КАБИНЕТ ПРАВА.

Г. В. ДЕМЧЕНКО.

+944

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТЪ.

БИБЛІОТЕКА Каф. Лес. Инж. Лесн. Инст. 3148 VII. 6.

2р

П 2888

ВАРШАВА.

Типографія Варшавскаго Учебнаго Округа.

Краковское Предмѣстье, № 3.

1903.

19

...ТЕЧНОЙ
АК..ДЕМИИ.
311
36

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Варшавскаго Университета.

Ректоръ проф. *Г. К. Ульяновъ.*

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Пять лѣтъ тому назадъ американскій юристъ Флойдъ Клеркъ поставилъ въ видѣ эпиграфа къ своему обширному сочиненію о законодательствѣ: „Jus summum saepe summa est malitia". Въ настоящее время извѣстный нѣмецкій изслѣдователь вопроса о „справедливомъ правѣ" эти же слова ставитъ въ заглавіи одного изъ параграфовъ своей недавно изданной книги. Такое обращеніе къ одной изъ вѣчныхъ проблемъ науки права не представляется случайнымъ. И въ Новомъ, и въ Старомъ Свѣтѣ вездѣ выдвигаются теперь вопросы, тѣсно связанные со всѣмъ кодификаціоннымъ движеніемъ прошлаго столѣтія, и прежде всего: въ какомъ отношеніи стоитъ право, застывшее и окаменѣлое въ кодексѣ, къ праву, живому и живущему въ народѣ, какъ законъ охватываетъ и направляетъ дѣятельность судьи, въ чемъ заключается „подзаконность" судебной власти, и какое значеніе должно принадлежать творческой дѣятельности и свободному усмотрѣнію суда? Въ Америкѣ и въ Англіи эти вопросы такъ же живо интересуютъ юристовъ и неюристовъ, какъ интересуютъ они ученыхъ и публику въ Германіи и во Франціи, въ Италіи и въ Россіи. Въ то время какъ одни преклоняются предъ принципомъ раздѣленія властей и „священную силу закона" ставятъ на пьедесталъ для поклоненія и своего рода религіознаго служенія этому чудесному началу всякаго соціальнаго порядка и благоденствія, другіе, напротивъ, требуютъ расширенія судейской свободы и надѣленія судовъ прерогативами законодательной власти, повторяя слова Шарля

Конта о томъ, что одной только законностью еще не обезпечиваются ни права, ни свобода гражданъ, такъ какъ правильность и однообразіе можно внести и въ грабежъ, и въ дѣлежъ награбленнаго, но конечно самимъ ограбленнымъ отъ этого не легче. На этой почвѣ споръ становится жгучимъ и изъ области юридической переходитъ на сцену политическую.

Однимъ изъ условій правильнаго разрѣшенія спора является точное установленіе существа и предѣловъ судебной дѣятельности и, въ частности, уясненіе юридической природы и значенія судебнаго рѣшенія, которое служитъ центральнымъ пунктомъ и конечной цѣлью драматическихъ актовъ „борьбы за право" передъ судомъ и въ которомъ отражается обыденная непрерывная работа жизни въ области права. Чрезвычайно важная сторона судебнаго рѣшенія заключается въ томъ, что оно, являясь судебнымъ прецедентомъ, способно въ извѣстной степени вліять на дальнѣйшее примѣненіе нормъ права въ судахъ и въ жизни. Оно содѣйствуетъ однообразію судебной практики, ограничиваетъ произволъ судовъ и укрѣпляетъ начало законности и принципъ равенства всѣхъ передъ судомъ. Этой стороной судебнаго рѣшенія интересуются издавна. О судебномъ прецедентѣ неизбѣжно считаютъ нужнымъ говорить въ общихъ сочиненіяхъ о правѣ, въ спеціальныхъ изслѣдованіяхъ о процессѣ, въ курсахъ законовъ гражданскихъ и уголовныхъ, въ учебникахъ политики и государственнаго права. Судебнымъ прецедентомъ занимаются на страницахъ спеціальныхъ журналовъ и въ общей прессѣ. Однакоже до настоящаго времени вопросъ о судебномъ прецедентѣ, можно сказать, спеціально еще не изученъ и не разработанъ съ той полнотой, которой онъ заслуживаетъ. Происходитъ ли это отъ того, что самый вопросъ представляется слишкомъ простымъ и яснымъ? Этого никто не думаетъ. Напротивъ, глубокомысленный изслѣдователь и извѣстный знатокъ процесса, Глазеръ, считаетъ возможнымъ замѣтить, что „ближайшее опредѣленіе того значенія, какое должно принадлежать судебному рѣшенію, какъ прецеденту, относится къ числу труднѣйшихъ задачъ,

которыя вообще могутъ быть поставлены наукѣ". И со своей стороны мы можемъ добавить, что слова Глазера, быть можетъ, объясняютъ, почему именно въ вопросѣ о судебномъ прецедентѣ наблюдается поразительное несогласіе теоріи съ практикой, науки съ жизнью: теорія говоритъ одно, а дѣйствительность представляетъ совершенно другое. Не свидѣтельствуетъ ли такое несогласіе теоріи съ жизнью о ея ошибочности и несостоятельности? Или, по крайней мѣрѣ, не требуетъ ли самая теорія пересмотра и провѣрки ея положеній на почвѣ реальныхъ фактовъ и дѣйствительныхъ отношеній суда къ закону и къ праву?

Отвѣчая на этотъ вопросъ утвердительно, мы тѣмъ самымъ оправдываемъ и предпринятое нами изслѣдованіе о „Судебномъ Прецедентѣ", въ которомъ въ первый разъ одновременно разсмотрѣны постановленія важнѣйшихъ законодательствъ и сдѣлана попытка юридическаго объясненія самаго явленія силы ранѣе состоявшихся судебныхъ рѣшеній.

Варшава, 10 марта 1903 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ГЛАВА I.

Судебный прецедентъ по законамъ Англіи, Германіи, Австріи и Франціи.

1. Общія замѣчанія . . . . . 1 — 4
2. Англійское право . . . . . 4 — 21
3. Германія и Австрія . . . . . 21 — 38
4. Франція . . . . . 38 — 48

ГЛАВА II.

Слабыя стороны англійскаго case-law и установившееся въ Европѣ отрицательное отношеніе къ судебнымъ прецедентамъ.

1. Писатели Англіи и Америки . . . . . 49 — 68
2. Взгляды ученыхъ континентальной Европы . . . . 68 — 82
3. Критика основныхъ положеній установившихся въ Европѣ взглядовъ . . . . . 82 — 128

ГЛАВА III.

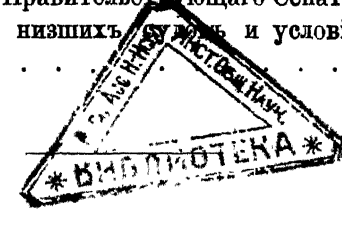
Дѣйствительное значеніе и юридическая природа судебнаго прецедента.

1. Значеніе судебныхъ прецедентовъ вообще. . . . . 129 — 147
2. Объясненіе этого значенія разными учеными. . . . 147 — 164
3. Юридическая природа судебнаго прецедента . . . . 164 — 184

ГЛАВА IV.

Примѣрныя рѣшенія судовъ по русскому законодательству.

1. Общій принципъ однообразнаго примѣненія законовъ судами. . . . . 185 — 191
2. Значеніе 69 ст. основныхъ законовъ. . . . . 191 — 203
3. Общая сила рѣшеній Правительствующаго Сената . . 203 — 235
4. Общая сила рѣшеній низшихъ судовъ и условія, ее опредѣляющія . . . . . 235 — 244



ГЛАВА I.

Судебный прецедентъ по законамъ Англіи, Германіи, Австріи и Франціи.

1.

Всякое рѣшеніе или приговоръ суда имѣетъ двоякое значеніе: съ одной стороны, имъ разрѣшается частное дѣло и приговоръ получаетъ силу закона для того случая, по которому онъ состоялся; съ другой стороны, являясь однимъ изъ проявленій примѣненія права, рѣшеніе или приговоръ суда становится прецедентомъ (лат. praejudicium, фр. précédent, нѣм. Präjudiz, Präjudicat, Präcedent или Präcedenz, англ. precedent, итал. precedente), который въ частномъ случаѣ закрѣпляетъ извѣстный смыслъ за общей нормой и сообщаетъ тотъ или иной оттѣнокъ ея содержанію [1]).

[1]) Въ болѣе узкомъ смыслѣ судебнымъ прецедентомъ называютъ иногда не всякое рѣшеніе суда, а только то, которое чрезъ публикацію сдѣлалось общеизвѣстнымъ и обязательнымъ для судовъ. См. *Heimbach*, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes, 1852, B. I, S. 24. *Floyd Clarke*, The science of law and lawmaking, 1898, p. 22. Напротивъ, въ болѣе обширномъ смыслѣ судебнымъ прецедентомъ называютъ всякій актъ судебной дѣятельности, который можетъ служить образцомъ или примѣромъ на будущее время. Поэтому, какъ говорятъ иногда, значеніе судебнаго прецедента имѣютъ не только рѣшенія или приговоры судовъ, но и частныя опре-

Въ обоихъ отношеніяхъ судебный приговоръ имѣетъ важное значеніе — какъ съ точки зрѣнія юридической (матеріальной и процессуальной), такъ и съ точки зрѣнія политической. Но вопросъ о силѣ судебныхъ рѣшеній въ тѣсномъ смыслѣ (законная сила рѣшенія для даннаго дѣла) разработанъ болѣе, нежели вопросъ о силѣ прецедентовъ. Въ русской литературѣ судебными рѣшеніями, какъ прецедентами, интересовались главнымъ образомъ по поводу кассаціонныхъ рѣшеній сената въ связи съ толкованіемъ 815 ст. у. гр. с. и 933 ст. у. у. с. Послѣднимъ обстоятельствомъ объясняется конечно и то, что вопросъ этотъ у насъ почти не вызываетъ разногласій и что разрѣшается онъ почти исключительно методомъ интерпретативнымъ, т. е. съ помощью изъясненія (толкованія) тѣхъ или другихъ постановленій нашихъ законовъ.

дѣленія или постановленія органовъ судебной власти, а также всѣ вообще дѣйствія, осуществляемыя въ теченіе процесса.

Можно различать прецеденты формальные (процессуальные) и прецеденты матеріальные. Первые состоятъ въ дѣйствіяхъ или рѣшеніяхъ, закрѣпляющихъ соблюденіе тѣхъ или другихъ обрядовъ (формъ) процесса и правилъ внутренняго распорядка и дѣлопроизводства судовъ. Вторые входятъ въ сферу матеріальнаго права (гражданскаго, уголовнаго и т. д.) и всегда выражаются въ формѣ судебныхъ рѣшеній (res judicatae). И тѣ, и другіе прецеденты при повтореніи образуютъ судебную практику по данному вопросу, которая съ теченіемъ времени можетъ превратиться въ практику постоянную или устойчивую, если суды не нарушаютъ ея (res perpetuo similiter judicatae).

Въ зависимости отъ отношенія судебнаго прецедента къ закону (или къ правиламъ внутренняго распорядка и дѣлопроизводства судовъ) различаютъ прецеденты креативные, которые восполняютъ пробѣлы законодательства, и прецеденты деклараторные. Послѣдніе могутъ только подтверждать существованіе данной нормы или же могутъ вмѣстѣ съ тѣмъ изъяснять ея смыслъ. Это даетъ основаніе для отличія прецедентовъ конфирмативныхъ и прецедентовъ интерпретативныхъ. Совокупность послѣднихъ мало-по-малу образуетъ судебную практику, въ которой выражается такъ называемое узуальное толкованіе права.

Между тѣмъ вопросъ этотъ имѣетъ и общее значеніе, а сила прецедентовъ, подобно силѣ обычнаго права, опредѣляется не столько категорическими предписаніями закона, сколько общими условіями эпохи, состояніемъ законодательства и права, организаціей процесса, качествами личнаго состава судовъ и общимъ состояніемъ нравовъ. Подобно тому какъ законодатель однимъ почеркомъ пера не можетъ создать или уничтожить творческой силы обычая, не можетъ онъ, исключительно опираясь на собственную власть, опредѣлить и силу прецедентовъ. Поэтому и значеніе ихъ выясняется не столько изъ точныхъ нормъ закона (у насъ уже въ XVIII в. было провозглашено положеніе, что законъ—единственный источникъ права), сколько въ измѣнчивыхъ очертаніяхъ практической дѣятельности судовъ, зависящей отъ того, какъ въ дѣйствительности опредѣляется существо судебной власти, отношеніе ея къ власти законодательной и административной, степень предоставленной ей свободы толкованія законовъ, творческая роль ея въ установленіи права и т. п. Всѣ эти условія силы прецедентовъ нельзя не признать достаточно сложными и измѣнчивыми. А въ связи съ этимъ, конечно, находится и фактъ значительнаго разнообразія и различія въ воззрѣніяхъ на существо судебнаго рѣшенія, какъ прецедента, въ разныя времена, у разныхъ народовъ и у разныхъ ученыхъ.

Историческое значеніе прецедентовъ громадно. Вездѣ и у всѣхъ народовъ созданіе права существенно зависѣло отъ накопленія судебныхъ приговоровъ, которые имѣли значеніе источниковъ общихъ юридическихъ нормъ не только въ первоначальныя времена исторіи, но даже и въ эпохи сильнаго развитія спеціальныхъ органовъ законодательной власти [1]).

[1]) Блестящими представителями этого взгляда являются Іерингъ, Менъ и Спенсеръ. *Ihering*, Geist des römischen Rechts, 1866, Th. I, S. 218; Th. II, Ab. I, S. 58 ff. и *его же*, Цѣль въ правѣ, 1881, стр. 244 и сл. *Менъ*, Древнее право, 1873, стр. 3—4, 6—7, 131—132. *Spencer*, Political Institutions (p. V of the Principles of Sociology), 1882, § 530,

Со второй половины XVIII в. и особенно въ XIX в. роль судебныхъ прецедентовъ постепенно умаляется, такъ что и ученые-теоретики, и судьи-практики, и законодатели мало-по-малу становятся къ нимъ въ совершенно отрицательное отношеніе. Однакоже и въ настоящее время на этотъ счетъ не установилось единогласія ни въ законодательствахъ, ни въ наукѣ.

2.

Въ современномъ правѣ и въ теоріи права могутъ быть отмѣчены двѣ противоположныя точки зрѣнія на прецедентъ: англійская и континентальная [1]). Каждая изъ этихъ точекъ зрѣнія представляетъ свои характерныя особенности, и обѣ онѣ относятся другъ къ другу довольно отрицательно. Законодательство Европы (континентальной) не признаетъ того, что составляетъ основу и силу всего развитія и всей правовой жизни Англіи. Напротивъ, англичане критикуютъ европейскія учрежденія и нерѣдко говорятъ о произволѣ континентальныхъ судовъ, которые de jure не обязаны считаться съ собственными судебными прецедентами. Европейцамъ трудно понять англійскую точку зрѣнія и механизмъ созданія права въ судахъ и черезъ суды. Англичане привыкли къ

р. 605. Въ Россіи, подъ непосредственнымъ вліяніемъ работъ Іеринга, въ защиту этого взгляда выступилъ Н. Л. Дювернуа. Въ судьѣ эпохи Русской Правды онъ видитъ законодателя, а въ судѣ—могущественный органъ созданія и развитія права. И даже относительно позднѣйшей эпохи XIV и XV вв. онъ говоритъ, что „въ организаціи суда, въ порядкѣ процесса есть и въ это время такія черты, которыя сближаютъ дѣятельность судьи съ дѣятельностью законодателя". *Н. Л. Дювернуа*, Источники права и судъ въ древней Россіи, 1869, стр. 67—68, 107—108, 156—159, 256 и др.

[1]) О Соедин. Штатахъ С. Америки мы спеціально не упоминаемъ, такъ какъ тамъ принята система англійскаго case-law (съ незначительными измѣненіями). Ср. *F. Clarke*, The science, p. 89. *Wharton*, Commentaries on American Law, 1884, p. 48 sqq.

этому и склонны подчасъ преувеличивать цѣнныя стороны того, что является продуктомъ національнаго развитія права въ теченіе многихъ столѣтій.

Англійское право выражается не въ кодексѣ. И даже отдѣльные законы далеко не имѣютъ тамъ того значенія, какое принадлежитъ судебнымъ прецедентамъ. Право судебной практики (case-law) занимаетъ выдающееся, а во многихъ областяхъ даже исключительно-преобладающее положеніе [1]).

---

[1]) Этимъ объясняется, конечно, и то, что въ общихъ сочиненіяхъ о правѣ англичане всегда говорятъ болѣе или менѣе подробно о судебныхъ прецедентахъ въ связи съ общей характеристикой источниковъ права и судебной практики. Впрочемъ, не говоря уже о Бентамѣ, который является теоретикомъ по преимуществу, и у другихъ авторовъ изложеніе имѣетъ характеръ главнымъ образомъ философски теоретическій, отчасти критическій и историческій. Догмѣ и дѣйствующему праву о прецедентахъ отводится сравнительно мало мѣста. *Hale*, The history of the common law of England, 1739, p. 22 sqq., въ особенности p. 67 – 69. *Blackstone*, Commentaires sur les lois anglaises, 1822, t. I, p. 103—109, 147—148. *Austin*, Lectures on jurisprudence, 1861, v. I, p. LXIII—LXVI; 1863, v. II, p. 195 - 209, 216—218, 229—230, 321—378; 1863, v. III, p. 303—314. *Lorimer*, The institutes of law, 1872, p. 199—214, 216—224. *Sh. Amos*, The science of law, 1874, p. 51—54, 59—76. *Stephen*, Commentaries on the laws of England, 1874, v. I, p. 43 sqq. *Sh. Amos*, The english constitution und government, 1875, p. 108 sqq. *Pollock*, Essays in jurisprudence and ethics, 1882, p. 60—94, 237—260. *Lightwood*, The nature of positive law, 1883, p. 390—419. *Hearn*, The theory of legal duties and rights, 1883, p. 31 sqq. *Clark*, Practical jurisprudence, 1883, p. 214—265. *Holland*, The elements of jurisprudence, 1886, p. 47—64. *Pulszky*, The theory of law and civil society, 1888, p. 394—443. *Davis*, The elements of law, 1897, p. 8 sqq. *Floyd Clarke*, The science of law and lawmaking, 1898, p. 17 sqq., 103—258, 334 sqq. *Kerly*, Precedents, 1898, L. E., p. 301—303. *Salmond*, The theory of judicial precedents, 1900, L. Q. R., p. 376—391. *Salmond*, Jurisprudence or the theory of the law, 1902, p. 120—134, 158—183.

Для догматическаго изученія англійскаго права о судебныхъ прецедентахъ наибольшее значеніе имѣютъ работы нью-іоркскаго юриста Флойда Клерка и профессора Салмонда (изъ университета

Зарожденіе этого права относятъ обыкновенно ко времени Эдуарда I (вторая половина XIII-го вѣка) [1]). Хотя записи

въ Аделаидѣ). Кромѣ того заслуживаетъ упоминанія краткая, но содержательная статья Керли. Судебная практика по вопросу о case-law (а она только и заслуживаетъ вниманія, такъ какъ никакихъ статутовъ о прецедентахъ не имѣется) собрана и систематизована въ извѣстномъ сборникѣ Фишера—*Fisher's* Common Law Digest from 1756 to 1883—подъ рубрикой „Decided Cases". Кромѣ того для уясненія объема и дѣйствительнаго значенія case-law въ отдѣльныхъ правовыхъ институтахъ весьма удобно пользоваться сборникомъ *Mews*, Digest of english case-law to the end of 1897.

Писатели континентальной Европы почти не касаются англійскаго case-law. Изъ болѣе новыхъ работъ, содержащихъ кое-что по этому вопросу, можно назвать: *Franqueville*, Le système judiciaire de la Grande Bretagne, 1893, t. I, p. 209—210, 211—214, t II, p. 336 и др. *Morelli*, La funzione legislativa, 1893, p. 175—178 и др. Впрочемъ, послѣдній авторъ хотя и говоритъ подробнѣе другихъ о значеніи англійской судебной практики, но даетъ ей неправильное общее освѣщеніе, разсматривая ее съ точки зрѣнія понятій обычнаго права—быть можетъ и удобныхъ для уясненія такъ наз. Juristenrecht'a или Gerichtsgebrauch'a, но не примѣнимыхъ къ англійскому case-law. Въ русской литературѣ этого вопроса вскользь касались *Неволинъ*, Энциклопедія законовѣдѣнія, 1840, т. II, стр. 569—571 и *Богородскій*, Очеркъ исторіи уголовнаго законодательства въ Европѣ, 1862, т. II, стр. 303 и сл.

[1]) Керли, вслѣдъ за Поллокомъ, называетъ XIV вѣкъ исходнымъ моментомъ развитія англійской системы прецедентовъ. Но, повидимому, такое указаніе должно относиться скорѣе къ суду справедливости, чѣмъ къ судамъ общаго права. Судъ справедливости или канцлерскій судъ (Court of Chancery) организовался сравнительно поздно—въ XIV вѣкѣ; а потому и система судебныхъ прецедентовъ въ области канцлерской юрисдикціи сложилась позднѣе. *Kerly*, Precedents, p. 301. Для исторіи возникновенія права судебной практики см. *Hale*, History of the common law, 1739, p. 149, 156 sqq. *Reeves*, History of the english law, 1869, v. I, p. 529—533, v. II, p. 229 sqq. *Brunner*, Geschichte der Englischen Rechtsquellen, 1882, E. R., S. 309—310. *Glasson*, Histoire du droit et des institutions d'Angleterre, 1882, t. III, p. 19—48. Особенно *Guy Carleton Lee*, Historical jurisprudence, 1900, p. 476—491, который посвящаетъ отдѣльную главу спеціально исторіи возникновенія case-law („The Beginning of Case-Law").

судебныхъ рѣшеній, въ формѣ такъ наз. judicial records, начинаются съ шестого года царствованія Ричарда I (т. е. съ 1195 года) [1]), и хотя уже со времени Великой Хартіи (1215 г.) устанавливается различіе между правомъ писаннымъ и неписаннымъ (jus non scriptum), однако только во второй половинѣ XIII-го вѣка утверждается принципъ stare decisis, т. е. принципъ обязательности судебныхъ прецедентовъ, лежащій въ основаніи всей системы case-law. Честь установленія этого принципа принадлежитъ знаменитому англійскому юристу, автору книги De legibus et consuetudinibus Angliae и первому составителю обширнѣйшаго сборника извлеченій изъ судебныхъ приговоровъ, такъ наз. Note Book,– Брактону. „Si autem aliqua nova et inconsueta emerserint, говоритъ Брактонъ, et quae prius usitata non fuerint in regno, si tamen similia evenerint, per simile judicentur, cum bona sit occasio a similibus procedere ad similia". Въ концѣ XIII-го столѣтія появляются и первые офиціальные сборники судебныхъ рѣшеній (reports), соединяемыхъ въ особыя книги, Yearbooks. Старѣйшая изъ такихъ книгъ датируется 20-мъ годомъ царствованія Эдуарда I (1292 г.).

Такимъ образомъ исторія развитія права Англіи есть въ значительной мѣрѣ исторія ея судебной практики, и въ настоящее время огромная область неписаннаго права (common law) [2]) всецѣло почти является продуктомъ судебныхъ

---

[1]) Въ формѣ judicial records записывались судебныя рѣшенія для удостовѣренія соотвѣтствующихъ правъ сторонъ процесса (законная сила рѣшенія). Напротивъ, judicial reports имѣли въ виду отмѣтить и удостовѣрить только тѣ стороны рѣшеній, которыя важны для будущей практики, главнымъ образомъ — юридическую квалификацію и мотивы рѣшеній (сила прецедента). Несмотря на нѣкоторыя точки соприкосновенія, между законной силой рѣшеній и силой прецедентовъ — различіе громадное, что̀ и даетъ возможность одинъ и тотъ же актъ выразить въ двухъ разныхъ формахъ. См. *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen der Rechtskraft, 1900, S. 206—207. *Brunner*, Geschichte, S. 309.

[2]) Выраженія: неписанное право (unwritten law) и общее пра-

рѣшеній, накоплявшихся въ теченіе столѣтій (начиная отъ конца XIII-го в.) и имѣющихъ значеніе высшаго авторитета, которому суды обязаны слѣдовать и подчиняться.

Этотъ авторитетъ, эта сила судебныхъ рѣшеній, какъ прецедентовъ, оправдывается въ Англіи соображеніями двоякаго рода—формальными и матеріальными [1]).

Съ формальной стороны, въ качествѣ общепризнанной фикціи [2]), считается, что рѣшеніе суда всегда только примѣняетъ ту или иную норму существующаго права и потому является непререкаемымъ доказательствомъ ея дѣйствительности. Самъ по себѣ прецедентъ не имѣетъ особаго значенія; обязателенъ собственно не онъ, а та норма, на которой онъ основывается и доказательствомъ которой онъ является. Но-

---

во (common law)—часто употребляются, какъ однозначащія, и противопоставляются праву статутному (statute law). Въ такомъ случаѣ они обозначаютъ всю совокупность источниковъ права за исключеніемъ одного только закона. Разумѣется, тѣ писатели, которые кромѣ закона признаютъ только судебную практику, употребляютъ слова „case-law", „common law", „unwritten law" для выраженія однихъ и тѣхъ же понятій. Если же принять во вниманіе, что „common law" и „unwritten law" имѣютъ еще и другія значенія и что вмѣсто „case-law" говорятъ также „judiciary law" (Остинъ), „judicial law" (Ромилли), „judge-made law" (Бентамъ), то легко понять, какъ сбивчива и неточна англійская терминологія. Въ текстѣ мы употребляемъ наиболѣе установившіяся выраженія въ ихъ общепринятомъ значеніи. См. *Austin*, Lectures, v. I, p. LXIII, v. II, p. 201—202, 205—207, 209, 216—218, 321—324, 358—359. *Salmond*, Jurisprudence, p. 117. *Clark*, Practical jurisprudence, p. 214. *F. Clarke*, The science of law, p. 77. *Lee*, Historical jurisprudence, p. 479.

[1]) См. *Salmond*, Jurisprudence, p. 104—105.

[2]) Эта фикція твердо установилась уже во времена Геля (XVII в.) и Блекстона (XVIII в.), но теперь, послѣ трудовъ Бентама и Остина, часто подвергается справедливой критикѣ. См. *Hale*, History, p. 67. *Blackstone*, Commentaires, t. I, p. 104—106. *Bentham*, De l'organisation judiciaire et de la codification, 1828, p. 351—352 и сл. *Holland*, The elements, p. 55. *Lightwood*, The nature, p. 256. *Hearn*, The theory, p. 45. *Davis*, The elements, p. 8.

этому право судебной практики (case-law), какъ одна изъ составныхъ частей права неписаннаго (common law), обязательно только какъ внѣшнее обнаруженіе или закона (statute law), или обычая (costumary law) [1]).

Съ матеріальной стороны сила прецедента оправдывается въ виду потребности имѣть опредѣленное право и устойчивый гражданскій порядокъ. Обязательность прецедента, говорятъ [2]), не можетъ зависѣть только отъ того, дурнымъ или хорошимъ признаетъ его судъ. Въ массѣ случаевъ сила прецедента должна сохраняться и охраняться, несмотря на субъективное мнѣніе судьи. Разъ установленный прецедентъ не подлежитъ измѣненію только потому, что онъ не настолько совершенъ и раціоналенъ, насколько долженъ былъ бы быть по мнѣнію суда. Часто гораздо важнѣе для права быть точно извѣстнымъ, чѣмъ идеально совершеннымъ. Во многихъ случаяхъ не столько значитъ содержаніе правила, сколько то, что вообще существуетъ какое-нибудь правило [3]). Если новое рѣшеніе отступаетъ отъ своего прецедента, то точность и опредѣленность права приносятся въ жертву его

---

[1]) *Hale*, The history, p. 67, 68. О значеніи обычнаго права въ Англіи высказываются различныя мнѣнія. Нѣкоторые авторы вовсе не признаютъ обычнаго права и утверждаютъ, что всякое судебное рѣшеніе основывается на законѣ и только на законѣ. См. *Austin*, Lectures, t. I, p. LXV, t. II, p. 223, 229—230, 232, 342—343. *Pollock*, Essays, p. 10—11. *Lightwood*, The nature, p. 256, 390—393. *Bentham*, An introduction to the principles of morals and legislation, 1879, p. 329. *Holland*, Jurisprudence, p. 48—55. *Salmond*, Jurisprudence, p. 135, 139, 154—155. *F. Clarke*, The science, p. 19. *Sh. Amos*, The science, p. 50, 51, 67 sqq.

[2]) См. *Salmond*, Theory, p. 381—382.

[3]) „It is generally more important, that the rule of law should be settled than that it should be theoretically correct" (Lozon v. Pryse, 4 Myl. and Cr. 617). „Their justice or injustice in the abstract is of less importance to the community than that the rules themselves shall be constant and invariable" (Ralston v. Hamilton, 4 Macq. Sc. App. Cas. 405). См. *Hearn*, The theory, p. 43.

раціональному развитію. Право становится неточнымъ и неопредѣленнымъ—ненадежнымъ правомъ, на которое положиться можетъ быть даже рискованно. Проистекающее отсюда зло можетъ значительно перевѣшивать выгоды исправленія прецедента. Прецедентъ, еще не отвергнутый, могъ послужить нормой для многихъ частныхъ случаевъ. Довѣряя силѣ такой нормы, многіе могли связать съ неи свои цѣнныя имущественныя права. Важные договоры могли возникнуть, опираясь на такую норму. Она могла лечь въ основаніе разсчетовъ и взаимныхъ коммерческихъ отношеній. Вотъ почему правосудіе имѣетъ основаніе требовать, чтобы даже ошибочное рѣшеніе, ставшее прецедентомъ, оставалось безъ измѣненій. Communis error facit jus! А, разумѣется, съ теченіемъ времени всякое рѣшеніе пріобрѣтаетъ особенный авторитетъ. Чѣмъ дольше оставалось оно непоколебимымъ, тѣмъ большій вредъ причиняетъ его отмѣна самымъ разнообразнымъ интересамъ и отношеніямъ. Прецедентъ новый, отмѣна котораго не произвела бы еще большого замѣшательства, по прошествіи нѣсколькихъ лѣтъ пріобрѣтаетъ силу почти безусловной непререкаемости, и при такомъ условіи даже рѣшенія низшихъ судовъ часто получаютъ обязательное значеніе для судовъ высшихъ [1]).

Всѣ эти формальныя и матеріальныя соображенія, которыми оправдывается сила прецедентовъ въ Англіи, не въ одинаковой степени приложимы къ каждому приговору суда. Фактически далеко не всякое судебное рѣшеніе является только примѣненіемъ уже существующей нормы права и далеко не всякое имѣетъ равное значеніе съ точки зрѣнія устойчивости правового порядка. Вслѣдствіе этого и сила судебнаго рѣшенія, какъ прецедента, бываетъ различная.

Прежде всего, естественно, сила прецедента обусловли-

---

[1]) Bain v. Fothergill, 1874, L. R. 7 H. L. at p. 209; Pugh v. Golden Valley Rwy. Co., 1880, 15 Ch. D. 330; Smith v. Keal, 1882, 9 Q. B. D. at p. 352.

вается тѣмъ, въ какой степени судъ примѣняетъ именно національное англійское право и въ какой степени онъ дѣйствуетъ именно какъ органъ правосудія. Обязательными прецедентами (authoritative precedents) признаются только приговоры англійскихъ судовъ и притомъ только въ той мѣрѣ, въ какой ими разрѣшаются отдѣльные частные случаи, подлежащіе судебному разбирательству. Этимъ прецедентамъ суды должны повиноваться, какъ общимъ нормамъ права, которыя не зависятъ отъ личнаго усмотрѣнія примѣняющаго ихъ судьи. Напротивъ, прецеденты необязательные (persuasive precedents) вліяютъ только силой своей внутренней основательности и убѣдительности; они дѣйствительны настолько, насколько суды считаютъ необходимымъ принимать ихъ во вниманіе. Значеніе необязательныхъ прецедентовъ имѣютъ рѣшенія иностранныхъ и, особенно, американскихъ судовъ [1]), рѣшенія высшихъ судовъ отдѣльныхъ частей Британской монархіи (напр. Шотландіи или Ирландіи) [2]), рѣшенія Тайнаго Совѣта въ качествѣ высшей апелляціонной инстанціи для судовъ колоніальныхъ [3]) и, наконецъ, всякіе вообще приговоры англійскихъ судовъ, насколько въ нихъ высказываются общія положенія, не имѣющія непосредствен-

---

[1]) Castro v. R., 1881, 6 App. Cas. at p. 249. См. *F. Clarke,* The science, p. 338.

[2]) Morgan v. London and General Omnibus Co., 1883, 12 Q. B. D. 201; R. v. Income Tax Commissioners, 1888, 22 Q. B. D. at p. 313; in re Parsons, 1890, 45 Ch. D. at p. 63. См. *Salmond,* Jurisprudence, p. 164. *Austin,* Lectures, t. III, p. 303.

[3]) Мнѣнія его Судебнаго Комитета (Judicial Committee) пользуются большимъ уваженіемъ даже въ высшемъ судѣ (High Court) и въ судѣ апелляціонномъ (Court of Appeal). Но все же они не имѣютъ обязательнаго значенія (Leask v. Scott, 1877, 2 Q. B. D. at p. 376, 380). Наибольшая сила признается за ними по тѣмъ вопросамъ морского и торговаго права, которые одинаково регулируются и въ Англіи, и въ ея колоніяхъ — City of Chester, 1884, 9 P. D. ad p. 207. См. *Salmond,* Jurisprudence, p. 164. *Pollock,* Essays, p. 241.

наго примѣненія къ разрѣшаемому дѣлу (такъ наз. obiter dicta) [1]).

Обязательные прецеденты имѣютъ разное значеніе какъ по степени принадлежащей имъ юридической силы, такъ и по содержанію устанавливаемыхъ ими нормъ.

Такъ, прежде всего, они могутъ быть обязательными или безусловно, или только условно, смотря по степени ихъ вліянія на дальнѣйшую дѣятельность судовъ. Безусловно-обязательнымъ (absolutely authoritative precedent) признается то рѣшеніе, которому суды должны подчиняться во всякомъ случаѣ, какъ бы оно ни казалось неразумнымъ или ошибочнымъ. Оно требуетъ повиновенія полнаго и безотчетнаго [2]). Напротивъ, если рѣшеніе является только условно-обязательнымъ (conditionally authoritative precedent), суды могутъ въ извѣстныхъ предѣлахъ отступать отъ него и не принимать его во вниманіе. Во всѣхъ обыкновенныхъ случаяхъ оно обязательно; но по поводу того или другого частнаго дѣла авторитетъ его можетъ быть и не признаваемъ.

Какія же рѣшенія судовъ считаются въ Англіи безусловно-обязательными и какія имѣютъ только условно-обязательную силу?

Безусловно-обязательная сила рѣшенія опредѣляется слѣдующими правилами: I. Всякій судъ безусловно связанъ рѣшеніями высшей инстанціи. Судъ первой инстанціи не можетъ подвергать сомнѣнію силу рѣшеній Апелляціоннаго Суда, а Апелляціонный Судъ обязанъ слѣдовать рѣшеніямъ Палаты Лордовъ [3]). II. Палата Лордовъ абсолютно связана своими собственными рѣшеніями [4]). Разъ состоявшееся рѣшеніе Палаты Лордовъ, какъ законъ, имѣетъ обязательное значе-

---

[1]) См. *Pollock*, Essays, p. 60. *Hearn*, The theory, p. 44. *Austin*, Lectures, t. II, p. 323, 328.

[2]) См. *Hearn*, The theory, p. 43—44.

[3]) In re Hallett's Estate, 1879, 13 Ch. D. at p. 712. См. *Pollock*, Essays, p. 240, 271.

[4]) Beamish v. Beamish, 1861, 9 H. L. 274; Hauldsworth v. City of

ніе и на будущее время, а потому невозможно, при разрѣшеніи новыхъ дѣлъ, отвергать установленную въ немъ и при его посредствѣ норму [1]). III. Апелляціонный Судъ безусловно связанъ своими собственными рѣшеніями [2]) и рѣшеніями прежнихъ судовъ равной власти (напр. казначейскаго суда—Court of Exchequer Chamber) [3]).

Кромѣ этихъ трехъ случаевъ за рѣшеніями судовъ всегда признается только условно-обязательная сила. Другими словами, всякій судъ только условно связанъ своими собственными рѣшеніями [4]) и рѣшеніями низшихъ [5]) или рав-

---

Glasgow Bank, 1880, 5 App. Cas. at p. 335; London Street Tram. Co. v. L. C. C., 1898, W. N. p. 40: „A decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be re-argued, and so the House be asked to reverse its own decision". См. *Salmond*, Jurisprudence, p. 165.

[1]) Еслибы случайно между старыми рѣшеніями Палаты Лордовъ оказалось противорѣчіе, то прецедентомъ признается рѣшеніе позднѣйшаго времени—Campbell v. Campbell, 1880, 5 App. Cas. at p. 798. См. *Pollock*, Essays, p. 69. *Hearn*, The theory, p. 43.

[2]) Впрочемъ полное собраніе Апелляціоннаго Суда можетъ отвергнуть силу прецедента за рѣшеніемъ, постановленнымъ нѣкоторой частью его членовъ—Kelly v. Kellond, 1888, 20 Q. B. D. at p. 572.

[3]) Pledge v. Carr, 1895, 1 Ch. D. at p. 52; Lavy v. L. C. C., 1895, 2 Q. B. D. at p. 581. Впрочемъ рѣшенія одного Лорда Канцлера не имѣютъ для апелляціоннаго суда безусловно-обязательнаго значенія —Wheeldon v. Burrows, 1879, 12 Ch. D. at p. 54; in re Watts, 1885, 29 Ch. D. at p. 953.

[4]) См. *Hearn*, The theory, p. 43.

[5]) Апелляціонный Судъ условно связанъ рѣшеніями судовъ первой инстанціи, Палата Лордовъ—рѣшеніями Апелляціоннаго Суда. Однакоже значеніе такой условной связанности возрастаетъ и высшій судъ обыкновенно подчиняется рѣшеніямъ судовъ низшихъ, если установленное въ этихъ рѣшеніяхъ правило дѣйствуетъ уже издавна, или если на немъ основаны спорные договоры, или если отъ него зависитъ истолкованіе торговыхъ документовъ и т. п. Напротивъ, условно-обязательная сила такихъ рѣшеній уменьшается, если основанное на нихъ правило часто подвергалось сомнѣніямъ,

ныхъ ему судовъ [1]). Отсюда очевидно, что значеніе прецедента опредѣляется не только по суду, его установившему, но и по суду, въ которомъ ссылаются на прецедентъ. Его сила можетъ быть безусловной въ одномъ судѣ и только условной въ другомъ. Рѣшеніе Апелляціоннаго Суда безусловно-обязательно для суда первой инстанціи и только условно-обязательно для Палаты Лордовъ.

Для того, чтобы судъ могъ оставить безъ вниманія или не послѣдовать за прецедентомъ условно-обязательнымъ, необходимо нѣсколько поводовъ.

Прежде всего то рѣшеніе, на которое ссылаются, какъ на прецедентъ, должно быть, по мнѣнію суда, дурнымъ рѣшеніемъ (a wrong decision) [2]). Рѣшеніе же считается дурнымъ или тогда, когда оно противорѣчитъ дѣйствующему праву, или тогда, когда оно вообще неразумно. Противорѣчитъ дѣйствующему праву то рѣшеніе, которое несмотря на существованіе данной нормы уклонилось отъ нея или не примѣнило ее. Неразумнымъ признается то рѣшеніе, которое устанавливаетъ принципы и правила, несогласныя съ требованіями здравой логики и нормальнаго порядка вещей.

Во всякомъ случаѣ незаконность и неразумность рѣшенія сами по себѣ еще не могутъ служить достаточнымъ осно-

---

См. Bain v. Fothergill, 1874, L. R. 7 H. L. at p. 209; Pugh v. Golden Valley Rwy. Co., 1880, 15 Ch. D. 330; Smith v. Keal, 1882, 9 Q. B. D. at p. 352; Fraser v. Ehrensperger, 1883, 12 Q. B. D. at p. 318; in re Rosher, 1884, 26 Ch. D. 821; Palmer v. Johnson, 1884, 13 Q. B. D. at p. 355; R. v. Edwards, 1884, 13 Q. B. D. at p. 590; Pearson v. Pearson, 1884, 27 Ch. D. 145; Pandorf v. Hamilton, 1886, 17 Q. B. D. at p. 674; ex parte Lickorish, 1890, 25 Q. B. D. 176; in re Lashmar, 1891, 1 Ch. D. at p. 268, Bowen, L. J.; Trego v. Hunt, 1896, App. Cas. 7.

[1]) Jessel, M. R., in Osborne v. Rowlett, 1880, 13 Ch. D. at. p. 785; Gathercole v. Smith, 1881, 44 L. T. at p. 441; Cason v. Churchley, 1883, 53 L. J. Q. B. at p. 336; Brett, L. J., The Vera Cruz, 1884, 9 P. D. at p. 98; Palmer v. Johnson, 1884, 13 Q. B. D. at p. 355.

[2]) Jessel, M. R., in Osborne v. Rowlett, 1880, 13 Ch. D. at p. 785; Gathercole v. Smith, 1881, 44 L. T. at p. 441.

ваніемъ для того, чтобы отвергать его значеніе, какъ прецедента [1]). Еслибы судъ долженъ былъ считаться только съ такими свойствами прецедента, то всякое условно-обязательное рѣшеніе низводилось бы на степень простого примѣра, голаго теоретическаго положенія, которое обладаетъ только тѣмъ значеніемъ, какое принадлежитъ его внутренней основательности и убѣдительности; всякій условно-обязательный прецедентъ въ сущности превращался бы въ прецедентъ необязательный. Но такое превращеніе отнюдь не допускается. Судья обязанъ подчиниться и дурному рѣшенію, если кромѣ своего личнаго мнѣнія онъ не имѣетъ объективныхъ основаній, доказывающихъ непригодность такого рѣшенія [2]). Эти объективныя основанія заключаются въ общемъ состояніи права или въ устарѣлости самого прецедента. Слишкомъ старое рѣшеніе постепенно теряетъ свою силу не путемъ прямой его отмѣны, но косвенно—благодаря случайному конфликту стараго и, быть можетъ, уже отчасти забытаго принципа съ позднѣйшими рѣшеніями судовъ. Старый прецедентъ, не будучи отмѣненъ, оказывается несовмѣстимымъ съ нынѣшнимъ состояніемъ судебной практики. Такимъ образомъ разрушающая сила старости подтачиваетъ значеніе прецедента и, наконецъ, отнимаетъ у него всякій авторитетъ. Право проникается инымъ духомъ и усваиваетъ иныя идеи; старыя рѣшенія выходятъ изъ употребленія и становятся недѣйствительными. Разумѣется, нельзя опредѣлить теоретически періодъ времени, въ теченіе котораго совершается такое постепенное вытѣсненіе старыхъ прецедентовъ прецеден-

---

[1]) См. *Blackstone*, Commentaires, t. I, p. 105—106. *Clark*, Practical jurisprudence, p. 225—226, 232, 250. *Hearn*, The theory, p. 43—44.

[2]) Вотъ почему на практикѣ не часто отступаютъ отъ прецедентовъ даже условно-обязательныхъ, особенно если они заимствуются изъ рѣшеній равныхъ судовъ (courts of co-ordinate jurisdiction) и соотвѣтствуютъ обстоятельствамъ дѣла. См. Palmer v. Johnson, 1884, 13 Q. B. D. at p. 355; Cason v. Churchley, 1883, 53 L. J. Q. B. at p. 336.

тами новыми. Этотъ періодъ измѣняется въ разныхъ областяхъ права. На основаніи наблюденій можно только приблизительно сказать, что судебная практика обыкновенно руководствуется прецедентами послѣднихъ двадцати—тридцати лѣтъ [1]).

Такимъ образомъ, нарушеніе судомъ нормы, установленной въ условно-обязательномъ рѣшеніи, должно оправдываться не только тѣмъ, что это рѣшеніе плохо (т. е. незаконно или неразумно), но также и общимъ характеромъ существующаго и дѣйствующаго права: ошибочный принципъ такого рѣшенія не выражаетъ общей ошибки, общаго заблужденія и потому не допускаетъ оправданія ссылкой на положеніе „communis error facit jus". Прецедентъ признается недѣйствительнымъ, потому что онъ не только плохъ, но такъ явно и серьезно плохъ, что уничтоженіе его требуется въ интересахъ здраваго отправленія правосудія (a precedent may be overruled or dissented from, when it is not merely wrong, but so clearly and seriously wrong that its reversal is demanded by the interests of the sound administration of justice) [2]).

Обнаружить недѣйствительность такого рѣшенія, какъ прецедента, возможно въ двоякой формѣ: судъ или отвергаетъ его (overrule), или просто не принимаетъ во вниманіе (dissent, not follow). Отвергнуть прецедентъ можетъ только высшая инстанція суда; въ такомъ случаѣ онъ признается ничтожнымъ и теряетъ всякую силу [3]). Не принять во вниманіе существующаго прецедента можетъ и судъ равной степени, и тогда сила старой нормы не уничтожается: старое

---

[1]) Это, конечно, не исключаетъ извѣстной традиціи, т. е. сохраненія въ новыхъ рѣшеніяхъ здравыхъ началъ, заимствованныхъ изъ прежнихъ временъ (иногда весьма отдаленныхъ). См. *F. Clarke*, The science, p. 94. *Pollock*, Essays, p. 252.

[2]) См. *Salmond*, Jurisprudence, p. 165.

[3]) Отвергнутымъ признается и то рѣшеніе, которое утверждено Апелляціоннымъ Судомъ, но только по инымъ основаніямъ („on other grounds")—Hack v. London Provident Building Society, 1883 23 Ch. D. 111.

рѣшеніе и новое рѣшеніе признаются равно дѣйствующими, хотя и противорѣчащими одно другому, — и судамъ предоставляется на выборъ въ дальнѣйшей практикѣ руководствоваться либо однимъ, либо другимъ изъ этихъ прецедентовъ [1]). При этомъ часто получаетъ перевѣсъ рѣшеніе болѣе новое; старое рѣшеніе, впрочемъ, весьма устойчиво, если выражаетъ общую и постоянную практику судовъ по спорному вопросу (the current of earlier authority) [2]).

По различію нормъ, которыя устанавливаются въ приговорахъ судовъ, прецеденты бываютъ или декларатерными (declaratory precedents), или креативными (creative precedents) [3]).

Декларатерный прецедентъ есть тотъ, который только примѣняетъ уже существующую норму права или повторяетъ положенія прежнихъ судебныхъ рѣшеній. Креативный прецедентъ самъ творитъ и примѣняетъ новую норму. Въ первомъ случаѣ норма примѣняется потому, что она уже призна-

---

[1]) Иногда, впрочемъ, суды уклоняются отъ прецедентовъ не путемъ прямого ихъ нарушенія, а съ помощью утонченныхъ или искусственныхъ различій и разсужденій, вводимыхъ въ правило при разрѣшеніи отдѣльныхъ спорныхъ случаевъ. Ср. Sheffield v. London Joint-Stock Bank, 1888, 13 App. Cas. 333 и Simmons v. London Joint-Stock Bank, 1892, App. Cas. 201. См. *Pollock*, Essays, p. 249.

[2]) См. in re Kloehe, 1884, 28 Ch. D. at p. 180. Понятно, практику или теоретику, изучающему англійское право, важно знать, какія рѣшенія имѣютъ силу прецедентовъ и какія уже утратили ее. Важнымъ пособіемъ для справокъ служитъ сборникъ: *Dale and Lehmann*, A Digest of cases overruled, not followed etc., in the English Courts from the year 1756.

[3]) Нѣкоторые не признаютъ декларатерныхъ прецедентовъ. Но собственно съ англійской точки зрѣнія слѣдовало бы всѣ прецеденты считать декларатерными. См. *Pollock*, Essays, p. 243. *Bentham*, An introduction, p. 330. *Austin*, Lectures, t. II, p. 330, 344—345. *Salmond*, Jurisprudence, p. 159—163. *Lorimer*, The institutes, p. 199 sq. Лоримеръ—какъ защитникъ и представитель естественнаго права—считаетъ, что вообще всякая юридическая норма можетъ быть только декларатерной.

на правомъ; въ послѣднемъ случаѣ норма становится правоположеніемъ на будущее время потому, что она уже примѣнена. Въ столь развитой системѣ права, какъ современная, декларaторные прецеденты являются самыми многочисленными; въ большинствѣ случаевъ имѣются уже установленныя нормы, и потому судебныя рѣшенія обычно провозглашаютъ только положенія, уже признанныя раньше. Однако креативные прецеденты, хотя и менѣе многочисленные, имѣютъ громадное значеніе. Только они развиваютъ право въ то время, какъ другіе приговоры судовъ оставляютъ его въ томъ положеніи, въ какомъ оно существовало раньше, доказывая только фактъ его существованія.

Подъ прикрытіемъ фикціи, которая служитъ формальнымъ оправданіемъ силы всякаго прецедента, и креативные, и декларaторные приговоры судовъ признаются въ равной мѣрѣ источниками права [1]). Авторитетъ и тѣхъ, и другихъ одинъ и тотъ же, потому что авторитетъ всякаго рѣшенія не зависитъ отъ того, восполняется ли имъ пробѣлъ въ существующемъ правѣ или примѣняется норма уже готовая. Существуетъ ли въ правѣ искомая норма или не существуетъ — безразлично: судъ можетъ установить въ качествѣ юридической нормы на будущее время то, что онъ теперь объявляетъ и примѣняетъ, какъ право. Различіе между обоими видами прецедентовъ состоитъ въ ихъ отношеніи къ прежде существовавшему праву, но вовсе не къ тому, которое создается. Креативный прецедентъ создаетъ новыя нормы, которыя только фиктивно считаются не новыми. Декларaторный прецедентъ равнымъ образомъ провозглашаетъ нормы и потому признается источникомъ права, хотя онъ и не является источникомъ новаго права.

Креативные прецеденты по отношенію къ существующему и дѣйствующему праву могутъ имѣть различное значеніе. Они могутъ или только восполнять его, развивать его несо-

---

[1]) См. *Holland*, The elements, p. 64.

вершенныя положенія; или же, измѣняя и отмѣняя его, они могутъ вносить нововведенія болѣе существенныя. Такъ возникаетъ понятіе прецедентовъ, восполняющихъ право (suppletory precedents), и прецедентовъ, отмѣняющихъ его (abrogative precedents) [1]). Послѣдніе, очевидно, не соотвѣтствуютъ основнымъ задачамъ судебной дѣятельности и потому въ принципѣ совершенно отвергаются. Всякій судъ только примѣняетъ право, но ни подъ какимъ видомъ не можетъ отмѣнять или измѣнять его [2]). Однакоже въ нѣкоторыхъ случаяхъ и за прецедентами, отмѣняющими право, признается полный авторитетъ нормъ, обязательныхъ для судовъ.

Прежде всего, несомнѣнно, отмѣняющее значеніе имѣютъ рѣшенія, въ которыхъ отвергаются прецеденты условно-обязательные. Впрочемъ и въ этихъ случаяхъ англичане прибѣгаютъ къ оригинальной фикціи: считается, что даже высшая инстанція суда, отвергая старый прецедентъ, не отмѣняетъ дѣйствующаго права, а только авторитетно заявляетъ, что той нормы, на какую опирается прецедентъ, въ дѣйствительности не существуетъ. Прецедентъ отвергается не потому, что въ немъ установлена плохая норма, а потому, что въ немъ нѣтъ никакой нормы [3]). Поэтому отверженіе прецедента получаетъ обратную силу дѣйствія, что́ вовсе не допускается при отмѣнѣ или измѣненіи какого-нибудь статута въ законодательномъ порядкѣ [4]).

Другой случай, когда допускаются прецеденты, отмѣняющіе право, оправдывается тѣмъ, что часто бываетъ луч-

---

[1]) См. *Salmond*, Jurisprudence, p. 170—172. *Его же*, The theory, p. 384—385.

[2]) См. *F. Clarke*, The science, p. 78, 264. *Salmond*, Jurisprudence, p. 108.

[3]) „Ma in tal caso il giudice non fa una nuova legge, nè muta la legge antica: corregge l'errore d'interpretazione o d'applicazione, in cui il precedente giudice era caduto. Resta sempre ferma la massima che i magistrati devono jus dicere, non jus dare". См. *Morelli*, La funzione, p. 178. *Stephen*, Commentaries, t. I, p. 48.

[4]) См. *Holland*, Jurisprudence, p. 58.

ше признать юридическую силу за фактомъ, противорѣчащимъ праву, нежели уничтожить его: quod fieri non debet, factum valeat! Судъ, осуществляя задачи правосудія, можетъ допустить ту или иную ошибку, фактически даже можетъ дать рѣшеніе, противное требованіямъ дѣйствующаго права. Въ такомъ случаѣ англійское право за состоявшимся рѣшеніемъ признаетъ полную силу прецедента, считая болѣе удобнымъ слѣдовать дѣйствительному правилу, которое не должно бы было возникнуть, нежели возстановлять утраченную норму, которую не слѣдовало бы отмѣнять. Поэтому и сила условно-обязательныхъ рѣшеній не колеблется отъ того только, что они бываютъ противозаконными; тѣмъ болѣе непоколебимымъ остается тотъ противозаконный приговоръ, который имѣетъ значеніе безусловно-обязательнаго прецедента. Ни одинъ судъ не позволитъ себѣ на этомъ основаніи критиковать рѣшеніе Палаты Лордовъ или высшаго уголовнаго суда (Судъ дѣлъ, предоставленныхъ коронѣ—Court of crown cases reserved) [1]). Ихъ приговоры непререкаемы, и только законъ можетъ уничтожить созданную ими норму [2]).

Такимъ образомъ приговоры или рѣшенія англійскихъ судовъ имѣютъ огромное значеніе въ дѣлѣ созданія права, и очень часто при ихъ посредствѣ вполнѣ сознательно измѣняются и отмѣняются несовершенныя постановленія законовъ, и вводятся новыя нормы, имѣющія общеобязательную силу [3]).

---

[1]) Этотъ судъ является собственно общимъ собраніемъ членовъ отдѣленія Королевской Скамьи. См. 44 and 45 Vict. c. 68, Supreme Court of Judicature Act, 1881, s. 15.

[2]) Законъ уничтожаетъ силу старыхъ прецедентовъ. Однакоже ссылки на нихъ возможны и послѣ изданія новаго закона, если смыслъ его неясенъ — Robinson v. Canadian Pacific Rwy. Co., 1892, App. Cas. 481.

[3]) Для примѣра можно сослаться на цѣлый рядъ рѣшеній — Leveson v. R., 1869, I Franqueville, 209—210; in re Frost, 1888, 4 T. L. R. 757; R. v. Tolson, 1889, 23 Q. B. D. 168; R. v. Smith, 1897, Sir. 99, 4—9. Когда по дѣлу Толсонъ въ Палатѣ Лордовъ былъ возбужденъ вопросъ о томъ, что высшій уголовный судъ (Court of crown

Въ дѣйствительности англійскіе суды, въ особенности высшіе, безспорно пользуются правами законодательной власти [1]). Важнѣйшіе институты частнаго или публичнаго права создаются и измѣняются не столько съ помощью законовъ, сколько при посредствѣ судебныхъ рѣшеній. И характерно, что даже рабство было отмѣнено въ Англіи не актомъ законодательной власти, а судебнымъ прецедентомъ [2]).

3.

Законодательства континентальной Европы относятся къ прецедентамъ отрицательно, такъ какъ исходятъ изъ того положенія, что дѣятельность судебная есть всецѣло дѣятельность подзаконная и притомъ свободная, не допускающая никакихъ предписаній и указаній со стороны равныхъ или высшихъ учрежденій относительно такого или другого примѣненія закона въ отдѣльномъ случаѣ и относительно такого или другого разрѣшенія частнаго дѣла. Эти идеи отражаются даже на значеніи приговоровъ высшихъ судовъ, и по общему правилу кассаціоннымъ рѣшеніямъ не присвоивается

---

cases reserved) явно измѣняетъ законы, то лордъ канцлеръ отвѣтилъ: „Приговоръ суда не подлежитъ обсужденію парламента, а судей нельзя обвинять въ нарушеніи закона, такъ какъ только они могутъ сказать, что̀ такое законъ" (протоколъ засѣданія 16 мая 1889 г.). См. *Franqueville*, Le système, t. I, p. 210, 212, t. II, p. 336.

[1]) Поэтому современная англійская теорія различаетъ два вида законодательства: законодательство въ собственномъ смыслѣ этого слова и законодательство судебное (proper legislation and judicial legislation). См. *Lightwood*, The nature, p. 403—414. *Austin*, Lectures, v. II, p. 217.

[2]) Sommersett's case, 1772, 20 St. Tr. 1. „It is characteristic of English history, замѣчаетъ Фриманъ, that slavery was finally wiped out from among us, not by a legislative enactment, but by a judicial decision which did more credit to the hearts of the Judges who gave it than it did to their knowledge of history". См. *Freeman*, The history of the Norman Conquest of England, 1876, v. V, p. 480—481.

сила обязательныхъ прецедентовъ. Поэтому въ государствахъ континентальной Европы законодательныя постановленія о судебныхъ прецедентахъ не отличаются ни многочисленностью, ни стройностью.

Болѣе подробныя правила содержатся въ законахъ Германіи и Австріи. Но и эти законы обязательное значеніе признаютъ только за судебными рѣшеніями высшихъ судовъ, да и то впрочемъ въ самыхъ ограниченныхъ предѣлахъ. Тѣмъ не менѣе и въ этихъ странахъ въ прежнія времена къ судебнымъ прецедентамъ относились иначе и признавали за ними полный авторитетъ общеобязательныхъ нормъ [1]).

---

[1]) См. *Beseler*, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 3—57. *Wächter*, Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht, 1844, S. 110—168. *Köstlin*, Geschichte des deutschen Strafrechts, 1859, S. 208 ff. *Stobbe*, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 1860, B. I, S. 17, 24, 218, 266—282, 421—424, 462—480, 495—496, 589; 1864, B. II, S. 6, 63—109, 152, 196—198, 210—211 и мн. др. *Stintzing*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 1880, Abt. I, S. 47 ff., 478 ff., 522 ff. *Schultze*, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung, 1883, Th. I, S. 97—215. *Brunner*, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1901, S. 11, 30 ff., 89—94 и др. *Schröder*, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1902, S. 43—45, 166 ff., 228—230, 546—554, 646 ff., 783 ff., 829 ff. Кромѣ того, въ особенности для изученія законодательства отдѣльныхъ нѣмецкихъ земель,—*Maurenbrecher*, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts, 1832, Ab. I, S. 12—13, 24. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, 1837, B. II, S. 112. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, B. I, S. 197—205. *Heimbach*, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes, 1852, B. I, S. 24. *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1856, B. I, S. 44—45. *Seuffert*, Practisches Pandektenrecht, 1860, B. I, S. 14. *Dollmann*, Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II, Th. III, S. 147; Beilagenheft, S. 273 и др. *Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 1870, Th. I, B. I, S. 23, 54. *Schmidt*, Lehrbuch des Preussischen Rechts und Prozesses, 1875, B. I, S. 48—49. *Menger*, System des österreichischen Civilprocessrechts, 1876, B. I, S. 122. *Pfaff-Hofmann*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 1877, B. I, Ab. I, S. 213—214; 1882, B. I, Ab. II, S. 276 ff. *Canstein*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Ci-

Не говоря уже объ эпохѣ Варварскихъ Законовъ и Капитуляріевъ (отъ половины V до конца X ст.), когда вообще строго не отличали судебный приговоръ отъ закона [1]), значеніе рѣшеній нѣмецкихъ судовъ ярко проявлялось на протяженіи цѣлаго ряда столѣтій, болѣе близкихъ къ нашему времени. Право и примѣнялось, и создавалось въ судахъ не только въ теченіе X — XII в., но и значительно позднѣе: съ половины XV в. суды при посредствѣ своихъ рѣшеній осуществляютъ рецепцію римскаго права, въ XVII и XVIII ст. судебная практика создаетъ новые институты уголовнаго права, для котораго положенія старыхъ законовъ (и въ особенности Каролины) оказывались уже недостаточными, устарѣвшими и слишкомъ жестокими [2]). Развиваясь въ судахъ и въ судебной практикѣ, право выражалось въ формѣ отдѣльныхъ судебныхъ рѣшеній, которымъ присвоивалась обязательная сила прецедентовъ. И такое значеніе имѣли приговоры какъ мѣстныхъ, такъ и высшихъ или центральныхъ судовъ.

---

vilprozessrechtes, 1880, B. I, S. 307—308. *Wächter*, Pandekten, 1880, B. I, S. 112. *Roth*, Bayrisches Civilrecht, 1881, B. I, S. 125—128. *Ullmann*, Das österreichische Zivilprozessrecht, 1885, S. 10—11. *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1893, B. I, S. 182—190. *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 1893, B. I, S. 42—44. *Danzer*, Das Bayerische Landrecht, 1894, S. 4. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, 1895, B. I, S. 177—181. *Förster*, Preussisches Privatrecht, 1896, B. I, S. 81—83.

[1]) Къ закону нерѣдко присоединяли или въ составъ закона вводили отдѣльныя судебныя рѣшенія (ср. напр. Monumenta legum Germaniae, I, Cap. a. 757, c. 9, p. 28, или Cap. a. 803, p. 118, или Cap. a. 856, c. 17, p. 443—по указанію Штоббе) и, наоборотъ, отдѣльныя положенія законовъ назывались judicia. Понятно, что судебный приговоръ, являвшійся результатомъ той „правды", которую указывалъ Богъ (иногда для нахожденія нормы права прибѣгали къ суду Божію), — не могъ не имѣть общеобязательнаго значенія. См. *Stobbe*, Geschichte, B. I, S. 17, 24, 218, 275—276. *Schröder*, Lehrbuch, S. 229, 230.

[2]) См. *Wächter*, Gemeines Recht, S. 117 ff.

Мѣстные суды разныхъ наименованій (Lehnsgerichte, Hofgerichte, Stadtgerichte, Dorfgerichte, Märkergerichte и т. д.) тщательно придерживались тѣхъ положеній, которыя уже были высказаны при разрѣшеніи другихъ дѣлъ, и тщательно записывали и собирали старые приговоры. Такіе приговоры въ видѣ добавленій къ законамъ, статутамъ и привилегіямъ помѣщались въ общихъ съ ними сборникахъ и служили „для вѣчнаго руководства на будущія времена": „und wand die vorgeschriben erkantnusse gegen armen und richen luten nu und eweklich glichgehalten sol werden, darumb ist si in der räten und des gerichtes büchern getan setzen" [1]).

Разумѣется, еще значительнѣе была сила судебныхъ прецедентовъ тѣхъ высшихъ судовъ (Oberhöfe), за которыми издавна установился авторитетъ лучшихъ знатоковъ права и вѣщателей правды. Эта роль принадлежала скамьѣ шёффеновъ (Schöffenstuhl) Любека, Франкфурта и, въ особенности, Магдебурга; позднѣе такое значеніе имѣли шёффены Лейпцига, отчасти—Галле и Бранденбурга. Къ нимъ обращались за совѣтомъ во всѣхъ спорныхъ и темныхъ случаяхъ и отсылали для разрѣшенія дѣла изъ самыхъ различныхъ земель и мѣстъ Германіи (и даже изъ другихъ странъ, получившихъ такъ наз. нѣмецкое право—напр., изъ Польши). Ихъ рѣшенія давали общія нормы [2]), которымъ слѣдовали во многихъ мѣстностяхъ. Понятно, что сохраненіе, собираніе и переписка такихъ рѣшеній представляли значительный интересъ какъ для самихъ высшихъ судовъ, такъ и для тѣхъ, кто обращался къ нимъ за совѣтомъ и за помощью. Сохранилось немало сбор-

---

[1]) Rechtsquellen von Basel, I, Nr. 48 a. 1390, Nr. 87 a. 1408—по указанію *Stobbe*, Geschichte, B. I, S. 495.

[2]) Эти общія нормы могли быть почерпнуты изъ законовъ, статутовъ, привилегій или изъ права обычнаго. Но въ массѣ случаевъ шёффены руководствовались только собственнымъ убѣжденіемъ: „deficiente jure scripto seu consueto debeant unicuique secundum eorum conscientiam de justitia providere" (Ср. Brünner Stadtr. Nr. 681—по указанію *Stobbe*, Geschichte, B. I, S. 277—278).

никовъ подобныхъ приговоровъ. Сохранилось немало и указаній на то авторитетное значеніе, какое принадлежало такимъ судебнымъ прецедентамъ и было довольно характерно выражено въ одномъ частномъ случаѣ: именно, когда въ 1429 г. въ Бреславлѣ рѣшили завести новую книгу судебныхъ рѣшеній, то постановили вносить туда всѣ приговоры, которые „von hynnen czu Magdeburg gekouft und geholt werden zu eyme ewigen gedechtnisse zu nutze und steure der hernochkomenden herren und Schepphin, dassie ire houpte nicht dorffen muhen und denn der gleich snelle mogen hirynne finden beschrieben" [1]).

Высшіе имперскіе суды равнымъ образомъ въ своихъ рѣшеніяхъ авторитетно диктовали общія нормы, и приговоры ихъ имѣли значеніе обязательныхъ прецедентовъ.

Такъ, имперскій надворный судъ (Reichshofgericht) уже въ XII в. даетъ приговоры, въ которыхъ нерѣдко обозначаетъ, что они имѣютъ обязательную силу и на будущее время при разрѣшеніи другихъ тождественныхъ дѣлъ [2]). Въ 1235 г., съ учрежденіемъ постояннаго надворнаго судьи, всѣ приговоры заносятся въ отдѣльную книгу, а секретарю вмѣняется въ особую обязанность записывать „omnes sententias coram nobis in majoribus causis inventas maxime contradictorio judicio obtentas, que vulgo dicuntur gesamint urteil, ut in posterum in casibus similibus ambiguitas rescindatur, expressa terra secundum consuetudinem cujus sententiatum est" [3]).

Въ 1495 г. создана имперская судебная палата (Reichskammergericht). И съ этого времени тянется цѣлый рядъ законовъ и постановленій, которые имѣютъ въ виду установить единообразіе въ практикѣ этого высшаго имперскаго суда,

---

[1]) *Stobbe*, Geschichte, B. I, S. 278 ff.

[2]) Примѣры изъ рѣшеній 1165, 1168, 1209 и 1293 гг.—см. у *Stobbe*, Geschichte, B. I, S. 466.

