновеніе только въ томъ случаѣ, *если она черпаетъ основаніе въ общихъ идеяхъ*“ (А. Зыковъ „Какъ и чѣмъ управляются люди“, стр. 134). Отсюда прямой выводъ, что при управленіи войсками необходимо опираться на основу существующихъ въ нихъ „широкихъ общихъ идей законности и обязательства“, и что невозможно направить войско въ сторону, противоположную этимъ идеямъ. Г. Зыковъ всецѣло принимаетъ этотъ выводъ и иллюстрируетъ его превосходнымъ историческимъ примѣромъ. Изъ всѣхъ войскъ наиболѣе безыдейными, по мнѣнію г. Зыкова, съ которыми нельзя не согласиться, являются войска *наемныя*. Но какъ ни слабъ въ нихъ этотъ идейный фундаментъ, тѣмъ не менѣе онъ существуетъ и здѣсь, вызывая всю свою силу, какъ только вздумаютъ идти ему наперекоръ. „Даже въ такихъ разношерстныхъ, сбродныхъ и, какъ кажется, лишенныхъ моральнаго чувства арміяхъ, каковы были арміи наемниковъ, таятся, говоритъ г. Зыковъ, болѣе высокія идеи. *Наперекоръ имъ нельзя было управлять войсками*. Войско никогда не можетъ быть слѣпымъ орудіемъ. Это зачастую упускается изъ виду. Это упустилъ изъ виду и такой высокоталантливый генералъ, какъ Валленштейнъ. Въ бурный періодъ 30-лѣтней войны, увлеченный своимъ успѣхомъ и талантомъ, онъ пришелъ къ убѣжденію, что арміи принадлежитъ рѣшающее значеніе, и поставилъ себѣ цѣлью закрѣпить за собой полное главенство ею. Сознавая, что для того, чтобы быть единственнымъ владыкой солдатъ, онъ долженъ былъ являться войскамъ, какъ единственный

§ 7. Послѣдніе выводы и постановка задачи.

Предыдущее изложеніе привело насъ къ выводу, что право осуществляется въ жизни черезъ *повиновеніе* ему гражданъ, и мы формулировали этотъ выводъ въ противоположность господствующему въ юриспруденціи ученію, утверждающему, что право получаетъ свое осуществленіе благодаря *принужденію* или *насилію* (Zwang). Господствующая доктрина учитъ, что нормы права въ *самихъ себѣ* несутъ это принужденіе, что оно имъ, будто бы, не только свойственно, но и отъ нихъ неотъемлемо, или оно имъ *имманентно*, какъ любятъ выражаться нѣмецкіе ученые (см. выше, на стр. 25, цитату изъ *Schultze*). Въ *принудительности* нормъ права усматривается ихъ важнѣйшее отличіе отъ нормъ нравственности, при чемъ характеръ этой принудительности разумѣется въ чисто физическомъ смыслѣ, т. е. какъ осуществляемой физической силой. По

владыка ихъ судьбы, онъ выговорилъ себѣ у императора всѣ права, составлявшія до сего времени привилегію короны. Не только плата денегъ солдатамъ шла отъ Валленштейна, но жизнь ихъ волюй зависѣла отъ его воли. Онъ выговорилъ себѣ право выдавать офицерскіе патенты, награждать достойныхъ и казнить смертью провинившихся. Такъ, послѣ Люденской битвы онъ назначилъ строжайшее слѣдствіе о поведеніи своихъ офицеровъ въ этомъ сраженіи. Тѣ, кого военный судъ призналъ виновными, были приговорены къ смерти безъ всякой пощады. Отличившіеся храбростью были награждены по царски. Память убитыхъ увѣковѣчена великолѣпными мавзолеями. Являясь единственнымъ вершителемъ судебъ ввѣреннаго ему войска, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ осыпалъ его богатой добычей и полнымъ довольтвомъ. Добавивъ къ этому, что войска его состояли изъ всякаго сброда безъ религій, безъ нравственности, дѣло Валленштейна казалось обезпеченнымъ..... Но какъ только войско узнало, что Валленштейнъ хочетъ направить его противъ законнаго императора, какъ только этотъ императоръ, не имѣвшій надъ войскомъ никакой фактической власти, отрѣшилъ Валленштейна отъ командованія, такъ власть Валленштейна оказалась подрѣзанной въ самомъ корнѣ, и войско ему не повиновалось болѣе“ (*Зыковъ, ibid., стр., 135—136*).

Отрадно противопоставить это убѣжденіе военнаго писателя, что людьми нельзя управлять съ помощью одного насилія и что въ людяхъ дѣйствуютъ идеи, значеніе которыхъ *больше* значенія силы,—заблужденію философа и многихъ юристовъ, будто-бы право поддерживается въ своемъ дѣйствіи только физической силой.

своему логическому характеру ошибка господствующей доктрины вполне подобна тому, какъ если бы кто либо сталъ утверждать, что карета сама по себѣ обладаетъ «возящей силой», которая ей имманентна и отъ нея неотъемлема, не замѣчая при этомъ того, что карета везетъ пассажира только тогда, когда въ нее запряжены лошади, и еще менѣе сознавая то, что и лошади везутъ карету, какъ выражается народная мудрость, вовсе «не кнутомъ, а овсомъ». Нормы права сами по себѣ обладаютъ силою осуществимости—думаетъ господствующая доктрина, и если что нибудь и требуется, по ея мнѣнію, для способствованія дѣйствительному ихъ осуществленію въ жизни, то развѣ только удары кнутомъ по исполнителямъ.

Это ученіе объ «имманентной» принудительности нормъ права, какъ и всякое неправильное представленіе о предметѣ, вредно не только своей непосредственной ошибочностью, но и тѣмъ, что оно ведетъ къ дальнѣйшимъ, тѣсно съ нимъ связаннымъ, нежелательнымъ послѣдствіямъ. Ясно, что тотъ, кто думалъ бы, что карета сама по себѣ обладаетъ возящей силой, не только впалъ бы въ ошибку касательно механизма движенія кареты, но и былъ бы лишень всякихъ стимуловъ къ устраненію этой ошибки, къ замѣнѣ ея болѣе правильнымъ представленіемъ. Разъ «везущая сила» каретъ имманентна,—то какіе же возможны еще вопросы по этому поводу? Зачѣмъ какое бы то ни было дальнѣйшее изслѣдованіе предмета? Очевидно, взятое нами предположительное объясненіе движенія кареты, по самому своему свойству, таково, что оно пресѣкаетъ всѣ дальнѣйшіе вопросы, отвращаетъ отъ всякаго дальнѣйшаго изслѣдованія.

Но именно такимъ, по своимъ послѣдствіямъ, оказалось и ученіе объ имманентной принудительности права: оно повело къ полному квіетизму, къ полному прекращенію изслѣдованія тамъ, гдѣ это изслѣдованіе было безусловно необходимо, а именно въ вопросѣ объ осуществленіи права. Въ самомъ дѣлѣ, если нормы права обладаютъ сами по себѣ «принудительной силой»,—то какіе же возможны еще дальнѣйшіе вопросы объ ихъ осуществленіи въ жизни? Приписавши имъ эту силу, не слѣдуетъ ли заключить, что, послѣ того, какъ норма издана, для ея осуществленія уже ничего больше

и не требуется? что она сама собою господствуетъ надъ дѣйствительной жизнью и ее себѣ покоряетъ?—Кто послѣдователенъ, тотъ именно такое заключеніе и формулируетъ, какъ формулировало его то «идеальное» воззрѣніе на право, которое цитируетъ и къ которому, въ сущности, примыкаетъ новѣйшій пандектистъ *Регельсбергеръ*. «Nach einer idealen Anschauung, читаемъ мы у него, erhalten alle Lebensverhältnisse, welche überhaupt der Herrschaft des Rechts unterliegen, ihre rechtliche Gestalt sofort bei der Entstehung. Sofort werden sie von den zu dieser Zeit und an diesem Ort geltenden Rechtsvorschriften ergriffen und rechtlich geordnet» ¹⁾. И если бы это идеальное воззрѣніе на право было послѣдовательнымъ до конца, до закрытія глазъ на все происходящее, то оно, конечно, и остановилось бы на этомъ олимпійски-спокойномъ изображеніи права, которое, будто бы, безъ малѣйшихъ усилій владычествуетъ надъ покорной ему дѣйствительностью. Но такъ какъ гораздо легче закрыть глаза на логическую послѣдовательность въ мышленіи, чѣмъ на происходящія въ дѣйствительности явленія, потому что послѣднія даютъ о себѣ знать неприятными толчками тѣмъ, кто закрываетъ на нихъ глаза, то и господствующее ученіе о правѣ, жертвуя послѣдовательностью, нѣсколько приноровило свое изображеніе господства права надъ жизнью къ тому, что происходитъ на самомъ дѣлѣ. Съ этою цѣлью оно выставило свое знаменитое и эффектное ученіе о томъ, что право не всегда остается олимпійски-спокойнымъ и неподвижнымъ въ своемъ господствѣ, но что, по временамъ, ему приходится покидать эту удобную для него позицію, перемѣняя ее на безпокойно-босвую, когда дѣйствительность начинаетъ бунтовать противъ права и когда праву приходится ее умирять, *защищая* свое господство. Такимъ образомъ, ученіе о «принудительной силѣ» нормъ права и объ ихъ господствѣ надъ дѣйствительностью, было дополнено—не безъ нарушенія логической послѣдовательности—ученіемъ о *защитѣ* права. Дальше этого ученія идеальное воззрѣніе на право уже не идетъ и лишь окрещиваетъ словомъ «защита» весьма различныя правовыя явленія, требующія гораздо болѣе глубокаго и основательнаго объясненія. Такъ, все судопроизводство—

¹⁾ *Regelsberger*. „Pandekten“, S. 131.

этотъ сложный и обширный институтъ, пережившій столько различныхъ историческихъ фазъ—характеризуется просто, какъ особый видъ защиты права—но какой же? ну, конечно, *судебный*: это—судебная защита права...

Итакъ, движеніе нормы права—послѣ того, какъ она возникла, какъ таковая—къ своему осуществленію объясняется господствующей доктриной очень просто: норма права уже сама по себѣ обладаетъ, де, силою осуществленія (принудительною силою), а разъ эта сила (почему-то!!) въ нѣкоторыхъ случаяхъ оказывается недостаточной, то право выступаетъ въ походъ, вступаетъ въ бой и—хотя бы ни одинъ гражданинъ не имѣлъ къ нему добраго расположенія (wenn auch kein Mensch einen guten Willen hätte—см. выше у Фихте)!—все таки побѣждаетъ тѣмъ или инымъ способомъ (судебная и внѣ судебная защита права). Нельзя не признать этого объясненія осуществленія права въ жизни, въ высшей степени несовершеннымъ и даже примитивнымъ. Его исходный пунктъ—приписываніе нормѣ права принудительной силы или свойства принудительности (die Erzwingbarkeit по нѣмецкой терминологіи)—вполнѣ аналогично знаменитому объясненію снотворнаго дѣйствія опиума Мольтеревскимъ докторомъ: *l'opium endormit puisqu'il a une vertu soporifique*; его непосредственное продолженіе—въ видѣ боевой позиціи права и его защиты—хотя и красиво, какъ сравненіе, но совершенно поверхностно и неосновательно, какъ научное объясненіе.

Констатируя это крайнее несовершенство объясненія, которое дается господствующей доктриной процессу осуществленія права, нельзя не вспомнить по контрасту того богатства потраченныхъ силъ и того изобилія достигнутыхъ результатовъ, какое мы имѣемъ для другой фазы въ жизни права, а именно для его *возникновенія*. Величайшіе умы, какъ Савиньи и Герингъ, приложили здѣсь свои главныя усилія и мы получили отъ нихъ весьма стройную теорію, хорошо объясняющую намъ происхожденіе права, какъ продукта и выраженія общественной воли. Въ противоположность этому богатству научной разработки вопроса о происхожденіи или возникновеніи права,—вопросъ *объ его осуществленіи* является настоящей пустыней или, вѣрнѣе сказать, страной, куда еще почти не заглядывалъ глазъ изслѣдователя, и которая кажется намъ пустыней по

невѣдѣнію. Въ эту неизвѣданную страну надо проникнуть и надо ее тщательно изслѣдовать, а это станетъ возможнымъ лишь при условіи, если мы перестанемъ сами передъ собой закрывать въ нее двери, т. е. если мы отбросимъ ученіе объ имманентной принудительности права. По примѣру нѣкоторыхъ другихъ изслѣдователей, мы пришли къ выводу, что право осуществляется не насиліемъ надъ гражданами, а повиновеніемъ со стороны гражданъ,—этотъ выводъ широко раскрываетъ намъ входъ въ неизслѣдованную еще область осуществленія права, и, мы думаемъ, что пора уже вступить въ нее и подвергнуть ее такому же реалистическому изученію, какому, со временъ Савиньи, былъ подвергнутъ вопросъ о происхожденіи права.

Однако, указывая здѣсь на эту очередную задачу для нынѣшней науки—изслѣдовать процессъ осуществленія права съ такой же тщательностью и тѣми же методами, какъ и вопросъ объ его происхожденіи—мы не имѣемъ въ виду взяться за ее выполненіе во всемъ ея объемѣ. Если мы указываемъ на эту задачу въ цѣломъ, то только для того, чтобы сказать: *здѣсь*, на этомъ еще неизслѣдованномъ полѣ,—въ этой еще неразработанной области ученія о правѣ—лежитъ и та частная задача, выполненію которой посвящена настоящая работа. Мы отмежуемъ себѣ здѣсь участокъ, который и постараемся, поскольку намъ позволятъ это наши силы, присоединить къ научно-обработанной территоріи.

Каковъ же этотъ участокъ, и что это за частная задача? Это сейчасъ станетъ яснымъ изъ нижеслѣдующихъ соображеній.

Мы пришли къ заключенію, что осуществленіе права, хотя оно и должно закончиться вѣшними физическими результатами, но всегда и неизмѣнно пролегаетъ черезъ повиновеніе ему гражданъ, т. е. *черезъ чистый психологическій процессъ*. Являясь само выраженіемъ воли—воли общественной—право со своимъ основнымъ и единственнымъ орудіемъ—нормой—врѣзывается, вторгается не въ міръ физическій, а въ міръ духовный, оно воздѣйствуетъ *на волю*—индивидуальную волю гражданъ—и только черезъ нее можетъ найти себѣ дѣйствительное осуществленіе. Воля гражданъ—вотъ тотъ объектъ, къ которому обращается право, подчиненіе воли гражданъ своимъ велѣніямъ—вотъ *та задача*, которую оно должно успѣшно выполнить, чтобы добиться своего осуществленія въ жизни. Внѣ

воли гражданъ для права нѣтъ точки опоры, и если бы эта воля, по какой либо причинѣ, исчезла или совершенно потеряла способность повиноваться, то всё кодексы превратились бы въ самыя жалкія книги, ибо они потеряли бы безъ остатка все свое жизненное значеніе и назначеніе.

Но если это такъ, если право *всегда* движется къ своему осуществленію черезъ чистый психологическій процессъ, то отъ свойствъ и состава этого процесса не можетъ не зависѣть самая участь права, т. е. то, получить ли оно это осуществленіе, или нѣтъ. До сихъ поръ мы называли указанный психологическій процессъ повиновеніемъ и говорили только объ *охотѣ* гражданъ повиноваться. Теперь намъ нужно болѣе внимательно взглянуть въ то, что мы до сихъ поръ именовали просто повиновеніемъ,—нѣтъ ли въ составѣ этого повиновенія какихъ либо другихъ психологическихъ элементовъ, кромѣ *охоты* къ повиновенію.

Если бы мы обратились къ психологу и спросили его, къ какому типу дѣйствій надо отнести тотъ случай, когда кто либо *повинуется праву*, то мы получили бы несомнѣнный отвѣтъ, что человѣческое дѣйствіе въ этомъ случаѣ не есть ни рефлексъ, и не чувственно-двигательный актъ, а настоящий и хорошо развитой актъ *идео-двигательной* дѣятельности. Въ самомъ дѣлѣ, всмотримся въ то, *какъ именно* пропеходитъ повиновеніе праву. Несомнѣнно, что охота повиноваться, т. е. уже актъ волевой, предшествуется и готовится здѣсь чисто интеллектуальнымъ процессомъ *распознаванія* содержанія права, т. е. уясненія себѣ того, чего право *желаетъ*. Только послѣ того, когда человѣкъ усвоилъ себѣ, распознать, умственно воспроизвелъ передъ собой содержаніе права,—только послѣ этого и можно говорить объ его охотѣ повиноваться праву, или объ отсутствіи таковой. Безъ такого воспроизведенія содержанія права въ умѣ субъекта совершенно невозможно, чтобы право послужило однимъ изъ *стимуловъ* его поведения, а, слѣдовательно, безъ этого нельзя говорить и о повиновеніи праву, или объ отсутствіи повиновенія. Право получаетъ доступъ къ волѣ субъекта и начинаетъ на нее дѣйствовать только послѣ того, какъ совершился описанный интеллектуальный процессъ распознаванія субъектомъ содержанія права.

Такимъ образомъ, повиновеніе праву, какъ процессъ психологическій, и именно какъ идео-двигательный актъ, распадается на двѣ совершенно ясно отличимыхъ части: 1) часть, заполненную работой идей, и 2) часть двигательную, волевую, или работу интеллекта и работу воли. Изъ этихъ двухъ частей процесса, работа воли, заключающаяся рѣшеніемъ исполнить требованіе права—составляетъ уже непосредственный переходъ къ осуществленію, или даже самое начало осуществленія права, потому что она знаменуетъ собою психологическое покореніе субъекта праву, вслѣдъ за которымъ должна послѣдовать и физическая переменѣна во внѣшнемъ мірѣ, согласная съ желаніемъ права и производимая дѣятельностью этого, психологически уже покореннаго субъекта. Охоту повиноваться праву въ той ея формѣ, какая единственно важна для права, а именно въ формѣ *рѣшимости* дѣйствовать, надо считать поэтому частью самаго исполненія права,—она есть *психологическій отдѣлъ* механизма исполненія права, психологическое звено *самаго дѣйствія*, осуществляющаго собою право. Но иное надо сказать о предшествующей рѣшимости дѣйствовать интеллектуальной работѣ. Работу интеллекта, нерѣдко и по времени продолжающуюся весьма долго, уже нельзя сливать съ самымъ дѣйствіемъ. Эта работа представляетъ собою совершенно самостоятельный психологическій отдѣлъ, только подготовляющій дѣйствіе, но ясно отъ него отличимый и съ нимъ не сливающийся. Среди общаго потока циркулирующихъ здѣсь идей, среди цѣлой умственной работы, въ это время совершающейся, для насъ важно отмѣтить и выдѣлить одну струю, а именно ту часть умственныхъ усилій, которая направлена на *распознаваніе* субъектомъ самаго содержанія права. Процессъ этого распознаванія такъ важенъ, что отъ него, можно сказать, зависитъ вся послѣдующая участь права. Не говоря уже о томъ, что отъ этого распознаванія, какъ уже сказано выше, зависитъ самое зарожденіе и укрѣпленіе у гражданина охоты повиноваться праву, но отъ него-же зависитъ—уже при наличности охоты къ повиновенію—*соотвѣтствіе* имѣющаго быть предпринимаемымъ дѣйствія съ требованіемъ права. Чтобы повиновеніе, когда оно имѣетъ мѣсто, дѣйствительно осуществляло требованіе права, надо, чтобы оно ему выполнѣ *точно* соотвѣтствовало, а эта точность соотвѣтствія безу-

словно и всецѣло зависитъ отъ правильности и совершенства предшествующаго ему процесса распознаванія *содержанія* права. Если эта работа распознаванія содержанія права совершена дурно, то она можетъ не только невыгодно повліять на образованіе охоты къ повиновенію, но, даже при наличности величайшей охоты къ повиновенію, можетъ дать совсѣмъ нежелательные праву фактическіе результаты. Неправильное распознаваніе субъектомъ содержанія права можетъ погубить плоды полной его готовности къ повиновенію праву,—потому что эта готовность, сама по себѣ, безъ правильного распознавательнаго процесса, способна нерѣдко на медвѣжьи услуги.

Задача настоящей работы—*изслѣдовать*, насколько это будетъ въ силахъ автора, указанный интеллектуальный процессъ распознаванія права, предшествующій его осуществленію въ дѣйствительности: установить характеръ этого процесса, опредѣлить его составныя части, показать, какъ онъ въ дѣйствительности совершается, наконецъ, выяснить зависимость отъ него самаго осуществленія права. Нельзя сказать, чтобы современная юридическая теорія ничего не знала объ этомъ интеллектуальномъ процессѣ, или никогда не изслѣдовала нѣкоторыхъ его частей, но, несомнѣнно, что она не знаетъ и не изслѣдовала его *во всемъ его цѣломъ*, и еще менѣе сознаетъ его *чрезвычайное* значеніе для осуществленія права. Во всякомъ случаѣ, полного и монографическаго описанія этой важной фазы въ жизни права, этой переходной ступени въ движеніи права отъ отвлеченной его формулы къ ея конкретному воплощенію въ жизни, юриспруденція не имѣетъ.

ГЛАВА II.

Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, въ его логической структурѣ.

§ 1. Логическій характеръ и предѣлы изслѣдуемаго процесса.

Въ заключительномъ §-ѣ предыдущей главы мы *поставили* нашу задачу: она состоитъ въ томъ, чтобы монографически изслѣдовать тотъ интеллектуальный процессъ, который лежитъ на пути къ осуществленію права (всегда ему предшествуя) и который направленъ на распознаваніе содержанія права. Желая въ настоящей, второй главѣ нашего изслѣдованія, уяснить себѣ логическую природу или логическое строеніе интересующаго насъ умственного процесса, мы прежде всего должны отграничить его *извне* отъ явлений и процессовъ съ нимъ сходныхъ, т. е. точно установить его логическій характеръ и его внѣшніе логическіе предѣлы.

Интересующій насъ процессъ есть процессъ познавательный или распознавательный, и объектомъ его служить право. Но онъ не есть единственный познавательный процессъ, относящійся къ этому объекту,—иными словами это значить, что онъ далеко не исчерпываетъ собою всего возможнаго и дѣйствительнаго познанія этого объекта. Въ самомъ дѣлѣ, изученіе или познание права, какъ явленія чрезвычайно сложнаго и экстензивнаго (во времени и пространствѣ), возможно съ весьма различныхъ точекъ зрѣнія и въ очень обширныхъ предѣлахъ. Но намъ здѣсь нѣтъ надобности перечислять всѣ способы и приемы изученія права,—для нашей цѣли

вполнѣ достаточно отмѣтить, что право, подобно другимъ психологическимъ продуктамъ общественной среды—языку, мифологическимъ представленіямъ, нравамъ, произведеніямъ словесности и науки ¹⁾—можетъ быть изучаемо съ *двухъ* главныхъ точекъ зрѣнія: 1) *какъ живое общественное явленіе*, возникающее въ связи съ извѣстными историческими условіями, выполняющее въ обществѣ извѣстную функцію, проходящее черезъ извѣстныя стадіи развитія и дѣйствія, рождающееся и умирающее, и, во 2), просто *какъ логическая величина* извѣстнаго содержанія, представляющая или символизирующая для насъ тотъ или иной внутренній смыслъ. Съ этой второй точки зрѣнія изученіе мертвой или не дѣйствующей нормы ничѣмъ-бы не отличалось отъ изученія нормы живой и дѣйствующей, ибо и та, и другая нѣчто логически утверждаютъ и наша задача состоитъ здѣсь только въ томъ, чтобы понять и раскрыть, что именно онѣ утверждаютъ. Ограничивая себя этой второй точкой зрѣнія, мы не задаемся ни вопросами о происхожденіи права, ни вопросами объ его жизненной роли или объ его отношеніи къ живымъ общественнымъ силамъ, мы закрываемъ глаза и на то, удовлетворяетъ-ли право требованіямъ общественнаго блага, а только стремимся раскрыть себѣ его логическій смыслъ, понять его внутреннее содержаніе. Это—изученіе интроспективное и отвлеченное, подобное геометрическому изученію формы тѣлъ, не касающемуся заключенныхъ въ этой формѣ веществъ и силъ.

И вотъ, различивши эти двѣ точки зрѣнія при изученіи права, мы должны сказать, что то познание права, которое подлежитъ здѣсь нашему изученію, лежитъ всецѣло въ предѣлахъ *второй* точки зрѣнія. Для повиновенія праву требуется распознать, *чего именно желаетъ право*, т. е. распознать его внутренній логиче-

¹⁾ Это тѣ исторически возникшіе продукты духовной жизни человѣчества, о которыхъ *Вундтъ* говоритъ, что они, не представляя собою „предметовъ“ въ собственномъ смыслѣ слова, все-таки имѣютъ характеръ психическихъ объектовъ, по скольку имъ присущи признаки относительнаго постоянства и независимости отъ наблюдателя. Какъ относительно-постоянные психическіе объекты, они доступны наблюденію, но за то не поддаются эксперименту. См. объ этомъ у *Вундта* „Очеркъ психологіи“, русскій перев. изд. Павленкова, стр. 14—15.

скій смыслъ, его содержаніе—но и только! Разъ мы сумѣемъ сдѣлать это, то ничего другого отъ насъ уже и не потребуется.—всякая другая любознательность для указанной цѣли была-бы совершенно излишней.

Отсюда видно, что то распознаваніе права, которое требуется для его осуществленія, совершенно лишено теоретическихъ запросовъ, оно исключительно и всецѣло *практическое*, прикладное. Тотъ, кто совершилъ-бы такое распознаваніе права до конца и въ совершенствѣ, сдѣлалъ-бы *все* для удовлетворенія практической цѣли осуществленія права, но почти ничего—для цѣлей теоретическихъ, для того познанія права, которое нужно не для дѣйствія, а для разумѣнія. Позже (въ главѣ III) мы будемъ имѣть случаи характеризовать это распознаваніе права еще точнѣе и въ другихъ терминахъ,—теперь-же ограничимся этимъ указаніемъ на его исключительно практическій характеръ и на его границы, совпадающія съ границами внутренняго логическаго смысла или содержанія нормъ.

Опредѣливши, такимъ образомъ, характеръ и предѣлы изучаемаго распознавательнаго процесса, перейдемъ къ его расчлененію на основныя логическіе элементы.

§ 2. Логическіе элементы въ содержаніи права: 1) дѣйствіе.

Мы уже видѣли выше (гл. I, § 2), что право своимъ вмѣшательствомъ въ общественную жизнь преслѣдуетъ частію положительныя, частію отрицательныя цѣли,—оно стремится кое-что создать и прибавить къ общественной жизни и кое-что изъ нея устранить. Такимъ образомъ оно стремится къ извѣстнымъ внѣшнимъ результатамъ. Вотъ эти внѣшніе результаты, которыхъ желаетъ и къ которымъ стремится право, надо выдѣлить, какъ первый логическій элементъ въ содержаніи права. Кто желаетъ узнать содержаніе какой-либо нормы права, тотъ, естественно, долженъ прежде всего поставить себѣ вопросъ: какого внѣшняго результата добивается норма? Отвѣтъ на этотъ вопросъ раскроетъ часть и едва-ли не самую важную часть внутренняго содержанія нормы.

