

579

Н. А. ГРЕДЕСКУЛЪ.

Приватъ-Доцентъ Императорскаго Харьковскаго Университета.

867

Проверено 1957 г.

34
2-79-уо.

КЪ УЧЕНИЮ

211 III

ОБЪ ОСУЩЕСТВЛЕНІИ ПРАВА.

ДУНОВАТАЛЪНА
БИБЛИОТЕКА

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЙ ПРОЦЕССЪ,

Рад. Буд.

ТРЕБУЮЩІЯСЯ

ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНІА ПРАВА.

57862

W 257

пр. 92

Проверено 1968 г.

6327.

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.

Рад. Буд.

БИБЛИОТЕКА
Харьковскаго Кооперативнаго
Института

ХАРЬКОВЪ.

Типографія Адольфа Дарре. Московская улица, №19.

1900.

Харьковский университет

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	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 преобразование 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. Знаеть-ли существующая юридическая теорія процессъ конкретизаціи объективныхъ логическихъ элементовъ права	102
§ 5. Установленіе правоположенія передъ его конкретизаціей	111

2085

§ 6. Установленіе правоположенія 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. Организація распознавательныхъ дѣйствій, объектомъ ко- торыхъ служитъ содержаніе права, въ соотвѣтствующую 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 гражданскаго права и судопроизводства, автору пришлось, по порученію юридическаго факультета Императорскаго Харьковскаго Университета, взять на себя преподаваніе обязательнаго курса гражданскаго судопроизводства, каковое онъ и имѣетъ 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 расширяютъ инициативу и самостоятельность суда, предоставляя ему право для выясненія дѣла, по своему усмотрѣнію, не только вызывать свидѣтелей, но даже требовать къ допросу самихъ тяжущихся, подъ угрозой, что если они не явятся въ судъ или не дадутъ требуемыхъ показаній, то это можетъ быть истолковано противъ нихъ ¹⁾. Какъ-же согласовать эти факты съ господствующей теоріей, которая не допускаетъ ихъ возможности? Очевидно, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ весьма рѣзкимъ *противорѣчіемъ* между фактами и теоріей,—противорѣчіемъ, которое настоятельно требуетъ себѣ разрѣшенія. Игнорировать это противорѣчіе или мириться съ нимъ невозможно,—надо принять его, какъ несомнѣнный фактъ, и, памятуя ободряющее замѣчаніе *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 изслѣдованія въ этомъ вопросѣ. Пока это противорѣчіе не устранено изъ вопроса о состязательномъ началѣ, плодотворное его изслѣдованіе, очевидно, невозможно.

Итакъ, авторъ сталъ вплотную передъ этимъ противорѣчіемъ и началъ искать его разрѣшенія. Явился вопросъ: гдѣ-же источникъ этого противорѣчія—въ ошибкахъ-ли законодателей, которые отступили отъ правильной теоріи, или въ неправильности теоріи, которая уже бессильна своей старой формулировкой охватывать новые законодательные факты? Послѣднее, по самому существу дѣла, представлялось гораздо болѣе вѣроятнымъ, такъ какъ направленіе законодательства въ сторону расширенія активности суда слишкомъ упорно намѣтилось и проявилось не въ одномъ, а во многихъ законодательствахъ, что совершенно устраняетъ мысль о случайности этого явленія 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 австрійскомъ уставѣ. Формально я могу сослаться, въ этомъ отношеніи, на слова *А. А. Книрима*, сказанныя имъ въ засѣданіи С.-Петербургскаго юридическаго общества 25 ноября

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

Необходимость построения гражданского 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 оффиціального 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. Заключеніе 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 принадлежитъ общей теоріи права. Всѣ эти метаморфозы, совершенно неизбѣжныя при данномъ состояніи науки гражданскаго 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—*мърить* одинъ изъ частныхъ вопросовъ гражданского процесса, но оказалось, что для этого, въ нѣлѣшней теоріи процесса, недостаетъ масштаба, поэтому стало неизбѣжнымъ обратиться къ общему ученію о правѣ, чтобы найти тамъ этотъ масштабъ. Вотъ почему цивилистъ по своей специальности предлагаетъ здѣсь обработку темы, лежащей въ предѣлахъ общаго ученія 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 прибратъ 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⁾ *Герингъ*. „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 nützlos 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, иного смѣлаго философа ¹⁾, но социологъ, достаточно взвѣшивающій, на какихъ основахъ держится чело-вѣческое общество, призналъ-бы въ немъ величайшую социальную 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 учрежденій всецѣло перешелъ-бы, такимъ образомъ, въ разрядъ

¹⁾ Напр., гр. Л. Н. Толстаго.