[3]) Landfrieden von 1235, c. 15 (Monumenta Legum Germaniae, I, S. 317). Ср. *Brunner*, Grundzüge, S. 94. *Stobbe*, Geschichte, B. I, S. 464, 466, 467. *Schröder*, Lehrbuch, S. 546 ff.

правильно организовать записываніе и собираніе его рѣшеній и охранить за такими рѣшеніями авторитетъ обязательныхъ прецедентовъ. Рѣшенія записываются и тщательно собираются („mit Fleiss colligiren") [1]) не только для того, чтобы предупредить разнообразіе или разнорѣчіе въ дѣятельности самой Имперской Судебной Палаты, которая обязана всячески остерегаться („in alle Wege zu verhüten") давать другъ другу противорѣчащіе приговоры и должна заботиться объ одинаковомъ разрѣшеніи тождественныхъ дѣлъ [2]), но и для того, чтобы дать другимъ судамъ въ judicia cameralia надежную опору для руководства и разъясненія всѣхъ возникающихъ сомнѣній [3]).

---

[1]) R. A. v. 1556, § 94. R. A. v. 1570, § 75—77. K. G. O. v. 1614, I, 16, § 5. J. R. A. v. 1654, § 136. V. A. v. 1713, § 84. Въ частности R. A. v. 1570 предписывалъ: „Damit aber aller Ungleichheit in Entscheidung der rechthengigen Sachen vorgekommen werden möge, bevehlen wir unserem Cammerrichter, etliche Beisitzer insonderheit zu verordnen, so diejenigen Opiniones, die bei den Rechtsgelehrten ganz streitig, etwan in relationibus causarum mit approbation des gantzen Raths angenommen werden, mit Fleiss colligiren, solches alles in ein sonder Protokollbuch mit Vorwissen des Cammerrichters durch einen Protonotarium nur per modum conclusionis beischreiben zu lassen, und in die Mainzische Canzlei, durch uns auf jederzeit künftige Reichsversammlung auf Rath und Gutachten gemeiner Stend publiciren zu lassen, copielich überschicken, gleichwohl sollen Cammerrichter und Beisitzer inmittelst verglichenen Punkten, sich in decernendo procedendo et decidendo causas gemäss verhalten" (§ 75).

[2]) V. A. v. 1713, § 84: „bevorab dahin zu sehen, dass... nicht weniger in gleichen Fällen gleiches Recht und Process erkennet werden". Cp. V. Prot. v. 27 Juni 1768.

[3]) Уже въ 1641 г. законодатель обсуждаетъ вопросъ, „wie es dahin zu bringen, dass solche Quaestiones decisae auch bey den inferioribus Principum et statuum Tribunalibus in vorgehenden gleichen Fällen, derenthalben sonsten in der Stände sonderbaren Land- und Statt-Rechten nichts eigentliches statuirt und versehen ist, in observantz gebracht und zu mehrerer Einführung gleichen Rechtens aller Orthen in dem Heil. Reich denselben pressis vestigiis möchte nachgegangen werden". Reichstags-Conclusum a. 1641—*Stobbe*, Geschichte, B. II, S. 90.

Правила процесса, принятыя въ Имперской Судебной Палатѣ, служили образцомъ для высшихъ судовъ въ отдѣльныхъ государствахъ Германіи (Oberhofgerichte, Oberappellationsgerichte) [1]). Постепенно, начиная съ конца XV ст., въ отдѣльныхъ земляхъ стали создаваться самостоятельныя и замкнутыя системы судовъ, не знающихъ и не допускающихъ никакого контроля извнѣ, т. е. со стороны органовъ судебной власти иныхъ нѣмецкихъ государствъ или даже со стороны Имперской Судебной Палаты (privilegia de non appellando). Естественно, главные суды такихъ системъ получили въ своей территоріи руководящее значеніе. Въ теченіе XVIII и первой половины XIX в. появляется рядъ законовъ о прецедентахъ (Präjudiciengesetze), которые имѣютъ въ виду опредѣлить значеніе судебной практики и силу рѣшеній такихъ высшихъ судовъ. Но въ этихъ законахъ уже нѣтъ единства, такъ какъ законодатель, отчасти подъ вліяніемъ теоріи раздѣленія властей, иногда становится къ прецедентамъ въ совершенно отрицательное отношеніе. Въ то время, какъ въ однихъ государствахъ за судебными прецедентами сохраняется прежнее значеніе, въ другихъ государствахъ, напротивъ, стремятся всѣми силами парализовать ихъ вліяніе; а иногда взгляды измѣняются, и разновременные законы одного и того же государства оказываются основанными на совершенно противоположныхъ принципахъ.

Въ Кургессенѣ по уставу 1746 г. судебныя рѣшенія высшаго апелляціоннаго суда г. Касселя по спорнымъ вопросамъ признаются обязательными и на будущее время — впредь до изданія соотвѣтствующаго закона („so lange und viel, bis Wir selbst ein Anderes verordnen"). Они связываютъ и опредѣляютъ дальнѣйшую практику этого высшаго суда. Однакоже для подчиненныхъ судовъ они необязательны [2]).

---

[1]) См. *Stintzing*, Geschichte, Abt. I, S. 481. *Stobbe*, Geschichte, B. II, S. 90, 91.

[2]) O. A. G. O. v. 1746, V, § 13. См. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, B. I, S. 177. *Stobbe*, Handbuch, B. I, S. 186. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Th. II, S. 112.

Дальше идетъ законодательство Ганновера. По уставу 1838 г. опубликованные по указу короля приговоры высшаго апелляціоннаго суда въ г. Целле должны соблюдаться всѣми судами, какъ общія нормы [1]). Также и въ Брауншвейгѣ по закону 1853 г. всѣ суды обязаны подчиняться твердо-установившейся судебной практикѣ кассаціоннаго суда. При этомъ считается, что наличность такой практики по тому или другому вопросу совершенно достаточно доказывается существованіемъ хотя бы только двухъ однородныхъ рѣшеній высшей инстанціи [2]).

Законодательства Саксоніи, Баваріи и Пруссіи неоднократно касаются вопроса о судебныхъ прецедентахъ. Однакоже постановленія ихъ не представляются однообразными.

Въ Саксоніи и въ другихъ земляхъ, гдѣ дѣйствовало саксонское процессуальное право, авторитетъ рѣшеній высшихъ судовъ опредѣлялся различно. Такъ, по уставу 1816 г. рѣшенія высшаго апелляціоннаго суда г. Іены, будучи опубликованы съ согласія министерствъ отдѣльныхъ тюрингенскихъ государствъ, для которыхъ этотъ судъ являлся высшей инстанціей, становились обязательными прецедентами и связывали суды всѣхъ низшихъ разрядовъ [3]). Высшій апелля-

---

[1]) См. *Stobbe*, Handbuch, B. I, S. 187.

[2]) Gesetz v. 5 Juli 1853, § 1—3: „Wenn der Cassationshof... dieselbe Rechtsfrage in verschiedenen Sachen und zu verschiedenen Zeiten mindestens zwei Male gleichmässig, ohne dass eine abweichende Entscheidung dazwischen liegt, entschieden hat, so ist hinsichtlich jener Rechtsfrage ein feststehender Gerichtsgebrauch anzunehmen. Darüber, ob zwei solche gleichmässige Entscheidungen vorliegen, ist nach vorgängigem Gutachten der Oberstaatsanwaltschaft ein Plenarbeschluss von dem Obergerichte zu fassen. Die sämmtlichen Gerichte des Herzogthums sind gehalten, den so constatirten Gerichtsgebrauch ihren Erkenntnissen so lange zum Grunde zu legen, bis die gesetzgebende Gewalt andere Rechtsnormen festgestellt hat".

[3]) O. A. G. O. v. 8 Oktober 1816, § 95—98. См. *Heimbach*, Lehrbuch, B. I, S. 24. *Roth*, Bayrisches Civilrecht, Th. I, S. 125. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, B. I, S. 177. *Stobbe*, Handbuch, B. I, S. 187.

ціонный судъ г. Цербста по закону 1817 г. пользовался правомъ, путемъ общихъ рѣшеній, восполнять пробѣлы своего устава судопроизводства; кромѣ того онъ былъ обязанъ въ сомнительныхъ случаяхъ руководствоваться собственными прецедентами, не отступая отъ нихъ безъ особо уважительныхъ причинъ [1]). Рѣшенія дрезденскаго высшаго апелляціоннаго суда по закону 1835 г., въ извлеченіяхъ и въ сокращенномъ видѣ, съ согласія министерства юстиціи публиковались въ собраніи узаконеній и распоряженій правительства во всеобщее свѣдѣніе и для руководства при разсмотрѣніи вновь возникающихъ тождественныхъ дѣлъ [2]).

Въ Баваріи уже Codex Maximilianeus Bavaricus 1756 г. призналъ за судебными прецедентами силу узуальнаго истолкованія права: „данные высшей судебной инстанціей приговоры и прецеденты хотя и не имѣютъ значенія общаго писаннаго закона, но въ сомнительныхъ тождественныхъ случаяхъ служатъ для узуальнаго толкованія, и потому здѣсь нужно избѣгать всякаго противорѣчія" [3]). По поводу этого постановленія Крейтмайръ въ своемъ полу-офиціальномъ комментаріи замѣтилъ, что низшія инстанціи обязаны не столько придерживаться собственныхъ judicata, сколько слѣдовать прецедентамъ высшаго суда [4]). Однакоже практика постепенно стала смягчать строгое предписаніе закона и къ началу XIX ст. признала за судами право отступать отъ рѣше-

---

[1]) O. A. G. O. v. 1817, § 64—66. *Heimbach*, Lehrbuch, I, 17, 24.

[2]) Gesetz v. 28 Januar 1835, § 9. *Heimbach*, Lehrbuch, B. I, S. 24.

[3]) „Die bei der obersten Justizinstanz ergangenen Res Judicatae und Praejudicia haben zwar die Kraft eines geschriebenen Generalgesetzes nicht, dienen aber in zweifelhaften gleichen Fällen zur Usual-Interpretation, und ist mithin auch alle Contrarietät hierin zu vermeiden". C. M. B. v. 1756, Th. I, K. 2, § 14, Nr. 3. Cp. Th. I, K. 1, § 9, Nr. 2.

[4]) „Die unteren Instanzen haben sich nicht so viel nach ihren eigenen judicatis, als nach den bey der obersten Justizinstanz ergangenen praejudiciis hierin zu richten". Cp. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Th. II, S. 112. *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, B. I, S. 14. *Roth*, Bayrisches Civilrecht, Th. I, S. 125.

ній высшей инстанціи [1]). Въ уголовномъ процессѣ такой порядокъ былъ санкціонированъ Уложеніемъ 1813 г., которое, вмѣстѣ съ его офиціальнымъ комментаріемъ, было признано единственнымъ и основнымъ источникомъ всякихъ судебныхъ рѣшеній [2]). Однакоже законъ 1837 г. не пошелъ по слѣдамъ Уложенія, но постановилъ, что рѣшенія по вопросамъ сомнительнымъ, данныя общимъ собраніемъ высшаго апелляціоннаго суда, публикуются и—впредь до изданія новаго закона—должны считаться обязательными прецедентами, но только для одной высшей инстанціи [3]). Въ 1848 г. и 1861 г. для уголовнаго процесса, а въ 1869 г. для гражданскаго процесса былъ принятъ французскій порядокъ кассаціи, и вмѣстѣ съ тѣмъ утратили силу всѣ старые законы о прецедентахъ [4]). Такимъ образомъ, несмотря на нѣкоторыя колебанія, законодательство Баваріи до половины XIX в. въ сущности исходило изъ принципа объ обязательности судебныхъ прецедентовъ, установленныхъ въ рѣшеніяхъ высшаго суда.

Отъ другого положенія отправлялось законодательство Пруссіи.

Уже въ 1713 г. Фридрихъ Вильгельмъ I выразилъ желаніе заняться составленіемъ собранія законовъ, чтобы положить предѣлъ злоупотребленію прецедентами и произволу судовъ [5]). Corpus juris Fridericiani 1749—1751 г. запретилъ при рѣшеніи дѣлъ ссылаться на авторитетъ какихъ бы то ни было правъ, учрежденій и ученыхъ юристовъ, а равно не дозъ-

---

[1]) См. *Roth*, Bayrisches Civilrecht, Th. I, S. 126.

[2]) См. *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung, 1892, S. 122.

[3]) Gesetz v. 17 November 1837, art. 3.

[4]) Gesetz v. 10 November 1848, art. 251. Einführ.-Ges. v. 10 November 1861, art. 140. P. O. v. 1869, art. 820. Einf.-Ges. v. 29 April 1869, art. 3, Nr. 12. Ср. *Dollmann*, Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II, Th. III, S. 147; Beilagenheft, S. 273. *Roth*, Bayrisches Civilrecht, B. I, S. 127.

[5]) Edict v. 21 Juni 1713, § 56. См. *Stobbe*, Geschichte, B. II, S. 447. *Koch*, Allgemeines Landrecht, I, S. 23.

волилъ комментированія закона, желая, чтобы суды были только его безпрекословными исполнителями [1]). Осуществленіе этого желанія, въ связи съ полнымъ запрещеніемъ судебной интерпретаціи законовъ, стало возможнымъ только въ 1780 г. съ учрежденіемъ особой Законодательной Комиссіи (Gesetz-Commission); при этомъ роль судебныхъ прецедентовъ и ихъ значеніе въ сущности были не уничтожены, а только видоизмѣнены: въ сомнительныхъ случаяхъ рѣшеніе дѣла предоставляется Комиссіи и, съ одобренія короля, получаетъ силу общеобязательной нормы, которой и руководствуются въ дальнѣйшей судебной практикѣ [2]). Впрочемъ Законодательная Комиссія просуществовала недолго, а право судебной интерпретаціи законовъ было снова возстановлено въ концѣ XVIII и въ началѣ XIX в. [3]). Въ это же время законодатель окончательно формулировалъ свое отрицательное отношеніе къ судебнымъ прецедентамъ въ извѣстномъ постановленіи Общаго Земскаго Права (сперва въ 1791 г. и потомъ окончательно въ 1794 г.): „Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden" [4]). Еще въ проектѣ кодекса это положеніе формулировалось иначе [5])

---

[1]) C. J. F. v. 1749—1751, Th. I, B. 1, K. 2, § 5 und 10; Vorrede, § 28, Nr. IX. См. *Stobbe*, Geschichte, B. II, S. 153.

[2]) Cabinetsordre v. 14 April 1780, S. XII und XIII. Publ.-Patent v. 26 April 1781. *Stobbe*, Geschichte, B. II, S. 456—459. *Savigny*, Vom Beruf, S. 53 — 54. Несмотря на то, что рѣшенія Законодательной Комиссіи, утвержденныя дворцовымъ рескриптомъ (Hofrescript), имѣли силу закона, офиціальныхъ сборниковъ этихъ рѣшеній первоначально не выпускалось. См. *Erste vollständige Sammlung* aller bisher ergangenen Entscheidungen der K. P. G.-C., Berlin, 1794, Vorrede.

[3]) Сначала со значительными ограниченіями—A. G. B. v. 1791, Einl. § 50—54, A. L. R. v. 1794, Einl. § 46—50, а потомъ и безъ всякихъ ограниченій — C. O. v. 8 März 1798; Rescript v. 21 März 1798; E. Anh. v. 1803, § 2; Rescript v. 18 April 1840.

[4]) A. G. B. v. 1791, Einl. § 8. A. L. R. v. 1794, Einl. § 6.

[5]) Entwurf, Einl. § 4: „Entscheidungen der Richter vertreten nur

и не имѣло такого рѣзко-отрицательнаго значенія; въ настоящемъ же своемъ видѣ запретъ закона шелъ дальше простого непризнанія обязательности судебныхъ прецедентовъ— судъ, при разрѣшеніи вновь возникающихъ дѣлъ, не долженъ обращать на нихъ никакого вниманія [1]).

Въ такой формѣ положеніе Общаго Земскаго Права являлось вполнѣ несостоятельнымъ: оно было неосуществимо фактически и притомъ явно оставляло безъ вниманія интересы единообразнаго истолкованія и примѣненія права судами. Поэтому въ XIX в. издаются новые законы о прецедентахъ, выражающіе уже нѣсколько иныя идеи.

Законъ 1836 г. впервые создаетъ новую систему, оказавшую самое рѣшительное вліяніе на все послѣдующее законодательство Германіи и Австріи. Онъ начинается очень характернымъ заявленіемъ: „Весьма цѣлесообразно при Тайномъ Высшемъ Судѣ (Geheimer Ober-Tribunal) создать учрежденіе для сохраненія единства въ судебныхъ рѣшеніяхъ не только самого Высшаго Суда, но, при посредствѣ вліянія его авторитета, также и въ рѣшеніяхъ прочихъ судовъ". Для достиженія такой цѣли предписывается: 1. Каждый сенатъ Тайнаго Высшаго Суда обязанъ завести особую книгу для записи рѣшеній (Protokollbuch) и особые справочные указатели (Spruchrepertorien). 2. Каждый сенатъ связанъ своими прежними рѣшеніями и рѣшеніями другихъ сенатовъ; отступать отъ нихъ возможно только по опредѣленіямъ общаго собранія (Plenum) Тайнаго Высшаго Суда, которому и передаются всѣ дѣла, вызывающія вопросъ о нарушеніи преж-

---

unter den Parteien, zwischen welchen sie ergangen sind, die Stelle eines Gesetzes". А потомъ, при переработкѣ проекта, это мѣсто было выражено такъ: „Entscheidungen der Richter und Meinungen der Rechtslehrer sollen niemals als Gesetz gelten". Ср A. G. B. v. 1791, Einl. § 64.

[1]) Впрочемъ это постановленіе толкуется различно. Ср. *Koch*, Allgemeines Landrecht, I, S. 23. *Förster*, Preussisches Privatrecht, B. I, S. 82. *Savigny*, System, B. I, S. 198. *Pfaff-Hofmann*, Commentar, B. I, S. 282—283, 292.

нихъ прецедентовъ. 3. Рѣшенія общаго собранія обязательны; но если общее собраніе когда-нибудь пожелаетъ измѣнить свой взглядъ, то оно можетъ отступить отъ своего прецедента при условіи, что, послѣ разрѣшенія спорнаго дѣла, оно немедленно войдетъ въ министерство съ мотивированнымъ докладомъ объ изданіи соотвѣтствующаго закона [1]). Эти положенія удерживаются и послѣдующимъ законодательствомъ, которое въ 1856 г. вноситъ только одно измѣненіе, разрѣшая каждому сенату отступать отъ своихъ собственныхъ прецедентовъ [2]).

Законъ 1836 г. оказалъ вліяніе и за предѣлами Пруссіи. По его образцу соотвѣтствующій институтъ былъ введенъ въ 1869 г. при учрежденіи Имперскаго Коммерческаго Суда (Reichsoberhandelsgericht) [3]). Затѣмъ, подъ его же вліяніемъ сложилось и нынѣ дѣйствующее законодательство Германіи, въ основѣ котораго лежатъ законы 1877, 1886 и 1898 гг. [4]).

Какъ извѣстно, во главѣ современной системы нѣмецкихъ судовъ поставленъ Имперскій Судъ (Reichsgericht). Его рѣшенія, не имѣя общеобязательнаго значенія, тѣмъ не менѣе въ извѣстныхъ предѣлахъ связываютъ его собствен-

---

[1]) C. O. v. 1 August 1836, § 1, 3, 4, 5 (Gesetz-Sammlung, S. 218—219).

[2]) V. v. 21 Juli 1846, § 25. G. v. 7 Mai 1856, § 5 (Gesetz-Sammlung, S. 293).

[3]) „Wenn die Ansicht eines Senats über eine Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung desselben Senats oder eines anderen Senats oder des Plenums abweicht, so muss vor der Sachentscheidung diese Rechtsfrage vor das Plenum gebracht werden. Die Ansicht des letzteren ist für die Entscheidung der Sache, welche zu der Plenarberathung Veranlassung gegeben hat, massgebend". Reichsgesetz v. 12 Juni 1869, § 9.

[4]) См. *Löwe*, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 1900, S. 12—15, 121—122. *Stenglein*, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechtes, 1887, S. 116. *Geier*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprocessrechts, 1880, S. 207—208. *Stobbe*, Handbuch, B. 1, S. 188—190. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, B. I, S. 178. *Binding*, Grundriss des deutschen Strafprocessrechts, 1900, S. 250 ff. *Laband*, Le droit public de l'Empire Allemand, 1903, t. IV, p. 265—267.

ную свободу дѣйствія. Именно, каждый вопросъ, юридически спорный или сомнительный, можетъ быть разрѣшенъ только соединенными гражданскими сенатами Имперскаго Суда, если одинъ гражданскій сенатъ желаетъ отступить отъ рѣшенія другого гражданскаго сената или соединенныхъ гражданскихъ сенатовъ. Тоже правило соблюдается и при разрѣшеніи дѣлъ уголовныхъ: нарушеніе прецедента, установленнаго другимъ уголовнымъ сенатомъ или соединенными уголовными сенатами, возможно только путемъ перенесенія дѣла на разсмотрѣніе соединенныхъ уголовныхъ сенатовъ. Мало того—гражданскіе и уголовные сенаты взаимно связываютъ другъ друга своими прецедентами. Ни одинъ уголовный сенатъ не можетъ отступить отъ прецедентовъ сената гражданскаго, и, наоборотъ, ни одинъ гражданскій сенатъ не можетъ пренебречь судебнымъ прецедентомъ сената уголовнаго. Требуется рѣшеніе общаго собранія Имперскаго Суда всякій разъ, когда гражданскій сенатъ желаетъ отступить отъ рѣшенія уголовнаго сената или соединенныхъ уголовныхъ сенатовъ, или когда уголовный сенатъ желаетъ также поступить по отношенію къ рѣшеніямъ гражданскаго сената или соединенныхъ гражданскихъ сенатовъ. Разумѣется, рѣшенія общаго собранія являются обязательными для сенатовъ; нарушеніе такихъ судебныхъ прецедентовъ возможно не иначе, какъ только на основаніи новаго разсмотрѣнія и разрѣшенія дѣла общимъ собраніемъ Имперскаго Суда [1]).

Современное законодательство Австріи отличается такими же чертами, какъ и законодательство Германіи, представляя однакоже въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ и свои частныя особенности [2]).

---

[1]) G. V. G. v. 27 Januar 1877, § 137 (съ измѣненіями по Gesetz v. 17 März 1886 и Gesetz v. 17 Mai 1898). Эти правила относятся и къ высшему суду Баваріи (das oberste Landesgericht in München), насколько ему присвоены обязанности высшей кассаціонной инстанціи—Ausf. Gesetz v. 23 Februar 1879, art. 42—49. G. V. G. v. 27 Januar 1877, § 8. Gesetz v. 17 Mai 1898, art. 3.

[2]) См. *Vargha*, Das Strafprocessrecht, 1885, S. 103, 369 ff. *Pfaff-*

Вопросъ о прецедентахъ въ Австріи издавна уже занималъ законодателя. Послѣ изданія Земскаго Судебнаго Устава 1514 г. (Landgerichtsordnung v. 1514) правительство Нижней Австріи въ половинѣ XVI в. завело даже особую книгу (Motivenbuch), чтобы вносить туда рѣшенія болѣе важныхъ дѣлъ въ качествѣ обязательныхъ прецедентовъ для будущаго времени [1]). Впослѣдствіи тѣ идеи, которыя повліяли на составителей Общаго Земскаго Права 1794 г. въ Пруссіи, опредѣлили и содержаніе законодательныхъ работъ, предпринятыхъ въ Австріи во второй половинѣ XVIII в. Стремясь превратить судью въ механическаго исполнителя велѣній законодательной власти и желая создать исключительное господство закона [2]), не могъ законодатель признать обязательной силы за судебными прецедентами. Гражданское уложеніе для западной Галиціи 1797 г. категорически заявляетъ: „Die von den Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben niemal die Kraft eines Gesetzes, und es kann sich ein Dritter nicht darauf berufen". И почти тоже постановленіе повторяется въ общемъ гражданскомъ уложеніи 1811 г.: „Die von Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnet werden" [3]).

Эти постановленія не имѣютъ такого безусловно-отри-

Hofmann, Commentar, B. I, S. 213—214, 276—297. *Ullmann*, Das österreichische Zivilprozessrecht, S. 10—11. *Menger*, System, B. I, S. 121—124. *Canstein*, Lehrbuch, B. I, S. 306—308.

[1]) См. *Stobbe*, Geschichte, B. II, S. 409.

[2]) Patent v. 1 Mai 1781. A. G. O. v. 1781, § 437. Patent v. 1 November 1786: „wenn dem Richter ein Fall, der in dem Gesetze nicht bestimmt wäre, oder ein gegründeter Zweifel über den Verstand des Gesetzes auffiel, soll die höchste Entschliessung durch die vorgesetzte Behörde eingeholt werden".

[3]) Westgal. G. B., § 24. A. B. G. B., § 12. Вмѣстѣ съ тѣмъ § 8 того же уложенія заявляетъ: „Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären".

цательнаго значенія, какъ постановленія Общаго Земскаго Права Пруссіи. Они не запрещаютъ обращать вниманіе на прецеденты при разрѣшеніи вновь возникающихъ подобныхъ дѣлъ; они только отрицаютъ за прецедентомъ силу закона, т. е. силу общеобязательнаго правила, которымъ суды должны руководствоваться. Однако, какъ и въ Пруссіи, послѣдующее австрійское законодательство отнеслось къ вопросу о судебныхъ прецедентахъ нѣсколько иначе.

Законъ 1850 г. возложилъ на генералъ-прокурора Кассаціоннаго Суда (Generalprocurator am obersten Gerichts- und Cassationshofe) обязанности высшаго стража единства права и правильнаго примѣненія закона. Въ случаяхъ неединообразнаго исполненія или неправильнаго толкованія закона генералъ-прокуроръ, по предложенію министра юстиціи, обязанъ передать спорный случай на разрѣшеніе общаго собранія Кассаціоннаго Суда. Постановленное такимъ собраніемъ рѣшеніе должно служить для подчиненныхъ судовъ обязательнымъ разъясненіемъ закона на будущее время [1]).

Конституція 1867 г. признала судей совершенно свободными и независимыми въ отправленіи ихъ судебныхъ обязанностей [2]). Возникъ вопросъ, какъ слѣдуетъ понимать и примѣнять законъ 1850 г. теперь, въ виду измѣненія основныхъ законовъ государства и въ виду частичныхъ перемѣнъ процессуальнаго законодательства [3]). Отвѣтомъ на этотъ вопросъ послужилъ законъ 1872 г., отчасти основан-

---

[1]) „Eine solche Entscheidung hat den untergeordneten Gerichten als Erläuterung zu dienen". Patent v. 7 August 1850, § 15, 16 f, 36.

[2]) St. G. G. v. 21 December 1867, § 6. Ср. Bericht des Verfassungsausschusses, § 5, 6 (Die neue Gesetzgebung Oesterreichs, erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, B. I, S. 426).

[3]) Напр., Just. Min. Erl. v. 21 Januar 1852 упразднилъ должность генералъ-прокурора, и она возникла вновь только по Str. P. O. v. 23 Mai 1873. Въ то же время министрамъ было предоставлено право аутентическаго толкованія законовъ, явно несогласное ни съ A. B. G. B. v. 1811, § 8, ни съ St. G. G. v. 1867, § 6. Ср. Ah. Entsch. v. 12 April 1852 и Just. Min. Erl. v. 30 Juni 1852.

ный на указахъ 3 и 31 октября 1854 г., отчасти совершенно новый. Этотъ законъ и является тѣмъ правиломъ, какое опредѣляетъ въ настоящее время силу судебныхъ прецедентовъ въ Австріи [1]).

Вообще Суды, какъ свободныя и независимыя учрежденія, не связаны прецедентами, хотя бы выразившимися въ рѣшеніяхъ высшихъ инстанцій. Но для установленія однообразія въ судебной дѣятельности всѣ суды объединены учрежденіемъ Высшаго Кассаціоннаго Суда. Самъ же Кассаціонный Судъ, въ интересахъ единства примѣненія права, до извѣстной степени связанъ своими прецедентами. Въ каждомъ сенатѣ Кассаціоннаго Суда ведутся особые указатели (Spruchrepertorien), куда вносятся всѣ рѣшенія по вопросамъ, спорнымъ или вызвавшимъ ближайшее обсужденіе въ самомъ сенатѣ. Если какой-нибудь сенатъ пожелаетъ отступить отъ занесеннаго въ указатель прецедента, или если два сената вообще пожелаютъ дать противорѣчивыя рѣшенія по какому-нибудь вопросу, то дѣло передается на разсмотрѣніе сената усиленнаго состава (изъ 15 членовъ). Этотъ сенатъ, по докладу двухъ референтовъ, заблаговременно сообщенному всѣмъ его членамъ, постановляетъ рѣшеніе, которое заносится въ особую книгу (Judicatenbuch) и считается обязательнымъ для всѣхъ сенатовъ Кассаціоннаго Суда („die in dem Judicatenbuch aufgenommene Entscheidung ist für alle Senate bindend"). Отмѣна такого прецедента можетъ состояться только по рѣшенію общаго собранія (изъ 21 члена) въ тѣхъ случаяхъ, когда такого рѣшенія единогласно потребуетъ какой-нибудь сенатъ или на него дастъ свое согласіе президентъ Кассаціоннаго Суда по представленію какого-нибудь референта отдѣльнаго сената. Всѣ такія рѣшенія общаго собранія имѣютъ значеніе обязательныхъ прецедентовъ и могутъ быть измѣняемы или отмѣняемы не иначе, какъ въ томъ

---

[1]) Ah. Entsch. v. 3 Oktober 1854. Präsidialerlass v. 31 Oktober 1854. Ah. Entsch. v. 7 August 1872.

же порядкѣ, въ какомъ они были установлены первоначально [1]).

Такимъ образомъ по австрійскимъ законамъ судебный прецедентъ, при извѣстныхъ условіяхъ, получаетъ обязательное значеніе. Но и тогда за нимъ не признается сила закона или аутентическаго толкованія, такъ какъ его обязательность ограничивается тѣсными предѣлами одного только высшаго судебнаго установленія, и притомъ онъ всегда можетъ быть измѣненъ по опредѣленію общаго собранія Кассаціоннаго Суда.

4.

Во Франціи [2]) отношеніе законодательства къ судебной практикѣ и къ прецедентамъ рѣзко измѣняется и становится вполнѣ отрицательнымъ только со времени Великой Революціи.

Правда, уже ордонансъ 1667 г. запретилъ судамъ да-

---

[1]) Ah. Entsch. v. 7 August 1872, § 1, 3, 4, 5.

[2]) См. *Merlin*, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 1825, t. II, p. 87 - 88, 90. *Warnkönig-Stein*, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, 1846, B. I, S. 437—438 ff., 586—589, 591—592; 1848, B. II, S. 49, 55—56, 109—112; 1846, B. III, S. 394 ff., 462 ff. *Schäffner*, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, 1859, B. II, S. 324 ff., 400, 577 ff., B. III, S. 59—60, 161—164. *Faustin Hélie*, Traité de l'instruction criminelle, 1866, t. I, p. 285—293, 321—324, 384—386; 1867, t. VIII, p. 348—353, 515—516. *Laurent*, Principes de droit civil, 1869, t. I, p. 14, 331 — 332, 336 — 339, 361. *Dalloz*, Jurisprudence générale, 1869, t. XXXIV, partie II, p. 1470, № 88. *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, 1874, Ж. Г. и У. П., I, стр. 50—52. *Fuzier-Herman*, La séparation des pouvoirs, 1880, p. 144 ss. *Saint Girons*, Essai sur la séparation des pouvoirs, 1881, p. 45 ss., 125 ss. *Esmein*, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882, p. 33 ss. *Fuzier-Herman*, Répertoire général alphabétique du droit français, 1889, t. V, p. 208—213. *Garraud*, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1899, t. III, p. 416—417. *Geny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 67—84, 403—409, 423—425.

вать какія бы то ни было рѣшенія въ формѣ общеобязательныхъ разъясненій законовъ, но до революціи это запрещеніе оставалось безъ практическаго примѣненія [1]). „На ряду съ ордонансами и записанными обычаями, говоритъ Шеффнеръ, важное значеніе имѣла практика судовъ (jurisprudence des arrêts). Пока обычаи еще не были собраны, право неписанное обращалось въ право писанное именно посредствомъ судебныхъ рѣшеній; но и послѣ офиціальной редакціи обычаевъ многіе вопросы нуждались въ ближайшемъ опредѣленіи; истолкованіе обычнаго права, его восполненіе, практическое примѣненіе отдѣльныхъ положеній римскаго права, ихъ отношеніе къ обычаямъ, изъясненіе ордонансовъ—всѣ эти вопросы ежедневно возникали въ судѣ. Отвѣтъ на нихъ давался въ формѣ судебныхъ рѣшеній, которыя такимъ образомъ являлись лучшими показателями права въ его движеніи и развитіи" [2]).

Судебныя рѣшенія являлись обильнѣйшимъ и важнѣйшимъ источникомъ права. Уже Боманоаръ при составленіи своего извѣстнаго сборника (Coutumes de Beauvoisis 1283 г.) въ изобиліи воспользовался приговорами Клермонтскаго суда [3]). Позднѣе записываніе судебныхъ рѣшеній и составленіе изъ нихъ особыхъ сборниковъ получило самое широкое развитіе. Со времени Гюи Папе (Guido Papae), составившаго въ половинѣ XV в. старѣйшее собраніе Decisiones parlamenti Delphinatus, каждое столѣтіе приноситъ все большее и большее число подобнаго рода изданій, многія изъ которыхъ пользовались громаднымъ распространеніемъ и величайшимъ авторитетомъ [4]). Разумѣется, значеніе отдѣльныхъ судеб-

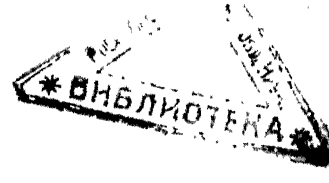
---

[1]) Ordonnance d'avril 1667, tit. I, art. 7. См. *Laurent*, Principes, t. I, p. 361.

[2]) *Schäffner*, Geschichte, B. III, S. 161. *Geny*, Méthode, p. 403—404.

[3]) *Warnkönig-Stein*, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, B. II, S. 49.

[4]) *Schäffner*, Geschichte, B. III, S. 162—164. *Warnkönig-Stein*, указ. соч., B. II, S. 110—112.



ныхъ рѣшеній зависѣло какъ отъ того, насколько въ нихъ выражались устойчивые взгляды судебной практики, такъ и отъ того, какимъ авторитетомъ пользовался судъ, ихъ постановившій. Въ послѣднемъ отношеніи важнѣйшее мѣсто принадлежало рѣшеніямъ парламентовъ и опредѣленіямъ Королевскаго Совѣта.

При старомъ порядкѣ французскіе парламенты являлись не только высшими судебными установленіями весьма древняго происхожденія (большинство парламентовъ сложилось въ періодъ времени XIII—XVI ст.), но и важными политическими факторами, имѣвшими громадное вліяніе на общее развитіе права и даже на законодательство страны. Это вліяніе выражалось или въ формѣ отрицательной (право протеста противъ незаконныхъ указовъ короля—droit de remontrances), или въ формѣ положительной при разрѣшеніи отдѣльныхъ судебныхъ случаевъ. Судебныя рѣшенія парламентовъ (въ особенности по дѣламъ уголовнымъ) имѣли руководящее значеніе для всѣхъ низшихъ судовъ, и сборники такихъ рѣшеній, подобно сборникамъ законовъ или обычаевъ, давали направленіе судебной практикѣ на протяженіи цѣлыхъ столѣтій [1]). Кромѣ того парламентамъ принадлежало право давать такъ наз. общія рѣшенія (arrêts de règlement), которымъ придавалась сила нормъ, обязательныхъ въ предѣлахъ парламентскаго округа. Такія рѣшенія исходили иногда отъ отдѣльныхъ палатъ парламента. Но чаще всего они постановлялись въ общемъ собраніи, которое разсматривало или только вопросъ права, возникшій въ практикѣ по поводу того или другого дѣла, или самое дѣло, вызвавшее сомнѣніе или споръ. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ рѣшеніе парламента разсылалось во всѣ суды, ему подвѣдомственные, для публикаціи на ряду съ эдиктами и ордонансами короля. Характеризуя силу парламентскихъ рѣшеній словами одного изъ юристовъ XVIII в., мы можемъ воспользоваться для это-

---

[1]) *Warnkönig - Stein*, указ. соч., B. I, S. 434 ff., B. II, S. 109 ff.

го слѣдующимъ мѣстомъ изъ рѣчи предсѣдателя адвокатской корпораціи въ г. Мецѣ, г. Габріеля, произнесенной имъ 12 іюня 1763 г.: „Хотя авторитетъ прецедентовъ, сказалъ онъ, такъ великъ, что уступаетъ только авторитету законовъ и принциповъ, однакоже единственными вопросами, обсужденіе которыхъ запрещено адвокату, являются тѣ, которые разрѣшены общими приговорами парламентовъ. Такъ какъ они имѣютъ характеръ закона, то слѣдовало бы опираться на самую очевидность, чтобы имѣть право колебаться слѣдовать имъ безъ разсужденій" [1]). Уничтожить обязательную силу прецедента за общимъ рѣшеніемъ парламента могъ только или самъ парламентъ, или королевскій указъ, такъ какъ во всякомъ случаѣ всѣ такія рѣшенія давались „sous le bon plaisir du roi" [2]).

Еще большее значеніе принадлежало рѣшеніямъ Королевскаго Совѣта (arrêts du conseil).

Совѣтъ Короля былъ учрежденіемъ, которое существовало съ древнѣйшихъ временъ и помогало королю въ отправленіи разнообразныхъ административныхъ, законодательныхъ и судебныхъ функцій. Онъ дѣйствовалъ отъ имени короля, который всегда предполагался присутствующимъ на засѣданіяхъ своего совѣта. Одно изъ отдѣленій королевскаго совѣта (conseil des parties или conseil privé) вѣдало спеціально дѣла судебныя, разрѣшая спорные вопросы по примѣненію законовъ и ордонансовъ, по изъясненію матеріальнаго права и процесса. При отсутствіи точныхъ границъ между законодательными и судебными функціями короля, естественно, что и акты его совѣта, хотя бы и вызванные частными

---

[1]) Journal de jurisprudence, septembre 1763, p. 162 (по указанію *Merlin*, Répertoire, t. II, p. 88).

[2]) См. Remontrances du 1 juin 1767: „le parlement a rendu, sur toutes les parties de la jurisprudence, sans que les rois l'aient désapprouvé, un grand nombre de ces décisions solennelles qui sont toujours faites expressément ou tacitement sous le bon plaisir du roi, jusqu'à ce qu'il y ait statué lui-même par une loi" (*Laurent*, Principes, t. I, p. 331).

судебными дѣлами, получали двойственное значеніе: являясь по существу подлинными судебными рѣшеніями въ собственномъ смыслѣ этого слова, они получали обязательное значеніе не только въ виду высокаго авторитета суда, ихъ постановившаго, но и въ виду законодательной санкціи, которая нерѣдко имъ сообщалась. Уже одно только высокое положеніе Королевскаго Совѣта само по себѣ приводило къ тому, что его судебныя опредѣленія (arrêts) по вновь возникающимъ вопросамъ считались обязательными прецедентами, въ особенности послѣ повторнаго разрѣшенія одного и того же спорнаго положенія въ одномъ и томъ же смыслѣ [1]). Но такіе обязательные прецеденты все же не считались законами. Силу законовъ получали только тѣ рѣшенія Королевскаго Совѣта, которыя сопровождались общимъ постановленіемъ о томъ, что имъ сообщается обязательное значеніе въ предѣлахъ опредѣленной территоріи, въ данной провинціи или во всемъ государствѣ [2]). Кромѣ того въ нѣкоторыхъ случаяхъ Королевскій Совѣтъ давалъ опредѣленія (arrêts) въ разъясненіе или подтвержденіе тѣхъ или другихъ законовъ, не вызываемый къ этому судебными жалобами частныхъ лицъ; и тогда такія опредѣленія, хотя бы и послѣдовавшія въ виду какого-нибудь единичнаго дѣла, имѣли уже всецѣло характеръ общихъ законовъ [3]).

Великая французская революція внесла въ законодательство новыя идеи и выдвинула принципъ раздѣленія властей.

Уже въ декларацiи правъ человѣка и гражданина 26 августа 1789 г. было провозглашено: „Всякое общество, въ которомъ не обезпечена гарантія правъ и не опредѣлено раз-

---

[1]) *Merlin*, Répertoire, t. II, p. 90.

[2]) *Fuzier-Herman*, Répertoire, t. V, p. 209 ss.

[3]) Такія опредѣленія Королевскаго Совѣта называются „arrêts de propre mouvement" въ отличіе отъ его судебныхъ рѣшеній въ собственномъ смыслѣ этого слова, для обозначенія которыхъ пользуются выраженіемъ „arrêts entre parties".

дѣленіе властей, не имѣетъ конституціи" (art. 16) [1]). Вырабатывая эту конституцію и, въ частности, основной законъ о судебной организаціи, законодатель не отступалъ уже отъ положенія, такъ формулированнаго. Всѣ проекты судебной организаціи, вносившіеся въ Національное Собраніе, исходили изъ однѣхъ и тѣхъ же идей: необходимо отнять у законодателя право суда и уничтожить парламенты, которые узурпировали законодательную власть; необходимо сдѣлать суды пассивными исполнителями закона; необходимо упразднить самую возможность установленія въ судебныхъ рѣшеніяхъ какихъ бы то ни было общихъ правилъ, и даже возникновеніе постоянной судебной практики признается крайне нежелательнымъ [2]). Подъ вліяніемъ этихъ идей, вмѣстѣ съ упраздненіемъ парламентовъ (1790 г.) и Королевскаго Совѣта (1791 г.) [3]), Національное Собраніе вотировало 24 августа 1790 г. законъ о судебной организаціи: суды ни прямо, ни косвенно не могутъ принимать никакого участія въ отправленіи законодательныхъ функцій и не могутъ давать какихъ бы то ни было опредѣленій въ формѣ регламентовъ (titre II, art. 10, 12). И это постановленіе, разъ принятое, было со-

---

[1]) Ср. Constitution du 5 fructidor an III, déclaration des droits et des devoirs, s. I, art. 22.

[2]) Развитіе этихъ идей находимъ въ докладахъ проектовъ организаціи судебной власти—см. 1-ый проектъ, представленный Бергассомъ 17 августа 1789 г. (*Choix de rapports*, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, 1818, t. I, p. 369—370, 379, 392), 2-й проектъ, представленный Турэ 22 декабря 1789 г. (*Choix*, t. II, p. 372), 3-ій проектъ, представленный Дюпоромъ 29 марта 1790 г. (*Choix*, t. III, p. 229). Въ засѣданіи 18 ноября 1790 г. Робеспьеръ говорилъ: „Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau; il doit être effacé de notre langue". Ср. соображенія Дюпора объ учрежденіи временныхъ судей—*Choix*, t. III, p. 253 ss.

[3]) Décret du 3 novembre 1789; décret du 24 mars 1790; loi du 1 décembre 1790, art. 30.

хранено послѣдующимъ законодательствомъ—конституціей 3 сентября 1791 г. и конституціей 5 фруктидора III г. (1795 г.) [1]).

Принципы революціоннаго законодательства нашли выраженіе и въ постановленіяхъ нынѣ дѣйствующихъ кодексовъ Франціи—гражданскаго и уголовнаго. По принятому въ нихъ правилу суды не имѣютъ права давать въ рѣшеніяхъ какихъ бы то ни было общихъ предписаній (dispositions générales et réglementaires), а судьи, виновные въ присвоеніи функцій законодательной власти, подлежатъ уголовной отвѣтственности—безразлично, выразилось ли такое присвоеніе въ формѣ положительной или отрицательной (soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois) [2]).

Легко замѣтить, что всѣ эти законы прямо не разрѣшаютъ вопроса о силѣ судебныхъ рѣшеній, какъ прецедентовъ. Они запрещаютъ судамъ вторгаться въ сферу власти законодательной и создавать или отмѣнять общія нормы закона. Но этого суды въ большинствѣ случаевъ и раньше не дѣлали (за исключеніемъ парламентовъ и Королевскаго Совѣта); не дѣлаютъ и въ настоящее время [3]). Тѣмъ не менѣе во Франціи твердо установился взглядъ, что, въ виду безспорныхъ принциповъ политической организаціи и постановленій гражданскихъ и уголовныхъ законовъ, судебнымъ прецедентамъ не можетъ принадлежать никакой юридически-обязательной силы, и что всегда и во всѣхъ отношеніяхъ дѣло суда исчерпывается примѣненіемъ закона къ единичному случаю [4]).

---

[1]) Constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. V, art. 1, 3. Constitution du 5 fructidor an III, titre VIII, art. 202, 203.

[2]) Code civil, art. 5. Code pénal, art. 127, § 1.

[3]) См. *Garraud*, Traité, t. III, p. 417. Примѣры рѣдкихъ нарушеній art. 5 code civil приведены у *Laurent*, Principes, t. I, p. 330—339.

[4]) См. *Geny*, Méthode, p. 423 ss. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, 1894, B. I, S. 122. *Aubry et Rau*, Cours de droit civil français, 1897, t. I, p. 188, 192.

И такая точка зрѣнія, дѣйствительно, опирается если не на букву, то на духъ всего новѣйшаго законодательства. Такъ думали реформаторы революціоннаго времени и эпохи Наполеоновой кодификаціи права. Можно сказать, что и въ рядѣ законовъ, только что указанныхъ, косвенно отразились эти же идеи и принципы.

Учрежденіе высшаго Кассаціоннаго Суда (Tribunal, а впослѣдствіи Cour de cassation) не нарушило принципа, положеннаго въ основаніе всей судебной организаціи. Напротивъ, именно въ томъ положеніи, какое указывалъ этому суду законодатель, должно было выразиться послѣднее слово практическаго осуществленія идеи раздѣленія властей.

Созданный закономъ 1 декабря 1790 г., Кассаціонный Судъ долженъ былъ состоять при законодательномъ корпусѣ [1]), являясь не столько органомъ власти судебной, сколько законодательной. „Кассаціонный Трибуналъ, говорилъ Ле-Шапелье, докладчикъ законодательной комиссіи, занимаетъ мѣсто между судами и закономъ, наблюдая за его исполненіемъ. Такое право наблюденія должно быть ввѣрено Кассаціонному Трибуналу законодательнымъ корпусомъ, потому что власть наблюдать за исполненіемъ законовъ естественно примыкаетъ къ власти создавать законы". Въ этомъ же смыслѣ высказывались и другіе ораторы при обсужденіи проекта организаціи Кассаціоннаго Суда. „Уничтожить рѣшеніе—это не значитъ судить, говорилъ Гупиль де Префельнъ. Кассація не есть часть власти судебной, но проявленіе власти законодательной (une émanation du pouvoir législatif). Это пристройка по отношенію къ судебной системѣ, родъ экстраординарной комиссіи законодательнаго корпуса, обязанной подавлять возстаніе противъ общей воли закона" [2]).

Какъ учрежденіе съ характеромъ полу-законодатель-

---

[1]) Loi pour la formation d'un Tribunal de Cassation, 1 décembre 1790, art. 1.

[2]) См. *Archives parlementaires*, s. I, t. XX, p. 22, col. 2—по указанію *Geny*, Méthode, p. 70—71. *F. Hélie*, Traité, t. VIII, p. 349.

нымъ, Кассаціонный Судъ могъ получить громадное вліяніе на общее направленіе всей судебной дѣятельности, печатая свои рѣшенія во всеобщее свѣдѣніе и руководя примѣненіемъ законовъ [1]). Но этого то именно боялись и не желали допустить, принимая мѣры противъ самой возможности возникновенія вліятельной кассаціонной практики. Тотъ же Ле-Шапелье, впослѣдствіи членъ Кассаціоннаго Суда, выражался такъ: „Кассаціонный Трибуналъ, подобно прочимъ судамъ, не долженъ имѣть собственной судебной практики. Если бы подобная судебная практика (cette jurisprudence des tribunaux), самое отвратительное изъ всѣхъ учрежденій, существовала въ Кассаціонномъ Трибуналѣ, ее слѣдовало бы уничтожить. Единственная цѣль постановленій, которыя вамъ предстоитъ обсудить, заключается въ томъ, чтобы воспрепятствовать возникновенію такого явленія" [2]). И препятствіе было создано въ видѣ законовъ, сообщившихъ Кассаціонному Суду исключительно отрицательное значеніе. Онъ самъ не только не долженъ былъ рѣшать дѣла по существу (art. 3), но даже не могъ давать обязательныхъ разъясненій закона. Усматривая нарушеніе формъ процесса или явное отступленіе отъ текста закона [3]), Кассаціонный Трибуналъ отмѣнялъ судебное рѣшеніе и возвращалъ дѣло для новаго разсмотрѣнія въ судѣ. Но для суда мнѣніе Кассаціоннаго Трибунала не имѣло никакого юридическаго значенія: судъ руковод-

---

[1]) „Tout jugement du tribunal de cassation sera imprimé" (loi du 1 décembre 1790, art. 22).

[2]) *Archives parlementaires*, s. I, t. XX, p. 517, col. 1—по указанію *Geny*, Méthode, p. 80.

[3]) „Contravention expresse au texte de la loi" (art. 3). Послѣдующее законодательство смягчило строгость этого правила. Такъ, уже Constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. V, art. 20 говоритъ о „contravention expresse à la loi". Практика подводила подъ это опредѣленіе также и случаи неправильнаго толкованія закона („la fausse interprétation de la loi"). Ср. Constitution du 24 juin 1793, art. 99. Constitution du 5 fructidor an III, art. 255. Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 66. Loi du 20 avril 1810, art. 7.

ствовался только закономъ и собственнымъ убѣжденіемъ, а потому не только при разрѣшеніи другихъ дѣлъ не считался съ кассаціоннымъ прецедентомъ, но даже по одному и тому же дѣлу могъ не принять во вниманіе кассаціонныхъ указаній. Только послѣ двукратной кассаціи приговора по однимъ и тѣмъ же основаніямъ, въ случаѣ продолжающагося разногласія между судомъ и Кассаціоннымъ Трибуналомъ, могло послѣдовать обязательное разъясненіе закона. Но такое разъясненіе должно было исходить не отъ Кассаціоннаго Суда, а отъ законодательнаго корпуса, который по представленію этого Суда давалъ такъ наз. разъяснительный декретъ (décret déclaratoire). Этотъ декретъ, какъ законъ, получалъ общеобязательное значеніе (art. 21).

Правило, созданное закономъ 1 декабря 1790 г., послѣ неоднократныхъ болѣе или менѣе существенныхъ измѣненій[1]), было окончательно отмѣнено закономъ 1 апрѣля 1837 г., который внесъ новое начало въ самую идею кассаціи. Съ этого момента кассація de jure получаетъ не только отрицательное, но и положительное значеніе. Кассаціонныя рѣшенія становятся обязательными для судовъ: „если второй приговоръ или рѣшеніе—такъ гласитъ одна изъ статей новаго закона—кассированъ по тѣмъ же основаніямъ, что̀ и первый, то судъ, въ который возвращено дѣло, обязанъ сообразоваться съ опредѣленіемъ Кассаціоннаго Суда въ вопросахъ права, разрѣшенныхъ этимъ Судомъ" (art. 2). Другими словами, вторичное кассаціонное разъясненіе одного и того же вопроса въ одномъ и томъ же дѣлѣ получаетъ обязательное значеніе; такая обязательность кассаціоннаго рѣшенія ограничивается предѣлами даннаго судебнаго случая. Ясно, что по сравненію съ прежнимъ временемъ Кассаціонный Судъ

---

[1]) Ср. Constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. V, art. 21. Constitution du 5 fructidor an III, art. 256. Loi du 27 ventôse an VIII, art. 78. Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 52. Décret du 5 nivôse an VIII, art. 11. Loi du 16 septembre 1807. Loi du 30 juillet 1828. См. *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, стр. 50 и сл.

получилъ болѣе широкія права власти и большую возможность руководить судами. Но ясно также, что и послѣ реформы 1837 г. законодатель не желалъ и не желаетъ придавать кассаціоннымъ рѣшеніямъ силы обязательныхъ прецедентовъ, такъ какъ даже при разсмотрѣніи одного и того же дѣла законъ не налагаетъ на судей обязанности подчиняться указаніямъ перваго рѣшенія Кассаціоннаго Суда. Даже и въ тѣсныхъ границахъ отдѣльнаго случая обязательнымъ признается только вторичное рѣшеніе, постановленное Кассаціоннымъ Судомъ въ общемъ собраніи всѣхъ его палатъ (toutes les chambres réunies).

ГЛАВА II.

Слабыя стороны англійскаго case-law и установившееся въ Европѣ отрицательное отношеніе къ судебнымъ прецедентамъ.

1.

Различіямъ во взглядахъ законодательства на значеніе судебныхъ прецедентовъ соотвѣтствуютъ и различія во взглядахъ ученыхъ. Иначе относятся къ этому вопросу въ Англіи и въ Америкѣ; иначе—на континентѣ Европы.

Нельзя не сказать, что американцы и англичане [1]), со свойственной имъ трезвостью и положительностью, въ об-

[1]) См. *F. Bacon*, Opera omnia, 1695, v. VII, p. 87—107. *Bentham*, An introduction to the principles of morals and legislation, 1789, p. 14, 334—335 (мы указываемъ страницы по изд. 1879 г.). *Его же*, Papers on codification, 1817. *Romilly*, On Mr. Bentham's papers relative to codification, 1817, Edinburgh Review, v. XXIX, p. 222—233 (мы пользуемся этой статьей во французскомъ переводѣ Дюмона). *Bentham*, Traités de législation civile et pénale, 1820, t. III, p. 69 ss., 386 ss. *Blackstone*, Commentaires sur les lois anglaises, 1822, t. I, p. 96 ss. *Bentham*, De l'organisation judiciaire et de la codification, 1828, p. 350—362. *Его же*, Justice and codification petition, 1829. *Austin*, Lectures on jurisprudence, 1863, v. II, p. 217, 348—370. *Sh. Amos*, The science of law, 1874, p. 360 sqq. *Pollock*, Essays in jurisprudence and ethics, 1882, p. 42—90. *Stephen*, A history of the criminal law of England, 1883,

щемъ относятся къ судебнымъ прецедентамъ болѣе благосклонно, нежели европейцы. Правда, и въ Англіи давно уже миновали времена, когда—вслѣдъ за Гелемъ и Блэкстономъ—въ case-law усматривали полное „совершенство разума" („the perfection of human reason"). Теперь важные и весьма существенные недостатки системы судебныхъ прецедентовъ ни для кого не являются тайной. Объ этихъ недостаткахъ говорятъ часто и много — въ особенности тогда, когда возникаютъ вопросы о кодификаціи права. Выставляютъ на видъ преимущества права кодифицированнаго предъ правомъ некодифицированнымъ и, въ частности, предъ тѣмъ, которое создается въ судахъ и чрезъ суды.

Уже въ XVII в. Бэконъ, дѣлая представленіе Іакову I о необходимости собранія и улучшенія англійскихъ законовъ, указывалъ на недостатки common law и предлагалъ нѣкоторыя средства къ ихъ устраненію [1]). Позднѣе, когда охватив-

---

v. III, p. 347—367. *Lightwood,* The nature of positive law, 1883, p. 405—407. *Clark,* Practical jurisprudence, 1883, p. 255—265, 393 - 394. *Wharton,* Commentaries on american law, 1884, p. 62—63, 65—68, 139—140, 161—163, 180—183. *F. Clarke,* The science of law and lawmaking, 1898, p. 33 sqq., 263 sqq , 334 sqq. *Salmond,* Jurisprudence or the theory of the law, 1902, p. 32—34, 120—126. Среди этихъ сочиненій наибольшаго вниманія заслуживаетъ работа Флойда Клерка, всецѣло посвященная вопросу о case-law, о достоинствахъ и недостаткахъ англо-американской системы судебныхъ прецедентовъ и о кодификаціи законовъ. Авторъ даетъ довольно обстоятельный обзоръ различныхъ взглядовъ и теорій и выступаетъ съ талантливой защитой существующей судебной практики. Изъ сочиненій Бентама мы не могли воспользоваться статьями, напечатанными на англійскомъ языкѣ въ 1817 и 1829 гг. (на нихъ ссылаются *Sh. Amos,* The science, p. 381—382 и *Morelli,* La funzione legislativa, 1893, p. 141).

[1]) *Bacon,* Legum anglicanarum collectio et emendatio proposita, opera, v. VII, p. 90—92, 106: „Hoc autem verum est, leges nostras, uti nunc habemus eas, variis obnoxias esse incertitudinibus, opinionum varietatibus, dilationibus et evasionibus. Unde enascitur: 1) multas et diuturnas esse lites; 2) rixosos armis instrui, virum vero integrum defatigari et opprimi; 3) judicem magis esse absolutum, qui in casibus dubiis majori

шее континентальную Европу кодификаціонное движеніе начала XIX в. получило отзвукъ и въ Англіи, сильнымъ и жесточайшимъ противникомъ права судебной практики выступилъ Бентамъ, этотъ апостолъ и теоретикъ всеобщей кодификаціи законовъ. Ни раньше, ни впослѣдствіи мы не встрѣчаемъ въ Англіи болѣе пламеннаго и безусловнаго противника прецедентовъ, болѣе рѣзкаго критика, болѣе нетерпимаго теоретика, чѣмъ авторъ изслѣдованій о кодификаціи.

Содержаніе его критики англійской системы case-law сводится къ слѣдующимъ немногочисленнымъ, но зато въ блестящей формѣ высказаннымъ положеніямъ [1]).

„Только лгуны и дураки могутъ быть противниками всеобщей кодификаціи", такъ начинаетъ Бентамъ одну изъ главъ своего сочиненія. Что такое, спрашиваетъ онъ, представляетъ изъ себя современное право Англіи? По большей части это—common law, неписанное право, проявляющееся въ судебныхъ рѣшеніяхъ. По крайней мѣрѣ судьи утверждаютъ, что они судятъ не произвольно, а только являются истолкователями этого неписаннаго права. Но право должно быть извѣстнымъ. Вотъ принципъ, отъ котораго мы отправляемся. Чтобы быть извѣстнымъ, оно должно существовать. Существуетъ ли common law? Когда вамъ говорятъ: common law требуетъ, common law запрещаетъ—вотъ величественная фраза. Попробуйте найти это common law, попросите, чтобы его вамъ показали: его нѣтъ нигдѣ, никто не скажетъ,

---

gaudet libertate et potentia; 4) fora magis frequentari, quandoquidem remedium saepe obscurum est et dubium; 5) jurisconsultum imperitum suam legis ignorantiam contegere dubiis tam frequentibus; 6) hominum possessiones esse incertas, quoniam contractuum libelli, testamenta et diplomata saepe in quaestionem vocari et irrita reddi queunt. Ut alia taceam".

[1]) См. *Bentham*, De la codification, p. 351 ss., 391. Въ этомъ сочиненіи собраны результаты всѣхъ другихъ трудовъ Бентама по тому же вопросу. Ср. *Его же*, Works, 1843, v. V, p. 235 (по ссылкѣ Салмонда).

что̀ оно изъ себя представляетъ. Это—теорія, фикція, воображаемое право.

Велика Діана Эфесская, говорили жрецы храма города Эфеса. Велика Минерва Аѳинская, кричали жрецы храма города Аѳинъ, тѣхъ Аѳинъ, гдѣ святой Павелъ впервые проповѣдывалъ Неизвѣстнаго Бога. Англійскіе юристы имѣютъ свою Діану, свою Минерву, свою богиню Разума. Вслѣдъ за Блэкстономъ толпа не перестаетъ повторять съ тріумфомъ: „неписанное право есть совершенство разума!" Желаете вы знать, что такое право, настоящее право? Откройте сборникъ статутовъ,—вотъ предметъ существующій, вещь реальная. Но англійскій юристъ представляетъ вамъ только ея поддѣлку, ложное подобіе, которое онъ выдаетъ за подлинную вещь съ помощью обманчиваго слова—потому что здѣсь дѣйствительно нѣтъ ничего, кромѣ слова.

Что же отвѣчаютъ на это защитники common law? — „Правда, что во всей этой системѣ нельзя привести ни одного текста какого-нибудь отдѣльнаго закона; common law существуетъ только, какъ цѣлое. Зато когда его охватываютъ въ цѣломъ, то замѣчаютъ согласіе всѣхъ его частей, и въ результатѣ получается полная система". — Вотъ благовидныя фразы. Но каковъ ихъ смыслъ? Что это за цѣлое, которое слагается не изъ сосуществующихъ частей? Что это за право, которое не состоитъ изъ отдѣльныхъ законовъ? Говорить о common law, въ которомъ не находится ни одной положительной нормы, это то же, что говорить о городѣ безъ домовъ, о лѣсѣ безъ деревьевъ.

Защитники англійской системы имѣютъ для нея еще другое, лучшее оправданіе. „Common law не содержитъ положительныхъ нормъ, говорятъ они, но въ немъ—и это въ сущности одно и то же—есть примѣры, т. е. отдѣльныя рѣшенія судовъ, которыя служатъ руководствомъ и съ которыми сообразуются при разсмотрѣніи всѣхъ однородныхъ случаевъ".—Допустимъ это: тогда первымъ слѣдствіемъ будетъ то, что судьи превратятся въ законодателей. По формѣ они только будутъ примѣнять существующее право; въ дѣйстви-

тельности они сами окажутся творцами тѣхъ нормъ, которыми должны руководствоваться.

„Это не важно, возражаютъ. Если юридическому правилу постоянно слѣдуютъ, если въ результатѣ получаются рѣшенія столь же опредѣленныя, столь же однообразныя, какъ и при существованіи законовъ, то обезпеченность гражданъ окажется одинаковой и при дѣйствіи права писаннаго, и при дѣйствіи права неписаннаго. Такимъ образомъ мы споримъ только о словахъ". — Но нѣтъ ничего болѣе неосновательнаго, какъ это предположеніе постоянства, опредѣленности, однообразія въ рѣшеніяхъ, основанныхъ на писанномъ правѣ. Развѣ нынѣшнее common law есть то, которое было раньше? Разумѣется, нѣтъ; оно подается, оно гнется, оно измѣняется, оно приспособляется къ духу, ко времени, къ таланту, къ обстоятельствамъ. Законъ—это твердое основаніе; его, конечно, можно уродовать, насиловать, искажать, но все-таки онъ сохраняетъ неизмѣнный характеръ и всегда является однимъ и тѣмъ же для провѣрки судебныхъ рѣшеній. Я обращаюсь къ юристу, я прошу у него совѣта, т. е. спрашиваю, какого судебнаго рѣшенія можно ожидать, основываясь на прежнихъ примѣрахъ, какая существуетъ норма права для моего частнаго случая. Мой адвокатъ обдумываетъ, сравниваетъ рѣшенія и объявляетъ, что норма права говоритъ явно въ мою пользу. Другіе адвокаты раздѣляютъ то же мнѣніе. Долженъ ли я разсчитывать на выигрышъ своего дѣла? Нѣтъ, это только благопріятное предположеніе. Мой противникъ тоже совѣтовался, и его адвокаты нашли рѣшенія въ смыслѣ противоположномъ: эти рѣшенія могутъ уничтожить силу тѣхъ, которыя оказывались для меня наиболѣе благопріятными. Большія или меньшія вѣроятности — вотъ весь плодъ консультацій самыхъ ученыхъ, самыхъ основательныхъ. Рѣшенія являются примѣрами, примѣры создаютъ новыя рѣшенія, тѣ и другіе становятся поочередно причиной и слѣдствіемъ. Такова сущность системы.

Эти примѣры и эти рѣшенія заключены въ безчисленномъ множествѣ указателей и руководствъ, которые соста-

влены на основаніи такъ наз. reports, т. е. сборниковъ судебной практики, содержащихъ не только приговоры по отдѣльнымъ дѣламъ, но и юридическіе мотивы, доводы за и противъ, словомъ мнѣнія судей относительно примѣненія тѣхъ или другихъ нормъ въ частномъ случаѣ. И вотъ, относительно рѣшенія, которое, казалось, говорило такъ положительно въ вашу пользу, сколькихъ только возраженій, сколькихъ оговорокъ не можетъ возникнуть со стороны вашего противника и вашихъ судей! Здѣсь можно дать только весьма слабую идею о всѣхъ техническихъ средствахъ процесса; они безчисленны; искусный практикъ посвящаетъ свою жизнь адвокатурѣ и все-таки не знаетъ ихъ вполнѣ, и въ очень большомъ числѣ случаевъ его наука оказывается почти чисто гадательной. Въ вашемъ, напримѣръ, случаѣ могутъ сказать, что благопріятное для васъ рѣшеніе есть результатъ его неточной передачи; что въ другомъ сборникѣ оно представляетъ значительныя измѣненія; что въ немъ не принятъ во вниманіе другой приговоръ, болѣе старый и противорѣчащій ему; что между судьями существуетъ разногласіе; что самые искусные, самые извѣстные изъ нихъ не согласны съ мнѣніемъ, на которое вы опираетесь; что мнѣніе адвокатовъ-современниковъ было противъ него; что опубликованный и напечатанный текстъ, который вы приводите, находится въ противорѣчіи съ другимъ текстомъ того же дѣла, не опубликованнымъ, не напечатаннымъ, но зато находящимся въ подлинникѣ у адвоката противной стороны. Наконецъ, вамъ скажутъ, вамъ докажутъ, что по тому же вопросу одни изъ судебныхъ авторитетовъ, и притомъ авторитетовъ признанныхъ, стоятъ за, а другіе противъ вашего дѣла, и что въ этомъ спорѣ все, что можно привести въ вашу пользу, уравновѣшивается противоположными мнѣніями.

Повторяю, это только слабый образецъ того веденія дѣлъ, которое основывается на судебныхъ прецедентахъ. Но и этого достаточно, чтобы понять, какъ процессъ, начатый съ одобренія знающаго и благоразумнаго адвоката, можетъ за-

кончиться полнымъ пораженіемъ на полѣ битвы, которое такъ мало извѣстно и такъ темно.

Неизвѣстность не является единственнымъ порокомъ права неписаннаго. Слѣдуетъ замѣтить еще, что по самой природѣ своей оно не допускаетъ исправленія или улучшенія, потому что если прежнія рѣшенія должны считаться обязательными прецедентами, то, хотя бы они противорѣчили современнымъ нравамъ, интересамъ и требованіямъ времени, необходимо подчиниться всѣмъ этимъ неудобствамъ: не существуетъ никакого средства помочь злу, такъ какъ нельзя же усвоить новыхъ рѣшеній, не уничтожая старыхъ, а это лишило бы всю систему ея основаній и привело бы къ ея ниспроверженію.