Итакъ, первый и основной элементъ въ логическомъ содержаніи права раскрывается предъ нами безъ труда. Однако здѣсь намъ нельзя удовольствоваться приведеннымъ только-что его опредѣленіемъ, — чтобы понять *внѣшніе результаты*, къ которымъ стремится право, какъ логическій элементъ въ его содержаніи, надо дать имъ болѣе точную характеристику съ одной крайне важной стороны.

Со своими постулатами, каково-бы ни было ихъ конкретное содержаніе, право можетъ обращаться къ людямъ и только къ людямъ. Только отъ людей право можетъ ожидать исполненія своихъ велѣній; адресовать ихъ къ кому-либо другому, кромѣ человѣческихъ существъ, было-бы совершенно неумѣстнымъ. Безполезно было-бы, напр., взывать съ нормами права къ неодушевленной природѣ: она отвѣтила-бы на нихъ тѣмъ-же, чѣмъ, по извѣстному преданію, отвѣтила Магомету гора, когда онъ приказалъ ей двинуться къ себѣ, т. е. полнымъ безмолвіемъ и неподвижностью. Единственная тактика, помощью которой мы можемъ достигать осуществленія своихъ желаній мертвой природой, это та, помощью которой, по разсказу, мудрый пророкъ придвинулъ къ себѣ гору, т. е. идти самимъ ей навстрѣчу. Но почти столь-же бесполезно было-бы обращаться велѣнія права и къ живой, одушевленной природѣ. Правда, мы можемъ подчинить своей волѣ поведеніе животныхъ и на такомъ подчиненіи основано даже имѣющее для насъ огромную важность пользованіе услугами домашнихъ животныхъ, но, во-1-хъ, это подчиненіе достигается особыми приемами (дрессировкой и искусственнымъ выѣдреніемъ извѣстныхъ привычекъ), не имѣющими ничего общаго съ тѣми средствами, какими достигается осуществленіе права, а, во-2-хъ, самый объемъ этого подчиненія чрезвычайно ограниченъ и крайне неподвиженъ, тогда какъ постулаты права весьма разнообразны и сложны по своему содержанію и очень подвижны въ измѣненіи этого содержанія. Истиннымъ адресатомъ велѣній права является, такимъ образомъ, человѣкъ, и только онъ одинъ. Только человѣкъ, въ отличіе отъ всей остальной живой природы, имѣетъ ту степень разумнаго сознанія и воли, какая требуется для механизма права. Являясь само выраженіемъ воли (воли соціальной), право, въ свою очередь, обращается къ волѣ, — волѣ индивидуаль-

ной, воле каждого отдѣльнаго гражданина. Вся жизнь права, во всѣхъ ея фазахъ, представляетъ собою только движеніе и трансформацию человѣческой воли. Образование права есть не что иное, какъ отложеніе или кристаллизація общественной воли въ общественной средѣ,—его осуществленіе есть только воздѣйствіе уже отложившихся въ обществѣ, въ видѣ нормъ, кристалловъ общественной воли на волю индивидуальную.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что тѣмъ *вышшимъ результатомъ*, къ которому стремится право, можетъ быть *все*, но лишь *все.....* что достигается *человѣческой дѣятельностью*. Поэтому, напр., слова Іисуса Навина: «стой солнце и не движись луна»—никогда не могли-бы войти, какъ желаемый *внѣшній* результатъ, въ содержаніе права, потому что этого результата совсѣмъ нельзя достигнуть *человѣческой дѣятельностью*.—Но мало того, что то, къ чему стремится право, не должно выходить за предѣлы достижимаго *человѣческой дѣятельностью*,—ставя своей *внѣшней цѣлью* то, что *человѣческой дѣятельностью* вообще достижимо, право должно помнить, что *для него* это достижимо лишь *черезъ посредство* *человѣческой дѣятельности*. Поэтому и желаемыхъ имъ *внѣшнихъ* результатовъ право всегда должно добиваться подъ формой *человѣческой дѣятельности*, а, слѣд., должно и описывать ихъ, какъ послѣднюю, т. е. въ терминахъ *человѣческаго поведения*. Въ самомъ дѣлѣ, существуетъ не мало такихъ *внѣшнихъ* событій, которыя могутъ возникать *двоякимъ* путемъ: или помимо *человѣческой дѣятельности*, или при ея участіи. Всѣ такія *внѣшнія* событія могутъ входить и въ содержаніе постулатовъ права, но подъ однимъ условіемъ: чтобы при этомъ было прямо выражено, или, по крайней мѣрѣ, подразумевалось, что они должны быть воспроизведены при участіи *человѣка*. Напр., паденіе камня, какъ нѣкоторое *внѣшнее* событіе, можетъ произойти или само по себѣ, будучи причинено *дѣйствіемъ* естественныхъ силъ,—или-же оно можетъ произойти при участіи и *содѣйствіи* къ тому *человѣка*: только какъ послѣднее, оно и можетъ войти въ содержаніе права. Поэтому норма соотвѣтственнаго содержанія, т. е. имѣющая въ виду этотъ именно *внѣшній* результатъ (паденіе камня), не могла-бы быть сформулирована такъ: «камень, упади»!—но ее надо было-бы облечь въ такую форму: «сбросьте

камень внизъ» или: «надо сбросить камень внизъ» и т. п.—Итакъ, имѣя въ виду, что право всегда стремится къ нѣкоторымъ внѣшнимъ результатамъ и представляя себѣ эти внѣшніе результаты, какъ логическій элементъ въ содержаніи права, мы должны знать, что эти внѣшніе результаты всегда лежатъ въ предѣлахъ человѣческой дѣятельности и должны быть представляемы себѣ въ качествѣ послѣдней. Это положеніе можно выразить иначе: каковъ-бы ни былъ характеръ тѣхъ измѣненій или событій во внѣшнемъ мірѣ, которыхъ хочетъ добиться воля, воплощенная въ правѣ, но ея вѣдѣнія не могутъ быть направлены *прямо* на эти событія или измѣненія—непосредственно и прямо они могутъ быть обращены только къ человѣческому поведенію. Правда, исторія указываетъ намъ любопытныя исключенія изъ этого правила,—но, при внимательномъ разсмотрѣніи, эти исключенія едва-ли не подтверждаютъ самое правило. Извѣстно, что были времена, когда «считали возможнымъ обращать вѣдѣнія права не только къ людямъ, но и къ животнымъ—когда, напр., норму «не убій» считали обязательной для быка или для льва. Если разъяренный быкъ нападалъ на человѣка, то это событіе трактовалось, какъ преступленіе, и его «виновника» судили и подвергали примѣрному *наказанію*. Однако во всемъ этомъ ясно обнаруживается и причина такого страннаго, на нашъ взглядъ, отношенія къ животнымъ,—имѣ, очевидно, приписывали такую-же степень разумнаго сознанія и воли, какъ и людямъ. А если такъ, то эти исключенія скорѣе доказываютъ, чѣмъ опровергаютъ выставленное выше правило ¹⁾.

Итакъ, первый логическій элементъ въ содержаніи права нами достаточно характеризованъ: тѣ внѣшніе результаты, къ достиженію которыхъ стремится право, должны быть представляемы себѣ, какъ человѣческая дѣятельность,—положительная, или отрицательная, про-

¹⁾ О преступленіяхъ животныхъ, о судахъ надъ ними и объ ихъ наказаніяхъ см., напр., у *Кистяковского* „Учебн. угол. пр.“, изд. 3, стр. 267—271. Здѣсь мы, между прочимъ, читаемъ: „животныя въ понятіяхъ первобытнаго человѣка являются существами не только во всѣхъ моральныхъ отношеніяхъ подобными человѣку, но нерѣдко его превосходящими по умственнымъ и нравственнымъ качествамъ. Отсюда естественно вытекаетъ и взглядъ на животное, какъ на существо, способное быть субъектомъ преступленія“.

стая или сложная, но всегда и вездѣ это будетъ человѣческая дѣятельность и ничто другое. А такъ какъ человѣческая дѣятельность состоитъ изъ отдѣльных дѣйствій, то мы можемъ обозначить первый логическій элементъ въ содержаніи права, проще и короче всего, какъ *дѣйствіе*.

§ 3. Логическіе элементы въ содержаніи права: 2) волеизъявленіе.

Нормы права всегда указываютъ, въ своемъ содержаніи, на человѣческія дѣйствія. Но какова логическая форма этихъ указаний?—спросимъ мы теперь, чтобы отвѣтомъ на этотъ вопросъ установить *второй* логическій элементъ въ содержаніи права.

Человѣческая дѣятельность входитъ въ содержаніе права, не какъ существующій фактъ, а, наоборотъ, какъ нѣчто только желаемое правомъ и еще подлежащее осуществленію, т. е. какъ проектъ или планъ дѣятельности, которой право добивается отъ гражданъ. Естественно поэтому, что указанія на дѣйствія въ правѣ получаютъ форму *волеизъявленій* съ его стороны. Но въ такомъ случаѣ, изъ всѣхъ возможныхъ формъ волеизъявленій, *какія-же* составляютъ принадлежность права? Нельзя-ли установить, *какъ именно* изъясняетъ право свою волю на дѣйствія?

Выше (гл. I, § 3) мы говорили, что право настаиваетъ на осуществленіи имъ желаемого со всей рѣшимостью, на какую только способна человѣческая воля, т. е. *съ силою* требованія. Не слѣдуетъ-ли отсюда, что требованіе извѣстнаго поведения со стороны гражданъ—это и есть та логическая форма, въ которую отливается содержаніе права? «Я требую того-то», или: «требуется то-то»,—не есть-ли это та форма, въ которую можно облечь всѣ постулаты права? Словомъ, *требованіе*—не есть-ли это единственное волеизъявленіе, свойственное праву?

Если-бы это было такъ, то, назвавши требованіе дѣйствія положительнаго—приказомъ, а требованіе дѣйствія отрицательнаго или воздержанія отъ дѣйствія—запретомъ, можно было-бы сказать, что *приказъ* и *запретъ* исчерпываютъ собою формы волеизъявленій, исходящихъ отъ права, не оставляя уже мѣста никакимъ другимъ воз-

возможным формамъ. Въ такомъ случаѣ, пришлось-бы сказать, что для *дозволеній* или *соизволеній* уже нѣтъ мѣста въ правѣ, рядомъ съ приказами и запретами. Однако, такъ-ли это на самомъ дѣлѣ? Дѣйствительно ли право только приказываетъ или запрещаетъ, и никогда *не дозволяетъ*? На этотъ счетъ, какъ извѣстно, мнѣнія въ юридической литературѣ расходятся: одни считаютъ, что и дозволенія входятъ въ кругъ волеизъявленій права, другіе это отрицаютъ.

Что касается римской теоріи, то она рѣшала этотъ вопросъ *утвердительно*. Вспомнимъ здѣсь извѣстное изреченіе *Модестина*. «*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permitttere, punire*» ¹⁾. Неуже Савиньи, правда только вскользь и не останавливаясь долго на этомъ предметѣ, бросилъ сомнѣніе по этому поводу. «*Das Erlauben* говоритъ онъ, *könnte überhaupt nur Sinn haben in Beziehung auf ein vorausgedachtes Verbot: sei es, dass dieses durch die Erlaubniss aufgehoben, oder ausnahmsweise beschränkt werden sollte*» ²⁾. Не ограничивая, такимъ образомъ, значеніе дозволеній, исходящихъ отъ права, Савиньи, повидимому, не хотѣлъ вполне отрицать ихъ возможности въ правѣ. Гораздо рѣзче, въ этомъ отношеніи, выражаются нѣкоторые другіе авторы. Такъ, *Bierling*, не отрицая того что въ составѣ права имѣются дозволенія, считаетъ, что «*bei einer wirklich durchgreifenden Analyse irgend eines Rechtssatzes als rechtliches Residuum, d. h. als wirkliches Produkt der Rechtsbildung schliesslich nur ein oder mehrere Imperative übrig bleiben*» ³⁾. Наконецъ, *Thon* прямо *отрицаетъ*, чтобы отъ права могли исходить дозволенія «*Die Rechtsordnung, говоритъ онъ, sucht den Willen der Normunterworfenen durch Gebote und Verbote zu bestimmen—ein blosses Erlauben ist niemals Sache des Rechts*» ⁴⁾. Съ другой стороны, такіе авторы какъ *Меркель* ⁵⁾ и *Регельсбергеръ* ⁶⁾ примыкаютъ, въ этомъ отношеніи, къ формулѣ Модестина. Въ виду такого разногласія между

¹⁾ L. 7, Dig. I, 3.

²⁾ *Savigny*, System, I, 59.

³⁾ *Bierling* „Juristische Principienlehre“.

⁴⁾ *Thon* „Rechtsnorm und subjectives Recht“, S. 292.

⁵⁾ Вступительная статья въ *Encyclop. d. Rechtswissenschaft*, § 4.

⁶⁾ *Regelsberger* „Pandekten“, § 27, III.

авторами и отсутствія исчерпывающаго этотъ вопросъ рѣшенія, приступимъ къ разсмотрѣнью его по существу ¹⁾.

Здѣсь прежде всего надо замѣтить, что если право есть *воля*, какъ это признаетъ и Тонъ («dieser Wille der Gemeinschaft», какъ называетъ онъ право, напр., на стр. 1—2 своего сочиненія), то оно должно быть признано, по крайней мѣрѣ, *способнымъ* ко всѣмъ тѣмъ изъявленіямъ, къ какимъ вообще способна воля. А въ кругу волеизъявленій, несомнѣнно, есть мѣсто не только для приказовъ и запретовъ, но также и для дозволеній. Такимъ образомъ, закрыть для правовой воли самую *возможность* самоопредѣленія въ сторону соизволенія рѣшительно не представляется допустимымъ. Поэтому, если бы противники «дозволеній» въ правѣ придавали своимъ утвержденіямъ именно этотъ смыслъ,—если бы, напр., утвержденіе Тона: «ein blosses Erlauben ist niemals Sache des Rechts» надо было понимать такъ, что право совершенно *неспособно* къ соизволеніямъ, то всѣ эти утвержденія надо было бы просто отбросить безъ всякаго дальнѣйшаго разсмотрѣнія. Но для этихъ утвержденій остается открытымъ еще тотъ смыслъ, что право, являясь выраженіемъ общественной воли и потому будучи способнымъ, по своей природѣ, къ изъявленію дозволеній, все таки не имѣетъ къ тому поводовъ или достаточныхъ резоновъ, т. е. что дозволенія не исходятъ или не должны исходить отъ права по причинамъ, лежащимъ внѣ его природы, какъ воли. Обратимся же въ эту сторону и посмотримъ, такъ ли это на самомъ дѣлѣ, или нѣтъ.

Отсутствіе самоопредѣленія какой либо воли въ сторону дозволеній, не будучи обусловлено неспособностью воли двигаться въ эту сторону, могло бы все таки всецѣло зависѣть отъ качества этой воли. Мы можемъ представить себѣ волю, проникнутую такимъ крайнимъ скептицизмомъ, что она во всемъ существующемъ и происходящемъ не находила бы рѣшительно ничего достойнаго одобренія или сочувствія, все порицала бы и отрицала. Правда, встрѣ-

¹⁾ Регельсбергеръ называетъ „мало плодотворнымъ“ (Pandekten, I, 114) самый споръ по этому предмету, но мы съ этимъ рѣшительно не можемъ согласиться. Дѣло идетъ не только объ уясненія истины, но и касается вопроса, очень важнаго для общей теоріи права.

тить такую волю на самомъ дѣлѣ не легко, но все же дѣйствительность, столь богатая не только физическими, но и психическими формами, дала намъ достаточную иллюстрацію и къ этому предположенію въ лицѣ, напр., философовъ крайняго пессимизма. Самоубійство для всего человѣчества, прекращеніе его историческаго существованія—вотъ единственное практическое волеизъявленіе, вытекающее изъ того крайняго скептицизма, какимъ проникнуты нѣкоторые философскія системы. Однако, если такой скептицизмъ еще можно найти въ философской области въ связи съ индивидуальной волей, то онъ отнюдь не составляетъ принадлежности той общественной воли, выраженіемъ которой является право. Право не только не крайній скептикъ, но даже и не скептикъ вообще. Право—это трезвый практический мудрецъ, который занятъ непосредственнымъ устроеніемъ общественной жизни, который неустанно *работаетъ*, стремясь достигать того добра, какое практически возможно въ данномъ обществѣ,—который никогда не приходитъ въ отчаяніе, потому что цѣнить тѣ результаты, какихъ ему удастся достигнуть своими усиліями. У права слишкомъ много непосредственнаго пракческаго дѣла, чтобы оно могло впадать въ скептицизмъ, и это дѣло является для него не только защитой отъ послѣдняго, но и логическимъ его отрицаніемъ.

Впрочемъ надо сказать, что Тонъ, утверждая, что «простое дозволеніе—не есть дѣло права», и не желалъ приписать праву того крайняго скептицизма, который во всемъ существующемъ не находилъ бы ничего хорошаго. Его мысль другая,—онъ не отрицаетъ того, что право къ нѣкоторымъ вещамъ въ жизни можетъ отнестись съ благоволеніемъ и одобреніемъ,—не отрицаетъ онъ поэтому и того, чтобы въ жизни не было элементовъ, способныхъ вызвать со стороны права, наряду съ приказами и запретами, также и дозволенія,—но онъ думаетъ, что изъясненіе со стороны права дозволеній на какія либо дѣйствія является—для достиженія задачъ права—совершенно *безполезнымъ*, а потому и совершенно излишнимъ, ненужнымъ, ни къ чему не ведущимъ. «Im Rechte sucht die Rechtsordnung, говоритъ онъ, den ihren Satzungen Unterworfenen *einen Impuls* zu einem bestimmten Verhalten *zu geben*, mag nun das gewünschte Verhalten in einem Thun oder Unterlassen bestehen. Dieser Impuls erfolgt *durch Befehle* bald positiven bald negativen

Inhalts ¹⁾. Такимъ образомъ, мысль Тона та, что только приказъ или запретъ *воздѣйствуютъ* на поведеніе гражданъ, даютъ ему *импульсъ* въ опредѣленную сторону; что же касается дозволенія, то оно такого воздѣйствія, будто бы, не оказываетъ и не способно оказать,—что, будучи высказано, оно рѣшительно *ничего* не прибавляетъ къ тому, что уже существовало раньше,—что оно, такъ сказать, совершенно безсильно, практически равняется нулю, и потому совершенно безразлично, высказываетъ ли его право по какому либо поводу, или нѣтъ. Фигурально мысль Тона, повидимому, можно выразить такъ: если камень уже падаетъ и если наше желаніе состоятъ въ томъ, чтобы онъ упалъ и именно такъ, какъ онъ падаетъ, то для достиженія желаемого нами не требуется съ нашей стороны никакого вмѣшательства, и если бы мы вздумали въ этомъ случаѣ высказать камню свое соизволеніе, то оно, конечно, было бы совершенно бесполезнымъ, такъ какъ ничѣмъ не отличалось бы отъ полнаго невмѣшательства. Другое дѣло, когда наше желаніе не совпадаетъ съ тѣмъ, что передъ нами происходитъ,—когда мы, напр., не желаемъ, чтобы камень упалъ, или когда мы желаемъ, чтобы онъ упалъ иначе, чѣмъ онъ самъ падаетъ, тогда наше вмѣшательство имѣетъ смыслъ, и мы, соответственными мѣрами, можемъ остановить паденіе камня или его въ чемъ либо измѣнить. Но то же самое, съ точки зрѣнія Тона, надо сказать и о правѣ: его вмѣшательство въ событія дѣйствительно только въ формѣ приказовъ и запретовъ (Gebote und Verbote),—наоборотъ, дозволенія бесполезны, потому что они въ событіяхъ ничего не измѣняютъ, да право и не желаетъ въ этихъ случаяхъ никакого измѣненія событий.—Словомъ, мысль Тона та, что выраженіе дозволеній со стороны права, конечно, возможно по существу, но совершенно бесполезно и непужно съ точки зрѣнія достиженія специфическихъ задачъ права,—что орудіемъ для достиженія этихъ задачъ можетъ послужить только приказъ или запретъ, но никогда—*простое дозволеніе*.

Справедлива ли эта мысль Тона (раздѣляемая и многими другими), хотя бы только въ той мѣрѣ, въ какой она представляется соблазнительной? Мы думаемъ, что нѣтъ.

¹⁾ Thon, op. cit., S. 2.

Противъ этой мысли говорить прежде всего тотъ фактъ, что положенія, смыслъ которыхъ сводится къ простому дозволенію, въ правѣ *несомнѣнно* существуютъ и этого не рѣшится отрицать никто. Не отрицаетъ этого и Тонъ, но только, по его мнѣнію, единственный случай, гдѣ прямо выраженное дозволеніе имѣетъ смыслъ—это тамъ, гдѣ оно ставится на мѣсто раньше существовавшего «запрета». Но за то такое дозволеніе, полагаетъ Тонъ, нельзя включать въ составъ права по другой причинѣ, а именно потому, что оно обозначаетъ только «die Rücknahme jenes Verbotes, mithin keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung» ¹⁾. Сходясь, такимъ образомъ, на этомъ пунктѣ съ Савиньи (см. цитату выше), Тонъ, въ отличіе отъ послѣдняго, не хочетъ оставить защитникамъ «дозволеній» въ правѣ — *ни пяди* земли: тамъ, гдѣ дозволенія имѣютъ столь несомнѣнный смыслъ, что отрицать его рѣшительно не представляется возможнымъ, онъ трактуетъ ихъ, какъ актъ, *не созидающій* право, а его *уничтожающій*. Однако, такъ ли ужъ отличаются другъ отъ друга акты, *созидающіе* право, отъ актовъ, его *уничтожающихъ*, какъ это, по внѣшности, вытекаетъ изъ логическаго смысла этихъ словъ? Можно ли сопоставлять ихъ, какъ нѣчто другъ другу противоположное?—Когда инженеръ проводитъ желѣзную дорогу, то въ однихъ мѣстахъ ему приходится дѣлать *выемки*, въ другихъ *насыпи*; съ логической точки зрѣнія выемку и насыпь можно трактовать, какъ вещи противоположныя, но едва ли назоветъ ихъ таковыми строитель съ той точки зрѣнія, какая его единственно интересуетъ,—съ точки зрѣнія экономической; для строителя дороги и насыпь, и выемка суть вещи совершенно однородныя—это только части одной и той же работы. Но то же самое надо сказать и о томъ случаѣ, въ области права, который имѣетъ въ виду Тонъ. Съ точки зрѣнія юриста и законодателя, новый запретъ и уничтоженіе стараго запрета суть вещи вполне однородныя, несмотря на ихъ логическую противоположность. Актъ, созидающій запретъ, и актъ, его уничтожающій, представляютъ одинаково *legis latio*,—съ *этой* точки зрѣнія между ними нѣтъ никакой разницы, и если Тонъ видитъ въ нихъ противоположность, то

¹⁾ *Thon*, op. cit., S.S. 292—293.

это потому, что онъ, можетъ быть и ненамѣренно, но все же софистически, выдастъ логическую противоположность за юридическую.

Такимъ образомъ даже Тону слѣдовало бы признать, что когда дозволеніе ставится правомъ на мѣсто запрета или рядомъ съ нимъ, то оно имѣетъ несомнѣнный и вполнѣ опредѣленный смыслъ; что выражая дозволеніе на то, что раньше было запрещено, право на мѣсто одной юридической величины ставить другую.

Однако, факты показываютъ, что дозволенія исходятъ отъ имени права не только тогда, когда ими отмѣняются или ограничиваются запреты, т. е. не тогда только, когда Тонъ соглашается признать за ихъ выраженіемъ хоть какой нибудь (отрицательный) смыслъ. Можно указать цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ дозволенія провозглашаются внѣ всякаго отношенія къ предшествующимъ запретамъ. Тонъ, конечно, скажетъ, что съ такимъ же успѣхомъ можно было бы этихъ дозволеній и не провозглашать,—однако странно, что право—этотъ несомнѣнный практическій мудрецъ и работникъ—бросаетъ слова на вѣтеръ: это свойственно было бы какому нибудь болтуну или резонеру, но не выразителю такой силы, какъ общественная воля, да еще въ ея максимальномъ напряженіи! Очевидно, утвержденія Тона требуютъ тщательной провѣрки, и мы возьмемъ поэтому для примѣра нѣсколько частныхъ случаевъ, гдѣ имѣютъ мѣсто «дозволенія», провозглашаемые отъ имени права. Неужели эти дозволенія, дѣйствительно, лишены всякаго значенія и, безъ всякаго ущерба для цѣлей права, могли бы быть изъ него выброшены?

Ст. 136 уст. гражд. судопр. гласитъ: «Въ случаѣ неимѣнія у обвиненной стороны никакихъ наличныхъ средствъ для внесенія присужденной рѣшеніемъ денежной суммы, Мировой Судья *можетъ* разсрочить уплату на опредѣленные сроки, смотря по количеству взысканія и способамъ должника къ уплатѣ, о чемъ, по желанію тяжущихся, и выдаетъ имъ свидѣтельство». Мировой судья *можетъ* сдѣлать то, что указано въ этой статьѣ, но законъ къ этому его *не обязываетъ*. Это—простое дозволеніе. Правда, могутъ сказать, что законъ *желаетъ*, чтобы судья *разсрочивалъ* уплату долга въ подлежащихъ случаяхъ, чтобы онъ пользовался предоставленнымъ ему этой статьёй полномочіемъ и не забывалъ о немъ, но въ томъ-

то и дѣло, что достигнуть здѣсь желаемого все-таки невозможно путемъ возложенія соотвѣтственной обязанности на судью, такъ какъ все равно надо предоставить ему-же оцѣнку фактической настоятельности въ разсрочкѣ долга,—и вотъ мы видимъ, что законъ, съ благородной откровенностью и съ полнымъ довѣріемъ къ судѣ, просто *дозволяетъ* ему сдѣлать то, что онъ желаетъ. Неужели это дозволеніе не достигаетъ своей цѣли? Неужели, его можно было-бы вычеркнуть изъ Устава, безъ всякаго ущерба для цѣлей законодателя?