Спрашивается: что же можетъ представлять изъ себя судебная практика неизмѣняющаяся, недопускающая улучшеній, неисправимая, недоступная вліяніямъ развивающагося опыта и разума?

Но англійскіе судьи, защищаясь отъ упрековъ въ нововведеніяхъ, сумѣли войти въ сдѣлку съ новыми потребностями и для этого прибѣгли къ двумъ средствамъ, которыя позволили имъ примириться со строгостью common law: первое средство—это натянутыя конструкціи, второе—различенія.

Подъ натянутыми конструкціями я разумѣю тѣ случаи, когда, несмотря на ясность и опредѣленность выраженій прежняго рѣшенія, судья сообщаетъ имъ новое значеніе и такимъ образомъ выходитъ изъ затрудненія, освобождаясь отъ вліянія прежняго и явно неразумнаго рѣшенія, а въ то же самое время по внѣшности подчиняясь и слѣдуя ему. Но кто же не чувствуетъ, что это средство только увеличиваетъ неопредѣленность, служитъ источникомъ новаго зла? Чѣмъ болѣе изучаешь словарь неписаннаго права, тѣмъ болѣе замѣчаешь, насколько изобильны эти натянутыя конструкціи, и тѣмъ болѣе убѣждаешься въ томъ, что вся область неписаннаго права покрыта ловушками.

Искусство различеній не менѣе удобно, чтобы скрывать то, въ чемъ не желаютъ сознаваться, т. е. необходимость ис-

правлять common law, измѣнять его, приспособлять его постепенно къ обстоятельствамъ общества, не давая этого замѣтить. Что такое различеніе?—Это исключеніе, съ помощью котораго выводятъ данный случай за предѣлы общаго правила. Подобныя исключенія не опредѣлены заранѣе; они порождаются индивидуальностями случая; они зависятъ отъ тонкости адвокатовъ и судей; предвидѣть ихъ невозможно; и такъ какъ нельзя установить предѣла, когда эти различенія будутъ исчерпаны, и такъ какъ не существуетъ общаго правила, въ которомъ бы нельзя было открыть новаго исключенія, то отсюда и происходитъ, что это средство устраненія неудобствъ, проистекающихъ отъ старыхъ рѣшеній, только увеличиваетъ неизвѣстность неписаннаго права.

Но право, настолько неопредѣленное по своей природѣ, настолько подверженное натянутымъ конструкціямъ, различеніямъ въ истолкованіи,—не представляетъ ли оно опаснаго искушенія для тѣхъ, кто примѣняетъ его въ роли адвоката или судьи? — Я прошу читателей взвѣсить слѣдующее утвержденіе: „Въ большинствѣ случаевъ, которые были серьезно разсматриваемы съ точки зрѣнія common law, судья могъ бы, безъ всякаго упрека для своей честности или для своего суда, постановить рѣшеніе прямо противоположное тому, которое онъ далъ". Я нигдѣ не нахожу этого правила написаннымъ; но нѣтъ юриста въ Англіи, который бы не слыхалъ его изъ устъ своихъ товарищей; нѣтъ ни одного, который бы не призналъ его истиннымъ по собственному опыту; и, однакоже, нѣтъ вѣроятно ни одного, который бы чувствовалъ, сколько осужденія заключается въ немъ по адресу того права, какое доставляетъ судьямъ вѣрное убѣжище для противорѣчивыхъ рѣшеній. „Нѣтъ ни одного дѣла, которое слѣдовало бы оставить, какъ безпадежное". Что думать о системѣ, дающей мѣсто для подобнаго афоризма? Однако въ этой формѣ и въ этихъ словахъ онъ былъ произнесенъ весьма уважаемымъ юристомъ, Веддерборномъ, впослѣдствіи лордомъ канцлеромъ Англіи.

Теперь я спрашиваю: развѣ столь произвольная власть

не способна стать орудіемъ подкупа? Я ничего не говорю о фактахъ, но я заявляю смѣло: если найдется судья, склонный уступить подкупу, умъ человѣческій не можетъ выдумать, сердце человѣческое не можетъ желать болѣе непроницаемаго покрывала. И если при такой системѣ не существуетъ подкупа, то въ этомъ заслуга не закона, а самихъ судей. Въ концѣ-концовъ это слѣдуетъ отнести также на счетъ образа правленія, который представляетъ другія гарантіи, особенно на счетъ публичности, которая даетъ счастливое противоядіе противъ недостатковъ неопредѣленной и гадательной судебной практики.

Само же по себѣ неписанное право въ Англіи, какъ и вездѣ, гдѣ только оно ни существовало и гдѣ только оно ни существуетъ, не даетъ обезпеченности для правъ частныхъ лицъ. Въ конечномъ выводѣ его создателемъ является судья. Но знаете ли вы, какъ оно создается судьей? Совершенно такъ, какъ вы создаете правила для вашей собаки. Если ваша собака дѣлаетъ что-нибудь и вы желаете отучить ее отъ этого, то вы ожидаете, пока она не совершитъ этого, и тогда бьете ее. Это тотъ путь, какимъ вы создаете правила для вашей собаки, и этимъ же путемъ судья создаетъ правила для васъ и для меня.

Критическія статьи и замѣчанія Бентама въ свое время произвели огромное впечатлѣніе и вызвали цѣлую литературу по вопросу, имъ затронутому. Между прочимъ, сторону Бентама принялъ извѣстный юристъ и политическій дѣятель Англіи, сэръ С. Ромилли, всѣмъ своимъ авторитетомъ практическаго знатока жизни и права поддержавшій положенія, которыя казались для многихъ плодомъ теоретическихъ измышленій ихъ автора. Дополняя соображенія Бентама, сэръ С. Ромилли въ особенности обратилъ вниманіе на недостатки самого процесса созданія права при посредствѣ судебныхъ прецедентовъ [1]).

---

[1]) *Romilly*, On Mr. Bentham's papers, p. 231 sqq.

При нашей системѣ common law, писалъ онъ, обязанность творить нормы права часто игрою случая возлагается на людей, которые очень плохо могутъ ее исполнить. При массѣ законовъ и нормъ, крайне сложныхъ и разнообразныхъ, даже самые опытные юристы не могутъ одинаково углубляться въ изученіе всѣхъ отдѣловъ права. Обыкновенно каждый занимается однимъ какимъ-нибудь отдѣломъ; одинъ извѣстенъ своими познаніями по гражданскому праву; другой является знатокомъ права церковнаго; третій главнымъ образомъ занимается уголовнымъ правомъ; четвертый—процессомъ; и, смотря по требованіямъ дѣла, кліенты совѣтуются то съ тѣмъ, то съ другимъ. Если бы пожелали составить полный кодексъ права, то всю работу распредѣлили бы по отдѣламъ, и каждый отдѣлъ передали бы въ руки соотвѣтствующихъ спеціалистовъ. Но въ томъ способѣ созданія права, который выражается въ формѣ судебныхъ рѣшеній, не существуетъ выбора; случай рѣшаетъ, какой судья будетъ призванъ установить норму. Въ теоріи всякій судья имѣетъ равную власть рѣшать все; считается, что онъ равно знаетъ всѣ области права и потому не можетъ отказываться отъ установленія нормъ, въ которыхъ раскрывается юридическая сторона разсматриваемаго имъ дѣла.

Кромѣ того процессъ созданія права съ помощью судебныхъ прецедентовъ вызываетъ и еще одно возраженіе, имѣющее большой вѣсъ въ странѣ свободной: въ этомъ случаѣ народъ не имѣетъ контроля надъ законодателемъ. Судьи, которые исполняютъ самыя важныя функціи и надѣлены самыми опасными полномочіями, назначаются по усмотрѣнію короля. И не слѣдуетъ забывать, что во время продолжительнаго періода образованія значительной части современнаго common law судьи могли быть смѣняемы по произволу, если творили право, неугодное двору. Въ теоріи нашей конституціи мы подчинены только законамъ, созданнымъ съ согласія народныхъ представителей. Это одинъ изъ основныхъ принциповъ. Однако развѣ можно сказать, что нація когда-нибудь дала свое согласіе на установленіе common law, которое составля-

етъ столь значительную часть всего нашего права вообще? Нашими законодателями были не избранные нами представители, но раболѣпныя орудія нашихъ монарховъ: или эти великіе измѣнники, которые предсѣдательствовали въ судахъ во время царствованія Ричарда II; или эти развратные судьи Іакововъ и Карловъ,—люди низкіе и продажные, которые, по сдѣлкамъ со служителями короля, въ секретныхъ совѣщаніяхъ подготовляли погибель намѣченныхъ жертвъ даже прежде, чѣмъ возникало какое-нибудь обвиненіе. И тогда, въ виду ихъ кровожаднаго ожесточенія въ преслѣдованіи добычи, юристы, низменно преданные двору, старались выставить ихъ рвеніе и показать королю все то, чего онъ могъ ожидать отъ ихъ подлости, когда они будутъ возведены на самые высокіе судебные посты.

Какъ ни горяча и какъ ни краснорѣчива критика англійской системы case-law въ устахъ Бентама и Ромилли, она заключаетъ въ себѣ немало крайнихъ преувеличеній. Всѣ послѣдующіе писатели, теоретики и практики, относятся къ вопросу спокойнѣе и, въ общемъ, господствующее въ Англіи и въ Америкѣ мнѣніе слагается скорѣе въ пользу, чѣмъ противъ права судебной практики. Да, собственно, и Бентамъ—этотъ крайній представитель отрицательнаго отношенія къ прецедентамъ—въ дѣйствительности далеко не является только критикомъ и порицателемъ case-law.

Прежде всего слѣдуетъ отбросить явныя и, такъ сказать, чисто-словесныя преувеличенія, которыя содержатся въ его трудахъ. Ни самъ Бентамъ, ни другіе его послѣдователи не могли утверждать, да никогда и не утверждали серьезно, что все англійское common law является только мнимымъ или несуществующимъ правомъ. Такое утвержденіе являлось бы полнымъ непризнаніемъ всего почти англійскаго права, полнымъ отрицаніемъ факта очевиднаго, всѣмъ извѣстнаго и всѣми признаваемаго. Какъ и всѣ, Бентамъ не только признаетъ возможность созданія права въ судахъ и черезъ суды, но считаетъ это благодѣяніемъ при извѣстныхъ, по крайней мѣрѣ, историческихъ условіяхъ. „Не будемъ преувели-

чивать, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ [1]); признаемъ откровенно, что common law, которое мнѣ кажется бичемъ и позоромъ при нынѣшнемъ состояніи нашего просвѣщенія, въ началѣ было, сравнительно говоря, охраной и благодѣяніемъ". Мало того, и по отношенію къ современному common law взгляды Бентама мѣняются смотря по тому, говоритъ ли онъ о его формѣ, или о его содержаніи. Внѣшнюю форму, внѣшнее выраженіе case-law онъ подвергаетъ суровой критикѣ. Но иначе относится онъ къ тѣмъ положеніямъ, къ тому матеріальному содержанію права, къ тѣмъ институтамъ и частнымъ выводамъ, какіе заключаются въ системѣ case-law. Хотя по своей формѣ („in respect of its form"), говоритъ онъ [2]), это право не даетъ мало-мальски сносныхъ общихъ нормъ, но ничего не можетъ быть ошибочнѣе, какъ утверждать, что и по содержанію („in speaking of the matter") оно никуда не годится. Неясное, неопредѣленное, недостаточное, дурно прилаженное и непослѣдовательное, оно представляетъ неоцѣнимую сокровищницу матеріала. Объѣдьте весь континентъ Европы, переройте всѣ книжные склады юридическихъ системъ нѣсколькихъ государствъ, соберите все вмѣстѣ, и все же вы не будете въ состояніи дать матеріалъ, по разнообразію, по полнотѣ, по ясности изложенія [3]), словомъ сказать по поучительности, равный тому, что̀ содержится въ англійскихъ сборникахъ судебныхъ рѣшеній, въ указателяхъ и руководствахъ, которые приводятъ весь этотъ матеріалъ въ извѣстную систему.

Въ этомъ отношеніи съ Бентамомъ согласны всѣ знато-

---

[1]) См. *Bentham*, De la codification, p. 361—362.

[2]) *Bentham*, Papers on codification, Works, v. IV, p. 460 —по указанію *Sh. Amos*, The science, p. 381—382. Ср *F. Clarke*, The science, p. 436.

[3]) „In clearness of statement", говоритъ Бентамъ, очевидно, относя эту „ясность" къ числу свойствъ отдѣльныхъ судебныхъ рѣшеній и противополагая ее „неясности" нормъ всего вообще common law. Для всякаго, кто знакомъ съ англійскимъ common law, такое противоположеніе должно показаться довольно страннымъ.

ки англійскаго права. И даже пламенные защитники кодификаціи не требуютъ уничтоженія того, что создано вѣковымъ трудомъ юристовъ самыхъ замѣчательныхъ, самыхъ опытныхъ, самыхъ уважаемыхъ, посвятившихъ всю жизнь судебной дѣятельности и отысканію „правды". Нельзя ссылаться на злоупотребленія и на единичные примѣры продажности судей. Законодатель также можетъ быть произволенъ, деспотиченъ, низокъ и продаженъ. Законы также можетъ сочинять голова презрѣннаго безумца и писать рука, запятнанная кровью. Но, разумѣется, это не составляетъ отличительнаго признака власти законодательной, и этимъ нельзя характеризовать процессъ созданія права въ судахъ. Напротивъ, во многихъ отношеніяхъ судьи являются творцами права лучшими, чѣмъ законодатель. Умудренные живымъ знаніемъ дѣйствующаго права, они являются тѣми компетентными спеціалистами, безъ помощи которыхъ не можетъ быть созданъ ни одинъ законъ, и къ которымъ обращается законодатель во всѣ трудныя минуты своей дѣятельности. Поставленные высоко и независимо, они въ то же время находятся подъ достаточнымъ контролемъ всего народа или его представителей, а по своему положенію они всегда дѣйствуютъ далеко не съ такой свободой, какъ законодатель. Произволъ въ гораздо большей степени составляетъ принадлежность власти законодательной, чѣмъ судебной, рѣшенія которой ограничиваются закономъ, провѣряются въ порядкѣ инстанцій, исправляются и дополняются судебной практикой. И если по своему содержанію англійское common law дѣйствительно представляется цѣннымъ и во всякомъ случаѣ превосходитъ множество статутовъ, безобразно созданныхъ и редактированныхъ [1]), то объясняется это всей исторіей возникновенія права судебной практики. Творцами этого права были судьи,

---

[1]) Недостатки англійскаго статутнаго права (statute law) являются общепризнанными. Даже Бентамъ считаетъ его вполнѣ неудовлетворительнымъ. См. *Pollock*, Essays, p. 84—89, 90, 242, 260. *Bentham*, De l'organisation judiciaire, p. 420—423, 426—428.

т. е. люди, прошедшіе долгую и тяжкую школу первоначальнаго подготовленія и практической дѣятельности въ рядахъ адвокатуры. Свои рѣшенія они постановляли, изучая жизнь въ смѣнѣ конкретныхъ случаевъ и обсуждая каждый вопросъ въ перекрестномъ освѣщеніи состязательнаго процесса, сторонами котораго нерѣдко выступали лучшія юридическія силы страны. Въ то время, какъ законодатель рѣшалъ тысячи случаевъ сразу, оптомъ, безъ спеціальнаго обсужденія каждаго изъ нихъ въ отдѣльности, съ помощью только общихъ идей и соображеній, — судья шагъ за шагомъ заимствовалъ свой матеріалъ изъ жизни и творилъ для жизни; его методъ былъ осторожный методъ чистой индукціи. Въ то время, какъ законодатель руководствовался соображеніями политики и силы, судья, который присягалъ судить по праву и справедливости, являлся вѣщателемъ чистой правды, какъ онъ понималъ ее по своему крайнему разумѣнію. „И если, говоритъ Флойдъ Клеркъ, мы пріймемъ во вниманіе продолжительность времени, въ теченіе котораго развивалось наше case-law, если оцѣнимъ число умовъ, съ помощью которыхъ выработалась нынѣшняя система, то мы должны будемъ скорѣе удивляться ея изумительной стройности и полнотѣ, чѣмъ критиковать ея случайные недостатки и погрѣшности" [1]).

Таковы господствующія въ Англіи воззрѣнія на внутреннія достоинства case-law, на то, что̀ называется у Бентама *содержаніемъ* права судебной практики.

Другое дѣло внѣшнее выраженіе или, какъ говоритъ Бентамъ, внѣшняя *форма* case-law. Она имѣетъ свои безспорные недостатки. Но все же — и таково общее мнѣніе юристовъ Англіи и Америки — эти недостатки не даютъ права относиться безусловно-отрицательно ко всей системѣ судебныхъ прецедентовъ. Мы не станемъ приводить мнѣній крайнихъ защитниковъ этой системы, къ числу которыхъ принадлежатъ главнымъ образомъ юристы-практики и среди которыхъ можно назвать Уортона и Кента, Флойда Клерка

---

[1]) *F. Clarke*, The science, p. 341—342.

и Беста. Отмѣтимъ только воззрѣнія болѣе умѣренныя: ихъ можно признать установившимися среди большей части ученыхъ профессоровъ и теоретиковъ права. Лучшими выразителями этихъ воззрѣній являются Остинъ, Кларкъ, Шелдонъ Эмосъ, Поллокъ и Салмондъ.

Сущность этихъ воззрѣній заключается въ слѣдующемъ.

Хотя въ дѣйствительности case-law является гораздо опредѣленнѣе, постояннѣе, устойчивѣе и послѣдовательнѣе, чѣмъ это можетъ казаться съ перваго взгляда [1]), но все же преимущества права кодифицированнаго заставляютъ стремиться къ тому, чтобы постепенно привести въ порядокъ разныя области законодательства съ помощью изданія консолидированныхъ статутовъ или даже отдѣльныхъ кодексовъ. Главнымъ недостаткомъ системы прецедентовъ слѣдуетъ назвать ея казуистичность. Она не даетъ общихъ правилъ, выраженныхъ въ твердыхъ и опредѣленныхъ словахъ. Она даетъ только частные примѣры или отдѣльныя рѣшенія, изъ которыхъ самъ судья долженъ извлекать общія положенія. Это дѣло не легкое. Здѣсь требуется много осторожности и осмотрительности; необходимъ извѣстный навыкъ и спеціальныя юридическія познанія. Многочисленность судебныхъ рѣшеній, постановленныхъ въ разное время и разными судами,

---

[1]) См. *Austin*, Lectures, v. II, p. 354, 362. Понятія большей или меньшей опредѣленности, устойчивости и т. д. весьма условны. Только путемъ сравненія можно выяснить точнѣе ихъ содержаніе. И вотъ, когда англичане говорятъ о подобныхъ свойствахъ case-law, то они иногда проводятъ любопытную параллель между нимъ и кодифицированнымъ правомъ государствъ континента Европы. Напримѣръ, Стифенъ, котораго нельзя заподозрить въ особенной приверженности къ case-law, и который всю жизнь являлся неутомимымъ дѣятелемъ и защитникомъ кодификаціи англійскаго уголовнаго права, говоритъ такъ: „Въ дѣйствительности слишкомъ злоупотребляютъ, когда говорятъ объ эластичности или неопредѣленности англійскаго права. Важной характеристической чертой нашего права, въ особенности уголовнаго, является его крайняя обстоятельность и точность, почти не оставляющая мѣста для усмотрѣнія судьи. Сравнивая наше право съ французскимъ, мы въ результатѣ должны ска-

еще болѣе осложняетъ работу судьи или адвоката [1]). Такимъ образомъ самое распознаваніе права становится затруднительнымъ. Право, изложенное въ тысячахъ примѣровъ, всегда можетъ быть менѣе извѣстнымъ, чѣмъ законъ, сведенный въ общую и сжатую форму систематическаго кодекса. Притомъ, несмотря на обиліе матеріала, доставляемаго судебной практикой, case-law можетъ содержать болѣе пробѣловъ, чѣмъ хорошо составленный кодексъ. Законодательнымъ путемъ могутъ быть установлены правила и для такихъ случаевъ, которые еще не встрѣчались на практикѣ. Но правило судебнаго прецедента не можетъ возникнуть, пока конкретный случай не станетъ предметомъ судебнаго разбирательства и не приведетъ къ постановленію судебнаго рѣшенія. Прецедентъ зависитъ, а законъ не зависитъ отъ случайнаго направленія судебной практики. Поскольку право создается судебными прецедентами, оно содержитъ пробѣлы по всѣмъ вопросамъ, которые еще не разсматривались въ судѣ. Воспол-

---

зать, что французское уголовное право при дѣйствіи Code Pénal безконечно эластичнѣе (infinitely more elastic) англійскаго, хотя послѣднее и основывается на неписанныхъ опредѣленіяхъ и принципахъ" (*Stephen*, A history of the criminal law of England, 1883, v. III, p. 352—353). То же самое заявляетъ и Флойдъ Клеркъ, подтверждающій свою мысль рядомъ наглядныхъ сопоставленій изъ области гражданскаго права. *F. Clarke*, The science, p. 100—101, 103—221, 446.

[1]) Не слѣдуетъ, впрочемъ, преувеличивать „многотомности" („voluminousness") права судебной практики. Указываемыя нѣкоторыми тысячи томовъ судебныхъ рѣшеній сводятся въ дѣйствительности къ весьма умѣренному количеству. Ср. *Sh. Amos*, The english constitution and government, 1875, p. 110, насчитывающій около 100000 рѣшеній, разсѣянныхъ въ 1300 томахъ, и *Dillon*, Lectures on jurisprudence, 1894, p 265, 380 (по указанію Флойда Клерка), называющій 3798 томовъ сборниковъ рѣшеній американскихъ судовъ и 2944 т. сборниковъ англійскихъ Уже въ 1898 г. Ф. Клеркъ выяснилъ всю преувеличенность этихъ цыфръ. См. *F. Clarke*, The science, p. 26—28, 300—302. Въ настоящее время имѣется полное собраніе всѣхъ рѣшеній англійскихъ судовъ (начиная отъ 1785 г.), изданное въ 40 томахъ подъ редакціей Поллока и цитируемое подъ лит. R. R. („The Revised Reports").

пеніе этихъ пробѣловъ всецѣло обусловлено случайностью, случайнымъ фактомъ предъявленія суду соотвѣтствующаго иска или обвиненія. Напротивъ, въ законодательномъ порядкѣ легко могутъ быть восполнены всѣ пробѣлы и устранены всѣ неясности дѣйствующаго права, какъ только они обратятъ на себя вниманіе законодателя. При этомъ законодатель всегда можетъ сосредоточиваться на самомъ главномъ и самомъ важномъ въ то время, какъ судья, направляемый теченіемъ дѣлъ, создаетъ иногда превосходныя частныя правила и не даетъ никакихъ судебныхъ прецедентовъ по наиболѣе существеннымъ вопросамъ права.

Кромѣ того вся система case-law построена на двухъ началахъ: одно дѣлаетъ судью законодателемъ ex post facto, другое требуетъ строгаго соблюденія правила stare decisis. Ясно, что оба эти начала часто становятся въ непримиримое противорѣчіе другъ съ другомъ. И каждое изъ нихъ въ отдѣльности вызываетъ существенныя возраженія.

Не находя соотвѣтствующей нормы права или судебнаго прецедента для разрѣшенія того или другого вопроса, судья рѣшаетъ дѣло по своему усмотрѣнію, т. е. создаетъ правило, получающее обратное дѣйствіе. Неудобства такого порядка очевидны и общепризнаны. Они смягчаются только тѣмъ, что въ сферѣ гражданскихъ отношеній сама жизнь и частная практика нерѣдко предвосхищаютъ (антиципируютъ) то, что впослѣдствіи утверждается въ рѣшеніи суда, и такимъ образомъ самое рѣшеніе, хотя и является новымъ, но въ сущности устанавливаетъ правило, на которое заранѣе разсчитывали контрагенты. Въ уголовномъ правѣ нарушеніе принципа nullum crimen, nulla poena sine lege могло бы имѣть очень печальныя послѣдствія, если бы творческая дѣятельность суда фактически не вводилась въ извѣстныя границы. „Едва ли правдоподобно, говоритъ Стифенъ, чтобы судьи въ настоящее время рискнули создавать новые виды преступленій; это было бы встрѣчено съ величайшимъ протестомъ и создало бы для нихъ ненавистное положеніе. Послѣднимъ случаемъ подобнаго рода было признаніе преступными тор-

говыхъ стачекъ (conspiracies in restraint of trade)" [1]). Но, разумѣется, какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ правѣ въ извѣстныхъ предѣлахъ творческая дѣятельность суда оказывается неизбѣжной и необходимой; и, конечно, въ этихъ предѣлахъ вполнѣ неосновательно упрекать суды въ томъ, что они создаютъ законы ex post facto.

Принципъ stare decisis неизбѣжно обрекаетъ судебную практику на извѣстный застой. Прецеденты, отмѣняющіе и измѣняющіе право (abrogative precedents), принципіально не мыслимы; они существуютъ только, какъ фактъ, какъ неизбѣжное отступленіе отъ принципа, какъ извѣстное проявленіе свободы судейскаго усмотрѣнія. Въ этомъ отношеніи судебные прецеденты стоятъ гораздо ниже закона. Закону безспорно принадлежитъ отмѣняющая сила. Онъ является не только источникомъ новаго права, но вполнѣ можетъ отмѣнять и измѣнять старое. Прецедентъ обладаетъ только созидающей силой. Съ помощью прецедента можетъ быть установлено хорошее правило — во многихъ отношеніяхъ даже лучше того, какое иногда дается законодателемъ—, но все же существеннымъ недостаткомъ этого правила будетъ его неизмѣняемость. То, что̀ прецедентъ создаетъ, устанавливается разъ навсегда. Прецедентъ не можетъ возвратиться къ старому и не можетъ сдѣлать хорошимъ то, въ чемъ онъ ошибся. Поэтому законъ во всякомъ случаѣ является необходимымъ средствомъ если и не развитія, то реформы права. По своимъ разрушительнымъ и реформаторскимъ свойствамъ законъ не имѣетъ соперниковъ.

Въ виду подобныхъ соображеній—говорятъ—несомнѣнно будущее принадлежитъ закону. „Преимущества писанна-

---

[1]) См. *Stephen*, History, v. III, p. 202 sqq., 359—360. Нѣкоторые (напр. Уилзъ, Поллокъ, Кромптонъ) считаютъ невозможнымъ ограничивать права суда въ виду принципа nullum crimen sine lege. Стифенъ также не стѣсняетъ судей во всемъ томъ, что̀ не охватывается этимъ принципомъ (p. 360—361). Судебная практика оправдываетъ точку зрѣнія Стифена — R. v. Foote, 48 L. T. N. S. 733. *Wharton*, Commentaries, p. 36—37, 66—67.

го закона, говоритъ Салмондъ въ своей недавно опубликованной работѣ, настолько перевѣшиваютъ его недостатки, что не можетъ быть никакого сомнѣнія въ конечномъ исходѣ его соперничества съ другими формами развитія и выраженія права. Наше время всецѣло стремится къ тому, что̀, со дней Бентама, обозначается словомъ кодификація, т. е. къ сведенію всего права въ систематическую форму писаннаго corpus juris. Въ этомъ отношеніи Англія отстала отъ континента. Не слѣдуетъ думать, впрочемъ, что кодификація повлечетъ за собой полную отмѣну прецедентовъ, какъ источниковъ права. Case-law будетъ продолжать расти даже при относительной полнотѣ кодексовъ. Старая теорія, теперь постепенно исчезающая, но все еще вѣрная для большинства отдѣловъ права, усматриваетъ въ неписанномъ правѣ опору и основу всей системы, считая законодательство только особымъ средствомъ для ея измѣненія и развитія. Неписанное право есть главная часть, писанное — только придаточная. Дѣятельность законодателя вызывается только въ отдѣльныхъ случаяхъ, когда требуется сдѣлать то, чего не можетъ сдѣлать судебная практика. Кодификація предполагаетъ не полное исчезновеніе case-law, но только измѣненіе такого отношенія между обѣими формами права. Она предполагаетъ, что сущность и остовъ права будетъ выражаться въ писанномъ законѣ, и что case-law будетъ играть только побочную и дополнительную роль. Въ наиболѣе тщательно редактированномъ кодексѣ обнаруживаются тонкія двусмысленности, проявляются дѣйствительныя или мнимыя противорѣчія и отыскиваются пропуски. Никакое искусство законодателя не можетъ охватить вполнѣ всю сложность и разнообразіе фактовъ. Функція прецедентовъ должна быть дополняющей, изъясняющей, примиряющей и развивающей принципы, которые содержатся въ кодексѣ. Такимъ образомъ, система case-law должна вырасти изъ самого кодекса, какъ его судебный комментарій и дополненіе" [1]). Это дополненіе, юридически

[1]) *Salmond*, Jurisprudence, p. 124—126. Ср. *F. Clarke*, The science, p. 434—437.

связывающее и направляющее судей, не только разумно, но и удобно (reasonable and convenient) [1]). Оно даетъ твердую опору для законности въ судебной практикѣ и устанавливаетъ живое взаимодѣйствіе между правомъ писаннымъ и развивающимися потребностями дѣйствительности. Безъ прецедентовъ не можетъ быть никакой законности. Вотъ почему на континентѣ Европы суды дѣйствуютъ гораздо произвольнѣе, чѣмъ въ Англіи. И если всѣ вопіющія послѣдствія судебнаго произвола не проявляются въ странахъ, которыя не признаютъ case-law, то объясняется это тѣмъ, что не всякій принципъ, провозглашенный въ законѣ, осуществляется въ дѣйствительности, и что живая сила права можетъ развивать свою дѣятельность въ тайнѣ (clandestinely). А безъ этой силы не мыслимо и самое право: „Constare non potest jus, говоритъ Остинъ, повторяя слова римскаго юриста Помпонія, nisi sit aliquis jurisperitus, per quem possit quotidie in melius produci" [2]).

2.

Во всѣхъ этихъ соображеніяхъ и замѣчаніяхъ англійскихъ и американскихъ юристовъ, насколько они касаются

---

[1]) Вопросу о „reasonableness" и „convenience" прецедентовъ посвящаетъ нѣсколько прекрасныхъ страницъ Поллокъ въ статьѣ о „законахъ природы и законахъ человѣка". Тамъ же онъ приводитъ рядъ психологическихъ соображеній, выясняющихъ вопросъ о прецедентахъ съ болѣе общей точки зрѣнія. *Pollock*, Essays, p. 42 sqq.

[2]) Ср. *Austin*, Lectures, v. II, p. 353. Болѣе полное развитіе этихъ мыслей можно найти у Уортона и Флойда Клерка. Судебное толкованіе англичане считаютъ дѣятельностью не только творческою, но въ то же время и законодательною („supplementary legislation" по терминологіи Лайтвуда). См. *Lightwood*, The nature of positive law, 1883, p. 409, 413. *Austin*, Lectures, v. II, p. 332—333, 337—342, 343, 345. *Clark*, Practical jurisprudence, p. 230 sqq. *Sh. Amos*, The science, p. 76. Послѣдній авторъ въ общую схему права современнаго государства вводитъ двѣ группы нормъ: „laws admissible into a code" и „laws not

достоинствъ и недостатковъ case-law, три положенія въ особенности обращаютъ на себя вниманіе: 1) за судами юридически признается власть посредствомъ прецедентовъ творить нормы права, 2) такая дѣятельность судовъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, оправдывается, какъ неизбѣжное условіе правовой жизни вообще, и 3) дѣйствіе прецедентовъ одобряется какъ въ интересахъ законности суда, такъ и въ виду требованій безостановочнаго и постепеннаго развитія права, которое, чтобы не быть Прокрустовымъ ложемъ, должно отражать въ себѣ все богатое разнообразіе вѣчно измѣняющейся дѣйствительности.

Этихъ положеній не признаетъ законодатель континентальной Европы. Даже право обычное едва терпимо, и только законъ провозглашается тѣмъ всемогущимъ, вездѣсущимъ и всевѣдущимъ началомъ, которымъ должна быть проникнута современная юридическая жизнь культурныхъ народовъ. Въ этой жизни—по мысли законодателя—нѣтъ и не можетъ быть мѣста для судебныхъ прецедентовъ. И въ этомъ смыслѣ, опираясь на законъ, теорія права и судебная практика континентальныхъ государствъ дѣлаютъ выводы и построенія не только de lege lata, но даже и de lege ferenda. Идеи закона превращаются въ высшіе принципы, въ непоколебимыя основы процесса и государственнаго права. Онѣ освящаются и возводятся въ идеалъ, существующее оправдывается и объявляется истинно разумнымъ и желательнымъ [1]).

admissible into a code". Ко второй группѣ причисляется „judicial legislation between publications of successive editions of code" (см. таблицу, приложенную въ началѣ указ. соч. Ш. Эмоса).

[1]) Въ русской литературѣ эта точка зрѣнія раздѣляется почти всѣми, кто только касался вопроса о прецедентахъ (главнымъ образомъ по отношенію къ рѣшеніямъ кассаціонныхъ департаментовъ сената). См. *Думашевскій*, О силѣ кассаціонныхъ рѣшеній сената, 1868, Ж. М. Ю. кн. 7, стр. 83—84. *Энгельманъ*, О давности по русскому праву, 1868, стр. 138—140. *Побѣдоносцевъ*, Судебное руководство, 1872, стр. 349—351. *Неклюдовъ*, Руководство для мировыхъ судей, 1872, т. I, стр. 718. *Думашевскій*, Систематическій сводъ рѣшеній

Съ одной стороны, указываютъ—въ противоположность англійской точкѣ зрѣнія—на полную возможность обезпечить законность суда и устойчивость судебной практики, да-

---

кассац. департаментовъ, 1872, т. II, стр. 914—921. *Фонъ-Резонъ*, О силѣ кассаціонныхъ рѣшеній, 1873, Судеб. Ж., № 7—8, стр. 1—31. *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, 1874, Ж. Г. и У. П., кн. I, стр. 1—62. *Буцковскій*, Очерки судебныхъ порядковъ, 1874, стр. 471—477. *Малышевъ*, Курсъ гражданскаго судопроизводства, 1876, т. I, стр. 7—11, 67—71. *Фальковскій*, Лекціи судоустройства и гражданскаго судопроизводства, 1876, Ю. В., кн. 6—7, стр. 70. *Володимировъ*, Злополучный судья, 1881, Ж. Г. и У. П., кн. I, стр. 124. *Джаншіевъ*, О старомъ и новомъ направленіи гражданской кассаціонной практики, 1881, Ю. В., т. VI, стр. 772—773. *Гольмстенъ*, Практика гражданскаго суда, 1881, Ж. Г. и У. П., кн. II, стр. 29. *Малининъ*, Теорія гражд. процесса, 1881, в. I, стр. 83. *Таганцевъ*, Лекціи по русскому уголовному праву, 1887, в. I, стр. 368—371. *Анненковъ*, Опытъ комментарія къ уставу гражд. судопроизводства, 1888, т. IV, стр. 494 и сл. *Ренненкампфъ*, Юридическая энциклопедія, 1889, стр. 131—135. *Сергѣевскій*, Русское уголовное право, 1890, стр. 42, 361. *Макалинскій*, Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей, 1894, т. I, стр. 93 — 96. *Случевскій*, Учебникъ рус. уголов. процесса, 1895, стр. 91. *Вербловскій*, Гражданское судопроизводство, 1895, Ж. М. Ю., кн. 10, стр. 158 и сл. *Энгельманъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 1899, стр. 306—310. *Лазаревскій*, Толкованіе законовъ, 1901, Энцик. С. Брокгауза, кн. 65, стр. 433. *Таганцевъ*, Правополагающіе источники и ихъ взаимное отношеніе въ уголовномъ правѣ, 1902, Право, № 4 и 5. *Его же*, Русское уголовное право, 1902, т. I, стр. 139, 183—186. *Фойницкій*, Курсъ уголовнаго судопроизводства, 1902, т. I, стр. 154—164.

Отрицательное отношеніе къ судебнымъ прецедентамъ является господствующимъ и во Франціи, а равно и въ Бельгіи, какъ отзвукъ блестящихъ идей XVIII столѣтія (Монтескьё) и эпохи Наполеоновой кодификаціи. И только въ послѣднее время раздаются единичные голоса, нарушающіе общее единомысліе по этому вопросу. Впрочемъ новые писатели, въ лицѣ болѣе авторитетныхъ представителей науки, признавая фактическое значеніе прецедентовъ, по прежнему оспариваютъ ихъ юридическую силу въ качествѣ возможныхъ источниковъ права какъ de lege lata, такъ и de lege ferenda. См. *Beudant*, Cours de droit civil français, 1896, p. 33—34, 114—121. *Garraud*, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1898, t. I,

же не считаясь съ прецедентами; съ другой стороны, выдвигаютъ тѣ неустранимыя, повидимому, противорѣчія, къ какимъ должно было бы привести примѣненіе англійскихъ воззрѣній въ современной обстановкѣ юридической жизни государствъ континента Европы.

Только несовершенное законодательство неизбѣжно открываетъ просторъ для произвола судовъ. Хорошіе законы, напротивъ, даютъ прочныя основанія для однообразной и устойчивой судебной практики, потому что содержатъ въ себѣ твердыя правила для разрѣшенія всевозможныхъ случаевъ жизни. Нужно только желать и умѣть найти въ законѣ эти

---

p. 227—229. *Geny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 392—456.

Нѣсколько иначе относятся къ этому вопросу въ Италіи и, особенно, въ Германіи, гдѣ у всѣхъ еще живо воспоминаніе о созидающей роли судовъ и огромномъ историческомъ значеніи ихъ въ дѣлѣ рецепціи римскаго и въ развитіи національнаго нѣмецкаго права. Но и здѣсь, даже у болѣе старыхъ писателей, очень замѣтное мѣсто занимаетъ совершенно отрицательное отношеніе къ судебнымъ прецедентамъ и даже къ такъ наз. установившейся судебной практикѣ. См. *Martin*, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 1800, S. 9, 91 (мы указываемъ страницы по восьмому изданію этого учебника). *Его же*, Lehrbuch des Criminal-Processes, 1812, S. 11, 15 (по пятому изданію). *Jordan*, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, 1825, Archiv für die civilistische Praxis, B. VIII, S. 191—260. *Wächter*, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauche, 1840, Archiv f. d. c. Praxis, B. XXIII, S. 432 ff. *Keller*, Pandekten, 1861, S. 12. Одинъ изъ отцевъ современной науки уголовнаго права, А. Фейербахъ, называющій философію въ числѣ его источниковъ, вотъ какъ говоритъ о значеніи судебной практики: „Der Gerichtsgebrauch (Praxis) mag wohl, sofern seine Ergebnisse aus dem unabweislichen Bedürfnisse veränderter Zeiten hervorgegangen, mit der Nothwendigkeit entschuldigt, von der Vernunft und Menschlichkeit gebilligt, nimmermehr aber aus Gründen des Rechts in der Theorie gerechtfertigt und als Quelle verpflichtender Rechtsnormen betrachtet werden. Er ist nur anzuerkennen, wie man auch Staatsrevolutionen anerkennt, als Thatsache, nicht als Recht". *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847, S. 5. Ср. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1891, S. 80.

правила, желать и умѣть примѣнить ихъ въ дѣйствительности. Такимъ образомъ, говорятъ (Е. В. Васьковскій) [1]), устойчивость судебной практики и опредѣленность права достигаются установленіемъ точныхъ и тѣсныхъ предѣловъ судейскаго усмотрѣнія при примѣненіи юридическихъ нормъ. Прежде всего необходимо обставить дѣятельность судовъ такими условіями, такими гарантіями, которыми бы обезпечивалось правильное и безпристрастное разрѣшеніе дѣлъ. Эти гарантіи заключаются въ надлежащей организаціи судебныхъ учрежденій и судопроизводства, именно, главнымъ образомъ, въ независимости, матеріальной обезпеченности и высокомъ нравственномъ уровнѣ судейскаго персонала, въ коллегіальномъ устройствѣ судовъ, въ возможности перевершенія дѣлъ высшей инстанціей, въ существованіи единаго верховнаго кассаціоннаго суда, наблюдающаго за правильнымъ и однообразнымъ толкованіемъ законовъ, въ участіи хорошо подготовленной адвокатуры, и, самое главное, въ гласности производства, благодаря которой дѣятельность судовъ можетъ быть контролируема обществомъ. Однако, всѣ эти гарантіи, обезпечивая добросовѣстность и безпристрастіе судей, предотвращаютъ только умышленное искаженіе ими смысла законовъ по какимъ-либо постороннимъ, болѣе или менѣе предосудительнымъ мотивамъ, но не могутъ избавить судей отъ добросовѣстныхъ ошибокъ, являющихся результатомъ примѣненія неправильныхъ пріемовъ толкованія законовъ или ложнаго пониманія судейскихъ обязанностей. Оградить судей отъ этихъ невольныхъ прегрѣшеній можетъ лишь знакомство съ раціональной теоріей толкованія законовъ. Задача послѣдней въ томъ, именно, и состоитъ, чтобы выработать рядъ общихъ правилъ, которыми слѣдуетъ руководствоваться, выясняя смыслъ законодательныхъ нормъ, уясняя ихъ недостатки и дѣлая изъ нихъ логическіе выводы.

---

[1]) *Васьковскій,* Судейское усмотрѣніе при толкованіи законовъ, 1901, Право, № 50. *Его же,* Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ, 1901, стр. 121—130, 289—315.

Если судья опирается на законъ и руководствуется строгими правилами его толкованія, то въ дѣятельности его не остается ни малѣйшаго мѣста личному усмотрѣнію и произволу. И только въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда несмотря на всѣ старанія, несмотря на самое тщательное соблюденіе всѣхъ правилъ толкованія, судъ не въ состояніи установить съ полною достовѣрностью норму, необходимую при разрѣшеніи дѣла, ему приходится предоставить выборъ между нѣсколькими рѣшеніями вопроса, которыя всѣ одинаково возможны. Въ интересахъ наиболѣе полнаго достиженія идеаловъ правосудія онъ долженъ предпочесть то рѣшеніе, которое лучше, т. е. при которомъ толкуемые законы оказываются наиболѣе совершенными. Для этого судъ долженъ подвергнуть всестороннему изслѣдованію тѣ жизненныя отношенія, о которыхъ идетъ рѣчь, и опредѣлить, какой изъ возможныхъ по закону способовъ ихъ нормированія лучше, т. е. справедливѣе, цѣлесообразнѣе, гуманнѣе, милостивѣе и т. д. Во всякомъ случаѣ подобная свобода судейскаго усмотрѣнія стоитъ въ зависимости отъ несовершенствъ законодательства, такъ какъ ясные законы исключаютъ ее и вмѣстѣ съ тѣмъ не даютъ мѣста для произвола со стороны судовъ. Такъ какъ въ мірѣ все совершенствуется, то и законы, несомнѣнно, становятся все лучше и лучше, какъ со стороны своего внутренняго содержанія, такъ и со стороны формы выраженія. Вмѣстѣ съ тѣмъ суживается и сфера судейскаго усмотрѣнія при толкованіи законовъ, и дѣятельность всякаго судьи постепенно сводится къ строго логической работѣ полученія выводовъ изъ закона путемъ построенія дедуктивнаго силлогизма. Такимъ образомъ совершенное законодательство и ученая теорія его толкованія—вотъ два средства, обезпечивающія устойчивость въ отправленіи правосудія и законность суда; а судья, подчиненный закону и только одному закону,—вотъ идеалъ политики. Для прецедентовъ нѣтъ мѣста, потому что „дать намъ свободу можетъ лишь законъ".

Къ такого рода соображеніямъ общаго характера о предѣлахъ судейскаго усмотрѣнія при толкованіи законовъ и о

законности суда присоединяются спеціальныя соображенія о существѣ судебной власти и о юридическомъ значеніи судебныхъ рѣшеній.

Прежде всего указываютъ на необходимость раздѣленія властей, которая вытекаетъ не только изъ политическихъ соображеній (основное условіе гарантіи гражданской свободы), но и зависитъ отъ различій въ самой природѣ дѣятельности законодательной и судебной.

Почему тотъ, кто создаетъ законы, не примѣняетъ ихъ?— спрашиваетъ Лоранъ [1]). Развѣ творецъ закона не лучше другихъ проникаетъ въ его смыслъ? Съ перваго взгляда можно было бы думать, что власть судить и власть создавать законы должна соединяться въ однѣхъ и тѣхъ же рукахъ. Такое состояніе, дѣйствительно, было идеаломъ старыхъ временъ. Святой Людовикъ, отправляющій судъ подъ сѣнію дуба,— вотъ образъ и, въ нѣкоторомъ родѣ, освященіе этой старой теоріи. Наши современныя конституціи отступили въ этомъ отношеніи, какъ и во многихъ другихъ, отъ преданія. Монтескьё разъясняетъ намъ основанія новаго порядка вещей. Политическая свобода гражданъ выражается въ томъ спокойствіи духа, которое проистекаетъ отъ убѣжденія каждаго въ собственной безопасности. Чтобы имѣть эту свободу, нужно имѣть правительство, при которомъ бы одинъ гражданинъ могъ не бояться другого. Это обусловливается раздѣленіемъ властей и именно—власти законодательной и власти судебной. „Нѣтъ свободы, говоритъ Лоранъ, повторяя слова Монтескьё, если власть судить не отдѣлена отъ власти законодательной. Если бы она была соединена съ властью законодательной, то право на жизнь и на свободу гражданъ зависѣло бы отъ произвола, такъ какъ законодателемъ являлся бы судья". Нельзя выразиться лучше. Народы, для которыхъ дорога свобода, должны заботиться, чтобы всѣ власти не смѣшивались въ одной рукѣ.

---

[1]) *Laurent*, Principes de droit civil, 1869, t. I, p. 322—339, 357—360.

Но развѣ только въ виду одной свободы надлежитъ, чтобы власть творить законъ была отдѣлена отъ власти примѣнять его?— спрашиваетъ далѣе Лоранъ. Старый идеалъ, смѣшивавшій ихъ, есть идеалъ ложный, такъ какъ необходимость раздѣленія властей вытекаетъ изъ различій въ самой природѣ ихъ функцій.

Какова функція законодателя?—Вполнѣ частными интересами онъ никогда не занимается, онъ предоставляетъ ихъ свободной дѣятельности отдѣльныхъ лицъ; его назначеніе болѣе высокое, онъ призванъ блюсти общіе интересы всего общества. Столкновеніе частныхъ интересовъ ежедневно порождаетъ споры и тяжбы. Кто ихъ рѣшаетъ? — Судья. Но чтобы рѣшить ихъ, онъ нуждается въ правилахъ; и вотъ законодатель даетъ ему эти правила. Ясно, что власти различаются потому, что различаются и самыя функціи ихъ. Судъ не занимается общими интересами всего общества; именно столкновеніе частныхъ интересовъ приводитъ къ нему истца и отвѣтчика; онъ долженъ положить предѣлъ ихъ спору своимъ приговоромъ. Провозглашая его, судья не взвѣшиваетъ интересовъ, не разсматриваетъ, насколько дѣло одного согласуется болѣе съ соціальнымъ интересомъ, чѣмъ дѣло другого; онъ примѣняетъ въ каждомъ дѣлѣ неизмѣнную норму закона, одинаковую для всѣхъ.

Имѣя своимъ назначеніемъ блюсти общій интересъ, законодатель долженъ обладать иниціативой: это существенный признакъ его власти. Онъ самъ долженъ видѣть, не требуется ли его вмѣшательство въ интересахъ общества; онъ не ожидаетъ, чтобы заинтересованныя стороны потребовали его вмѣшательства, потому что онъ дѣйствуетъ не для блага отдѣльнаго лица, но для блага всѣхъ. Судья, напротивъ, не имѣетъ иниціативы; чтобы судить, онъ долженъ получить жалобу, такъ какъ стороны могутъ собственно обойтись и безъ него, примирившись или обратившись къ суду третейскому. Очевидно, насколько различны эти оба рода функцій. Законодатель не исполнилъ бы своей обязанности, поставилъ бы въ опасность благо и даже самое существованіе

общества, если бы не явился смѣлымъ иниціаторомъ реформъ и улучшеній. Напротивъ, судья нарушилъ бы домашній миръ, если бы безъ просьбы вмѣшался въ частныя столкновенія.

Законодатель дѣйствуетъ въ общемъ интересѣ; когда онъ говоритъ, частные интересы должны умолкнуть; и даже право отдѣльнаго лица уступаетъ предъ правомъ всего общества. Обязывать всѣхъ гражданъ — вотъ существенный признакъ закона; онъ связываетъ даже власть исполнительную и власть судебную; эти узы, которыя охватываютъ всѣхъ, являются въ то же время гарантіей для всѣхъ. Законъ устанавливается не въ пользу отдѣльнаго лица и не противъ него; онъ нуженъ всѣмъ и онъ обязываетъ всѣхъ; если онъ абсолютенъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ онъ и безпристрастенъ. Судья поступаетъ не такъ, какъ законодатель. Онъ разсматриваетъ интересы, которые пришли въ столкновеніе; одного онъ оправдываетъ, другого обвиняетъ; но его рѣшеніе не выходитъ за предѣлы спора, имъ разрѣшаемаго; оно не приноситъ выгоды тѣмъ, кто не участвовалъ въ дѣлѣ, и оно не вредитъ имъ. Если бы приговоръ имѣлъ общее значеніе, какъ законъ, онъ внесъ бы смятеніе въ частные интересы, потому что онъ затронулъ бы и тѣхъ, кто не могъ добиваться признанія своихъ правъ при разсмотрѣніи дѣла въ судѣ. Случается, что законодатель нарушаетъ интересы частныхъ лицъ; но это зло въ вину ему поставлено быть не можетъ, потому что существенное условіе соединенія людей въ общество именно и заключается въ необходимости приносить въ жертву частные интересы интересамъ общимъ; но никто не обязанъ жертвовать своимъ интересомъ ради интереса другого частнаго лица. Вотъ почему рѣшеніе суда можетъ имѣть значеніе только для сторонъ дѣла.

Наконецъ, законодатель, дѣйствующій въ общемъ интересѣ, долженъ имѣть право измѣнять и отмѣнять законы, имъ созданные; это его обязанность, если того требуютъ общественные интересы. Судья же не можетъ перерѣшать дѣла. Пересмотръ рѣшеній допускается въ ограниченныхъ пре-

дѣлахъ, и, когда онъ исчерпанъ, окончательное рѣшеніе признается непоколебимой истиной. Если бы судья могъ мѣнять свои рѣшенія, то не было бы мира у людей, такъ какъ ихъ споры не имѣли бы конца. Если бы законодатель не могъ измѣнять законовъ, исправлять и отмѣнять ихъ, то общество сдѣлалось бы неподвижнымъ и погибло бы въ этой неподвижности.

Суды учреждены, чтобы разбирать возникающія тяжбы, имъ подвѣдомственныя. Поэтому ихъ рѣшенія касаются необходимо только дѣлъ, уже возникшихъ. Они не могутъ разрѣшать будущихъ споровъ. И это, прежде всего, потому, что невозможно разсматривать тяжбу, которая еще не существуетъ, и искъ, который еще не предъявленъ; затѣмъ и потому, что невозможно судьѣ предвидѣть обстоятельства, въ которыхъ выразиться будущій процессъ; наконецъ и потому, что судья не можетъ судить, не выслушавъ сторонъ,—но какъ же ихъ выслушать въ то время, когда не существуетъ еще ни иска, ни истца, ни отвѣтчика? Въ этомъ смыслѣ и говорятъ, что судья не можетъ давать рѣшеній на будущее время, т. е. не можетъ рѣшать споровъ, которые еще не существуютъ. Если онъ это дѣлаетъ, онъ превышаетъ полномочія судебной власти. Законодатель даетъ нормы для будущаго; ему запрещено нормировать прошедшее. Судья же разрѣшаетъ и опредѣляетъ прошедшее, но не имѣетъ права вмѣшиваться въ будущее. *Его рѣшенія не имѣютъ даже того значенія, какое принадлежитъ чисто доктринальнымъ толкованіямъ закона: они касаются отдѣльныхъ случаевъ, т. е. каждое рѣшеніе имѣетъ въ виду фактически опредѣленный споръ; обстоятельства дѣла необходимо вліяютъ на рѣшеніе вопросовъ права, которые съ ними связаны; мѣняются обстоятельства, должно измѣняться и рѣшеніе.* Но обстоятельства разнообразятся съ каждымъ новымъ случаемъ; а потому, какъ же пользоваться для новаго дѣла рѣшеніемъ, постановленнымъ по поводу какихъ-нибудь другихъ фактовъ? Этого мало. Сколько было постановлено рѣшеній, въ которыхъ суды сумѣли обойти законъ подъ вліяніемъ исключитель-

ныхъ обстоятельствъ дѣла! Эти рѣшенія, основанныя болѣе на справедливости, чѣмъ на правѣ, не имѣютъ никакого даже доктринальнаго значенія. Въ концѣ-концовъ, слѣдуетъ сказать, вмѣстѣ съ президентомъ Ту, что рѣшенія хороши только для тѣхъ, кто ихъ получаетъ.

Итакъ, заключаетъ Лоранъ, если функціи судьи и законодателя столь различны, а иногда даже и противоположны, то развѣ не естественно и не логично ввѣрить ихъ особымъ властямъ? Раздѣленіе власти законодательной и власти судебной является слѣдствіемъ самой природы и самого существа этихъ властей. Этимъ заранѣе оправдываются постановленія законовъ, въ силу которыхъ: 1) законодатель не долженъ быть судьей, 2) судья не долженъ быть законодателемъ и 3) судья не долженъ пользоваться правомъ давать предписанія, обязательныя для будущаго времени.

Взгляды Лорана, подробно нами изложенные, въ блестящей и стройной формѣ соединяютъ въ себѣ всѣ тѣ положенія, которыя по частямъ разсматриваются и развиваются также и у другихъ писателей континентальной Европы.

Такъ, среди нѣмецкихъ ученыхъ прошлаго столѣтія довольно полную разработку нашего вопроса мы находимъ уже у Іордана [1]).

Назначеніе судовъ, какъ органовъ правосудія, говоритъ Іорданъ, состоитъ въ томъ, чтобы изрекать право (jus reddere), т. е. примѣнять нормы дѣйствующаго права къ отдѣль-

---

[1]) *Jordan*, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, 1825, Archif für d. civil. Praxis, B. VIII, S. 210—214, 229—231, 240—241. Къ сожалѣнію мы не могли воспользоваться трудами Гауса и Гемейнера—*Haus*, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, 1798 и *Gemeiner*, De fontibus juris Germanorum privati, praecipue de praejudiciis et auctoritate prudentium, 1843. О трудѣ Гауса даетъ весьма неодобрительный отзывъ *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, 1828, Th. I, S. 165: „diese Schrift ist übrigens höchst oberflächlich und gedankenarm, so dass sie es wohl nur ihrer Einsamkeit auf diesem Felde der Literatur zu danken hat, wenn sie noch jetzt in allen Compendien citirt wird".

нымъ случаямъ, встрѣчающимся въ жизни. Такъ какъ каждый случай имѣетъ двѣ стороны, фактическую и юридическую, то отсюда вытекаютъ слѣдующія права судовъ: 1) право изслѣдовать фактическую сторону случая въ цѣляхъ подведенія его подъ законъ; 2) право примѣнять законъ къ установленнымъ фактамъ, т. е. находить соотвѣтствующій приговоръ съ помощью умозаключенія, опредѣливши, насколько фактическіе признаки конкретнаго случая тождественны съ признаками, предусмотрѣнными въ законѣ; 3) право исполнять согласно съ закономъ постановленный приговоръ, т. е. осуществлять въ дѣйствительности его законное содержаніе. Такъ какъ изслѣдованіе фактической стороны дѣла и исполненіе приговора осуществляются по правиламъ закона, а постановленіе приговора состоитъ въ подведеніи фактовъ подъ дѣйствующую норму права, и такъ какъ примѣненіе закона обусловливается его знаніемъ, то судамъ должно принадлежать также еще 4) право отыскивать нормы, примѣняемыя въ каждомъ случаѣ, и изслѣдовать ихъ содержаніе. Здѣсь собственно и начинаются затрудненія, возникаютъ спорные вопросы и открывается область судебной практики. Примѣняя законъ, судья толкуетъ его, восполняетъ его пробѣлы и приспособляетъ къ требованіямъ времени. Но дѣятельность судовъ существенно отличается отъ дѣятельности законодателя и не можетъ быть названа особымъ видомъ или формой законодательства. Законодательство никогда не имѣетъ въ виду отдѣльныхъ лицъ, но относится ко всѣмъ вообще; оно дѣйствуетъ независимо отъ чьей бы то ни было посторонней воли и даетъ нормы, обязательныя для всѣхъ и не допускающія возраженій. Напротивъ, суды обращаютъ вниманіе не на всѣхъ, а только на отдѣльныхъ лицъ, права которыхъ разсматриваются, какъ предметъ спора; судьи дѣйствуютъ не независимо, а согласно съ закономъ и въ духѣ закона, и даютъ нормы, обязательныя только для сторонъ, которыя однако могутъ возражать противъ нихъ. Судья не имѣетъ права, по примѣру законодателя, нормой рѣшенія провозглашать собственное мнѣніе, собственную волю;

онъ дѣйствуетъ всегда только въ предѣлахъ воли законодателя, ясно выраженной или полученной съ помощью интерпретаціи; предъ ней же онъ долженъ и оправдать свои дѣйствія. Его постояннымъ стремленіемъ является изъясненіе и примѣненіе этой воли къ каждому отдѣльному случаю, и онъ достигаетъ этого при помощи юридическихъ заключеній отъ руководящихъ принциповъ, началъ и цѣлей законодательства. Въ тѣхъ случаяхъ, когда буква закона противорѣчитъ жизни или оказывается недостаточной, его дѣятельность является посредницей между закономъ и жизнью, раскрывая и развивая мысль закона такъ, какъ бы это сдѣлалъ самъ законодатель, если бы имѣлъ возможность предусмотрѣть каждый отдѣльный случай. Судебная дѣятельность есть всегда только примѣненіе если и не буквы, то духа закона, всегда только развитіе этого духа; никогда не имѣетъ она и не можетъ имѣть законодательнаго характера. Поэтому и отдѣльный приговоръ суда создаетъ права и обязанности только для сторонъ дѣла и не имѣетъ значенія нормы, обязательной для третьихъ лицъ. Каждый судья при разрѣшеніи дѣла руководствуется закономъ и собственнымъ разумѣніемъ — это вытекаетъ изъ самой идеи „сужденія" („des Urtheilens"). Стало быть, само собою ясно, что онъ не можетъ быть связанъ своими собственными прежними рѣшеніями или рѣшеніями другихъ судовъ по дѣламъ однороднымъ.

Къ этимъ воззрѣніямъ всецѣло присоединяются также А. Д. Градовскій и И. Я. Фойницкій.

Юридическая природа судебнаго рѣшенія, говоритъ Градовскій [1]), опредѣляется тѣмъ, что оно содержитъ въ себѣ примѣненіе общаго закона къ отдѣльному случаю. Поэтому сила его исчерпывается его примѣненіемъ къ дѣлу, по которому оно состоялось. *Способъ разрѣшенія дѣла, принятый судомъ въ данномъ случаѣ, не обязываетъ юридически другой*

---

[1]) *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, стр. 37—38. Ср. *Его же*, Начала русскаго государственнаго права, 1901, т. I, стр. 80—81.

судъ (или даже тотъ же самый судъ) по другому однородному дѣлу держаться того же способа. Сообщить обязательную юридическую силу прецеденту значило бы (не говоря уже о смѣшеніи законодательной и судебной власти) связать свободу судейскаго рѣшенія, необходимую въ виду индивидуальнаго разнообразія отдѣльныхъ случаевъ, и уничтожить возможность реакціи противъ невѣрнаго истолкованія закона въ томъ или другомъ дѣлѣ, реакціи противъ дурныхъ прецедентовъ.

И. Я. Фойницкій, который въ особенности имѣетъ въ виду рѣшенія нашего сената, опирается на общія соображенія такого рода [1]).

Судебная власть, говоритъ онъ, призвана примѣнять законъ къ отдѣльнымъ случаямъ дѣйствительной жизни. Въ такомъ примѣненіи и состоитъ судебная дѣятельность, по существу своему подзаконная. Подчиненная закону, судебная дѣятельность не можетъ быть почитаема дѣятельностью творческою, какъ въ томъ смыслѣ, что для разрѣшенія дѣла судомъ необходима общая правовая норма, не имъ установленная и для него обязательная, такъ и въ томъ смыслѣ, что судебное рѣшеніе ограничивается предѣлами даннаго дѣла: judex lex fecit inter partes. Дѣятельность законодателя носитъ творческій характеръ; но судъ не творитъ юридическихъ нормъ, а примѣняетъ нормы готовыя, другимъ органомъ созданныя. Примѣненіе нормы необходимо предполагаетъ существованіе ея. Поэтому, существенно отличаясь отъ творческой дѣятельности законодателя, дѣятельность судебной власти примѣняетъ законъ въ границахъ конкретно-опредѣленнаго дѣла, разрѣшенію ея подлежащаго. Положенія ею высказанныя, обязательны для дѣла, по которому они даны. Для другихъ дѣлъ, хотя и аналогичныхъ, обязательнаго значенія они не имѣютъ: *по каждому дѣлу, къ суду поступающему, судебная дѣятельность начинается вновь, какъ бы прежъ-*

---

[1]) *Фойницкій*, Курсъ уголовнаго судопроизводства, 1902, т. I, стр. 154 и сл.

нихъ дѣлъ вовсе не существовало. Стремленіе привить судебнымъ разъясненіямъ законовъ общеобязательное для всѣхъ судебныхъ мѣстъ значеніе стоитъ въ глубокомъ противорѣчіи съ природой и задачами судебной практики. Существенное качество ея состоитъ въ ея подвижности, измѣнчивости. Съ вопросами права она встрѣчается не въ общей ихъ постановкѣ, а въ очертаніяхъ, конкретными обстоятельствами отдѣльнаго дѣла предлагаемыхъ. Въ другомъ дѣлѣ тотъ же вопросъ можетъ представиться въ совершенно иномъ видѣ, благодаря инымъ его обстоятельствамъ. Сила судебной практики—въ опытѣ, въ обширности и значительности матеріала, ею разработаннаго. Взглядъ, ею высказанный по одному дѣлу, долженъ быть провѣренъ по другимъ дѣламъ. Оттого-то судебнымъ мѣстамъ, прежде установленія прочныхъ положеній, приходится долго колебаться, отступать отъ мнѣній, разъ высказанныхъ, замѣняя ихъ новыми, порою діаметрально противоположными. Добросовѣстныя колебанія и даже противорѣчія составляютъ необходимое качество всякой судебной практики, непремѣнное условіе ея процвѣтанія и развитія. Застой во что бы то ни стало, упорство судовъ въ поддержаніи ошибокъ доказанныхъ были бы крайне опасны для гражданскаго общества. Вотъ почему даже сенатскія толкованія закона, хотя бы выразившіяся въ формѣ циркулярныхъ разъясненій или распоряженій, имѣютъ лишь значеніе программы, которой сенатъ держится и предполагаетъ держаться въ своей практикѣ, не обязательной ни для него, ни для судебныхъ мѣстъ, которымъ она препровождена. Высшее начало судебной дѣятельности – независимость убѣжденія судей, которая ни чѣмъ, кромѣ закона, не должна быть ограничиваема.

3.

Точка зрѣнія ученыхъ континента Европы, поскольку она имѣетъ въ виду основныя начала процесса, заслуживаетъ болѣе внимательнаго разсмотрѣнія.

Принципіальное заключеніе о юридической необязательности судебныхъ рѣшеній, какъ прецедентовъ, покоится въ сущности на весьма извѣстныхъ соображеніяхъ, которыя — мы видимъ — отчасти выводятся изъ юридической природы суда и судебной дѣятельности, отчасти же оправдываются съ точки зрѣнія политики права. Опираясь на доводы юридическіе, указываютъ на (А) принципъ раздѣленія властей и (Б) подзаконность судебнаго рѣшенія; ссылаясь на мотивы политическіе, говорятъ (В) о гарантіяхъ гражданскихъ правъ и свободы, о борьбѣ прогресса съ застоемъ и рутиной.

А. Прежде всего выдвигается извѣстная теорія раздѣленія властей.

На эту теорію часто ссылаются, какъ на аксіому, какъ на положеніе вполнѣ очевидное, общепризнанное и не требующее никакихъ доказательствъ и оправданій [1]). Тѣмъ не менѣе въ дѣйствительности будетъ гораздо правильнѣе сказать, что принципъ раздѣленія властей является настолько же блестящимъ, насколько и спорнымъ. Наибольшимъ признаніемъ и авторитетомъ онъ пользуется во Франціи [2]) и, отчасти, въ Россіи [3]). Зато въ Германіи какъ въ прежнее вре-

---

[1]) См. *Langlois*, Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence, 1897, p. 15: „la théorie de Montesquieu est aujourd'hui à peu près universellement admise". *Fuzier-Herman*, La séparation des pouvoirs, 1880, p. 291, 300: „Aujourd'hui la thèse de la séparation des pouvoirs a pu se fortifier et revêtir une forme sans doute à peu près définitive".

[2]) *Ворошиловъ*, Критическій обзоръ ученія о раздѣленіи властей, 1872, стр. 221 и сл. *Fuzier-Herman*, указ. соч., стр. 280 и сл. *Saint Girons*, Essai sur la séparation des pouvoirs, 1881, p. 135 ss. *Franqueville*, Le système judiciaire de la Grande Bretagne, 1893, t. I, p. 7 ss. *Garraud*, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1899, t. III, p. 415—416.

[3]) *Градовскій*, Начала русскаго государственнаго права, 1901, т. I, стр. 80. *Его же*, Государственное право важнѣйшихъ европейскихъ державъ, 1902, т. II, стр. 79. *Фойницкій*, Курсъ уголовнаго судопроизводства, 1902, т. I, стр. 141—143. Теорію раздѣленія властей принимаютъ также Ворошиловъ (подъ именемъ „разграниченія властей") и Коркуновъ (въ видѣ „совмѣстнаго властвованія"). См.

мя, такъ и теперь къ нему относятся вполнѣ отрицательно. Уже Моль въ своемъ извѣстномъ сочиненіи „Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften" считалъ возможнымъ сказать, что ученіе о раздѣленіи властей *теперь* (т. е. въ половинѣ прошлаго столѣтія) всѣми оставлено. И въ настоящее время, несмотря на единичные голоса отдѣльныхъ нѣмецкихъ ученыхъ, высказывающихся въ пользу теоріи раздѣленія властей [1]), Лабандъ по поводу этой теоріи ограничивается простымъ повтореніемъ словъ Моля, довольно пренебрежительно замѣчая: „Безполезно критиковать эту теорію, которая разрушаетъ единство государства и не является ни логической, ни практической; нѣмецкіе писатели, которые занимаются политикой и публичнымъ правомъ, дѣйствительно уже давно отвергаютъ ее почти единодушно" [2]). Господствующей является не теорія раздѣленія властей, а ученіе о единствѣ суверенной воли государства.

Хотя это ученіе и признаетъ обособленность органовъ законодательныхъ, административныхъ и судебныхъ, и хотя оно, критикуя крайности политическихъ увлеченій теоріи раздѣленія властей (полная самостоятельность каждой власти, какъ conditio sine qua non гражданской свободы), соглашается съ ея юридическими основаніями (раздѣленіе труда) [3]),

---

Ворошиловъ, указ. соч., стр. 438. *Коркуновъ*, Указъ и законъ, 1894, стр. 193—227. *Чичеринъ*, Курсъ государственной науки, 1894, т. I, стр. 75—78.

[1]) Въ числѣ защитниковъ этой теоріи можно указать на трехъ авторовъ — *Westerkamp*, Ueber die Reichsverfassung, 1873, S. 89 ff. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, B. I, S. 68 ff. и Justiz und Verwaltung, 1902, S. 12—13. *Anschütz*, Die gegenwärtigen Theorieen über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 1901, S. 9—10.

[2]) *Laband*, Le droit public de l'Empire Allemand, 1901, t. II, p. 268.

[3]) Юридическая сторона теоріи раздѣленія властей, какъ мы знаемъ, выдвигаемая Лораномъ, останавливаетъ на себѣ вниманіе и другихъ авторовъ (въ Россіи—Ворошиловъ, Фойницкій, въ Англіи—Салмондъ). Тѣмъ не менѣе нѣкоторые отрицаютъ самую возможность сопоставленія начала раздѣленія властей съ началомъ раздѣленія труда (Іерингъ, Коркуновъ). См. *Ворошиловъ*, указ. соч., стр. 431—

однакоже самое представленіе о судебной дѣятельности существенно видоизмѣняется съ принятіемъ единства суверенной воли государства, все направляющей и всюду проникающей. Недаромъ уже основатель этого ученія въ его новѣйшей формѣ, Боденъ [1]), считалъ возможнымъ разсмотрѣніе судебныхъ дѣлъ въ послѣдней инстанціи относить къ актамъ законодательства, а законодательство—къ самымъ непосредственнымъ проявленіямъ суверенной власти [2]).

Въ настоящее время, съ точки зрѣнія единства государственной воли, въ судебной дѣятельности видятъ только послѣдній моментъ, послѣдній актъ того установленія правового порядка, которое суверенная воля начинаетъ закономъ и оканчиваетъ судебнымъ рѣшеніемъ. Законъ самъ по себѣ еще не является дѣйствующимъ правомъ; это только планъ, только проектъ будущаго, желательнаго правового порядка. Установить его въ дѣйствительности законодатель не можетъ безъ помощи судьи. Поэтому государство рядомъ съ законодательнымъ аппаратомъ, и даже впереди его, содержитъ другой аппаратъ—судебный. Дѣятельность судьи помогаетъ провести и закончить то дѣло установленія права, которое только начато закономъ. Услуга, которую долженъ оказать государству и правовому порядку судья, рѣшающій дѣло, не есть только работа мышленія. Рѣшеніе судьи не есть рѣшеніе или сужденіе въ обычномъ логическомъ смыслѣ этого слова. Оно представляетъ изъ себя нѣчто большее, болѣе важное и значительное, чѣмъ то, на что указываетъ его названіе. Судебный приговоръ, какъ и всякое обдуманное выраженіе воли, основывается на дѣятельности мышленія, но въ то же время онъ заключаетъ въ себѣ и обозначаетъ извѣстное опредѣленіе или установленіе права. Онъ является

---

435. *Коркуновъ*, указ. соч., стр. 212 — 214. *Іерингъ*, Цѣль въ правѣ, 1881, т. I, стр. 283—284. *Фойницкій*, указ. соч., т. I, стр. 143. *Salmond*, Jurisprudence or the theory of the law, 1902, p. 121.

[1]) До Бодена понятіе суверенной воли въ государствѣ объяснялось съ теологической точки зрѣнія.

[2]) *Bodinus*, De republica libri sex, 1609, p. 240, 251 sqq.

выраженіемъ воли и именно, подобно закону, выраженіемъ правовой воли государственной власти. Государство провозглашаетъ свои юридическіе приказы, дозволенія и запреты не только черезъ нѣмое слово закона, но также, и даже еще опредѣленнѣе и убѣдительнѣе, черезъ уста судьи. Какъ судебное изреченіе права, такъ и законъ являются актами правополагающей власти государства. Какъ судебное изреченіе права, такъ и постановленіе закона исполняются властью и принудительной силой государства. Судебный приговоръ получаетъ законную силу: это значитъ, что онъ заключаетъ въ себѣ полную силу закона. И государственная власть говоритъ свое послѣднее слово не въ постановленіяхъ закона, но только въ судебныхъ рѣшеніяхъ! Правополагающая сила законодательства повсюду встрѣчаетъ непреодолимыя преграды; чтобы имѣть возможность исполнить свою задачу, она постоянно вынуждена прибѣгать къ содѣйствію судьи въ дѣлѣ установленія правового порядка государства. Законъ и судья сталкиваются въ призваніи государственной власти творить нормы права и опредѣлять право. Законъ не можетъ непосредственно творить право. Законъ является только приготовленіемъ, только попыткой установить правовой порядокъ въ государствѣ. Онъ указываетъ только дорогу для вѣрнаго отысканія права. Ни предусмотрительность, ни власть законодательства не въ состояніи удовлетворить дѣйствительнымъ потребностямъ правовой жизни. Отвлеченная и нѣмая норма закона не можетъ совладать съ многообразіемъ бурнаго потока жизни человѣческаго общества. Это ей становится подъ силу только въ союзѣ съ живой силой воли, непосредственно вторгающейся въ жизнь. Въ законѣ правотворящая воля государства не говоритъ своего послѣдняго слова: его произноситъ только судья въ своемъ приговорѣ. Вотъ почему развитіе права скорѣе обходится безъ мертвыхъ положеній закона, чѣмъ безъ живого слова судьи. Вотъ почему государство могло такъ много столѣтій существовать безъ законодательства. Безъ судьи оно никогда не существовало и никогда не будетъ существовать!

Такая точка зрѣнія, относительно судебной дѣятельности ярче другихъ проведенная въ трудахъ Бюлова [1], всецѣло покоится на признаніи начала единой верховной воли въ государствѣ, равно проявляющейся какъ въ законодательствѣ, такъ и въ судѣ. Ясно, что для тѣхъ, кто придерживается подобныхъ взглядовъ, ссылка на принципъ раздѣленія властей не имѣетъ и не можетъ имѣть никакого значенія.

Но и самъ по себѣ этотъ принципъ еще не разрѣшаетъ вопроса о силѣ судебныхъ рѣшеній, какъ прецедентовъ. Даже защитники теоріи раздѣленія властей въ настоящее время вынуждены отказаться отъ многихъ выводовъ и практическихъ послѣдствій, къ которымъ должна была бы привести эта теорія при ея безусловномъ проведеніи въ жизнь. Съ этой точки зрѣнія весьма поучительную картину даетъ исторія раздѣленія властей тамъ, гдѣ впервые зародилась эта теорія и гдѣ законодатель, наиболѣе смѣлый и увѣренный во всемогуществѣ принциповъ, впервые попытался дать ей полное практическое осуществленіе. Конечно, мы говоримъ о Франціи.

Знаменитый авторъ книги „О духѣ законовъ", излагая англійскую конституцію, нарисовалъ идеальную картину свободнаго государства, въ которомъ существуютъ три отдѣльныя власти (законодательная, исполнительная и судебная), взаимно ограничивающія другъ друга. Среди этихъ властей совершенно самостоятельное и довольно своеобразное мѣсто занимаетъ власть судебная. Она самостоятельна потому, что осуществляется судьями, не зависящими ни отъ власти законодательной, ни отъ власти исполнительной. Своеобразность ея положенія состоитъ въ томъ, что она не имѣетъ своихъ постоянныхъ органовъ. Другія власти могутъ быть вручены магистратамъ или постояннымъ учрежденіямъ. Власть судебная не должна принадлежать какому-нибудь постоянному сенату; она осуществляется избранными изъ народа судьями, которые призываются къ разбору дѣлъ по мѣрѣ необходимо-

[1] См. *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 3—4, 6—7, 41, 45—48.

сти. Поэтому такая власть, въ дѣйствительности могущественная и громадная, оказывается какъ бы невидимой и несуществующей. Передъ глазами нѣтъ судей, и всѣ привыкаютъ бояться самой власти, а не ея представителей, которые являются только устами, произносящими слова закона, бездушными существами, не имѣющими права умѣрять его силу и строгость [1]).

Впрочемъ, слѣдуетъ дѣлать различіе между судами государствъ республиканскихъ, деспотическихъ и монархическихъ. Только въ республиканскихъ государствахъ самая природа конституціи требуетъ, чтобы судьи слѣдовали буквѣ закона, и потому здѣсь не можетъ быть гражданина, противъ котораго разрѣшалось бы толковать законъ, когда дѣло идетъ о его имуществѣ, о его чести или о его жизни. Чѣмъ болѣе правленіе приближается къ республикѣ, тѣмъ постояннѣе становятся рѣшенія судовъ, такъ какъ въ республикѣ если суды и не имѣютъ постоянныхъ органовъ, то зато ихъ рѣшенія постоянны, потому что представляютъ изъ себя только повтореніе буквы закона [2]). Напротивъ, въ деспотическихъ государствахъ нѣтъ закона: судья самъ является правиломъ. Среднее мѣсто занимаютъ государства монархическія: у нихъ есть свои законы; ясному закону судья слѣдуетъ; если же законъ неясенъ, то судья отыскиваетъ его смыслъ. Рѣшенія такого судьи необходимо сохранять; ихъ нужно изучать для того, чтобы сегодня судить такъ, какъ су-

---

[1]) „De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux, et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats". „Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur". *Montesquieu*, De l'esprit des loix, 1764, t. I, p. 271, 272—273, 277, 282.

[2]) *Montesquieu*, указ. соч., t. I, p. 273: „Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne foient jamais qu'un texte précis de la loi".

дили вчера, и чтобы собственность и жизнь гражданъ могли быть обезпеченными настолько, насколько обезпечена самая конституція государства [1]).

Такимъ образомъ творецъ современной теоріи раздѣленія властей признавалъ нѣкоторую силу за судебными прецедентами, но только въ государствахъ монархическихъ и только въ виду извѣстныхъ несовершенствъ законодательства. Республика, построенная на принципѣ раздѣленія властей, по мысли Монтескьё, не могла и не должна была допускать судейскаго усмотрѣнія, превращая свободнаго и независимаго судью въ безпрекословнаго исполнителя закона.

Республика, созданная во Франціи великой революціей, сдѣлала первую попытку практическаго осуществленія идей Монтескьё. Декларація правъ человѣка и гражданина положила принципъ раздѣленія властей въ основу государственнаго устройства, а законъ о судебной организаціи создалъ временныхъ и выборныхъ судей [2]). Полное проведеніе идеи раздѣленія властей должно было соединяться съ точнымъ и ненарушимымъ размежеваніемъ областей законодательства, управленія и суда, и во имя этой идеи потребовали, чтобы не только судъ былъ обезпеченъ отъ вторженія въ его область со стороны администраціи и законодателя, но также чтобы администрація и законодатель заняли положеніе, при которомъ они могли бы не опасаться судебнаго вмѣшательства въ сферу ихъ дѣйствія. Въ интересахъ обезпеченія самостоятельности административной власти возникли институты административной юстиціи и административной гарантіи; въ интересахъ обезпеченія правъ законодательной власти выдвинули принципъ исключительнаго подчиненія суда закону.

---

[1]) *Montesquieu*, указ. соч., t. I, p. 123, 130—132.

[2]) Déclaration des droits du 26 août 1789, art. 16. Loi du 24 août 1790, titre II, art. 3, 4. Loi du 1 décembre 1790, Forme de l'élection du Tribunal de Cassation, art. 1—8. Constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. V, art. 2. См. *Glasson*, Précis théorique et pratique de procédure civile, 1902, t. I, p. 25 ss.

Что же такое представляютъ изъ себя институты административной юстиціи и административной гарантіи?

Осуществляя свои функціи, исполнительная власть можетъ причинить вредъ интересамъ частныхъ лицъ или даже можетъ нарушить ихъ права. Въ первомъ случаѣ заинтересованнымъ лицамъ предоставляется обращаться къ администраціи съ просьбами или дѣлать соотвѣтствующія представленія. Во второмъ случаѣ возникаетъ споръ о правѣ, и потому необходимо вмѣшательство суда. Но если предоставить суду право контролировать всѣ акты администраціи, относительно которыхъ станутъ возникать гражданскіе споры или даже уголовныя обвиненія, то не утратится ли независимость исполнительной власти, не стѣснится ли до крайности ея свобода, не очутится ли она въ подчиненномъ положеніи передъ судомъ? На эти вопросы теорія раздѣленія властей, какъ ее понимало революціонное законодательство, дала утвердительный отвѣтъ и потребовала, чтобы судебныя дѣла, затрогивающія административные интересы, были выдѣлены въ особую группу и предоставлены вѣдѣнію самой администраціи въ лицѣ органовъ административной юстиціи (законъ 11 сентября 1790 г.). Такіе органы существовали уже въ старой Франціи. Учредительное собраніе только преобразовало ихъ и приспособило къ новому порядку вещей. Въ лицѣ совѣтовъ префектуры и государственнаго совѣта они удержались до настоящаго времени, поражая посторонняго наблюдателя пестротой и разнообразіемъ предметовъ своей компетенціи и юрисдикціи [1]).

Несмотря на учрежденіе особой системы органовъ административной юстиціи, суды не могли быть совершенно устранены отъ разсмотрѣнія безусловно всѣхъ дѣлъ, въ которыхъ въ той или другой формѣ затрогивались интересы администраціи. По многимъ дѣламъ (въ особенности уголовнымъ) не было никакой ни необходимости, ни возможности

---

[1]) См. *Куплеваскій*, Административная юстиція въ западной Европѣ, 1879, стр. 42 и сл.

привлекать агентовъ исполнительной власти къ какимъ-нибудь исключительнымъ трибуналамъ. Этого не допускали интересы самихъ обвиняемыхъ, и это не согласовалось съ задачами общественнаго порядка. Желая все-таки охранить независимость администраціи, законодатель создалъ для такихъ случаевъ такъ наз. административную гарантію [1]). Административная гарантія заключается въ томъ, что, прежде чѣмъ возбудить преслѣдованіе въ судѣ противъ должностного лица администраціи по поводу его служебныхъ дѣйствій, требуется получить спеціальное разрѣшеніе отъ его высшаго начальства (въ послѣднее время — отъ государственнаго совѣта). Это правило существовало уже при старомъ порядкѣ, было принято Учредительнымъ Собраніемъ (законы 22 октября 1789 г., 24 августа 1790 г. и 14 октября 1790 г.) и окончательно формулировано въ конституціи VIII года [2]). Несмотря на перемѣны правительствъ и измѣненія законовъ, оно просуществовало до 1870 г. и было уничтожено только правительствомъ національной обороны (декретомъ 19 сентября 1870 г.).

Слѣдуетъ ли признать такія мѣры обезпеченія исполнительной власти отъ суда удачными и желательными? — На этотъ вопросъ приходится отвѣчать безусловно отрицательно. Административная гарантія отмѣнена, потому что приводитъ къ безотвѣтственности органовъ исполнительной власти, стоящихъ подъ покровительствомъ заинтересованныхъ учрежденій и вѣдомствъ. Административная юстиція не отмѣнена, но въ корнѣ нарушаетъ именно тотъ принципъ, которымъ оправдывается самое существованіе ея: исполни-

---

[1]) *Saint Girons*, Essai sur la séparation des pouvoirs, 1881, p. 399 — 407.

[2]) „Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires" (Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 75). Ср. Loi du 24 août 1790, titre II, art. 13. Constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. V, art. 3.

тельная власть обезпечивается отъ судебнаго контроля, но зато сама превращается въ судью—и притомъ въ судью наихуднаго, въ судью своего собственнаго дѣла. Поэтому новѣйшая форма административной юстиціи, защищаемая теоріей и принятая нѣкоторыми законодательствами (напр. въ Пруссіи), основывается совершенно на другихъ соображеніяхъ и преслѣдуетъ совершенно другія цѣли (судебная охрана публичныхъ правъ гражданъ) [1]).

Такимъ образомъ объ мѣры обезпеченія исполнительной власти отъ суда, принятыя революціоннымъ законодательствомъ во имя теоріи раздѣленія властей, оказались неудачными и доказали невозможность абсолютнаго проведенія этой теоріи при разграниченіи соприкасающихся областей дѣятельности судебной и административной.

Быть можетъ, болѣе успѣшнымъ оказалось взаимное размежеваніе суда и законодательства, и болѣе осуществимымъ принципъ исключительнаго подчиненія суда закону?

Принципъ этотъ выразился въ трехъ положеніяхъ: во-первыхъ, судъ не можетъ толковать законъ, а обязанъ примѣнять его буквально, въ сомнительныхъ случаяхъ обращаясь за указаніемъ къ законодателю; во-вторыхъ, судъ никоимъ образомъ не можетъ восполнять пробѣлы и пропуски закона, да и вообще творческій элементъ вовсе исключается изъ судебной дѣятельности; въ-третьихъ, судебное рѣшеніе не можетъ имѣть никакой общей силы или общаго значенія, такъ какъ право аутентическаго толкованія составляетъ исключительную принадлежность верховной законодательной власти.

Первыя два положенія находятъ защитниковъ еще и въ настоящее время [2]). Но въ концѣ XVIII в. они пользовались

---

[1]) См. *Демченко*, Уголовный судъ, какъ особая вѣтвь юстиціи, 1899, Ж. М. Ю., № 1, стр. 126 — 129. *Коркуновъ*, Очеркъ теорій административной юстиціи, 1898, стр. 144—218 (въ „Сборникѣ статей Н. М. Коркунова"). *Его же*, Административные суды въ Пруссіи, 1898, стр. 219—301 (въ томъ же „Сборникѣ").

[2]) Какъ мы знаемъ, въ Англіи толкованіе законовъ и теперь

общимъ признаніемъ, и не только во Франціи, а и въ другихъ странахъ—въ Пруссіи, въ Австріи и въ Россіи—законодатель старался закрѣпить ихъ въ нормахъ дѣйствующаго права. И даже въ Англіи, гдѣ не представлялось никакой возможности ограничить права судебной власти, въ это время сложилась теорія, доказывавшая, что все common law основывается на старыхъ законахъ, которые только случайно утрачены [1]). Блестящими проповѣдниками этихъ положеній выступили Монтескьё, Беккарія и Бентамъ. „Власть толковать уголовные законы, писалъ Беккарія, не можетъ принадлежать уголовному судьѣ по тому самому, что онъ не законодатель. Кто же долженъ быть законнымъ толкователемъ ихъ? Представитель верховной власти, т. е. хранитель волн всѣхъ подданныхъ въ данное время, или судья, котораго обязанность состоитъ только въ изслѣдованіи, совершилъ ли извѣстный человѣкъ дѣяніе противное закону, или нѣтъ? По поводу всякаго преступленія судья дѣлаетъ одинъ полный силлогизмъ; причемъ большею посылкою долженъ быть общій законъ, меньшею посылкою — данное дѣяніе, противное или непротивное закону, и заключеніемъ — оправданіе или наказаніе. Какъ только судья захочетъ или вынужденъ будетъ сдѣлать еще какіе-либо силлогизмы, онъ уже на пути къ ошибкамъ. Нѣтъ ничего опаснѣе той обыкновенной аксіомы, которая говоритъ, что слѣдуетъ руководствоваться внутреннимъ смысломъ закона; эта аксіома даетъ слишкомъ большой просторъ неистощимому потоку различныхъ мнѣній объ извѣстномъ законѣ. Безпорядокъ, который можетъ произойти отъ строгаго соблюденія буквы закона, никакъ нельзя поставить въ сравненіе съ тѣмъ безпорядкомъ, который про-

---

еще разсматривается, какъ дѣятельность законодательная. Впрочемъ, это не соединяется съ отрицаніемъ права судебной интерпретаціи. Напротивъ, на континентѣ Европы такое право нѣкоторыми вполнѣ отрицается или весьма ограничивается. Ср. *Васьковскій*, Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ, 1901, стр. 63—70. *Есиповичъ*, О толкованіи законовъ, 1894, Ж. М. Ю., № 2, стр. 84.

[1]) См. *F. Clarke*, The science of law and lawmaking, 1898, p. 19.

исходитъ отъ толкованія. Минутное неудобство, происшедшее отъ перваго, вызываетъ, разумѣется, необходимую и весьма легко исполнимую поправку въ текстѣ закона, который былъ причиной ошибки; но затѣмъ строгое соблюденіе буквы закона устраняетъ роковой произволъ умствованія, порождающаго необузданныя и продажныя толкованія" [1]).

Въ этихъ словахъ, хотя и сказанныхъ только по поводу законовъ уголовныхъ, заключалось объясненіе и оправданіе цѣлаго ряда постановленій всѣхъ лучшихъ кодексовъ второй половины XVIII ст. И даже въ началѣ XIX в. нѣкоторыя законодательства относились еще вполнѣ отрицательно къ праву судовъ толковать законы [2]).

---

[1]) *Беккарія*, О преступленіяхъ и наказаніяхъ, 1878, стр. 31—33 (переводъ Соболева). Ср. *Montesquieu*, De l'esprit des loix, 1764, t. I, p. 130—131. *Бентамъ*, Избранныя сочиненія, 1867, стр. 379 и сл. (переводъ Пыпина и Невѣдомскаго).

[2]) Такъ, въ *Баваріи* C. M. B. v. 1756, Th. I, K. 1, § 9: „Deutliche Gesetze und Ordnungen soll man nicht auszulegen suchen, sondern die Worte bei ihrer gewöhnlichen und landläufigen Bedeutung ohne Verdrehung bleiben lassen". Послѣ изданія уголовнаго уложенія 1813 г. вышелъ особый указъ, Verordnung v. 19 Oktober 1813: „Hierbei ist es auch Unser ausdrücklicher Befehl, dass ausser dieser von Uns selbst angeordneten Darstellung durchaus von keinem andern Staatsdiener oder Privatgelehrten ein Kommentar über das strafgesetzbuch in Druck gegeben werde". Въ *Пруссіи* C. O. v. 14 April 1780: „Ich werde nicht gestatten, dass irgend ein Richter, Collegium oder Etats-Ministre die Gesetze zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, vielweniger neue Gesetze zu geben sich einfallen lasse; sondern er muss, wenn sich in der Folge Zweifel oder Mängel an den Gesetzen oder in der Processordnung finden, der Gesetz-Commission davon Nachricht geben". Эти положенія Фридрихъ II желалъ закрѣпить и въ Общемъ Земскомъ Правѣ (см. Entwurf, Einl. § 34—36), но въ окончательной редакціи они были смягчены, а впослѣдствіи и вовсе отмѣнены (см. выше стр. 31, пр. 2 и 3). Въ *Саксоніи* уже Publ.-Patent zur Erl. P. O. v. 10 Januar 1724 и Publ.-Patent zur Goth. P. O. v. 15 April 1776 предписывали подчиненнымъ мѣстамъ въ сомнительныхъ случаяхъ обращаться за разъясненіями законовъ къ верховной власти и запрещали безъ высочайшаго соизволенія составленіе какихъ бы то ни было коммен-

Что же осталось, что уцѣлѣло отъ всѣхъ этихъ законовъ и теорій, которые нѣкогда считались безспорными истинами и находили защиту со стороны геніальныхъ представителей обновленной науки права? — Законы исключены изъ современныхъ кодексовъ, а если гдѣ и сохранились (какъ въ Россіи), то остаются мертвой буквой, которая не имѣетъ никакого примѣненія и является только памятникомъ отошедшихъ въ исторію временъ. Теоріи также имѣютъ въ сущности только историческое значеніе, такъ какъ современные—очень немногочисленные—представители ихъ (напр. Лоранъ) сопровождаютъ ихъ цѣлымъ рядомъ оговорокъ и потому въ

таріевъ и изъясненій закона. Weim.-Eis. Ministerialrescript v. 4 August 1818 требовалъ, чтобы въ сомнительныхъ случаяхъ суды испрашивали аутентическое толкованіе спорныхъ мѣстъ закона. Въ *Австріи* Joseph. Gesetzbuch v. 1787, I, § 26: „Wenn dem Richter ein Zweifel vorfiele, ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begriffen sei oder nicht; wenn ihm das Gesetz dunkel schiene, oder falls besondere und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung desselben entgegen stünden, soll die Belehrung allezeit von dem Landesfürsten gesuchet werden". См. выше стр. 35, пр. 2. Во *Франціи* Loi du 24 août 1790, titre II, art. 12, предоставилъ право толкованія сомнительныхъ законовъ законодательному собранію, и это было подтверждено затѣмъ въ Décret du 16 frimaire an II, section II, art. 11. Даже и въ проектъ Наполеонова кодекса была внесена статья: „quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit". Въ *Россіи* въ манифестѣ 15 декабря 1763 г., п. 11: „Когда жъ случится, что къ рѣшенію дѣлъ точныхъ указовъ не будетъ, о томъ не рѣша въ Департаментахъ, но имѣть общее разсужденіе и представлять куда слѣдуетъ съ мнѣніемъ". Какъ извѣстно изъ Екатерининскаго Наказа подобное же постановленіе перешло и въ наши основные законы: „Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія или распространенія. Всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не премѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы, и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій" (ст. 65). Ср. основ. зак. ст. 52, учр. сената ст. 200, 201, 206, общ. губ. учр. ст. 474, 475, 476, учр. мѣст. суд. установ. преж. устройства ст. 7.

дѣйствительности мало отклоняются отъ установившихся и господствующихъ взглядовъ, въ самомъ широкомъ объемѣ признающихъ право судебной интерпретаціи. Опытъ народовъ доказалъ, что невозможно во имя раздѣленія властей передавать въ руки законодателя толкованіе законовъ: это вездѣ не приносило ничего, кромѣ вреда, и приводило только къ тому, что законодатель самъ превращался въ судью, самъ узурпировалъ права судебной власти.

Такимъ образомъ, стремленіе къ абсолютному разграниченію суда и законодательства въ результатѣ привело къ тому же, къ чему привело преувеличенное желаніе обезпечить исполнительную власть отъ подчиненія власти судебной. Первыя два положенія, въ которыхъ выразился принципъ исключительнаго подчиненія суда закону: запрещеніе судебной интерпретаціи и связанной съ нею творческой дѣятельности суда,—оказались невѣрными и неосуществимыми.

Но послѣднее положеніе: приговоръ суда не можетъ имѣть никакой общей силы или общаго значенія, — по прежнему сохраняется и защищается [1]).

Говорятъ: судья—не законодатель, судебное рѣшеніе—не законъ и не можетъ получить силы общаго закона, потому что это привело бы къ смѣшенію властей (законодательной и судебной). Отсюда выводъ: судебное рѣшеніе, какъ прецедентъ, юридически не можетъ имѣть никакой обязательной силы. Но очевидно, что такой выводъ покоится на простомъ недоразумѣніи, такъ какъ онъ вытекаетъ не только изъ указанной безспорной посылки, но и изъ подразумѣваемаго положенія: „только законъ создаетъ общеобязательныя юриди-

[1]) Многія конституціи спеціально оговариваютъ, что право давать общеобязательныя изъясненія законовъ принадлежитъ только законодательной власти. См. въ *Швеціи* Constitution du 6 juin 1809, art. 88. Въ *Бельгіи* Constitution du 6 février 1831, art. 28. Въ *Италіи* Statut fondamental du 4 mars 1848, art. 73. Въ *Греціи* Constitution du 28 novembre 1864, art. 26. Ср. въ *Австріи* А. В. Г. В., § 8. Въ *Россіи* основ. зак. ст. 49, 52, 55, 61, 69.

ческія нормы". А между тѣмъ это положеніе безусловно невѣрно.

Къ числу крупныхъ завоеваній науки прошлаго XIX вѣка принадлежитъ разработка ученія объ источникахъ права. Въ наслѣдіе отъ восемнадцатаго вѣка девятнадцатый вѣкъ получилъ теорію объ исключительномъ и всемогущемъ дѣйствіи закона, все охватывающаго, все опредѣляющаго и повсюду полновластнаго. Первая половина XIX вѣка, трудами исторической школы юристовъ, разработала вопросъ объ обычномъ правѣ. Рядомъ съ закономъ — это было доказано и признано всѣми — сталъ обычай, какъ особый самостоятельный источникъ общеобязательныхъ юридическихъ нормъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ былъ выдвинутъ на сцену вопросъ о такъ наз. правѣ юристовъ (Juristenrecht, Wissenschaftliches Recht). Труды Іордана и Вехтера, Пухты и Савиньи, Безелера и Шталя положили прочныя основы къ уясненію того взаимодѣйствія, которое существуетъ между закономъ, обычаемъ, наукой и судебной практикой. Вторая половина XIX вѣка занялась выясненіемъ вопроса объ указной дѣятельности незаконодательныхъ органовъ власти (Штейнъ, Лабандъ, Еллинекъ, Коркуновъ); кромѣ того, продолжая и развивая положенія исторической школы юристовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и критикуя, и очищая, и углубляя ихъ, она разработала и оформила ученіе о творческой, созидающей силѣ суда и судебныхъ рѣшеній (Іерингъ, Бюловъ, Адикесъ, Колеръ, Жени, Ланглуа, Муромцевъ) [1]). Концомъ столѣтія при-

[1]) См. *Adickes*, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872. *Муромцевъ*, Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ, 1880, Юрид. В., т. V, стр. 377 и сл. *Іерингъ*, Цѣль въ правѣ, 1881. *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885. *Kohler*, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, 1886, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, B. XXV, S. 262 ff. *Danz*, Gesetzes-Auslegung und das Leben, 1897, Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht, B. XXIV, S. 611 ff. *Langlois*, Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence, 1897. *Geny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899. *Гредескулъ*, Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, 1900. *Stammler*, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902.

несъ съ собою даже рядъ крайнихъ увлеченій въ этомъ направленіи, рядъ крайнихъ теорій, которыя настаиваютъ на надѣленіи судовъ частичными прерогативами законодателя и на признаніи за ними творческихъ правъ власти римскаго претора [1]).

Поэтому теперь, прежде чѣмъ отрицать въ принципѣ юридическую силу судебныхъ прецедентовъ, казалось бы,

---

[1]) Бартенъ, Ламберъ—во Франціи, Педро Дорадо—въ Испаніи, Майорана—въ Италіи. Отдаленными предшественниками этихъ ученыхъ въ Германіи являются Лейзеръ, Бёмеръ и Герштекеръ (см. *Binding*, Handbuch, B. I, S. 22). Очень любопытна работа Майораны, разсматривающаго вопросъ объ отношеніяхъ суда къ законодательству съ точки зрѣнія тѣхъ историческихъ условій, которыя опредѣляютъ реальную форму этихъ отношеній. Принципъ раздѣленія властей судебной и законодательной, по его мнѣнію, не имѣетъ значенія безусловнаго идеала, а измѣняется съ измѣненіемъ жизни народовъ; въ частности можно утверждать, что и теперь уже имѣются зачатки разложенія этого принципа, которые неизбѣжно приведутъ къ передачѣ въ руки суда частичной власти законодателя. „Ed affido, sovratutto, queste due idee, говоритъ Майорана, che sembranmi capitali, nell' ordine logico del sistema: 1-o il probabile ricorso della giurisdizione; nel senso di una parziale e profilata confusione, in essa, della legislazione; 2-o la trasformazione di questa; nel senso di dare elasticita alle figure di diritto, di fronte alle grandi possibili varietà del fatto". Педро Дорадо возстаетъ противъ „культа формулы закона" и приписываетъ этому культу то, что самые несправедливые приговоры часто бываютъ самыми законными. О „законодательномъ характерѣ дѣятельности суда" говорятъ и въ русской литературѣ—въ самое послѣднее время г. Гессенъ и г. Сліозбергъ. См. *Gerstäker*, Darf das allgemeine deutsche Criminalrecht jetzt blos nach den Gesetzen, oder muss es nach der durch die Praxis und den Gerichtsgebrauch erhaltenen Umgestaltung dargestellt werden? 1822, Neues Archiv des Criminalrechts, B. VI, № 19, S. 463 ff. *Majorana*, L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione, 1889, Archivio Giuridico, v. XLIII, p. 568 sqq. *Bartin*, Études sur le régime dotal, 1892, p. IV—V. *Lambert*, Du contrat en faveur de tiers, 1893, p. VII—X. *Гессенъ*, Творческая роль суда, 1897, Ж. М. Ю., № 6, стр. 204 и сл. *Pedro Dorado*, Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale, 1899, Revue du droit public, № 4 и въ особенности № 5, стр. 219 и сл. *Сліозбергъ*, Законъ, судъ и гласность, 1902, Судебное Обозрѣніе, 20 ноября, стр. 3 и сл.

необходимо доказать какъ то, что судебная практика не въ силахъ выработать общеобязательнаго судебнаго обычая, такъ и то, что она никоимъ образомъ не можетъ быть признана самостоятельнымъ источникомъ права. Вмѣсто ссылки на формальное и никѣмъ не оспариваемое положеніе: „судья— не законодатель", необходимо вникнуть въ самое содержаніе судебной дѣятельности.

Б. Содержаніе судебной дѣятельности опредѣляется ея подзаконностью. Судебное разбирательство, говорятъ, это— логическая операція, умозаключеніе, гдѣ законъ является большей посылкой, разрѣшаемое дѣло — меньшей, а рѣшеніе — логическимъ заключеніемъ, которое съ необходимостью вытекаетъ изъ установленныхъ посылокъ.

Такимъ образомъ судебное рѣшеніе можетъ имѣть смыслъ только для даннаго случая, потому что выводъ въ умозаключеніи самъ по себѣ не даетъ возможности возстановить тѣ посылки, на которыхъ онъ основанъ, да къ тому же всякое новое дѣло вводитъ въ разсужденіе и новую меньшую посылку, а съ измѣненіемъ посылки должно измѣняться и заключеніе. Что же касается закона—этой бо́льшей посылки разсматриваемаго умозаключенія, которая всегда остается неизмѣнной—, то вліяніе ея очевидно: *или* рѣшеніе суда согласно съ закономъ и тогда безполезно въ качествѣ прецедента, потому что судъ долженъ руководствоваться именно закономъ, *или* рѣшеніе противорѣчитъ закону и тогда негодно въ качествѣ прецедента, потому что юридически должно быть признано несуществующимъ или ничтожнымъ.

Эти соображенія, правильныя насколько они даютъ общую схему судопроизводства, имѣютъ только формальное значеніе, не опредѣляя реальнаго, жизненнаго смысла дѣятельности судьи и дѣйствительнаго содержанія судебнаго приговора. Съ одной стороны, рѣшеніе должно получить опредѣленную полноту и опредѣленное не только логическое, но и юридическое содержаніе. Съ другой стороны, судья долженъ совершить подготовительную работу: установить нор-

му права (эту бо́льшую посылку нашего умозаключенія) и опредѣлить дѣйствительный составъ даннаго дѣла.

Юридическое содержаніе судебнаго рѣшенія и логическое содержаніе вывода въ умозаключеніи —двѣ вещи, изъ которыхъ каждая представляетъ свои значительныя особенности. Выводъ умозаключенія не даетъ возможности возстановить тѣ посылки, на которыхъ онъ основывается.

Посылки:

„Кража наказывается тюремнымъ заключеніемъ".

„Ивановъ совершилъ кражу".

Выводъ:

„Ивановъ приговаривается къ заключенію въ тюрьмѣ".

Вотъ примѣръ судебнаго рѣшенія, облеченнаго въ строгую форму логическаго вывода. Очевидно, что въ такомъ видѣ рѣшеніе суда дѣйствительно никакого общаго значенія имѣть не можетъ. „Ивановъ приговаривается къ заключенію въ тюрьмѣ" — это важно только для самого Иванова и для исполнителя судебнаго приговора!

Юридическое содержаніе и форма судебнаго приговора опредѣляются иначе. Въ самомъ рѣшеніи судъ долженъ показать, что онъ дѣйствительно поступаетъ по закону, а не по собственному произволу. А потому въ рѣшеніи отмѣчаются и факты, установленные судомъ, и нормы въ томъ видѣ, какъ ихъ понимаетъ и примѣняетъ судъ [1]), и выводы, естественные для даннаго дѣла при данномъ пониманіи и примѣненіи закона. Напримѣръ, въ приговорѣ уголовнаго суда означаются: 1) предметы обвиненія, выведенные въ обвинительномъ актѣ или въ жалобѣ частнаго обвинителя и въ заключительныхъ по судебному слѣдствію преніяхъ; 2) соображеніе об-

---

[1]) Въ данномъ примѣрѣ — составъ кражи, который мало и неточно уясняется въ нашемъ уложеніи о наказаніяхъ (ст. 1644). Англичане и американцы различаютъ на этомъ основаніи двѣ возможныя формы рѣшенія: „decision" и „judgment". Только „decision" имѣетъ полную мотивировку и въ качествѣ прецедента заносится въ сборники рѣшеній („reports"). См. *F. Clarke*, The science of law and lawmaking, 1898, p. 76—77, 157—159. Ср. выше стр. 7, пр. 1.

винешія, какъ съ представленными по дѣлу доказательствами и уликами, такъ и съ законами; 3) подробное изложеніе, согласно съ разумомъ и словами закона, сущности приговора (у. у. с. ст. 797, у. г. с. ст. 711). Поэтому въ рѣшеніи суда всегда возможно на частномъ случаѣ, какъ въ зеркалѣ, увидѣть отраженіе общихъ требованій и нормъ права. Конкретное и спеціальное рѣшеніе суда всегда можетъ установить существованіе или несуществованіе тѣхъ или другихъ отвлеченныхъ и общихъ юридическихъ правилъ и положеній.

Разумѣется, для правильнаго пониманія вопроса о силѣ прецедентовъ необходимо точно уяснить себѣ, что̀ собственно въ отдѣльномъ судебномъ рѣшеніи можетъ имѣть какое-нибудь общее значеніе, и какъ собственно слѣдуетъ пользоваться судебными прецедентами. Писатели континентальной Европы этимъ не занимаются и не интересуются вовсе. Зато въ Англіи и въ Америкѣ этотъ вопросъ довольно обстоятельно разработанъ не только въ литературѣ, но и въ судебной практикѣ, такъ что странность нѣкоторыхъ положеній, повторяемыхъ даже лучшими учеными Европы (напр. Лораномъ), тамъ является для всѣхъ вполнѣ очевидной и безспорной [1]). Въ самомъ дѣлѣ, какой смыслъ могутъ имѣть утвержденія въ родѣ того, что рѣшеніе опредѣляетъ взаимныя права и обязанности сторонъ дѣла и не касается третьихъ лицъ, что безъ суда никто не можетъ быть лишенъ принадлежащихъ ему правъ и т. д.? Какъ будто бы англо-американская система case-law являлся вопіющимъ нарушеніемъ всѣхъ этихъ

---

[1]) Съ методологической стороны вопросъ о case-law и объ общихъ пріемахъ установленія его нормъ разработанъ въ трудахъ: *Austin*, Lectures on jurisprudence, 1863, v. II, p. 321 sqq. *Pollock*, Essays in jurisprudence and ethics, 1882, p. 237—260. *Clark*, Practical jurisprudence, 1883, p. 247—254. *Floyd Clarke*, The science of law and lawmaking, 1898, p. 222—261. *Salmond*, Jurisprudence or the theory of the law, 1902, p. 174—178. Пріемы и правила примѣненія прецедентовъ, выработанные вѣковой практикой англійскихъ судовъ, собраны и изложены у Биля—*Beal*, Cardinal rules of legal interpretation, 1896, p. 1—29.

принциповъ и положеній. Въ судебномъ прецедентѣ важны не конкретныя опредѣленія, имѣющія въ виду всѣ особенности, всѣ индивидуальныя свойства отдѣльнаго случая, а юридическія основанія или принципы такихъ опредѣленій; судебное рѣшеніе, какъ прецедентъ, имѣетъ свой центръ тяжести не въ самомъ заключеніи или выводѣ, а въ той большей посылкѣ, которая служитъ его необходимымъ предположеніемъ и основаніемъ. Только эта посылка, это ratio decidendi является тѣмъ, что̀ можетъ имѣть значеніе для судьи при разрѣшеніи другихъ тождественныхъ или однородныхъ дѣлъ.

Прецедентъ служитъ „примѣромъ" или „примѣрнымъ рѣшеніемъ", и изъ совокупности такихъ примѣровъ слагается все англійское case-law. Въ простѣйшихъ случаяхъ судья сравниваетъ новое дѣло съ другимъ, рѣшеннымъ раньше, и, находя между ними полное сходство во всѣхъ отношеніяхъ кромѣ тѣхъ, которыя не имѣютъ никакого юридическаго значенія (напр. другое имя, другое время или мѣсто дѣйствія), безъ колебанія примѣняетъ одну и ту же норму, разрѣшаетъ его по одному шаблону. Въ другихъ случаяхъ дѣло осложняется, представляя не полное сходство съ однимъ какимънибудь прецедентомъ, а частичное сходство со многими прецедентами, такъ что судьѣ приходится сравнивая выяснять, какое совпаденіе полнѣе и существеннѣе, а выяснивши—выбирать ту норму, которая лучше и справедливѣе [1]). Наконецъ, въ иныхъ случаяхъ, путемъ отвлеченія отъ ряда прежнихъ приговоровъ, судья устанавливаетъ общее правило, подъ которое и подводитъ вновь встрѣчающіяся сложныя обстоятельства того или другого дѣла.

Переводя эту картину примѣненія case-law на языкъ современной логики, нетрудно отмѣтить въ ней всѣ типи-

---

[1]) Такое совпаденіе носитъ у англійскихъ юристовъ названіе стеченія противоположныхъ аналогій („the competition of opposite analogies")—терминъ, впервые установленный въ трудѣ *Paley*, Moral and Political Philosophy, B. VI, ch. 8 (по указанію Кларка).

ческія черты процесса заключеній по аналогіи [1]). На основаніи сепаратной нормы, выразившейся въ извѣстномъ конкретномъ случаѣ [2]), судья разрѣшаетъ цѣлый рядъ случаевъ тождественныхъ или подобныхъ. Самый пріемъ такого разрѣшенія сводится или къ логическому заключенію на основаніи относительнаго тождества, или къ выводу отъ одного или нѣсколькихъ предметовъ группы ко всей группѣ.

Заключеніе на основаніи относительнаго тождества возможно только въ простѣйшихъ случаяхъ. Оно состоитъ въ томъ, что два случая, сходные или имѣющіе одинаковые признаки въ извѣстныхъ отношеніяхъ, подводятся подъ одно и то же опредѣленіе. Случай A, характеризующійся признаками a + b + c, разрѣшенъ на основаніи нормы N. Но признаками другого случая B также являются a + b + c. Имѣя въ виду, что норма N является опредѣленіемъ для A именно въ силу указанныхъ ему принадлежащихъ признаковъ, судья заключаетъ, что та же норма пригодна и для случая B.

Вопросъ осложняется, когда признаки одного случая невполнѣ совпадаютъ съ признаками другого, и когда самая норма не имѣетъ, такъ сказать, явно опредѣленнаго значенія. Въ этихъ случаяхъ необходимо предварительно установить зависимость нормы именно отъ извѣстныхъ признаковъ случая A, а затѣмъ опредѣлить соотношеніе его съ новымъ случаемъ B, который имѣетъ свои болѣе или менѣе значительныя особенности. Если судья установитъ, что норма N охватываетъ не только случай A, но и другіе случаи C, D, E, принадлежащіе къ одной съ нимъ группѣ или къ одному и

---

[1]) См. *Милль*, Система логики, 1878, т. II, стр. 79—87. *Каринскій*, Классификація выводовъ, 1880, стр. 88 и сл. *Wundt*, Logik, 1880, B. I, S. 309—315. *Рутковскій*, Основные типы умозаключеній, 1888, стр. 13—74. *Ланге*, Учебникъ логики, 1898, стр. 215—224. *Васьковскій*, Цивилистическая методологія, 1901, ч. I, стр. 211—288.

[2]) Пользуясь терминологіей Бирлинга, можно назвать такую норму „нормой третьяго, четвертаго и т. д. порядка" („die Normen dritter, vierter u. s. w. Ordnung)". См. *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 1894, B. I, S. 107 ff.

тому же классу явленій K и характеризующіеся общими родовыми признаками a + b + c, то подведеніе случая A подъ эту норму станетъ вполнѣ возможнымъ тогда, когда опредѣлится по тѣмъ же признакамъ и принадлежность A къ данной общей группѣ K. Норма N, общая для всѣхъ случаевъ класса K, естественно будетъ нормой также и для частнаго случая этого класса B, разумѣется, при условіи, что никакихъ исключеній изъ нея допущено не будетъ. Въ противномъ случаѣ можетъ оказаться, что случай B, имѣющій кромѣ признаковъ a + b + c также признаки d + e, совпадетъ именно въ послѣднемъ отношеніи съ прецедентами M и P, которые хотя и принадлежатъ къ классу K, но подводятся подъ особую норму X, обусловленную ихъ специфическими признаками d + e. Такимъ образомъ въ концѣ-концовъ можетъ обнаружиться допустимость двухъ или вообще нѣсколькихъ выводовъ: или примѣнить къ случаю B общую норму N, или подвести его подъ спеціальную норму X. Что̀ правильнѣе, какъ лучше поступить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ — это всецѣло зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго дѣла.

Во всѣхъ болѣе или менѣе сложныхъ случаяхъ удобнѣе предварительно, на основаніи одного или нѣсколькихъ однородныхъ прецедентовъ, выяснить содержаніе, объемъ и предѣлы дѣйствія той нормы, которая должна относиться къ цѣлому классу явленій. Судьѣ приходится предварительно сдѣлать логическій выводъ отъ частнаго случая ко всей группѣ случаевъ однородныхъ. Такой пріемъ, извѣстный въ логикѣ подъ названіемъ редукціи или неполной индукціи, представляетъ свои опасности, такъ какъ достовѣрность полученныхъ результатовъ вполнѣ зависитъ отъ того, насколько обобщеніе частнаго правила основывается на свойствахъ, дѣйствительно существенныхъ и общихъ всѣмъ членамъ данной группы. Несомнѣнно, ошибки въ заключеніяхъ встрѣчались бы очень часто, если бы судебный прецедентъ не имѣлъ специфической формы выраженія, благодаря которой изъ единичнаго дѣла уже возможно видѣть тотъ процессъ, какимъ

судъ дошелъ до установленія своего частнаго правила. Вслѣдствіе припятой формы или способа изложенія судебныхъ приговоровъ нетрудно возстановить весь ходъ умозаключенія, съ помощью котораго былъ установленъ данный прецедентъ. Такимъ образомъ выводы, получаемые отъ прецедента путемъ редукціи или неполной индукціи, могутъ быть провѣряемы весьма тщательно и въ результатѣ могутъ приводить иногда къ безусловно достовѣрнымъ положеніямъ. Даже единичный прецедентъ является иногда частнымъ выраженіемъ совершенно опредѣленной и точной нормы, общей для цѣлаго класса однородныхъ случаевъ. Но, разумѣется, и въ этой формѣ неполная индукція (заключеніе отъ нѣсколькихъ прецедентовъ къ общей нормѣ) надежнѣе редукціи (заключенія только отъ одного прецедента къ такой же нормѣ), а многочисленность однородныхъ прецедентовъ вліяетъ на степень опредѣленности и достовѣрности результатовъ самой индукціи.

Итакъ, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что отдѣльное рѣшеніе суда, являясь сепаратной нормой низшаго порядка, дастъ возможность установить извѣстные общіе принципы и правила, служитъ выраженіемъ нѣкоторыхъ общихъ нормъ и положеній права. Весь вопросъ въ сущности сводится къ тому, какое значеніе могутъ имѣть подобныя правила и положенія.

Приговоръ суда, говоритъ Монтескьё, представляетъ изъ себя только повтореніе буквы закона. Но судъ долженъ руководствоваться оригиналомъ, не прибѣгая къ излишней и по тому самому безполезной его копіи. Законъ должно знать изъ самого закона, а не изъ сборника судебныхъ рѣшеній [1]).

Посмотримъ же, въ какой мѣрѣ всякій приговоръ суда является *только* повтореніемъ закона. Другими словами, что̀

[1]) „Le juge n'est, en quelque sorte, qu'un signe mathématique exprimant la relation de la règle générale au cas particulier", говоритъ Фюзье-Эрманъ. См. *Fuzier-Herman*, La séparation des pouvoirs, 1880, p. 296.

такое представляетъ изъ себя въ дѣйствительности та большая посылка каждаго судебнаго рѣшенія, на которой оно основывается, и которую судъ долженъ найти и установить во всякомъ дѣлѣ?

Установить норму права, раскрыть ея истинное значеніе, опредѣлить объемъ и предѣлы дѣйствія — вотъ задачи, которыя только для поверхностнаго наблюдателя представляются простыми. Нерѣдкая ошибка заключается въ подразумѣваемомъ представленіи о законѣ, какъ о совокупности нормъ, которыя могутъ дать точный отвѣтъ на всякій случай дѣйствительной жизни. Стоитъ только уяснить себѣ содержаніе закона, — и навѣрно искомый отвѣтъ получится, и притомъ отвѣтъ не новый, потому что разъясненіе закона въ концѣ-концовъ все-же ничего новаго не вноситъ (разъясняется только то, что сначала, какъ зерно, заложено въ законѣ при самомъ его порожденіи) и во всякомъ случаѣ не создаетъ новаго правила, новой нормы. Судья не творитъ, а безстрастно примѣняетъ существующія уже нормы права: спереди — по извѣстному сравненію Іеринга — въ машину для постановленія приговоровъ и рѣшеній вкладывается отдѣльный случай, который сзади, безъ всякой самостоятельной дѣятельности судьи, выбрасывается въ видѣ приговора или рѣшенія, совершенно какъ у утки Вокансона, пытавшагося посредствомъ автомата разрѣшить вопросъ о пищеваренiи.

Какое жалкое представленіе о судьѣ! Какъ будто бы все существующее право заключено въ законѣ и какъ будто бы законъ не содержитъ недостатковъ, неполноты, неясности, противорѣчія!

Судьѣ постоянно приходится *или* вновь создавать норму, разрѣшая вопросы, о которыхъ законодатель вовсе и не думалъ и для которыхъ поэтому никакого рѣшенія не предлагалъ и даже не желалъ предложить, *или* толковать законъ, примѣняя его и развивая его несовершенныя постановленія. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ дѣятельность судьи носитъ творческій характеръ.

Съ помощью одного только закона и его толкованія цѣли регулированія правовой жизни не достижимы, съ одной стороны, потому, что законъ не даетъ никакого отвѣта на множество самыхъ настоятельныхъ вопросовъ, выдвигаемыхъ самой жизнью народа, съ другой стороны, и потому, что самая ясная и совершенная норма закона часто не въ состояніи дать одинъ опредѣленный отвѣтъ, не въ состояніи внести устойчивый порядокъ даже при самомъ тщательномъ, добросовѣстномъ и правильномъ ея примѣненіи.

Существуютъ ли пропуски въ законѣ? Могутъ ли встрѣтиться случаи, не предусмотрѣнные закономъ?—Весьма распространенное, можно даже сказать, господствующее мнѣніе отвѣчаетъ на это отрицательно[1]). „Непредусмотрѣнныхъ за-

---

[1]) Такое мнѣніе считаютъ господствующимъ во Франціи—Жени, въ Германіи—Биндингъ и Бергбомъ. У нихъ же можно найти весьма обстоятельныя указанія литературы вопроса. Въ литературѣ мнѣнія раздѣляются: одни писатели (главнымъ образомъ французы) говорятъ, что нѣтъ случаевъ, не предусмотрѣнныхъ „закономъ"; другіе (главнымъ образомъ нѣмцы) говорятъ, что нѣтъ случаевъ, не предусмотрѣнныхъ „правомъ". Послѣднее мнѣніе представляетъ только мнимое отличіе отъ перваго всякій разъ, когда высказывающій его авторъ въ концѣ-концовъ единственнымъ источникомъ права признаетъ однѣ законодательныя нормы. Криминалисты издавна считаютъ все, не предусмотрѣнное уголовнымъ закономъ, непреступнымъ и, слѣдовательно, невходящимъ въ область уголовнаго права; неполноту закона они понимаютъ въ особомъ смыслѣ и отличаютъ отъ недостатка закона. Были попытки и со стороны цивилистовъ провести подобное же различіе и объявить, что недостатокъ закона производитъ своего рода пустоту (rechtsleere Raum), и что все то, чего нѣтъ въ законѣ, юридически не существуетъ и въ жизни („je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code Napoléon", говорилъ Бюнье). См. *Delisle*, Traité de l'interprétation juridique, 1849, t. I, p. 127—131. *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1877, B. I, S. 100—104. *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, B. I, S. 371—393. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, 1897, B. I, S. 34. *Geny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 21—25. *Дубровинъ*, Аналогія при примѣненіи уголовнаго закона, 1899, Ж. М. Ю., № 6, стр. 22 и сл. *Васьковскій*, Толкованіе гражданскихъ законовъ, 1899, стр. 153 и сл. *Коркуновъ*, Лекціи по общей теоріи права, 1894, стр. 267 и сл. *Шершеневичъ*, Общая теорія права, 1910, т. II, стр. 369 и сл. *Муромцевъ*, Опредѣленіе и раздѣленіе законовъ, 1879, стр. 153 и сл. *Таганцевъ*, Русское уголовное право, 1902, т. I, стр. 102 и сл. *Фойницкій*, Курсъ уголовнаго судопроизводства, 1896, т. I, стр. 102 и сл. *Сергѣевскій*, Русское гражданское право, 1911, стр. 31 и сл. *Гольмстенъ*, Общее гражданское право, 1911, стр. 31 и сл. *Мейеръ*, Русское гражданское право, 1911, стр. 31 и сл. *Гамбаровъ*, Курсъ гражданскаго права, 1911, стр. 31 и сл. *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1911, стр. 31 и сл. *Анненковъ*, Курсъ гражданскаго права, 1911, стр. 31 и сл. *Мейеръ*, Русское гражданское право, 1911, стр. 31 и сл. *Гамбаровъ*, Курсъ гражданскаго права, 1911, стр. 31 и сл. *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1911, стр. 31 и сл. *Анненковъ*, Курсъ гражданскаго права, 1911, стр. 31 и сл.

комъ случаевъ нѣтъ, говоритъ Боровиковскій; а предусмотрѣны они прямо или косвенно, — въ такихъ ли выраженіяхъ, которыя понятны для судей сразу, или же такъ, что судья долженъ приложить трудъ для уразумѣнія, — это безразлично. Коль скоро же всѣ безъ исключенія случаи имѣютъ разрѣшеніе въ законѣ, причемъ правильное разрѣшеніе можетъ быть только одно, то, значитъ, каждое безъ исключенія судебное рѣшеніе можетъ быть либо согласнымъ съ закономъ, либо противорѣчить ему; юридически немыслимъ ни одинъ случай, который могъ бы пройти „мимо" закона, ему не подчинившись, но вмѣстѣ съ тѣмъ и не противорѣча ему" [1]).

Такое представленіе о полнотѣ закона покоится на трехъ предположеніяхъ: 1) все право народа въ опредѣленный моментъ изданія закона или кодекса можетъ застыть, затвердѣть, кристаллизоваться, 2) законодатель можетъ охватить всѣ отдѣлы и развѣтвленія этого права, 3) законодатель дѣйствительно желаетъ воспользоваться этой возможностью и дѣйствительно осуществляетъ свое желаніе въ законѣ. Изъ этихъ предположеній фактически правильнымъ можетъ быть только то, которое утверждаетъ, что законодатель имѣетъ (или имѣлъ) желаніе создать кодексъ, идеальный по своей полнотѣ и законченности, и имѣетъ (или имѣлъ) желаніе сдѣлать законъ единственнымъ источникомъ права. Съ такими намѣреніями законодателей приходится встрѣчаться неоднократно, и въ исторіи кодификаціи права найдется немало примѣровъ тому, весьма краснорѣчивыхъ и громкихъ [2]). Жаль только, что однихъ желаній, хотя бы облеченныхъ въ форму строжайшаго закона, еще не достаточно, потому что самъ законъ не всемогущъ и для самого законодателя существуютъ

ковскій, Ученіе о толкованіи, 1901, стр. 268 — 269. *Таганцевъ*, Русское уголовное право, 1902, т. I, стр. 186 и сл.

[1]) См. *Боровиковскій*, Законъ и судейская совѣсть, 1891, т. I, стр. 225 — 226.

[2]) Такое значеніе придавалось, напримѣръ, кодификаціи права во Франціи. См. *Geny*, указ. соч., стр. 64 и сл.

извѣстныя границы, которыя онъ перейти не можетъ. Сколько разъ объявлялъ законодатель, а за нимъ и наука права, что всякій обычай можетъ образоваться только съ согласія закона. Но теперь старыя до-пухтовскія теоріи о согласіи законодателя на образованіе обычнаго права похоронены безвозвратно[1]). Повидимому, и желаніе создать совершенно полный кодексъ слѣдуетъ отнести къ числу желаній платоническихъ.

Право растетъ и развивается вмѣстѣ съ жизнью народа. Самая идеальная и полная кодификація не въ состояніи положить предѣлъ этому стихійному процессу, этой исторической эволюціи формъ и учрежденій. Нѣкогда, въ критическую минуту жизни избраннаго Богомъ народа, его вождь воскликнулъ: „стой солнце и луна!" И стояло солнце среди неба, и не спѣшило къ западу почти цѣлый день. Но современный законодатель не можетъ быть Іисусомъ Навиномъ по отношенію къ праву и въ особенности по отношенію къ тому праву, которое не имъ создается. На нашихъ глазахъ жизнь настойчиво выдвигаетъ новыя требованія и создаетъ цѣлые институты права гораздо раньше, чѣмъ законодатель получаетъ возможность заняться ихъ разработкой. Да безъ живого опыта практики и самая законодательная разработка такихъ институтовъ была бы преждевременной и невозможной. Развитіе экономическаго оборота, паръ и машины, пути сообщенія, желѣзныя дороги, почта, телеграфъ, телефонъ, электричество — сколько новыхъ вопросовъ права, сколько юридическихъ проблемъ возникло и разрѣшилось жизнью въ теченіе многихъ лѣтъ или даже десятилѣтій, которыя прошли безъ всякаго вмѣшательства законодателя въ тѣ или другія области вновь нарождающихся отношеній![2]).

---

[1]) *Sturm*, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, 1877. *Эртманъ*, Обычай и законъ, 1899, стр. 26 (переводъ Розенберга). *Sturm*, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1900, S. 106 ff.

[2]) Ср. *Neukamp*, Entwicklungsgeschichte des Rechts, 1895, B. I,

А между тѣмъ и старые законы или кодексы не могли охватывать подобныхъ явленій — не могли потому, что неполнота является не случайнымъ, а существеннымъ признакомъ всякаго закона, не недостаткомъ, а постояннымъ свойствомъ самой природы его.

Законъ является только извѣстной формой выраженія авторитетной воли государства. Но что такое представляетъ изъ себя эта воля и эта форма? Воля законодателя въ концѣ-концовъ есть та же человѣческая воля, и законъ является только однимъ изъ актовъ обыкновенной человѣческой предусмотрительности. Но развѣ не видимъ мы, какъ жестоко и постоянно смѣется жизнь надъ слабой предусмотрительностью человѣка. Въ самыхъ обыкновенныхъ дѣлахъ, въ самыхъ привычныхъ сдѣлкахъ и отношеніяхъ человѣкъ ошибается ежедневно, несмотря на то, что здѣсь его предусмотрительность испытывается въ самыхъ тѣсныхъ предѣлахъ, при наличности довольно простыхъ обстоятельствъ: его воля устанавливаетъ нормы для отношеній текущей жизни и для самаго небольшого круга лицъ, которыхъ его сдѣлка или актъ касаются. Во сколько же разъ возрастаетъ возможность ошибки, пропуска или вообще непредусмотрительности, когда приходится выражать волю, которая должна охватить сложнѣйшія отношенія милліоновъ людей и многихъ смѣняющихся поколеній: нерѣдко законы дѣйствуютъ въ теченіе десятковъ и даже сотенъ лѣтъ, въ обстановкѣ и при такихъ условіяхъ жизни, о которыхъ даже мудрѣйшій законодатель не могъ и мечтать и которыхъ онъ во всякомъ случаѣ не могъ предвидѣть. Sapientissima autem res tempus, et novorum casuum quotidie auctor, et inventor! [1]).

Такимъ образомъ неполнота закона прежде всего зависитъ отъ самыхъ свойствъ законодательной воли, отъ прису-

---

S 22 ff. *Raoul de la Grasserie*, Die Kristallisation des Rechts, 1900, Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft, V Jahrgang, I Abt., S. 211 ff.

[1]) *Bacon*, Opera omnia, 1696, v. I, p. 527.

щихъ ей несовершенствъ, которыя тѣмъ болѣе ощутительны, чѣмъ грандіознѣе задачи, преслѣдуемыя закономъ.

Но и форма выраженія закона является непреодолимымъ препятствіемъ, которое мѣшаетъ законодательной волѣ достигнуть идеальнаго совершенства. Законодатель выражаетъ свои мысли въ обычной рѣчи, путемъ сочетанія обычныхъ словъ и фразъ. Слѣдовательно, полнота закона зависитъ не только отъ того, какъ сознаётъ собственную волю самъ законодатель, но и отъ того, какъ сумѣетъ онъ передать это сознаніе другимъ людямъ, исполнителямъ и примѣнителямъ закона. Мысленно законодатель можетъ охватывать громадный кругъ явленій. Однакоже если онъ выразится неудачно, если вмѣсто общаго правила онъ ограничится частнымъ примѣромъ, если употребитъ необдуманный падежъ, число или знакъ препинанія, — то примѣнителю закона часто не будетъ иного выхода, какъ подчиниться только тому, что̀ нашло свое выраженіе въ несовершенномъ текстѣ закона. И не слѣдуетъ думать, что такое несовершенство текста закона зависитъ только отъ ошибокъ его редактора. Самъ языкъ, вѣчно подвижный, развивающійся, мало установившійся, съ его многообразными правилами словоупотребленія, правилами грамматики и синтаксиса, часто спорными, альтернативными или условными, — самъ языкъ является только относительно совершенной формой выраженія мысли, обманчивой какъ для законодателя, такъ и для судьи [1]). Выраженный словами законъ не напоминаетъ мраморнаго изваянія, а походитъ скорѣе на живого человѣка съ его измѣняющимися и невсегда опредѣленными чертами лица.

Въ связи съ этими недостатками мысли и внѣшней формы закона находится и дальнѣйшій основной порокъ его: самый совершенный законъ въ массѣ случаевъ не въ состояніи дать сколько-нибудь точныхъ, опредѣленныхъ и устойчивыхъ правилъ для регулированія всѣхъ отношеній, которыя имъ охватываются. Самый ясный законъ при самомъ пра-

---

[1]) См. *Васьковскій*, указ. соч., стр. 35 и сл.

вильномъ его толкованіи часто неизбѣжно приводитъ къ выводамъ сомнительнымъ и противорѣчивымъ. Этого не хотятъ знать многіе теоретики права, но это прекрасно извѣстно всякому, кто имѣлъ какое-нибудь дѣло въ судѣ, который одинъ и тотъ же вопросъ иначе разрѣшаетъ въ первой инстанціи, иначе—во второй, иначе — въ третьей, и притомъ всякое рѣшеніе оказывается вполнѣ обдуманнымъ и мотивированнымъ. Такое явленіе не есть только результатъ несовершенства закона и неправильнаго его примѣненія. Оно коренится въ самой природѣ процесса судебной интерпретаціи: искусство толкованія законовъ само по себѣ не содержитъ такихъ правилъ, которыя бы давали незыблемую опору, служили бы непоколебимымъ основаніемъ для всѣхъ частныхъ выводовъ, какіе должны вытекать изъ текста того или другого закона.

Не говоря уже о частныхъ болѣе или менѣе спорныхъ положеніяхъ, которыми изобилуетъ вся современная теорія толкованія законовъ, самые отправные пункты ея представляются неустановившимися и сомнительными. Она не даетъ точнаго метода для нахожденія юридической истины. Она не указываетъ единственно правильнаго пути, какимъ долженъ итти судья, отправляющійся въ трудные поиски за выводами, которые должны быть получены посредствомъ дедукціи изъ отвлеченной и общей нормы права. А между тѣмъ, идя разными путями, судья естественно приходитъ къ разнымъ выводамъ — и каждый изъ такихъ выводовъ является совершенно правильнымъ и законнымъ, потому что настоящая дорога отысканія истины еще никѣмъ не указана, т. е. не указана въ качествѣ единственно возможной и правильной.

Каковы задачи судебной интерпретаціи законовъ, что такое собственно является предметомъ разъясненія и истолкованія? Это—первый вопросъ, который возникаетъ у всякаго исполнителя закона. Ясно, что тотъ или другой отвѣтъ на него предрѣшаетъ направленіе и даже результаты тѣхъ изысканій, какія могутъ быть предприняты для уясненія того, какъ слѣдуетъ поступить въ отдѣльномъ случаѣ примѣненія закона. И вотъ, оказывается, что въ отвѣтѣ на этотъ во-

просъ не могутъ сойтись между собою, не могутъ согласиться ни юристы-практики, ни теоретики права. Для однихъ цѣль толкованія заключается въ выясненіи воли законодателя, другіе ставятъ задачей раскрытіе мысли закона.

Такое различіе во взглядахъ имѣетъ существенное значеніе.

Раскрыть волю законодателя — это значитъ опредѣлить, что думалъ творецъ закона, чего онъ желалъ, къ чему стремился, чего добивался, это значитъ узнать его мнѣніе и взгляды по поводу вопросовъ, вызвавшихъ сомнѣніе у исполнителя закона. Конечно, такое мнѣніе юридически имѣетъ силу только въ той мѣрѣ, въ какой оно выразилось въ текстѣ закона. Но знакомство съ нимъ безусловно необходимо для пониманія самого текста. Положеніе закона въ системѣ права, его соотношеніе съ другими законами — все это не имѣетъ такого значенія, какъ то, какое принадлежитъ мотивамъ закона, его первоначальнымъ проектамъ, протоколамъ засѣданій законодательныхъ комиссій и вообще всѣмъ актамъ исторіи зарожденія, возникновенія, составленія и обсужденія закона, потому что въ этихъ актахъ содержится документальное изъясненіе законодательной воли и изъ этихъ актовъ можно почерпнуть самыя точныя свѣдѣнія о намѣреніяхъ и желаніяхъ законодателя [1]).