Ст. 818 Уст. угол. судопр. гласитъ: «Если судъ единогласно признастъ, что рѣшеніемъ присяжныхъ засѣдателей осужденъ невиновный, то постановляетъ опредѣленіе о передачѣ дѣла на разсмотрѣніе новаго состава присяжныхъ, рѣшеніе которыхъ почитается уже во всякомъ случаѣ окончательнымъ». Никто и ничто не обязываетъ судъ къ примѣненію этой статьи въ какихъ-либо конкретныхъ дѣлахъ. Судъ можетъ воспользоваться, или не воспользоваться предоставленнымъ ему полномочіемъ вполне по своему усмотрѣнію. Какъ примѣненіе, такъ и непримѣненіе этой статьи не подлежитъ никакому обжалованію. Извѣстно, что защитѣ не предоставлено даже ссылаться на эту статью и возбуждать передъ судомъ вопросъ объ ея примѣненіи. Словомъ, это чистое и простое *дозволеніе* суду составить себѣ убѣжденіе въ невинности подсудимаго и выразить это убѣжденіе соотвѣтственнымъ признаніемъ. А развѣ это дозволеніе не обезпечиваетъ того, чего желалъ здѣсь законодатель? И развѣ положеніе здѣсь не таково, что желаемого только и можно достигнуть дозволеніемъ, предоставленіемъ полномочія, а не возложеніемъ обязанности?

Мы взяли случаи, въ которыхъ право *предоставляетъ* извѣстнымъ органамъ произвести дѣйствія, которыя, съ точки зрѣнія права, являются *желательными*. Но можно указать такіе случаи въ юридической жизни общества, когда праву приходится *допускать* существованіе явленій, вовсе не желательныхъ, но съ которыми праву приходится мириться, потому что оно безсильно ихъ уничтожить. Казалось бы, что въ этихъ случаяхъ самая лучшая позиція для права—это *молчать*, просто игнорировать такія явленія. Однако, на самомъ дѣлѣ, право нерѣдко предпочитаетъ въ такихъ случаяхъ высказать прямое и открытое *дозволеніе* на такія явленія. Фактъ

этотъ, съ точки зрѣнія теоріи Тона, совершенно непонятенъ, но онъ становится вполне понятнымъ, если мы какой либо изъ этихъ случаевъ возьмемъ во всей его конкретной обстановкѣ,—тогда мы увидимъ, что прямо выраженное дозволеніе, дѣйствительно, здѣсь требуется и играетъ очень важную роль. Такъ, законодательство открыто дозволяетъ существованіе домовъ терпимости, какъ публичныхъ домовъ—почему? потому что они представляютъ все таки меньшее зло, чѣмъ тайная проституція. Публичный домъ допускаетъ столь необходимый въ этомъ дѣлѣ полицейскій и медицинскій надзоръ, тогда какъ тайная проституція такой возможности надзора не даетъ. II вотъ для того, чтобы установить этотъ надзоръ, чтобы вывести наружу ту язву, которая гораздо опаснѣе въ своей тайной, чѣмъ явной формѣ, право открыто дозволяетъ существованіе учреждений публичнаго разврата ¹⁾. На упрекъ моралиста—зачѣмъ узаконять то, что предосудительно съ нравственной точки зрѣнія—право можетъ сослаться на практическую полезность своего дозволенія, но это оправданіе было бы для него закрыто, если бы, дѣйствительно, значеніе его дозволеній практически равнялось нулю. Если бы это было такъ, то, конечно, праву приличествовало бы тогда только полное молчаніе о явленіяхъ этого рода.

Такимъ образомъ «дозволенія» въ правѣ не только существуютъ, но и имѣютъ несомнѣнное практическое значеніе. Ихъ также нельзя выкинуть изъ права, какъ нельзя слова выкинуть изъ пѣсни.

¹⁾ Что касается нашего законодательства, то оно избрало въ этомъ вопросѣ довольно двусмысленный путь. Съ одной стороны, оно сохраняетъ статью, заимствованную еще изъ устава благочинія, слѣдующаго содержания: „запрещается открывать днемъ и ночью домъ свой, или наемный, для непотребства, входить въ оный и непотребствомъ своимъ или непотребствомъ иныхъ синскивать себѣ пропитаніе“ (ст. 155 Уст. о пред. и пресѣч. прест.). Съ другой стороны, наказанія, санкціонировавшія нѣкогда этотъ запретъ, давно отмѣнены. Въ виду этого *Н. А. Нелюдовъ* слѣдующимъ образомъ характеризуетъ юридическое положеніе у насъ этого вопроса: „Въ настоящее время законодательство отказывается положительно отъ преслѣдованія непотребства; оно соглашается терпѣть (его)...., какъ естественную и неустранимую необходимость; оно требуетъ только одного, и именно, чтобы непотребство подчинилось извѣстнымъ полицейскимъ правиламъ“ („Руков. къ особ. части угол. пр.“ СПб., 1887 г., стр. 477.).

Утвержденіе Тона: «ein blosses Erlauben ist niemals Sache des Rechts» — явно несостоятельно. Поэтому-то другіе приверженцы того-же мнѣнія формулируютъ его, какъ мы видѣли, значительно оговоривъ. Такъ, Бирлингъ не говоритъ, что «дозволять—это совсѣмъ не дѣло права»,—онъ не отрицаетъ того, что право весьма часто *именно* дозволяетъ, но онъ думаетъ, что если примѣнить къ положеніямъ права «дѣйствительно исчерпывающій» анализъ, то въ качествѣ элементовъ, данныхъ правообразованіемъ, останутся лишь одни императивы, а дозволенія, значить, окажутся какъ-бы присоединенными къ праву извнѣ. Но что это за «исчерпывающій» анализъ, который даетъ такіе удивительные результаты? Изъ массы случаевъ мы видимъ—и это признаетъ и Бирлингъ—что право не только приказываетъ, но и дозволяетъ—какимъ-же это анализомъ удастся достигнуть того, что «дозволенія» со своимъ источникомъ разъединяются, а въ соединеніи съ нимъ остаются только одни приказы? По правдѣ сказать, никто такого анализа не производилъ,—и если эта странная концепція образовалась, если предполагаютъ, что такой анализъ возможенъ и даже произведенъ,—то корень этого заблужденія лежитъ въ томъ грубомъ представленіи о правѣ, которое столь характерно выражено въ приведенной выше (гл. I, § 5) цитатѣ изъ *Фихте*, и которое самую сущность права усматриваетъ въ грубой физической силѣ. Послѣ того, какъ натуру права отождествили съ физической силой, конечно, его проявленія можно усматривать только въ приказахъ—вотъ это и есть истинная основа того «исчерпывающаго» анализа, на который ссылается Бирлингъ. И любопытно, что даже тѣ, кто уже усомнился въ столь грубомъ пониманіи права, все еще вѣрятъ, по старой памяти, и ссылаются на тотъ исчерпывающій анализъ, который весь сводится къ старому заблужденію. Прикосновеніе права къ жизни и творческое его на нее воздѣйствіе хотятъ видѣть только тамъ, гдѣ право *давитъ* на жизнь своимъ приказомъ или запретомъ, и не хотятъ его признать тамъ, гдѣ право *даетъ просторъ* извѣстнымъ проявленіямъ жизни или даже прямо вызываетъ ихъ къ дѣйствію своимъ благоволеніемъ.

Впрочемъ, таковъ, собственно, корень или основной источникъ того заблужденія, которое «ein rechtliches Residuum» правоположеній

усматриваетъ лишь въ приказахъ и запретахъ, не давая тамъ мѣста дозволеніямъ. Непосредственной-же почвой, на которой выросло это воззрѣніе, надо считать слѣдующее явленіе въ правѣ.—Когда право соизволяетъ на какое-либо дѣйствіе, то весьма часто оно склонно бываетъ ему еще и покровительствовать,—поэтому, рядомъ съ дозволеніями и въ прямой связи съ ними, оно нерѣдко ставитъ еще приказы и запреты, адресованные къ другимъ лицамъ и имѣющіе цѣлю устранить, по крайней мѣрѣ, *нѣкоторыя* возможные препятствія для дозволяемаго дѣйствія, т. е. оказать ему правовое покровительство. Такъ, напр., призывъ правомъ наследника престола къ занятію послѣдняго послѣ смерти царствовавшаго государя въ отношеніи къ самому наследнику есть, конечно, не болѣе, какъ дозволеніе, такъ какъ дѣйствительное занятіе престола для него *не обязательно* (онъ можетъ *отречься* отъ престола), а это и значить, что право обращается къ нему не съ приказомъ, а лишь съ дозволеніемъ. Но въ связи съ этимъ дозволеніемъ для наследника престола стоитъ цѣлый рядъ запретовъ и приказовъ, адресованныхъ къ подданнымъ и предписывающихъ имъ опредѣленное поведеніе на тотъ случай, если наследникъ престола, дѣйствительно, пользуется предоставленнымъ ему дозволеніемъ ¹⁾. И вотъ приверженцы оспариваемаго здѣсь мнѣнія полагаютъ, что только приказы и запреты, сопровождающіе въ такихъ случаяхъ основное дозволеніе, и имѣютъ юридическое значеніе, что только они и составляютъ настоящій «*rechtliches Residuum*», тогда какъ само дозволеніе къ послѣднему не принадлежитъ. По мнѣнію этихъ юристовъ, во взятомъ только что примѣрѣ самый призывъ наследника престола къ занятію послѣдняго не имѣетъ юридическаго значенія, а послѣднее, будто-бы, принадлежитъ только тѣмъ приказамъ и запретамъ, которые его сопровождаютъ и адресованы къ подданнымъ: только ими, будто-бы, и достигается тотъ результатъ, какой право поставило себѣ цѣлю въ данномъ случаѣ, тогда какъ само дозволеніе никакой юридической роли здѣсь не играетъ.

Если-бы требовалось серьезно опровергать это воззрѣніе, то хорошимъ формальнымъ возраженіемъ противъ того, будто-бы все

¹⁾ Беру примѣръ, которымъ уже пользовался *Меркель*.

значение въ такихъ случаяхъ принадлежить только приказамъ и запретамъ, а не дозволенію, къ которому послѣдніе присоединены, могла-бы служить ссылка на такіе случаи, гдѣ мы имѣемъ только *одно дозволеніе* со стороны права, не сопровождаемое никакими приказами или запретами. Правда, указать такіе случаи въ совершенно чистомъ видѣ не легко, но все-же они, кажется, существуютъ. Такой «чистый» случай простого дозволенія мы имѣемъ, напр., въ постановленіяхъ публичнаго права нѣкоторыхъ странъ, которыми гражданамъ предоставляется устраивать, такъ называемые, митинги, т. е. публично обсуждать различные вопросы подъ открытымъ небомъ. Дозволеніе это не сопровождается никакими покровительствующими ему приказами органамъ власти или запретами другимъ гражданамъ. При такихъ условіяхъ, если-бы одна группа гражданъ захотѣла помѣшать другой воспользоваться этимъ дозволеніемъ, то она могла-бы достигнуть этого весьма просто: а именно собраться вмѣстѣ съ ней и начать мѣшать обсужденію тѣмъ, что говорить сразу во многихъ пунктахъ и такимъ образомъ мѣшать говорить противникамъ — противъ такой помѣхи рѣшительно нѣтъ никакой юридической защиты, потому что *всякому* дозволено придти, стать, гдѣ ему угодно, и говорить, что ему угодно, причемъ все это не сопровождается ни приказами уступать мѣсто, ни приказами молчать и слушать. Съ юридической стороны, это чистое, ничѣмъ не сопровождаемое дозволеніе всѣмъ и каждому придти и говорить ¹⁾. Возможность

¹⁾ Строки эти уже были набраны, когда намъ пришлось прочесть въ газетахъ о митингѣ, который былъ „сорванъ“ именно предполагаемымъ въ текстѣ образомъ. Вотъ газетное описаніе этого случая. „12 (24) сентября въ Лондонѣ, въ Трафальгаръ-скверѣ, происходило большое народное собраніе, на которомъ имѣлось въ виду протестовать противъ воинственной политики правительства по отношенію къ Трансваалу, такъ какъ эта политика вызвала у боеровъ такое впечатлѣніе, будто ихъ вынуждаютъ къ войнѣ съ цѣлью завоевать ихъ страну. Рѣчи произносились съ шести трибунъ, но въ толпѣ оказались тысячи людей, которые размахивали британскими флагами и пѣли національный гимнъ и „Rule Britannia“, такъ что ораторовъ и не слышно было. Ихъ встрѣчали криками и свистками, швыряли въ нихъ яблоками. Затѣмъ кричали „ура“ Чемберлену и освистывали Крюгера. Солдатъ, попавшихъ въ толпу, поднимали на „ура“. Одного оратора поколотили. Пришлось вмѣшаться полиціи, которой съ трудомъ удалось очистить площадь; многіе манифестанты

устроить собраніе и публично обсудить какой-либо вопросъ рѣшительно нигдѣ не подкрѣплена и не поддержана ни приказами, ни запретами,—а, между тѣмъ, кто-же скажетъ, что это дозволеніе публичныхъ собраній не имѣетъ никакого значенія?

Впрочемъ, если-бы намъ не удалось найти даже ни одного случая «чистаго» дозволенія въ правѣ, то и тогда только тотъ, кто заранѣе предубѣжденъ, могъ-бы утверждать, что когда «дозволеніе» сопровождается приказами и запретами, то что достигаемый ими совмѣстно практическій результатъ долженъ быть всецѣло отнесенъ за счетъ приказовъ и запретовъ. Когда наслѣдникъ престола, дѣйствительно, на немъ водворяется, то развѣ этотъ результатъ достигается исключительно запретами и приказами, а не охотой гражданъ добровольно слѣдовать постановленію права, призывающему на престолъ законнаго наслѣдника? И развѣ эта добровольная охота сама не обусловлена тѣмъ, что дозволеніе исходитъ именно отъ права? Для достиженія въ жизни желаемыхъ ему результатовъ праву приходится комбинировать приказы, запреты и дозволенія въ самыхъ разнообразныхъ, иногда чрезвычайно сложныхъ и даже запутанныхъ соотношеніяхъ. Мы сказали выше, что трудно указать въ правѣ совершенно изолированныя дозволенія, но это потому, что также трудно указать и совершенно изолированныя приказы или запреты. А если праву, для достиженія его разнообразныхъ цѣлей, приходится пользоваться всевозможными комбинаціями различныхъ волеизъявленій,—то почему-же, въ этихъ комбинаціяхъ, все значеніе приписывать только приказамъ и запретамъ, совершенно отнимая послѣднее у волеизъявленій другого содержанія, а именно у «дозволеній» съ различными оттѣнками его основного содержанія (только терпѣть совершеніе извѣстныхъ дѣйствій, индифферентно ихъ допускать, благожелательно позволять, приглашать или призывать къ дѣйствию, но не въ формѣ приказа, и пр.)?

Право со своими волеизъявленіями вторгается не въ міръ физическій, а въ міръ психическій,—само будучи волею, оно, въ

были арестованы. Нѣкоторые изъ толпы попали подъ лошадей и получили тяжелые ушибы. Считаютъ, что въ толпѣ было не менѣе 30,000 человекъ. Устроители митинга рѣшили созвать его вновь въ одной изъ величайшихъ городскихъ залъ“.

свою очередь, также воздѣйствуетъ на волю, — этимъ не только хорошо объясняется тотъ фактъ, что и исходящія отъ него дозволенія оказываютъ *практическое* дѣйствіе, но этотъ фактъ дѣлается необходимымъ: при условіи взаимодѣйствія воли на волю *нѣтъ* возможности устранить это воздѣйствіе дозволеній, если-бы мы даже этого хотѣли. Но праву не только нѣтъ надобности отбрасывать это практическое дѣйствіе дозволеній, а, наоборотъ, они въ его рукахъ являются могущественнымъ орудіемъ для достиженія его цѣлей. Когда право представляютъ себѣ, какъ грубую силу, когда его воздѣйствіе на жизнь представляютъ себѣ, какъ прикосновеніе къ послѣдней физическаго насилія, — тогда, конечно, значеніе дозволеній, хотя-бы они несомнѣнно существовали въ правѣ, приходится сводить къ нулю, потому что, съ точки зрѣнія такого воззрѣнія, дозволеніе, исходящее отъ права, надо считать не воздѣйствіемъ на жизнь, а воздержаніемъ отъ воздѣйствія, какъ это и думаетъ *Тонъ*, полагая, что единственная имѣющая смыслъ роль дозволеній въ правѣ, это — отмѣнять предшествовавшіе имъ запреты. Но когда право представляютъ себѣ, какъ силу чистаго психическаго порядка, какъ волю (общественную); когда полагаютъ, что единственное орудіе, которымъ для достиженія своихъ цѣлей располагаетъ право, есть волеизъявленіе; когда считаютъ, что этимъ единственнымъ орудіемъ надо достигнуть въ жизни всѣхъ тѣхъ вѣдннхъ переменъ, какія право ставитъ своею цѣлью, — тогда становится очевиднымъ, что для того, чтобы выступить въ жизни противъ однихъ явленій и силъ, право должно вступить въ союзъ съ другими явленіями и силами, т. е., что рѣшаясь въ нѣкоторыхъ случаяхъ стѣснять и противодѣйствовать, приказывать и запрещать, оно въ другихъ случаяхъ должно оставлять просторъ, предоставлять свободу дѣйствія, т. е. дозволять.

И ничто, можетъ быть, съ большей рельефностью не доказываетъ всего жизненнаго значенія дозволеній права, какъ тотъ афоризмъ, который, въ качествѣ побѣдоноснаго аргумента, всегда охотно цитируется противниками защищаемаго здѣсь воззрѣнія. Зачѣмъ *дозволять*, говорятъ они, когда достаточно *не запрещать*? Вѣдь, «все то дозволено, что не запрещено» ¹⁾! Этимъ хотятъ сказать, что

¹⁾ См., напр., *Тонъ*'а, *op. cit.*, S. 292.

объявленіе чего-либо дозволеннымъ нисколько не измѣняетъ положенія дѣла по сравненію съ тѣмъ, какое существовало и до выраженія дозволенія, т. е. что выраженіе дозволенія на что-либо оставляетъ положеніе вещей въ томъ-же индифферентномъ видѣ, въ какомъ оно существовало при простомъ отсутствіи волеизъявленія. Словомъ, логическое удареніе ставятъ на первой части этого афоризма, придавая ему такой смыслъ: «*дозволенное*—равно *только* не запрещенному», т. е. дозволенное—равно нулю. Но не правильно-ли считать, что смыслъ этого афоризма совершенно обратный? Не стоитъ-ли логическое удареніе этого афоризма на *второй* его части? Не желаютъ-ли имъ сказать тѣ, кто произносятъ его въ жизни, а не въ книгахъ, что «*не* запрещенное—равно дозволенному»? Не хотятъ-ли имъ сказать, что «не запрещенное», т. е. то, что, на первый взглядъ, представляется юридически пустымъ мѣстомъ, юридическимъ *нулемъ*, на самомъ дѣлѣ, равно дозволенному, т. е. опредѣленной юридической величинѣ? Мы думаемъ, что это именно и есть *жизненный*, практическій смыслъ этого афоризма.

Въ самомъ дѣлѣ, въ жизни представляютъ себѣ право, какъ выраженіе *верховой* въ данномъ общежитіи воли; общежитіе—во всемъ его объемѣ и во всѣхъ его проявленіяхъ—представляется какъ-бы стоящимъ подъ покровомъ этой верховной воли, которая уполномочена *всего* въ немъ касаться и *всѣмъ* распоряжаться. Распоряженія эти, по существу, могутъ быть или приказами, или запретами, или дозволеніями: каждый видъ волеизъявленія, разъ онъ послѣдовалъ, имѣетъ опредѣленное дѣйствіе на гражданъ. Считаюсь съ этими волеизъявленіями въ своемъ поведеніи и встрѣчаясь, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, съ *отсутствіемъ* всякаго волеизъявленія со стороны права, гражданинъ не согласенъ помириться съ тѣмъ, что это просто *пробѣлъ*, *пустое мѣсто* въ правѣ. Какъ-же это возможно, думаетъ онъ, когда право уполномочено господствовать надъ всѣмъ общежитіемъ и *все* въ немъ регулировать? Значитъ, надо истолковать и самое молчаніе права въ терминахъ его волеизъявленій! Чему-же оно равняется, въ такомъ случаѣ? Конечно, *дозволенію*. Отсюда и эта интерпретація молчанія права: «не запрещено, значитъ дозволено»! Благодаря ей не прямо выраженные дозволенія права лишаются всякаго значенія, а, наоборотъ, и самое

молчаніе права становится выразительнымъ, получаетъ опредѣленный смыслъ. И ничего въ этомъ нѣтъ страннаго,—молчаніе способно быть краснорѣчивымъ вовсе не въ одномъ правѣ: вѣдь, еще Цицеронъ произнесъ знаменитую фразу: «*cum tacent, clamant*»! Молчаніе человѣка или общества вовсе не тождественно съ молчаніемъ камня. Когда человѣкъ *молчитъ* въ присутствіи чего-нибудь такого, на что онъ властенъ и имѣетъ возможность воздѣйствовать, то мы его молчанію придаемъ только одинъ смыслъ, выражаемый извѣстнымъ изреченіемъ: «молчаніе есть знакъ согласія». Точно также, когда молчитъ о чемъ-нибудь въ общественной жизни право, то мы толкуемъ это тѣмъ-же способомъ,—мы говоримъ: молчаніе права есть дозволеніе съ его стороны.

Такимъ образомъ, правопроизводящимъ факторамъ при формулированіи права приходится считаться съ тѣмъ фактомъ, что самое молчаніе права для гражданъ *выразительно*, что послѣдніе всегда истолкуютъ его, какъ дозволеніе. Благодаря этому законодатель можетъ соблюдать извѣстную экономію въ выраженіяхъ, когда рѣчь идетъ о дозволеніяхъ съ его стороны. Тогда какъ приказы и запреты должны быть всегда выражены прямо, дозволенія могутъ быть перѣдко выставлены передъ обществомъ безъ затраты какихъ-либо виѣшнихъ знаковъ для этого выраженія, т. е. посредствомъ молчанія.—Это явленіе въ правѣ можно сравнить съ однимъ явленіемъ въ живописи. Случается, что художникъ, рисуя картину, оставляетъ нѣкоторыя мѣста въ ней обнаженными, непокрытыми красками, потому что естественный цвѣтъ полотна или дерева, на которомъ онъ рисуетъ, какъ разъ и оказывается подходящимъ для нѣкоторыхъ частей картины. Безполезно было-бы, конечно, закрашивать тѣ мѣста, гдѣ пришлось-бы искусственно повторить ихъ естественный цвѣтъ. Эти мѣста, даже не будучи покрыты красками, не только не даютъ перерывовъ въ картинѣ, не только не зіяютъ на ней пустотами, но, наоборотъ, образуютъ съ ней одно неразрывное и нераздѣльное цѣлое, хотя художникъ не приложилъ къ нимъ ни одной капли труда, ни въ одной точкѣ не дотронулся до нихъ своею кистью. Эти пустоты—уже не пустоты, благодаря своей связи съ цѣлымъ, онѣ такъ-же выразительны, какъ и закрашенные мѣста картины. Вотъ эти пустоты на нѣкоторыхъ картинахъ можно сравнить съ молчаніемъ

права: подобно имъ, оно выразительно, по крайней мѣрѣ въ связи съ цѣлою системой права.—Впрочемъ это сбереженіе знаковъ выраженія права не всегда возможно и не всегда цѣлесообразно. Такъ, напр., если на мѣсто прежняго запрета ставится дозволеніе, то оно *tacite* выражено быть не можетъ. Но и помимо этого, когда то, что дозволяется отъ имени права, представляетъ большую общественную важность, или когда дозволеніе входитъ, какъ составная часть, въ какую-либо сложную юридическую комбинацію вмѣстѣ съ запретами и приказами, то также прямое его выраженіе обыкновенно бываетъ необходимо.

Итакъ, изгонять изъ области права «дозволенія» не представляется основательнымъ. Можно въ какомъ-либо отдѣльномъ случаѣ спорить о томъ, надо-ли *прямо* выразить дозволеніе на какое-либо дѣйствіе, или такого прямого выраженія не требуется, потому что граждане самое молчаніе права истолкуютъ, въ извѣстномъ случаѣ, какъ дозволеніе, но, вѣдь, это только вопросъ техники формулированія права, а не вопросъ самаго его содержанія и существа. По существу несомнѣнно, что право содержитъ въ себѣ не только приказы и запреты, но также и дозволенія.

§ 4. Логическіе элементы въ содержаніи права: 3) лицо.

Мы видѣли два элемента въ составѣ логическаго содержанія права: *дѣйствіе*, какъ фрагментъ человѣческой дѣятельности и *волеизъявленіе* по отношенію къ этому дѣйствию, какъ приказъ, запретъ или дозволеніе. Однако, содержаніе права должно, по необходимости, заключать въ себѣ еще и третій логическій элементъ,—право должно еще указать—*кому* оно приказываетъ, запрещаетъ или дозволяетъ тѣ или другія дѣйствія. Вѣдь, велѣнія права, въ чемъ-бы они ни состояли, должны быть осуществлены дѣятельностью членовъ общества, а этихъ членовъ великое множество,—*кто-же* именно изъ этого множества долженъ въ своемъ поведеніи осуществить то или иное велѣніе нормъ? Оставить этотъ вопросъ безъ всякаго разрѣшенія въ *самомъ содержаніи* нормъ права—невозможно, или, по крайней мѣрѣ, совершенно нецѣлесообразно.

Это было-бы все равно, что бросить въ толпу какой-нибудь приказъ и при этомъ не указать, кто долженъ исполнить этотъ приказъ; это непременно повело-бы къ двоякаго рода, но одинаково невыгоднымъ послѣдствіямъ; или *все сразу* приступили-бы къ исполненію этого приказа,—и тогда вмѣсто надлежащаго его исполненія получалась-бы лишь свалка и взаимная помѣха съ цѣлымъ рядомъ придаточныхъ болѣе или менѣе нежелательныхъ послѣдствій, истекающихъ отъ совершенно ненужной растраты усердія и энергіи исполнителей; или-же, наоборотъ, *никто* не приступилъ-бы къ исполненію, ожидая этого отъ своего сосѣда—тогда исполненіе замедлилось-бы, и вмѣсто чрезмѣрно энергичной дѣятельности по исполненію получила-бы дѣятельность вялая и перѣшительная. Но такія же невыгодныя послѣдствія должны возникать всегда, когда какос-либо волеизъявленіе обращали-бы къ множеству лицъ, не указывая къ кому именно они относятся.—Однако указаніе тѣхъ, кого призываютъ къ дѣйствию, требуется не для одного только устраненія свалки или замедленія въ исполненіи,—словомъ, не для одного *внѣшняго* упорядоченія исполненія, но также и для обезпеченія *внутреннихъ* его качествъ. Хорошее исполненіе возможно только тогда, когда къ нему призываются надлежащіе исполнители,—а это значитъ, что право должно взять на себя заботу о выборѣ для указываемыхъ имъ дѣйствій наиболѣе пригодныхъ исполнителей, и, слѣд., о призывѣ именно ихъ къ исполненію желаемаго.