Но развѣ можно, возражаютъ на это, всегда говорить о волѣ законодателя — въ особенности, если законъ является продуктомъ дѣятельности многихъ лицъ? Въ большинствѣ случаевъ современные законы не выражаютъ въ себѣ мысль и волю одного лица. Въ созданіи закона принимаютъ участіе многія лица, законъ является результатомъ борьбы мнѣній и взглядовъ, борьбы классовъ, партій, интересовъ, вѣрованій. Форма закона не указываетъ, какое мнѣніе, какая мысль должна быть признана единственно правильной изъ числа всѣхъ тѣхъ мнѣній и мыслей, которыя сошлись на данной

---

[1]) *Geny*, указ. соч., стр. 254 и сл. *Васьковскій*, указ. соч., стр. 18 и сл., 86 и сл.

формѣ, какъ на компромиссѣ. Эту мысль долженъ отыскать и установить судья такъ, какъ онъ ее понимаетъ. На это законодатель заранѣе уполномочиваетъ судью и заранѣе соглашается признать законную силу за его рѣшеніемъ. Но даже и тогда, когда мысль законодателя извѣстна въ точности, судья долженъ считаться не съ ней, а съ самимъ закономъ. Мотивы закона не имѣютъ значенія, ихъ даже лучше совсѣмъ уничтожить [1]). Съ момента публикаціи закона, съ момента категорическаго заявленія о томъ, что то, что содержится въ законѣ, должно быть правомъ, исчезаютъ однимъ взмахомъ всѣ лѣса намѣреній и желаній духовнаго творца закона и даже самого законодателя: съ этого момента весь законъ покоится только на самомъ себѣ, поддерживаемый собственною силою и тяжестью, наполненный самостоятельнымъ смысломъ; иногда разумнѣе, иногда ограниченнѣе своего творца, иногда богаче, иногда бѣднѣе его по внутреннему содержанію, иногда счастливѣе въ выраженіи, чѣмъ предполагалъ его составитель, а иногда въ тѣхъ или другихъ частяхъ, которыя его авторъ считалъ законченными и недопускающими недоразумѣнія, законъ какъ разъ оказывается непоправимо шаткимъ при сопоставленіи съ другими постановленіями. Изданіе закона обозначаетъ для носителя законодательной власти отчужденіе своей индивидуальной воли: воля закона противопоставляется ему, какъ объективная сила, и ничья личная воля уже не имѣетъ рѣшающаго значенія относительно того, что̀ въ дѣйствительности думаетъ, а, слѣдовательно, и желаетъ законъ. Законъ думаетъ и желаетъ то, что добываетъ изъ него разумно толкующій его народный духъ [2]).

---

[1]) См. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, B. I, S. 472 — 473. *Zitelmann*, Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft, 1896, S. 11 ff. *Шершеневичъ*, Примѣненіе нормъ права, 1903, Ж. М. Ю., № 1, стр. 58—59.

[2]) См. *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 150. *Binding*, указ. соч., B. I, S. 154 — 156. *Kohler*, Ueber die Interpretation von Gesetzen, 1886, Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht, B. XIII, S. 1' — 3, 20, 33 ff.

Сопоставляя между собой эти противоположныя воззрѣнія на задачи судебнаго толкованія законовъ, мы не станемъ разбирать достоинства и недостатки каждаго изъ нихъ. Это не входитъ въ нашу задачу. Для насъ достаточно признать ихъ, какъ существующій фактъ, какъ два равноправныя направленія, какъ два теченія современной теоріи и судебной практики. Но этимъ еще не заканчиваются всѣ разногласія. Станетъ ли судья изъяснять волю законодателя, или пожелаетъ проникнуть въ мысль закона, онъ долженъ опредѣлить прежде всего, съ какой точки зрѣнія слѣдуетъ ему разсматривать эту волю или эту мысль. Оцѣнивать ли законъ съ точки зрѣнія момента его созданія, съ точки зрѣнія той эпохи, когда жилъ и дѣйствовалъ законодатель, или же, наоборотъ, признать, что только современная жизнь съ ея запросами и потребностями можетъ помочь правильному уразумѣнію закона?

Законъ можетъ имѣть только то значеніе, говоритъ Жени, какое ему принадлежало во время его созданія и публикаціи. Этого требуетъ основной принципъ, въ силу котораго ни одинъ законъ не получаетъ обратнаго дѣйствія. Только при соблюденіи этого правила возможно достигнуть опредѣленности и устойчивости права. Да и по существу ничего не можетъ быть естественнѣе, какъ то, чтобы понимать законъ именно въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ первоначально былъ установленъ. Всякая другая оцѣнка закона открываетъ дорогу для вполнѣ субъективныхъ и произвольныхъ толкованій, ради временныхъ выгодъ лишаетъ норму той твердости и опредѣленности, какая является въ сущности главнымъ оправданіемъ каждаго закона [1]).

Но — возражаютъ на это — развѣ можетъ законодатель, не злоупотребляя своей властью, налагать безпредѣльныя оковы на будущія времена? развѣ онъ можетъ всѣ будущія поколѣнія превращать въ рабовъ своихъ желаній? Гораздо правильнѣе, чтобы законъ примѣнялся изо дня въ день, слѣ-

[1]) *Geny*, указ. соч., стр. 233 и сл.

дуя за всѣми нуждами эпохи, за всѣми требованіями вѣчно измѣняющейся соціальной среды. Его содержаніе обусловливается всей совокупностью другихъ законовъ и условій жизни; съ измѣненіемъ этихъ законовъ и условій оно необходимо измѣняется, и даже самъ законодатель измѣнилъ бы свой законъ, если бы предвидѣлъ тѣ условія, среди которыхъ онъ станетъ примѣняться. Примѣняютъ законъ не машины, а живые люди, имѣющіе свои религіозныя вѣрованія, свои нравственныя убѣжденія, свои понятія о правѣ и все это не можетъ не вліять на то, какъ они станутъ понимать существующіе законы и истолковывать ихъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ. Воля законодателя или закона какъ бы преломляется, проходя чрезъ сознаніе примѣняющихъ законъ, и потому уклоняется отъ своего первоначальнаго направленія. И это вовсе не необходимое только зло, а положительное, несомнѣнное благо. Только благодаря такому преломленію воли законодателя или закона въ общественномъ правосознаніи, законность и отличается отъ произвола деспотизма, только благодаря этому законность и даетъ обезпеченіе права, свободы, личной самостоятельности [1]).

Вотъ и опять двѣ противоположныя и равноправныя точки зрѣнія. Съ ними можно соглашаться или не соглашаться. Но онѣ существуютъ въ дѣйствительности и въ жизни; онѣ опредѣляютъ направленіе и исходъ судебнаго толкованія законовъ [2]). Если же присоединить частныя разногласія о пріемахъ грамматическаго и логическаго толкованія, если обратить вниманіе на сложность и условность правилъ юри-

---

[1]) См. *Коркуновъ*, Указъ и законъ, 1894, стр. 169 — 170. *Kohler*, зам. въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1894, B. XXXVI, S. 515 — 516. *Affolter*, Der Positivismus in der Rechtswissenschaft, 1897, Archiv für öffentliches Recht, B. XII, S. 32 — 33. Ср. въ особенности интересную работу Зейтца — *Seitz*, Konstruktion oder Selbstentwicklung und Verfahren der Darstellung des jeweilig positiv lebenden praktischen Rechts, 1898.

[2]) Ср. *Шершеневичъ*, указ. соч., стр. 34 — 42.

дической конструкціи и обобщенія, то станетъ совершенно очевидно, почему часто самые ясные законы при самомъ правильномъ ихъ толкованіи приводятъ къ результатамъ противорѣчивымъ и сомнительнымъ. Главная причина этого кроется не въ недостаткахъ законовъ и не въ ошибкахъ судьи, а въ самой природѣ законодательства и въ самомъ существѣ судебнаго примѣненія законодательныхъ нормъ. Всякое судебное рѣшеніе, примѣняющее законъ, въ большей или меньшей степени носитъ на себѣ индивидуальный характеръ, въ большей или меньшей степени является продуктомъ творческой дѣятельности судьи. Бо́льшая посылка судебнаго рѣшенія есть общая норма права, но только въ томъ видѣ, какъ ее понимаетъ и примѣняетъ судья.

Такимъ образомъ, примѣняя законъ, судья дѣйствуетъ не какъ рабъ и не какъ бездушный автоматъ, но какъ сознательный и свободный посредникъ между мертвой нормой закона и многообразіемъ бурнаго потока жизни человѣческаго общества. Законодатель даетъ нѣмое и отвлеченное правило; судья превращаетъ его въ живую дѣйствительность и при посредствѣ своего приговора воплощаетъ въ реальныя формы человѣческихъ отношеній. Отвлеченной нормѣ онъ сообщаетъ опредѣленное содержаніе, онъ устанавливаетъ истинный смыслъ, объемъ и предѣлы ея дѣйствія. Общія понятія и правила закона представляютъ изъ себя только сосудъ, который сама жизнь наполняетъ извѣстнымъ содержаніемъ; законодатель даетъ только остовъ или скелетъ, который судьею облекается въ плоть и въ кровь живой дѣйствительности. И если говорить, что этимъ путемъ въ сущности только раскрывается мысль самого закона или законодателя, то все-же слѣдуетъ добавить: мысль эта скрыта въ законѣ и судья является первымъ ея провозгласителемъ или вѣщателемъ. Истинное пониманіе закона не мыслимо безъ знакомства съ его практическимъ примѣненіемъ. И судебная практика имѣетъ тѣмъ большее значеніе, что „скрытая" въ законѣ мысль часто представляется весьма условной. А потому приговоръ суда, не являясь повтореніемъ буквы закона, не можетъ быть замѣ-

ненъ закономъ. Приговоръ суда имѣетъ самостоятельное значеніе.

Говорятъ, что по самой природѣ судебнаго рѣшенія это самостоятельное значеніе его необходимо ограничивается тѣсными предѣлами отдѣльнаго случая и что все судебное творчество исчерпывается тѣмъ дѣломъ, которымъ оно вызвано. Какъ бы широко ни опредѣлять права суда и какое бы значеніе ни придавать судебному творчеству, по существу рѣшеніе суда всегда оставалось, остается и будетъ оставаться только единичнымъ примѣненіемъ общаго правила къ отдѣльному частному случаю.

Во всѣ времена, говоритъ Шультце, правосудіе являлось только примѣненіемъ нормъ права къ какому-нибудь конкретному факту, т. е., говоря другими словами, подведеніемъ такого факта подъ общія правила въ видахъ уясненія конкретнаго права, изъ нихъ проистекающаго. И если въ нѣкоторыя эпохи исторіи творческій характеръ процесса выступалъ особенно ярко, то и тогда судебное рѣшеніе по существу своему исчерпывалось частнымъ дѣломъ, его вызвавшимъ. Такъ было и въ Римѣ, такъ было и въ старомъ нѣмецкомъ процессѣ. Во всякой нормѣ объективнаго права слѣдуетъ отличать ея содержаніе (Rechts-Inhalt) и ея санкцію (Rechts-Befehl). Только благодаря санкціи содержаніе нормы становится правомъ. Санкцію норма получаетъ въ двухъ видахъ: или, какъ въ настоящее время, въ видѣ обязательнаго для всѣхъ закона, или, какъ въ прежнее время, въ видѣ судебнаго рѣшенія, обязательнаго только для даннаго случая. Въ старомъ нѣмецкомъ процессѣ шёффены находили содержаніе правила и примѣняли его къ обстоятельствамъ частнаго дѣла. Судья давалъ этому правилу свою санкцію, провозглашая въ одной формулѣ и общую норму права, и сепаратный законъ для рѣшаемаго спора. Но такое право не имѣло значенія для будущаго времени, такъ какъ не имѣло общей санкціи. Содержаніе правила могло остаться неизмѣннымъ, но правомъ оно становилось только въ случаѣ возникновенія новаго дѣла въ судѣ и въ случаѣ новой санкціи его въ судеб-

номъ приговорѣ и именно для даннаго новаго дѣла. Матеріалъ для своихъ приговоровъ шёффены черпали изъ самыхъ разнообразныхъ и въ большинствѣ случаевъ неюридическихъ источниковъ (преданія, собственный опытъ, личное усмотрѣніе). Поэтому характеристическимъ признакомъ среднихъ, а отчасти и новыхъ вѣковъ слѣдуетъ признать то, что они не знали разъ навсегда установленнаго правового порядка, не знали права въ собственномъ смыслѣ этого слова. Существовало только представленіе о правѣ (Vorstellung einer Privatrechtsordnung und eines Privatrechtes), самое же право создавалось только въ судѣ отъ дѣла къ дѣлу. То, что мы называемъ теперь старымъ нѣмецкимъ правомъ, является только тѣмъ содержаніемъ, которое нѣкогда въ отдѣльныхъ случаяхъ становилось правомъ; но само по себѣ оно никогда не было дѣйствительнымъ правомъ, никогда не имѣло общеобязательнаго значенія. Конечно, самое содержаніе права или представленіе о правѣ обладало извѣстной силой, психологической и этической. Сила привычки и общественнаго мнѣнія, вѣра и суевѣріе, предусмотрительность и боязнь суда — все это сообщало извѣстную степень власти даже одному только представленію о правѣ. Но благодаря имъ это представленіе еще не превращалось въ дѣйствительное право. Только санкція судьи въ отдѣльномъ случаѣ дѣлала его правомъ и именно исключительно только для даннаго случая [1]).

Трудно выразить яснѣе, чѣмъ въ приведенныхъ словахъ Шультце, ту мысль, которая высказывается очень многими авторами, но какъ-то непослѣдовательно и невполнѣ опредѣленно. Очевидно, если по самой природѣ судебнаго рѣшенія юридически не мыслимо распространять его силу за предѣлы случая, по которому оно состоялось, то, оставаясь послѣдовательнымъ, необходимо или признать, что бо́льшая часть

---

[1]) *Schultze*, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung, 1883, B. I, S. 87, 94 — 101, 104 — 106, 117 — 119, 125 — 126, 192, 217 — 225.

стараго нѣмецкаго права и все англійское common law[1]) представляются несуществующими и только по недоразумѣнію считаются „правомъ", или же доказать, что рѣшенія старыхъ нѣмецкихъ и современныхъ англійскихъ судовъ имѣютъ какую-то особую юридическую природу. Къ сожалѣнію ни того, ни другого сдѣлать нельзя. Несмотря на обширность и вполнѣ нѣмецкую обстоятельность работы Шультце, ему не удалось обосновать свое совершенно анти-историческое положеніе и не удалось убѣдить никого въ томъ, что чуть ли не до XIX в. Германія оставалась страной безправной, удовлетворяясь какимъ-то философскимъ „представленіемъ о правѣ". Не доказано также и нельзя доказать, что въ старой Германіи или въ Англіи юридическая природа судебныхъ рѣшеній представляетъ какія-то принципіальныя особенности[2]), благодаря которымъ прецедентъ получаетъ тамъ совершенно особое значеніе. Напротивъ, какъ мы знаемъ, и въ Англіи далеко не всякое рѣшеніе пріобрѣтаетъ силу прецедента. И еще въ большей степени это можно наблюдать на рѣшеніяхъ старыхъ нѣмецкихъ судовъ.

Поэтому ясно, что юридическая природа судебнаго рѣшенія сама по себѣ еще ничего не предрѣшаетъ. Одно и то же рѣшеніе суда при извѣстныхъ обстоятельствахъ, въ извѣстныхъ историческихъ условіяхъ получаетъ юридическое значеніе обязательнаго прецедента и, наоборотъ, не имѣетъ

---

[1]) Между прочимъ и Бентамъ, въ одномъ изъ своихъ трудовъ, отрицалъ case-law по тѣмъ же основаніямъ по какимъ Шультце отрицаетъ все старо-нѣмецкое право: въ судебномъ рѣшеніи онъ не усматривалъ той общей санкціи („command"), какая необходима для возникновенія всякой нормы права. См. *Bentham*, Fragment on Government, 1822, p. 13, 14 (по указанію Остина).

[2]) Частныя отличія и особенности въ условіяхъ и предѣлахъ законной силы рѣшеній, разумѣется, всегда возможны, всегда существовали и существуютъ. Относительно законной силы рѣшеній англійскихъ судовъ весьма обстоятельная глава содержится въ недавно изданной работѣ *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen der Rechtskraft, 1900, S. 199—300.

никакого значенія въ другой обстановкѣ, въ другой соціальной средѣ. И если ужъ говорить о природѣ судебнаго рѣшенія и о творческой дѣятельности суда, то слѣдуетъ скорѣе отмѣтить тѣ черты, благодаря которымъ отдѣльный приговоръ часто получаетъ значеніе общеобязательнаго прецедента.

Дѣло въ томъ, что нельзя сказать, будто творчество суда имѣетъ въ виду только отдѣльный случай примѣненія права и потому необходимо исчерпывается этимъ случаемъ и въ этомъ случаѣ. Напротивъ, разрѣшая частное дѣло, судъ становится на общую точку зрѣнія и старается установить норму такъ, какъ бы ее установилъ самъ законодатель, имѣющій въ виду общіе интересы, общее состояніе права и общій характеръ всѣхъ аналогичныхъ случаевъ, имъ нормируемыхъ. Нѣтъ бо́льшаго заблужденія, какъ ограничивать кругозоръ судьи узкимъ горизонтомъ даннаго дѣла, его рѣшенію подлежащаго. Чтобы быть справедливымъ и законнымъ въ истинномъ смыслѣ этого слова, рѣшеніе судьи должно явиться результатомъ оцѣнки фактическихъ обстоятельствъ даннаго дѣла съ общей точки зрѣнія и должно быть именно только частнымъ примѣненіемъ нормы, пригоднымъ стать общимъ правиломъ для разрѣшенія всѣхъ тождественныхъ случаевъ. Выводъ судебнаго рѣшенія всегда долженъ покоиться на бо́льшей посылкѣ, которая не можетъ быть ничѣмъ другимъ, какъ только общей нормой права, всегда пригодной для регулированія всѣхъ однородныхъ дѣлъ [1]).

Въ этой пригодности, въ этой возможности и заключает-

---

[1]) Недавно А. Ѳ. Кони въ художественной лекціи своей напомнилъ о цѣломъ рядѣ актовъ творческой дѣятельности судьи и привелъ „рядъ примѣровъ толкованія мотивовъ закона и вкладыванія въ его сжатую форму жизненнаго содержанія", — примѣровъ общеизвѣстныхъ, но тѣмъ болѣе поучительныхъ, какъ иллюстрація процесса, какимъ постепенно (даже въ области права уголовнаго) въ жизнь вводятся правила, созданныя не законодателемъ, а практикой судовъ, не составителемъ уголовнаго уложенія, а мыслящимъ и разумнымъ примѣнителемъ его. *Кони,* Нравственныя начала въ уголовномъ процессѣ, 1902, Ж. М. Ю., № 1, стр. 16 и сл.

ся потенціальная сила всякаго конкретно выраженнаго правила, которое при этомъ не теряетъ и не можетъ потерять своей всеобщности. Отвлеченная норма не утрачивается, а получаетъ только то выраженіе, какое въ прежнія времена было обычнымъ выраженіемъ всякаго права (казуистическая форма законовъ). Поэтому если приговоръ суда во всемъ его объемѣ ограничивается только предѣлами частнаго случая, имъ разрѣшеннаго, то это можетъ зависѣть отъ какихъ угодно причинъ, но только не отъ юридической сущности дѣятельности судьи: всякій приговоръ есть только казуистически выраженная общая норма права и всякій судья есть говорящій по частному поводу законодатель [1]). За предѣлы разрѣшеннаго дѣла не можетъ выйти конкретное регулированіе приговоромъ именно даннаго единичнаго отношенія [2]). Но этимъ не исчерпывается все содержаніе приговора, который является не только разрѣшеніемъ частнаго случая на основаніи общей нормы права, но и частнымъ примѣненіемъ такой общей нормы къ отдѣльному случаю, не только источникомъ правъ субъективныхъ, но и актомъ признанія права, симптомомъ существующихъ объективныхъ нормъ.

Вотъ почему рѣшеніе суда всегда можетъ получить общее значеніе и получаетъ его, если тому не препятствуютъ какія-либо внѣшнія обстоятельства; вотъ почему въ исторіи приговоры судовъ безспорно являлись источниками общаго права, да и теперь накопленіе однородныхъ прецедентовъ представляетъ изъ себя далеко не безплодное суммированіе нулей, въ результатѣ всегда дающее тотъ же нуль, а нѣчто болѣе серьезное и останавливающее вниманіе даже тѣхъ,

---

[1]) „Sein Urtheil, говоритъ Биндингъ о судьѣ, ist zugleich ein Akt wissenschaftlicher und ein Akt gesetzgeberischer Thätigkeit". См. *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältniss zu einander, 1881, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, B. I, S. 14.

[2]) Въ этомъ смыслѣ и Остинъ говоритъ: „as a *whole*, a judicial decision is not a precedent or has not the effect of a law". *Austin*, Lectures on jurisprudence, 1863, v. III, p. 304.

кто относится къ судебнымъ прецедентамъ вполнѣ отрицательно.

В. Какъ мы знаемъ, англійская система прецедентовъ имѣетъ весьма существенные недостатки. Имѣя значеніе законодательной дѣятельности ex post facto, она давно уже именно съ этой стороны вызываетъ вполнѣ справедливыя нареканія [1]). Континентъ Европы не признаетъ англійскаго case-law. Тѣмъ не менѣе здѣсь вопросъ о судебномъ установленіи какихъ бы то ни было правилъ ex post facto приводится въ связь съ вопросомъ объ обратномъ дѣйствіи законовъ и вызываетъ съ политической точки зрѣнія возраженія даже болѣе горячія и безусловныя, чѣмъ въ самой Англіи.

Конечно, говорятъ, судебное рѣшеніе, какъ прецедентъ, разъясняетъ смыслъ закона, такъ сказать, иллюстрируетъ его наглядными примѣрами. Но отъ разъясненія существующей нормы до созданія новой — шагъ громадный, и сдѣлать этого шага судъ не можетъ: cum non exemplis, sed legibus judicandum est. Иной взглядъ неминуемо долженъ привести къ положенію, невыносимому съ точки зрѣнія гражданской свободы и обезпеченности правъ; дѣло станетъ рѣшаться не на основаніи существующей уже нормы, но самая норма установится судомъ для даннаго дѣла и въ виду даннаго дѣла. Сколько поводовъ для произвола, какая возможность злоупотребленій, какой просторъ для вліяній, съ задачами правосудія ничего общаго не имѣющихъ! Wehe dem armen Opfer, wenn derselbe Mund, der das Gesetz gab, auch das Urtheil spricht!

Разумѣется, подобнаго рода замѣчанія вполнѣ умѣстны, если ставится вопросъ о замѣнѣ твердыхъ правилъ закона судебнымъ прецедентомъ. Но объ этомъ никто не говоритъ и, конечно, никто не имѣетъ въ виду возможности замѣны кодифицированнаго права системой заимствованнаго или возродившагося case-law [2]). Въ тѣхъ же предѣлахъ, какіе не до-

---

[1]) См выше стр. 65—66. *Austin*, указ. соч., v. II, p. 361—362. *Clark*, Practical jurisprudence, 1883, p. 257 — 259.

[2]) Намъ извѣстенъ только одинъ случай перехода отъ коди-

ступны закону, творчество судебной практики можетъ быть оправдано и примирено съ интересами законности только при условіи извѣстной устойчивости судебныхъ рѣшеній. Общія и твердыя нормы закона, обезпечивающія порядокъ государства и права гражданъ, устраняющія произволъ администраціи и суда — желательное и необходимое условіе современной жизни. Но нельзя же требовать отъ общаго закона того, чего онъ дать не въ состояніи; нельзя требовать, чтобы онъ охватилъ всю правовую жизнь общества въ ея мельчайшихъ подробностяхъ, чтобы онъ успѣвалъ слѣдить за живымъ разнообразіемъ и вѣчной измѣнчивостью движущейся дѣйствительности [1]). Дать общее руководство, ввести въ необходимые предѣлы дѣятельность суда, указать ему пути и средства дѣйствія — вотъ что̀ подъ силу законодателю. А затѣмъ, какъ неизбѣжный и необходимый фактъ, остается широкое поле самостоятельной и плодотворной работы примѣненія права въ жизни, осуществленія права.

фицированнаго права къ системѣ case-law: уставъ гражданскаго судопроизводства, введенный въ штатѣ Флоридѣ въ 1869 г., былъ всецѣло упраздненъ въ 1873 г. См. *F. Clarke*, The science of law and lawmaking, 1898, p. 280.

[1]) Это не только невозможно, но даже и нежелательно. „Если установленіе и руководящихъ основныхъ началъ, и детальныхъ правилъ, говоритъ Коркуновъ, будетъ совершаемо въ однѣхъ и тѣхъ же формахъ, имѣющихъ и одинаковую обязательную силу, значеніе основныхъ началъ поэтому легко можетъ быть поколеблено. Разъ акты, устанавливающіе основныя начала, и акты, регулирующіе детали, имѣютъ одну и ту же силу, детальнымъ правиломъ можетъ быть поколеблено основное начало, такъ какъ, въ соотношеніи равносильныхъ постановленій, каждое частное правило для случаевъ имъ предусмотрѣнныхъ устраняетъ дѣйствіе общей нормы. Чтобы оградить основныя начала отъ колебанія ихъ силы и значенія возможными противорѣчіями детальныхъ правилъ, нѣтъ другого средства, какъ установлять основныя правила въ особой, имѣющей бо̀льшій авторитетъ, бо̀льшую обязательную силу формѣ. Существованіе нѣсколькихъ, другъ другу подчиненныхъ формъ установленія общихъ правилъ служитъ надежнѣйшимъ обезпеченіемъ строгаго соблюденія основныхъ, руководящихъ началъ и, приводя

А если неоспоримъ фактъ и потребность въ творческой дѣятельности суда, то, очевидно, утрачивается самая сущность замѣчанія о томъ, что судъ создаетъ правила ex post facto, такъ какъ, строго говоря, такое значеніе эти правила имѣютъ только для дѣла, которымъ они вызваны и которое безъ нихъ не могло быть разрѣшено. Но уже всякое послѣдующее дѣло, аналогичное первому, именно чтобы не подлежать упреку въ томъ, что для него создаются новыя правила и что рѣшая его судъ дѣйствуетъ произвольно, естественно приводитъ скорѣе къ необходимости считаться съ прежнимъ прецедентомъ, чѣмъ къ полному отрицанію такого прецедента. Положимъ, сегодня въ виду 9 и 10 ст. у. г. с. судъ создалъ новую норму, вынуждаемый къ тому обстоятельствами даннаго дѣла. Почему, если имѣть въ виду только задачи устойчивости судебной практики и опредѣленности права, эта норма не обязательна для суда завтра, при разрѣшеніи совершенно аналогичнаго случая? Вѣдь, съ точки зрѣнія гарантіи гражданскихъ правъ и свободы, можно было возражать именно въ началѣ, именно при первичномъ установленіи правила по поводу и въ виду даннаго дѣла. Для всѣхъ слѣдующихъ дѣлъ это правило будетъ уже правиломъ не новымъ, не спеціально ad hoc составленнымъ, и придерживаться этого правила во всякомъ случаѣ послѣдовательнѣе съ точки зрѣнія интересовъ законности и порядка, чѣмъ создавать опять новую норму. „Гораздо лучше, сказалъ нѣкогда лордъ Элдонъ, имѣть опредѣленное право, чѣмъ допустить всякаго судью заниматься его улучшеніемъ!"

Но развѣ это не приведетъ къ застою и къ рутинѣ? Развѣ система прецедентовъ, охраняющая устойчивость и законность судебной практики, не убиваетъ самой возможности какого бы то ни было прогресса и улучшенія? И какъ же

само собой къ взаимному сдерживанію отдѣльныхъ, надѣленныхъ властью установлять общія правила органовъ, представляетъ собою лишь дальнѣйшее развитіе все того же начала совмѣстнаго властвованія". *Коркуновъ*, Указъ и законъ, 1894, стр. 226—227.

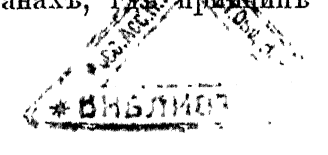
быть съ дурными прецедентами? — Предлагая эти вопросы въ видѣ послѣдняго и рѣшительнаго доказательства, оправдывающаго постановленія законодательствъ континентальной Европы, расширяютъ при этомъ самое понятіе дурного прецедента до крайнихъ предѣловъ: всякое рѣшеніе, которое по личному мнѣнію того или иного судьи заслуживаетъ исправленія, обрекается на такое исправленіе въ томъ предположеніи, что добросовѣстное и неоднократное перекраиваніе разъ установленной нормы по примѣркѣ ея на рядѣ дѣлъ дастъ въ результатѣ не Тришкинъ кафтанъ, а костюмъ, достойный Ѳемиды. Гибкость, подвижность, измѣнчивость судебной практики выставляется почти какъ идеалъ, желательный и необходимый! Такая точка зрѣнія покоится на основаніяхъ троякаго рода.

Предполагается, что судъ, только многократно повторяя примѣненіе одной и той же нормы, многократно провѣряя и исправляя ее, можетъ установить положенія, дѣйствительно важныя и цѣнныя. Къ дѣятельности суда, такъ сказать, примѣняется старое правило: repetitio est mater studiorum. Но, вѣдь, судъ — не школа; имущественныя и личныя блага гражданъ, семья, жизнь, здоровье и честь—все это не тотъ сырой матеріалъ, на которомъ слѣдуетъ учиться и упражняться. Фактически, конечно, судебная практика учитъ; но не въ этомъ заключается ея юридическая природа и задачи. Фактически на отвѣтственныя мѣста судебныхъ слѣдователей, земскихъ начальниковъ или городскихъ судей могутъ быть назначаемы лица, молодость, неопытность и незнаніе которыхъ превосходятъ подчасъ границы дозволеннаго. Но эти обстоятельства, эти историческія, фактическія, мѣстныя, національныя условія вліяютъ только на опредѣленіе силы судебныхъ рѣшеній съ точки зрѣнія положительнаго права данной страны и данной эпохи и отнюдь не могутъ и не должны затемнять принциповъ правосудія и идеаловъ судебной политики. И, разумѣется, при такихъ условіяхъ скорѣе слѣдуетъ стремиться къ улучшенію судовъ, чѣмъ къ охраненію гибкости, подвижности и измѣнчивости никуда негодной судебной

практики, помня, что всякое исправленіе раньше установившагося взгляда совершается на счетъ устойчивости и опредѣленности права, на счетъ законности самого правосудія. Къ тому же какъ бы ни былъ въ началѣ незначителенъ запасъ практическаго опыта и сумма накопленныхъ судебныхъ рѣшеній, всегда наступаетъ наконецъ моментъ, когда груды матеріала, итоги многолѣтней дѣятельности тысячи судовъ, приведенные въ систему, разработанные, разъясненные получаютъ значеніе, какого не имѣетъ и не можетъ имѣть самая продолжительная и самая кипучая судебная работа отдѣльнаго человѣка. Главнымъ учителемъ становится не настоящая, а бывшая практика судовъ.

Далѣе, указывая на неудобство связывать себя дурнымъ прецедентомъ, выставляютъ на видъ возможность судебныхъ ошибокъ: самый лучшій и самый добросовѣстный судъ не гарантированъ отъ постановленія ошибочнаго судебнаго рѣшенія. Однакоже, повидимому, страхъ передъ судебной ошибкой значительно преувеличивается — по крайней мѣрѣ насколько такая ошибка можетъ имѣть значеніе для силы судебнаго рѣшенія. Сила прецедента не въ фактахъ, установленныхъ судомъ для даннаго дѣла, не въ конкретномъ составѣ спорнаго случая, а въ примѣненныхъ къ нему общихъ взглядахъ и положеніяхъ суда о томъ, что онъ считаетъ правомъ. Поэтому наиболѣе частая и возможная ошибка судебнаго приговора—ошибка фактическая—вполнѣ безразлична.

Наконецъ, въ случаяхъ дѣйствительнаго установленія судомъ плохой нормы не слѣдуетъ преувеличивать предполагаемой косности и неподвижности судебной практики, которая опутана пудовыми веригами вѣковыхъ прецедентовъ. Гибкость и подвижность свободной отъ прецедентовъ судебной практики противопоставляется застою во что бы то ни стало, окаменѣлому упорству въ поддержаніи доказанныхъ ошибокъ. Тезису: „судебное рѣшеніе — не законъ", соотвѣтствуетъ анти-тезисъ: „обязательный прецедентъ—получаетъ силу закона". Однакоже здѣсь заключается простое недоразумѣніе. Даже въ странахъ, гдѣ принципъ stare decisis



дѣйствительно обнаруживаетъ стремленіе къ преувеличенному консерватизму, нельзя наблюдать въ дѣйствительности пагубнаго застоя судебной практики [1]). Тѣмъ болѣе такое опасеніе слѣдуетъ признать лишеннымъ основанія тамъ, гдѣ основнымъ источникомъ права служитъ законъ и гдѣ господствующей наклонностью судебной практики именно является самостоятельность въ его примѣненіи. Не будучи закономъ, прецедентъ никогда не обладаетъ и его неподвижностью. Созданіе закона обставлено особыми, сложными, формальными условіями; законъ отмѣняется только закономъ (рѣже — обычаемъ) и потому отмѣна эта тоже соединена съ значительными затрудненіями. Однакоже возможность плохихъ законовъ не выставляется, какъ доказательство противъ законодательной дѣятельности вообще. Возникновеніе судебнаго прецедента проще и легче; значеніе прецедента устраняется путемъ всегда возможнаго пересмотра вопроса въ порядкѣ инстанцій; норма, установленная практикой судовъ, можетъ быть отмѣнена и силой обычая, и силой закона, а потому реакція противъ дурныхъ рѣшеній всегда возможна и легче осуществима, чѣмъ реакція противъ дурныхъ законовъ. Часто она достигается путемъ простого сопоставленія прецедента съ закономъ (обычаемъ): „явное нарушеніе прямого смысла закона" можетъ повлечь за собой не только отвѣтственность судьи за неправосудіе и кассацію приговора, но и вообще, если даже кассація не состоялась, можетъ отнять у прецедента всякую силу.

---

[1]) По наблюденіямъ Флойда Клерка судебная практика обыкновенно руководствуется прецедентами послѣднихъ двадцати-тридцати лѣтъ, при чемъ Поллокъ свидѣтельствуетъ, что самые принципы права и многіе институты замѣтно измѣняются приблизительно въ теченіе періода смѣны трехъ поколѣній (слѣдовательно — лѣтъ въ 60). См. выше стр. 16, текстъ и примѣчаніе 1-ое.

ГЛАВА III.

Дѣйствительное значеніе и юридическая природа судебнаго прецедента.

1.

Мы разсмотрѣли соображенія, какія приводятся для доказательства, что ни одно судебное рѣшеніе юридически не можетъ получить никакого общаго значенія. Результаты, нами полученные, пока еще имѣютъ только отрицательное значеніе. Именно, ясно, что изъ юридической природы и задачъ судебной дѣятельности нельзя вывести, будто судебное рѣшеніе *необходимо ограничивается* даннымъ дѣломъ, а съ точки зрѣнія политики права нельзя утверждать, будто оно и *должно ограничиваться* такими тѣсными предѣлами.

Отрицательнымъ заключеніямъ, къ которымъ привела насъ критика господствующей теоріи о силѣ судебныхъ прецедентовъ, соотвѣтствуютъ не только факты историческіе, но и обычныя явленія современной жизни, вездѣ наблюдаемыя и всѣми признаваемыя. Это — огромное вліяніе прецедентовъ на отправленіе правосудія.

Посмотримъ, изъ чего слагаются всѣ эти, такъ называемыя, практическія руководства для судей разныхъ разрядовъ, всѣ эти справочныя изданія и пособія, которыя расходятся въ десяткахъ тысячъ экземпляровъ и, какъ настольныя книги, встрѣчаются у всякаго судебнаго дѣятеля —

у судьи и слѣдователя, у прокурора и адвоката; проникнемъ въ камеру или въ кабинетъ, когда подготовляется докладъ или производится предварительное изученіе дѣла; войдемъ въ судъ и послушаемъ, какъ во время разбирательства стороны состязаются въ приведеніи доказательствъ и примѣровъ, заимствуемыхъ изъ прежней практики судовъ и сената; попытаемся, наконецъ, пробраться въ совѣщательную комнату судей, гдѣ обсуждается и формулируется самый приговоръ по дѣлу: вездѣ мы можемъ наблюдать одно и то же изученіе прецедентовъ, вниканіе въ ихъ сущность и серьезное отношеніе къ установленнымъ ими положеніямъ. Неужели же станемъ мы утверждать, что новое рѣшеніе суда не обусловливается старыми прецедентами? И неужели не скажемъ мы, вмѣстѣ съ Градовскимъ, что de facto приговоры судовъ (въ особенности высшихъ) конкурируютъ съ закономъ и сдерживаютъ произволъ судей едва ли не больше, чѣмъ законодательныя мѣры противъ него? [1]).

Если бы мы захотѣли выяснить все то, что̀ создано въ разныхъ областяхъ съ помощью отдѣльныхъ прецедентовъ и закрѣплено въ практикѣ судовъ, то намъ пришлось бы въ сущности включить въ свое изложеніе едва ли не большую часть институтовъ всего современнаго права [2]). Даже въ уголовномъ правѣ, гдѣ дѣятельность суда нѣсколько ограничена въ виду принятаго во всѣхъ законодательствахъ принципа nullum crimen, nulla poena sine lege [3]), судебные прецеденты

---

[1]) См. *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, 1874, Ж. Г. и У. П., кн. I, стр. 37. *Вербловскій*, Гражданское судопроизводство, 1895, Ж. М. Ю., № 10, стр. 161—163.

[2]) Въ недавнее время опытъ такого изученія результатовъ творческой работы французскихъ судовъ сдѣлалъ *Langlois*, Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence, 1897, включившій въ сферу своихъ наблюденій не только гражданское право и процессъ, но и право уголовное (матеріальное и формальное), торговое, международное и административное.

[3]) Противъ этого принципа выступилъ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, B. I, S. 17—28. Но во всякомъ случаѣ онъ являет-

играютъ весьма замѣтную и весьма значительную роль. Надо умышленно закрывать глаза передъ дѣйствительностью и съ предвзятымъ мнѣніемъ стараться не замѣчать жизни, чтобы утверждать, какъ это дѣлаетъ большинство криминалистовъ, будто бы все современное уголовное право заключено въ томъ или другомъ кодексѣ и будто бы жизнь не знаетъ никакихъ другихъ положеній или постановленій уголовнаго характера [1]).

Даже самыя типическія черты состава наиболѣе обыкновенныхъ преступленій, играющихъ огромную роль и издавна обратившихъ на себя особое вниманіе законодателя, обрисовываются не въ постановленіяхъ нашего уложенія, а въ рѣшеніяхъ судовъ. Кража, грабежъ, разбой—всѣмъ имъ посвящено значительное число статей уложенія и устава о наказаніяхъ (улож. ст. 1626—1664, уст. ст. 169—172) и даже, чтобы устранить усмотрѣніе судовъ, самъ законодатель даетъ подробное опредѣленіе состава каждаго изъ этихъ преступленій. Такъ, въ 1644 ст. опредѣляется понятіе кражи: „Кражею признается всякое, какимъ бы то ни было образомъ, но въ тайнѣ, безъ насилія, угрозъ и вообще безъ принадлежащихъ къ свойству разбоя или грабежа обстоятельствъ, похищеніе чужихъ вещей, денегъ, или иного движимаго имуще-

---

ся и до настоящаго времени господствующимъ какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательствахъ.

[1]) Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ противъ этой точки зрѣнія весьма настойчиво возражаетъ Биндингъ: „Wer den mühsamen Versuch nicht scheut, den Bestand von zweifellos bestehenden Sätzen des Reichsstrafrechts mit dem Bestande unserer Reichsstrafgesetze zu vergleichen, der wird hier wahrnehmen, was sich auf allen Rechtsgebieten wiederholt, obschon die Betrachter ihre Augen davor geflissentlich schliessen, dass jener weit grösser ist als dieser". См. *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältniss zu einander, 1881, Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft, B. I, S. 9. Въ русской литературѣ о творчествѣ судовъ въ особенности говорятъ *Бѣлогриць-Котляревскій*, Очерки курса русскаго уголовнаго права, 1896, стр. 39 и *Муромцевъ*, Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ, 1880, Ю. В., № 11 и Творческая сила юриспруденціи, Ю. В., 1887, № 6.

ства". Еще подробнѣе 1637 ст. говоритъ о грабежѣ: „Грабежемъ признается: во-первыхъ, всякое у кого либо отнятіе принадлежащаго ему или же находящагося у него имущества, съ насиліемъ или даже съ угрозами, но такого рода, что сіи угрозы и самое насильственное дѣйствіе не представляли опасности ни для жизни, ни для здравія, или свободы того лица; во-вторыхъ, всякое, хотя безъ угрозъ и насилія, но открытое похищеніе какого либо имущества, въ присутствіи самого хозяина или другихъ людей". Наконецъ, и опредѣленію разбоя отведена особая 1627 ст.: „Разбоемъ признается всякое на кого либо, для похищенія принадлежащаго ему или находящагося у него имущества, нападеніе, когда оное учинено открытою силою съ оружіемъ, или хотя и безъ оружія, но сопровождалось или убійствомъ или покушеніемъ на оное, или же нанесеніемъ увѣчья, ранъ, побоевъ или другихъ тѣлесныхъ истязаній, или такого рода угрозами или иными дѣйствіями, отъ которыхъ представлялась явная опасность для жизни, здравія, или свободы лица или лицъ, подвергавшихся нападенію". И что же? Несмотря на полноту всѣхъ этихъ опредѣленій, ни одна статья не говоритъ о томъ, что безусловнымъ предположеніемъ кражи или грабежа и разбоя является корыстное намѣреніе присвоить себѣ чужое имущество [1]). Безъ этого намѣренія никакое тайное похищеніе не можетъ быть признано кражей и насильственное отнятіе чужой вещи не становится грабежомъ или разбоемъ. Дѣйствующее уголовное право несомнѣнно и безспорно [2]) покоится на такихъ положеніяхъ, хотя они и не находятъ своего выраженія въ текстѣ законовъ, а установлены только въ отдѣльныхъ

---

[1]) Только въ ст. 1627 сказано, что разбой совершается „для похищенія". Во всякомъ случаѣ это выраженіе неудачное. См. *Бѣлогрицъ-Котляревскій*, О воровствѣ-кражѣ по русскому праву, 1880, в. I, стр. 291 — 292. *Тальбергъ*, Насильственное похищеніе имущества по русскому праву, 1880, стр. 172. *Неклюдовъ*, Руководство къ особенной части русскаго уголов. права, 1876, т. II, стр. 110.

[2]) Это — точка зрѣнія всѣхъ русскихъ криминалистовъ, теоретиковъ и практиковъ.

рѣшеніяхъ нашихъ судовъ. Въ частности для грабежа и разбоя кассаціонный сенатъ уже въ 1868 г. призналъ корыстное присвоеніе существеннымъ признакомъ ихъ состава. Позднѣе, начиная съ 70-го года, эта точка зрѣнія устанавливается сенатомъ и относительно кражи. Вмѣстѣ съ тѣмъ отдѣльными рѣшеніями изъ понятія кражи исключаются: тайное взятіе вещи не съ цѣлью присвоенія, а въ виду полученія отъ ея собственника магарыча за указаніе мѣста ея нахожденія; похищеніе чужой вещи съ оставленіемъ ея равноцѣнности и т. п. [1]). Изъ понятія грабежа исключено отнятіе имущества не съ цѣлью похищенія, а для осуществленія предполагаемаго права на это имущество, напр., для удовлетворенія долга [2]).

Если даже такія преступленія, составъ которыхъ опредѣленъ въ самомъ законѣ, не исключаютъ самостоятельной работы судовъ при установленіи ихъ основныхъ элементовъ, обусловливающихъ самую возможность признанія тѣхъ или другихъ фактовъ преступными и наказуемыми, то, разумѣется, еще значительнѣе роль судебныхъ прецедентовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не опредѣляетъ преступленія, а только называетъ его. Достаточно вспомнить то, что̀ сдѣлала судебная практика, выясняя составъ такихъ частыхъ преступленій, какъ диффамація и клевета, присвоеніе и подлогъ и т. д.

Такъ — воспользуемся примѣромъ А. Ѳ. Кони — уложеніе о наказаніяхъ говоритъ о взысканіи за клевету, не опредѣляя содержанія этого понятія, и сенату пришлось, прежде всего, разъяснить, что подъ клеветою разумѣется завѣдомо ложное обвиненіе кого-либо въ дѣяніи, противномъ правиламъ чести. Жизнь показала, однако, что такія обвиненія, подчасъ грозящія самыми тяжкими послѣдствіями неповинному и составляющія „поджогъ его чести", размѣровъ и пре-

[1]) См. рѣш. уг. деп. 1870 г. № 1546, 1871 г. № 43, 1872 г. № 1196, 1873 г. № 906 и 1004, 1875 г. № 644. Рѣш. общ. соб. 1871 г. № 60.

[2]) См. рѣш. уг. деп. 1868 г. № 673, 1869 г. № 43, 1875 г. № 311. Рѣш. общ. соб. 1880 г. № 3.

дѣловъ котораго не можетъ предусмотрѣть и ограничить самъ клеветникъ, очень часто распространяются съ безсовѣстнымъ легкомысліемъ, съ преступною довѣрчивостью ко всякому слуху, дающему пищу злорадному любопытству. Пришлось пойти дальше и разъяснить, что клевстою должно быть признаваемо не только завѣдомо ложное, но и не завѣдомо истинное обвиненіе въ дѣяніи, противномъ правиламъ чести. Но жизнь, въ своемъ вѣчномъ движеніи, поставила вскорѣ другой вопросъ. Было распространено съ умысломъ не завѣдомо вѣрное извѣстіе о полученіи образованнымъ и воспитаннымъ случайнымъ посѣтителемъ парижскаго ресторана пощечинъ и о послѣдовавшемъ затѣмъ выталкиваніи его вонъ. Оскорбитель защищался тѣмъ, что, дѣлая сообщеніе непровѣреннаго и лживаго слуха, онъ не обвинялъ обиженнаго въ какомъ-либо *дѣйствіи*, противномъ правиламъ чести, такъ какъ полученіе пощечины не есть дѣйствіе, получившаго ее. Пришлось снова пойти дальше, — и явилось разъясненіе нашего кассаціоннаго суда о томъ, что здѣсь есть клевета, такъ какъ было разглашено ложное обстоятельство о такомъ обращеніи съ жалобщикомъ, которое ложится тяжкимъ пятномъ на личное достоинство подвергшагося такому обращенію, приводя къ неизбѣжному выводу, что это поруганіе его чести вызвано его собственными дѣйствіями, при которыхъ онъ самъ своею честью не стѣснялся и ею не дорожилъ [1]).

Подобно клеветѣ и преступленіе самоуправства является во многихъ отношеніяхъ весьма неопредѣленнымъ и даже, по буквѣ закона, чрезвычайно растяжимымъ. Самоуправство было извѣстно до созданія 142 ст. устава о наказаніяхъ, и старые законы па ряду съ самоуправствомъ уголовно-наказуемымъ знали также самоуправство гражданское [2]). Въ новой редакціи постановленій о самоуправствѣ оно было обо-

[1]) См. рѣш. уг. деп. 1869 г. № 582 и 856, 1874 г. № 362, 1886 г. № 42, 1892 г. № 12. *Кони*, Нравственныя начала въ уголовномъ процессѣ, 1892, Ж. М. Ю., № 1, стр. 16—17.

[2]) Сюда относились всѣ самоуправныя дѣйствія, возникающія изъ гражданскихъ отношеній, которыя предусмотрѣны въ сводѣ з. т.

соблено отъ насилія и такимъ образомъ утратилась грань, отдѣлявшая его отъ родственныхъ самовольныхъ, но ненаказуемыхъ проступковъ гражданскаго характера. Судебной практикѣ съ первыхъ же шаговъ пришлось заняться точнымъ выясненіемъ и установленіемъ состава уголовно-наказуемаго самоуправства. Сначала, опираясь на букву 142 ст., практика судовъ создала чрезвычайно широкое понятіе самоуправства безъ насилія, совершенно игнорируя и забывая постановленія, которыя заключались въ законахъ гражданскихъ. До 1870 г. всякое самоуправство признавалось преступнымъ и наказуемымъ. Сенатскія рѣшенія 1870 и послѣдующихъ годовъ мало-по-малу вводятъ цѣлый рядъ ограниченій, опираясь на вновь созданную теорію нравственнаго насилія. Въ силу этой теоріи судебная практика признала, что законъ, охраняя всякое, даже и незаконное, владѣніе отъ самоуправства, разумѣетъ подъ самоуправствомъ, въ смыслѣ уголовнаго проступка, осуществленіе лицомъ своего дѣйствительнаго или предполагаемаго права посредствомъ такихъ дѣйствій, которыя, если и не сопровождались прямымъ насиліемъ, т. е. нарушеніемъ тѣлесной неприкосновенности, то во всякомъ случаѣ предприняты были въ присутствіи хозяина или хранителя имущества и явно противорѣчили выраженной имъ волѣ. Самоуправство, въ смыслѣ уголовнаго проступка, хотя и можетъ сопровождаться нарушеніемъ имущественныхъ правъ какого либо лица, но оно немыслимо безъ совершенія одновременно какого либо насилія, физическаго или по крайней мѣрѣ нравственнаго, въ отношеніи этого лица, такъ какъ въ противномъ случаѣ проступокъ этотъ ничѣмъ не отличался бы отъ гражданскаго правонарушенія. Вступивши на этотъ правильный путь ограничительнаго толкованія 142 ст., практика судовъ постепенно разработала вопросъ о самоуправствѣ и наконецъ, въ руководящемъ рѣшеніи сената 1885 г., формулировала слѣдующимъ образомъ свои заключенія: для законнаго понятія уголовно-наказуемаго самоуправства необ-

X, ч. 1 ст. 433—466, 523—539, 541—567, 574, 609 643, 684 689, 690—695.

ходимо а) чтобы дѣйствія обвиняемаго въ самоуправствѣ лица были направлены къ возстановленію или осуществленію его дѣйствительнаго или предполагаемаго имъ таковымъ права, б) чтобы эти дѣйствія были самовольны, т. е. предприняты помимо установленныхъ властей или съ нарушеніемъ законнаго порядка, в) чтобы они были соединены съ нарушеніемъ права другого лица, фактически владѣвшаго или обладавшаго этимъ правомъ и г) чтобы они были совершены съ насиліемъ противъ владѣльца права или лицъ, замѣняющихъ его, или и безъ насилія, но въ ихъ присутствіи и вопреки ясно выраженной ими воли [1]).

Выработанная судебной практикой теорія клеветы и самоуправства даетъ опредѣленія для преступленій неясныхъ, но все-же хотя названныхъ въ законѣ. Но дѣйствующее уголовное право знаетъ дѣянія, о которыхъ наши законы ничего не говорятъ и о которыхъ самъ законодатель, повидимому, и не думалъ. Мы имѣемъ въ виду случаи покушенія надъ негоднымъ объектомъ и преступленіе шантажа.

Наша судебная практика установила, что негодность объекта преступленія тогда только можетъ служить поводомъ для освобожденія виновнаго въ покушеніи отъ наказанія, когда посягательство было направлено на предметъ мнимый, т. е. не существовавшій въ дѣйствительности, или же безусловно негодный, т. е. не имѣющій тѣхъ свойствъ или качествъ, лишеніе которыхъ было цѣлью предпринятыхъ дѣйствій. Законъ признаетъ совершившимся преступленіе, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или иное отъ его дѣйствій зло, а потому, если зло, вслѣдствіе несуществованія объекта преступленія или абсолютной негодности его, не могло вовсе послѣдовать (убійство уже мертваго человѣка, изгнаніе плода у женщины не беременной), то не можетъ быть наказуемости дѣянія, какъ совершившагося пре-

---

[1]) См. рѣш. уг. деп. 1868 г. № 239, 1870 г. № 1543, 1871 г. № 333, 1885 г. № 7. *Буцковскій*, Очерки судебныхъ порядковъ, 1874, стр. 559—581. *Неклюдовъ*, Руководство для мировыхъ судей, 1874, т. II, стр. 612 и сл.

ступленія. Точно также въ такомъ дѣяніи нельзя видѣть и покушенія на преступленіе, которое есть приведеніе злого умысла въ исполненіе: ибо не можетъ быть начала приведенія въ исполненіе того, что абсолютно невозможно исполнить [1]).

Что касается шантажа, то это преступленіе новое. Его не только не знали составители нашего уложенія о наказаніяхъ, но и въ западной Европѣ оно было извѣстно далеко не всѣмъ законодательствамъ (во Франціи оно впервые предусмотрѣно закономъ 1863 г.). Представляя соединеніе угрозы, имущественнаго посягательства и преступленія противъ чести, это отвратительное дѣяніе получило особенно широкое распространеніе въ послѣднія десятилѣтія и является серьезнымъ общественнымъ зломъ. Вымогательство имущества или услуги подъ угрозой разглашенія позорящихъ обстоятельствъ или обвиненій — таковъ сложный составъ шантажа. Его не знаетъ нашъ уголовный законъ. Но, разумѣется, „нельзя оставлять безнаказаннымъ шипѣніе змѣи, заползающей ради гнуснаго прибытка въ чужую частную жизнь",— и наша судебная практика борется съ шантажемъ то подводя его подъ постановленія о мошенничествѣ, то относя его къ случаямъ принужденія къ дачѣ обязательствъ [2]).

Подобно тому, какъ въ Россіи, и у другихъ народовъ дѣйствующее уголовное право даетъ отвѣты на такіе вопросы и запросы жизни, о которыхъ въ законахъ ничего не говорится. Напрасно бы мы стали искать въ германскомъ уложеніи отвѣта на вопросъ о наказуемости продолжаемаго преступленія (fortgesetzte Verbrechen) или пытались бы опредѣлить наказуемость соучастниковъ, если отдѣльные акты такого продолжаемаго преступленія или отдѣльныя дѣйствія соучастниковъ квалифицируются различно. И само по себѣ это уложеніе не даетъ возможности опредѣлить цѣлый рядъ модификацій крайней необходимости, такъ или иначе разрѣ-

---

[1]) См. рѣш. уг. деп. 1874 г. № 99, 1883 г. № 29.

[2]) См. рѣш. уг. деп. 1871 г. № 91, 1897 г. № 14.

шаемыхъ жизнью (кесарское сѣченіе, перфорація, поврежденіе вещей ради предотвращенія пожара) [1]). Еще болѣе любопытную картину можно наблюдать во Франціи. Въ то время, какъ французскіе криминалисты отчасти и до сихъ поръ еще подъ вліяніемъ идей Монтескьё упорно отрицаютъ какое бы то ни было значеніе за практикой судовъ и, въ частности, за судебными прецедентами [2]), жизнь совершаетъ свою медленную работу, насмѣхаясь и надъ предвзятыми теоріями, и надъ предвзятыми принципами.

Наказуема ли дуэль во Франціи? — Не можетъ быть сомнѣній, что наказуема. Однакоже французское уголовное уложеніе подобнаго преступленія не знаетъ.

Въ теченіе трехъ почти десятилѣтій послѣ изданія Code pénal французскій Кассаціонный Судъ неуклонно разсматривалъ дуэль, какъ дѣяніе непреступное и ненаказуемое. Въ судебной практикѣ изрѣдка возбуждались преслѣдованія противъ дуэлянтовъ; но они всегда оканчивались или прекращеніемъ дѣла, или кассаціей постановленнаго судомъ обвинительнаго приговора [3]). 22 іюня 1837 г. Кассаціонный Судъ,

---

[1]) См. *Binding*, Handbuch, B. I, S. 756 — 788, 803. Послѣдній случай крайней необходимости въ настоящее время предусмотрѣнъ въ новомъ гражданскомъ уложеніи Германіи (ст. 228).

[2]) Даже право толкованія уголовныхъ законовъ признается за судами крайне неохотно и въ очень ограниченныхъ предѣлахъ. „La mission du juge, говоритъ Фостенъ Эли, consiste uniquement dans la rigoureuse application de la loi. Si telle n'était pas la limite de l'interprétation judiciaire, où seraient les garanties de la liberté civile? Toute incertitude sur la force obligatoire de la loi pénale, toute ambiguïté dans ses dispositions, doivent se résoudre en faveur du prévenu, car une prohibition indécise et douteuse n'est point une raison suffisante de s'abstenir. C'est au législateur à se faire comprendre, s'il veut être obéi". См. *F. Hélie*, Théorie du code pénal, 1861, t. I, p. 49. *Boitard*, Leçons de droit criminel, 1872, préface de F. Hélie, p. XIV.

[3]) Къ этому времени относятся слѣдующія рѣшенія Кассаціоннаго Суда: cass. 8 avril 1819, 21 mai 1819 (deux arrêts), 14 juin 1821, 21 septembre 1821, 19 septembre 1822, 11 mai 1827, 29 juin 1827, 4 décembre 1824 (deux arrêts des chambres réunies), 8 août 1828 (chambres réunies).

выслушавши заключенія генералъ-прокурора Дюпена, постановилъ рѣшеніе, въ которомъ призналъ дуэль преступленіемъ. Дѣло возникло въ г. Орлеанѣ, и камера преданія суду опредѣлила прекратить преслѣдованіе противъ одного изъ дуэлянтовъ, который убилъ своего противника на поединкѣ, состоявшемся съ соблюденіемъ всѣхъ предписанныхъ правилъ и обрядовъ. Кассаціонный Судъ отмѣнилъ это опредѣленіе. Но и камера преданія суду г. Буржа, куда было передано кассированное дѣло, не нашла возможнымъ согласиться съ рѣшеніемъ Кассаціоннаго Суда. Дѣло вновь, по протесту прокурора, перешло въ высшую инстанцію и она вновь подтвердила свой первый приговоръ. Это произошло 15 декабря 1838 г., и съ этого момента судебная практика неуклонно признаетъ дуэль преступленіемъ и именно— особымъ видомъ убійства. Дѣяніе, которое въ теченіе почти 30-ти лѣтъ признавалось ненаказуемымъ и непреступность котораго была признана въ одиннадцати рѣшеніяхъ Высшаго Суда, причемъ три изъ нихъ были постановлены въ общемъ собраніи всѣхъ его палатъ, вдругъ, безъ всякаго измѣненія буквы закона, перешло въ разрядъ преступленій, наказуемыхъ смертной казнью или вѣчной каторгой.

Быть можетъ, въ этомъ слѣдуетъ видѣть только исправленіе допускавшейся раньше ошибки въ толкованіи закона? Но для такого объясненія нѣтъ никакихъ положительныхъ основаній. Дуэль всегда была извѣстна французскому праву и уже съ половины XVI в. разсматривалась, какъ одно изъ наиболѣе тяжкихъ преступленій (оскорбленіе величества). Революціонное законодательство впервые отказалось признавать ее преступленіемъ, отвергнувъ два проекта законовъ о дуэли. Ни кодексъ 25 сентября 1791 г., ни кодексъ 3 брюмера IV г., ни законъ 25 фримера VIII г. ничего не говорятъ о дуэли. И за это же время судебная практика не даетъ ни одного примѣра не только осужденія, но даже возбужденія преслѣдованія за дуэль — всѣ считаютъ ее безусловно ненаказуемой. При созданіи уголовнаго уложенія 1810 г. его составители ни словомъ не обмолвились о дуэли и Государ-

ственный Совѣтъ, обсуждая проектъ кодекса, вполнѣ сознательно и умышленно не помѣстилъ ее въ ряду преступленій (какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ Мерленъ, присутствовавшій на всѣхъ засѣданіяхъ Государственнаго Совѣта). Объ ней упомянулъ только докладчикъ комиссіи законодательнаго корпуса, Монсенья, но самъ законодатель, повидимому, никогда не считалъ, что дуэль можетъ быть подводима подъ какое-нибудь постановленіе уголовныхъ законовъ. По крайней мѣрѣ такъ думаютъ всѣ французскіе криминалисты, и объ этомъ свидѣтельствуютъ неоднократныя законодательныя работы, предпринимавшіяся въ видахъ установленія особыхъ правилъ о дуэли (проекты 1819, 1829, 1832, 1845, 1849 и 1850 гг.). Да и самое рѣшеніе Кассаціоннаго Суда, опредѣлившее наказуемость дуэли, не столько ссылается на текстъ закона, сколько указываетъ на требованія нравственности и естественнаго права („la morale et le droit naturel").

Въ дѣйствительности оказывается, что дуэль, подводимая подъ постановленія уголовнаго кодекса 1810 г., обрисовывается вполнѣ своеобразными чертами. Наказываемая, какъ убійство, она должна была бы при строгомъ примѣненіи закона необходимо приводить къ заключеніямъ: 1) что, несмотря на исходъ поединка, или оба дуэлянта отвѣчаютъ какъ за покушеніе на убійство, или оставшійся въ живыхъ привлекается къ отвѣтственности какъ за совершенное убійство; 2) что свидѣтели поединка наказываются какъ соучастники преступленія; 3) что самая отвѣтственность виновныхъ подводится подъ опредѣленія закона о предумышленномъ убійствѣ (assassinat). Въ дѣйствительности ни одно изъ этихъ требованій не осуществляется. Соучастники и безрезультатное покушеніе остаются ненаказуемыми, а въ случаяхъ нанесенія ранъ или смертельнаго исхода поединка виновникъ, въ виду смягчающихъ обстоятельствъ, всегда отдѣлывается сравнительно легкимъ наказаніемъ или даже и вовсе оправдывается присяжными [1]).

[1]) См. *Chauveau-Hélie*, Théorie du code pénal, 1862, t. III, p. 466—520. *Blanche*, Études pratiques sur le code pénal, 1868, t. IV, p. 520 ss.

Мы не станемъ приводить другихъ болѣе или менѣе извѣстныхъ примѣровъ того, что̀ сдѣлано судебной практикой посредствомъ прецедентовъ въ разныхъ странахъ и въ разныхъ областяхъ права. Спросимъ только: не являются ли наши наблюденія одностороннимп, предвзятыми и потому, быть можетъ, совершенно ошибочными? Къ какимъ результатамъ приводятъ наблюденія другихъ лицъ, въ особенности, постороннихъ и тѣхъ, которыя относятся болѣе или менѣе отрицательно къ судебной практикѣ и къ судебнымъ прецедентамъ?

Посторонніе наблюдатели, англичане и американцы, говорятъ объ усиливающемся вліяніи прецедентовъ на практику судовъ французскихъ и нѣмецкихъ. Ихъ общія наблюденія единодушно сходятся на томъ, что̀ въ пятидесятыхъ годахъ прошлаго столѣтія высказалъ Остинъ, а впослѣдствіи формулировалъ Поллокъ, сказавшій: „способъ и степень соблюденія прецедентовъ въ Европѣ и въ Англіи различны; но общій характеръ обѣихъ системъ одинъ и тотъ же" („the manner and degree of their observance of precedent are diverse: the general character is the same") [1]). И недавно еще Салмондъ, подтверждая это наблюденіе, нашелъ возможнымъ отмѣтить въ континентальномъ правѣ явную тенденцію (a distinct tendency) послѣдовать примѣру Англіи въ этомъ отношеніи [2]). Подобныя же мысли высказываются французами

Boitard, Leçons de droit criminel, 1896, p. 355 ss. *Garraud*, Traité théorique et pratique du droit pénal, 1900, t. IV, p. 616—629.

[1]) „The French advocate, говоритъ этотъ же авторъ въ другомъ мѣстѣ, can no more afford to neglect the *jurisprudence*, as it is called, of a particular branch of the law than an English barrister can afford to neglect the reported cases; and one may say, speaking generally, that the working of the two systems is to a considerable extent alike". *Pollock*, Essays in jurisprudence and ethics, 1882, p. 51, 273, 274.

[2]) *Salmond*, Jurisprudence or the theory of the law, 1902, p. 158. Ср. *The Law Quarterly Review*, 1900, October, p. 376. *Sh. Amos*, The science of law, 1874, p. 63—64, 390—391. *Clark*, Practical jurisprudence, 1883, p. 223—225, 263—264, 404. *Wharton*, Commentaries on Ame-

о нѣмцахъ и нѣмцами о французахъ; напримѣръ, Видингъ, не признающій никакого юридическаго значенія за прецедентами нѣмецкихъ судовъ, считаетъ необходимымъ оговориться, что во Франціи дѣло обстоитъ совершенно иначе и тамъ приговоры Кассаціоннаго Суда имѣютъ значеніе обязательныхъ прецедентовъ; въ свою очередь Жени считаетъ возможнымъ судебную практику нѣмецкихъ судовъ въ извѣстной степени приравнять къ практикѣ старыхъ судовъ Франціи [1]).

Въ согласіи съ такими наблюденіями иностранцевъ, писатели отдѣльныхъ государствъ континента Европы даютъ весьма интересные отзывы о силѣ судебныхъ прецедентовъ въ той или другой странѣ, которая, являясь родиной автора, ему извѣстна ближе и лучше другихъ.

Въ Германіи высказываются даже опасенія за упадокъ уровня юридическихъ знаній вслѣдствіе предъявляемаго юристами-практиками и публикою спроса на комментаріи законовъ, да и вообще, какъ замѣчаетъ Гирке, въ нашемъ вѣкѣ прецеденты оказываютъ на практику нѣмецкихъ судовъ не малое, но скорѣе даже слишкомъ большое вліяніе, и самое бѣглое обозрѣніе исторіи и современной практики нѣмецкихъ судовъ свидѣтельствуетъ о томъ, какъ сильно подчиняются они руководству прецедентовъ, установленныхъ рѣшеніями наиболѣе авторитетныхъ органовъ правосудія. Іорданъ, критикуя теоріи обязательной силы прецедентовъ, въ свою очередь не можетъ не признать отчасти и за нѣмецкой судебной практикой, даже при отрицательномъ отношеніи къ ней доктрины, почти законодательнаго значенія („mancher Gerichts-

---

rican Law, 1884, p. 182—183. *Austin*, Lectures on jurisprudence, 1885, v. II, p. 666 sqq. *Holland*, The elements of jurisprudence, 1886, p. 56, 58. *F. Clarke*, The science of law, 1898, p. 15, 292 — 293, 334, 337, 339.

[1]) „Dieser Gerichtshof, говоритъ Видингъ о французскомъ Кассаціонномъ Судѣ, wird zum allein berechtigten Ausleger der Gesetze und seine Präjudizien obligatorisch für sämmtliche Gerichte des Staates ausser ihm". *Wieding*, Präjudizien, 1881, Holtzendorff's Rechtslexicon, B. III, S. 117. *Geny*, Méthode d'interprétation, 1899, p. 440 ss.

gebrauch kann allmählig zu einem eben so grossen Ansehen, wie die Gesetze selbst, gelangen")[1]).

Что касается Франціи, то Лоранъ, этотъ принципіальный и блестящій противникъ прецедентовъ, исчерпавъ всѣ свои доказательства и de lege lata, и de lege ferenda, не безъ грусти замѣчаетъ: „наши положенія ясны и просты; однакоже если мы настаиваемъ на принципѣ, который въ сущности является аксіомой, то потому только, что практика вовсе не соотвѣтствуетъ теоріи (si nous insistons sur un principe qui est un axiome, c'est que la pratique n'est guère d'accord avec la théorie): отъ вліянія писателей освобождаются легко, противопоставляя одинъ авторитетъ другому, но иначе относятся къ судебнымъ рѣшеніямъ — адвокаты ихъ цитируютъ съ угодливостью, писатели оказываютъ имъ часто чрезмѣрное уваженіе"[2]). Наблюденія Бёдана въ свою очередь приводятъ его къ убѣжденію, что именно практикой судовъ разрѣшаются юридическія контроверсы, соглашаются противоположныя мнѣнія, заполняются пробѣлы законодательства; судебные прецеденты обсуждаются подобно тексту законовъ; ни одинъ юридическій споръ не обходится безъ обозрѣнія судебныхъ рѣшеній, касающихся даннаго вопроса, а приговоры соединенныхъ палатъ кассаціоннаго суда закрѣпляютъ судебную практику и сами почти равняются законамъ („ils fixent la jurisprudence et équivalent presque à des lois")[3]). Съ этимъ

---

[1]) См. *Jordan*, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, 1825, Archiv f. d. civilistische Praxis, B. VIII, S. 240. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, 1895, B. I, S. 178. О болѣе ранней эпохѣ иного мнѣнія *Beseler*, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 310—311. *Случевскій*, Объ отношеніяхъ судебной уголовной практики къ законодательству и наукѣ права, 1883, Ж. Г. и У. П., кн. IV, стр. 145 — 166. „Αὐτὸς ἔφη — das Reichsgericht hat gesprochen und somit wären wir denn endlich die ganze scheinbar endlose Kontroverse über die s. g. untauglichen Versuchshandlungen glücklich losgeworden", такъ начинаетъ свою работу *Geyer*, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, 1881, Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft, B. I, S. 30.

[2]) *Laurent*, Principes de droit civil, 1869, t. I, p. 357, 359—360.

[3]) *Beudant*, Cours de droit civil français, 1896, p. 120—121.

соглашается и Жени, указывающій на огромное значеніе прецедентовъ всякаго рода въ практикѣ судовъ гражданскихъ и торговыхъ, называющій французскій кассаціонный судъ суверенным истолкователемъ нынѣ дѣйствующаго права въ его полномъ объемѣ и признающій за рѣшеніями этого суда такой авторитетъ, съ которымъ не можетъ равняться авторитетъ какихъ бы то ни было иныхъ рѣшеній („une autorité de fait, avec laquelle nulle autre ne saurait rivaliser") [1]). Наконецъ, Фостенъ Эли прямо говоритъ, что кассаціонному суду принадлежатъ отчасти функціи законодательныя и что его рѣшенія, подобно отвѣтамъ римскихъ юристовъ, становятся общими правилами, которыя отчасти имѣютъ характеръ закона и сливаются съ нимъ [2]).

Итакъ, общія наблюденія самыхъ разнообразныхъ писателей — государствовѣдовъ, цивилистовъ и криминалистовъ — сходятся въ признаніи факта огромной силы судебныхъ прецедентовъ.

Проще всего, конечно, отнестись къ этому факту вполнѣ отрицательно, критикуя его съ высоты теоріи и философскихъ принциповъ. Проще всего въ объясненіе дѣйствительности, которая не можетъ быть втиснута въ рамки предвзятой теоріи, сослаться на несовершенства суда и судебнаго разбирательства, на злоупотребленія судебной практики („культъ прецедентовъ"), которая — вопреки даже аксіомамъ теоріи — не желаетъ быть принципіальной. Суды злоупотребляютъ прецедентами. Въ этомъ злоупотребленіи (l'abus quẽ l'on fait

---

[1]) *Geny*, указ. соч., стр. 77 — 78, 82, 84, 400, 420.

[2]) „La cour de cassation exerce en réalité une portion du pouvoir législatif, puisque l'interprétation souveraine de la loi lui a été déléguée; elle répond, comme les anciens prudents, aux cas qui lui sont proposés, et ses réponses, comme celles des jurisconsultes de Rome, sont des règles générales qui participent du caractère de la loi et se confondent en quelque sorte avec elle". *F. Hélie*, Traité de l'instruction criminelle, 1867, t. VIII, p. 350 — 353. Ср. *Langlois*, Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence, 1897, p. 31. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, 1894, B. I, S. 123.

des décisions judiciaires) виноваты высшіе суды, которые требуютъ, чтобы ихъ практикой руководствовались суды низшіе; въ этомъ повинны и суды низшіе, которые слишкомъ заняты или неискусны, чтобы углубляться въ тонкія матеріи права и для которыхъ удобнѣе ставить тезисы практики на мѣсто принциповъ, нежели изъ принциповъ выводить такіе тезисы [1]); виноватъ, наконецъ, и законодатель, если онъ требуетъ отъ судьи рабскаго подчиненія буквѣ закона, которое въ концѣ-концовъ всегда приводитъ къ преклоненію предъ прецедентами [2]).

Но это объясненіе фактической силы судебныхъ прецедентовъ, отмѣчая частныя и случайныя стороны явленія, въ дѣйствительности ничего не поясняетъ и никого не удовлетворяетъ. Да это и понятно, если вникнуть въ сущность самого явленія, которое имѣетъ болѣе общія и глубокія основанія.

Будемъ ли мы вмѣстѣ съ Савиньи объяснять силу прецедентовъ общимъ закономъ постоянства человѣческихъ мыслей, дѣйствій и состояній (das Gesetz der Continuität menschlicher Gesinnungen, Handlungen und Zustände) [3]), станемъ ли мы вмѣстѣ съ Тардомъ говорить о законахъ подражанія [4]), сошлемся ли, подобно Поллоку, на здравый смыслъ и господствующія идеи эпохи (common sense and collective opinion) [5]),— въ конечномъ результатѣ сущность вліянія судебныхъ преце-

---

[1]) *Bouhier*, Observations sur la coutume de Bourgogne, t. I, p. 655, 656, 681 (по указанію Лорана).

[2]) *Stein*, Die Kunst der Rechtsprechung, 1900, S. 21—24. Ср. *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältniss zu einander, 1881, Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft, B. I, S. 6, 17.

[3]) См. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, B. I, S. 36, 96. Ср. изъ болѣе новыхъ авторовъ *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1893, B. I, S. 184 („Continuität in der Rechtsprechung"). Франкенъ употребляетъ выраженіе „Stabilitätstrieb" — *Franken*, Vom Juristenrecht, 1889, S. 6.

[4]) *Tarde*, Les transformations du droit, 1893, p. 187 — 189.

[5]) *Pollock*, Essays, p. 278 — 281.

дентовъ сведется къ тому же, къ чему сводится вліяніе всякихъ вообще прецедентовъ и авторитетовъ въ различныхъ сферахъ человѣческой мысли и человѣческаго поведенія. Какъ раньше дѣлали и поступали, какъ прежде говорили, чѣмъ уже нѣкогда руководствовались, такъ продолжаютъ дѣлать, поступать, говорить и руководствоваться нынѣ въ силу извѣстныхъ законовъ психической и соціальной жизни индивида, а не по свободному выбору и усмотрѣнію, въ силу традиціи и привычки, а не по высшимъ требованіямъ гордаго ума и не по причинѣ какихъ-нибудь случайныхъ злоупотребленій. „Не слѣдуетъ забывать, говоритъ Бальфуръ, что именно авторитету и притомъ въ гораздо большей степени, чѣмъ разуму, мы обязаны не только нашей религіей, но и моралью, и политикой; что тотъ же авторитетъ далъ намъ существенные элементы первыхъ основаній науки; что авторитетъ гораздо тверже, чѣмъ разумъ, положилъ основы соціальной жизни; что авторитетъ болѣе разума скрѣпилъ, наконецъ, и цѣлое зданіе. И, хотя это можетъ имѣть оттѣнокъ парадокса, однако не будетъ преувеличеніемъ утверждать, что если мы желаемъ найти свойство, которое въ особенности возвышаетъ насъ надъ животнымъ, то это свойство слѣдуетъ искать не только въ нашей способности убѣждать и убѣждаться доводами разума, но и въ нашей способности вліять и поддаваться вліянію авторитета". Дѣйствіе авторитета прецедентовъ подобно дѣйствію силы мельчайшихъ частицъ воды, которыя просачиваются сквозь почву, собираются въ источники, образуютъ ручейки и ручьи, сливаются въ потоки и, наконецъ, представляютъ величественную и стихійную мощь огромной водной массы рѣкъ и морей.

Въ области права сила прецедентовъ, естественно, получаетъ особенное значеніе, потому что здѣсь сама жизнь стремится къ установленію возможнаго единства и однообразія въ явленіяхъ. И это естественное слѣдствіе самого существа права и правомѣрнаго общежитія человѣчества: общая норма допускаетъ колебанія и отступленія отъ средняго типа только въ извѣстныхъ предѣлахъ, за которыми уже утрачи-

вается и самое представленіе о нормѣ, о томъ, гдѣ право и гдѣ неправо, что̀ такое законъ и что̀ беззаконіе, въ чемъ справедливость и въ чемъ произволъ.

Изслѣдованіе психологическихъ и соціальныхъ законовъ дѣйствія авторитетовъ и силы прецедентовъ не входитъ въ нашу задачу. Но утверждая, что сила судебнаго рѣшенія выходитъ за предѣлы того дѣла, по которому оно состоялось, и получаетъ общее значеніе, мы естественно — въ тѣсныхъ рамкахъ спеціально юридическаго изслѣдованія — выдвигаемъ вопросъ о томъ, что̀ это за значеніе? Какая общая сила присуща всякому приговору суда?

2.

На этотъ вопросъ отвѣчаютъ различно.

Одни признаютъ за прецедентами только нравственный авторитетъ. Другіе отмѣчаютъ сверхъ того и особое фактическое вліяніе ихъ на дальнѣйшую практику судовъ. Третьи, наконецъ, приписываютъ прецедентамъ своеобразную юридическую силу.

А. Говорятъ, что судебное рѣшеніе, какъ прецедентъ, имѣетъ этическое, нравственное значеніе. Но это объясненіе силы судебныхъ рѣшеній не отличается опредѣленностью. Подъ неяснымъ словомъ: этическій, нравственный — удобно скрываются довольно разнообразныя воззрѣнія.

Наименьшее значеніе придаютъ силѣ судебныхъ приговоровъ тѣ, которые „нравственный авторитетъ" рѣшенія сводятъ къ его внутренней, логической убѣдительности [1]).

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ высказывается Бэконъ—*Bacon*, opera omnia, 1696, v. I, p. 524—527 („de exemplis et usu eorum"). Изъ новѣйшихъ авторовъ см. *Eschbach*, Introduction général à l'étude du droit, 1856, p. 37, 40. *Keller*, Pandekten, 1861, S. 12—13. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1862, B. II, S. 630. *Laurent*, Principes de droit civil, 1869, t I, p. 357—360. *Думашевскій*, Систематическій сводъ рѣшеній кас. департаментовъ, 1872, т. II, стр. 920. *Фонъ-Резонъ*, О силѣ кассаціонныхъ рѣшеній, 1873, Судебный Ж., іюль—августъ, стр.

Мнѣніе суда или судьи есть въ сущности только личный взглядъ отдѣльнаго человѣка, которому свойственно ошибаться такъ часто и такъ грубо. „Когда вечеркомъ — говоритъ Штейнъ — адвокатъ съ судьей поспорятъ за кружкой пива относительно какого-либо вопроса, всѣ признаютъ, что правъ адвокатъ. Однакоже, когда на другое утро сядетъ судья на свое высокое кресло, надѣнетъ свою судейскую цѣпь и теперь настоитъ на своемъ мнѣніи, то это будетъ мнѣніе государства". Понятно, что какъ частное рѣшеніе отдѣльнаго случая — оно обязательно. Но какъ общее правило – оно имѣетъ не большее значеніе, чѣмъ всякая теорія, всякое воззрѣніе любого юриста. А между тѣмъ, со временъ Бэкона и Декарта вслѣдъ за всѣмъ движеніемъ современной науки, всѣ мы привыкли относиться нѣсколько свысока къ *такимъ* теоріямъ и воззрѣніямъ, придерживаясь раціоналистическаго положенія: nullius addictus jurare in verba magistri.

При такой точкѣ зрѣнія очевидно, что и взгляды, ранѣе высказанные судомъ, не могутъ быть признаны обязательными по другимъ дѣламъ; ими только позволяютъ пользоваться въ видахъ дальнѣйшаго разъясненія закона. Тогда они становятся прецедентами или примѣрными рѣшеніями, способными оказывать вліяніе и на дальнѣйшую практику, которая не освобождается, однако, отъ обязанности провѣрять ихъ законность. Раздѣляя взгляды прецедента, судебныя мѣста могутъ приводить ихъ въ своихъ рѣшеніяхъ, какъ поясненіе законовъ; не раздѣляя, они властны и обязаны толковать законъ по своему разумѣнію, потому что авторитетъ прецедентовъ долженъ опираться на нравственную ихъ силу, на ихъ логическую убѣдительность, на эрудицію ихъ авто-

---

1—31. *Буцковскій*, Очерки судебныхъ порядковъ, 1874, стр. 471 и сл. *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, B. I, S. 84. *Wieding*, Präjudizien, 1881, Holtzendorff's Rechtslexicon, B. III, S. 117. *Вербловскій*, Гражданское судопроизводство, 1895, Ж. М. Ю., № 10, стр. 164. *Регельсбергеръ*, Общее ученіе о правѣ, 1897, стр. 52. *Picard*, Le droit pur, 1899, p. 321. *Фойницкій*, Курсъ уголовнаго судопроизводства, 1902, т. I, стр. 158 и сл.

ровъ, а не на силу физическую („alors même que les arrêts seraient fondés sur les vrais principes, ils n'auraient encore qu'une autorité de raison, et on ne peut les invoquer qu'avec une extrême réserve").

Такимъ образомъ авторитетъ судебнаго рѣшенія тотъ же, что́ принадлежитъ каждому теоретическому положенію— безразлично, установлено ли оно наукой права или практикой судовъ. Это—авторитетъ логики, убѣдительности, основательности, научности („eine wissenschaftliche Autorität", по выраженію Келлера). Это—авторитетъ, который имѣетъ для суда значеніе только rationis imperio, а вовсе не ratione imperii. Valeant praejudicia, nisi ratione et jure nitantur! И такой авторитетъ долженъ принадлежать всякаго рода прецедентамъ — безразлично, установлены ли они практикой низшихъ судовъ, или выражены въ рѣшеніяхъ высшаго кассаціоннаго трибунала („la cour suprême est pour ainsi dire un tribunal de doctrine" — говоритъ Лоранъ, „доктринальныя разъясненія законовъ, исходящія отъ Верховнаго Суда" — замѣчаетъ Буцковскій).

Другіе ученые [1]) идутъ не такъ далеко и съ представленіемъ о нравственномъ авторитетѣ судебнаго рѣшенія соединяютъ, дѣйствительно, элементъ этическій, который можетъ и не соотвѣтствовать логическому значенію приговора.

Съ юридической точки зрѣнія, говорятъ, различные виды толкованія, по степени ихъ обязательной силы, располагаются въ слѣдующемъ порядкѣ: 1) толкованіе научное, не имѣющее никакой обязательной силы; 2) толкованіе судебное, имѣющее обязательную силу для того случая, при разсмотрѣніи котораго оно постановлено, но не обязательное для

---

[1]) См. *Градовскій*, Начала русскаго государственнаго права, 1901, т. I, стр. 80—81. *Таганцевъ*, Лекціи по русскому уголовному праву, 1887, вып. I, стр. 368 и сл. и Русское уголовное право, 1902, т. I, стр. 183—184. *Dalloz*, Jurisprudence générale, 1892, t. X, № 46. Послѣдній авторъ даже за установившимся въ обычаѣ толкованіемъ закона (узуальная интерпретація) признаетъ только нравственное значеніе („la valeur d'une autorité morale").

другихъ дѣлъ; 3) толкованіе законодательное или аутентическое, имѣющее общеобязательное значеніе. Судебное толкованіе занимаетъ среднее мѣсто между толкованіемъ научнымъ и законодательнымъ. Подобно закону оно, хотя и въ тѣсныхъ предѣлахъ даннаго дѣла, получаетъ обязательную силу; подобно наукѣ оно вліяетъ свободно силою своего внутренняго авторитета, хотя ему и не чуждъ элементъ принудительности, потому что здравыя начала справедливости и общественной нравственности требуютъ, чтобы къ каждому случаю, подлежащему разсмотрѣнію суда, общій законъ былъ примѣненъ въ томъ же смыслѣ, въ какомъ онъ былъ уже примѣненъ къ другому однородному дѣлу; каждый тяжущійся въ правѣ ожидать, что его дѣло будетъ разрѣшено судомъ такъ же, какъ уже разрѣшено было другое представлявшее однородныя обстоятельства.

Такимъ образомъ кромѣ логическаго авторитета убѣдительности и, быть можетъ, даже вопреки ему, состоявшійся приговоръ суда пріобрѣтаетъ нравственное значеніе. Оно связывается не съ содержаніемъ приговора — это содержаніе съ этической точки зрѣнія можетъ быть вполнѣ безразличнымъ — а съ отношеніемъ приговора къ ряду послѣдующихъ рѣшеній суда. Это отношеніе должно свидѣтельствовать о постоянствѣ, съ какимъ судъ примѣняетъ одни и тѣ же законы въ одномъ и томъ же смыслѣ не взирая на случайности отдѣльныхъ дѣлъ и лицъ, — что̀ и выражаетъ собою этическій принципъ судебнаго безпристрастія и отсутствія произвола.

Б. Еще большую силу придаютъ авторитету судебныхъ рѣшеній тѣ ученые, которые кромѣ нравственнаго значенія ихъ признаютъ за ними также своеобразную фактическую или практическую принудительность и своеобразную силу убѣдительности („une force de conviction") [1]).

---

[1]) См. *Wächter*, Gemeines Recht Deutschlands, 1844, S. 143. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847, S. 5. *Wächter*, Das sächsische Strafrecht, 1857, S. 86. *Glaser*, Ueber das Verhältniss von Theorie und Praxis im Strafrecht, 1868, Gesammelte kleine Schriften, B. I, S. 69. *Aubry et Rau*, Cours de

Съ этой точки зрѣнія юридическіе прецеденты, особенно если они образуютъ рядъ многочисленныхъ и однородныхъ рѣшеній (rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas), связываютъ судью не только своимъ нравственнымъ вліяніемъ, которое всегда довольно субъективно, но и внѣшнимъ авторитетомъ, внѣшнимъ давленіемъ факта или правила, которое хотя и не можетъ быть сопоставлено съ закономъ или обычаемъ, но отступать отъ котораго считается безразсуднымъ („qu'on ne peut méconnaitre sans témérité"): нарушить такое правило можно только въ виду особенно важныхъ соображеній. Поэтому прецедентъ, выражающій установившуюся и твердую судебную практику по тому или другому вопросу, руководитъ судьей, иногда избавляетъ его отъ необходимости новаго разслѣдованія юридической природы дѣла и во всякомъ случаѣ разрѣшаетъ его личныя сомнѣнія. Прецедентъ представляетъ серьезную силу, которая можетъ и даже должна обуздывать колебанія и капризы личныхъ воззрѣній. Отсюда для суда понятная обязанность — знать прецеденты, тщательно взвѣшивать ихъ основанія и только съ трудомъ („nicht leichterdings") отклоняться отъ установившейся практики.

Вслѣдствіе такого фактическаго значенія судебныхъ прецедентовъ возникаетъ извѣстное фактическое же положеніе („ein faktischer Zustand"), которое иногда можетъ быть уподоблено положенію, создаваемому революціей въ государствѣ, но никогда не можетъ быть названо правовымъ. Во вся-

droit civil français, 1869, t. I. p. 129 (ср. изд. 1897, I, 192). *Garsonnet*, Traité théorique et pratique de procédure, 1882, t. I, p. 12, 166 — 168. *Pfaff-Hofmann*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 1882, B. I, Abt. 2, S. 294—295. *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses, 1883, B. I, S. 323—324. *Janka*, Das österreichische Strafrecht, 1884, S. 22. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, 1894, B. 1, S. 123. *Регельсбергеръ*, Общее ученіе о правѣ, 1897, стр. 86. *Knitschky*, Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, 1898, Archiv für öffentliches Recht, B. XIII, S. 245. *Geny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 403, 405, 409, 435.

комъ случаѣ, изучая это фактическое положеніе, можно отмѣтить въ немъ нѣкоторыя общія черты. По наблюденіямъ Ланглуа онѣ выражаются въ слѣдующемъ [1]). Прежде всего бросается въ глаза весьма нерѣдкій разрывъ между доктриной и судебной практикой (entre la doctrine et la jurisprudence). Часто онѣ образуютъ два различные лагеря, въ которыхъ съ одной стороны находятся всѣ писатели, а съ другой — всѣ суды. Чѣмъ объяснить такое раздѣленіе, и гдѣ заключается причина того, что иногда ни одинъ писатель не одобряетъ судебныхъ прецедентовъ, которые тѣмъ не менѣе неуклонно и единодушно проводятъ одну какую-нибудь теорію? Повидимому, это зависитъ отъ того, что основанія для выводовъ или рѣшеній у доктрины и у судебной практики не одни и тѣ же. Доктрина неуклонно слѣдуетъ за выводами логики, ограничиваясь только пожеланіями, чтобы законодатель измѣнилъ тотъ или другой законъ, который она находитъ неудачнымъ или устарѣлымъ. Судебная практика не смотритъ на дѣло съ такой высоты, на какую поднимаются спекуляціи теоріи. Она работаетъ не въ тиши кабинета, а среди дѣйствительныхъ отношеній жизни, сталкиваясь безпрестанно съ человѣческой бѣдностью и несчастіемъ. Часто она не имѣетъ терпѣнія ожидать законодательной реформы, которая откладывается до болѣе или менѣе отдаленнаго будущаго. Въ то время, какъ доктрина выражаетъ отвлеченную работу мышленія, которая неизмѣнно приводитъ къ однимъ и тѣмъ же выводамъ, пока остаются неизмѣнными ихъ логическія посылки, судебные прецеденты устанавливаются судами, которые принимаютъ во вниманіе требованія справедливости и цѣлесообразности и подчиняются вѣяніямъ измѣняющейся исторической эпохи. Вслѣдствіе этого судебная практика является всегда менѣе научной, менѣе теоретической, чѣмъ доктрина, но зато болѣе соотвѣтствуетъ жизни; вмѣстѣ съ тѣмъ судебная практика не достигаетъ такой устойчивости, какъ доктрина, потому что нерѣдко, несмотря

[1]) *Langlois*, Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence, 1897, p. 201—220.

на неизмѣнность закона, она развивается, слѣдуя за требованіями, стремленіями и идеями эпохи.

В. Оцѣнивая такое „фактическое" вліяніе судебныхъ прецедентовъ на право и тщательно анализируя отдѣльные элементы этого вліянія, иногда приходятъ къ выводу, что въ прецедентахъ заключается источникъ внѣшне-обязательныхъ нормъ, источникъ права въ техническомъ смыслѣ этого слова. Такая точка зрѣнія раздѣляется довольно многими писателями, но съ различными оттѣнками и модификаціями въ зависимости отъ того, какъ каждый изъ нихъ понимаетъ значеніе источника права и какъ оцѣниваетъ силу судебныхъ рѣшеній. Одни склонны признавать источникомъ права даже отдѣльныя судебныя рѣшенія [1]). Другіе (наиболѣе многочисленная группа ученыхъ) считаютъ источникомъ права только твердо установившуюся и постоянную практику судовъ (usus fori, Gerichtsgebrauch, jurisprudence des arrêts) [2]).

---

[1]) Эта точка зрѣнія часто выражается невполнѣ опредѣленно, мимоходомъ и съ болѣе или менѣе значительными ограниченіями и оговорками. Ср. *Maurenbrecher*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Rechts, 1832, B. I, S. 11—25. *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 136—138. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1862, B. II, S. 388, 389, 392, 397, 399, 630—633. *Adickes*, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, S. 54 — 58. *Валерштейнъ*, Замѣтка по поводу статьи г. Фонъ-Резона „о силѣ кассаціонныхъ рѣшеній", 1873, Судебный Вѣстникъ, № 208. *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, 1874, Ж. Г. и У. П., № 1, стр. 3. *Романовичъ-Славатинскій*, Система русскаго государственнаго права, 1886, ч. I, стр. 235. *Gengler*, Das deutsche Privatrecht, 1892, S. 16—17. *Есиповичъ*, О толкованіи законовъ, 1894, Ж. М. Ю., № 2, стр. 108—119. *Коркуновъ*, Лекціи по общей теоріи права, 1897, стр. 295 и сл., 307. *Градовскій*, Начала русскаго государственнаго права, 1901, т. I, стр. 66 и сл.

[2]) См. *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1818, S. 142—143. *Merlin*, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 1825, t. II, p. 87. *Kierulff*, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, B. I, S. 36—45. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, B. I, S. 83—100, 173—174, 192, 208—209. *Göschen*, Vorlesungen über das Civilrecht, 1843, B. I, S. 97—99. *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 654, 658—663. *Thibaut*, System

Наиболѣе оригинальнымъ представителемъ первой точки зрѣнія является Тёль, который разсуждаетъ такъ.

Практика, т. е. примѣненіе юридической нормы въ судебномъ рѣшеніи, иногда имѣетъ значеніе, какъ доказательство существованія права обычнаго. Но кромѣ того практика можетъ быть и самостоятельнымъ источникомъ права. Отдѣльное судебное рѣшеніе получаетъ силу общей нормы („ein Satz wird schon dadurch ein Rechtssatz, dass er in einem einzigen richterlichen Urtheil angewandt worden ist"), благодаря правилу обычнаго права нѣмцевъ, выраженному въ извѣстномъ афоризмѣ: то, что̀ является правомъ для однихъ, справедливо и для другихъ. Это правило имѣетъ двоякое приложеніе. Во-первыхъ, оно примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда судья рѣшаетъ дѣло по своему усмотрѣнію,

---

des Pandekten-Rechts, 1846, B. I, S. 14—15. *Heimbach*, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes, 1852, B. I, S. 23 — 24. *Eschbach*, Introduction générale à l'étude du droit, 1856, p. 36 — 41. *Hälschner*, Das Preussische Strafrecht, 1858, Th. II, S. 20 ff. *Geib*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1862, B. II, S. 14 — 15. *Ortolan*, Éléments de droit pénal, 1863, t. I, p. 46 ss. *Бернеръ*, Учебникъ уголовнаго права, пер. Неклюдова, 1865, т. I, стр. 145—148. *Holtzendorff*, Handbuch des deutschen Strafrechts, 1871, B. I, S. 7 — 8. *Schütze*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1871, S. 7—10. *Haus*, Principii generali di diritto penale belgico, 1874, v. I, p. 139 sqq. (мы не имѣли французскаго изданія этого сочиненія). *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, B. I, S. 82—85. *H. Meyer*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1882, S. 86, 87. *Dernburg*, Pandekten, 1884, B. I, S. 51, 62 — 65, 82. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, B. I, S. 199, 202—203, 209—218, 222. *Баронъ*, Система римскаго гражданскаго права, 1888, в. I, стр. 18—20. *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 1894, B. I, S. 42—44. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, 1895, B. I, S. 125—182. *H. Meyer*, Lehrbuch d. d. Strafrechts, 1895, S. 104. *Регельсбергеръ*, Общее ученіе о правѣ, 1897, стр. 42 и сл., 83—87. *Knitschky*, Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, 1898, Archiv für öffentliches Recht, B. XIII, S. 239—252. *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 1898, B. II, S. 298—312, 330, 333—335, 339—340. *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 1898, S. 26 ff., 57. *Merkel*, Juristische Encyclopädie, 1900, S. 53—55, 127—129. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, B. I, S. 73—74.

основываясь на соображеніяхъ справедливости. Но субъективныя воззрѣнія судьи всегда вносятъ извѣстный элементъ произвола въ оцѣнку того, что̀ справедливо и что̀ несправедливо, а потому въ этихъ случаяхъ самый приговоръ былъ бы вполнѣ произвольнымъ и, слѣдовательно, юридически немыслимымъ, если бы положенія его не переносились на другіе однородные случаи по правилу: то, что̀ справедливо для однихъ, справедливо и для другихъ, т. е. то, что̀ признано справедливымъ правомъ для однихъ, должно быть признано такимъ же и для другихъ. Во-вторыхъ, существуютъ правила, содержаніе которыхъ безразлично. Ихъ главное значеніе заключается въ томъ, что они вносятъ извѣстный порядокъ и опредѣленность въ тѣ или другія отношенія. Если такое правило устанавливается въ судебномъ рѣшеніи, то не слѣдуетъ отступать отъ него въ другихъ тождественныхъ случаяхъ. Здѣсь главное значеніе имѣетъ не убѣжденіе въ справедливости самаго правила по его содержанію, но то, что вообще однообразное право признается лучше права, измѣняющагося по незначительнымъ причинамъ. Оба вида нормъ (и тѣ, которыя опираются на внутреннюю справедливость содержанія, и тѣ, которыя вызываются потребностью внѣшняго однообразія отношеній) образуютъ право, порождаемое примѣненіемъ ихъ — единичнымъ или многократно повторяемымъ. Но во всякомъ случаѣ судья можетъ и даже долженъ отступать отъ прежняго своего рѣшенія, если оно оказывается неправильнымъ и несправедливымъ, потому что прецедентъ, противорѣчащій праву, не создаетъ никакой юридической нормы [1]).

---

[1]) См. *Thöl*, Einleitung, S. 136—138. *Его же*, Das Handelsrecht, 1847, B. I, S. 30 ff. *Его же*, Trattato di diritto commerciale, 1881, v. I, p. 36—54. Мнѣніе Тёля отчасти принимаетъ и Адикесъ, но только съ нѣкоторыми оговорками въ виду дѣйствительнаго состоянія нѣмецкой судебной практики и въ виду своеобразнаго представленія о правѣ, къ числу источниковъ котораго авторъ причисляетъ даже „субъективный разумъ" человѣка. См. *Adickes*, Zur Lehre v. d. Rechtsquellen, S. 6 ff., 54 ff.

Въ противоположность Тёлю другіе ученые, признающіе за отдѣльными прецедентами юридически обязательную силу, не считаютъ возможнымъ во всякомъ судебномъ рѣшеніи усматривать подобный прецедентъ. Они ограничиваютъ кругъ обязательныхъ прецедентовъ, при чемъ или исходятъ изъ соображеній внѣшняго свойства, или же обращаютъ вниманіе на причины внутреннія.

По внѣшнимъ соображеніямъ обязательность прецедента ставится въ зависимость отъ болѣе или менѣе высокаго положенія суда, на рѣшеніе котораго ссылаются, какъ на прецедентъ.

Старѣйшимъ и, повидимому, единственнымъ представителемъ теоріи безусловной обязательности рѣшеній всякаго высшаго суда является Мауренбрехеръ. Онъ своей точки зрѣнія не мотивируетъ, а ограничивается рядомъ афоризмовъ. Право юристовъ, говоритъ онъ, основывается на дѣятельности двоякаго рода: теоретической (теорія) и практической (практика). Практикой называется дѣятельность судебная (Gerichtsgebrauch), которая проявляется въ рѣшеніяхъ судовъ (приговоры, прецеденты): не существуетъ никакой практики безъ рѣшеній (ohne Judicate). Впрочемъ не каждый судъ даетъ практику, имѣющую нормирующее значеніе (eine normirende Praxis). Зато всякій приговоръ суда высшей инстанціи долженъ разсматриваться, какъ источникъ права. И это въ особенности слѣдуетъ сказать о высшихъ судахъ государства, хотя въ извѣстной мѣрѣ такое же значеніе принадлежитъ также приговорамъ высшихъ судовъ отдѣльныхъ земель нѣмецкихъ [1]).

Взглядъ Мауренбрехера у другихъ ученыхъ видоизмѣняется или въ томъ смыслѣ, что обязательной признается только установившаяся практика всякой высшей инстанціи (Тибо, Гёшенъ), или въ томъ смыслѣ, что за рѣшеніями толь-

[1]) См. *Maurenbrecher*, Lehrbuch, B. I, S. 12. Генглеръ называетъ рѣшенія высшихъ судовъ (die Erkenntnisse der oberen Gerichtshöfe) вспомогательными нормами (mittelbare oder Hülfsnormen). *Gengler*, Das d. Privatrecht, S. 16—17.

ко одного верховнаго суда признается безусловно обязательная сила. Какъ извѣстно, послѣдней точки зрѣнія придерживается и Правительствующій Сенатъ въ отношеніи къ силѣ собственныхъ кассаціонныхъ рѣшеній. Съ этимъ соглашается и проф. А. В. Романовичъ-Славатинскій. Приведя 69 ст. основныхъ законовъ, онъ замѣчаетъ, что послѣ реформы 1864 г. кассаціонныя рѣшенія сената пріобрѣли значеніе обязательныхъ судебныхъ прецедентовъ. На основаніи судебныхъ уставовъ кассаціонныя рѣшенія сената печатаются во всеобщее свѣдѣніе для *руководства* къ единообразному исполненію и примѣненію закона. Въ силу этого они получаютъ безусловно обязательное значеніе для всѣхъ судовъ Имперіи [1]).

Внутреннія причины, отъ которыхъ зависитъ сила прецедента, по мнѣнію нѣкоторыхъ авторовъ, заключаются въ самомъ свойствѣ закрѣпляемыхъ прецедентомъ нормъ. Въ то время, какъ англичане исходятъ изъ идеи, что только декларативный прецедентъ можетъ быть допускаемъ de jure, писатели континента Европы, напротивъ, склонны иногда придавать юридически-обязательную силу только прецедентамъ креативнымъ.

Такъ, А. Д. Градовскій говоритъ: „Разъ постановленное рѣшеніе можетъ вліять на способъ примѣненія закона къ другимъ однороднымъ случаямъ, служитъ образцомъ истолкованія закона. Такова сила прецедента! Этого мало. Судебная интерпретація въ тѣхъ случаяхъ, когда судебное мѣсто восполняетъ пробѣлъ въ законодательствѣ (рѣшеніе по аналогіи), дѣлается самостоятельнымъ источникомъ права, конкурируетъ съ законодательствомъ" [2]).

Ту же точку зрѣнія развиваетъ и Моль.

---

[1]) *Романовичъ-Славатинскій*, Система, стр. 235. Къ такому же выводу приходитъ и г. *Валерштейнъ* въ своихъ замѣчаніяхъ на статью г. Фонъ-Резона „о силѣ кассаціонныхъ рѣшеній" (см. Судебн. Вѣстникъ 1873 г. № 208), а также и г. *Есиповичъ*, О толкованіи законовъ, 1894, Ж. М. Ю., № 2, стр. 108 и сл.

[2]) *Градовскій*, О судебномъ толкованіи, стр. 3 и Начала рус-

Чтобы правильно понять значеніе дѣятельности судовъ, какъ источника права, говоритъ Моль, необходимо прежде всего выдѣлить тѣ дѣйствія, которыя не создаютъ никакихъ новыхъ правовыхъ положеній. Сюда относятся всѣ разъясненія уже существующихъ законодательныхъ нормъ и примѣненіе возникшихъ помимо суда обычаевъ. Такимъ образомъ въ дѣйствительности созданіе права при посредствѣ судовъ можетъ выразиться только въ двухъ видахъ: или какъ восполненіе пробѣловъ существующаго права, или какъ замѣна его положеній положеніями новыми. Но послѣднее по самой природѣ судебной дѣятельности не можетъ быть допускаемо. Другое дѣло, когда приходится восполнять пробѣлы въ правѣ. Суды обязаны разрѣшить всякій случай и не могутъ отговариваться недостаткомъ или неполнотой законовъ. Слѣдовательно, они не только имѣютъ право, но и обязаны создавать правовыя нормы для восполненія пробѣловъ тѣхъ законовъ, безъ которыхъ невозможно разрѣшеніе извѣстныхъ вопросовъ. Созданная норма прежде всего имѣетъ силу для даннаго случая; но такъ какъ, съ одной стороны, во всѣхъ тождественныхъ случаяхъ обнаруживаются одни и тѣ же внутреннія основанія, и такъ какъ, съ другой стороны, сохраненіе однообразія въ правѣ является и общей потребностью, и особенной обязанностью судовъ, — то разъ созданная и признанная правомъ норма должна оставаться неизмѣнной на будущее время въ предѣлахъ даннаго судебнаго округа. Ея распространеніе на другіе судебные округи хотя и не необходимо, но весьма желательно. Слѣдуетъ замѣтить, что въ общей формѣ вопросъ о томъ, насколько судъ долженъ быть связанъ своими прецедентами, не ограничивается только случаями творческой дѣятельности его, но возникаетъ по поводу всякаго судебнаго рѣшенія, которое примѣняетъ и изъясняетъ положенія дѣйствующаго права. Несомнѣнно, вѣскія причины говорятъ какъ за положительное,

---

скаго государственнаго права, т. I, стр. 66. Ср. *Grolman*, Grundsätze, стр. 142. *Heimbach*, Lehrbuch, B. I, S. 23—24. *Hälschner*, Das g. d. Strafrecht, B. I, S. 84. *Коркуновъ*, Лекціи, стр. 295 и сл.

такъ и за отрицательное разрѣшеніе этого вопроса, и нетрудно понять, почему авторитетные голоса нѣкоторыхъ ученыхъ склоняются въ пользу полной свободы судейскаго убѣжденія при разрѣшеніи всѣхъ вновь возникающихъ однородныхъ дѣлъ. Однакоже когда дѣло идетъ о созданіи судомъ дѣйствительныхъ нормъ права, то слѣдуетъ отдать предпочтеніе соображеніямъ, говорящимъ въ пользу соблюденія разъ установленныхъ положеній, потому что опредѣленность права въ этихъ случаяхъ важнѣе теоретической правильности его содержанія. Строго говоря, восполнивши уже однажды пробѣлы закона, судъ даже не имѣетъ права дѣлать какія бы то ни было измѣненія, такъ какъ это право само по себѣ обусловливается наличностью такихъ пробѣловъ [1]).

Несмотря на авторитетъ Тёля, Градовскаго и Моля, теоріи обязательной силы отдѣльныхъ прецедентовъ почти не встрѣчаютъ сочувствія и, даже въ самомъ ограниченномъ видѣ, не находятъ защитниковъ. Гораздо большимъ распространеніемъ пользуются тѣ воззрѣнія, которыя силу судебныхъ прецедентовъ обусловливаютъ ихъ постоянствомъ и многочисленностью (rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas).

Не останавливаясь на обозрѣніи личныхъ взглядовъ тѣхъ или другихъ менѣе значительныхъ или оригинальныхъ авторовъ, отмѣтимъ двѣ теоріи, возлѣ которыхъ группируются всѣ остальныя, нынѣ существующія. Одна связана съ именемъ Пухты — она разсматриваетъ юридическую силу прецедента, какъ нѣчто производное, не вытекающее изъ существа судебнаго рѣшенія, а опирающееся на посторонніе ему правотворящіе факторы; другая принадлежитъ Шталю и признаетъ за прецедентами вполнѣ самостоятельное юридическое значеніе [2]).

---

[1]) См. *Mohl*, Staatsrecht, B. II, S. 388 ff. Ср. ib. S. 630—633.

[2]) Даже извѣстные ученые (Дернбургъ, Виндшейдъ, Штоббе, Кёстлинъ, Бернеръ и т. д.) ограничиваются повтореніемъ этихъ, можно сказать, установившихся и наиболѣе распространенныхъ воззрѣній

Первая теорія разработана на страницахъ „Обычнаго права". Она заключается въ слѣдующемъ.

Отдѣльное судебное рѣшеніе и даже установившаяся практика судовъ (Gerichtsgebrauch) не имѣютъ и не должны имѣть общеобязательнаго значенія, если они не являются только внѣшней формой того, что называется правомъ практики (das Recht der Praxis). Право практики — не самостоятельный источникъ права; это только проявленіе или права юристовъ (Juristenrecht), или права обычнаго (Gewohnheitsrecht), или судебной автономіи (Observanz). Судебная практика прежде всего является важнымъ средствомъ распознаванія права юристовъ. Мнѣніе юриста становится правомъ тогда, когда оно научно обосновано, т. е. истинно. Для этого оно должно не только опираться на свою внутреннюю основательность, но и быть въ соотвѣтствіи съ духомъ народа. Но какъ же опредѣлить эту послѣднюю, матеріальную сторону того или иного взгляда, той или иной теоріи? Пособіемъ для этого служитъ наблюденіе, устанавливающее, что взглядъ этотъ или теорія дѣйствительно пріобрѣли силу

(разумѣется, относительно теоріи Пухты принимая тѣ поправки, которыя необходимо вызываются въ виду талантливой критики, направленной противъ нея Безелеромъ). Въ послѣднее время оригинальнѣе другихъ взглянулъ на дѣло Биндингъ. Но его „ungesetztes Recht" представляетъ скорѣе продуктъ логическихъ конструкцій самого автора, чѣмъ картину дѣйствительнаго „неписаннаго права", какъ оно существуетъ въ жизни. Значеніе же прецедентовъ и судебной практики Биндингъ обусловливаетъ вполнѣ фиктивнымъ положеніемъ о предполагаемомъ молчаливомъ согласіи законодателя („die stillschweigende Duldung der Uebung, nicht diese selbst, schafft den Rechtssatz"). См. *Binding*, Handbuch, B. I, S. 197 ff. Вообще же большинство криминалистовъ относится отрицательно какъ къ обычаю, такъ и къ судебной практикѣ. Въ Россіи съ точки зрѣнія понятій обычнаго права творческая дѣятельность суда разсматривается и оцѣнивается въ трудахъ проф. Л. С. Бѣлогриць-Котляревскаго. См. *Бѣлогриць-Котляревскій*, Роль обычая въ уголовномъ законодательствѣ, 1888, и Творческая сила обычая въ уголовномъ правѣ, 1890.

частью въ убѣжденіи юристовъ, частью въ примѣненіи на судѣ. Въ этомъ именно смыслѣ и слѣдуетъ признавать авторитетъ юристовъ и прецедентовъ, которые, не являясь источниками права, служатъ только средствомъ его распознаванія („nicht Rechtsquellen, sondern Erkenntnissquellen"). Поэтому право юристовъ называется иногда правомъ практики. Но существуетъ еще другой видъ практики. Въ судебномъ примѣненіи встрѣчаются положенія, которыя не опираются на законъ, но и не основываются на соображеніяхъ внутренней силы, представляя по своей природѣ нѣчто внѣшнее и произвольное. Мѣсто подписи свидѣтеля на завѣщаніи, скрѣпа завѣщанія печатью свидѣтеля и т. п. — все это не опредѣляется внутренними причинами, не вытекаетъ изъ научныхъ соображеній, а потому и не является правомъ юристовъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Подобная практика опирается на внѣшній авторитетъ; она имѣетъ силу не своей истинностью или убѣдительностью, а своимъ примѣненіемъ, въ которомъ выражаются извѣстныя воззрѣнія юристовъ, какъ свѣдущихъ въ правѣ представителей не науки, а цѣлаго народа. Въ этомъ видѣ судебная практика является только одной изъ формъ обычнаго права и потому имѣетъ присущую ему силу и значеніе. Особенно важна судебная практика въ сферѣ уголовнаго права, такъ какъ уголовно-обычное право по природѣ своей мыслимо только въ формѣ судебнаго его осуществленія: народное убѣжденіе находитъ здѣсь свое выраженіе только въ судахъ и въ судебной практикѣ. Наконецъ, судебная практика (особенно практика высшихъ судовъ) можетъ устанавливать извѣстныя формы, формальныя правила дѣлопроизводства и внутренняго распорядка — то, что обозначается словами stylus curiae. Такъ какъ установленіе такихъ правилъ входитъ въ область автономной дѣятельности судовъ, то и практика — иногда даже въ видѣ единичнаго судебнаго рѣшенія—получаетъ здѣсь значеніе источника права. Такимъ образомъ судебный прецедентъ (чаще всего въ видѣ установившейся судебной практики) пріобрѣтаетъ юридически-обязательное значеніе только въ трехъ

случаяхъ: а) когда въ немъ выражается право юристовъ, б) когда онъ служитъ проявленіемъ обычая, в) когда онъ закрѣпляетъ ту или другую норму судебной автономіи [1]).

Изъ другихъ положеній исходитъ теорія Шталя, которая въ лицѣ римскихъ юристовъ имѣетъ своихъ отдаленныхъ предшественниковъ.

Еще римскій юристъ, Каллистратъ, нѣкогда сказалъ: „nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis optinere debere (l. 38 D. de legibus 1, 3), — признавая тѣмъ самымъ силу закона за сложившейся практикой судовъ [2]).

Теорія Шталя разработана въ тридцатыхъ годахъ прошлаго столѣтія на страницахъ извѣстной „Философіи права".

По мнѣнію Шталя элементами правообразованія являются народное сознаніе (Volksbewusstsein), воля власти (obrigkeitliche Absicht) и наука права (Rechtswissenschaft). Источниками же права въ техническомъ смыслѣ слѣдуетъ признать обычай (Gewohnheit), законодательство (Gesetzgebung) и судебную практику (Gerichtsgebrauch). Невѣрно называть науку права источникомъ права. Наука права имѣетъ задачей дать полное и систематическое пониманіе права въ цѣляхъ его примѣненія — безразлично, создаетъ ли она правила только для будущаго (теорія), или получаетъ ихъ при разрѣшеніи частныхъ случаевъ (практика). Она раскрываетъ и развиваетъ содержаніе права и такимъ образомъ является продуктивной, дѣйствуетъ, какъ элементъ правообразованія,

---

[1]) *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, 1828, B. I, S. 161—167; 1837, B. II, S. 14—21, 105—114, 254—253. *Пухта*, Курсъ римскаго гражданскаго права, изд. Плевако, 1874, т. I, стр. 29—58.

[2]) Значеніе прецедентовъ въ римскомъ правѣ выяснено уже у *Jordan*, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, 1825, Archiv f. d. c. Praxis, B. VIII, S. 247 ff. Въ послѣднее время этому вопросу посвящаетъ особый параграфъ *Brie*, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899, Th. I, S. 52—58. Ср. также *Clark*, Practical jurisprudence, 1883, p. 216—219. *Holland*, The elements of jurisprudence, 1886, p. 57.

не менѣе плодотворный, чѣмъ законъ или обычай, но все-же не первоначальный и самостоятельный, подобно имъ, а всегда опирающійся на существующія уже нормы права. Результаты, добытые наукой права, получаютъ жизненное значеніе или посредственно черезъ обычай и законодательство, опредѣляя воззрѣнія народа и законодателя, или непосредственно черезъ практику судовъ (Gerichtsgebrauch), т. е. черезъ однообразное примѣненіе какой-нибудь нормы судами. Такимъ образомъ судебная практика является органомъ науки права, т. е. средствомъ фиксированія ея положеній и выводовъ, подобно тому, какъ обычай является органомъ народнаго сознанія, а законъ — органомъ правящей воли (obrigkeitliche Wille). Какъ постоянное соблюденіе нормы, соединенное съ сознаніемъ ея обязательности, судебная практика можетъ быть названа обычаемъ въ обширномъ смыслѣ этого слова. Но она имѣетъ черты, отличающія ее отъ обычая: обычай основывается на общенародномъ сознаніи, судебная практика — на выводахъ науки („der Gerichtsgebrauch ist Ausfluss eines rechtswissenschaftlichen Urtheils"). И вотъ потому именно, что такіе выводы всегда опираются на существующее уже право, они допускаютъ провѣрку, которой и опредѣляется самая сила судебной практики. Судебная практика получаетъ безусловно обязательную силу („unbedingt bindende Kraft") только тогда, когда она отдѣляется отъ той юридической операціи, на которой она основывается, и забываетъ о ней, такъ что повторное примѣненіе установившагося на практикѣ взгляда пріобрѣтаетъ вполнѣ самостоятельное значеніе и не допускаетъ уже никакой провѣрки. Такимъ образомъ и въ этомъ отношеніи судебная практика существенно отличается отъ обычая, который всегда имѣетъ безусловную силу по той причинѣ, что народное сознаніе, котораго органомъ онъ является, представляетъ изъ себя непосредственный элементъ правообразованія, не подлежащій никакой дальнѣйшей провѣркѣ. Дѣйствіе судебной практики находитъ подкрѣпленіе въ томъ требованіи постоянства, которое предъявляется ко всякому суду какъ ради устойчивости права, такъ и въ виду

БИБЛИОТЕКА

достоинства правосудія. Вслѣдствіе этого судебная практика пріобрѣтаетъ извѣстную степень силы уже тогда, когда она еще только создается; обычай же, напротивъ, не имѣетъ никакой силы, пока вполнѣ не сложится и не опредѣлится. Такимъ образомъ, отличаясь отъ обычая какъ по органамъ, такъ и по условіямъ своего возникновенія, судебная практика въ ряду источниковъ права занимаетъ вполнѣ самостоятельное положеніе [1]).

3.

Выясняя различныя стороны вліянія судебныхъ прецедентовъ, указанныя теоріи не даютъ однакоже полнаго объясненія тому явленію, которое наблюдается въ дѣйствительности.

Прежде всего ясно, что придавать судебному прецеденту только то значеніе, какое вытекаетъ изъ его логической убѣдительности, и низводить его на уровень простого теоретическаго положенія — не оправдывается ролью, которая принадлежитъ всякому приговору суда. Положеніе (тезисъ) теоріи есть теорія и только теорія; положеніе (тезисъ) прецедента есть теорія уже осуществленная, теорія не только высказанная судомъ, но и утвержденная исполненіемъ приговора. Несомнѣнно, что эта черта сообщаетъ прецеденту силу не только логическую, но и нравственную: ибо какимъ судомъ однихъ судите, такимъ судите и другихъ, и какою мѣрою однихъ мѣрите, такою мѣрьте и другихъ.

Но и нравственная точка зрѣнія сама по себѣ не охватываетъ всѣхъ сторонъ явленія. Конечно, судебная дѣятельность проникнута нравственными началами. Уже древнѣйшіе памятники законодательства народовъ Востока и Запада (напр. законы Ману, Литовскій Статутъ и пр.) рисуютъ высокій идеалъ судьи, какъ земного представителя небесной, божественной справедливости. И въ современной жизни многіе моменты судебной дѣятельности имѣютъ высокое не только

[1]) См. *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, 1854, B. II, S. 233—260.

юридическое, но и этическое значеніе. Однакоже не слѣдуетъ при юридическомъ изученіи институтовъ процесса сосредоточивать все вниманіе на ихъ этической сторонѣ, хотя и небезполезно помнить, что нормы права часто черпаютъ свою силу въ требованіяхъ нравственности и пріобрѣтаютъ тѣмъ большую устойчивость, чѣмъ полнѣе совпаденіе ихъ съ такими требованіями. Поэтому если разсмотрѣніе юридической природы судебнаго рѣшенія приводитъ къ заключенію о присущей ему общей силѣ, то это заключеніе, согласное съ требованіями этики, пріобрѣтаетъ, такъ сказать, удвоенный авторитетъ. Напротивъ, если юридическая природа судебнаго рѣшенія ограничиваетъ его силу только предѣлами даннаго дѣла, то это противорѣчитъ нравственнымъ началамъ процесса и потому въ самомъ себѣ, въ своей сущности содержитъ уже элементы собственнаго разложенія.

Во всякомъ случаѣ нравственная обязанность представляетъ изъ себя нѣчто вполнѣ и исключительно субъективное; потому что нормы этики и вообще имѣютъ только субъективное значеніе, соотвѣтствующее убѣжденіямъ и уровню нравственнаго развитія того, кто дѣйствуетъ. Если нравственное требованіе получаетъ внѣшнюю, объективную принудительность, то это зависитъ и отъ внѣшнихъ же причинъ: въ такихъ случаяхъ нравственная норма давитъ не силою своего внутренняго авторитета, а въ виду или религіозной санкціи, или общественнаго мнѣнія, или существующихъ правовъ, или требованій права.

Итакъ, неоспоримый фактъ силы прецедентовъ не разъясняется вполнѣ ссылками на требованія этики. Кромѣ нравственнаго и вполнѣ субъективнаго значенія каждому прецеденту принадлежитъ еще нѣкоторый плюсъ внѣшняго авторитета, нѣчто внѣшне связывающее, внѣшне принудительное. Сказавши, что это „нѣчто" и есть своеобразная сила фактической или практической принудительности, мы въ сущности только отмѣчаемъ явленіе, не углубляясь въ разъясненіе его природы. А между тѣмъ въ этомъ собственно и заключается весь вопросъ, подлежащій нашему разсмотрѣнію.

Имѣетъ ли сила судебнаго рѣшенія, какъ прецедента, какое-нибудь юридическое значеніе? И если имѣетъ, то какое именно?

Разрѣшая этотъ вопросъ утвердительно и признавая за судебнымъ прецедентомъ значеніе общеобязательной нормы права, нѣкоторые (Мауренбрехеръ) считаютъ такой взглядъ вполнѣ очевиднымъ и не требующимъ никакихъ доказательствъ, другіе же (Тёль, Романовичъ-Славатинскій) ограничиваются ссылкой на постановленія дѣйствующаго права (закона или обычая). Въ обоихъ случаяхъ въ сущности только отмѣчается извѣстный фактъ, указывается извѣстное явленіе такъ, какъ его понимаетъ самъ авторъ; но, разумѣется, этимъ еще не устраняется спорность самого явленія и не упраздняются многочисленныя сомнѣнія, имъ вызываемыя (напр., спорность постановленій нашихъ Судебныхъ Уставовъ о силѣ кассаціонныхъ рѣшеній).

Не разъясняетъ сомнѣній и указаніе на творческую дѣятельность суда при восполненіи пробѣловъ дѣйствующаго права (Градовскій, Моль). Съ одной стороны, такое указаніе совершенно непонятно въ устахъ ученыхъ, которые по самой природѣ судебной дѣятельности видятъ въ ней только примѣненіе права, имѣющее силу для отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ, и которые вмѣстѣ съ тѣмъ, отступая отъ этой точки зрѣнія, становятся сами съ собой въ противорѣчіе [1]), непримиримое и ничѣмъ не объяснимое, такъ какъ вполнѣ мыслимо допустить творчество, вызванное конкретнымъ случаемъ и исчерпывающееся въ конкретномъ случаѣ, а потому совершенно произвольнымъ является превращеніе частной нормы судебнаго рѣшенія въ общую норму права только въ виду случайнаго пробѣла законодательныхъ постановленій [2]).

[1]) Такое противорѣчіе рѣзко обнаруживается и у Моля, и у Градовскаго въ особенности тогда, когда они, оцѣнивая силу рѣшеній высшихъ судовъ, отказываются признавать за ними какое бы то ни было юридическое значеніе. Ср. *Mohl*, Staatsrecht, B. II, S. 630—633. *Градовскій*, Начала, т. I, стр. 80 и сл.

[2]) Ср. аналогичныя замѣчанія Пухты по поводу теоріи Грольмана—*Puchta*, Gewohnheitsrecht, B. II, S. 254 ff.

Съ другой стороны, самое представленіе о творческой дѣятельности суда слѣдуетъ признать крайне неточнымъ, если ограничивать эту творческую дѣятельность только тѣми случаями, относительно которыхъ законъ ничего не говоритъ. Судебное творчество гораздо шире и, какъ мы знаемъ, имъ въ сущности проникнута вся судебная дѣятельность; оно имѣетъ мѣсто не только при недостаткѣ, но и при неясности, неполнотѣ или противорѣчіи законовъ. Притомъ во всѣхъ случаяхъ результаты судебнаго творчества имѣютъ равно условное значеніе, и само по себѣ оно не можетъ обосновать ни силы прецедентовъ — вообще, ни ея степени — въ частности. Дѣло не въ томъ, что судъ творитъ, а въ томъ, какъ творитъ. И толкованіе закона, и примѣненіе его по аналогіи — равно подлежатъ провѣркѣ; ихъ результаты равно опредѣляются съ точки зрѣнія того же закона, и только качествомъ этихъ результатовъ обусловливается сила прецедента. Съ этой точки зрѣнія случайное обстоятельство недостатка закона значитъ не больше, чѣмъ его неполнота или неясность: прецедентъ бываетъ устойчивъ не потому, что восполняетъ законъ, и оказывается шаткимъ не потому, что только разъясняетъ его, но въ обоихъ случаяхъ степень такой устойчивости или шаткости зависитъ отъ одного и того же условія „законности" прецедента вообще.

Неизмѣримо глубже другихъ объясняютъ значеніе судебной практики тѣ, которые сопоставляютъ ее съ правомъ обычнымъ. Дѣйствительно, общихъ чертъ и точекъ соприкосновенія у нихъ не мало. Подобно обычаю судебная практика слагается изъ накопляющагося повторенія однородныхъ дѣйствій, въ которыхъ выражается признаніе извѣстной общей нормы права. Подобно обычаю она покоится не на санкціи внѣшней власти, а на всеобщемъ признаніи ея правильности и обязательности. Подобно обычаю она не имѣетъ рѣзко опредѣленныхъ границъ дѣйствія во времени и, отчасти, въ пространствѣ. Однакоже называть судебную практику правомъ обычнымъ можно только въ широкомъ смыслѣ этого слова, такъ какъ, съ одной стороны, сила единичнаго

прецедента не подходитъ подъ понятіе обычая, а, съ другой стороны, и самая совокупность однородныхъ прецедентовъ, т. е. судебная практика, отличается отъ обычнаго права какъ по формѣ, такъ по органамъ и условіямъ своего возникновенія. Судебная практика выражается въ формѣ отдѣльныхъ рѣшеній или приговоровъ, которые всегда формулируются точно и записываются по установленнымъ въ законѣ правиламъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ единичное судебное рѣшеніе, какъ составной элементъ судебной практики, получаетъ исключительно опредѣленное и всегда болѣе или менѣе обязательное значеніе, которое усиливается тѣмъ болѣе, что творцомъ его является не неясная коллективная личность народа или общества, а авторитетный органъ власти, призванный находить и изрекать право. Этотъ органъ дѣйствуетъ, какъ сознательный истолкователь и примѣнитель нормъ права, и каждое его рѣшеніе, даже отдѣльно взятое, уже съ самаго начала имѣетъ опредѣленное *юридическое* значеніе.

Такое юридическое значеніе отдѣльнаго судебнаго рѣшенія объясняютъ различно. Нѣкоторые основываютъ его на силѣ общей нормы, судомъ примѣняемой, при чемъ всю роль суда сводятъ только къ интеллектуальному процессу распознаванія права [1]). Но судъ не только распознаетъ право. Онъ является *авторитетнымъ* органомъ такого распознаванія. Частныя лица, практическіе дѣятели, адвокаты или юристы нерѣдко знаютъ законы, не хуже любого суда, и могутъ превосходно примѣнять ихъ къ отдѣльнымъ случаямъ жизни, могутъ безошибочно распознавать право. Но ихъ рѣшенія не имѣютъ того значенія, какое принадлежитъ рѣшеніямъ или приговорамъ суда, потому что только суду

---

[1]) Подобную точку зрѣнія встрѣчаемъ уже у *Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 160. Въ новѣйшее время ее защищаютъ *Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1885, B. I, S. 6—9, и, особенно, *Гредескулъ*, Къ ученію объ осуществленіи права, 1900, стр. 227 и сл. Прекрасный анализъ юридическаго содержанія судебнаго рѣшенія даетъ *Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877, S. 80—90, 100—105, 114—115, 120—121.

принадлежитъ власть авторитетно диктовать правовыя нормы въ виду индивидуальныхъ обстоятельствъ того или другого спорнаго случая. Отвѣтъ ученаго юриста можетъ быть тѣмъ, что̀ называется научнымъ разъясненіемъ или истолкованіемъ закона. Но самъ по себѣ онъ не производитъ еще никакихъ правъ и никакихъ обязанностей. Только судебное рѣшеніе обладаетъ такой силой, только оно авторитетно прекращаетъ неопредѣленность отношеній, вызванныхъ споромъ о правѣ, и имѣетъ способность вступать въ такъ называемую законную силу или въ силу закона. „Судебное рѣшеніе частнаго дѣла имѣетъ силу закона", говоритъ 68 ст. нашего Свода (т. I, ч. 1).

Во избѣжаніе недоразумѣній подобное выраженіе требуетъ нѣкоторыхъ поясненій.

Называть отдѣльное судебное рѣшеніе закономъ или спеціальнымъ закономъ, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые ученые (Биндингъ, Градовскій, Бюловъ) [1]), можно только развѣ въ самомъ общемъ и переносномъ смыслѣ этого слова [2]). Прежде всего ясно, что въ формальномъ отношеніи рѣшеніе не имѣетъ ничего общаго съ закономъ: оно устанавливается не въ законодательномъ порядкѣ и безъ соблюденія формы, предписанной для составленія и изданія закона [3]). Но и въ матеріальномъ отношеніи судебное рѣшеніе рѣзко отличается отъ закона: рѣшеніе дается по поводу отдѣльнаго случая,

[1]) См. *Bülow*, Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen, 1868, S. 3. *Градовскій*, О судебномъ толкованіи законовъ, 1874. *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältniss zu einander, 1881, Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft, B. I, S. 14. *Его же*, Handbuch des Strafrechts, 1885, B. I, S. 34.

[2]) Между прочимъ, не безъ основанія, Листъ замѣчаетъ: „Verwirrend hat vielfach die Bezeichnung des richterlichen Urteils als einer lex specialis gewirkt, eine Bezeichnung, hinter welcher man vergeblich nach einem klaren Gedanken sucht". *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1891 S. 80. Ср. также *Wach*, указ. соч., B. I, S. 6—8.

[3]) Исключеніе представляютъ тѣ случаи, когда законодательная власть сама привлекается къ осуществленію судебныхъ функцій.

бывшаго предметомъ судебнаго разбирательства, и имѣетъ въ виду установленіе конкретнаго правила именно для даннаго случая въ то время, какъ законъ есть юридическая норма, общая или частная, но непремѣнно абстрактная и имѣющая въ виду возможные въ будущемъ случаи, ею опредѣляемые [1]). Поэтому, строго говоря, судебное рѣшеніе не можетъ быть названо закономъ и, разумѣется, еще менѣе удачно называть его закономъ спеціальнымъ (lex specialis), такъ какъ послѣдній терминъ имѣетъ свое опредѣленное и установившееся значеніе. Впрочемъ, если принять во вниманіе, что рѣшеніе суда является авторитетнымъ разъясненіемъ права въ примѣненіи къ частному случаю, что оно создаетъ несуществовавшія до него права и обязанности или выясняетъ спорныя отношенія и что оно въ частномъ дѣлѣ закрѣпляетъ опредѣленный смыслъ за общей нормой права, то во всякомъ случаѣ въ немъ и можно, и должно усматривать одну изъ частныхъ или производныхъ юридическихъ нормъ, которую, по терминологіи нашего законодательства, удобно назвать сепаратной нормой или сепаратнымъ закономъ.

Имѣя въ виду такую юридическую природу отдѣльнаго судебнаго рѣшенія, какъ составного элемента судебной практики, можно съ юридической точки зрѣнія объяснить всѣ основныя черты того явленія огромной силы прецедентовъ, которое вездѣ наблюдается и обращаетъ на себя всеобщее вниманіе.

Какъ видимъ, вліяніе судебнаго прецедента сводится къ тому, что разъ установленная судомъ норма въ одномъ и томъ же смыслѣ примѣняется и при послѣдующемъ разрѣшеніи дѣлъ. Иными словами, въ этомъ явленіи обнаруживаются три частныхъ факта:

а) Юридическая норма не измѣняется, приспособляясь къ особенностямъ отдѣльныхъ случаевъ.

---

[1]) Понятіе закона въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ разработано въ нѣмецкой литературѣ. См. *Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz, 1886, S. 63. *Laband*, Le droit public de l'Empire Allemand, 1901, t. II, p. 260 ss.

б) Судебное рѣшеніе даетъ спеціальное правило примѣненія юридической нормы.

в) Судъ подчиняется этому правилу при разсмотрѣніи вновь возникающихъ однородныхъ дѣлъ.

Всѣ три положенія опираются на основные элементы юридической природы нормы права и обусловливаются юридическимъ содержаніемъ всякаго судебнаго рѣшенія.

Норма права есть прежде всего общее правило, дѣйствующее неизмѣнно въ теченіе опредѣленнаго времени и на извѣстномъ пространствѣ. Какъ общее правило, она обнимаетъ всѣ однородные случаи, соотвѣтствующіе данному типу отношеній. Это не значитъ, конечно, что одинъ случай является во всѣхъ частностяхъ точной копіей другого. Однородными являются только тѣ типическіе признаки, которыми характеризуется юридическій составъ правила, установленнаго нормой. Всѣ случаи, обладающіе такими признаками, объемлются нормой. Напротивъ, измѣненіе хотя бы одного существеннаго признака исключаетъ примѣненіе нормы и вводитъ случай въ разрядъ иныхъ отношеній, подчиненныхъ дѣйствію иныхъ нормъ. Норма не измѣняется, приспособляясь къ особенностямъ и модификаціямъ частныхъ случаевъ, а просто замѣняется другой нормой, тождественной или даже и совершенно новой. Допустить возможность измѣненія нормы въ виду ея приспособленія къ отдѣльнымъ случаямъ—это значитъ уничтожить самую норму, создавши вмѣсто одного общаго правила безчисленное множество частныхъ положеній, пригодныхъ только для единичнаго ихъ примѣненія. При этомъ мотивы измѣненія нормы вполнѣ безразличны: будетъ ли это преступное пристрастіе судьи или его благороднѣйшее стремленіе дать наилучшее рѣшеніе для отдѣльнаго случая — все равно, норма нарушается и разрушается, будучи видоизмѣняема при примѣненіи. Поэтому и въ законодательствахъ требованіе о неизмѣнности разъ установленной нормы права возводится въ твердое и опредѣленное положеніе, предписывающее практикѣ судовъ быть устойчивой и единообразной. Положеніе это не только имѣетъ значеніе общаго

юридическаго правила, но и служитъ основанiемъ для возникновенiя цѣлаго ряда юридическихъ институтовъ, обезпечивающихъ такое единство и такую устойчивость (кассацiонный судъ). Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit!