Итакъ, указаніе лицъ призываемыхъ правомъ къ дѣйствию необходимо, но это вовсе не значитъ, что оно должно быть сдѣлано по собственнымъ именамъ, путемъ *поименнаго* вызова къ дѣйствию. Право не можетъ индивидуально знать даже лицъ, составляющихъ общество въ данный моментъ, но кромѣ того оно обращено къ будущему и, слѣд., должно руководить поведеніемъ тѣхъ, кого еще нѣтъ на свѣтѣ или нѣтъ въ составѣ даннаго общества.—Но даже если-бы право могло *знать* всѣхъ лицъ, составляющихъ общество, и не только въ настоящемъ, но и въ будущемъ,—то и тогда оно *все-таки* не могло-бы имѣть дѣла съ каждымъ изъ нихъ въ отдѣльности. Въ самомъ дѣлѣ, если-бы право вздумало руководить поведеніемъ cadaго лица отдѣльно, то оно взвалило-бы на свои плечи совершенно непосильную и невозможную задачу. Регулируя своими

предписаніями пѣлую общественную жизнь, оно можетъ только намѣчать тѣ *пути*, по которымъ слѣдуетъ идти этой жизни, и этого оно достигаетъ построеніемъ нѣкоторыхъ общихъ правилъ, которыя относятся одновременно или ко всѣмъ гражданамъ, или къ цѣлымъ сословіямъ и классамъ, или къ органамъ и носителямъ власти,—но всегда въ общей абстрактной, а не въ частной конкретной формѣ,— всегда въ формѣ обращенія ко *всѣмъ* лицамъ, которыя подпадаютъ подъ какой-либо признакъ, а не въ формѣ обращенія къ какимъ-либо конкретнымъ лицамъ, отличаемымъ другъ отъ друга собственными именами. Значить, если-бы призывъ лицъ къ дѣйствіямъ былъ возможенъ только поименно и индивидуально, то право должно было-бы совершенно отказаться отъ своей задачи въ обществѣ. Къ счастью, это не такъ, и право, безъ всякаго ущерба для себя, можетъ пользоваться *нарицательными* именами вмѣсто собственныхъ, указывая *признаки* лицъ вмѣсто самыхъ лицъ. И, дѣйствительно, право никогда не выкликастъ по именамъ тѣхъ, къ кому оно обращается. Наоборотъ, въ качествѣ своего собесѣдника оно всегда разумѣетъ цѣлое общество, обращается ко *всѣмъ* ¹⁾, и если въ немъ встрѣчаются имена, то только нарицательныя, относящіяся къ цѣлымъ классамъ или совокупностямъ лицъ. Въ этомъ отношеніи, право не дѣлаетъ исключенія даже для такого особеннаго въ государствѣ лица, какъ представитель Верховной Власти, который также всегда обозначается своимъ нарицательнымъ, а не собственнымъ именемъ ²⁾.

Второе замѣчаніе, которое мы должны здѣсь сдѣлать, говоря о *лицахъ*, какъ о третьемъ логическомъ элементѣ въ содержаніи права, состоитъ въ томъ, что мы разумѣемъ только *лица физическія*. Рядомъ съ таковыми, въ качествѣ субъектовъ права, юридическая теорія ставитъ *еще лица юридическія*; но это—лица—*фикціи*, это—только искусственныя созданія ума, облегчающія намъ усвоеніе и примѣненіе права, и въ томъ отношеніи, въ какомъ мы здѣсь говоримъ о лицахъ, они не могутъ быть поставлены наряду съ

¹⁾ См. объ этомъ у *Меркеля* „Элем. общаго ученія о правѣ“. Перев. *Б. Попова*, Харьковъ, 1896, § 6.

²⁾ Напр., у насъ въ Основныхъ Законахъ всегда говорится объ особѣ Царствующаго императора, а не о какомъ-либо императорѣ въ отдѣльности.

лицами физическими. Всякое реальное дѣйствіе должно быть совершенно живымъ, реальнымъ лицомъ, и эта необходимость остается неизмѣнной также и въ сферѣ тѣхъ дѣйствій, которыя предпринимаются отъ имени фиктивныхъ, юридическихъ лицъ; поэтому то распознаваніе *лица*, которое предназначено служить цѣлямъ практическаго осуществленія права, должно быть непременно доведено до отысканія физическаго лица, призываемаго къ дѣйствію. Искусственная фикція юридическаго лица способна облегчить эту работу, но не замѣнить ее, и было бы большимъ заблужденіемъ съ нашей стороны отождествлять здѣсь понятіе лица съ юридическимъ понятіемъ *субъекта права*, такъ какъ послѣднее шире перваго, включая въ себя также и понятіе о лицѣ юридическомъ. Во избѣжаніе недоразумѣній и дабы взять на себя полную отвѣтственность за свою мысль, мы считаемъ нужнымъ категорически заявить, что вездѣ, гдѣ мы будемъ говорить въ настоящемъ сочиненіи о *лицѣ*, какъ объ одномъ изъ логическихъ элементовъ въ содержаніи права, мы будемъ разумѣть только лицо физическое.

Такимъ образомъ, содержаніе нормъ права распадается на *три* части, логически приуроченныхъ къ тремъ основнымъ вопросамъ, какіе можно предложить праву, чтобы построить и осуществить согласный съ правомъ поступокъ, а именно право должно указать намъ, *какое дѣйствіе* имѣется имъ въ виду, *какое волеизъявленіе* соединяетъ оно съ указаніемъ этого дѣйствія и *кто* призывается къ совершенію дѣйствія или, наоборотъ, къ воздержанію отъ него. Однако этими тремя вопросами, собственно, еще не исчерпывается то, что намъ надо знать о правѣ, чтобы строить свое поведеніе въ соотвѣтствіи съ нимъ. Вполнѣ законно предложить праву еще вопросы: *когда, гдѣ и при наличности какихъ условій* должны быть совершены или не должны быть совершаемы указываемыя имъ дѣйствія, и, собственно, безъ отвѣтовъ на эти вопросы невозможно и совершеніе поступка, претендующаго на согласіе съ правомъ. Не отвергая того, что отвѣты на эти вопросы требуются и что право должно дать ихъ въ своемъ содержаніи, мы все таки не придаемъ имъ *самостоятельнаго* значенія. Вѣдь, отвѣты на эти вопросы покажутъ только, *къ какому времени, къ какому мѣсту и къ какой фактической обстановкѣ* надо отнести тѣ дѣйствія, относительно

которыхъ право даетъ свое волеизъявленіе,—значить эти вопросы опредѣляютъ только подробности самаго дѣйствія, логически подчиняясь основному вопросу, *каково* должно быть это дѣйствіе; такимъ образомъ, отвѣты на эти вопросы входятъ въ составъ характеристики самаго дѣйствія, и потому въ содержаніи нормъ права они составляютъ не болѣе, какъ только часть этой характеристики.

А если такъ, то въ содержаніи права надо различать *три* и *только три* логическихъ элемента: дѣйствіе, волеизъявленіе и лицо.

§ 5. Субъективное преобразование свѣдѣній о правѣ.

Мы установили *три* логическихъ элемента въ содержаніи права. Значить, процессъ *распознаванія* содержанія права долженъ быть всегда направленъ на ихъ раскрытіе въ нормахъ права. Чтобы познать *содержаніе* какихъ либо нормъ, надо раскрыть, *какія дѣйствія* предусматриваютъ эти нормы, *какое волеизъявленіе* онѣ съ ними соединяютъ (приказъ, запретъ или дозволеніе) и, наконецъ, *кто* призывается къ совершенію этихъ дѣйствій или воздержанію отъ нихъ. Когда эти три элемента въ содержаніи какихъ либо нормъ раскрыты, то это значить, что ихъ логическое содержаніе исчерпано, больше въ немъ распознавать *нечего*, идти дальше въ этомъ познаніи *некуда*,—и если что еще возможно, то только *преобразование* уже добытыхъ свѣдѣній въ какую либо иную форму, если бы это потребовалось ради какихъ либо специальныхъ задачъ или цѣлей. И такъ какъ то распознаваніе права, которое мы здѣсь изучаемъ, имѣетъ свою специальную цѣль, а именно оно производится ради практическаго осуществленія права въ жизни,—то умѣстно здѣсь поставить вопросъ: не требуется ли ради этой цѣли и не производится ли на самомъ дѣлѣ какое либо преобразование свѣдѣній о правѣ, послѣ того какъ установлено, о какого рода человѣческой дѣятельности говоритъ право и что именно оно о ней говоритъ, т. е. приказываетъ ли что нибудь, или дозволяетъ, или запрещаетъ, и кому именно?

Этотъ вопросъ надо не только поставить, но и отвѣтить на него утвердительно: да, такое преобразованіе требуется и на самомъ

дѣлѣ производится, раньше чѣмъ приступаютъ къ осуществленію права въ жизни. Чтобы уяснить себѣ характеръ этого преобразованія свѣдѣній о правѣ, представимъ себѣ послѣднее въ его практическомъ движеніи къ осуществленію. Право само по себѣ есть только отвлеченная формула, и чтобы получить осуществленіе, оно должно найти себѣ воплощеніе въ чѣмъ либо поведеніи; а чтобы случилось послѣднее, надо, чтобы тотъ, къ кому обращается право, понялъ, чего именно оно отъ него желаетъ, и согласенъ былъ это выполнить. Значить, представить себѣ право въ его практическомъ движеніи къ осуществленію, это значитъ представить себѣ гражданина, который желаетъ подчиниться праву въ своемъ поведеніи. Этотъ гражданинъ долженъ совершить процессъ распознаванія содержанія права, — но какой? такой, который далъ бы ему тѣ свѣдѣнія, которыя нужны *именно ему*; для него интересно и важно узнать только то, что касается въ правѣ непосредственно его и только его; все остальное для него не интересно; ему даже выгоднѣе не загромождать своего сознанія свѣдѣніями, до него не относящимися и потому для него посторонними. Съ другой стороны, тѣ свѣдѣнія о правѣ, которыя его касаются, для него желательно сосредоточить вокругъ себя, какъ вокругъ центра, — чтобы онъ, такъ сказать, стоялъ въ центрѣ этихъ свѣдѣній, и они всѣ были отнесены къ нему, какъ къ своему логическому средоточію. Ему требуется, чтобы извлеченныя изъ права свѣдѣнія указывали, что ему и *именно ему* правомъ приказано, запрещено, дозволено. Разъ это будетъ сдѣлано, то все остальное, поскольку онъ заботится лишь о согласованіи своего поведенія съ правомъ, для него совершенно излишне.

Итакъ, тотъ фактъ, что распознаваніе права требуется для его исполненія, а это исполненіе въ цѣломъ должно состояться изъ поведенія отдѣльныхъ гражданъ, какъ изъ своихъ составныхъ частей, приводитъ къ необходимости расположить свѣдѣнія о содержаніи права такъ, чтобы гражданинъ, субъектъ исполненія ¹⁾, являлся ихъ логическимъ центромъ, т. е. чтобы *этотъ* именно логическій

¹⁾ Говоря здѣсь о субъектѣ исполненія, мы не отождествляемъ его, по причинамъ, изложеннымъ въ предыдущемъ §-ѣ, съ *субъектомъ права*.

элементъ въ содержаніи права (лицо), а не какой либо другой, былъ основнымъ или центральнымъ въ расположеніи всѣхъ свѣдѣній о правѣ.

Но мало того, что исполнитель права требуетъ, чтобы его поставили центромъ въ расположеніи свѣдѣній о правѣ,—онъ требуетъ еще, чтобы и самыя эти свѣдѣнія перевели въ наиболѣе вразумительную и наиболѣе удобную для него форму. *Мнѣ* что-либо позволено правомъ,—здѣсь свѣдѣніе о содержаніи права уже приурочено ко мнѣ, какъ къ субъекту исполненія; но для меня и этого мало,—я хочу, чтобы это свѣдѣніе было переведено въ *притязательную* форму,—чтобы я это адресованное ко мнѣ дозволеніе могъ трактовать, какъ нѣчто *свое*. И вотъ ради меня и моего удобства, это свѣдѣніе о томъ, что что-нибудь *мнѣ* дозволено, переводятъ въ другую форму,—говорятъ: «совершить это — *твое* право».

Такимъ образомъ, то преобразование свѣдѣній о правѣ, о которомъ мы здѣсь говоримъ и которое можно назвать *субъективнымъ* ихъ преобразованиемъ, состоитъ въ томъ, что эти свѣдѣнія приурочиваются къ субъекту исполненія права и затѣмъ переводятся въ притязательную форму, дѣлающую изъ нихъ какъ-бы *принадлежность* субъекта. Отъ такого преобразованія существо добытыхъ свѣдѣній нисколько не измѣняется и, какъ прямой, такъ и обратный, переходъ отъ одной формы къ другой легко совершается помощью самыхъ простыхъ приѣмовъ.

Извѣстно-ли это субъективное преобразование свѣдѣній о содержаніи права нынѣшней юриспруденціи? Да, извѣстно,—но нельзя сказать, чтобы юриспруденція давала себѣ вполне ясный отчетъ въ этомъ явленіи. Современная юриспруденція противопоставляетъ понятіе объ *объективномъ* правѣ понятію о *субъективномъ* правѣ. Это—старое и традиционное противоположеніе *norma agendi* и *facultas agendi*, которое виднѣтъ въ нихъ какъ-бы совершенно различныя, между собою несоизмѣримыя величины. А между тѣмъ корень этого различія лежитъ въ описанномъ нами преобразованіи свѣдѣній о правѣ изъ одной формы въ другую, и если-бы юриспруденція давала себѣ въ этомъ вполне ясный отчетъ, то она, съ одной стороны, значительно расширила-бы термины своего ученія, а, съ

другой, не противоположала-бы ихъ другъ другу, какъ нѣчто между собою несоизмѣримое. Въ виду этой узкости, а отчасти и нецѣлостности представленій нынѣшней юриспруденціи объ этомъ предметѣ, мы считаемъ лучшимъ формулировать его нѣсколько иначе ¹⁾. Мы будемъ говорить не объ объективномъ правѣ и не объ объективной нормѣ, а объ *объективныхъ элементахъ* въ содержаніи права, подразумѣвая подъ ними тѣ три логическихъ элемента этого содержанія, которые были установлены нами въ §§ 2—4 этой главы. Мы будемъ считать, дальше, что наши свѣдѣнія о содержаніи права суть не что иное, какъ свѣдѣнія объ этихъ объективныхъ элементахъ его содержанія. Наконецъ, мы будемъ считать, что эти свѣдѣнія можно подвергнуть особому—*субъективному* преобразованію. Но при этомъ мы всегда будемъ помнить, что содержаніе права едино, что изученіе этого содержанія также едино, и что различны могутъ быть только тѣ внѣшнія логическія формы, въ которыхъ мы пожелаемъ облечь добытыя нами о содержаніи права свѣдѣнія.

§ 6. Логическіе элементы содержанія права въ его субъективномъ преобразованіи.

Такъ какъ изученіе содержанія права предпринимается прежде всего въ цѣляхъ *практическихъ*—ради его примѣненія или осуществленія,—и такъ какъ практически право находитъ свое осуществленіе въ поведеніи *отдѣльныхъ* гражданъ, то основныя добытыя изученіемъ свѣдѣнія о правѣ, естественно приурочивающіяся къ объ-

¹⁾ Что представленія нынѣшней юриспруденціи по этому предмету крайне сбивчивы и неясны, это косвенно доказывается, напр., возможностью спора между юристами о томъ, что собственно составляетъ предметъ изученія юриспруденціи: нормы права, или юридическія отношенія? (см. объ этомъ, напр., у *Шершеневича*: „Задачи и методы гражданского правовѣдѣнія“ въ Зап. Казанск. унив., 1898 г., сентябрь, стр. 131—137). Споръ этотъ былъ-бы совершенно невозможенъ, если-бы юриспруденція въ построеніи юридическихъ отношеній видѣла только *пріемъ* простаго преобразованія свѣдѣній о содержаніи какихъ-либо положительныхъ нормъ, а не представляла-бы себѣ юридическія отношенія, какъ нѣчто независимое отъ содержанія нормъ.

ективнымъ логическимъ элементамъ его содержанія, подвергаются особому преобразованію, которое мы только что назвали субъективнымъ. Такимъ образомъ ясно, что значеніе этого преобразованія чисто *прикладное*, а не теоретическое,—что оно приспособлено къ потребностямъ дѣйствія, а не къ требованіямъ чистаго познанія. Логической осью для расположенія свѣдѣній при этомъ преобразованіи принимается субъектъ,—и это потому, что именно субъектъ долженъ выполнить вѣдѣніе права въ своемъ поведеніи.—Но этотъ практическій, прикладной характеръ преобразованія еще съ большей очевидностью и съ большей силой сказывается въ томъ его періодѣ, когда свѣдѣнія о правѣ, уже расположенныя около избранной оси, уже приуроченныя къ субъекту, переводятся въ *притяжательную* форму. Несомнѣнно, что если-бы эта вторая стадія преобразованія не находилась подъ исключительнымъ давленіемъ все той-же практической потребности субъекта, а именно потребности строить свое поведеніе въ согласіи съ правомъ, то она приняла-бы иной видъ и дала-бы иные результаты, чѣмъ это мы видимъ на самомъ дѣлѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что эту вторую стадію субъективнаго преобразованія, т. е. переводъ свѣдѣній о правѣ, уже приуроченныхъ къ субъекту, въ притяжательную форму, совершала-бы ученый съ теоретическими цѣлями. Когда свѣдѣнія о правѣ приурочены къ субъекту (напр., ко *мнѣ*), то они получаютъ такой видъ, что для всякаго дѣйствія, какое можно себѣ представить, возможное отношеніе къ нему права оказывается *троякимъ*: въ видѣ приказа, запрета или дозволенія его совершить. Значить, если мы возьмемъ дѣйствіе *а*, приурочимъ его ко *мнѣ*, какъ къ субъекту,—то волеизъявленіе права по отношенію къ этой комбинаціи опредѣленнаго дѣйствія съ опредѣленнымъ субъектомъ можетъ быть *троякое*: дѣйствіе *а* мнѣ правомъ можетъ быть или приказано, или запрещено, или дозволено. Эти *три* логическихъ возможности логически требуютъ и *трехъ* притяжательныхъ формъ при субъективномъ преобразованіи. И если-бы это преобразованіе производилъ теоретикъ, то онъ, конечно, и установилъ-бы три притяжательныхъ формы для трехъ указанныхъ возможностей. Однако, въ дѣйствительности, это преобразованіе производили не теоретики и не съ теоретическими цѣлями, а произвели его граждане ради согласованія

своего поведенія съ вѣлѣніями права, и, въ результатѣ, мы получили *не три* притязательныхъ формы, требуемыхъ здѣсь логикой, а *только двѣ*, лишь косвенно приуроченныхъ къ указаннымъ тремъ модификаціямъ волеизъявленія (приказъ, запретъ, дозволеніе). Эти двѣ субъективныхъ притязательныхъ формы, какъ извѣстно, суть: право и обязанность. Изъ объективнаго содержанія права граждане съумѣли извлечь только *свои* права и *свои* обязанности. Теоретически это построеніе недостаточно и несовершенно, но практически оно вполнѣ удовлетворительно. — Постараемся-же выяснитъ себѣ *генезисъ* этихъ двухъ субъективныхъ притязательныхъ формъ: права и обязанности.

Когда чье-либо поведеніе ограничено чужою волею, съ которою надо его согласовать, то вопросъ о познаніи содержанія ограничивающей воли для лица, долженствующаго ей повиноваться, *практически* сводится къ альтернативѣ: *можно*, или *нельзя*?—Я задумалъ совершить какое-либо дѣйствіе и, такъ сказать, мысленно его передъ собой проектирую. Но мое поведеніе ограничено посторонней волей, я долженъ поступить въ согласіи съ ней,—и вотъ я обращаю къ ней запросъ: *можно*, или *нельзя* совершить то дѣйствіе, которое я задумалъ? Если я съумѣю найти отвѣтъ на этотъ *альтернативный* вопросъ, то, поскольку свѣдѣнія о содержаніи властвующей надо мною воли требуются мнѣ для моей *практической* пѣли—согласовать съ ней свое поведеніе—полученный отвѣтъ исчерпаетъ всѣ мои сомнѣнія, никакихъ дальнѣйшихъ свѣдѣній о содержаніи волеизъявленій мнѣ не понадобится, по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока я не задамъ какими-либо другими, напр., теоретическими вопросами въ этомъ дѣлѣ.—Если я получаю отвѣтъ: *можно*, то я считаю, что совершить проектированное дѣйствіе есть *мое право*,—если-же получился отвѣтъ: *нельзя*, то я считаю, что не совершать дѣйствія—*моя обязанность*.—Къ этому надо добавить, что нашему уму вполнѣ доступно мыслить о дѣйствіи не только въ его положительной, но и въ его *отрицательной* формѣ, т. е. о воздержаніи отъ дѣйствія или объ его несовершеніи, а практическая жизнь нерѣдко и останавливаетъ насъ въ раздумьи именно передъ задачей—воздержаться отъ дѣйствія, его не совершать. И здѣсь мы опять ищемъ для себя разрѣшенія нашихъ сомнѣній объ

отношеніи властвующей надъ нами воли къ нашему проекту *не совершать* дѣйствія въ формѣ альтернативнаго вопроса: *можно* или *нельзя*? А отыскавши отвѣтъ на этотъ вопросъ, мы и здѣсь приходимъ къ заключенію или о *своемъ правѣ* не совершать дѣйствія, или о *своей обязанности* его совершить.

Таковъ путь и таковъ пріемъ практическаго мышленія гражданина, когда онъ стремится построить свое поведеніе въ согласіи съ волей, воплощенной въ правѣ; ставя вопросъ: *можно* или *нельзя*? онъ отыскиваетъ въ содержаніи права свои субъективные права или обязанности, а послѣ того какъ онъ эти права и обязанности разыскалъ, ему больше ничего не надо. Пользуясь этимъ пріемомъ, практическое мышленіе отмыкаетъ для себя, такъ сказать, однимъ и тѣмъ-же ключемъ всѣ волензъявленія права: если право *дозволяетъ*, то для гражданина это чистое *можно*—и для положительной, и для отрицательной формы дѣйствія, т. е. это даетъ ему субъективное право какъ предпринимать, такъ и не предпринимать дѣйствія; если право *запрещаетъ*, то для гражданина это обозначаетъ: *нельзя*—для положительной формы дѣйствія и *можно*—для отрицательной, т. е. обязанность и вмѣстѣ право не совершать дѣйствія; наконецъ, когда право приказываетъ, то на языкъ гражданина это значить: *можно* для положительной формы дѣйствія и *нельзя*—для отрицательной, т. е. право и вмѣстѣ обязанность совершить дѣйствіе.

Итакъ, субъективное *право* и субъективная *обязанность*—вотъ тѣ двѣ логическихъ формы, въ которыя надо перевести свѣдѣнія о содержаніи права, чтобы сдѣлать ихъ, такъ сказать, наиболѣе удобоусвояемыми для лица, долженствующаго осуществить право въ своемъ поведеніи. Однако, анализируя здѣсь процессъ субъективнаго преобразования свѣдѣній о содержаніи права, мы должны сказать, что не всегда онъ даетъ возможность придти къ этимъ простѣйшимъ логическимъ формамъ. Объективное содержаніе права *можетъ* быть таково, что при отмыканіи его обычнымъ обывательскимъ ключемъ альтернативы: можно, или нельзя?—не получается такого прямого и непосредственнаго отвѣта на вопросъ, какой мы предполагали въ предыдущемъ и который привелъ насъ къ понятію о субъективномъ правѣ и субъективной обязанности. Въ самомъ

дѣлѣ, мы исходили изъ предположенія, что гражданинъ, задумываясь надъ тѣмъ, совершить или не совершить какое-либо определенное дѣйствіе, обращается къ праву съ вопросомъ: можно, или нельзя? и получаетъ прямой и категорическій отвѣтъ—*да* или *нѣтъ*. Но не всегда право на обращенные къ нему вопросы можетъ дать такіе прямые и категорическіе отвѣты.

По своей основной сущности право стремится къ достиженію въ жизни извѣстныхъ внѣшнихъ результатовъ. Эти внѣшніе результаты всегда достигаются имъ при посредствѣ человѣческой дѣятельности, составляющейся изъ извѣстной совокупности отдѣльныхъ человѣческихъ дѣйствій. Но не всегда право имѣетъ возможность съ точностью предвидѣть и определенно указать тѣ отдѣльныя дѣйствія, посредствомъ которыхъ могутъ быть достигнуты желаемые имъ результаты. Тогда оно и не указываетъ—точно и определенно—этихъ дѣйствій, а намѣчаетъ только цѣль, которой надо достигнуть дѣйствіемъ, предоставляя тому, кого оно призываетъ къ исполненію своихъ велѣній, *самому* выбрать изъ многихъ возможныхъ дѣйствій то, которое наилучше достигало-бы намѣченной цѣли. Или право можетъ поступить и, дѣйствительно, поступаетъ—еще иначе: поставивши основную цѣль и призвавши къ ея исполненію нѣсколькихъ или многихъ лицъ, оно предоставляетъ выборъ самыхъ дѣйствій, которыми цѣль должна быть достигнута, только нѣкоторымъ изъ лицъ, призванныхъ къ выполненію цѣли. Въ этомъ случаѣ тѣ, кому выборъ дѣйствія не предоставленъ, должны слѣдовать выбору, сдѣланному другими.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ положеніе дѣла бываетъ значительно усложнено: задумавши какое-либо дѣйствіе и отыскивая въ содержаніи права отвѣтъ на вопросъ: можно, или нельзя? гражданинъ уже не найдетъ этого отвѣта въ прямомъ и непосредственномъ видѣ,—онъ не извлечетъ, слѣд., для себя изъ содержанія права своихъ субъективныхъ правъ и обязанностей въ томъ смыслѣ, въ какомъ мы говорили о нихъ выше,—а что-же онъ найдетъ для себя въ содержаніи права? Или *полномочіе* выбрать дѣйствіе (для себя, а иногда и для другихъ), или обязанность *подчиниться* чужому выбору. Всѣ эти случаи мы можемъ характеризовать такъ, что въ нихъ право свою власть выбрать и указать дѣйствіе *пере-*

дастъ или вручаетъ какимъ-либо отдѣльнымъ гражданамъ, — т. е. здѣсь объективная власть права регулировать общественную жизнь въ извѣстномъ объемѣ передается отдѣльнымъ гражданамъ и становится тогда ихъ *субъективной властью*. Такимъ образомъ, объективныя нормы описаннаго только что содержания, т. е. передающія власть общественной воли выбирать дѣйствія въ распоряженіе индивидуальной воли какихъ-либо лицъ, разрѣшаются, на субъективной сторонѣ, уже не въ понятія права и обязанности, а въ понятія *власти и подчиненія*.

Любопытно спросить: каковы-же бываютъ предѣлы этой субъективной власти? и не можетъ-ли она въ какихъ-либо случаяхъ оказаться безпредѣльной?