Неизмѣнность общей нормы обозначаетъ, что одно правило можетъ имѣть только одинъ же общiй смыслъ. Можно спорить при теоретическомъ разысканiи и установленiи этого смысла. Но разъ этотъ смыслъ установленъ въ рѣшенiи суда — онъ становится несомнѣннымъ. Таковъ по крайней мѣрѣ основной принципъ правосудiя. Въ самомъ дѣлѣ, что̀ такое судебный приговоръ по своему содержанiю и по идеѣ? не является ли онъ только частнымъ случаемъ примѣненiя нормы? не служитъ ли онъ только конкретнымъ примѣромъ признанiя права? Никто не скажетъ, что судъ постановляетъ приговоръ, руководствуясь не правомъ, а собственнымъ произволомъ. И даже фактическiя несовершенства въ дѣятельности суда не даютъ основанiя видѣть въ судебномъ приговорѣ *или* актъ примѣненiя права, *или* актъ примѣненiя неправа. Самая идея судебнаго приговора не допускаетъ такой альтернативы. Правосудiе есть *право*судiе, и потому фактическiе недочеты суда никогда не имѣютъ и не могутъ имѣть принципiальнаго значенiя. Они вліяютъ, какъ фактъ, съ которымъ приходится неизбѣжно считаться при построенiи любого института процесса и который — мы это сейчасъ увидимъ—оказываетъ свое дѣйствiе на силу прецедентовъ. Но самое существо судебной дѣятельности и идея суда никогда не опредѣляются такими отрицательными признаками, и ни одного вывода, ни одного процессуальнаго института не построить правильно тому, кто въ такихъ случайныхъ отклоненiяхъ усматриваетъ непреложное существо правосудiя. Въ принципѣ признается, что судъ надѣленъ всѣми необходимыми познанiями (jura novit curia) и всѣми средствами для установленiя правильнаго приговора. Лучше суда и внѣ суда никто этого достигнуть не можетъ. Лучше судебнаго рѣшенiя и внѣ судебнаго рѣшенiя ничто не можетъ внести спокой-

ствія и устоичивости въ жизнь общества, волнуемую постоянными актами неправа и неправды. Судъ есть спеціальный органъ установленія права, судебное рѣшеніе — спеціальный актъ его признанія. Въ этомъ актѣ выражается юридическое мнѣніе или убѣжденіе суда какъ въ томъ, что данные факты имѣютъ такую-то юридическую квалификацію, такъ и въ томъ, что данная норма охватываетъ такіе-то признаки или элементы состава дѣйствій, событій или отношеній, ею опредѣляемыхъ. Въ своемъ приговорѣ судъ указываетъ не только права и обязанности сторонъ процесса, но и авторитетно заявляетъ, гдѣ право и гдѣ неправо, что такое законъ, въ чемъ его требованія и гдѣ его нарушенія.

Такое заявленіе суда, облеченное въ форму судебнаго приговора и освященное его исполненіемъ, связываетъ судью. Обязанный дѣйствовать по праву, а не по произволу, судья находитъ это право въ законѣ или въ жизни. Жизнь даетъ ему неисчерпаемый матеріалъ для разрѣшенія вопросовъ, которые только мимоходомъ затронуты въ постановленіяхъ законодательства; она предлагаетъ ему не только тѣ правила, которыя основываются на такъ наз. „природѣ вещей" или на требованіяхъ „естественнаго права", „справедливости" и т. д., но содержитъ богатѣйшій запасъ точныхъ и реальныхъ юридическихъ нормъ — сепаратныхъ законовъ, и обратиться къ нимъ судьѣ, по меньшей мѣрѣ, не менѣе естественно, чѣмъ къ другимъ возможнымъ средствамъ распознаванія права. И это не только естественно, но и необходимо: при всякомъ новомъ разсмотрѣніи вопроса, уже однажды разрѣшеннаго, судья не можетъ, устанавливая право, дѣйствовать съ той свободой, съ какой онъ дѣйствовалъ въ первый разъ. Самый фактъ существованія перваго рѣшенія измѣняетъ существенно его отношеніе къ дѣлу, вновь возникшему, потому что судья дѣйствуетъ не какъ частное лицо, но какъ органъ государства, высказываетъ не свое личное мнѣніе, но безличный приговоръ суда, который всегда остается однимъ и тѣмъ же, какъ бы ни мѣнялся его личный составъ. Но по идеѣ судъ самъ себѣ противорѣчить не можетъ

и не долженъ. Допустить въ принципѣ такое противорѣчіе — это значитъ признать или то, что каждая норма можетъ измѣняться по волѣ суда, или то, что каждый приговоръ можетъ и не быть осуществленіемъ права. Очевидно, что ни первое, ни второе положеніе не можетъ имѣть руководящаго значенія для правосудія, не можетъ быть тѣмъ основаніемъ, на какомъ зиждутся институты процесса. Очевидно, что тотъ составъ преступленія, который названъ грабежомъ въ одномъ приговорѣ, не можетъ считаться разбоемъ въ другомъ; и одни и тѣ же факты, квалифицированные кражей въ одномъ случаѣ, не становятся присвоеніемъ только отъ того, что дѣло разсматривается инымъ судомъ или въ другое время. Словомъ, судъ не можетъ въ одинаковыхъ дѣйствіяхъ одинъ разъ усматривать преступленіе, заслуживающее кары, а другой разъ — поступокъ, не предусмотрѣнный уголовными законами или даже и вполнѣ безразличный. Этого не допускаетъ не только этическая или логическая, но и юридическая послѣдовательность. Взглядъ суда на право, принципъ правосудія, установленный въ одномъ случаѣ, долженъ быть также признаваемъ и для другихъ случаевъ. Иначе будетъ противорѣчіе, которое въ каждомъ приговорѣ заставитъ видѣть не истину, а ложь, не право, а произволъ. Но если юридически приговоръ суда мыслимъ только какъ актъ примѣненія права и только права, то ясно, что за рѣшеніемъ должно признать, съ одной стороны, силу закона по данному дѣлу и, съ другой стороны, силу прецедента для другихъ дѣлъ. Judicia enim auch rae legum sunt, ut leges reipublicae!

Такимъ образомъ приговоръ суда имѣетъ извѣстное юридическое значеніе не только спеціальное (res judicata), но и общее (res praejudicata), и всякій судъ юридически обязанъ считаться съ прежними рѣшеніями и толкованіями права. А такъ какъ эти рѣшенія и толкованія не повторяютъ только букву закона и не являются результатомъ только механической дѣятельности судовъ, то и оказывается, что при посредствѣ судебной практики въ жизнь общества вводятся правила, которыя получаютъ общее значеніе, отливаются въ

своеобразную и по внѣшности точно различаемую форму прецедентовъ и имѣютъ внѣшнюю силу юридической принудительности. Такое явленіе есть *явленіе правообразованія*, а самая форма, въ которую облекаются и которой закрѣпляются такъ возникающія нормы, носитъ техническое названіе *источника права*. Съ помощью прецедентовъ образуются юридическія нормы, а судебная практика ихъ фиксируетъ и потому является, въ подлинномъ и истинномъ смыслѣ этихъ словъ, источникомъ права (Rechtsquelle, source de droit).

Признавая судебную практику источникомъ права и усматривая въ отдѣльномъ судебномъ приговорѣ сепаратную норму, съ которой судъ юридически обязанъ считаться при разрѣшеніи вновь возникающихъ однородныхъ дѣлъ, мы имѣемъ въ виду общую или принципіальную сторону изучаемаго явленія и далеки отъ мысли придавать судебнымъ прецедентамъ силу, безусловно-обязательную и одинаковую для всѣхъ временъ и для всѣхъ народовъ. Какъ, въ какой степени и въ какой формѣ проявится значеніе судебныхъ прецедентовъ въ дѣйствительности — это зависитъ отъ многихъ условій. Во всякомъ случаѣ судебная практика, какъ совокупность однородныхъ прецедентовъ [1]), имѣетъ большее значеніе, чѣмъ единичное рѣшеніе суда, которое хотя и можетъ

---

[1]) Мы съ самаго начала (см. выше стр. 1—2) установили значеніе терминовъ, нами употребляемыхъ. У другихъ авторовъ подъ именемъ „судебной практики" часто разумѣются весьма разнородныя понятія. Въ частности мнѣнія расходятся и по вопросу о числѣ прецедентовъ, необходимыхъ для признанія судебной практики. Многіе (Іорданъ, Зейфертъ, Тёль, Моль) наличность даже единичнаго судебнаго рѣшенія считаютъ достаточнымъ для того, чтобы признать существованіе Gerichtsgebrauch'a по тому или другому вопросу; другіе (законодательство Брауншвейга) требуютъ по крайней мѣрѣ двухъ однородныхъ приговоровъ; третьи (Кирульфъ) находятъ возможнымъ говорить о судебной практикѣ только тогда, когда имѣется во всякомъ случаѣ не менѣе трехъ однородныхъ прецедентовъ и т. д. См. *Jordan*, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, 1825, Archiv f. d. c. Praxis, B. VIII, S. 234. *Kierulff*, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, B. I, S. 38. *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privat-

иногда получить силу общей нормы [1]), но вообще далеко не всегда является достаточно опредѣленнымъ и часто представляется весьма условнымъ. Конечно, если бы имѣть въ виду ту лишь идеальную или принципіальную сторону судебной дѣятельности, о которой мы только что говорили, за приговоромъ суда пришлось бы признать во всѣхъ отношеніяхъ безусловное значеніе. Но всѣ институты процесса должны считаться съ фактическими условіями дѣятельности суда и съ реальными несовершенствами правосудія, которое отправляется не небеснымъ представителемъ божественной справедливости, а обыкновеннымъ смертнымъ судьею. Вотъ почему обязательное значеніе судебнаго рѣшенія — и какъ сепаратнаго закона, и какъ прецедента — условно настолько, насколько условна и самая правильность или истинность его. Силу закона получаетъ рѣшеніе не тотчасъ послѣ постановленія его судомъ (процессуальные сроки), эта сила сообщается далеко не всякому рѣшенію суда (возможность обжалованія приговора и отмѣны его въ высшей инстанціи), а вступившій въ законную силу приговоръ сохраняетъ ее только при извѣстныхъ предположеніяхъ (отмѣна приговора въ порядкѣ возобновленія дѣла, или по давности неисполненія судебнаго рѣшенія, или въ виду помилованія осужденнаго). Подобно этому обязательность прецедента принадлежитъ не всякому прежнему рѣшенію суда и степень ея зависитъ отъ многихъ условій. Да и самая судебная практика, въ качествѣ источника права, допускаетъ различныя степени опредѣленности и обязательности (примѣръ—Англія). Поэтому называя судебную практику источникомъ права, не слѣдуетъ упускать изъ виду извѣстныхъ свойствъ и особенностей юридическихъ нормъ разнаго типа.

---

recht, 1851, S. 136. *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, 1860, B. I, S. 14. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1862, B. II, S. 389. *Pfaff-Hofmann*, Commentar, 1882, B. I, Ab. 2, S. 282 ff.

[1]) Такую силу отдѣльное судебное рѣшеніе получаетъ или de facto (наказуемость дуэли во Франціи), или de jure (рѣшенія англійскихъ судовъ). Другіе примѣры намъ извѣстны изъ предыдущаго.

Во-первыхъ, каждый источникъ права закрѣпляетъ (фиксируетъ) нормы, степень принудительности которыхъ далеко не одинакова. Рядомъ съ нормами, имѣющими безусловно-обязательную силу велѣній авторитетной воли, отъ требованій которой невозможно никакое уклоненіе, встрѣчаются нормы съ характеромъ или условнымъ, или альтернативнымъ, или дозволительнымъ [1]); рядомъ съ велѣніями, отлившимися въ форму такъ наз. leges perfectae или leges plus quam perfectae, имѣются и leges imperfectae, юридическаго значенія которыхъ никто не отрицаетъ только потому, что въ правѣ не существуетъ силы, которая бы могла санкціонировать ихъ исполненіе (таковы всѣ нормы, опредѣляющія обязанности верховной власти). Поэтому безусловная принудительность или обязательность нормы отнюдь не входятъ въ число существенныхъ признаковъ ея юридическаго значенія. Юридическими могутъ быть и нормы небезусловно обязательныя.

Во-вторыхъ, каждый источникъ права имѣетъ свою особую природу, свои особыя условія возникновенія, развитія и прекращенія. Законъ *создается* и *отмѣняется* въ одномъ порядкѣ; обычай *возникаетъ* и *вымираетъ* — въ другомъ; судебная практика *слагается* и *измѣняется* — въ третьемъ. Законъ смѣняется закономъ, обычай — обычаемъ, прецедентъ — прецедентомъ. Сверхъ того каждый источникъ права оказываетъ давленіе и вліяніе на смежныя области иныхъ источниковъ, потому что соціальныя силы, творящія право (правотворящіе элементы или факторы въ матеріальномъ значеніи), однѣ и тѣ же для всякихъ нормъ, въ какую бы форму эти послѣднія ни отливались, какимъ бы источникомъ права онѣ ни фиксировались. Отсюда — въ зависимости отъ тѣхъ или другихъ историческихъ условій — возможность оправданія закона обычаемъ или обычая закономъ [2]), возможность отмѣны

[1]) Впрочемъ, вопросъ о существованіи дозволительныхъ нормъ представляется спорнымъ. Ср. *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 292—293. *Гредескулъ*, Къ ученію объ осуществленіи права, 1900, стр. 52—67.

[2]) Теперь, при преобладающемъ значеніи законодательства,

закона въ судебной практикѣ или въ обычаѣ [1]), возможность уничтоженія закономъ возникшаго обычая или прецедента. Словомъ сказать, каждый источникъ права въ своихъ дѣйствіяхъ укрѣпляется, контролируется и ограничивается дѣйствіями другихъ источниковъ. Это явленіе общее и постоянное, хотя многообразно измѣняющееся въ зависимости отъ соціальныхъ условій эпохи.

Въ-третьихъ, наконецъ, и самая опредѣленность нормъ, отлившихся въ ту или другую форму, допускаетъ разные оттѣнки и степени: между кристаллизованной формой установившагося обычая или отлично редактированнаго закона, съ одной стороны, и неясными очертаніями только что созданнаго и еще невполнѣ закрѣпленнаго правоположенія — съ другой, существуетъ безконечный рядъ нормъ, степень опредѣленности которыхъ можетъ быть весьма и весьма различной. Эпохи, предшествовавшія первымъ попыткамъ законодательной кодификаціи права (напр. передъ изданіемъ Судебниковъ или передъ изданіемъ Литовскаго Статута), вездѣ характеризовались хаотическимъ состояніемъ обычаевъ, при которомъ и самое право становилось трудно распознаваемымъ; напротивъ, въ другія времена (какъ у насъ въ XVIII ст.) крайнее несовершенство законодательнаго аппарата при-

---

часто замѣчаютъ, что въ той или иной области народной жизни обычай дѣйствуетъ только въ тѣхъ предѣлахъ, какіе для этого установлены закономъ (ст. 129 и 130 у. г. с. и объясненія къ этимъ статьямъ въ Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. 1867 г., т. I, стр. 68—73). Напротивъ, въ прежнія времена самъ законодатель считалъ необходимымъ оправдывать свои постановленія ссылками на обычай, которому принадлежало главное значеніе („мы старины не рушаемъ, а новины не вводимъ, хочемъ все по тому мѣти, какъ будетъ было", говорилъ часто законодатель, вводя какія-нибудь новыя правила).

[1]) Вопросъ объ отмѣнѣ закона путемъ обычая или судебной практики представляется спорнымъ и возбуждаетъ много любопытныхъ соображеній съ точки зрѣнія государственнаго права современныхъ народовъ. Въ положительномъ смыслѣ его разрѣшаютъ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, B. I, S. 210 ff. и *Laband*, Le droit public de l'Empire Allemand, 1901, t. II, p. 364—365.

водило къ созданію и законовъ несовершенныхъ — неясныхъ, неточныхъ, противорѣчивыхъ, необдуманныхъ и въ своей необдуманности крайне многочисленныхъ, такъ что подчасъ трудно было сказать даже, гдѣ же тотъ законъ, который нормируетъ данный случай, и какое собственно имѣетъ онъ значеніе (въ виду противорѣчій) или содержаніе (въ виду неясности). Несмотря на то и въ эти смутныя эпохи обычай оставался обычаемъ, законъ — закономъ, хотя и несовершеннымъ, необразцовымъ по своей формѣ.

Вотъ почему, признавая судебную практику источникомъ права, мы этимъ еще не опредѣляемъ въ точности ни степени ея обязательности, ни степени ея неподвижности, ни степени ея опредѣленности. Крайніе предѣлы возможныхъ колебаній, при которыхъ утрачивается и самое представленіе о правѣ, все же довольно далеко отстоятъ другъ отъ друга; между этими предѣлами возможны свои модификаціи, которыя не уничтожаютъ за практикой силу источника права, но придаютъ ей различную внѣшнюю форму. Судебная практика является источникомъ права въ Англіи; но, разумѣется, источникомъ права является и практика судовъ Европы, хотя формы дѣйствія англійской судебной практики однѣ, континентальной — другія.

Трудность теоретическаго опредѣленія формъ дѣйствія судебной практики (теорія прецедентовъ) зависитъ отъ двухъ равно важныхъ, хотя и противоположныхъ положеній. Съ одной стороны, каждый судъ признается равноправнымъ съ другими судами органомъ правосудія, который въ примѣненіи права руководствуется собственнымъ убѣжденіемъ, а потому никакія указанія другихъ судовъ для него не могутъ имѣть обязательной силы, и по сравненію со своими предшественниками, оставившими въ наслѣдство несмѣтную массу прецедентовъ, новый судья не имѣетъ повода воскликнуть, перефразируя слова поэта: „Weh mir, dass ich ein Enkel bin!" Съ другой стороны, какъ органъ справедливости, какъ представитель законности, какъ охранитель устойчивости правового порядка, всякій судъ не долженъ дѣйствовать произ-

вольно, толкуя одни и тѣ же законы въ разныхъ смыслахъ и давая имъ разнообразное примѣненіе. Оба эти требованія равно законны, каждое соединяется со своими ему только присущими выгодами и достоинствами, но вмѣстѣ съ тѣмъ ни одно не можетъ получить безграничнаго признанія. Поэтому въ теоріи, при оцѣнкѣ силы прецедентовъ, необходимо согласиться, что истина лежитъ посерединѣ: равно невѣрно и полное отрицаніе какого бы то ни было юридическаго значенія за практикой судовъ, и полное подчиненіе судейскаго убѣжденія взглядамъ, прежде высказаннымъ въ отдѣльныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ.

Свобода судейскаго убѣжденія — это есть свобода мысли, свобода изслѣдованія, свобода критики, та свобода, которая предотвращаетъ рутину и застой, которая изъ отправленія правосудія дѣлаетъ живой актъ справедливости, а не мертвое нагроможденіе приказнаго крючкотворства. Ей мы обязаны расширеніемъ кругозора въ пониманіи и примѣненіи законовъ, ей принадлежитъ заслуга уясненія истиннаго смысла и глубокаго содержанія многихъ положеній права и юридическихъ институтовъ. Она есть факторъ прогресса и раціональнаго развитія права въ предѣлахъ закона и собственныхъ законныхъ полномочій.

Однакоже свобода убѣжденія судьи представляетъ и свои опасности.

Прежде всего, конечно, всякій въ правѣ самостоятельно изслѣдовать и толковать смыслъ закона; однакоже судья неопытный лучше сдѣлаетъ, послѣдовавъ примѣру своихъ болѣе опытныхъ товарищей. Дѣло не въ томъ, что это будетъ для него самого удобнѣе: *правосудіе* избѣгнетъ рѣшеній случайныхъ и легкомысленныхъ.

Затѣмъ, нѣтъ физической возможности, чтобы судья, опытный и даже широко надѣленный творческими способностями, *всѣ* возникающіе вопросы сумѣлъ разрѣшить вполнѣ самостоятельно и свободно, довѣряя только силѣ своихъ знаній и силѣ своего ума. Даже ученый изслѣдователь вопросовъ права, который не стѣсненъ требованіями быстраго ихъ

разрѣшенія, невсегда можетъ получить лучшіе результаты, пренебрегши работами своихъ предшественниковъ. Что же сказать о судьѣ, который часто завалент дѣлами, не терпящими отлагательства? Не окажется ли его собственное и поверхностное сужденіе *свободнымъ* шагомъ назадъ отъ того, что уже успѣли выработать другіе путемъ продолжительнаго и глубокаго размышленія, изученія, примѣненія? Недаромъ, уже римляне говорили: обычай есть лучшій истолкователь законовъ — optima enim est legum interpres consuetudo!

Наконецъ, свобода убѣжденія иногда грозитъ перейти въ свободу увлеченія какими-нибудь новыми теоріями, часто слабыми и поверхностными. Такого рода увлеченія въ особенности опасны теперь, когда развитіе гласности и сила общественнаго мнѣнія очень благопріятствуютъ распространенію различныхъ „модъ" не только въ костюмахъ, но и въ идеяхъ. Вѣянія времени отражаются на правосудіи, и оно даетъ намъ не одинъ образецъ рѣшеній и толкованій закона вполнѣ „модныхъ", но зато и вполнѣ несправедливыхъ и неосновательныхъ.

Такимъ образомъ устойчивость во взглядахъ уже высказанныхъ и примѣненныхъ судомъ оправдывается съ точки зрѣнія собственныхъ интересовъ юстиціи и во многихъ случаяхъ является выраженіемъ не судебной рутины, но справедливости и осторожной осмотрительности, которая бережно относится къ жалобамъ, обидамъ и страданіямъ людей, прибѣгающихъ къ защитѣ суда, и воздерживается отъ рискованныхъ экспериментовъ надъ тѣмъ, что́ связано съ жизнью и честью, съ семьей и имуществомъ человѣка — хотя бы даже и преступнаго.

Очевидно, требованіе постоянства судебной практики имѣетъ прежде всего безусловное оправданіе для тѣхъ случаевъ, когда важно не столько то, что̀ заключается въ правилѣ, сколько то, что именно существуетъ уже опредѣленное правило. Сюда относятся всѣ тѣ формальныя и условныя положенія, которыя касаются частностей и мелочей права (процесса); ихъ внутреннее значеніе не опирается на тѣхъ или

иныхъ соображеніяхъ болѣе или менѣе глубокихъ и основательныхъ, а объясняется тѣмъ, что такъ принято, такъ раньше дѣлали. Сюда же относятся и всѣ сомнительныя, двусмысленныя положенія, для твердаго разрѣшенія которыхъ въ томъ или иномъ смыслѣ нѣтъ никакихъ положительныхъ данныхъ. Въ другихъ случаяхъ устойчивость судебной практики имѣетъ меньшее значеніе, такъ какъ обыкновенно важно не только внѣшнее однообразіе примѣненія нормы судомъ, но и правильность или основательность такого примѣненія. Однакоже всякій судья—даже при основательномъ стремленіи измѣнить ранѣе высказанный взглядъ—невольно останавливается въ раздумьи надъ допущенной уже ошибкой и потому особенно осторожно исправляетъ ее, помня, что нѣтъ почти закона, который бы не могъ быть толкуемъ въ нѣсколькихъ смыслахъ не только въ зависимости отъ своей формы, но и отъ качествъ его истолкователя (большая или меньшая опытность судьи, его знанія, внимательность, добросовѣстность и т. д.). Доказательство тому — хотя бы современная практика нашихъ судовъ, которая для многихъ статей закона даетъ рядъ примѣровъ ихъ примѣненія въ различныхъ и часто противоположныхъ смыслахъ. Недаромъ, старая русская поговорка, умудренная печальнымъ опытомъ вѣковъ, гласитъ: „законъ—что конь: куда хочешь, туда и поворотишь". Недаромъ, лучшіе представители науки хотѣли нѣкогда видѣть въ судьѣ только механическаго примѣнителя законовъ. Извѣстныя соображенія Беккаріи, высказанныя по поводу опасностей чрезмѣрной свободы толкованія, имѣютъ полное значеніе если не для отрицанія самого права судебной интерпретаціи, то во всякомъ случаѣ для выясненія огромной дисциплинирующей роли судебныхъ прецедентовъ и судебной традиціи. Безъ такой традиціи не мыслима устойчивая, однообразная и постоянная практика судовъ. Освободить суды отъ вліянія прецедентовъ, говоря словами Наказа Екатерины II, „сіе не что иное значитъ, какъ сломити преграду, противящуюся стремительному людскихъ мнѣній теченію, а такъ какъ всякій человѣкъ имѣетъ свой собствен-

ный ото всѣхъ отличный способъ смотрѣть на вещи его мыслямъ представляющіяся, то мы бы увидѣли судьбу гражданина премѣняемую переносомъ дѣла его изъ одного правительства во другое, и жизнь его и вольность на удачу зависящую отъ ложнаго какого разсужденія или отъ дурного расположенія его судіи" (гл. X, п. 154).

Слѣдуетъ ли отсюда, что судья безусловно связанъ разъ даннымъ имъ рѣшеніемъ, какъ прецедентомъ? Этого никто не говоритъ, да и вообще нѣтъ основаній опасаться, чтобы во имя устойчивости и единообразія судебной практики кто-нибудь сталъ придавать всякому рѣшенію силу общаго закона. Этого не допускаютъ даже крайніе защитники обязательности прецедентовъ. Невозможность такого положенія очевидна: потому что судъ скорый далеко не всегда бываетъ судомъ правымъ и основательнымъ; потому что въ одностороннемъ освѣщеніи разрѣшаемаго дѣла прецедентъ часто утрачиваетъ общее значеніе; потому что во всякомъ случаѣ свобода судейскаго убѣжденія не можетъ быть замѣнена раболѣпными ссылками на прежнія рѣшенія хотя бы и верховнаго кассаціоннаго суда; потому что, наконецъ, всѣ прецеденты не могутъ быть закрѣплены ихъ публикаціей, не могутъ сдѣлаться общеизвѣстными и множество ихъ по текущимъ дѣламъ мелочей обыденной жизни скоро забывается и, такъ сказать, умираетъ естественной смертью.

Этими общими теоретическими соображеніями выясняются только основныя черты, движущія пружины дѣйствія прецедентовъ. Конкретныя формы этого дѣйствія (практика прецедентовъ) осложняются множествомъ привходящихъ обстоятельствъ. Прежде всего онѣ опредѣляются тѣмъ сочетаніемъ, въ какомъ приняты въ той или другой странѣ начало свободы судейскаго убѣжденія — съ одной стороны и принципъ законности судебной дѣятельности — съ другой. А это сочетаніе всецѣло зависитъ отъ историческихъ условій мѣста и времени. Можно только общимъ образомъ замѣтить, что судебная практика получаетъ бо́льшее вліяніе тамъ, гдѣ слаба продуктивность другихъ источниковъ права, гдѣ свобода

судейскаго убѣжденія достаточно обезпечена общими условіями (такъ что не требуется обезпечивать ее еще спеціально на счетъ силы прецедентовъ) и гдѣ начало законности настолько вошло во всеобщее сознаніе, что малѣйшій произволъ вызываетъ уже ощутительную реакцію (наибольшую силу за судебными прецедентами признаютъ государства самыя свободныя: нѣкогда—республика Римская, теперь—Англія и Соединенные Штаты Сѣв. Америки). Напротивъ, сила судебной практики уменьшается по мѣрѣ усиленія другихъ источниковъ права и по мѣрѣ развитія всѣхъ тѣхъ внѣшнихъ условій, которыми можетъ опредѣляться однородность судебныхъ рѣшеній (даже помимо спеціальнаго вліянія со стороны прецедентовъ). Къ такимъ условіямъ принадлежатъ: ясность законовъ, выработанность научныхъ теорій, одинаковость судейскаго образованія, однородность состава судовъ, тождество внѣшнихъ условій судебной дѣятельности и т. д.

ГЛАВА IV.

Примѣрныя рѣшенія судовъ по русскому законодательству.

1.

Переходя къ разсмотрѣнію значенія судебныхъ прецедентовъ въ Россіи, мы сначала отмѣтимъ тѣ общія постановленія нашего законодательства, которыя, требуя единообразія и устойчивости въ практикѣ судовъ, тѣмъ самымъ налагаютъ на судей обязанность считаться съ прежними рѣшеніями, устанавливающими и разъясняющими смыслъ законовъ.

Прежде всего въ основныхъ законахъ единообразное примѣненіе права общимъ образомъ обезпечивается какъ отъ случайностей истолкованія, такъ и отъ злопамѣренныхъ актовъ произвола. Заботясь о томъ, чтобы законы дѣйствовали „единообразно въ общей ихъ силѣ", нашъ сводъ требуетъ точнаго и буквальнаго ихъ исполненія, не допускаетъ „обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій" и предписываетъ безпристрастное примѣненіе всякаго закона, „не смотря на лица и не внимая ни чьимъ требованіямъ и предложеніямъ" (ст. 64, 65 и 69).

Въ учрежденіи сената этому высшему правительствующему установленію поручены обязанности изъясненія законовъ сомнительныхъ. Такое изъясненіе должно быть однообразнымъ, и потому рядъ мѣръ установляется въ интере-

сахъ достиженія возможнаго однообразія сенатской практики. Между прочимъ „для споспѣшествованія единообразному и полному объясненію возникшаго сомнѣнія" при исполненіи того или другого закона предписывается всѣ представленія подчиненныхъ сенату мѣстъ передавать непремѣнно въ одинъ департаментъ безъ различія подвѣдомственности, такъ какъ разъясненіе одного и того же вопроса въ разныхъ департаментахъ легко можетъ оказаться неединообразнымъ (ст. 199 п. 2).

Въ судебныхъ уставахъ, расширившихъ права судовъ при толкованіи и примѣненіи законовъ, требованіе единообразія судебной практики опредѣлено еще точнѣе. Составители судебныхъ уставовъ понимали, что „невозможно связывать будущихъ дѣятелей толкованіемъ принудительнымъ" и что „время безконечно, и потому мысль сковать значеніе закона и остановить его дальнѣйшее развитіе была бы столь же неосновательною, какъ и намѣреніе остановить теченіе времени" [1]). Поэтому они предоставили судамъ широкія права рѣшать дѣла, несмотря на недостатокъ, неполноту, неясность или противорѣчіе законовъ. Одновременно съ тѣмъ они выдвинули и идею кассаціоннаго пересмотра, въ качествѣ одного изъ важнѣйшихъ средствъ для осуществленія принципа единообразной практики судовъ. „Очевидно, разсуждали они, что ни строгія правила уложенія о наказаніяхъ (обезпечивающія отъ неправосудія), ни основной законъ о толкованіи законовъ согласно общему духу законодательства (ст. 65 основ. зак.) не могутъ быть приводимы въ дѣйствіе безъ учрежденія одного верховнаго суда, надзирающаго за строгимъ соблюденіемъ предписаннаго въ ст. 65-ой основ. законовъ правила объ однообразномъ толкованіи законовъ. Обязанность сего суда должна состоять въ томъ, чтобы предупреждать и уничтожать разнообразное толкованіе закона (это естественное послѣдствіе множества судебныхъ мѣстъ

---

[1]) Суд. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. III.

въ Имперіи), ограждать твердость закона, не допускать и преслѣдовать явное онаго нарушеніе, однимъ словомъ: сосредоточивать въ себѣ высшій надзоръ и быть верховнымъ блюстителемъ правосудія въ Имперіи" [1]). Исполненіе функціи такого верховнаго суда было поручено Правительствующему Сенату (у. с. у. ст. 1), а самая роль его опредѣлилась такъ: мировые судьи, ихъ съѣзды, окружные суды и судебныя палаты призваны разсматривать дѣла по существу; Правительствующій же Сенатъ, въ качествѣ верховнаго кассаціоннаго суда, не рѣшая дѣлъ по существу въ общемъ порядкѣ судопроизводства, наблюдаетъ только за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными установленіями Имперіи (ст. 5 у. с. у.)[2]). Средствами для осуществленія такого однообразія явились: право надзора, кассаціонный пересмотръ и, наконецъ, общее руководство при помощи публикаціи рѣшеній и опредѣленій сената.

Той же мыслью о необходимости единообразнаго примѣненія законовъ руководились составители судебныхъ уставовъ и при разрѣшеніи вопроса о возможности раздробленія кассаціонныхъ функцій между нѣсколькими судебными установленіями.

„Власть отмѣнять окончательныя рѣшенія судебныхъ мѣстъ, въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ, — говорили они — можетъ принадлежать только одному верховному въ государствѣ судилищу, которое и учреждается для того именно, чтобы, не рѣшая дѣлъ по существу, наблюдать за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными мѣстами Имперіи. Раздробленіе этой власти между палатами, т. е. предоставленіе имъ права толкованія законовъ и существенныхъ формъ и обрядовъ судо-

---

[1]) Суд. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. 362—363.

[2]) Эти мысли въ такой же почти формѣ выражены въ соображеніяхъ къ основнымъ положеніямъ судоустройства (къ ст. 42—46) и въ мотивахъ къ 1 ст. у. с. у. См. Суд. Уст. въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. III, стр. XXIX и 14—15.

производства, умалило бы совершенно значеніе высшаго судилища и вмѣстѣ съ тѣмъ дало бы неизбѣжно поводъ къ различнымъ объясненіямъ закона, а сила и значеніе всякаго закона необходимо обусловливаются единообразнымъ его исполненіемъ. Дозволить принесеніе жалобъ на окончательныя рѣшенія въ палаты, а не въ сенатъ, значитъ допустить столько же различныхъ толкованій одного и того же закона, сколько будетъ палатъ; а разнообразное толкованіе закона поставитъ гражданъ въ такое положеніе, что имъ нельзя будетъ разсчитывать на силу гражданскаго закона, на его неприкосновенность и ненарушимость. Тогда, вмѣсто ожидаемыхъ отъ судебнаго преобразованія улучшеній, явится самое ужасное зло, потому что для гражданъ не можетъ быть бо́льшаго зла, когда они не знаютъ что законно и что противно закону, когда они теряютъ сознаніе о своихъ правахъ и обязанностяхъ, между тѣмъ какъ всякое гражданское общество существуетъ прочно только подъ управленіемъ на твердомъ основаніи закона. Наконецъ дробленіе власти сената лишило бы его того высокаго значенія, которое такъ ясно очерчено въ основныхъ положеніяхъ, сосредоточивающихъ въ сенатѣ власть верховнаго судилища, поставленнаго на стражѣ ненарушимости закона на всемъ пространствѣ его дѣйствія. Мысль о такомъ высокомъ значеніи сената всегда присуща была его учрежденію, которое, при всѣхъ частныхъ въ немъ перемѣнахъ, всегда оставалось верховнымъ мѣстомъ и средоточіемъ судебнаго управленія, куда стекались всѣ представленія о сомнѣніяхъ и недоразумѣніяхъ въ смыслѣ закона. Понятно, что такое важное въ государственномъ организмѣ отправленіе, какъ охраненіе силы и истиннаго смысла закона, можетъ быть ввѣрено только верховному мѣсту судебнаго управленія, только лицамъ, пользующимся особеннымъ довѣріемъ верховной власти. Отправленіе правосудія въ государствѣ должно быть всюду одинаково. Всѣ органы суда должны дѣйствовать подъ надзоромъ одной и нераздѣльной власти верховнаго судилища. Только при такомъ единствѣ толкованія закона, судебная доктрина можетъ сдѣлаться достояніемъ

каждаго и въ нашей русской жизни установится тотъ духъ законности, при которомъ только и можемъ мы ожидать общественнаго благоустройства и настоящаго, а не мнимаго прогресса" [1]).

Отступленіе отъ принципа единства кассаціоннаго суда допущено было, по практическимъ соображеніямъ, въ очень ограниченныхъ предѣлахъ. Хотя послѣдующее законодательство эти предѣлы значительно расширило, но идея о необходимости единообразнаго истолкованія и примѣненія законовъ развивается и находитъ рядъ новыхъ подтвержденій.

Такъ, законъ 10 іюня 1877 г., руководствуясь этой идеей, вноситъ нѣкоторыя измѣненія въ самый порядокъ разсмотрѣнія дѣлъ въ сенатѣ въ зависимости отъ того, требуетъ ли дѣло или не требуетъ „разъясненія точнаго смысла законовъ для руководства къ единообразному ихъ истолкованію или примѣненію". Въ первомъ случаѣ дѣло подлежитъ разсмотрѣнію Департамента Сената, во второмъ случаѣ оно разсматривается въ одномъ изъ отдѣленій Департамента [2]).

Тотъ же законъ расширяетъ права министра юстиціи по наблюденію за однообразіемъ судебныхъ порядковъ. До того времени министръ юстиціи могъ только принимать мѣры къ отклоненію нарушенія правилъ внутренняго устройства и дѣлопроизводства въ судебныхъ мѣстахъ (у. с. у. ст. 159). Теперь онъ получаетъ право предлагать на обсужденіе кассаціонныхъ департаментовъ сената и ихъ общихъ собраній, а также общаго собранія перваго и кассаціонныхъ департаментовъ, о доходящихъ до его свѣдѣнія вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднообразно въ разныхъ судебныхъ мѣстахъ или же возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія.

Въ этомъ же направленіи пошелъ и законъ 29 декабря 1889 г., въ силу котораго для пересмотра, по предложеніямъ министра юстиціи, судебныхъ рѣшеній губернскихъ присут-

---

[1]) Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. 94—100.

[2]) Ст. 916^2, 916^3 у. у. с. и ст. 802^2, 802^3 у. г. с.

ствій, въ видахъ установленія правильнаго и единообразнаго примѣненія закона и возстановленія нарушеннаго порядка, составляется въ правительствующемъ сенатѣ соединенное присутствіе перваго и гражданскаго или уголовнаго кассаціонныхъ департаментовъ [1]).

Требованіе единообразнаго примѣненія законовъ судами находитъ свою санкцію въ цѣломъ рядѣ возможныхъ послѣдствій какъ въ видѣ отмѣны приговора высшей инстанціей (иногда по просьбѣ сторонъ, а иногда и безъ такой просьбы) [2]), такъ и въ видѣ отвѣтственности судьи — гражданской, дисциплинарной или даже и уголовной.

Неокончательные приговоры подлежатъ контролю инстанцій апелляціонныхъ, объединяющихъ судебную дѣятельность на пространствѣ нѣсколькихъ губерній или областей. Окончательные приговоры контролируются сенатомъ. Статьи 793 у. г. с. и 912 у. у. с., въ видахъ охраненія точной силы закона, поводами кассаціи признаютъ: „явное нарушеніе прямого смысла закона или неправильное толкованіе его", „нарушеніе обрядовъ и формъ столь существенныхъ, что безъ соблюденія ихъ невозможно признать приговоръ въ силѣ судебнаго рѣшенія", „нарушеніе предѣловъ вѣдомства или власти, закономъ предоставленной судебному установленію". Кромѣ того въ опредѣленныхъ случаяхъ, при открытіи новыхъ обстоятельствъ, возможенъ пересмотръ или возобновленіе дѣла, неправильно разрѣшеннаго (напр. ст. 792, 794 у. г. с., ст. 23 у. у. с.). А такъ какъ вопросъ о правильности примѣненія закона самостоятельно рѣшается высшей инстанціей, разсматривающей дѣло, то разумѣется, что низшіе су-

---

[1]) Въ обоихъ случаяхъ дѣятельности сената, вызванной по иниціативѣ министра юстиціи, сенатскія рѣшенія или опредѣленія могутъ быть публикуемы на общемъ основаніи для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ (ст. 119^5 и 259^1 у. с. у.).

[2]) Напримѣръ, по предложенію министра юстиціи въ порядкѣ ст. 119^5 у. с. у. Примѣры изъ судебной практики собраны въ „Сборникѣ опредѣленій Соединенныхъ присутствій", 1896 г., стр. 809—882.

ды, избѣгая отмѣны своихъ приговоровъ, слѣдуютъ за практикой судовъ высшихъ и подчиняются ихъ авторитету, если не находятъ вѣскихъ причинъ думать, что высшая инстанція сама покинетъ свою прежнюю практику.

Къ тому же отклониться отъ установившагося на практикѣ взгляда невсегда безопасно: съ одной стороны, судья рискуетъ, что ему будетъ „поставлено на видъ явное несоблюденіе законовъ" [1]); съ другой стороны, отклоненіе отъ обычнаго и установившагося пониманія и примѣненія той или иной нормы можетъ незамѣтно переходить въ сферу „неправосудія", именно по ст. 370 улож. о наказ., которая грозитъ замѣчаніемъ или даже и выговоромъ (со внесеніемъ или безъ внесенія его въ послужной списокъ), когда окажется, что несправедливое рѣшеніе въ дѣлѣ гражданскомъ или уголовномъ послѣдовало отъ ошибки судьи или неправильнаго, лишь по недоразумѣнію, толкованія законовъ. А затѣмъ, разъ будетъ признана неправильность въ приговорѣ, всегда возможно ожидать и гражданской отвѣтственности судьи за убытки, понесенные вслѣдствіе неправильныхъ или пристрастныхъ дѣйствій (ст. 1331 у. г. с.).

2.

Выдвигая столь настойчиво принципъ единообразнаго примѣненія законовъ судами и утверждая его подчасъ съ помощью весьма энергическихъ мѣръ, наше законодательство не могло оставить безъ вниманія вопросъ о силѣ судебныхъ прецедентовъ, такъ какъ хотя и не единственнымъ, но основнымъ условіемъ всякаго однообразія, насколько оно является продуктомъ сознательной дѣятельности человѣка, служитъ знаніе и внимательное отношеніе къ тому, что уже раньше дѣлалось и примѣнялось.

И, дѣйствительно, уже въ основныхъ законахъ содер-

[1]) Ст. 249[1], 250, 265 у. с. у., ст. 204 учр. сената, рѣш. уг. д. 1868 г. № 31, 1895 г. № 24 и др.

жится общее опредѣленіе значенія прецедентовъ: судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ хотя могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ, но не могутъ быть признаваемы закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ, ниже́ служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ (ст. 69) [1]).

Здѣсь установлено три положенія:

а) Судебныя рѣшенія могутъ въ качествѣ прецедентовъ служить для поясненія вновь разсматриваемыхъ дѣлъ.

б) Судебныя рѣшенія не имѣютъ значенія общихъ и для всѣхъ обязательныхъ законовъ.

в) Судебныя рѣшенія не могутъ служить основаніемъ окончательныхъ приговоровъ по дѣламъ подобнымъ.

Второе изъ указанныхъ положеній можно оставить безъ разсмотрѣнія, такъ какъ оно ясно, согласовано со всѣми постановленіями другихъ законовъ и не возбуждаетъ никакихъ споровъ: законодательная власть нашимъ судамъ не принадлежитъ [2]). Напротивъ, первое и третье положенія 69 ст. основ. зак. требуютъ нѣкоторыхъ разъясненій.

Ст. 69, какъ можно видѣть изъ ссылки свода, при ней помѣщенной, основывается на указахъ 15 октября 1719 г., 22 февраля 1798 г. и 31 августа 1825 г.

---

[1]) Прежде существовавшее примѣчаніе къ 69 ст. основ. зак., въ которомъ повторялись постановленія суд. уставовъ о публикаціи кассац. рѣшеній сената, и которое въ сущности ничего новаго не вносило, нынѣ исключено.

[2]) Уже Сперанскій, въ представленіи своемъ Государственному Совѣту отъ 29 августа 1834 г., различая нѣсколько видовъ толкованія законовъ, даже за сенатскими поясненіями не признаетъ значенія аутентической интерпретаціи, хотя и соглашается, что они „занимаютъ мѣсто законовъ, если непротивны имъ". Тоже и не такъ давно, по частному поводу, Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта одинъ изъ сенатскихъ указовъ признанъ не имѣющимъ общеобязательной силы закона въ виду 68 и 69 ст. основ. законовъ. См. Мнѣніе Гос. Совѣта 8 мая 1890 г., собраніе узак. и распор. прав. № 89, ст. 896. О томъ, что суды не имѣютъ законодательной власти, подробно говоритъ г. Фонъ-Резонъ въ своей статьѣ о силѣ кассаціонныхъ рѣшеній.

Первый изъ этихъ указовъ, данный Юстицъ-Коллегіей въ 1719 г., содержитъ предписаніе Московскому Надворному Суду „дѣла всякія управлять по старому Уложенью и по новосостоятельнымъ Великаго Государя указамъ, которые къ пополненію того же Уложенья всенародно напечатаны и повсюдѵ объявлены, а не по сепаратнымъ и не примѣрнымъ дѣламъ, какъ о томъ въ указѣ 1714 года іюня 15 показано есть".

Второй указъ, данный Сенатомъ въ 1798 г., содержитъ предписаніе въ порядкѣ управленія о продажѣ соли въ Орловской губерніи. Сенатъ приказываетъ „подтвердить, что ни Губернаторъ, ни Казенная Палата не должна брать примѣромъ частныхъ предписаній Правительствующаго Сената, другимъ мѣстамъ данныхъ, какъ то послѣдовало Начальству Курской Губерніи, относительно соляной же продажи; ибо сіе повелѣніе произошло по другимъ причинамъ, свойственнымъ для той губерніи, а для другихъ невмѣстнымъ".

Наконецъ, третій указъ, данный сенатомъ въ 1825 г. во исполненіе Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта по частному дѣлу генералъ-маіора Кишенскова и Салтыкова, содержитъ подробное объясненіе о силѣ одного изъ раньше бывшихъ сенатскихъ указовъ по рѣшенію совершенно тождественнаго спора. Въ виду разнообразной практики судовъ по вопросу „о продажѣ имѣній отъ мужей женамъ и обратно", Коммиссія составленія законовъ разсмотрѣла сенатское рѣшеніе 1763 г. 26 февраля, по дѣлу Аѳанасьевой съ Константиновымъ, и нашла, что установленное въ немъ запрещеніе такой продажи не можетъ имѣть общаго значенія какъ по формальнымъ причинамъ, такъ и по существу самого рѣшенія. По формальнымъ причинамъ такую продажу „подводить подъ рѣшеніе Правительствующаго Сената 1763 г., какъ оное не облечено формою закона и есть сепаратное, за силою Высочайшаго указа 15 іюня 1714 г., не слѣдуетъ". По существу же необходимо имѣть въ виду, что законы никакихъ запрещеній на этотъ счетъ не содержатъ. „Въ указѣ 1763 г. въ первой разъ является на сей

родъ продажи ограниченіе: поелику указъ сей приводится, какъ единственное изъ общаго закона изъятіе, то Коммиссія считаетъ нужнымъ изслѣдовать точный смыслъ и силу оного въ подробности, и во-первыхъ изъ самаго содержанія сего указа видно, что прежде состоянія оного, воспрещенія на продажу имѣній между супругами не было. Купчая крѣпость отъ жены Марковой, данная ея мужу, признана была Вотчинною Коллегіею на основаніи законовъ, тогда существовавшихъ, правильною и дѣйствительною. Во-вторыхъ, воспрещеніе, въ семъ указѣ означенное — хотя рѣшеніе и дано было сенатомъ въ присутствіи Императрицы Екатерины II—, считать закономъ общимъ не слѣдуетъ, потому что первое и самое существенное свойство всякаго закона общаго есть быть опубликованнымъ. Но указъ 1763 г. опубликованъ не былъ". Къ тому же и въ указѣ Правительствующаго Сената 1803 г. „именно сказано: что указъ 1863 г. состоялся по частному тяжебному дѣлу, каковыхъ въ выписки вносить и въ примѣры ставить запрещено, и для того указъ сей въ другихъ подобныхъ дѣлахъ не можетъ быть правиломъ". Такимъ образомъ „изъ сего слѣдуетъ, что общій и коренной законъ, со времени Уложенія существовавшій, остается и при указѣ 1763 г., яко частномъ и неопубликованномъ, во всей его силѣ и дѣйствіи". Въ заключеніе Коммиссія составленія законовъ окончательно формулируетъ свое мнѣніе такъ: „Рѣшеніе частнаго дѣла, въ указѣ 1763 г. означенное, но неопубликованное, и тѣмъ мѣстамъ, гдѣ по закону совершаются купчія, неизвѣстное, и имъ къ исполненію непредписанное, не можетъ быть признано закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ и силу прежнихъ законовъ отмѣняющимъ". Это заключеніе, принятое Государственнымъ Совѣтомъ и Высочайше одобренное, вошло частью въ текстъ 69 ст. основ. законовъ.

Итакъ, что же можно вывести изъ этихъ историческихъ справокъ?

Указъ 1798 г. очевидно къ дѣлу не относится, потому что говоритъ о данныхъ въ порядкѣ управленія предписані-

яхъ, а не о судебныхъ рѣшеніяхъ. Указы 1719 г. и 1825 г. имѣютъ болѣе значенія. Второй изъ нихъ устанавливаетъ, что сепаратное рѣшеніе никоимъ образомъ общаго закона отмѣнять не можетъ; и оба они ссылаются на указъ 1714 г., отмѣчая, что предписанія этого именно указа служатъ основаніемъ для заключеній о силѣ рѣшеній сепаратныхъ, по частнымъ дѣламъ послѣдовавшихъ. И дѣйствительно указъ 1714 г. имѣетъ рѣшающее значеніе, потому что онъ является закономъ въ подлинномъ смыслѣ этого слова (это не сенатскій указъ, а именной Его Величества). Этотъ законъ „о вершеніи дѣлъ по Уложенію, а не по Новоуказнымъ статьямъ" говоритъ слѣдующее:

„Ревнуя, по закону Божіему, дабы во всѣхъ отъ Бога данныхъ Его Царскому Величеству Государствахъ судъ былъ всѣмъ повсюду равный безъ Богоненавистнаго лицемѣрія, и противныя истинѣ проклятыя корысти, повелѣлъ всякаго чина судіямъ всякія дѣла дѣлать и вершить все по Уложенію; а *по новоуказнымъ пунктамъ и сепаратнымъ указамъ отнюдь не дѣлать, развѣ тѣхъ дѣлъ, о которыхъ въ Уложеніи не мало не помянуто*: а учинены на то не въ премѣну, но въ дополненіе Уложенія, новоуказные пункты; и того ради тѣ пункты приемлются во исполненіе онаго законнаго Уложенія, дондеже оное Уложеніе, для недовольныхъ въ немъ рѣшительныхъ пунктовъ, исправлено и въ народъ публиковано будетъ: понеже въ Уложеніи того не обрѣтается. *А тѣ всѣ указы, которые учинены не въ образецъ, также, которые учинены противно Уложенію, и прочіе тому подобные, хотя помѣченны Именными указы, и палатными приговоры, всѣ отставить, и на примѣръ не выписывать*, и вновь такихъ указовъ отнюдь не дѣлать. А которыя дѣла по симъ указамъ прежде сего и вершены, оныя по челобитью перевершивать по окончаніи сея настоящія войны".

Этотъ законъ, дѣйствовавшій въ теченіе цѣлаго столѣтія (на него ссылается и приведенный выше указъ 1825 г.), устанавливаетъ; что „сепаратные указы, которые учинены не въ образецъ или противно Уложенію", не должны быть

выписываемы „на примѣръ" и по нимъ „дѣлъ дѣлать" отнюдь не положено; напротивъ, если сепаратные указы — судебные, сенатскіе или именные — даны въ согласіи („въ образецъ") съ законами или касаются „дѣлъ, о которыхъ въ Уложеніи не мало не помянуто", по такимъ указамъ вершить дѣла не только не запрещается, но даже предписывается.

Практика судовъ вполнѣ подтверждала силу этого предписанія. Въ развитіи права на протяженіи всего XVIII в. огромную роль играли разнаго рода сепаратные указы (именные и сенатскіе), а въ томъ числѣ и указы сената по дѣламъ судебнымъ, значительная часть которыхъ вошла даже въ составъ Полнаго Собранія Законовъ [1]). Прецеденты имѣли огром-

---

[1]) Разрѣшая частныя дѣла, Сенатъ неоднократно предписывалъ публиковать свои опредѣленія („объявляется во всенародное извѣстіе"), требовалъ и впредь во всѣхъ случаяхъ руководствоваться ими („слѣдуетъ, руководствуясь онымъ указомъ, наблюдать"), привлекалъ къ отвѣту за невниманіе къ сепаратнымъ указамъ и за неисполненіе предписанныхъ въ нихъ правилъ. „А по тому, дабы и въ прочихъ Присутственныхъ мѣстахъ въ подобныхъ случаяхъ не могло быть сомнѣнія и поступаемо было единообразно по вышепрописанному Сената опредѣленію, послать во всѣ Губернскія Правленія и Палаты Гражданскаго Суда указы" — вотъ одна изъ частыхъ формъ окончанія сенатскихъ опредѣленій XVIII-го и первой четверти XIX в. Изъ исторіи права извѣстно, сколько институтовъ было создано сепаратными указами Сената (правила отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ, наказуемость кражи младенца, опредѣленіе состава святотатства и т. д.). См. указы 31 декабря 1712 г. (№ 2617), 18 іюля 1744 г. (№ 8996), 8 февраля 1748 г. (№ 9477), 18 апрѣля 1749 г. (№ 9603), 5 февраля 1750 г. (№ 9706), 9 января 1752 г. (№ 9923), 24 августа 1752 г. (№ 10021), 8 декабря 1752 г. (№ 10055), 30 іюля 1753 г. (№ 10123), 10 ноября 1753 г. (№ 10149), 22 ноября 1753 г. (№ 10154), 17 апрѣля 1755 г. (№ 10397), 13 октября 1755 г. (№ 10475), 12 апрѣля 1756 г. (№ 10541), 10 октября 1758 г. (№ 10888), 5 ноября 1806 г. (№ 22355), 19 декабря 1806 г. (№ 22404), 29 апрѣля 1807 г. (№ 22527), 27 іюня 1807 г. (№ 22541), 28 іюня 1807 г. (№ 22544), 31 октября 1807 г. (№ 22672), 31 января 1808 г. (№ 22802), 2 іюля 1808 г. (№ 23136), 16 декабря 1808 г. (№ 23405) и т. д. Въ Полномъ Собраніи Законовъ можно найти сотни примѣровъ для подтвержденія того, что̀ мы говоримъ въ текстѣ.

ное значеніе. Почти каждый указъ сената, состоявшійся по поводу того или другого частнаго дѣла, можетъ служить доказательствомъ вѣса и авторитетности прежнихъ сепаратныхъ указовъ. Да и общимъ образомъ сила ихъ неоднократно подтверждалась Высочайшей властью. Такъ, въ указѣ 10 августа 1766 г., который удостоился Высочайшаго подтвержденія и помѣщенъ въ Полномъ Собраніи Законовъ, сила прежнихъ „примѣрныхъ дѣлъ" не только признается имѣющей общее значеніе, но и оправдывается требованіемъ, „чтобъ одного содержанія дѣла двумя видами рѣшаемы быть не могли" или „дабы не могли одного содержанія дѣла двумя видами выходить" [1]).

Такимъ образомъ историческія основанія 69 ст. осн. законовъ сводятся въ сущности къ двумъ положеніямъ: а) сила закона признается за рѣшеніемъ частнаго дѣла только „сепаратная", т. е. такое рѣшеніе имѣетъ значеніе закона не общаго, а только частнаго — для даннаго случая; б) сила „примѣра" или „правила", которымъ руководствуются при разсмотрѣніи иныхъ дѣлъ и по которому эти дѣла могутъ вершиться, признается только за тѣми рѣшеніями частныхъ

[1]) Полное Собраніе Законовъ № № 2828, 3435, 11764, 12720, 18393, 30472. Этому не противорѣчатъ правила, опредѣляющія условія созданія и изданія общихъ законовъ: рѣшеніе суда — не общій законъ, а законъ—не прецедентъ. Общій законъ можетъ быть изданъ только съ утвержденія государя. Ни суды, ни сенатъ правомъ законодательной власти не пользуются. Равнымъ образомъ имъ не присвоивается и право аутентическаго толкованія законовъ. Всѣ эти положенія, признаваемыя нынѣ, были уже закрѣплены въ рядѣ указовъ XVIII столѣтія (напр. указы 1721 г., 1722 г., 1762 г., 1780 г. и др.). Въ частности указъ 17 апр. 1722 г. (Полн. Собр. Законовъ № 3970), сосредоточивая изъясненіе регламентовъ въ Сенатѣ, аутентическое толкованіе ихъ („что покажется темно, или такое дѣло, что на оное яснаго рѣшенія не положено") допускаетъ только при условіи „апробаціи" государемъ высказаннаго сенатомъ мнѣнія; а въ указѣ 1762 г. спеціально запрещается сенату, „не представя напередъ намъ и не получа на то апробацію", издавать такіе указы, „кои въ законъ или въ подтвержденіе прежнихъ (законовъ) служатъ".

дѣлъ, какія не противорѣчатъ общимъ законамъ. Какъ законъ, рѣшеніе имѣетъ безусловную силу, но только для даннаго дѣла; какъ прецедентъ, рѣшеніе имѣетъ силу условную, но зато для всѣхъ „дѣлъ одного содержанія", „для всѣхъ дѣлъ подобныхъ и равномѣрныхъ". Какъ сепаратный законъ, рѣшеніе можетъ быть уничтожено только въ порядкѣ возобновленія дѣла („оныя по челобитью перевершивать"); какъ прецедентъ, рѣшеніе теряетъ свою силу, разъ доказано его несогласіе съ существующими законами. Какъ сепаратный законъ, рѣшеніе связываетъ безусловно; какъ прецедентъ, оно служитъ только „правиломъ", является „примѣрнымъ рѣшеніемъ", „выписывается на примѣръ", съ которымъ суды обязаны считаться, „дабы не могли одного содержанія дѣла двумя видами выходить", и по которому такія дѣла „управляются", „вершатся", „дѣлаются" и „рѣшаются".

Въ современномъ законодательствѣ, т. е. въ сводѣ законовъ, общее значеніе 69 ст. осн. зак. ясно опредѣляется тѣмъ мѣстомъ, которое она занимаетъ. Именно, говоря объ исполненіи и примѣненіи законовъ, рядъ статей первоначально опредѣляетъ общую силу законовъ, а затѣмъ отмѣчаетъ отдѣльные случаи, когда эта сила ограничивается въ виду особыхъ свойствъ самого закона.

Такимъ образомъ, установивши въ рядѣ положеній, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, что законъ долженъ быть свято и ненарушимо исполняемъ всѣми и каждымъ, что законы должны быть исполняемы безпристрастно по точному и буквальному ихъ смыслу, законодатель переходитъ къ указанію слѣдующихъ ограниченій общей силы закона: 1) сила Высочайшихъ объявляемыхъ указовъ ограничивается тѣми случаями, которые не требуютъ отмѣны закона, утвержденнаго Высочайшимъ подписаніемъ, и которые не касаются дѣлъ о лишеніи жизни, чести, имущества и т. д.; 2) сила сепаратныхъ указовъ, т. е. состоявшихся по частному дѣлу, если въ нихъ не будетъ именно означено, что они распространяются въ подобныхъ случаяхъ и на будущее время, ограничивается только даннымъ случаемъ, не

имѣя значенія общаго закона; 3) поэтому и сепаратный законъ, въ формѣ окончательнаго судебнаго рѣшенія, ограничивается только даннымъ частнымъ случаемъ, не получая силы общаго закона. Однакоже при разсмотрѣніи другихъ дѣлъ такое рѣшеніе имѣетъ значеніе прецедента (осн. зак. ст. 62—69).

Это значеніе опредѣляется признаками двоякаго рода— отрицательными и положительными.

Отрицательное значеніе прецедента сводится къ тому, что опъ, не будучи закономъ, „не можетъ служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ" [1]), т. е. основаніемъ столь же авторитетнымъ, какъ законъ. Послѣдняя оговорка безусловно необходима. Въ нашемъ сводѣ въ качествѣ „основаній" судебнаго приговора называются: зако-

---

[1]) Въ старомъ процессѣ извѣстны были рѣшенія нѣсколькихъ категорій. Такъ, проводилось различіе между „рѣшительными опредѣленіями суда" (которыя не подлежали ревизіи)—и „мнѣніями суда" (которыя обязательно представлялись на ревизію), между просто „вступившими въ законную силу рѣшеніями" (т. е. приговорами, уже скрѣпленными подписью судей)—и „рѣшеніями, вошедшими въ окончательную законную силу" (т. е. не подлежащими „перевершенію"). Рѣшительныя опредѣленія назывались иногда просто „приговорами", „рѣшительными приговорами", „окончательными приговорами" или „окончательными рѣшеніями". Рѣшенія, вступившія въ окончательную законную силу, также обозначались иногда словами „окончательныя рѣшенія" или „окончательныя, вошедшія въ законную силу рѣшенія". Если имѣть въ виду эту терминологію свода, то слѣдуетъ сказать, что буквальный текстъ 69 ст. основ. зак. ограничиваетъ отрицательное значеніе судебныхъ прецедентовъ, запрещая основывать на нихъ только „окончательныя рѣшенія по дѣламъ подобнымъ" и вовсе не упоминая ни о „рѣшеніяхъ неокончательныхъ", ни о „мнѣніяхъ суда". Ср. зак. судопр. гр. изд. 1892 г. ст. 294, 354, 355, 356, 359, зак. судопр. уголов. изд. 1892 г. ст. 379,386, 395, 440, сводъ зак. уголов. т. XV, кн. 2, изд. 1857 г., ст. 353, 354, 356, 357, 359, 360, 364, 400, 461, 462. См. также термины въ заглавіяхъ 6-ой главы V раздѣла тѣхъ же законовъ о судопр. уголовномъ. Срав. сводъ зак. т. X, ч. 1, изд. 1842 г. ст. 2471, 2472, 2475, 2478, 2479, 2490, 2500, 2553, 2596, 2626, 2627, 2628, 2630, сводъ зак. т. XV, изд. 1842 г. ст. 1218, 1221, 1225, 1250, 1319, 1320, 1346.

ны („законы, на основаніи коихъ приговоръ постановленъ"), доказательства („судъ основываетъ свои рѣшенія на доказательствахъ"), соображенія суда („соображенія суда, на коихъ рѣшеніе основано") и вообще всѣ обстоятельства, обнаруженныя при разбирательствѣ дѣла („судья рѣшаетъ дѣло по внутреннему своему убѣжденію, основанному на совокупности обстоятельствъ, обнаруженныхъ при судебномъ разбирательствѣ") [1]. Въ какомъ же смыслѣ 69 ст. основ. законовъ говоритъ о судебномъ рѣшеніи, когда указываетъ, что оно не можетъ служить основаніемъ окончательныхъ приговоровъ по дѣламъ подобнымъ? — Очевидно, что только въ смыслѣ „сепаратнаго закона", который не имѣетъ общеобязательной силы и потому не можетъ имѣть обязательнаго значенія и для суда, постановляющаго приговоръ. Напротивъ, изъ числа иныхъ „основаній" судебныхъ приговоровъ по дѣламъ подобнымъ, которыми могутъ опредѣляться „внутреннее убѣжденіе" и „соображенія" суда, такое рѣшеніе отнюдь не изъемлется. Это вытекаетъ изъ установленныхъ въ законѣ положительныхъ свойствъ всякаго прецедента.

Положительное значеніе прецедента заключается въ томъ, что судъ можетъ приводить его въ поясненіе въ докладахъ: „судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ". Точный смыслъ этого правила уясняется при подробномъ разсмотрѣніи его составныхъ частей:

а) судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ,

б) могутъ быть приводимы,

в) въ поясненіе въ докладахъ.

Законъ въ качествѣ прецедента называетъ окончательное судебное рѣшеніе частнаго дѣла (ср. ст. 68 — 69 осн. зак).

---

[1]) У. г. с. ст. 82, 129, 142, 367, 711, у. у. с. ст. 119, 130, 766, 797, прав. 1889 г. разд. II ст. 88, 94, 200, 204. Зак. судопр. гр. ст. 278, зак. судопр. уголов. ст. 367, 370. Когда мы не указываемъ года изданія той или другой части свода законовъ, то мы ссылаемся на статьи изданія позднѣйшаго. Въ другихъ случаяхъ мы такихъ пропусковъ даты не дѣлаемъ.

Это выраженіе не точное. Съ одной стороны, въ законную силу могутъ вступать и рѣшенія неокончательныя, а окончательныя могутъ быть поколеблены кассаціоннымъ ихъ пересмотромъ [1]); съ другой стороны, слова „частное дѣло" могутъ дать поводъ къ недоразумѣніямъ, будучи толкуемы въ смыслѣ словъ „дѣло гражданское". Принимая во вниманіе, что рѣчь идетъ о судебномъ приговорѣ и его значеніи въ качествѣ сепаратнаго закона, мы должны подъ такимъ приговоромъ понимать именно рѣшеніе, вступившее въ законную силу. Но эта сила юридически одинакова, какое бы дѣло судомъ ни разрѣшалось, и нѣтъ никакихъ основаній ограничивать пояснительное значеніе прецедента только дѣлами гражданскими. Къ тому же не только въ разсматриваемой нами статьѣ, но и въ цѣлой группѣ сосѣднихъ статей (ст. 67—71) слова „частное дѣло" обозначаютъ именно „дѣло отдѣльное, частный случай" и никоимъ образомъ не допускаютъ ограничительнаго приложенія ихъ исключительно къ дѣламъ гражданскимъ [2]).

Разрѣшая судьѣ приводить прецеденты въ поясненіе въ докладахъ, ст. 69 основ. зак. тѣмъ самымъ устанавливаетъ одно изъ процессуальныхъ правъ суда. Но это право есть право публичное, и потому осуществленіе его составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанность: судъ не только „можетъ", но и „обязанъ" считаться съ собственными прецедентами, обязанъ принимать ихъ во вниманіе при разсмотрѣніи однородныхъ случаевъ всякій разъ, когда встрѣчается необходимость въ поясненіи сомнительнаго дѣла подобно тому, какъ

---

[1]) Мы имѣемъ въ виду постановленія Судебныхъ Уставовъ 1864 г., а не правила зак. судопр. уголов., о которыхъ подробнѣе говорилось въ предыдущемъ примѣчаніи (см. выше стр. 199 пр. 1).

[2]) Подобнаго рода ошибку допустили составители Свода Законовъ, редактируя ст. 74. „Если бы по дѣламъ общимъ государственнымъ или гражданскимъ"—такъ начинается эта статья. Между тѣмъ какъ 9 ст. закона 8 сентября 1802 г. (№ 20405), лежащаго въ основаніи 74 ст. основ. зак., говоритъ вообще о „частныхъ судныхъ дѣлахъ".