Субъективная власть этого рода могла-бы оказаться безпредѣльной лишь въ томъ случаѣ, если-бы право передовѣрило какому-либо органу или лицу *всю* свои полномочія регулировать общественную жизнь, — случай, который едва-ли можно себѣ представить, потому что онъ обозначалъ-бы, собственно, перемѣщеніе объективной законодательной власти изъ однихъ рукъ въ другія. Но если власть описываемаго рода, повидимому, не можетъ быть безпредѣльной, такъ какъ это обозначало-бы уже превращеніе ея во власть законодательную, — то все-же она можетъ быть весьма обширной, а для извѣстной области жизни или для извѣстнаго временнаго ея состоянія она можетъ оказаться даже всеобъемлющей. Такова, напр., была власть римскаго диктатора во времена внутреннихъ или внешнихъ опасностей для римскаго государства, — власть, которую онъ былъ обязанъ сложить съ себя по минованіи опасности и, во всякомъ случаѣ, не позже шестимѣсячнаго срока. Такова-же власть коменданта въ осажденномъ городѣ надъ жизнью и имуществомъ гражданъ, также какъ и власть капитана надъ кораблемъ и надъ всѣмъ, что есть и кто есть на кораблѣ въ минуту угрожающей ему гибели. Во всѣхъ этихъ случаяхъ власть, предоставленная извѣстному лицу, какъ мы уже сказали, *всеобъемлюща*, такъ какъ она въ извѣстномъ мѣстѣ охватываетъ рѣшительно всѣ предметы и всѣ дѣйствія, — ей подчинены *всѣ* и подчинено *все*. Носитель такой власти уполномоченъ свободно и по своему усмотрѣнію выбирать какія-угодно дѣйствія, распоряжаться рѣшительно всѣмъ, — но хотя

эта власть всеобъемлюща, она все-таки не безпредѣльна—границей ей служить та цѣль, ради которой она установлена и къ достиженію которой носитель ея долженъ направить всѣ средства и дѣйствія. И если-бы носитель такой власти, въ періодъ пользованія ею, обратилъ ее на служеніе другимъ цѣлямъ, а не той, которая ему предписана, то онъ, какъ злоупотребившій властью, могъ-бы подлежать отвѣтственности, впрочемъ лишь по истеченіи срока своихъ полномочій. Въ этомъ лежитъ несомнѣнная граница для властей этого рода, почему ихъ и можно называть всеобъемлющими, но не безграничными.—Однако въ указанныхъ чрезвычайныхъ случаяхъ и поводахъ къ установленію чрезвычайныхъ властей, въ обыкновенной нормальной жизни предоставляемая правомъ извѣстнымъ лицамъ и органамъ (субъективная) власть бываетъ ограничена не только цѣлью, ради которой она создается, но и непосредственно со стороны ея объема: она распространяется не на всѣхъ лицъ, а только на нѣкоторыхъ, не на всѣ предметы, а только на нѣкоторые, не на всѣ дѣйствія, а только на нѣкоторые.

§ 7. Заключение.

Мы прослѣдили тотъ логическій путь, который проходитъ распознаваніе содержанія права, требующееся гражданину для того, чтобы онъ могъ согласовать свое поведеніе съ велѣніями права. Этотъ путь состоитъ изъ *двухъ*, такъ сказать, крупныхъ частей: 1) установленія *объективныхъ* элементовъ въ содержаніи права и 2) *субъективного* ихъ преобразованія. Объективными элементами права являются: а) дѣйствіе, б) субъектъ дѣйствія, в) волеизъявленіе по поводу дѣйствія—въ видѣ приказа, запрета или дозволенія. Эти объективные элементы, будучи поставлены во взаимную связь между собою, образуютъ то, что въ нѣмецкой литературѣ технически называется *правоположеніемъ* (Rechtssatz). Субъективное преобразование объективнаго содержанія права заключается въ томъ, что добытыя подъ видомъ указанныхъ объективныхъ элементовъ свѣдѣнія о правѣ, приурочиваются къ одному изъ этихъ элементовъ, именно къ *субъекту* или *лицу*: субъектъ при этомъ принимается за логическую ось при расположеніи добытыхъ свѣдѣній: *лицу* доз-

волено (приказано, запрещено) *такое-то* или *такое-то* дѣйствіе. А затѣмъ, когда свѣдѣнія о правѣ уже приурочены къ субъекту, какъ къ своему центру, ихъ переводятъ въ *притяжательную* форму, которая для субъекта представляется наиболѣе вразумительной. Въ результатъ этого субъективнаго преобразованія свѣдѣній о правѣ получаютъ опять логическіе элементы содержанія права, которые, въ противоположность указаннымъ выше объективнымъ элементамъ, можно назвать *субъективными* элементами этого содержанія. Такими субъективными элементами содержанія права являются: *право* (субъективное), *обязанность* и *власть*.

Такимъ образомъ только тогда, когда знаніе объ объективномъ содержаніи права преобразовано въ субъективную форму, т. е. когда оно выражено въ терминахъ субъективнаго его пониманія, — задача того распознаванія права, которое требуется для практическаго его примѣненія, можетъ считаться оконченной. Субъективное преобразование свѣдѣній о правѣ само по себѣ нисколько не повышаетъ внутренней цѣны этихъ свѣдѣній, но оно придаетъ имъ, какъ уже было сказано, болѣе вразумительную для гражданъ форму. Въ этомъ отношеніи его можно сравнить съ процессомъ *перевариванія* пищи: подобно тому, какъ это послѣднее превращаетъ вещества, уже по самой своей субстанціи вполне пригодныя для питанія, въ такой видъ, что они становятся пригодными для приѣма внутрь и перевариванія, такъ и субъективное преобразование свѣдѣній о правѣ, уже вполне доброкачественныхъ и пригодныхъ къ тому, чтобы руководить поведеніемъ гражданина, превращаетъ ихъ въ состояніе, наиболѣе удобное для приѣма внутрь — внутрь интеллекта тѣхъ гражданъ, которымъ предстоитъ согласовать свое поведеніе съ волею права.

Въ связи съ указаннымъ характеромъ субъективнаго преобразования свѣдѣній о правѣ, т. е. тѣмъ, что оно, не прибавляя ничего новаго къ этимъ свѣдѣніямъ, придаетъ имъ однако болѣе удобоваримую для интеллекта гражданъ форму, находится одинъ фактъ, который не будетъ лишнимъ здѣсь отмѣтить. Законодательная власть, формулируя передъ гражданами объективное право, очень хорошо знаетъ, что для согласованія своего поведенія съ правомъ, гражданамъ придется предварительно *распознать* и духовно усвоить себѣ его содержаніе, — поэтому она вообще стремится къ тому, чтобы

право было формулировано передъ гражданами въ возможно ясной и удобоусвояемой для нихъ формѣ. А такъ какъ субъективное выраженіе права болѣе удобопонятно для гражданъ, чѣмъ объективное, то законодатель нерѣдко и пользуется субъективной терминологіей, какъ-бы самъ совершая для гражданъ работу субъективнаго преобразования права: такъ въ текстѣ законовъ мы нерѣдко читаемъ о предоставленіи *правъ* (субъективныхъ), о возложеніи *обязанностей*, о надѣленіи *властью* и т. п.

Но если законодатель, какъ мы это видимъ, прибѣгаетъ къ субъективной терминологіи *иногда*,—то почему онъ не дѣлаетъ этого всегда? Не могъ-ли бы онъ, формулируя право *исключительно* въ субъективныхъ терминахъ, совершить для гражданъ *всю* работу субъективнаго преобразования права, такъ чтобы текстъ закона вмѣщалъ въ себя уже готовое къ воспріятію, субъективно преобразованное право? Иными словами: нельзя-ли было-бы работу субъективнаго преобразования совершить *заранѣе*,—до изданія нормы, и затѣмъ вмѣстить ея результаты въ норму такъ, чтобы новаго совершенія ея уже не требовалось? На этотъ вопросъ приходится отвѣтить *отрицательно*.

Основная задача законодателя состоитъ въ томъ, чтобы *формулировать* право передъ обществомъ, а для такого формулированія субъективные термины далеко не всегда самые лучшіе. Поэтому подчиненіе текста закона субъективной точкѣ зрѣнія допустимо лишь постольку, поскольку это не вредитъ ясному выраженію объективнаго содержанія права. Извѣстно, что попытка прямо превратить пандекты въ гражданскій кодексъ, сдѣланная въ Германіи („*der kleine Windscheid*“), оказалась крайне неудачной,—и это вовсе не въ силу одной только *внѣшней* причины, состоявшей въ томъ, что пандекты приняты въ Германіи на томъ специальномъ *juristen-deutsch*, котораго не понимаютъ граждане,—но еще больше того по причинѣ внутренней: вѣдь пандекты, по самому своему существу, должны представить содержаніе права въ его субъективномъ преобразованіи, тогда какъ для объективнаго закона субъективные термины нерѣдко представляются тѣсными или даже совсѣмъ недостаточными.

ГЛАВА III.

Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, въ его дѣйствительномъ совершеніи.

§ 1. Двѣ части, на которыя распадается здѣсь вся умственная работа.

Въ предыдущей главѣ мы познакомились съ логической структурой того распознаванія права, которое требуется для его практическаго осуществленія въ жизни; мы разложили это распознаваніе на его логическіе элементы. Теперь намъ надо познакомиться съ тѣмъ, какъ это распознаваніе права совершается въ дѣйствительности: изъ какихъ частей оно состоитъ, какія трудности приходится ему преодолевать, какого рода усиліями оно ихъ побѣждаетъ, наконецъ, къ какимъ результатамъ оно приходитъ. Но съ чего начать и въ какомъ порядкѣ вести предстоящее намъ здѣсь изученіе? Вѣдь, процессъ распознаванія права, какъ онъ совершается въ дѣйствительности, представляетъ собою обширное и сложное цѣлое, и для того, чтобы въ немъ разобраться, надо приступить къ нему съ надлежащей стороны, а, главное, взглянуть на него съ правильной точки зрѣнія. Безъ послѣдней мы рискуемъ здѣсь заблудиться или, даже не пропустивши ни одной части и ни одного приѣма интересующаго насъ процесса, все-таки не понять ни ихъ взаимной связи, ни ихъ причиннаго соотношенія.

Какая-же точка зрѣнія является для этого процесса главенствующей? Какой фактъ въ немъ надо считать основнымъ и все въ немъ собою опредѣляющимъ?

Фактъ этотъ состоитъ въ томъ, что весь этотъ процессъ производится изъ-за *поступка*, изъ-за того, чтобы согласовать поступокъ съ правомъ. За распознаваніемъ права долженъ послѣдовать *поступокъ*, согласный съ правомъ. Установленіе поступка, согласнаго съ правомъ,—вотъ конечная цѣль распознаванія права, и эта цѣль накладываетъ свою печать на весь этотъ умственный процессъ, все въ немъ собою опредѣляетъ и объясняетъ. Право надо свести къ поступку, надъ правомъ надо умственно поработать такъ, чтобы сталъ возможнымъ согласный съ нимъ поступокъ. Вотъ основная точка зрѣнія. Отъ нея не надо уклоняться, ее надо утилизировать—тогда весь процессъ распознаванія права, какъ онъ производится въ дѣйствительности, раскроется предъ нами съ ясностью во всѣхъ своихъ частяхъ, станетъ понятнымъ во всѣхъ своихъ пріемахъ.

Такимъ образомъ, исходнымъ пунктомъ для распознавательной работы служить здѣсь право, какъ оно дано въ своемъ текстѣ, а заключительнымъ ея актомъ—непосредственный переходъ къ поступку. А если такъ, то всю производимую здѣсь умственную работу надо раздѣлить на двѣ совершенно различныхъ части: 1) установленіе, на основаніи содержанія права, *правоположенія*, которое покрывало-бы собою предстоящій поступокъ, и 2) умственный переходъ отъ этого правовоположенія къ поступку.—Что касается первой части работы, то она тождественна съ установленіемъ для даннаго отдѣльнаго случая уже знакомыхъ намъ логическихъ элементовъ права, и если здѣсь о чемъ еще можно было-бы спросить, то это только о томъ, въ какомъ видѣ должны быть установлены эти элементы: въ объективномъ, или субъективномъ. Впрочемъ, отвѣтъ на этотъ вопросъ ясенъ самъ собой. Наиболѣе удобной для гражданина формой свѣдѣній о правѣ является, конечно, форма субъективнаго права или субъективной обязанности ¹⁾. Только тогда, когда гражданину скажутъ, или онъ самъ себя уяснитъ, что совершеніе какого-либо дѣйствія составляетъ его *право*, или что воздержаніе отъ какого-либо дѣйствія является для него *обязанностью*,—

¹⁾ Для простоты нашихъ разсужденій мы оставляемъ въ сторонѣ понятія о *власти* и о подчиненіи.

только при такой формѣ свѣдѣній о правѣ онъ будетъ чувствовать себя вполне хорошо вооруженнымъ знаніемъ права для того, чтобы, въ соответствии съ нимъ, построить свое поведеніе. Но если эта *субъективная* форма свѣдѣній о правѣ является наиболѣе удобной для гражданъ съ практической стороны, то не надо забывать, что она, по существу, есть все-таки только форма преобразования основныхъ объективныхъ свѣдѣній о правѣ, которыя должны быть установлены распознавательнымъ процессомъ раньше, чѣмъ можно будетъ отъ нихъ перейти къ субъективной ихъ формѣ. Центромъ и необходимымъ перепутьемъ распознавательной работы въ правѣ остаются все-таки *объективные* элементы содержанія права, безъ установленія коихъ нечего было-бы подвергать и самому *субъективному* преобразованію.—Итакъ, искомое правоположеніе должно быть установлено въ его объективныхъ элементахъ, которые затѣмъ не трудно преобразовать въ субъективную форму.

Затѣмъ, отъ найденнаго для даннаго случая правоположенія надо перейти къ согласному съ нимъ поступку. Правоположеніе будетъ для предстоящаго поступка нѣкоторымъ *pius*, опредѣляющимъ этотъ поступокъ, — а именно постулятомъ, который надо осуществить въ поступкѣ. Правоположеніе изъ того состоянія, какое оно имѣетъ само по себѣ, должно перейти въ нѣкоторое другое состояніе, которое можно назвать его *воплощеніемъ* въ поступкѣ. Здѣсь, значитъ, должна произойти нѣкоторая метаморфоза, нѣкоторое превращеніе, — и эта метаморфоза можетъ произойти только при посредствѣ ума и умственной дѣятельности. Надо сперва въ умѣ превратить элементы правоположенія въ элементы поступка, и только послѣ этого можно будетъ совершить поступокъ, воплощающій въ себѣ правоположеніе. А если такъ, то спрашивается: что-же мы дѣлаемъ въ нашемъ умѣ съ элементами правоположенія, переводя ихъ въ элементы поступка? Въ чемъ состоитъ сущность производимой здѣсь работы?—Правоположеніе абстрактно, оно есть отвлеченіе отъ дѣйствительности, — послѣднюю оно только символизируетъ, а не представляетъ. Наоборотъ, поступокъ конкретенъ, поступокъ — это сама дѣйствительность. Значитъ, переходъ отъ правоположенія къ поступку есть переходъ *отъ абстрактнаго къ конкретному*, отъ отвлеченія къ дѣйствительности, отъ символа къ

символизируемому. Слѣдовательно, и сущность умственной работы, совершаемой для перехода отъ правоположенія къ поступку, будетъ состоять въ *конкретизаціи* правоположенія, въ облеченіи его—сперва въ умѣ—плотью и кровью, чтобы затѣмъ—поступкомъ—перевести его въ дѣйствительную жизнь. Если-бы мы прямо переходили къ воплощенію правоположенія въ дѣйствительности, не сдѣлавши предварительно воплоти конкретнымъ самого представленія о немъ въ нашемъ умѣ, то мы, конечно, вмѣсто абстрактнаго получили-бы конкретное, но только едва-ли это конкретное было-бы въ согласіи съ предшествовавшимъ ему абстрактнымъ. Такимъ образомъ, *само согласованіе* конкретного съ абстрактнымъ должно непременно произойти въ умѣ, посредствомъ соотвѣтствующихъ умственныхъ усилій, и безъ такого предварительнаго умственнаго согласованія немыслимо согласіе поступка съ правоположеніемъ; правда, и безъ такого умственнаго согласованія возможно все-таки иногда случайное совпаденіе подлежащихъ согласованію величинъ, но, уже по самому своему характеру случайности, оно не способно насъ удовлетворить, такъ какъ не обезпечиваетъ требующагося согласія конкретного съ абстрактнымъ во *всѣхъ* случаяхъ, гдѣ это нужно.

Итакъ, подлежащая нашему изученію въ настоящей главѣ умственная работа распадается на *два* части: 1) *отысканіе или установленіе правоположенія*, относящагося къ данному случаю, и 2) *конкретизація* этого правоположенія. Какую-же изъ этихъ двухъ частей мы будемъ изучать раньше? Сперва вторую, а затѣмъ первую: ниже мы увидимъ, что эта вторая часть изучаемой здѣсь умственной работы, т. е. конкретизація правоположеній, является, въ сущности, основной операціей для всей работы, поэтому изученіе ея и надо положить въ основу изученія всего этого умственного процесса во всей его совокупности. Слѣдовательно, оставляя пока въ сторонѣ всѣ вопросы о томъ, *какими именно образомъ* отыскиваются или устанавливаются правоположенія для отдѣльных случаевъ жизни, въ которыхъ требуется примѣненіе права, мы будемъ исходить изъ предположенія, что требующееся намъ правоположеніе отыскано или дано и что его надо только конкретизировать.

§ 2. Конкретизація правоположенія.

Мы предположили, что передъ нами готовое правоположеніе, которое надо сдѣлать конкретнымъ, чтобы въ согласіи съ нимъ совершить поступокъ. Но сдѣлать конкретнымъ правоположеніе—это, конечно, значить довести до конкретности составляющіе его элементы (объективные, потому что субъективные представляютъ собою только форму преобразованія объективныхъ). Постараемся-же прежде всего представить себѣ съ надлежащей ясностью внутреннія условія и самое существо этой задачи.

Пока мы говоримъ о *субъектѣ, дѣйствіи и волеизъявленіи*, какъ объ объективныхъ элементахъ въ логической структурѣ права, т. е. въ *абстрактномъ* его представленіи, мы можемъ игнорировать всякія различія между этими элементами; съ абстрактной точки зрѣнія всѣ они суть одинаково логическія величины, изъ которыхъ складывается содержаніе права, и которыя должны быть раскрыты, чтобы это содержаніе стало извѣстнымъ и могло быть усвоено. Но когда мы переходимъ къ замѣнѣ абстрактнаго созерцанія элементовъ права конкретнымъ, тогда выступаетъ со всей силой и должно быть принято во вниманіе различіе между каждымъ изъ нихъ въ отдѣльности. Въ чемъ-же заключается это различіе?

Конкретизація элементовъ права, по самому существу этой задачи, должна быть приурочена къ опредѣленному моменту времени,—она требуется непосредственно *передъ поступкомъ*, который хотятъ совершить въ согласіи съ правомъ. И вотъ, съ точки зрѣнія этого момента надо сказать, что *конкретно* субъектъ въ это время находится *въ настоящемъ*, дѣйствіе—*въ будущемъ*, а волеизъявленіе по поводу нихъ—*въ прошедшемъ*.—Въ самомъ дѣлѣ, если уже наступило время для какого-либо поступка, требуемаго правомъ, то въ это время субъектъ этого поступка долженъ быть уже готовъ,—лицо, которому надлежитъ совершить поступокъ, должно быть уже въ наличности, потому что право со своими постулатами обращается къ лицамъ, и если нѣтъ лица, которому надлежитъ исполнить велѣніе права, то это значить, что нѣтъ мѣста и для осуществленія права,—велѣніе права не имѣетъ, значить, точки

опоры въ ходѣ вещей, а потому и не можетъ оказать никакого вліянія на событія. Чтобы право *дѣйствовало*, а не оставалось только мертвой формулой, надо, чтобы были *лица*, которыхъ оно призываетъ къ дѣйствию или воздержанію отъ дѣйствія. Итакъ, лицо, субъектъ дѣйствія, должно быть уже въ наличности, должно быть *въ настоящемъ* въ моментъ согласованія поступка съ велѣніемъ права, иначе не могло-бы быть рѣчи о самомъ этомъ согласованіи. А если это такъ, то задача конкретизаціи субъекта сводится къ тому, что среди множества существующихъ въ данный моментъ лицъ надо отыскать такое, къ которому относится велѣніе права: глядя на лицъ, существующихъ въ настоящемъ, со всѣми ихъ индивидуальными конкретными чертами и сличая, такъ сказать, этихъ лицъ съ признаками, указанными въ законѣ, надо рѣшить, какое изъ конкретныхъ лицъ подходитъ подъ эти признаки, или, наоборотъ: какимъ признакамъ, указаннымъ въ законѣ, соответствуютъ извѣстные конкретныя лица. Задача эта подобна задачѣ чиновника, который, имѣя въ рукахъ паспортъ съ обозначенными въ немъ «примѣтами», провѣрялъ-бы принадлежность этого паспорта данному лицу, или, наоборотъ, среди множества лицъ желалъ-бы найти то, примѣты котораго указаны въ паспортѣ ¹⁾).

Иначе дѣло обстоитъ по отношенію къ *конкретизаціи* дѣйствія. Въ моментъ, когда лицо разрѣшаетъ задачу поступка, дѣйствія еще нѣтъ, оно еще не совершено, но его *надо совершить* въ согласіи съ правомъ. Сличать, значитъ, по отношенію къ дѣйствию *настоящее* положеніе вещей съ содержаніемъ права *незачѣмъ*, въ настоящемъ нѣтъ того, что мы ищемъ *in concreto*,—оно еще только

¹⁾ Художественное изображеніе процесса конкретизаціи лица, о которомъ мы здѣсь говоримъ, дано намъ Пушкинымъ въ драмѣ „Борисъ Годуновъ“, въ сценѣ „Корчма на Литовской границѣ“:

Варлаамъ (читаетъ по складамъ) „А лѣтъ ему отъ роду 20“....

„А ростомъ онъ малъ, грудь широкая, одна рука короче другой, глаза голубые, волосы рыжіе, на щекѣ бородавка, на лбу другая“.

Да это, другъ, ужъ не ты-ли?

Всѣ, по этому описанію, узнаютъ Гришку Отрепьева въ лицѣ молодого спутника отцовъ Варлаама и Мисаила: по отношенію къ *лицу* совершенъ здѣсь переходъ отъ абстрактнаго къ конкретному.

должно возникнуть въ будущемъ. А если такъ, то самая задача конкретизаціи дѣйствія оказывается иной, чѣмъ отысканіе in concreto субъекта. Конкретизація дѣйствія должна быть не простымъ сличеніемъ настоящаго съ его «примѣтамъ», указанными въ законѣ, а творческимъ актомъ развитія признаковъ дѣйствія, указанныхъ въ законѣ, до полнаго образа этого дѣйствія со всеми его индивидуальными чертами, чтобы затѣмъ этотъ образъ безъ затрудненій можно было перевести изъ сферы представленія въ область дѣйствительности. Мы сказали, что задача эта *творческая* и, въ этомъ отношеніи (игнорируя, впрочемъ, степень и количество требующагося творчества), ее вполне можно уподобить, напр., задачѣ архитектора, который по даннымъ ему «заданіямъ» долженъ создать проектъ постройки и развитъ его до столь конкретныхъ чертъ, чтобы можно было, безъ затрудненій, приступить къ выполненію этой постройки; или даже задачѣ художника, который, будучи охваченъ какой-либо идеей, воплощаетъ ее въ конкретный образъ отвѣчающаго этой идеѣ художественнаго произведенія. Впрочемъ, хотя задача совершенія дѣйствія въ согласіи съ велѣніемъ права и есть, по существу своему, вполне творческая,—хотя для ея разрѣшенія и требуется непременно творчество, но, конечно, не ото всехъ и не всегда; творческія по своему существу задачи требуютъ *непременно* творчества только при *первомъ* ихъ разрѣшеніи, а разъ это уже произошло, то затѣмъ гораздо чаще творчество въ нихъ замѣняется подражаніемъ, т. е. позаимствованіемъ чужаго творчества. Въ этомъ отношеніи и человѣческія дѣйствія, поскольку они должны воплотить въ себѣ велѣнія права, не составляютъ исключенія: огромное большинство ихъ возникаетъ не путемъ самостоятельнаго творчества, а путемъ подражанія уже существующимъ образцамъ. Поставленный передъ задачей—совершить поступокъ въ согласіи съ правомъ—гражданинъ чаще всего—сознательно или безсознательно—ищетъ образцовъ, т. е. обращается къ прошлому, своему или чужому, и разрѣшаетъ свою задачу путемъ подражанія, путемъ копирования чужихъ или прежнихъ своихъ поступковъ. А разъ, въ какомъ-либо случаѣ, творчество при выполненіи велѣній права будетъ замѣнено подражаніемъ, то это существенно измѣнитъ и описанный выше процессъ конкретизаціи дѣйствія, требуемаго правомъ. Само-

стоятельное умственное предвосхищеніе образа требуемаго дѣйствія въ согласіи съ тѣмъ, что указано въ правѣ, и съ такой конкретизаціей всѣхъ его признаковъ, чтобы переводъ этого образа въ дѣйствительность не встрѣтилъ никакихъ затрудненій,—будетъ замѣнено процессомъ болѣе или менѣе механическаго сличенія указанныхъ въ законѣ признаковъ требуемаго дѣйствія съ *прошлыми* дѣйствіями—своими или чужими—и выборомъ изъ нихъ наиболѣе подходящаго, чтобы затѣмъ его просто скопировать.

Такимъ образомъ, конкретизація дѣйствія колеблется между двумя весьма несходными между собою умственными приѣмами: самостоятельнымъ творчествомъ и механическимъ подражаніемъ. Чтобы быть вполне вѣрнымъ дѣйствительности, слѣдуетъ добавить, что конкретизація дѣйствія, какъ она совершается на самомъ дѣлѣ, бываетъ обыкновенно смѣсью этихъ двухъ приѣмовъ съ преобладаніемъ—въ огромномъ большинствѣ случаевъ—подражанія. Разрѣшеніе задачи путемъ чистаго творчества здѣсь, какъ и въ другихъ областяхъ социальной жизни, происходитъ сравнительно рѣдко.

Однако, задача конкретизаціи дѣйствія не можетъ ограничиться только умственнымъ его проектированіемъ со всѣми подробностями и въ индивидуальныхъ чертахъ—будетъ-ли оно совершено приѣмомъ творчества, или приѣмомъ подражанія. Такъ какъ дѣйствіе, требуемое правомъ, надо еще совершить, такъ какъ оно принадлежитъ будущему, то надо его въ это будущее, такъ сказать, вставить, сдѣлавши это такъ, какъ этого желаетъ право: надо совершить это дѣйствіе въ надлежащее время, въ надлежащемъ мѣстѣ и при тѣхъ условіяхъ, при какихъ этого требуетъ право. Вопросы о томъ, *гдѣ, когда и при какихъ условіяхъ* дѣйствіе должно быть совершено, или, наоборотъ,—отъ него надо воздержаться, мы, въ нашемъ предыдущемъ изложеніи, включили въ самое понятіе о дѣйствіи (см. гл. II, § 4),—мы считали, что такіе или иные отвѣты на эти вопросы составляютъ часть характеристики самого дѣйствія. И тамъ—въ абстрактной части нашихъ разсужденій,—мы, такимъ образомъ, легко могли отдѣлаться отъ этихъ вопросовъ, но, очевидно, что здѣсь, гдѣ рѣчь идетъ объ установленіи дѣйствія *in concreto*,—ихъ надо принять во вниманіе, какъ особый предметъ разсмотрѣнія. Ясно, что для того, чтобы построить поведение въ согласіи съ пра-

вомъ, недостаточно опредѣлить до степени конкретности лишь *самый составъ* дѣйствія, надо еще *in concreto* опредѣлить, когда, гдѣ и при какихъ условіяхъ должно послѣдовать совершеніе или несовершеніе этого дѣйствія.

Право, въ своемъ содержаніи, даетъ указанія и для отвѣтовъ на эти вопросы: *гдѣ, когда и при какихъ условіяхъ* должны быть совершены дѣйствія. При этомъ главнымъ и центральнымъ изъ этихъ вопросовъ является вопросъ: *при какихъ условіяхъ* должно быть совершено дѣйствіе? Два другихъ вопроса: когда? и гдѣ? рѣдко получаютъ въ правѣ самостоятельные для себя отвѣты. Право весьма рѣдко приурочиваетъ дѣйствія, которыя оно имѣетъ въ виду, къ опредѣленнымъ моментамъ времени или къ опредѣленнымъ пунктамъ географической широты и долготы, поэтому календарь, часы и инструменты для опредѣленія географическихъ элементовъ мѣстности были-бы весьма мало способны помочь надлежащему исполненію права. Право мыслить дѣйствія не въ потокѣ времени и не на координатахъ пространства, а въ соотношеніи съ другими дѣйствіями или въ связи съ событіями, не составляющими дѣйствій. Поэтому и на вопросъ: когда? и на вопросъ: гдѣ? право отвѣчаетъ (кромѣ рѣдкихъ случаевъ) не въ терминахъ чистаго времени и пространства, а указаніемъ или ссылкой на какія-либо дѣйствія или событія. «При наступленіи *такихъ-то* дѣйствій или событій и въ *такомъ-то* соотношеніи съ ними приказывается (запрещается, дозволяется) совершить *такое-то* дѣйствіе или отъ *такого-то* дѣйствія воздержаться» — вотъ обычная формула для нормъ права, изъ которой исполнитель долженъ извлечь для себя свѣдѣнія и о томъ, когда, и о томъ, гдѣ совершить дѣйствіе. Право обыкновенно высказываетъ свои велѣнія по отношенію къ дѣйствіямъ *не безусловно*, а въ предположеніи наличности опредѣленныхъ фактическихъ условій; поэтому, указывая, какъ желательное, или, наоборотъ, нежелательное, какое-либо дѣйствіе, оно всегда связываетъ свое волеизъявленіе съ извѣстной *гипотезой*. Положенія права высказываются чаще всего, какъ извѣстно, въ *гипотетической* формѣ. «Если наступитъ *то-то* и *то-то*, то приказывается (запрещается, дозволяется) *то-то*» — вотъ самая обычная форма нормъ объективнаго права, которую можно было-бы иллюстрировать безконечнымъ числомъ примѣровъ.

Такимъ образомъ, совершеніе желаемыхъ имъ дѣйствій право ставить въ зависимость отъ наступленія опредѣленныхъ условій. А если это такъ, то для того, чтобы совершить дѣйствіе въ согласіи съ правомъ, надо сперва распознать, и притомъ распознать *in concreto*, тѣ условія, наличность которыхъ даетъ какъ-бы сигналъ къ совершенію требуемаго дѣйствія. И если самое дѣйствіе, въ моментъ его конкретизаціи, лежитъ еще въ будущемъ, то тѣ условія, въ зависимость отъ наступленія которыхъ право ставить совершеніе дѣйствія, въ моментъ ихъ *конкретнаго* распознаванія, должны быть уже *въ настоящемъ*: дѣйствіе, вѣдь, непосредственно должно быть приурочено къ той фактической гипотезѣ, которою оно обусловлено въ правѣ. Дѣло здѣсь, по существу, обстоитъ совершенно такъ-же, какъ тогда, когда, напр., условливаются сдѣлать выстрѣлъ по данному сигналу. Тотъ, кому надо сдѣлать выстрѣлъ, долженъ, конечно, съ полной ясностью представить себѣ, во 1), свое будущее дѣйствіе; но, во 2), онъ долженъ распознать *in concreto* и тотъ моментъ— въ настоящемъ— послѣ котораго какъ разъ надо будетъ сдѣлать требуемое дѣйствіе. Если условились, напр., чтобы выстрѣлъ послѣдовалъ послѣ словъ: «разъ, два, три»,—то стрѣлку, чтобы сдѣлать свой выстрѣлъ не слишкомъ рано и не слишкомъ поздно, надо будетъ распознать это событіе, въ зависимость отъ наступленія котораго поставленъ выстрѣлъ, какъ разъ тогда, когда оно произойдетъ, т. е. тогда, когда оно будетъ принадлежать именно *настоящему*, а не прошедшему и не будущему.

Изложенное приводитъ насъ къ выводу, что конкретизація *дѣйствія*, которая требуется для совершенія его въ согласіи съ правомъ, отличается весьма сложнымъ характеромъ, ибо умственный процессъ долженъ идти здѣсь въ двухъ направленіяхъ: въ направленіи къ будущему и въ направленіи къ настоящему. Желая совершить поступокъ въ согласіи съ правомъ долженъ, во-1-хъ, представить себѣ съ полной конкретностью составъ того дѣйствія, которое надо совершить, и, во-2-хъ, распознать *in concreto* ту гипотезу, которою обусловлено совершеніе дѣйствія, и притомъ распознать ее какъ разъ *въ моментъ* ея наступленія.

Обращаемся, наконецъ, къ третьему объективному элементу права, а именно къ *волеизъявленію* его по поводу дѣйствія. Отно-

сительно этого третьего элемента, который, въ моментъ конкретизаціи всего правоположенія, лежитъ всецѣло въ *прошломъ*, надо замѣтить, что для той практической цѣли, ради которой производится вся эта уметвенная работа, выполнѣ *конкретное* распознаваніе его, собственно, не требуется. Для совершенія поступка въ согласіи съ правомъ, послѣ того какъ мы уже описаннымъ выше образомъ конкретизировали *лицо* и *дѣйствіе*, требуется только установить, *приказываетъ-ли, запрещаетъ или дозволяетъ* право это дѣйствіе этому лицу. Если мы съумѣли именно *такъ* установить волеизъявленіе, то больше ничего и не требуется. А это далеко еще не *конкретное* установленіе волеизъявленія. И если мы, для установленія волеизъявленія иногда мысленно спускаемся въ прошлое, стараясь, въ болѣе или менѣе конкретныхъ чертахъ, возстановить обстановку и содержаніе этого волеизъявленія, то это бываетъ только тогда, когда выраженія права почему-либо оказываются неясными или сомнительными, да и самый этотъ экскурсъ въ конкретное прошлое, мы дѣлаемъ не ради него самого, а для того, чтобы, въ концѣ концовъ, все-таки привести познанное волеизъявленіе къ той его далеко не конкретной формѣ, которая указана выше.

Таковы внутреннія условія того распознаванія права, которое требуется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ для непосредственного совершенія поступка въ согласіи съ правомъ. Въ общемъ, это распознаваніе надо характеризовать, какъ установленіе *in concreto*, примѣнительно къ условіямъ отдѣльнаго случая, объективныхъ элементовъ содержанія права,—но, въ частности, надо помнить, что эта конкретизація объективныхъ элементовъ права ведется, во-1-хъ, въ разныхъ направленіяхъ (въ направленіи къ настоящему, прошедшему и будущему), а, во-2-хъ, и на разную глубину. Во всякомъ случаѣ, для того, чтобы былъ совершенъ поступокъ въ согласіи съ правомъ, для этого требуется: во-1-хъ, чтобы былъ найденъ *in concreto* субъектъ и констатированы *in concreto* тѣ условія, въ зависимость отъ наступленія которыхъ ставится совершеніе дѣйствія; здѣсь конкретизація относится къ настоящему и потому достигаетъ наибольшей яркости и полноты; во-2-хъ, должно быть уметвенно проектировано дѣйствіе, которое имѣется въ виду правомъ; здѣсь конкретизація относится къ будущему, поэтому она

не можетъ быть столь яркой, какъ въ предыдущемъ случаѣ, но все-же она должна быть весьма полной; наконецъ, въ-3-хъ, долженъ быть установленъ характеръ волеизъявленія права примѣнительно къ данному субъекту, данному положенію вещей и данному дѣйствію; волеизъявленіе права устанавливается, какъ фактъ прошлаго, но въ относительно абстрактной формѣ.

§ 3. Трудности конкретизаціи объективныхъ элементовъ права.

Послѣ того, какъ мы ознакомились съ внутренними условіями и съ самымъ существомъ *конкретнаго* распознаванія объективныхъ элементовъ права, для насъ весьма полезно будетъ отмѣтить теперь тѣ *трудности*, которыя представляетъ, въ разныхъ своихъ частяхъ, это распознаваніе. Трудности эти, какъ сейчасъ увидимъ, весьма значительны, и, слѣдовательно, тотъ, кто желаетъ совершить поступокъ въ согласіи съ правомъ, долженъ ихъ побѣдить. Ознакомленіе съ этими трудностями мы приурочимъ къ отдѣльнымъ объективнымъ элементамъ права, и начнемъ съ субъекта.

Во всякій данный моментъ въ обществѣ существуетъ множество лицъ, и задача конкретнаго ихъ распознаванія ради цѣлей права заключается, какъ мы видѣли въ предыдущемъ §-ѣ, въ томъ, чтобы среди этого множества лицъ найти то, которое должно выступить, въ качествѣ субъекта, въ какомъ-либо отдѣльномъ конкретномъ случаѣ. Право указываетъ лицъ не по собственнымъ именамъ (см. гл. II, § 4), а обозначеніемъ ихъ признаковъ посредствомъ нарицательныхъ названій, и, такимъ образомъ, сущность умственной работы при конкретномъ распознаваніи лица сводится къ *сличенію* признаковъ, указанныхъ въ нормахъ права, съ самыми конкретными лицами. А это работа, вообще говоря, не легкая. Чтобы нагляднѣе представить себѣ свойственныя ей трудности, мы возьмемъ нѣсколько примѣровъ не изъ юридической области.

Ту-же самую работу, какую долженъ произвести юристъ при отысканіи *in concreto* лица, подходящаго подъ какую-либо норму, производитъ и естественный испытатель, напр., при *опредѣленіи* растеній, животныхъ, минераловъ и пр. Въ случаяхъ, ему уже хорошо

знакомыхъ, онъ произвести эту работу легко, часто съ одного взгляда, но въ случаяхъ, когда съ объектомъ своего изслѣдованія ему приходится встрѣчаться впервые, онъ долженъ серьезно потрудиться, чтобы добиться желаемого результата. А бываетъ и такъ, что естественный испытатель бьется, бьется надъ опредѣленіемъ какого-либо экземпляра, да такъ и не получаетъ вполнѣ точнаго результата, будучи принужденъ довольствоваться сомнительнымъ отвѣтомъ на свой вопросъ.—Ту-же самую работу сличенія признаковъ, указанныхъ абстрактно, съ конкретными предметами производить и путешественникъ, посѣщающій какую-либо страну, послѣ того, какъ она была уже описана другими путешественниками, посѣтившими ее раньше. *Узнать* тѣ мѣста, которыя посѣщены и описаны другими, вовсе не такъ легко,—для этого требуется затратить много вниманія и совершить цѣлый рядъ умственныхъ операций, которыя убѣдили-бы въ томъ, что то, что видятъ теперь передъ собой, есть именно то, что было уже раньше передъ глазами другихъ.—Наконецъ, по существу, ту-же самую работу производить и каждый изъ насъ при, такъ называемомъ, *узнаваніи* предметовъ, съ которыми мы уже имѣли дѣло раньше и которые вновь предстаютъ предъ нами¹⁾. Соприкосновеніе съ нами вѣшнихъ предметовъ оставляетъ въ насъ извѣстный психическій слѣдъ, который мы затѣмъ сличаемъ съ послѣдующими конкретными впечатлѣніями и, путемъ этого сличенія, въ соответственныхъ случаяхъ устанавливаемъ, что передъ нами нѣчто уже раньше видѣнное, *узнаемъ* то, съ чѣмъ раньше встрѣчались. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это узнаваніе, какъ будто-бы, не стоитъ намъ рѣшительно никакого труда, но за то въ другихъ случаяхъ трудность его становится вполнѣ ощутительной, а иногда даже непобѣдимой. Какъ часто бываетъ, что мы не въ состояніи узнать знакомую намъ мѣстность или даже знакомое лицо, потому что въ нихъ измѣнилась какая-либо группа признаковъ, или даже потому, что мы увидѣли ихъ внѣ обычной обстановки, при которой мы всегда видѣли ихъ раньше.

¹⁾ Объ *узнаваніи* см. у Вундта „Очеркъ психологій“. Спб., 1897, изд. Павленкова, стр. 159—162.

Сличеніе признака, указаннаго абстрактно, съ конкретнымъ свойствомъ предмета не представляетъ затрудненій, когда признакъ простъ, рѣзокъ, опредѣлененъ; но оно становится затруднительнымъ при свойствѣ сложномъ и неопредѣленномъ. Узнать и опредѣлить *in concreto* *цвѣтъ*—легко, когда онъ рѣзко выраженъ, но весьма трудно при тонкой нюансировкѣ или переливахъ; установить признакъ, вообще, легче, если онъ выраженъ только качественно, и труднѣе, когда онъ выраженъ количественно, ибо въ послѣднемъ случаѣ непременно требуется операція измѣренія, которая, вообще говоря, принадлежитъ скорѣе къ труднымъ, чѣмъ къ легкимъ операціямъ.

Но съ тѣми-же самыми трудностями приходится считаться и юристу при установленіи *in concreto* лица, подходящаго подъ абстрактное описаніе нормы. Разница здѣсь только та—и она вовсе не къ выгодѣ юриста—, что послѣднему приходится имѣть дѣло, главнымъ образомъ, съ *соціальными*, а не съ физическими признаками лицъ. Сравнительно рѣдко, при примѣненіи права, заходить рѣчь о *ростѣ* лица или объ его *физическомъ тѣлосложненіи* (какъ это происходитъ, напр., при опредѣленіи годности лица къ военной службѣ); гораздо чаще распознаваніе *in concreto* лица для подведенія его подъ норму права должно быть совершенно по его соціальнымъ признакамъ. Семейное положеніе, имущественная состоятельность, мѣстожителство, принадлежность къ сословію или классу, государственная служба, образовательный цензъ, нравственные качества—вотъ тѣ категоріи признаковъ, съ которыми чаще всего связано конкретное распознаваніе лицъ ради цѣлей права. А всѣ эти признаки отнюдь не легко поддаются конкретному распознаванію. Не надо забывать, что въ цивилизованныхъ и хорошо организованныхъ обществахъ распознаваніе *in concreto* соціальныхъ признаковъ лицъ сильно облегчается ихъ *предварительной* регистраціей (метрическія книги, сословныя записи, имущественныя отмѣтки всякаго рода, напр., въ ипотечныхъ книгахъ и пр., и пр.). Но, вѣдь, самое существованіе и необходимость этой регистраціи лучше всего доказываютъ, что процессъ распознаванія соціальныхъ признаковъ лицъ очень труденъ, почему его и стремятся всячески облегчить, не останавливаясь при этомъ передъ огромными затратами

и весьма сложными приспособленіями. Чтобы дать читателямъ осязательно почувствовать всю трудность распознаванія *in concreto* лицъ, когда они указаны по ихъ социальнымъ признакамъ, сошлемся, напр., на подоходное обложеніе. Теоретическая конструкція его весьма проста, но практическое осуществленіе его въ высшей степени трудно, и именно въ силу того, что здѣсь чрезвычайно затруднителенъ процессъ конкретизаціи признаковъ, указанныхъ въ законѣ. Извѣстно, что подоходное обложеніе становится возможнымъ только при относительно интеллигентномъ и нравственно-развитомъ населеніи, потому что только въ томъ случаѣ, если населеніе облегчаетъ или, по крайней мѣрѣ, не слишкомъ затрудняетъ правильную конкретизацію признаковъ подоходнаго обложенія, послѣднее можетъ быть справедливо осуществлено въ дѣйствительности.

Переходимъ теперь ко второму объективному элементу права—дѣйствию. Задача установленія *in concreto* дѣйствія, которое принадлежитъ будущему и которое надо совершить въ согласіи съ правомъ, есть задача, какъ мы уже говорили въ предыдущемъ §-ѣ, по своему существу, *творческая*. И поскольку она такова, она можетъ быть связана съ величайшими трудностями, требуя для своего надлежащаго разрѣшенія и особенныхъ способностей со стороны того, кто ее выполняетъ. Дать теорію этого творчества здѣсь, также какъ и въ другихъ областяхъ жизни, гдѣ оно требуется, рѣшительно невозможно: творчество не поддается никакому человѣческому учету и является всегда, какъ свободный даръ, ничѣмъ не замѣнимый, хотя и существенно развиваемый трудомъ и успіями своего обладателя. Этотъ свободный даръ творчества и изобрѣтенія нуженъ и для осуществленія права,—больше всего для *управленія*—въ согласіи съ правомъ—различными частями человѣческаго общежитія. Что въ сферѣ администраціи требуется много творчества и что это творчество вовсе не заурядно, это, съ очевидностью, явствуетъ изъ того, какъ трудно найти хорошихъ администраторовъ, какъ въ области частной, такъ и въ области общественной жизни. Административный талантъ—это настоящая находка, административный гений—величайшая рѣдкость. Во всякомъ случаѣ, наличное число талантовъ и геніевъ этого рода меньше, чѣмъ спросъ, предъявляемый на нихъ жизнью.—Впрочемъ, указывая здѣсь на администра-

цію, какъ на такую область, гдѣ творчество, требующееся для осуществленія права, достигаетъ своихъ высшихъ степеней, мы этимъ, конечно, не хотимъ сказать, чтобы оно не требовалось, хотя-бы и въ меньшихъ размѣрахъ вездѣ, гдѣ надо построить дѣйствіе въ согласіи съ правомъ.

Степень творчества, требующагося со стороны исполнителей при установленіи *in concreto* дѣйствія, требуемаго правомъ, зависитъ отъ *двухъ* обстоятельствъ: съ одной стороны, отъ того, въ *какомъ видѣ* требуется дѣйствіе самимъ правомъ, а, съ другой стороны, отъ того, *къ какому пріему* прибѣгнетъ исполнитель при конкретизаціи дѣйствія—къ творчеству, или къ подражанію. Соотвѣтственно этому—только въ *обратномъ* отношеніи—будетъ велика или мала и примѣсь распознавательнаго процесса при разрѣшеніи этой задачи.

Если право, требуя дѣйствія, описываетъ его, какъ таковое, не оставляя, при его совершеніи, простора усмотрѣнію исполнителя, то при конструированіи такого дѣйствія *in concreto* будетъ мало мѣста творчеству; согласіе дѣйствія съ правомъ здѣсь будетъ зависеть гораздо больше отъ правильности процесса распознаванія признаковъ дѣйствія, указанныхъ въ правѣ, чѣмъ отъ совершенства и находчивости процесса творчества, требующагося въ дополненіе къ процессу распознаванія, чтобы придать дѣйствію индивидуальныя черты и конкретный видъ. Но если, наоборотъ, какъ это нерѣдко бываетъ, право, требуя дѣйствій, не описываетъ ихъ, какъ таковыя, а указываетъ только тѣ цѣли, которыя должны быть достигнуты дѣйствіями, оставляя широкій просторъ усмотрѣнію и находчивости исполнителей,—если право—въ болѣе или менѣе широкомъ объемѣ—передовѣряетъ исполнителямъ свою власть выбрать дѣйствія,—то, въ такомъ случаѣ, творчеству исполнителей данъ широкій просторъ, и задача—построить дѣйствіе въ согласіи съ правомъ—осуществляется тогда преимущественно путемъ творчества.

Итакъ, количество творчества, которое потребуется для конкретизаціи дѣйствія, зависитъ прежде всего отъ условій, такъ сказать, самаго «заданія» дѣйствія со стороны права. Но, какъ мы уже сказали выше, если даже само «заданіе» дѣйствія требуетъ творчества, то это еще вовсе не значитъ, что конкретизаціи дѣйствія будетъ

выполнена именно путем творчества: какъ для сбереженія своихъ интеллектуальныхъ силъ, такъ и вслѣдствіе отсутствія, неразвитія или косности творческихъ способностей исполнители сплошь и рядомъ замѣняютъ творчество подражаніемъ, т. е. выборомъ изъ имѣющихся подъ руками образцовъ дѣйствій — наиболѣе подходящихъ къ данному конкретному случаю. А это иными словами и значитъ, что процессъ творчества замѣняется здѣсь процессомъ распознаванія.

Такимъ образомъ, поскольку конкретизація дѣйствія совершается путемъ творчества, трудности ея могутъ быть чрезвычайно велики, но онѣ не поддаются никакой точной оцѣнкѣ; поскольку-же она совершается путемъ распознаванія, трудности ея должны быть нами здѣсь отмѣчены.

Трудности и здѣсь подобны трудностямъ при конкретномъ распознаваніи лицъ. Право и здѣсь указываетъ *признаки* дѣйствія, но въ терминахъ *нарицательныхъ*, общихъ, не указывающихъ прямо на то или другое изъ бывшихъ уже раньше дѣйствій. Такое общее, нарицательное описаніе дѣйствій даетъ, конечно, возможность подыскать въ прошломъ—своемъ или чужомъ—такія дѣйствія, которыя ему соотвѣтствуютъ и потому могутъ служить образцами для воспроизведенія ихъ въ данномъ конкретномъ случаѣ,—но все-таки не безъ труда и, во всякомъ случаѣ, путемъ нѣкотораго умышленнаго процесса, который, въ иныхъ случаяхъ, можетъ достигать значительныхъ трудностей. Въ общемъ, трудности конкретизація дѣйствія, поскольку послѣдняя совершается не путемъ творчества, а путемъ подражанія, т. е. при помощи распознавательнаго процесса,—не только не выше, но даже, вѣроятно, ниже распознаванія *in concreto* субъекта.

Однако мы уже знаемъ, что задача совершенія дѣйствія въ согласіи съ правомъ требуетъ не одного только установленія *in concreto* состава того дѣйствія, которое надо совершить,—она требуетъ еще и правильнаго распознаванія *in concreto* тѣхъ условій, при наличности которыхъ должно быть совершено дѣйствіе. Мы видѣли, что право, требуя дѣйствія, въ огромномъ большинствѣ случаевъ требуетъ его условно, *гипотетически*, а это ведетъ къ тому, что совершить дѣйствіе въ согласіи съ правомъ невозможно, не установивши предварительно той гипотезы, съ которою право связало

дѣйствія, и не распознавши ея *наступленія in concreto*. Вотъ здѣсь-то и лежатъ главные трудности распознавательнаго процесса, требующагося для согласованія поведенія гражданина съ правомъ,— здѣсь-то и требуются наибольшія интеллектуальныя усилія, чтобы сдѣлать этотъ распознавательный процессъ не только правильнымъ, но и своевременнымъ.

Распознаваніе конкретнаго наступленія гипотезы, предусмотрѣнной въ правѣ, какъ той рамки изъ событій, въ которую надо вставить требуемое правомъ дѣйствіе, похоже на распознаваніе субъекта въ томъ отношеніи, которое уже было отмѣчено выше: оба они направлены *на настоящее*. Но субъектъ въ настоящемъ—это только точка на плоскости, которой фактическая гипотеза, выставленная въ правѣ, какъ условіе для совершенія дѣйствія, можетъ быть противопоставлена, какъ цѣлая *фигура* со сложными очертаніями. И насколько легче отыскать и установить *in concreto* простую точку, чѣмъ сложную фигуру, настолько-же легче установить *in concreto* лицо, субъекта дѣйствія, чѣмъ ту фактическую гипотезу, которую право выставляетъ, какъ условіе дѣйствія! Однако и этимъ сравненіемъ далеко еще не измѣряется разница въ трудности распознаванія *in concreto* субъектовъ по сравненію съ фактическими гипотезами, предусмотрѣнными въ правѣ. Субъекта и фактическую гипотезу мы противопоставили другъ другу, какъ точку и фигуру. Но къ этому надо добавить, что признаки субъекта гораздо болѣе постоянны, чѣмъ признаки фактической гипотезы. Субъектъ — это лицо, это человѣкъ, существующій въ болѣе или менѣе неизмѣнномъ видѣ въ теченіе долгаго времени и постоянствомъ своихъ признаковъ самъ по себѣ привлекающій къ себѣ наше вниманіе, бросающійся намъ въ глаза, выдѣляющійся, какъ отдѣльное цѣлое на потокъ событій. Предусматриваемая-же правомъ фактическая гипотеза—это только временная комбинація элементовъ, преходящее сочетаніе событій,—это только фрагментъ въ потокъ событій, который самъ собою не выдѣляется, который, такъ сказать, тонетъ въ потокѣ и, чтобы быть различеннымъ, какъ нѣчто отдѣльное, требуетъ особеннаго напряженія вниманія.—Слѣдили-ли Вы когда-нибудь, читатель, за тѣмъ, какъ набѣгающія волны поднимаютъ и опускаютъ бакенъ (плывучій знакъ), поставленный для указанія

фарватера? Этотъ бакенъ—это и есть субъектъ дѣйствія въ потокѣ событій, а фактическія гипотезы, выставляемыя правомъ,—это волны этого потока, непрерывно набѣгающія и непрерывно измѣняющіяся въ своей формѣ, высотѣ, объемѣ и пр. И насколько легче для наблюдателя распознать *in concreto* такой бакенъ, чѣмъ отдѣльные волны, если-бы это для чего-либо понадобилось, настолько-же легче установить *in concreto* лицо, чѣмъ фактическія гипотезы, указанные въ правѣ.

Но и этимъ еще не исчерпаны трудности распознавательнаго процесса въ разсматриваемой теперь нами его части. Мы противопоставили фактическую гипотезу, выставленную въ правѣ, субъекту, какъ геометрическую фигуру точкѣ,—но теперь къ этому надо еще добавить, что эта фигура простирается не только въ пространствѣ, но и во времени. Фактическая гипотеза, выставляемая правомъ, какъ условіе для дѣйствія, никогда не осуществляется въ одинъ моментъ, а вмѣщается въ больший или меньшій промежутокъ и представляетъ собою, такимъ образомъ, не только конфигурацію въ пространствѣ, но и конфигурацію во времени. Длительность ея во времени можетъ быть иной разъ весьма значительна, такъ что когда она уже началась, иногда еще нельзя бываетъ предвидѣть ни ея продолженія, ни ея конца. Наоборотъ, упустивши, такъ сказать, изъ виду начало, иногда по продолженію или даже по одному концу конфигураціи трудно бываетъ признать ее именно за ту, которая выставлена въ правѣ, какъ условіе для дѣйствія. Въ силу этого свойства фактическихъ гипотезъ, выставляемыхъ въ правѣ,—что онѣ простираются во времени и потому ни въ одинъ моментъ не представляютъ въ наличности *всѣхъ* своихъ признаковъ—распознаваніе ихъ требуетъ длительного и весьма напряженного вниманія. И если-бы мы хотѣли оцѣнить степень напряженія требующагося здѣсь вниманія въ зависимости отъ того, что распознаваемый объектъ простирается во времени, то стоило-бы только вспомнить, насколько *вообще* труднѣе распознать какое-либо сочетаніе во времени по сравненію съ сочетаніями въ пространствѣ.

Изъ сказаннаго здѣсь вытекаетъ, что для исполненія права надо не только внимательно вглядываться въ его содержаніе, правильно представлять себѣ составъ желаемыхъ имъ дѣйствій, но

также зорко и непрерывно слѣдить за ходомъ дѣйствительности, чтобы своевременно констатировать совпаденіе тѣхъ гипотезъ, съ которыми право соединяетъ свои волеизъявленія по адресу различныхъ дѣйствій, съ событіями дѣйствительной жизни, когда такое совпаденіе получаетъ мѣсто. Именно здѣсь, въ этой части распознавательной работы, долженствующей предшествовать повнновенію велѣніямъ права, и лежатъ, какъ мы уже сказали выше, главные ея трудности, и здѣсь-то именно и требуется наибольшее напряженіе всѣхъ интеллектуальныхъ способностей гражданина.

Трудности распознаванія *третьяго* объективнаго элемента права—*волеизъявленія* должны быть, повидимому, признаны меньшими, чѣмъ трудности распознаванія субъекта и дѣйствія. Это, несомнѣнно, находится въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что самое распознаваніе здѣсь далеко не идетъ до полной конкретности, а остается болѣе или менѣе абстрактнымъ. Повидимому, при ясной и точной редакціи закона, эта часть распознавательной работы не должна представлять никакихъ существенныхъ затрудненій,—но, конечно, такіа затрудненія возникаютъ и могутъ стать весьма значительными въ зависимости отъ плохой редакціи закона.

§ 4. Знаетъ-ли существующая юридическая теорія процессъ конкретизаціи объективныхъ логическихъ элементовъ права?

Мы изложили, въ чемъ состоятъ сущность и въ чемъ заключаются трудности того умственного процесса, который надо совершить, чтобы отъ готовой нормы перейти къ согласному съ ней поступку. Этотъ умственный процессъ мы назвали конкретизаціей объективныхъ элементовъ права, или ихъ распознаваніемъ *in concreto* — примѣнительно къ условіямъ отдѣльныхъ опредѣленныхъ случаевъ.

Безъ этого процесса конкретизаціи логическихъ элементовъ права нельзя ни совершить поступка въ согласіи съ правомъ, ни оцѣнить согласія съ правомъ поступка, уже кѣмъ-либо совершеннаго. Этотъ процессъ конкретизаціи происходитъ постоянно и въ тысячахъ формъ во всякомъ обществѣ, гдѣ дѣйствуютъ какія-либо

нормы права. Но знаетъ и изучаетъ-ли его нынѣшняя юридическая теорія? Мнѣ кажется, что на этотъ вопросъ надо отвѣтить *отрицательно*. Самое большее, что о нынѣшней теоріи можно сказать въ этомъ отношеніи, это то, что она *чувствуетъ*, что этотъ процессъ совершается, что онъ вовсе не легко и пр., но это смутное чувство наличности какой-то реальной *величины* не заставило ее до сихъ поръ поставить себѣ сознательный вопросъ: да въ чемъ-же заключается эта величина? что она собою представляетъ?—Вспомня объ этомъ ощущеніи присутствія какого-то труднаго умственнаго процесса тогда, когда она подходитъ къ нему вплотную, юридическая теорія сейчасъ-же забываетъ о немъ, какъ только она отъ него отвернется. Психологи говорятъ объ ощущеніяхъ, которыя не переходятъ за порогъ сознанія; по поводу указаннаго отношенія нынѣшней юридической теоріи къ смутно чувствуемой ею наличности процесса конкретизаціи, можно было-бы сказать, что здѣсь ощущеніе не переходитъ за порогъ *размысленія*, что оно не будитъ мысли: мысль скользитъ черезъ это ощущеніе такъ, какъ будто-бы его совсѣмъ и не существовало.

Только-что сказанное мы имѣемъ возможность превосходно иллюстрировать указаніемъ на изложеніе соотвѣтственной части общей теоріи права у *Регельсбергера*. Этотъ авторъ предпослалъ своему курсу пандектъ ¹⁾ очеркъ общихъ ученій о правѣ. Къ своей задачѣ въ этомъ «очеркѣ» *Регельсбергеръ* отнесся съ большой заботливостью. Обладая огромной эрудиціей настоящаго нѣмецкаго ученаго, онъ ввелъ въ свой очеркъ все, что выработала здѣсь нѣмецкая наука, но ввелъ не въ видѣ груды чужихъ мнѣній, а, претворивши, такъ сказать, весь этотъ матеріалъ въ свое собственное, ясное и отчетливое, изложеніе. Поэтому, пользуясь этой частью сочиненія *Регельсбергера* ²⁾, мы можемъ быть увѣрены, что пе-

¹⁾ „Пандекты“ *Регельсбергера* входятъ въ составъ извѣстной серіи изданій, предпринятой *Карломъ Биндингомъ*, въ своей совокупности долженствующихъ составить „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft“.

²⁾ Она переведена на русскій языкъ *отдѣльно* подъ заглавіемъ „Общее ученіе о правѣ“—г. *Базановымъ* подъ редакціей проф. *Гамбарова* и составляетъ собой томикъ извѣстной московской „Библіотеки для самообразованія“.

редъ нами самое полное и самое толковое изложеніе господствующей нѣмецкой теоріи права. Посмотримъ-же, что мы найдемъ по интересующему насъ вопросу у *Регельсбергера*.

Въ «Очеркѣ» *Регельсбергера* имѣется отдѣлъ подъ заглавіемъ «Anwendung des Rechts», и этотъ отдѣлъ начинается §-омъ, озаглавленнымъ «Die Aufgabe der Rechtsanwendung» ¹⁾. Очевидно, здѣсь и должно заключаться то, что насъ интересуетъ. Что-же мы здѣсь находимъ?—Во-1-хъ, *Регельсбергеръ* почти не въ силахъ отрѣшиться въ этомъ вопросѣ отъ судебной точки зрѣнія: его интересуетъ здѣсь почти исключительно примѣненіе права судей ²⁾. Во-2-хъ, о процессѣ распознаванія права въ примѣненіи къ тѣмъ конкретнымъ случаямъ, въ которыхъ оно должно найти или нашло свое осуществленіе, т. е. объ описанномъ нами процессѣ конкретизаціи логическихъ элементовъ права *Регельсбергеръ совсѣмъ не говоритъ*, но—и это для насъ интереснѣе всего!—*онъ его чувствуетъ*. Это, съ очевидностью, явствуетъ изъ слѣдующаго.

Говоря о примѣненіи права судей къ тѣмъ отдѣльнымъ случаямъ, съ которыми ему приходится имѣть дѣло, *Регельсбергеръ* замѣчаетъ, что задача судьи бываетъ при этомъ различна, въ зависимости отъ того, нормируетъ-ли законъ подлежащій случай, такъ сказать, *до конца*, или-же предоставляетъ извѣстный просторъ усмотрѣнію самого судьи. Въ первомъ случаѣ задача судьи легче, во второмъ, конечно, труднѣе. Но какъ-бы ни былъ облегченъ судья *съ этой стороны*, т. е. со стороны закона, все-же, говоритъ *Регельсбергеръ*, его основная задача—*примѣнить* право къ отдѣльному случаю—никогда не можетъ стать совершенно легкой. «Um zu erkennen, was Rechtens ist, muss der Richter denselben mühsamen

¹⁾ Кстати, отмѣтимъ здѣсь, что, давая въ выносахъ къ каждому §-у на протяженіи всего своего изложенія богатые ссылки на обширную нѣмецкую литературу, *Регельсбергеръ здѣсь* измѣняетъ своему обычаю, не указываетъ по данной рубрикѣ никакой литературы, очевидно, потому, что *не ищетъ, на что сослаться*: вопросъ литературой почти игнорировался и монографической обработки не получилъ.

²⁾ „Wir betrachten die Anwendung des Rechts bei der Entscheidung des Rechtsstreits“—*Pandekten*, B. I, S. 132.

Weg wandeln, als wenn er erst jetzt das Lebensverhältniss nach Massgabe der Rechtsvorschriften zu gestalten hätte ¹⁾.

Такимъ образомъ, совершенно случайно—вскользь и мимоходомъ—*Регельсбергеръ* отмѣчаетъ фактъ огромной важности, а именно: что какъ-бы ни была облегчена задача того, кто долженъ примѣнить право къ отдѣльному конкретному случаю, со стороны самого закона, ему все-же остается еще пройти путь, и притомъ, по мнѣнію Регельсбергера, *трудный* путь, отъ закона—къ тому конкретному случаю, гдѣ его надо примѣнить. Что-же это за путь, и въ чемъ заключаются его трудности? Резюмирующій всю пѣменную литературу авторъ не ставитъ себѣ этого вопроса, потому что его не ставила себѣ и пѣмецкая литература. А между тѣмъ, если-бы его себѣ поставили и захотѣли на него отвѣтить, то, очевидно, и раскрыли-бы тотъ процессъ конкретизаціи элементовъ права, который былъ нами описанъ выше.

Итакъ, развѣ мы не были правы, утверждая, что нынѣшняя юридическая доктрина *чувствуетъ*, что процессъ распознаванія права *in concreto* долженъ происходить и происходитъ, но что это чувство такъ и остается у нея за порогомъ размышленія? Что это именно такъ,—что, начиная теоретизировать, нынѣшняя доктрина просто оставляетъ въ сторонѣ свое смутное ощущеніе наличности какого-то неизвѣстнаго ей процесса,—это можетъ быть подтверждено еще другимъ способомъ.

Извѣстно, что сущность того, что дѣлаетъ судья, постановляя рѣшеніе по частному дѣлу, нерѣдко приравниваютъ *силлогизму*. Законъ, по этому воззрѣнію, даетъ *большую* посылку для силлогизма, частный случай—*меньшую*, а судья, изъ этихъ посылокъ, выводитъ заключеніе. «Примѣненіе закона содержитъ въ себѣ два главные шага. Судъ долженъ отыскать законъ, подходящий къ данному случаю; онъ долженъ потомъ приложить его къ данному случаю, т. е. разрѣшить случай по закону..... Это приложеніе есть *строгий силлогизмъ*. Большая посылка силлогизма образуется нормою закона: «при такихъ-то фактахъ должны наступить такіа-то юридическія послѣдствія». Меньшая посылка гласитъ: «въ данномъ

¹⁾ Ibid, S. 132.

случай открыты такіе-то факты». Заключение слѣдуетъ: «стало быть къ данному случаю прилагаются такія-то послѣдствія» ¹⁾).

Здѣсь предъ нами уже не простое описаніе того, какъ законъ прилагается къ частному случаю, а *теоретизированіе* этого процесса. И что-же мы видимъ? Въ это теоретическое представленіе о предметѣ тотъ «трудный путь», который, согласно *Регельсбергеру*, долженъ совершить судья при примѣненіи права, просто не вошелъ, — въ этомъ теоретическомъ представленіи о примѣненіи закона къ отдѣльнымъ случаямъ факту указаннаго труднаго пути не отведено никакого мѣста. А между тѣмъ онъ долженъ былъ-бы и здѣсь получить свое мѣсто, потому что безъ этого самое теоретизированіе надо признать недостаточнымъ. Гдѣ-же мѣсто указанному *Регельсбергеромъ* факту «труднаго пути» въ этомъ теоретическомъ представленіи? Не трудно его указать. Этотъ трудный путь есть путь *установленія малой посылки*, какъ таковой. По приведенному выше описанію силлогизма, совершаемаго судьей, малая посылка, будто-бы, дана, и судья остается только вывести заключеніе. Но въ томъ-то и дѣло, что, въ дѣйствительности, она вовсе не дается готовой, а *должна быть установлена* судьей. Установить-же малую посылку силлогизма, т. е. установить, что въ томъ частномъ фактѣ, который фигурируетъ передъ судьей, осуществлены in concreto признаки, указанные въ большей посылкѣ in abstracto, — это требуетъ не малаго труда, и этотъ трудъ именно и затрачивается на сопоставленіе абстрактнаго съ конкретнымъ, чтобы получить убѣжденіе, что данное конкретное осуществляетъ собою абстрактное. Когда это убѣжденіе составлено, когда увѣренность въ этомъ добыта, тогда выводъ заключенія изъ силлогизма уже не требуетъ большихъ усилій, потому что онъ самъ собою очевиденъ.

Такимъ образомъ, смутно чувствуя фактъ и даже важность этого факта, юридическая доктрина до сихъ поръ не перевела этого факта въ область своего размышленія, игнорировала его или забывала о немъ при построеніи теоріи. Чѣмъ-же это объяснить?

¹⁾ Такъ описываетъ сущность судейской дѣятельности *С. А. Муромцевъ* въ своей извѣстной статьѣ „Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ“ („Юридическій Вѣстн.“, 1880 г., Ноябрь), — статьѣ, которая, впрочемъ, въ своемъ конечномъ выводѣ, проводитъ отнюдь не общепринятые взгляды.

Это объясняется тѣмъ, что нынѣшняя юридическая теорія вообще мало чутка къ фактическому и реальному. Она вся насквозь проникнута идеализмомъ, — но не тѣмъ идеализмомъ, который имѣть всѣ права на существованіе — не идеализмомъ *стремленій*, а идеализмомъ совершенно иного свойства, весьма близкимъ къ простой схоластикѣ. Идеализмъ нынѣшней юриспруденціи есть тотъ идеализмъ, который, составивши себѣ *понятія*, не считаетъ нужнымъ обращать вниманіе на факты, или даже думаетъ, что понятія могутъ быть отрѣшены отъ всякой связи съ фактами. Это — идеализмъ, который потерялъ чувство дѣйствительности и эту атрофію возводитъ въ свою добродѣтель. Это — тотъ идеализмъ, который думаетъ, что въ юриспруденціи надо только «считать понятія», не считаясь съ фактами. Это — тотъ идеализмъ, который нашелъ себѣ выраженіе въ той цитатѣ изъ *Регельсбергера*, которой мы уже однажды пользовались; повторимъ ее еще здѣсь: «Nach einer *idealen* Anschauung erhalten alle Lebensverhältnisse, welche überhaupt der Herrschaft des Rechts unterliegen, ihre rechtliche Gestalt sofort bei der Entstehung. Sofort werden sie von den zu dieser Zeit und an diesem Ort geltenden Rechtsvorschriften ergriffen und rechtlich geordnet» ¹⁾.

Развѣ не ясно, что это «идеальное» воззрѣніе на право насквозь проникнуто именно тѣмъ незаконнымъ идеализмомъ, о которомъ мы говорили выше? Развѣ не ясно, что «охватить» собою жизненные отношенія и «устроить» ихъ согласно своему содержанию, — это составляетъ трудную задачу для права и для тѣхъ, кто заботится объ его осуществленіи, а вовсе не есть фактъ, наступающій самъ собою, какъ только провозглашено дѣйствующимъ право и какъ только народилось долженствующее ему соответствовать жизненное отношеніе..... Формулировать такіе «идеальные» тезисы можно только при полномъ игнорированіи дѣйствительности, кото-

¹⁾ Мы уже замѣтили выше (на стр. 39), что *Регельсбергеръ*, въ сущности, принимаетъ это идеальное воззрѣніе на право. Правда, онъ дѣлаетъ по этому поводу оговорку: „Diese Betrachtung, говоритъ онъ, enthält eine Wahrheit, nur nicht die ganze Wahrheit“, — но эта оговорка, и по самому своему существу, и по связи съ тѣмъ, ради чего она сдѣлана, едва-ли можетъ устранить выводъ, что *Регельсбергеръ* считаетъ правильнымъ такое воззрѣніе на право.

рая, вѣдь, именно и подлежитъ нашему объясненію. Такія «идеальныя» построенія не объясняютъ дѣйствительности, но скорѣе закрываютъ собою и самый путь къ правильнымъ объясненіямъ послѣдней.

Считаемъ умѣстнымъ этому «идеальному» воззрѣнію на право принятому новѣйшимъ нѣмецкимъ пандектистомъ, противопоставить старый авторитетъ *Савиньи*. Впрочемъ, на первый взглядъ, эта ссылка на *Савиньи* можетъ показаться довольно рискованной. Вѣдь, это никто другой, какъ именно *Савиньи* провозгласилъ въ юриспруденціи знаменитый тезисъ о «счетѣ понятій» — «mit den Begriffen rechnen». Какимъ-же образомъ мы хотимъ выдвинуть авторитетъ творца этого тезиса противъ описаннаго выше идеализма?

Дѣло въ томъ, что самъ по себѣ этотъ тезисъ не представляетъ еще ничего дурнаго. Разъ составивши «понятія», надо, конечно, вести имъ счетъ, и это внозитъ законный и плодотворный пріемъ научнаго изслѣдованія во всѣхъ областяхъ знанія. Но не надо забывать того, что самому составленію понятій долженъ предшествовать «счетъ» фактовъ; что понятія должны выражать собою не что иное, какъ результатъ этого счета; наконецъ, что они всегда должны быть готовы къ повѣркѣ этимъ «счетомъ». Словомъ, не надо забывать о связи понятій съ фактами, не надо ихъ отрѣшати отъ этой связи и «считать» ихъ такъ, какъ будто-бы они представляли собою самостоятельный источникъ истины. Не надо совершенно замыкаться въ одномъ только счетѣ понятій. — Мы не беремся судить здѣсь о томъ, насколько выдвинутая *Савиньи* теорія «счета понятій» страдала всѣми этими недостатками, но несомнѣнно то, что, по всему своему складу, умъ этого гениальнаго ученаго былъ чисто реалистическаго пошиба, — трезвый и ясный, чуткій къ истинѣ и вовсе не склонный къ увлеченію туманнымъ идеализмомъ. Этотъ умъ врѣзывался, такъ сказать, въ самое тѣло фактовъ, вскрывалъ ихъ и оперировалъ надъ ними, разоблачая предъ нами внутреннее строеніе и внутреннюю жизнь этихъ фактовъ. Главная заслуга *Савиньи* — историческая теорія происхожденія права — есть дѣло трезво-реалистическаго, а не туманно-идеалистическаго ума. Въ этомъ отношеніи, умъ *Савиньи* прямо противоположенъ уму его ближайшаго послѣдователя *Пухты* (который, несомнѣнно, тянулъ

историческую теорію права уже въ сторону отъ фактовъ) и вполне подобенъ уму его позднѣйшаго антагониста—*Рудольфа Іеринга*.....

Но не будемъ вдаваться въ общія характеристики и перейдемъ къ тому частному случаю, который мы имѣли въ виду. Этотъ частный случай покажетъ намъ, какъ далека была *Савиньи* отъ того «идеальнаго» воззрѣнія на право, которое сформулировано *Регельсбергеромъ*.

Въ своей «Системѣ» *Савиньи* говоритъ: «Bis hierher wurde der Inhalt der Rechtsquellen als die selbstständige Regel des Rechts, mithin als ein Gegebenes, betrachtet. Soll diese Regel *in das Leben übergehen*, so ist es nöthig, dass wir von unsrer Seite *Etwas dazu thun*, dass wir *sie* auf bestimmte Weise *in uns aufnehmen*» ¹⁾—чтобы законъ перешелъ въ жизнь, т. е. чтобы наступило его примѣненіе въ отдѣльных конкретных случаяхъ, требуется, чтобы мы, говорить *Савиньи*, съ нашей стороны, *нѣчто* для того сдѣлали, а именно, чтобы мы *этотъ законъ* извѣстнымъ образомъ *въ себя восприняли*. Уже этими словами *Савиньи* достаточно намѣчаетъ, что отъ насъ требуется для примѣненія закона,—требуется, чтобы мы перевели законъ внутрь нашего интеллекта («in uns aufnehmen»): значить, то, что мы, съ нашей стороны, должны для этого сдѣлать—это предпринять извѣстную *умственную дѣятельность*, направленную на соотвѣтственное усвоеніе права нашимъ интеллектомъ. Но нѣсколькими строками ниже приведенныхъ уже словъ, *Савиньи* высказываетъ и прямо этотъ выводъ: «das, was von unsrer Seite gefordert wird, ist *eine geistige Thätigkeit*».....

По сравненію съ этимъ мѣткимъ, чисто реалистическимъ описаніемъ того, *какъ* и *при посредствѣ чего* законъ можетъ перейти въ жизнь,—описаніемъ, исходящимъ отъ прозорливаго и яснаго ума,—«идеальное» воззрѣніе на право является несомнѣннымъ шагомъ назадъ,—въ сторону юридической схоластики. Если-бы это «идеальное» воззрѣніе на право было справедливымъ, то, конечно слова *Савиньи*, что для того, *чтобы право перешло въ жизнь*, ist es nöthig, dass wir von unsrer Seite Etwas dazu thun, надо было-бы признать совершенно невѣрными. Если «жизненные отношенія» уже

¹⁾ *Savigny, System*, B. I, S. 206.

при самомъ своемъ возникновеніи тотчасъ оказываются «охваченными» правомъ и имъ «упорядоченными» (*rechtlich geordnet*), то что-же еще требуется для ихъ подчиненія праву? Единственный логическій выводъ—*ничего*.

Итакъ, *Савиньи* правильно и прозорливо усматриваетъ, что на пути закона изъ кодекса въ жизнь должна стоять наша *духовная дѣятельность*. На что-же она направлена, по мнѣнію *Савиньи*?

«Die hierin enthaltene freie Geistesthätigkeit, говоритъ онъ, lässt sich dahin bestimmen, dass wir das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen ¹⁾—эта *духовная дѣятельность* имѣетъ цѣлью познать законъ въ его истинности! Ничего нельзя возразить противъ правильности этого утвержденія, но очень много можно и надо сказать противъ его безсодержательности. Конечно, познаніе закона, составляющее собою ту духовную дѣятельность, о которой здѣсь идетъ рѣчь, должно имѣть своей цѣлью раскрытіе закона «in seiner Wahrheit», но какое-же познаніе не ставитъ себѣ цѣлью раскрытіе «истины»? Сказать, что какое-либо познаніе стремится къ *истинѣ*—это значить не сказать ничего. Чтобы характеризовать какое-либо познаніе, надо указать не эту общую цѣль *всякаго* познанія, а ближайшую цѣль и задачу именно *даннаго* познанія.—Такимъ образомъ, мы дѣлаемъ здѣсь *Савиньи* упрекъ въ томъ, что онъ, бросивши геніальный взглядъ въ эту сторону жизни права, указавши съ великой прозорливостью, что переходъ права изъ кодекса въ жизнь требуетъ непременно духовной дѣятельности съ нашей стороны—выводъ, потому затерянный и не разработанный юриспруденціей—не остановился съ надлежащей пытливостью на опредѣленіи характера этой духовной дѣятельности,—не опредѣлилъ ея особенныхъ ближайшихъ цѣлей, не указалъ ея составныхъ частей, а удовольствовался столь шаблонной ея характеристикой, что она не можетъ имѣть никакой цѣны. Но—увы!—и эта шаблонная характеристика служить для *Савиньи* только переходной фразой къ тому, чтобы приступить къ изложенію ученія «о толкованіи законовъ». Поставивши такъ широко свою мысль, указавши цѣлый непочатый юриспруденціей уголъ, который требуетъ тщательной разработки, — выплывши, такъ сказать, на широкое

¹⁾ *Savigny, System, B. I, S. 207.*

море, онъ снова возвращается въ узкій заливъ и даже не видитъ разницы между этимъ заливомъ и цѣлымъ моремъ. Духовную дѣятельность, требующуюся раньше примѣненія права для того, чтобы послѣднее стало возможнымъ, онъ представляетъ себѣ только какъ толкованіе, и ученіе о толкованіи замѣняетъ для него всю теорію этой духовной дѣятельности.

Впрочемъ, сдѣланный нами выше упрекъ *Савиньи* — только относительный: это не столько упрекъ гениальному уму, сколько возгласъ сожалѣнія, что этотъ гениальный умъ не остановилъ своего вниманія на предметѣ, который того требовалъ и былъ того достоинъ. Вѣдь, *Савиньи* не занимался специально этимъ вопросомъ, онъ только излагалъ «систему», и въ этой системѣ надо было отвести мѣсто ученію о толкованіи. Гениальность *Савиньи* сказалась именно въ томъ, что онъ въ нѣсколькихъ вступительныхъ фразахъ къ этому сравнительно узкому ученію, мимоходомъ счумѣлъ указать цѣлую широкую перспективу, и если онъ не разработалъ этой перспективы, то, конечно, упрекъ ему за это можетъ быть только относительный. Скорѣе надо быть благодарнымъ великому уму за то, что онъ такъ давно указалъ эту перспективу, чѣмъ воистину упрекать его за то, что онъ не обратилъ на нее достаточнаго вниманія. Вѣдь, и вся послѣдующая юриспруденція повинна въ томъ-же, хотя для нея уже гораздо менѣе прощительно, что она не воспользовалась самымъ указаніемъ, даннымъ въ этомъ отношеніи главой исторической школы.

§ 5. Установленіе правоположенія передъ его конкретизаціей.

Выше мы сказали (см. § 1 настоящей главы), что вся та духовная дѣятельность, которая требуется для примѣненія закона къ дѣйствительности, распадается на *два* главныхъ части: 1) отысканіе или установленіе правоположенія, относящагося къ тому отдѣльному случаю жизни, въ которомъ требуется осуществить право; 2) конкретизацію этого правоположенія. Вторую часть этой работы, къ изслѣдованію которой мы рѣшили приступить раньше, мы уже разсмотрѣли и изслѣдовали. Значитъ, теперь надо приступить къ изученію первой. Какъ *отыскать* и *установить* правоположеніе,

относящиеся къ отдѣльному конкретному случаю въ жизни? Существо и трудности этой задачи всецѣло вытекаютъ и находятся въ связи съ тѣмъ фактомъ, что *источникомъ* и *основаніемъ* для ея разрѣшенія служить то, что сказалъ законодатель, т. е. то, что обыкновенно именуется объективнымъ или положительнымъ правомъ, и что еще проще можно назвать *текстомъ* закона. Въ томъ, что сказалъ законодатель, и на основаніи того, что онъ сказалъ, надо отыскать и установить правоположеніе—вотъ существо этой задачи; ея трудности вытекаютъ изъ того, что то, что сказалъ законодатель, можетъ быть весьма различнаго качества съ точки зрѣнія разрѣшенія этой задачи. Текстъ закона, т. е. *абстрактное указаніе* на то, что должно быть, можетъ быть, такъ сказать, различнаго достоинства, какъ пособіе для перехода отъ него къ конкретному—отъ этого и зависитъ самая трудность отысканія или установленія того правоположенія, которое надо примѣнить въ какомъ-либо отдѣльномъ конкретномъ случаѣ жизни. Пояснимъ это примѣрами.

Выше (см. § 3 настоящей главы) мы сравнивали работу конкретизаціи правоположенія съ работой естественнаго испытателя, который производитъ *опредѣленіе* растенія или животнаго, съ работой путешественника, который *сличаетъ* проходимую имъ мѣстность съ ея описаніемъ, даннымъ какимъ-либо другимъ путешественникомъ; наконецъ, съ работою того, кто просто *узнаетъ* видѣнный имъ раньше предметъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ совершается переходъ отъ абстрактнаго къ конкретному, но отысканіе того абстрактнаго, которому соответствуетъ конкретное, бываетъ легче или труднѣе въ зависимости отъ того, въ какомъ видѣ дано абстрактное и каково его соотношеніе съ тѣмъ конкретнымъ, которому оно должно соотвѣтствовать, какъ абстрактное. Возьмемъ простѣйшій изъ этихъ случаевъ—узнаваніе знакомаго предмета. Легкость или трудность *узнаванія* зависитъ, во-1-хъ, отъ *ясности* и *отчетливости* того психическаго образа, который у насъ остался отъ прежняго знакомства съ даннымъ предметомъ, а, во-2-хъ, и отъ того, насколько *измѣнился* и самый предметъ по сравненію съ его прежнимъ состояніемъ. Какъ пособіе для узнаванія знакомыхъ предметовъ, намъ служатъ составленные уже нами психическіе образы ихъ, но рѣ-

шить, какой изъ этихъ образовъ соотвѣтствуетъ какому предмету— это бываетъ легче или труднѣе, въ зависимости отъ того, *какъ* былъ составленъ нами въ свое время образъ, т. е. заботливо и внимательно, или нѣтъ, а также въ зависимости отъ того, въ какомъ отношеніи уже такъ или иначе составленный образъ находится къ нынѣшнему конкретному состоянію предметовъ. Если образъ былъ составленъ ясно и отчетливо и если предметъ, ему соотвѣтствующій, не измѣнился, то рѣшеніе того, что *этотъ* образъ соотвѣтствуетъ именно *этому* предмету, легко,—въ случаяхъ противоположныхъ—трудно.—Но то-же самое надо сказать и о случаяхъ узнаванія предметовъ по ихъ описанію, составленному другими. И здѣсь это узнаваніе совершается легко, если описаніе точно и ясно и если описанные предметы мало измѣнились. Новую и притомъ самостоятельную трудность въ этомъ случаѣ, по сравненію съ предыдущимъ, представляетъ только усвоеніе чужаго описанія, т. е. переводъ его въ нашу собственную психику, ибо сличать *чужое* описаніе съ видимыми нами предметами мы можемъ, только сдѣлавши это описаніе *своимъ*, духовно его усвоивши.—Наконецъ, и опредѣленіе какого-либо растенія или животнаго естествоиспытателемъ, т. е. подведеніе даннаго конкретного экземпляра подъ общее описаніе рода или вида, представляетъ собою подобную-же задачу, трудность или легкость которой зависитъ, во-1-хъ, отъ того, насколько удачно было составлено описаніе рода или вида на основаніи тѣхъ экземпляровъ, которые послужили матеріаломъ для этого описанія, а, во-2-хъ, отъ того, насколько опредѣляемый конкретный экземпляръ отступаетъ въ своихъ признакахъ отъ тѣхъ, которые наблюдались прежде. Кромѣ того, и здѣсь тотъ, кто опредѣляетъ, долженъ уметь сдѣлать *своимъ* техническое научное описаніе вида или рода, т. е. уметь, на основаніи этого описанія, составить свой собственный и притомъ правильный образъ.

Резюмируя то, чему учать насъ эти примѣры по вопросу о томъ, какъ отыскивается и устанавливается *абстрактное*, соотвѣтствующее какому-либо конкретному, мы должны сказать, что окончательную увѣренность въ такомъ соотвѣтствіи мы можемъ получить, только произведши самую операцію сличенія конкретного съ абстрактнымъ, но что самое абстрактное можетъ быть въ различной степеніи *пригодно* или *подготовлено* для такой операціи. Эта при-

годность абстрактнаго къ конкретизаціи зависить: во-1-хъ, отъ ясности и точности самаго абстрактнаго; во-2-хъ, отъ его понятности или удобоусвояемости для того, кто долженъ совершить процессъ конкретизаціи; наконецъ, въ-3-хъ, отъ близости того конкретнаго, которое послужило матеріаломъ для абстракціи, къ тому конкретному, которое теперь надо подвести подъ абстрактное. Если всѣ эти условія благоприятны, то приступить къ конкретизаціи (которая, какъ особый умственный процессъ, сама представляетъ извѣстныя трудности, описанныя нами выше) можно безъ труда, если-же они неблагоприятны, то прежде чѣмъ приступить къ конкретизаціи, надо поработать извѣстнымъ образомъ надъ самымъ абстрактнымъ, чтобы придать ему ясность, удобоусвояемость и близость къ конкретному.

Всѣ эти выводы всецѣло приложимы и къ области права, т. е. къ отысканію для отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ соответствующихъ имъ абстрактныхъ правоположеній. Также и здѣсь получить полную увѣренность въ томъ, что какое-либо правоположеніе, какъ разъ, и подходитъ къ какому-либо конкретному случаю въ жизни, можно лишь произведши пробную конкретизацію, т. е. рискуя при этомъ не сразу попасть на надлежащее правоположеніе ¹⁾. Но прежде чѣмъ станетъ возможнымъ приступить къ самой конкретизаціи, необходимо бываетъ привести правоположеніе въ достаточную *ясность*, если оно было составлено недостаточно ясно; *сдѣлать его вполне понятнымъ* для того, кто будетъ производить самую конкретизацію, наконецъ, достаточно *приблизить* его къ тому конкретному случаю, къ которому мы хотимъ его примѣнить. И только предпринявши и выполнивши всѣ эти работы надъ правоположеніемъ, можно будетъ съ успѣхомъ приступить къ самой его конкретизаціи.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что для того, чтобы приступить къ конкретизаціи правоположенія, недостаточно его только *отыскать* среди всей массы правоположеній. Если-бы мы это сдумѣли сдѣлать

¹⁾ Въ этомъ смыслѣ мы и говорили выше (см. § 1 настоящей главы), что операція конкретизаціи правоположеній является *основной* для всего изучаемаго здѣсь умственного процесса примѣненія права къ дѣйствительной жизни: теперь мы видимъ, что она требуется и для второй части этой работы, т. е. для отысканія или установленія правоположенія, которое должно пайти себѣ примѣненіе въ какомъ-либо частномъ случаѣ.

выполнѣ удачно, или если-бы кто-либо другой подыскалъ для насъ требующееся намъ правоположеніе, то все-же, прежде чѣмъ приступить къ самой конкретизаціи, надо было-бы еще *подготовить* его къ этому процессу надлежащими умственными усилями, направленными, согласно вышесказанному, во-1-хъ, на *духовное усвоеніе* его тѣмъ, кто будетъ производить затѣмъ его конкретизацію; во-2-хъ, на приведеніе его въ надлежащую *ясность*; наконецъ, въ-3-хъ, на достаточное *приближеніе* его къ данному конкретному случаю. Намъ надо, значитъ, теперь, отложивши пока въ сторону вопросъ о томъ, какъ отыскивается въ массѣ права подходящее къ какому-либо частному случаю правоположеніе, заняться предварительно изученіемъ той умственной работы, которая производится надъ нормой, подходящей къ данному случаю, чтобы приготовить ее къ конкретизаціи.—Но прежде чѣмъ мы приступимъ къ изученію тѣхъ умственныхъ усилій или тѣхъ умственныхъ приѣмовъ, которыми совершается намѣченная только что подготовительная къ конкретизаціи обработка нормы, намъ полезно будетъ установить нѣсколько общихъ положеній касательно этой части работы.

Это—работа *промежуточная*—между отысканіемъ нормы и ея конкретизаціей; логически она *не представляется безусловно необходимой*, какъ тѣ два звена, между которыми она вставлена. Для того, чтобы примѣнить норму къ дѣйствительности, неизбежно и необходимо, во-1-хъ, ее отыскать среди массы другихъ нормъ, а, во-2-хъ, ее конкретизировать. Но что касается промежуточной работы надъ найденной и подлежащей конкретизаціи нормой, то она можетъ и отсутствовать, или, по крайней мѣрѣ, практически почти сводиться къ нулю. Не трудно, вѣдь, представить себѣ случай, когда найденная норма оказалась-бы выполнѣ ясной и отчетливой; достаточно близкой къ тому конкретному случаю, въ которомъ ее надо примѣнить; наконецъ, не требующей никакихъ, или, по крайней мѣрѣ, никакихъ *замѣтныхъ* усилій для ея духовнаго усвоенія тѣмъ, кто ее затѣмъ долженъ примѣнить.—Впрочемъ сказать, что эта работа *можетъ* совсѣмъ отсутствовать—это не значитъ указать ея самую важную для насъ сторону. Дѣйствительно, возможно и это (ниже мы покажемъ это фактически), но все-же гораздо чаще, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, эта предварительная работа надъ

нормой *требуется*, но дѣло въ томъ, что она требуется въ различныхъ случаяхъ въ весьма различныхъ размѣрахъ и—что для насъ особенно важно—это зависитъ отъ нѣкоторыхъ *измѣняющихся* условій или обстоятельствъ. Это придастъ и самой этой работѣ весьма измѣчивый, непостоянный характеръ: въ одномъ случаѣ подготовленіе нормы къ конкретизаціи можетъ быть достигнуто какой-либо одной и, сравнительно, нетрудной умственной операціей, въ другихъ случаяхъ, наоборотъ, можетъ потребоваться для этого цѣлая цѣпь сложныхъ и трудныхъ операцій. Словомъ, какъ необходимость этой умственной работы, такъ и ея количество, опредѣляются не своими собственными внутренними условіями, а нѣкоторыми внѣшними обстоятельствами, измѣняющимися отъ случая къ случаю.

Итакъ, это—работа промежуточная и логически не необходимая; но о ней надо сказать еще больше того: это—работа *ненужная* или *бесполезная* для того результата, котораго мы добиваемся, т. е. для примѣненія нормы къ отдѣльному случаю; она собою только *затрудняетъ* намъ путь къ достиженію этого результата, и чѣмъ ея меньше, тѣмъ лучше. Эту работу можно сравнить съ внутреннимъ *треніемъ* частей машины, которое также затрудняетъ работу послѣдней и является вреднымъ для ея производительности. Трение въ машинѣ стремятся поэтому всѣми средствами уменьшить, и чѣмъ въ большей степени этого удастся достигнуть, тѣмъ это лучше для полезнаго дѣйствія машины. Подобно тренію, желательно также и уменьшеніе той работы, какую приходится производить надъ готовой уже нормой, прежде чѣмъ станетъ возможнымъ приступить къ ея конкретизаціи. Желательно, чтобы разъ найденная норма *безъ большихъ усилій* получала надлежащую готовность къ конкретизаціи. А разъ это такъ, то надо объ этомъ, если это возможно, *заранѣе* позаботиться. Норма исходитъ отъ законодателя,—значить, законодатель и долженъ взять на себя эту заботу. Дѣйствительно, для всякаго законодателя это—одна изъ важнѣйшихъ заботъ, и надлежащими усиліями съ своей стороны онъ можетъ достигнуть въ этомъ отношеніи очень многого, сильно облегчивши гражданъ въ примѣненіи права къ жизни. ¹⁾—Однако, изученіе тѣхъ

¹⁾ Любопытно будетъ здѣсь отмѣтить, что находятся ученые, которые готовы сожалѣть о томъ, что усиліями законодателя та работа надъ нормой,

усилій, какими законодатель можетъ *облегчить* умственную работу, требующуюся отъ гражданъ для подготовки нормы къ конкретизаціи, не входитъ въ нашу задачу, — наоборотъ, намъ требуется изучить эту работу, поскольку ея необходимость не устранена усилиями законодателя. Поэтому для насъ гораздо интереснѣе поставить себѣ вопросъ: нѣтъ-ли въ этомъ дѣлѣ такихъ препятствій, которыя *не поддаются* усиліямъ законодателя, или такихъ обстоятельствъ, которыя всегда *противодѣйствуютъ* этимъ усиліямъ? Словомъ, для насъ интересно дать себѣ отчетъ скорѣе въ *трудностяхъ*, съ которыми приходится здѣсь бороться законодателю, чѣмъ въ тѣхъ средствахъ, какими онъ эти трудности побѣждаетъ. Попробуемъ-же отмѣтить себѣ нѣкоторые изъ этихъ трудностей.

Законодатель долженъ формулировать норму, пользуясь опытомъ прошлаго и имѣя передъ глазами настоящее. Между тѣмъ норма, по самой необходимости, всегда предназначена для *будущаго*. Ея дѣйствіе начнется лишь послѣ ея изданія и, слѣд., между этимъ изданіемъ и ея практическимъ примѣненіемъ въ какомъ-либо от-

которую мы назвали въ текстѣ *ненужной*, по временамъ значительно сокращается, какъ это всегда бываетъ при замѣнѣ слишкомъ устарѣвшихъ законовъ новыми. Я разумѣю здѣсь *Цитильмана*, который въ 1896 году, въ Боннѣ, произнесъ „im Namen der Universität“ торжественную рѣчь на удивительную тему „Объ опасностяхъ гражданского уложенія для науки права“. „In erster Linie“ онъ усматриваетъ такую опасность для юриспруденціи *практической*, т. е. для той, которая должна „das unmittelbar geltende anwendbare Recht seinem vollen Inhalt nach aus dem Gesetzbuch herauszuarbeiten, seine Lücken zu ergänzen und es in systematischer Ordnung darzustellen“. — „Если я сравню, говоритъ *Цитильманъ*, ту работу, которую мы, въ этомъ отношеніи, должны будемъ выполнить надъ гражданскимъ уложеніемъ, съ той работой, которую мы до сихъ поръ выполняли надъ нынѣшнимъ общимъ правомъ (gemeine Recht), то для меня одно представляется совершенно несомнѣннымъ, — а именно то, что эта научная работа весьма много потеряетъ тогда въ своей *привлекательности*“. — Предоставимъ однако краснорѣчивому романисту говорить его собственными словами:

„Die Eigenart der Quellen, auf denen das gemeine deutsche Recht beruht, bringt es mit sich, das schon die Feststellung des Inhalts der einzelnen Rechtssätze nur durch verwickelte wissenschaftliche Untersuchungen möglich ist. Um bloss von meinem engeren Fach zu reden: unzweifelhaft hat die Unvollkommenheit des Corpus Juris, wenn man es als ein Gesetzbuch betrachtet, seinem

дѣльномъ случаѣ всегда ляжетъ извѣстный—большій или меньшій—промежутокъ времени. Кромѣ того, орудіемъ для формулированія нормы служить законодатель *языкъ*, который также всецѣло опирается на *прошлое*. Благодаря этимъ двумъ обстоятельствамъ, трудности примѣненія когда-либо издаваемой нормы къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ постоянно возрастаютъ въ силу самаго теченія времени. Жизнь, вѣдь, не остается на мѣстѣ, она—въ однихъ областяхъ медленнѣе, въ другихъ быстрѣе—но всегда и непрерывно мѣняетъ свои формы, вѣчно обновляется, а вмѣстѣ съ этимъ измѣненіемъ жизни медленно подтачивается и традиціонное значеніе словъ, умственныхъ понятій, категорій и т. п. Языкъ также не представляетъ собою чего-либо неподвижнаго,—онъ живетъ и измѣняется параллельно измѣненію самой жизни, представляя собою не болѣе, какъ отраженіе этой жизни въ нашемъ мышленіи. Такимъ образомъ, законодатель, благодаря тому, что его велѣнія относятся къ будущему, испытываетъ двоякую трудность: во-1-хъ, онъ долженъ умственно схватить самыя будущія явленія (что уже и само

Studium einen Reiz verliehen, den das Studium einer modernen Kodifikation niemals haben kann. Besteht dieses Werk doch in seiner weitaus grössten und besonders durchgearbeiteten Masse nicht in abstrakten Sätzen, es ist ja überhaupt ursprünglich seinen Hauptbestandtheilen nach nie als Gesetzbuch gedacht gewesen. Vielmehr ist es eine Sammlung von Entscheidungen von Rechtsfällen, von tausenden und aber tausenden. Aus dieser Masse mussten die abstrakten Rechtssätze erst herausgeschält werden. Der einzelne Fall, wie er in den römischen Rechtsbüchern mitgeteilt wird, ist oft genug bereits für sich ein Problem“

„Sodann aber waren die Stellen der römischen Rechtsbücher bei der Verschiedenheit der Verfasser und der Jahrhunderte, von denen sie stammten, nicht immer miteinander übereinstimmend: so sehr bei der Zusammenfügung aller dieser Stellen zu einem einheitlichen Gesetzbuch versucht worden ist, die Widersprüche auszugleichen, so viele sind thatsächlich doch vorhanden. Neben dem Reiz der erst in unserm Jahrhundert voll gewürdigten und erheblich weitergeführten Aufgabe, die einzelnen Stellen für sich historisch zu erklären, ergab sich eine andere Aufgabe: man musste ein unmittelbar anwendbares Recht herstellen. Es galt zum Zweck der Anwendung Widersprechendes zu versöhnen, aus mehreren Entscheidungen die eine anwendbare zusammenzusetzen“.

„Endlich liess die geschriebene Rechtsquelle in ihrer Anwendung auf unsere ihr so sehr fremden Verhältnisse unendlich oft im Stich; in der deutschen

по себѣ трудно, а иногда и совсѣмъ невозможно), а, во-2-хъ, эти будущія явленія онъ долженъ обозначить терминами настоящаго съ ихъ традиціоннымъ смысломъ, который самъ въ будущемъ подвергнется измѣненію. Вслѣдствіе этого и тотъ, кому придется примѣнять законъ или повиноваться закону уже послѣ его изданія, также неизбежно будетъ испытывать двоякую трудность: во-1-хъ, передъ нимъ будутъ такіа явленія, которыхъ законодатель совсѣмъ не предвидѣлъ, или не вполне предвидѣлъ, или не такъ предвидѣлъ, какъ они происходятъ на самомъ дѣлѣ и т. п.; во-2-хъ, волю законодателя по отношенію къ нынѣшнимъ событіямъ придется извлекать изъ рѣчи, слова которой могли уже, въ извѣстной степени, перемѣнить свой первоначальный смыслъ, создававшійся и имѣвшійся въ виду законодателемъ при составленіи закона. То и другое заставитъ лицо, которому придется исполнять законъ или ему повиноваться, мысленно переноситься въ прошлое, къ моменту изданія закона, чтобы внести въ его пониманіе поправку *на время*, и притомъ съ двухъ сторонъ: со стороны измѣненія самыхъ явленій

gemeinrechtlichen Rechtsliteratur nimmt die rechtsschöpferische Thätigkeit, die den höchsten Reiz der juristischen Arbeit und ihre charakteristische Eigentümlichkeit bildet, einen ausserordentlich grossen Raum ein“.

„*Arm und nüchtern*, говоритъ въ заключеніе приведенныхъ разсужденій Цительманъ, *erscheint gegenüber diesen reichen, alle Künste der Dialektik und der Kombination, alle Kenntnisse der Geschichte und der Sprache erfordernden Bestrebungen die Thätigkeit des Auslegers eines modernen Gesetzestextes.*“ (Zitelmann“ „Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft“ Bonn, 1896, S.S. 7—9).

Едва-ли можно съ большимъ краснорѣчіемъ описать недостатки Corpus juris, какъ сборника, предназначеннаго къ дѣйствію въ качествѣ закона, да еще спустя много столѣтій послѣ его изданія, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, едва-ли можно откровеннѣе и наивнѣе обосновать всю прелесть работы надъ римскимъ правомъ на его недостатки. Не думаемъ, чтобы романисты были благодарны Цительману за его „признанія“. Вѣдь, съ той точки зрѣнія, какой держится Цительманъ, считая изданіе новаго кодекса въ Германіи *опаснымъ* для привлекательности юридической работы, уже рѣшительнымъ *объясненіемъ* для науки надо считать, напр., такіе факты, какъ открытіе полнаго текста извѣстной „Полиціи“ Аристотеля или даже находку „Институцій“ Гая. Сколько „діалектики“ и „комбинацій“ сразу устраняютъ такіа открытія. Нѣтъ, это не точка зрѣнія науки и истины, а точка зрѣнія схола-

по сравненію съ тѣми, какія имѣлъ передъ глазами законодатель, и со стороны измѣненія значенія тѣхъ словъ, которыми законодатель пользовался для выраженія своихъ вѣлѣній.

Итакъ, вотъ одинъ источникъ затрудненій, возникающихъ и постоянно возрастающихъ при примѣненіи закона, это — *самое теченіе времени*. Передъ этимъ обстоятельствомъ законодатель — вполне безсиленъ. Какъ-бы хорошо и тщательно, съ какой-бы заботливостью и проницательностью ни выполнилъ онъ свое дѣло, — но пройдетъ нѣкоторый промежутокъ времени послѣ изданія закона, и затрудненія при его примѣненіи къ измѣнившейся дѣйствительности возникнутъ и начнутъ неизбежно и безостановочно возрастать....

Укажемъ теперь еще одно обстоятельство, являющееся также источникомъ весьма большихъ затрудненій для законодателя при формулированіи права.

Жизнь общества, подлежащая регулированію правомъ, не представляетъ собою изолированныхъ дѣйствій изолированныхъ другъ отъ друга лицъ. Наоборотъ, мы здѣсь имѣемъ разнообразныя и

стики или даже научнаго спорта! При такомъ взглядѣ на дѣло, привлекательнымъ оказывается не достиженіе результата, не установленіе истины, а только преодоленіе препятствій, хотя-бы и безъ надежды на достиженіе удовлетворительнаго результата. Такія точки зрѣнія едва-ли желательны въ храмѣ науки, онѣ заслуживаютъ здѣсь сатиры, а не сочувствія. Впрочемъ, по странной проницательности судьбы, самъ-же *Цителъманъ* дѣлаетъ весьма тонкое сатирическое замѣчаніе по поводу всѣхъ своихъ приведенныхъ выше разсужденій. „Die Rechtsordnung, говоритъ онъ, ist nicht dazu da, *bequeme Gelegenheit für Dissertationen und einen Tummelplatz für Exercitien der Gelehrsamkeit darzubieten, sondern sie dient den Interessen der gesamten des Rechts bedürftigen Nation*“ (*Zitelmann, ibid., S. 9.*). Однако — увы! — *Цителъманъ* — слишкомъ ученый специалистъ, для того чтобы чувствовать всю соль своихъ послѣднихъ словъ для предыдущихъ разсужденій. Въ своемъ ученомъ великолѣпін, онъ напоминаетъ того слесаря, который считалъ самыми лучшими замками тѣ, которые можно было отпирать только съ его помощью. Вѣдь, такъ пріятно отпереть замокъ, отъ котораго гражданинъ приходитъ въ отчаяніе. . . . Впрочемъ, не будемъ слишкомъ нападать на *Цителъмана*: онъ, можетъ быть, только наивнѣе и откровеннѣе другихъ своихъ коллегъ, для которыхъ, дѣйствительно, изданіе новаго кодекса нерѣдко является катастрофой, сразу уничтожающей весь ихъ научный багажъ.

сложныя дѣятельности, многократно и различно переплетающіяся,— выполняемыя совокупностями лицъ, въ свою очередь связанныхъ между собою цѣлой сѣтью различныхъ отношеній. И чѣмъ далѣе развивается общественная жизнь, тѣмъ сильнѣе и сложнѣе становится указанная взаимная связь ея различныхъ элементовъ. Такой характеръ жизни въ обществѣ необходимо отражается и на составѣ и свойствахъ регулирующаго ее права. Слѣдуя и слѣдя за жизнью, само право мало по малу превращается въ цѣлую систему много-различно связанныхъ между собою нормъ, содержаніе которыхъ перекрещивается и переплетается по множеству направленій. И, какъ это часто бываетъ въ общественной средѣ, воздѣйствіе жизни на право, ведущее къ координаціи и связи частей послѣдняго, постепенно переходитъ въ обратное явленіе: наступаетъ воздѣйствіе права на жизнь, укрѣпляющее связь и координацію частей послѣдней. По мѣрѣ роста и развитія права, по мѣрѣ усиленія его вмѣшательства въ жизнь, регулируемыя имъ дѣйствія, по крайней мѣрѣ, въ отдѣльных областяхъ и частяхъ жизни, начинаютъ соприкасаться и смыкаться другъ съ другомъ, и тогда естественная связь этихъ дѣйствій превращается въ юридическую. На этой ступени развитія, дѣйствія, предписываемыя правомъ, получаютъ для себя границы не въ естественной, такъ сказать, ткани жизни, а въ другихъ дѣйствіяхъ, также предписываемыхъ правомъ,—связь и координація дѣйствій становится тогда наивысшей, а вмѣстѣ съ тѣмъ наивысшей становится и связь и координація частей права.

Такимъ образомъ, законодателю приходится совершать свое дѣло при условіи существованія указанной только что связи и координаціи, какъ частей самой жизни, такъ и частей права. Воздѣйствіе этого ни одинъ законъ не можетъ быть изданъ безъ того, чтобы не стать въ зависимость и связь со всей той массой права, какая существовала раньше, и безъ того, чтобы смыслъ его не опредѣлялся и не модифицировался естественной связью и взаимной зависимостью частей и отдѣловъ самой жизни. А если это такъ, то законодатель долженъ заранѣе имѣть это въ виду и заранѣе съ этимъ считаться. Отсюда проистекаютъ для него столь большія трудности, что ихъ едва-ли можно оцѣнить преувеличенно. Позволимъ себѣ иллюстрировать эту сторону дѣла нагляднымъ примѣромъ.