онъ обязанъ исполнять и другія требованія закона, хотя бы облеченнаго въ дозволительную форму, но опредѣляющаго публично-правовыя отношенія и институты [1]). Такая обязанность суда считаться съ собственными прецедентами является тѣмъ болѣе нормальной и естественной, что она составляетъ естественное слѣдствіе и дополненіе лежащей на судѣ обязанности примѣнять законы единообразно, т. е. въ одномъ случаѣ такъ же, какъ и въ другомъ, а это очевидно невозможно безъ справки съ прежними рѣшеніями или приговорами суда.

Эта справка дѣлается посредствомъ приведенія прецедента въ докладѣ ради поясненія дѣла. Разумѣется, въ дореформенныхъ судахъ, гдѣ докладъ дѣла являлся центральнымъ пунктомъ всего судебнаго разбирательства, такое правило имѣло смыслъ и значеніе. Но съ измѣненіемъ процессуальныхъ законовъ, когда докладъ дѣла пересталъ быть центромъ разбирательства и представляется необходимымъ далеко не по всѣмъ дѣламъ и не во всякомъ судѣ, буквальное примѣненіе разсматриваемаго нами правила немыслимо безъ искаженія точнаго разума статьи, который требуетъ справляться съ прецедентами всякій разъ, когда имѣются въ наличности такіе прецеденты и когда возникаетъ потребность въ уясненіи дѣла. Поэтому правильнѣе будетъ сказать, что справка съ прежними судебными приговорами дѣлается или въ докладахъ, или вообще при разрѣшеніи вновь возникшаго дѣла. Такая справка имѣетъ пояснительное значеніе: прецедентъ, не являясь для всѣхъ обязательнымъ закономъ, оказы-

[1]) Напр., по ст. 4 у. г. с., судебныя установленія *могутъ* приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются, и разрѣшать ихъ не иначе, какъ по выслушаніи объясненія противной стороны, или по истеченіи назначеннаго для представленія онаго срока. Также, по ст. 311 у. у. с., прокуроръ и его товарищи *могутъ* возбуждать дѣла какъ по доходящимъ до нихъ свѣдѣніямъ, такъ и по непосредственно ими усмотрѣннымъ преступленіямъ или признакамъ преступныхъ дѣяній. Ср. 130 ст. у. г. с., 187 ст. у. у. с. и мн. др.

ваетъ вліяніе (обосновываетъ приговоръ) въ качествѣ обстоятельства, которое поясняетъ или уясняетъ юридическую сторону вопроса, однажды уже такъ или иначе разрѣшеннаго въ другомъ тождественномъ случаѣ. При этомъ такая пояснительная роль судебнаго прецедента имѣетъ двоякое значеніе: съ одной стороны, она помогаетъ правильному примѣненію закона; съ другой стороны, она предупреждаетъ разнообразіе рѣшеній („дабы не могли одного содержанія дѣла двумя видами выходить").

Итакъ, по основнымъ законамъ каждый приговоръ признается закономъ для того дѣла, по которому онъ состоялся. Какъ сепаратный законъ, приговоръ имѣетъ силу только для даннаго частнаго случая и не можетъ служить основаніемъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ. Какъ прецедентъ, онъ долженъ быть принимаемъ судомъ во вниманіе или въ соображеніе и можетъ обосновывать рѣшеніе суда, поясняя юридическую сторону вновь возникшаго случая.

3.

Это правило основныхъ законовъ повторяется и развивается въ иныхъ частяхъ свода, опредѣляющихъ дѣятельность сената и другихъ судебныхъ установленій. Особенно въ дѣятельности сената долженъ былъ получить значеніе вопросъ о силѣ прецедентовъ, такъ какъ руководящее право толкованія неясныхъ законовъ именно было предоставлено сенату въ то время, какъ иныя установленія обязаны были примѣнять законы буквально, не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій и обращаясь въ сенатъ за указаніями во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ при неясности законовъ [1]). Очевидно, при такой постановкѣ дѣ-

[1]) Осн. зак. ст. 52, 65, учр. сената ст. 199, 201, 206, губ. учр. ст. 474, 475, 476, учр. мѣст. суд. прежн. устр. ст. 7. Для старыхъ судовъ руководящее значеніе имѣла послѣдняя изъ указываемыхъ статей: „судебное мѣсто не можетъ рѣшить дѣло, если нѣтъ на оное

ла пояснительная роль прецедентовъ могла имѣть особенное значеніе только въ дѣятельности сената и только по отношенію къ сенатскимъ же рѣшеніямъ.

Поэтому съ разсмотрѣнія силы сенатскихъ рѣшеній мы и начнемъ дальнѣйшее изученіе вопроса о прецедентахъ по дѣйствующему у насъ праву.

А. Прежде всего остановимся на общемъ учрежденіи сената и на отношеніи его къ нынѣ упраздненнымъ судамъ прежняго устройства, для которыхъ сенатъ являлся верховнымъ органомъ ревизіи суда по дѣламъ гражданскимъ, уголовнымъ и межевымъ [1]). Ревизія дѣла — по словамъ свода — есть прилежное во всей подробности разсмотрѣніе, произведено ли дѣло порядочно и сходственно съ законами, сколь для приведенія въ ясность права оправданной стороны, столь и для опроверженія мнимаго права противной стороны [2]). Ревизія заканчивается постановленіемъ рѣшенія. Исполненіе по такому опредѣленію или рѣшенію сената дѣлается въ

яснаго закона; въ семъ случаѣ судебныя мѣста въ губерніяхъ обязаны представлять губернскому начальству, которое, сдѣлавъ предварительно въ общемъ собраніи Губернскаго Правленія и Палатъ совѣщаніе, доноситъ о томъ Правительствующему Сенату". Вообще, опредѣляя права примѣнителя закона, нашъ Сводъ требовалъ, чтобы самостоятельно исполнялись только законы ясные. При существованіи противорѣчія между законами устраненіе его „по невозможности согласить буквальный смыслъ одного закона съ таковымъ же другаго" предоставлялось главнымъ образомъ „высшимъ мѣстамъ". Недостатокъ закона долженъ былъ восполняться самимъ законодателемъ, а неясность разрѣшалась Сенатомъ.

[1]) Учр. сената ст. 3 и учр. мѣстн. суд. преж. устройства ст. 29.

[2]) Зак. судоп. граж. ст. 339, зак. судопр. угол. ст. 412 пр. Обыкновенно понятіе ревизіи ограничиваютъ случаями пересмотра дѣлъ по требованію самого закона (такъ въ сводѣ законовъ, ср. и у *Баршева*, Основанія уголов. судопроизводства, 1841 г., стр. 239). Но наши законы о судопроизводствѣ уголовномъ въ болѣе широкомъ значеніи называютъ ревизіей и пересмотръ дѣлъ по жалобамъ сторонъ процесса. Сводъ зак. т. XV, ч. 2, изд. 1857 г., ст. 479 и общее заглавіе V раздѣла; зак. судопр. гражд. изд. 1892 г. ст. 338. Срав. сводъ зак. т. X, ч. 1, изд. 1842 г. ст. 2176 и 2531—2533.

видѣ указа, посылаемаго въ соотвѣтствующее установленіе [1]). Состоявшееся рѣшеніе дѣла въ сенатѣ получаетъ двоякое значеніе: какъ сепаратный законъ и какъ прецедентъ, исходящій отъ авторитетнаго учрежденія.

Какъ сепаратный законъ, рѣшеніе сената подчиняется общему правилу и пріобрѣтаетъ непоколебимость, нарушить которую не можетъ даже сенатъ безъ Высочайшаго дозволенія на пересмотръ дѣла [2]).

Какъ прецедентъ, рѣшеніе сената получаетъ совершенно исключительное значеніе и въ ряду иныхъ прецедентовъ занимаетъ особенное положеніе, вліяя, во-первыхъ, на дѣятельность самого сената, а равно, во-вторыхъ, руководя и другими судами, подчиненными сенату.

1. Для самого сената разъ данное имъ рѣшеніе имѣетъ силу прецедента, съ которымъ необходимо справляться и считаться при разрѣшеніи другихъ вновь возникающихъ подобныхъ дѣлъ.

Такія дѣла, при подготовленіи ихъ къ докладу, поясняются всѣми нужными къ рѣшенію ихъ обстоятельствами и справками, которыя, ежели находятся въ канцеляріи другого департамента сената, требуются отъ нея непосредственно оберъ-секретарями. Въ особенности же предписывается дѣлать предварительныя справки во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ предполагать можно, что по какому-нибудь дѣлу то же обстоятельство могло быть въ производствѣ по другому департаменту. Для доклада изъ дѣла составляется записка, въ которую включаются справки изъ приличныхъ къ дѣлу законовъ и указовъ. Справкамъ придается большое значеніе, и при рѣшеніи дѣла первый вопросъ, подлежащій обсужденію, заключается въ томъ: всѣ ли справки, нужныя къ поясненію его, собраны? Въ случаѣ разногласій, возникшихъ при разрѣшеніи дѣла въ департаментѣ или въ общемъ собраніи се-

---

[1]) Учр. сената ст. 169, 170, 194, зак. судопр. гр. ст. 359 п. 3.

[2]) Учр. сената ст. 207, 208, 212, 213. Сводъ зак. т. X, ч. 1, изд. 1842 г. ст. 2592, 2593, 2594.

пата, сенаторы получаютъ „согласительное предложеніе", составленное между прочимъ и на основаніи возможно полныхъ справокъ ихъ дѣлъ прежняго времени, при чемъ въ наиболѣе важныхъ и затруднительныхъ случаяхъ, когда приходится обращаться за совѣтомъ къ Консультаціи при Министерствѣ Юстиціи учрежденной, старшій юрисконсультъ объясняетъ во всей подробности существо дѣла, слова, силу и самое намѣреніе спорнаго закона, приводя также и примѣрныя рѣшенія подобныхъ дѣлъ [1]).

Какая же сила принадлежитъ такимъ „пояснительнымъ" или „примѣрнымъ" прецедентамъ?

Грамматическое толкованіе здѣсь въ сущности ничего не объясняетъ и ничему не помогаетъ. Достовѣрно одно: рѣшеніе, съ которымъ справляются, или примѣрное рѣшеніе вполнѣ соотвѣтствуетъ буквѣ извѣстной уже намъ 69 ст. основныхъ законовъ („судебныя рѣшенія могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ"). Конечно, какъ примѣръ, какъ поясненіе такой прецедентъ не имѣетъ для сената связывающаго значенія, потому что сенатъ основываетъ опредѣленія свои вездѣ и во всѣхъ дѣлахъ на изданныхъ законахъ, уставахъ и предписанныхъ правилахъ, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Имѣраторскому Величеству, ни единой буквы (ст. 200 учр. сената).

Такимъ образомъ сенатъ или слѣдуетъ своему прецеденту, или отступаетъ отъ него. Въ первомъ случаѣ никакихъ дальнѣйшихъ вопросовъ не возникаетъ. Во второмъ случаѣ на сцену выступаетъ 198 ст. учр. сената и 361 ст. законовъ судопр. гражданскаго:

„Указы сената исполняются всѣми подчиненными ему мѣстами и лицами какъ собственные Императорскаго Величества, и одинъ Государь или Именной Его указъ можетъ

[1]) Учр. сената ст. 62, 66, 67, 89 п. 2, 111, прилож. къ ст. 770 учр. минист. пп. 3 и 6, законы судопр. гражд. ст. 314, зак. судопр. уголов. ст. 416, сводъ зак. т. X, ч. 1, изд. 1842 г., ст. 2551, 2568, 2569, 2571, 2575, 2580, 2581, 2587, сводъ зак. т. XV, изд. 1842 г., ст. 1304, 1305, 1306, 1336.

остановить сенатское повелѣніе. Но если мѣсто, или лицо подчиненное, въ двухъ одинаковыхъ дѣлахъ усмотритъ разнорѣчащія предписанія сената [1]), то, не чиня исполненія, докладываетъ о томъ сенату, который имѣетъ таковыя дѣла, съ объясненіемъ своихъ рѣшеній, вноситъ къ Императорскому Величеству" [2]).

Оказывается, что отступленіе сената отъ установленнаго имъ прецедента отнимаетъ у новаго рѣшенія (а равно и у стараго, если оно еще не исполнено) его исполнительную силу: основанный на немъ указъ признается недѣйствительнымъ, а самое рѣшеніе подлежитъ пересмотру съ Высочайшаго дозволенія!

Въ виду такой санкціи силы прецедента примѣрное и пояснительное значеніе его превращается въ невысказанное, но вполнѣ опредѣленное требованіе, чтобы съ нимъ считались и ему слѣдовали. „Примѣрное рѣшеніе" обращается въ сущности въ обязательный прецедентъ! И вліяніе такого прецедента по своимъ послѣдствіямъ оцѣнивается такъ, какъ и вліяніе всякаго закона: одинаковыя послѣдствія наступаютъ и тогда, когда одинъ указъ сената противорѣчитъ другому, и тогда, когда онъ устанавливаетъ „что-либо противное законамъ или интересу Императорскаго Величества" (зак. судопр. граж. 361 ст.).

2. Для лицъ и мѣстъ стараго устройства, подчиненныхъ сенату, его указы, въ качествѣ прецедентовъ, имѣютъ громадный авторитетъ.

---

[1]) Въ прежнихъ изданіяхъ свода это мѣсто читалось: „въ двухъ равныхъ дѣлахъ усмотритъ разныя Правительствующаго Сената рѣшенія". См. сводъ зак. т. XV, изд. 1842 г., ст. 2632.

[2]) Разумѣется, „подчиненное сенату мѣсто или лицо" можетъ ошибиться и увидѣть „разнорѣчіе" тамъ, гдѣ его въ дѣйствительности не существуетъ. Тогда сенатъ, находя представленное ему заключеніе или сомнѣніе неосновательнымъ, пользуется правомъ подтверждать свои опредѣленія и настаивать на ихъ безпрекословномъ исполненіи (зак. суд. гражд. ст. 361, общ. губ. учр. ст. 177, основ. зак. ст. 76).

По всякому, вступившему въ судъ, дѣлу (въ особенности сомнительному и требующему изъясненія) канцелярія собираетъ надлежащія справки, заимствуя ихъ и изъ другихъ дѣлъ, и изъ законовъ. Составленная въ канцеляріи докладная записка должна содержать въ себѣ: изложеніе дѣла, справку и выписку законовъ, а секретарь суда собственноручно обязанъ удостовѣрить, что въ докладной запискѣ „указы приличные выписаны всѣ и болѣе приличныхъ указовъ не имѣется". Докладъ дѣла можетъ состояться только тогда, когда собраны всѣ нужныя справки, свѣдѣнія и узаконенія и когда составлена изъ него краткая записка [1]). Въ числѣ этихъ справокъ справки съ прежними сенатскими указами играютъ выдающуюся роль, потому что этимъ указамъ присвоивается исключительное право поясненія и выясненія сомнительныхъ законовъ: во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ суды обязаны обращаться „за справкой" въ сенатъ, а сенатъ общимъ образомъ пользуется властью давать указы въ поясненіе и подтвержденіе, въ случаѣ надобности, законовъ, относящихся до дѣлъ правительственныхъ и судебныхъ [2]).

Указы сената, не будучи законами, подлежатъ однакоже безпрекословному исполненію, какъ собственные Императорскаго Величества (учр. сената ст. 198). Это исполненіе можетъ быть по данному дѣлу, или можетъ касаться дѣлъ будущихъ. Такъ возникаетъ различіе указовъ, посылаемыхъ

[1]) Общ. губ. учр. ст. 96, 97, 98, 100, 101, сводъ зак. т. X, ч. 1, изд. 1842 г. ст. 2442—2446, 2460—2462, 2466, 2468, 2533—2537, 2541, 2542, сводъ зак. т. XV, изд. 1842 г. ст. 1149, 1157, 1213, 1215—1217, 1220, 1222, 1230, 1233, 1237, 1242, 1243, 1252. Срав. зак. судопр. гражд. ст. 264, 265, 268, 269, 276, 340, зак. судопр. уголов. ст. 357, 358, 360, 367, 370, 404, 409.

[2]) Учр. сената ст. 19 п. 6, 20 п. 5, 21 п. 6, 22, 23, 25, 32 п. 3, 33 п. 3, 199, осн. зак. ст. 52, 65, общ. губ. учр. ст. 474, 475, 476, учр. мѣст. суд. прежн. устр. ст. 7. Только къ Государю Императору воспрещалось вносить такъ наз. „рѣшенія къ справкамъ", т. е. дѣла не законченныя подготовленіемъ въ канцеляріи, а требующія еще дополнительныхъ справокъ. Учр. сената ст. 177. Срав. сводъ зак. т. X, ч. 1, изд. 1842 г. ст. 2587 п. 2 и ст. 2588.

„къ дѣйствительному исполненію", и указовъ, посылаемыхъ „къ свѣдѣнію и руководству". Первые подлежатъ точному и немедленному исполненію по данному дѣлу; послѣдніе содержатъ общее предписаніе, которое подчиненныя сенату мѣста и лица, получившія указъ, должны замѣтить („принять къ свѣдѣнію") и которымъ они должны руководствоваться („принять къ руководству") по дѣламъ, вновь возникающимъ (учр. сената ст. 170 и прилож. къ ней).

Указы сената, состоявшіеся по рѣшеніямъ дѣлъ судебныхъ, чаще всего относятся къ категоріи тѣхъ, которые посылаются только къ дѣйствительному исполненію [1]). Однакоже суды руководствуются ими и при разрѣшеніи другихъ подобныхъ дѣлъ не только въ виду 69 ст. основныхъ законовъ, но и по обязанности, съ одной стороны, провѣрять всякій новый указъ сената справкой съ указами прежними и, съ другой стороны, подчиняться данному сенатомъ разъясненію закона, не испрашивая подъ предлогомъ мнимой неясности указа на указъ, по небрежности оставленный безъ вниманія или недостаточно усвоенный [2]). Поэтому и въ приговорахъ — когда то окажется необходимымъ — рядомъ съ „соображеніями суда, основанными на обстоятельствахъ дѣла и законахъ", предписывается также „чинить ссылки на указы Правительствующаго Сената" [3]).

Б. Судебная реформа 1864 г. вводитъ въ составъ сената новые кассаціонные департаменты и выдвигаетъ новые принципы судоустройства и судопроизводства.

---

[1]) Учр. сената ст. 221 и сл., зак. судопр. гражд. ст. 359 п. 3, 362, 376.

[2]) Проступокъ этотъ могъ квалифицироваться, какъ „упущеніе нужныхъ справокъ", за которое полагалось „взысканіе, соразмѣрное съ важностію упущенія". См. сводъ зак., т. X, ч. 1, изд. 1842 г., ст. 2542.

[3]) Учр. сената ст. 198, общ. губ. учр. ст. 176, зак. судопр. гражд. ст. 361, зак. судопр. уголов. ст. 370. Въ первыхъ изданіяхъ законовъ о судопр. уголов. текстъ примѣчанія входилъ въ составъ самой статьи. Ср. сводъ зак. изд. 1842 г. т. XV, ст. 1250, сводъ зак. т. XV, кн. 2, изд. 1857 г. ст. 360, 390.

Какъ могла она и какъ должна была отразиться на силѣ сенатскихъ рѣшеній въ качествѣ прецедентовъ? Какое значеніе имѣютъ рѣшенія нынѣшнихъ кассаціонныхъ департаментовъ сената?

Вопросъ этотъ поставленъ давно и имѣетъ свою довольно обширную литературу.

1. Опираясь на 815 ст. у. г. с. и 933 ст. у. у. с. нашъ сенатъ съ первыхъ годовъ своей дѣятельности почти неуклонно придерживается мнѣнія объ обязательности своихъ рѣшеній для всѣхъ судебныхъ установленій Имперіи, организованныхъ по Судебнымъ Уставамъ 1864 г. [1]). Изъ рѣшеній сената послѣднихъ лѣтъ [2]) особенно энергично настаиваетъ на „строгомъ и точномъ исполненіи законовъ и даваемыхъ въ разъясненіе ихъ предписаній Правительствующаго Сената" рѣшеніе по дѣлу мѣщанина Блажевскаго, которое съ этой точки зрѣнія представляетъ значительный интересъ. Оно заключается въ слѣдующемъ.

14 октября 1894 года виленская судебная палата, съ участіемъ сословныхъ представителей, разрѣшила дѣло о мѣщанинѣ Блажевскомъ, обвинявшемся по 338, 341, 353 и 1657 ст. ул. о наказ. Приговоръ палаты былъ кассированъ сенатомъ между прочимъ и за нарушеніемъ 797 ст. у. у. с. Приговоръ этотъ, сказано въ рѣшеніи уголовнаго кас. департамента сената, вовсе не соотвѣтствуетъ требованіямъ ст. 797 у. у. с. Правительствующимъ Сенатомъ еще въ 1879 г. было разъяснено, что при постановленіи приговоровъ по дѣламъ, разрѣшаемымъ съ участіемъ сословныхъ представителей, палаты обязаны руководствоваться правилами, установленными въ ст. 765—800 у. у. с. (сб. рѣш. № 27), и потому приго-

---

[1]) Рѣшенія гр. деп. 1867 г. № 519, уг. деп. 1868 г. № 31, 156, 326, 1869 г. № 440, 443, гр. деп. 1870 г. № 1598. Этого же придерживаются, повидимому, и составители новаго проекта—Объяснительная записка къ проекту у. у. с., 1900 г., т. IV, стр. 40, 43, 81.

[2]) Рѣшеніе уг. деп., 1895 г. № 24, а также рѣшенія уг. деп. 1884 г. № 48, 1896 г. № 13, 1897 г. № 22 и др., опр. соедин. присутствія 1888 г. № 81[3].

воры палатъ по этимъ дѣламъ должны быть излагаемы согласно съ предписанными ст. 797 у. у. с. подробностью и ясностью и въ томъ же порядкѣ, въ какомъ излагаются приговоры окружныхъ судовъ по дѣламъ, разрѣшаемымъ безъ участія присяжныхъ засѣдателей, т. с. чтобы въ столь важномъ актѣ отправленія правосудія, какъ судебный приговоръ, палаты не ограничивались простымъ установленіемъ извѣстныхъ фактовъ и выводомъ изъ нихъ, а входили въ оцѣнку значенія этихъ фактовъ въ каждомъ данномъ случаѣ и соотношенія ихъ съ волею и намѣреніемъ обвиняемаго, отдавали себѣ отчетъ, почему именно онѣ пришли къ тому или другому выводу относительно виновности подсудимаго, и въ виду требованія ст. 797 у. у. с., чтобы приговоръ содержалъ въ себѣ изложеніе „соображеній обвиненія съ представленными по дѣлу доказательствами и уликами", указывали тотъ путь, по которому онѣ слѣдовали въ своихъ разсужденіяхъ о значеніи установленныхъ ими фактовъ въ смыслѣ доказательствъ вины или невиновности обвиняемаго (рѣш. 1889 г. № 34). *Но несмотря на эти положительныя и обязательныя для палатъ предписанія Правительствующаго Сената (ст. 933 у. у. с.), приговоръ Виленской палаты по настоящему дѣлу изложенъ въ явное противорѣчіе съ ними:* выписавъ изъ обвинительнаго акта падающія на подсудимаго обвиненія и указавъ, что подсудимый не призналъ себя виновнымъ, палата ограничилась одною глухою ссылкою на то, что поставляемыя ему въ вину обстоятельства вполнѣ удостовѣрены показаніями, данными на судебномъ слѣдствіи шестью свидѣтелями, не приведя никакихъ соображеній, въ чемъ именно показанія эти подтвердили означенныя обстоятельства, почему послѣднія должны быть поставлены въ вину подсудимому, на сколько въ нихъ выразилась его злая воля и намѣреніе совершить преступленіе, почему она усмотрѣла въ нихъ доказательства вины его, и, наконецъ, вслѣдствіе чего дѣянія его, по признакамъ своимъ, соотвѣтствуютъ тѣмъ, которыя преслѣдуются законами уголовными и въ частности статьями 338 и 353 ул. о наказ. *Такой образъ*

дѣйствій палаты прямо указываетъ на несоотвѣтствующее требованіямъ закона отношеніе присутствія ея, участвовавшаго въ разрѣшеніи этого дѣла, къ исполненію служебныхъ ихъ обязанностей, и тѣмъ болѣе не можетъ быть оправдываемъ, что палата, будучи высшимъ въ ея округѣ судебнымъ установленіемъ, обязана служить для подчиненныхъ ей судебныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ примѣромъ строгаго и точнаго исполненія законовъ и даваемыхъ въ разъясненіе ихъ предписаній Правительствующаго Сената, чтобы проявленія предоставленнаго ей ст. 249 уч. с. у. права надзора могли имѣть дѣйствительное значеніе и не вызывали сравненія собственныхъ ея дѣйствій съ признаваемыми неправильными дѣйствіями подчиненныхъ ей мѣстъ и лицъ.

Взглядъ сената на силу собственныхъ рѣшеній вызвалъ довольно рѣзкій и единодушный отпоръ въ нашей литературѣ. При этомъ уже давно возгорѣвшаяся по этому предмету полемика привела къ установленію не только нѣкоторыхъ правильныхъ положеній, но и къ ряду явныхъ преувеличеній. Совершенно правильно высказывается (впервые это было формулировано еще въ 1868 году и развито затѣмъ на страницахъ Судебнаго Вѣстника 1869 г. № 165 и въ засѣданіи Московскаго Юридическаго Общества 1872 г.) [1]), что ни одно рѣшеніе сената не можетъ имѣть безусловно-обязательной силы общаго закона. Но вмѣстѣ съ тѣмъ тогда же

---

[1]) См. *Протоколы засѣданій* Москов. Юридич. Общества (Юрид. В., 1872, іюнь-іюль, стр. 3—16). Въ засѣданіи отъ 17 января 1872 г. баллотировка вопроса, произведенная послѣ преній, дала впрочемъ неединогласный результатъ: изъ 19 членовъ одинъ высказался въ пользу обязательности сенатскихъ рѣшеній. *Тальбергъ*, Русское уголовное судопроизводство, 1889, т. I, стр 129—130. *Тимановскій* Сборникъ толкованій русскихъ юристовъ къ Судебнымъ Уставамъ, 1892, стр. 596 — 603. *Исаченко*, Гражданскій процессъ, 1893, т. IV, стр. 620 — 621. *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1896, стр. 53—54. *Кассо*, Источники русскаго гражданскаго права, 1900, стр. 9 — 13. *Шершеневичъ*, Примѣненіе нормъ права, 1903, Ж. М. Ю., № 1, стр. 63—64. Болѣе полныя литературныя указанія см. выше стр. 69—70.

было высказано и повторяется до настоящаго времени - и это уже совершенно неосновательно—, будто юридически сенатскія рѣшенія не представляютъ ничего такого, чего бы не было въ рѣшеніяхъ любого суда низшей степени, а потому особое значеніе они могутъ получить только фактически благодаря своей внутренней основательности и высокой авторитетности ихъ составителей.

Такъ ли это? можно ли говорить, что, въ качествѣ прецедентовъ, окончательныя рѣшенія каждаго судебнаго установленія имѣютъ одинаковую силу и что, въ качествѣ суда, сенатъ имѣетъ не болѣе авторитетное право толкованія законовъ, чѣмъ прочія судебныя мѣста?

Судебные уставы не даютъ основанія для подобныхъ заключеній. Напротивъ, они неоднократно и настойчиво подчеркиваютъ то особенное значеніе, которое должно принадлежать сенатскимъ рѣшеніямъ, какъ прецедентамъ.

2. Выдвигая идею кассаціоннаго суда, составители судебныхъ уставовъ исходили изъ того положенія, что, во-первыхъ, этотъ судъ явится у насъ не новымъ и самостоятельнымъ учрежденіемъ, а останется по существу тѣмъ же Правительствующимъ Сенатомъ, только преобразованнымъ и приспособленнымъ къ новымъ требованіямъ; и, во-вторыхъ, что въ этой роли сенатъ будетъ собственно даже не судебной инстанціей, а высшимъ органомъ надзора и управленія.

„Соображенія, по которымъ признано необходимымъ сосредоточить дѣйствія Правительствующаго Сената по судебной части исключительно въ кругѣ высшаго надзора, въ особомъ порядкѣ кассаціи, за порядкомъ судопроизводства и единообразнымъ толкованіемъ законовъ по точному ихъ разуму, состоятъ въ слѣдующемъ. Никакой судъ, разсматривающій дѣла въ порядкѣ апелляціонномъ или ревизіонномъ, не можетъ быть въ этомъ качествѣ верховнымъ мѣстомъ, не подлежащимъ ничьему надзору. Въ настоящее время всѣ почти европейскія законодательства вполнѣ сознаютъ необходимость такого верховнаго судилища, которое, не составляя само судебной инстанціи и не разсматривая судебныхъ

дѣлъ по существу, сосредоточивало бы въ себѣ надзоръ за порядкомъ судопроизводства и правильнымъ толкованіемъ законовъ. Учрежденіе въ этихъ видахъ кассаціоннаго суда, отмѣняющаго окончательныя судебныя рѣшенія, когда въ нихъ оказывается явное нарушеніе закона въ томъ или другомъ отношеніи и обращающаго судебныя дѣла къ пересмотру, составляетъ нынѣ необходимую принадлежность правильной системы судебнаго устройства. Но юридическія понятія не скоро вырабатываются, и въ то время, когда преобразователь Россіи положилъ у насъ основаніе правительствующему сенату, даже на западѣ между администраціей и судомъ еще не было проведено ясной разграничивающей ихъ черты, а тѣмъ менѣе могла быть сознаваема возможность и необходимость разграниченія въ самомъ судебномъ вѣдомствѣ *управленія* судомъ—отъ самаго *суда*, *кассаціоннаго порядка надзора* за судебными мѣстами—отъ *судебнаго порядка апелляціи и ревизіи*" [1]).

Такимъ образомъ, составители судебныхъ уставовъ ясно ставили „кассаціонный порядокъ" въ совершенно исключительное положеніе. Въ немъ они усматривали не „судъ" и не одну изъ формъ судебнаго разбирательства („судебнаго порядка"), а „управленіе судомъ" и своеобразное проявленіе принадлежащихъ высшему установленію функцій надзора („кассаціонный порядокъ надзора"). Такія функціи естественно было поручить не особенному, вновь учрежденному, высшему суду, а издавна существовавшему „верховному мѣсту, которому въ гражданскомъ порядкѣ суда, управленія и исполненія подчинены были всѣ вообще мѣста и установленія въ Имперіи", т. е. Правительствующему Сенату.

„Петръ Великій, учреждая указомъ 22-го февраля 1711 года Правительствующій Сенатъ, хотѣлъ создать не новую судебную инстанцію, а верховное мѣсто управленія: это явствуетъ какъ изъ названія сената правительствующимъ, такъ и изъ данной ему инструкціи, по которой высшій надзоръ

[1]) Курсивъ подлинника. Судеб. Уставы въ изданіи Государ. Канцеляріи 1867 г., т. III, стр. 14—15.

за судомъ и администраціей былъ тогда же сосредоточенъ въ сенатѣ. Съ 1718-го года сенату поручены были всѣ дѣла высшаго государственнаго управленія и главное его занятіе состояло въ разрѣшеніи возникавшихъ въ коллегіяхъ недоумѣній и поступавшихъ на нихъ жалобъ, а изъ десяти коллегій, существовавшихъ въ 1722 г., судебныя дѣла сосредоточивались только въ трехъ: юстицъ, вотчинной и коммерцъ-коллегіяхъ; почему сенатъ, собиравшійся три раза въ недѣлю, занимался: по понедѣльникамъ и пятницамъ — государственными дѣлами, а по средамъ — частными (челобитчиковыми). Самый порядокъ, которымъ дѣла просительскія или челобитчиковы поступали на разсмотрѣніе сената, не имѣлъ ничего общаго съ порядкомъ, которымъ дѣла восходили обыкновенно по судебнымъ инстанціямъ: хотя жалобы подавались на коллегіи сенатскому секретарю, но онъ не представлялъ ихъ сенату, а подносилъ самому Государю, который, разсмотрѣвъ челобитныя, надписывалъ на нихъ, чтобъ дѣло было разобрано всѣми президентами коллегій, составлявшими тогда сенатъ. Въ 1720 г. при сенатѣ учреждено особое званіе рекетмейстера, который разсматривалъ жалобы на всѣ мѣста, непосредственно подчиненныя сенату, и если требовалось понудить судей къ скорѣйшему рѣшенію, то ходилъ самъ въ коллегіи и канцеляріи, докладывая сенату только объ ослушаніи судей, а если жалоба была принесена на самую сущность приговора, то переносилъ дѣло въ сенатъ. Въ 1722 г., при измѣненіи состава сената, въ коллегіи велѣно было выбрать новыхъ президентовъ, а прежнихъ оставить сенаторами, „дабы сенатскіе чины партикулярныхъ дѣлъ не имѣли, но непрестанно трудились о распорядкѣ государства и правомъ судѣ и смотрѣли бы надъ коллегіями, яко свободные отъ нихъ". Наконецъ высокое значеніе петровскаго сената видно изъ того, что первоначально онъ былъ учрежденъ для управленія государствомъ во время отсутствія Государя и что въ 1718 г., съ изданіемъ подробнаго указа о должности сената, послѣдовало запрещеніе приносить жалобы на сенатъ подъ страхомъ смертной казни.

Все это убѣждаетъ вполнѣ, что сенатъ въ томъ видѣ, какъ онъ вышелъ изъ рукъ его основателя, былъ не судебною инстанціею, а верховнымъ мѣстомъ государственнаго управленія. Въ царствованіе преемниковъ Петра Великаго, когда нѣкоторыя дѣла государственныя были вовсе исключены изъ вѣдомства сената и отошли окончательно къ другимъ государственнымъ учрежденіямъ и когда остальныя дѣла внутренняго управленія были сосредоточены въ одномъ первомъ департаментѣ, учрежденіе сената, въ большинствѣ его департаментовъ, называемыхъ судебными, измѣнило свой первоначальный характеръ и получило преимущественно значеніе высшей судебной инстанціи. Дѣла стали поступать въ эти департаменты общимъ апелляціоннымъ порядкомъ, и каждому департаменту, кромѣ межевого, ввѣрено завѣдываніе лишь нѣсколькими губерніями. Жалобы на сенатъ не только стали позволительны, но и ограничиваются по своду 1857 г. одними общими условіями подачи ихъ въ срокъ и въ опредѣленной формѣ. Въ такомъ положеніи, въ противность первоначальнаго устройства сената, поставленнаго въ главѣ нашихъ государственныхъ учрежденій, судебные онаго департаменты имѣютъ значеніе верховнаго суда и управленія единственно въ томъ смыслѣ, что рѣшенія ихъ подвергаются пересмотру и измѣненію или отмѣнѣ не иначе, какъ по утвержденіи заключеній о томъ коммиссіи прошеній и Государственнаго Совѣта Высочайшею властью, и что хотя судебный сенатъ не касается дѣлъ чисто административныхъ, но онъ участвуетъ и нынѣ, собственно по судебной части, какъ въ управленіи подчиненными мѣстами, въ отношеніи къ охраненію въ нихъ установленнаго порядка по производству дѣлъ и исполненію рѣшеній, такъ и въ законодательствѣ, по предмету поясненія и дополненія законовъ" [1]).

Какъ видимъ, изученіе исторіи сената и обзоръ принадлежащихъ ему правъ укрѣпляли составителей судебныхъ

[1]) Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. III, стр. 15—16.

уставовъ въ ихъ первоначальномъ мнѣніи объ организаціи кассаціонныхъ департаментовъ въ составѣ этого высшаго правительственнаго установленія Имперіи. Предположено было учредить два кассаціонныхъ департамента: одинъ для дѣлъ гражданскихъ и другой для дѣлъ уголовныхъ.

„Нельзя опасаться, что сокращеніе числа департаментовъ сената можетъ уронить это учрежденіе. Напротивъ того, чѣмъ учрежденіе сената будетъ болѣе сосредоточено и чѣмъ кругъ дѣйствія его и степень власти будетъ обширнѣе, тѣмъ выше будетъ и его значеніе. Въ этомъ смыслѣ кассаціонные сената департаменты, которые, по самому существу своему, не могутъ имѣть надъ собою никакого высшаго учрежденія и которымъ долженъ принадлежать верховный надзоръ за порядкомъ судопроизводства и правильнымъ толкованіемъ законовъ во всѣхъ судахъ Имперіи, будутъ дѣйствительно верховнымъ мѣстомъ для управленія правосудія въ Имперіи и охраненія силы законовъ; тогда только въ нихъ выразится мысль великаго преобразователя Россіи о сенатѣ, въ томъ видѣ, въ какомъ осуществленіе этой мысли остается возможнымъ за учрежденіемъ министерствъ и Государственнаго Совѣта, вызваннымъ необходимостью отдѣленія судебной власти отъ законодательной и исполнительной, вслѣдствіе усложненія государственнаго механизма" [1]).

Придерживаясь такихъ взглядовъ на кассаціонные департаменты сената, составители судебныхъ уставовъ выдвигали вопросъ о томъ, насколько кассаціонный порядокъ можетъ быть поставленъ въ общія условія судебнаго производства: говорили о необходимости ограничить его гласность и устранить устное состязаніе сторонъ. Послѣднее осуществилось въ гражданскомъ процессѣ [2]).

„По смыслу устава гражданскаго судопроизводства и

[1]) Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. III, стр. 14—17.

[2]) Ст. 804 у. г. с. Какъ извѣстно, судебная практика выработала на этотъ счетъ свои особыя правила и не соблюдаетъ требованій 804 ст., допуская устное состязаніе сторонъ въ сенатѣ.

въ точную согласность Высочайше утвержденныхъ началъ для преобразованія судебной части, Правительствующій Сенатъ не составляетъ судебной инстанціи, а есть высшее судебное установленіе, въ качествѣ верховнаго кассаціоннаго суда, наблюдающее за охраненіемъ точнаго смысла законовъ и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судами въ Имперіи, а потому сенатъ, не рѣшая самъ судебныхъ дѣлъ по существу, разсматриваетъ въ порядкѣ кассаціи жалобы объ отмѣнѣ окончательныхъ судебныхъ рѣшеній и о передачѣ дѣла къ новому разсмотрѣнію. Слѣдовательно правила о состязаніи тяжущихся сторонъ, какъ постановленныя только для судебныхъ инстанцій, не должны имѣть мѣста при разсмотрѣніи дѣлъ Правительствующимъ Сенатомъ въ порядкѣ кассаціи, т. е. когда сенатъ, не имѣя права касаться существа дѣла и правъ сторонъ, разсматриваетъ только правильно ли примѣнены законы и соблюдены ли формы и обряды: въ каковыхъ случаяхъ тяжущіяся стороны не могутъ и не должны быть допускаемы къ неумѣстному съ ихъ стороны толкованію смысла законовъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ Правительствующій Сенатъ разсматриваетъ дѣло въ однихъ высшихъ государственныхъ интересахъ охраненія законовъ и потому не предстоитъ никакой надобности допускать и въ сенатѣ состязанія, которыя уже происходили въ судебныхъ инстанціяхъ при разсмотрѣніи дѣла по существу. По симъ причинамъ, не усмотрѣно повода къ постановленію въ настоящее время въ уставѣ судопроизводства правила о состязаніи сторонъ, при разсмотрѣніи дѣлъ въ Правительствующемъ Сенатѣ, въ порядкѣ кассаціи и признано, что подобное правило было бы несогласно съ самымъ существеннымъ основаніемъ судебной реформы о разсмотрѣніи дѣлъ только въ двухъ судебныхъ инстанціяхъ, и объ учрежденіи Правительствующаго Сената только для высшаго надзора за правильностью примѣненія законовъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ” [1]).

Со взглядами составителей судебныхъ уставовъ можно

[1]) Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. 377—379.

не соглашаться; можно утверждать, что они несовсѣмъ вѣрно поняли идею кассаціоннаго суда, что они не сумѣли разграничить функцій надзора (управленія) и функцій собственно судебныхъ, что въ другихъ странахъ кассаціонный судъ не является высшимъ правительственнымъ органомъ и что, поэтому, кассаціонные департаменты должны были бы, не входя въ составъ „Правительствующаго Сената", образовать самостоятельный и отдѣльный высшій судъ; — но для насъ именно интересно и важно не столько то, что̀ создали законодательства другихъ странъ и теорія процесса, сколько то, что̀ думали составители судебныхъ уставовъ и что̀ они осуществили въ своихъ законодательныхъ актахъ судоустройства и судопроизводства. Идея кассаціоннаго суда, нынѣ составляющая общее достояніе всѣхъ законодательствъ, въ каждой отдѣльной странѣ получаетъ свое особенное выраженіе: нѣмецкая кассація не есть кассація французская, а французскій „Cour de cassation" съ его полу-законодательнымъ характеромъ отнюдь не можетъ быть названъ русскимъ „Правительствующимъ Сенатомъ", имѣющимъ полу-правительственное значеніе („высшій надзоръ въ порядкѣ управленія и исполненія").

3. Вновь учрежденный высшій органъ суда, подъ именемъ кассаціонныхъ департаментовъ, вошелъ въ составъ сената, что̀ и было выражено въ учрежденіи судебныхъ установленій слѣдующимъ организаціоннымъ постановленіемъ:

„Въ составѣ Правительствующаго Сената образуются, для завѣдыванія судебною частію въ качествѣ верховнаго кассаціоннаго суда, два Кассаціонные Департамента, одинъ для уголовныхъ, другой для гражданскихъ дѣлъ" (у. с. у. ст. 114).

Это организаціонное постановленіе открываетъ 4-ую главу 2-го раздѣла I-ой книги учрежденія судебныхъ установленій и вмѣстѣ съ примыкающими статьями (ст. 114 — 119[5]) даетъ рядъ частныхъ правилъ внутренняго устройства нашей кассаціонной инстанціи. Но внѣшнее ея положеніе опредѣляется тѣмъ, что „каждый департаментъ сената имѣ-

етъ ту же власть, какая вообще сенату присвоена" (учр. сената ст. 210), и дѣйствуетъ, какъ представитель и отъ имени всего сената. Поэтому 1-ая ст. у. с. у., дающая общее указаніе органовъ судебной власти, говоритъ не о департаментахъ, а о цѣломъ сенатѣ: „власть судебная принадлежитъ Правительствующему Сенату въ качествѣ верховнаго кассаціоннаго суда" [1]).

Согласно съ этимъ и въ учрежденіи сената читаемъ:

„Правительствующій Сенатъ есть верховное мѣсто, которому *въ гражданскомъ порядкѣ суда*, управленія и исполненія подчинены всѣ вообще мѣста и установленія Имперіи, кромѣ высшихъ государственныхъ установленій и тѣхъ, кои особеннымъ закономъ именно изъяты отъ сей зависимости" (ст. 1).

„Правительствующему Сенату принадлежитъ высшій надзоръ въ порядкѣ управленія и исполненія. Посему *онъ, какъ хранитель законовъ, печется о повсемѣстномъ наблюденіи правосудія*; надзираетъ за собираніемъ податей и за расходами штатными; печется о средствахъ къ облегченію народныхъ нуждъ, къ охраненію общаго спокойствія и тишины, и къ прекращенію всякихъ противозаконныхъ дѣйствій во всѣхъ подчиненныхъ ему мѣстахъ" (ст. 2).

„Безпристрастному и нелицемѣрному Сената правосудію принадлежитъ верховная ревизія суда по дѣламъ гражданскимъ, уголовнымъ и межевымъ. Равнымъ образомъ Правительствующему Сенату *принадлежитъ завѣдываніе судебною частью въ качествѣ верховнаго кассаціоннаго суда*" (ст. 3).

Слѣдующія затѣмъ статьи говорятъ о составѣ (ст. 4—9) и подраздѣленіяхъ Сената (ст. 10—12). И вотъ только въ ряду этихъ послѣднихъ статей отмѣчено, что разныя функціи сената осуществляются и разными его департаментами, дѣйствующими раздѣльно или совмѣстно (въ общихъ собраніяхъ, соединенныхъ присутствіяхъ и под.). Сенатъ „раздѣляется

---

[1]) Ср. ст. 463 у. с. у. Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. III, стр. IX, XXIX, XLVII.

на шесть департаментовъ", да кромѣ того „образуются въ составѣ сената два кассаціонные департамента" (ст. 10 и 11).

Такимъ образомъ и общее учрежденіе сената разсматриваетъ кассаціонные департаменты только какъ одну изъ его составныхъ частей. Это обозначаетъ, что основныя начала общаго учрежденія сената должны примѣняться и къ его кассаціоннымъ департаментамъ, насколько не установлены для нихъ какія-нибудь особыя правила. Между тѣмъ изъ судебныхъ уставовъ и изъ общихъ положеній учрежденія Правительствующаго Сената (ср. примѣчаніе къ 12 ст. учр. сен.) явствуетъ, что спеціальное учрежденіе кассаціонныхъ департаментовъ, давая особыя правила о составѣ, предметахъ вѣдомства, производствѣ и рѣшеніи дѣлъ, отнюдь не отмѣняетъ началъ, лежащихъ въ основаніи всего учрежденія Правительствующаго Сената и, въ частности, не ограничиваетъ степени и пространства его власти. Правительствующій Сенатъ остается тѣмъ же „верховнымъ мѣстомъ", дѣйствуетъ ли онъ чрезъ посредство своего перваго департамента, или чрезъ посредство одного изъ кассаціонныхъ департаментовъ, или чрезъ посредство своихъ общихъ собраній и соединенныхъ присутствій.

Если бы имѣть въ виду только эту сторону организаціи кассаціонныхъ департаментовъ сената, то вопросъ о силѣ кассаціонныхъ рѣшеній разрѣшался бы просто. Но дѣло въ томъ, что новые суды, безспорно являясь „подчиненными сенату мѣстами и лицами" (учр. сената ст. 1 и 198), именно въ качествѣ судовъ поставлены въ особое положеніе. Поэтому сенатскія рѣшенія и указы получаютъ одно значеніе, если даны въ порядкѣ управленія и надзора, и другое значеніе, если имѣютъ въ виду собственно судебную дѣятельность подчиненныхъ сенату органовъ.

Въ первомъ случаѣ сенатскіе указы исполняются обязательно и по общему правилу („какъ собственные Императорскаго Величества") [1].

---

[1] См. рѣш. уг. д. 1870 г. № 892. Возбуждавшееся прежде сомнѣніе о правѣ публиковать „во всеобщее свѣдѣніе, для руковод-

Во второмъ случаѣ сила ихъ встрѣчаетъ противовѣсъ и необходимо ограничивается спеціальными правами, принадлежащими судамъ. Ибо если составители судебныхъ уставовъ и невполнѣ раздѣляли функціи судебныя отъ функцій надзора и управленія въ дѣятельности самого сената, то зато, напротивъ, они проводили рѣзкое разграниченіе между подчиненными органами власти судебной и власти исполнительной и рѣзко раздѣляли дѣятельность судебную и дѣятельность административную, осуществляемую такими подчиненными органами [1]). Для дѣятельности судебной руководящимъ правиломъ выдвигались два основныя начала: свобода внутренняго судейскаго убѣжденія — съ одной стороны, и строгая подчиненность закону—съ другой [2]). Эти начала, въ связи съ другими постановленіями судебныхъ уставовъ, должны были „возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить въ народѣ то уваженіе къ закону, безъ коего невозможно общественное благосостояніе и которое должно быть постояннымъ руководителемъ дѣйствій всѣхъ и каждаго, отъ высшаго до низшаго" (слова указа 20 ноября 1864 г.).

Вотъ почему значеніе кассаціонныхъ рѣшеній для судовъ не можетъ зависѣть только отъ тѣхъ полномочій, какія принадлежатъ сенату. Оно является выраженіемъ извѣстнаго *взаимоотношенія* между судами и сенатомъ и опредѣляет-

---

ства", опредѣленія Общихъ Собраній кассац. департаментовъ и Общаго Собранія перваго и кассац. департаментовъ разрѣшено закономъ 10 іюня 1877 г. въ утвердительномъ смыслѣ. См. у. с. у. ст. 259[1] и ст. 77 гр. пр. основныхъ положеній 1862 г. То же слѣдуетъ сказать объ опредѣленіяхъ Соединенныхъ Присутствій, часть которыхъ, по принятому нынѣ порядку, публикуется въ Правительственномъ Вѣстникѣ.

[1]) Судебн. Уставы въ изданіи Государ. Канцеляріи 1867 г. т. I, стр. 14—19, т. II, стр. 21—26, т. III, стр. XLII.

[2]) См. у. г. с. ст. 9, 10, 129, у. у. с. ст. 12, 13, 119, 766, 804. Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. 20—22, т. II, стр. 269—282.

ся характеромъ этого взаимоотношенія, т. е. совокупностью правъ и полномочій, принадлежащихъ каждой сторонѣ.

Съ этой точки зрѣнія подлежатъ обсужденію спорныя постановленія нашихъ судебныхъ уставовъ о силѣ кассаціонныхъ рѣшеній, и въ ней же слѣдуетъ искать примиренія обоихъ рѣзко противоположныхъ направленій въ оцѣнкѣ этой силы—сената, который настаиваетъ на безусловной обязательности своихъ рѣшеній въ виду принадлежащихъ ему правъ, и судовъ, которые безусловно отрицаютъ эту обязательность въ силу имъ данныхъ полномочій. Обѣ стороны правы только отчасти, потому что каждая въ этомъ случаѣ опирается только на собственныя полномочія и признаетъ только ей присущія права.

4. Сила кассаціонныхъ рѣшеній сената опредѣляется въ судебныхъ уставахъ такъ: для даннаго дѣла, по которому рѣшеніе послѣдовало, оно признается обязательнымъ и судъ, въ который обращено дѣло для новаго рѣшенія, долженъ подчиниться сужденію сената въ разъясненіи точнаго разума закона; что же касается другихъ дѣлъ, то всѣ рѣшенія и опредѣленія кассаціонныхъ департаментовъ сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ (у. г. с. ст. 813 и 815, у. у. с. ст. 930 и 933).

Ни въ основныхъ положеніяхъ 29 сентября 1862 г., ни въ мотивахъ къ судебнымъ уставамъ не содержится никакихъ точныхъ и ясныхъ указаній относительно того, въ чемъ должна выражаться руководящая сила кассаціонныхъ рѣшеній [1]). Мы видимъ только, что кассаціонный сенатъ, усмо-

---

[1]) Вотъ почему соображенія проф. Градовскаго, опирающіяся на эти положенія и мотивы, должны быть признаны крайне шаткими. Съ одной стороны, основныя положенія 1862 г. раздѣлены на статьи довольно произвольно (ср. гр. пр. ст. 77 и 78 и уг. пр. ст. 108, 109 и 110) и ни своей системой, ни буквой не даютъ основанія заключать, будто публикація кассаціонныхъ рѣшеній, не являясь естественнымъ „послѣдствіемъ отмѣны" даннаго приговора и не

трѣвши по доходящему къ нему дѣлу нарушеніе закона или неправильное его толкованіе, принимаетъ мѣры двоякаго рода: съ одной стороны, онъ отмѣняетъ неправильныя постановленія и принимаетъ мѣры къ возстановленію нарушеннаго порядка, а, съ другой стороны, онъ предупреждаетъ и уничтожаетъ разнообразное толкованіе закона.

Такимъ образомъ рѣшеніе сената, во-первыхъ, служитъ поводомъ для изданія указа, который посылается „къ дѣйствительному исполненію" по данному дѣлу, и, во-вторыхъ, публикуется „къ свѣдѣнію и руководству" при разрѣшеніи иныхъ подобныхъ дѣлъ [1]).

имѣя для нея никакого значенія, вмѣстѣ съ тѣмъ не имѣетъ никакого юридическаго значенія и для другихъ дѣлъ. Съ другой стороны, мотивы къ 815 ст. у. г. с. имѣютъ совершенно одинаковое значеніе, въ какомъ бы смыслѣ ни толковать ее, и потому умѣстны какъ при положительномъ, такъ и при отрицательномъ разрѣшеніи вопроса объ обязательности сенатскихъ рѣшеній. Къ тому же общая точка зрѣнія составителей судебныхъ уставовъ намъ извѣстна, и ссылаться на нее для доказательства необязательности сенатскихъ прецедентовъ едва ли удобно, такъ какъ сводится она къ тому, что сенатъ, рѣшая дѣла въ кассаціонномъ порядкѣ, дѣйствуетъ именно какъ органъ управленія судомъ и какъ органъ надзора за судебными мѣстами.

[1]) Рѣшенія сената пишутся въ формѣ указовъ (ср. у. с. у. ст. 191, у. г. с. ст. 917, у. у. с. ст. 796). Тѣ изъ нихъ, которыя даны на основаніи предложеній министра юстиціи (по ст. IV закона 10 іюня 1877 г.), обычно заканчиваются такъ: „правительствующій сенатъ опредѣляетъ о точномъ и неуклонномъ исполненіи такой-то статьи законовъ подтвердить указами всѣмъ судебнымъ палатамъ и окружнымъ судамъ", или „правительствующій сенатъ опредѣляетъ: о таковомъ разрѣшеніи возбужденнаго по такому-то предмету вопроса дать знать указами для руководства судебнымъ палатамъ и окружнымъ судамъ". Эта формула не противорѣчитъ общему положенію основныхъ законовъ о силѣ сепаратныхъ указовъ, такъ какъ всякій указъ, состоявшійся по частному дѣлу, можетъ получить общее значеніе, если въ немъ будетъ именно означено, что онъ распространяется въ *подобныхъ* случаяхъ и на будущее время, и притомъ если онъ будетъ надлежащимъ порядкомъ опубликованъ (ст. 67 основ. зак.). Порядокъ публикаціи сенатскихъ указовъ установленъ въ

Въ первомъ отношеніи сила даннаго указа признается безусловно-обязательной въ общемъ учрежденіи сената, признается и судебными уставами, которые опредѣляютъ точнѣе предѣлы ея дѣйствія:

„Судъ, въ который обращено дѣло для новаго рѣшенія, обязанъ, въ изъясненіи точнаго разума закона, подчиниться сужденіямъ Правительствующаго Сената. Жалобы противъ постановленнаго на семъ основаніи рѣшенія не допускаются; но этимъ не уничтожается право жалобы на другомъ основаніи, вслѣдствіе новыхъ упущеній, сдѣланныхъ судомъ, или вслѣдствіе повторенія имъ упущеній, послужившихъ поводомъ къ отмѣнѣ перваго приговора" [1]).

Во второмъ отношеніи сила сенатскаго указа или рѣшенія и въ общемъ учрежденіи сената, и въ судебныхъ уставахъ опредѣляется въ однихъ и тѣхъ же выраженіяхъ: указъ дается „къ свѣдѣнію и руководству", рѣшеніе „публикуется во всеобщее свѣдѣніе, для руководства".

Разумѣется, руководство со стороны сената не есть только лекція или теоретическое поученіе. Этому противорѣчитъ и положеніе кассаціонныхъ департаментовъ, образованныхъ въ составѣ сената. Этого не говоритъ и буква закона, потому что для руководства дается всегда то, что̀ руководитъ или чѣмъ обязаны руководствоваться. Такъ, министръ внутреннихъ дѣлъ преподаетъ „въ руководство волостнымъ судамъ наставленіе относительно примѣненія устава о наказаніяхъ" (законъ 12 іюля 1889 г.); товарищи прокуроровъ дѣйствуютъ „подъ руководствомъ тѣхъ прокуроровъ, при коихъ они состоятъ" (у. с. у. ст. 129); при производствѣ дознаній жандармскіе чины „руководствуются правиломъ, изложен-

прилож. къ 318 ст. учр. сената. Въ этомъ же порядкѣ публикуются и рѣшенія кассаціонныхъ департаментовъ.

[1]) Ст. 930 у. у. с., ст. 813 у. г. с. Несмотря на нѣкоторое различіе текста, обѣ статьи говорятъ въ сущности одно и то же, какъ это видно изъ основныхъ положеній 1862 г. и изъ мотивовъ. См. Судеб. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. XXX и 386, т. II, стр. XVIII и 336.

нымъ въ ст. 254 устава уголов. судопроизводства" (у. у. с. ст. 261[5]); наконецъ, рѣшеніе суда содержитъ „указаніе на законы, которыми судъ руководствовался" (у г. с. ст. 711) [1]). Поэтому мы не имѣемъ повода признавать руководящее значеніе кассаціонныхъ рѣшеній для судовъ необязательнымъ и не имѣемъ основаній утверждать, что высшій органъ правосудія въ Россіи въ теченіе почти сорока лѣтъ своей дѣятельности допускалъ вопіющее нарушеніе законовъ, признавая за своими рѣшеніями силу обязательнаго прецедента. Но другой вопросъ — объ условіяхъ и предѣлахъ такой обязательности. Сенатское рѣшеніе, какъ прецедентъ, юридически-обязательно для судовъ, но только въ томъ объемѣ и въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ это согласуется съ предоставленной судамъ самостоятельностью при разрѣшеніи дѣлъ и съ осно-

[1]) Кромѣ того для терминологіи ср. у. г. с. ст. 80[1], у. у. с. ст. 1035[7], 1213[8], полож. о земск. нач. ст. 95, прав. 1889 г., р. II, ст. 122 и др., примѣчаніе къ 371 ст. закон. судопр. уголов. (это примѣчаніе начинается словами: „указомъ Правительствующаго Сената преподаны въ руководство судебнымъ мѣстамъ и т. д.",— и содержитъ обязательное для судовъ разъясненіе одного изъ постановленій нашихъ уголовныхъ законовъ). Вопреки утвержденію проф. Фойницкаго, выраженіе „для руководства" нельзя признать равносильнымъ термину „къ свѣдѣнію", потому что этого не позволяетъ даже текстъ 815 ст. у. г. с. и 933 ст. у. у. с. Подкрѣпляемая ссылкой на 130 ст. у. с. у. попытка г. Фонъ-Резона изъяснить слово „руководство" въ значеніи, какое ему придаетъ обыденный разговорный языкъ, едва-ли удачна. Во-первыхъ, и въ обыденномъ употребленіи это слово имѣетъ нѣсколько значеній (напр. „для руководства дается такой-то учебникъ" и „военная кампанія совершается подъ руководствомъ такого-то полководца"). Во-вторыхъ, ссылка на ст. 130 у. с. у. не умѣстна, ибо эта статья именно указываетъ на случаи, когда никакого руководства со стороны прокуроровъ въ смыслѣ 129 ст. не допускается (въ 129 ст. понятія руководство, подчиненіе, зависимость поставлены, какъ соотвѣтствующія одно другому: „Товарищи Прокуроровъ и Оберъ-Прокуроровъ дѣйствуютъ *подъ руководствомъ* тѣхъ Прокуроровъ и Оберъ-Прокуроровъ, при коихъ они состоятъ. Прокуроры Окружныхъ судовъ *подчинены* Прокурорамъ Судебныхъ Палатъ, а сіи послѣдніе, равно какъ и Оберъ-Прокуроры, состоятъ въ непосредственной *зависимости* отъ Министра Юстиціи").

вными правами ихъ дѣятельности, не отмѣняемыми и не нарушаемыми ни въ 815 ст. у. г. с., ни въ 933 ст. у. у. с.

Предѣлы обязательности сенатскихъ рѣшеній выясняются изъ ближайшаго разсмотрѣнія составныхъ частей такой обязательности.

„Всѣ рѣшенія и опредѣленія Кассаціонныхъ Департаментовъ Сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ,—говорятъ Судебные Уставы—публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ" [1]).

а) Отсюда вытекаетъ для судовъ первая обязанность—знать сенатскія рѣшенія. Не по соображеніямъ личнаго вкуса и не въ виду личныхъ удобствъ, не по желанію или по прихоти, а по долгу своего званія судья обязанъ принимать къ свѣдѣнію всякое рѣшеніе сената къ качествѣ прецедента. „Судебныя мѣста и лица обязаны слѣдить за содержащимися въ рѣшеніяхъ кассаціонныхъ департаментовъ сената, распубликованныхъ во всеобщее свѣдѣніе, разъясненіями точнаго смысла законовъ", говоритъ одно изъ позднѣйшихъ опредѣленій соединеннаго присутствія сената (1888 г. 22 декабря) [2]). Эта обязанность судовъ такъ ясна, что на ней можно было бы и вовсе не останавливаться, если бы не раздавались голоса, требующіе, чтобы суды знали законы и науку права, но поменьше останавливались бы на кассаціонныхъ рѣшеніяхъ. Какъ будто бы одно противорѣчитъ другому и исключается другимъ! Нигдѣ въ Европѣ не раздаются столь кате-

---

[1]) Мы сохраняемъ знаки препинанія по тексту 815 ст. у. г. с. и по первоначальному тексту судебныхъ уставовъ (ср. основ. положенія 1862 г. ст. 77 и 110, также Суд. Уставы въ изданіи Госуд. Канцеляріи 1867 г., т. I, стр. XXX и 387, т. II, стр. XVIII и 337). Различіе въ текстѣ 815 ст. у. г. с. и 933 ст. у. у. с. устранено закономъ 10 іюня 1877 г. и теперь обѣ статьи читаются одинаково, но въ ст. 933 у. у. с. запятая передъ словами „для руководства" пропущена.

[2]) *Сборникъ опредѣленій* соединенныхъ присутствій сената, изд. минист. юстиціи, 1896 г., стр. 752.

горическіе и странные возгласы: „долой судебную практику!" или „долой сенатскія рѣшенія!"—какіе приходится подчасъ слышать въ нашемъ отечествѣ [1]). Между тѣмъ не слѣдуетъ преувеличивать несовершенствъ судебной практики. Какъ бы ни были плохи рѣшенія судовъ, они неизмѣримо цѣнны тѣмъ, что въ нихъ выражается самая жизнь съ ея требованіями и запросами, самый міръ реальнаго дѣйствія и существованія права. Безъ знанія судебной практики и, въ частности, безъ знанія сенатскихъ рѣшеній судья, какъ и ученый, рискуетъ остаться безпочвеннымъ и теоретичнымъ; его взгляды быть можетъ будутъ стройными и красивыми, но эфемерными и недолговѣчными; его теоріи будутъ основательными, но при немъ и останутся, какъ случалось уже не разъ со многими ученѣйшими произведеніями человѣческаго глубокомыслія. Вотъ почему требованіе закона знать рѣшенія сената, ни въ чемъ не нарушая правъ суда, заслуживаетъ оправданія и по существу тѣмъ болѣе, что рядомъ со слабыми рѣшеніями встрѣчаются и превосходные образцы юридическаго знанія, логики и справедливости.

б) Другая обязанность суда состоитъ въ томъ, что онъ долженъ справляться и считаться съ кассаціонными рѣшеніями при разсмотрѣніи отдѣльныхъ дѣлъ. Судъ не только обладаетъ извѣстными знаніями сенатской практики, но и пользуется этими знаніями, выбирая тотъ матеріалъ, который требуется въ видахъ поясненія или разъясненія даннаго дѣла, разсматриваемаго въ судѣ. „Докладъ дѣла Сенату, говоритъ 919 ст. у. у. с., заключается въ изложеніи: 1) обстоятельствъ дѣла, относящихся къ предмету жалобы или протеста; 2) обжалованнаго или протестованнаго приговора; 3) причинъ, на коихъ основывается ходатайство объ отмѣнѣ приговора; 4) законовъ, прилличныхъ дѣлу, и 5) примѣрныхъ рѣшеній, постановленныхъ Сенатомъ по дѣламъ однород-

[1]) „Почти всѣ рѣшенія Сената, а въ особенности такъ наз. лѣтнія, т. е. каникулярныя, слабыя и поверхностныя, должны быть немедленно изъяты изъ руководства и процессуальнаго обращенія!"—восклицаетъ *Волжинъ* (Законъ и жизнь, 1891 г., т. II, стр. 48).

нымъ". Хотя по содержанію этой статьи имѣются въ виду исключительно доклады дѣла въ уголовномъ департаментѣ сената, но изъ мотивовъ явствуетъ, что составители судебныхъ уставовъ при опредѣленіи содержанія докладовъ не давали исчерпывающаго перечня всѣхъ пунктовъ, изъ которыхъ доклады могли слагаться, и притомъ какъ по отношенію къ докладамъ дѣла въ сенатѣ, такъ и по отношенію къ докладамъ дѣла въ палатахъ исходили изъ однихъ и тѣхъ же соображеній, въ силу которыхъ „во всякомъ случаѣ, по мѣрѣ надобности, слѣдуетъ читать и важнѣйшіе по дѣлу акты, документы, протоколы и другія бумаги, нужные для полнаго уразумѣнія всѣхъ относящихся къ предметамъ сужденія вопросовъ" (мотивы къ 919 и 880, 886 ст. у. у. с.) [1]). Поэтому, конечно, приведеніе „примѣрныхъ рѣшеній, постановленныхъ сенатомъ по дѣламъ однороднымъ" столь же умѣстно при разбирательствѣ дѣлъ въ палатахъ, какъ и въ самомъ сенатѣ, и притомъ не только по дѣламъ уголовнымъ, но и по дѣламъ гражданскимъ (ср. у. г. с. ст. 803 и 804[2]). А если при этомъ имѣть въ виду постановленія нашихъ основныхъ законовъ и то, что публикація сенатскихъ рѣшеній производится для всеобщаго свѣдѣнія и руководства, то отъ обязанности приведенія „примѣрныхъ рѣшеній" сената, насколько это требуется поясненіемъ дѣла, не освобождаются, конечно, и другія судебныя установленія [2]).

---

[1]) Судеб. Уставы въ изданіи Государ. Канцеляріи 1867 г., т. II, стр. 321.

[2]) Въ судебной практикѣ былъ возбужденъ вопросъ, съ какого времени знаніе и пользованіе сенатскими рѣшеніями слѣдуетъ признать для судовъ обязательнымъ. Сенатъ, по дѣлу Петрушина, нашелъ возможнымъ высказаться въ томъ смыслѣ, что кассаціонныя рѣшенія, какъ и всѣ вообще узаконенія, постановленія и распоряженія правительства, касающіяся судебной части, печатаются и разсылаются офиціально при Сенатскихъ Вѣдомостяхъ и потому *должны* считаться извѣстными суду со дня полученія имъ Сенатскихъ Вѣдомостей, на основаніи 3 п. прилож. къ 472 ст. т. 1-го Учр. Прав. Сената (рѣш. уг. деп. 1869 г. № 440). Кромѣ того рѣшеніе сената,

в) Такія примѣрныя рѣшенія служатъ судамъ „для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ". Въ этой обязанности судовъ руководствоваться рѣшеніями сената и заключается самый спорный пунктъ всего вопроса. Въ прежнее время указы сената, даваемые по рѣшеніямъ частныхъ дѣлъ, связывали и сенатъ, и мѣста ему подчиненныя. Но теперь о *такой* силѣ кассаціонныхъ рѣшеній и рѣчи быть не можетъ, потому что всѣ судебныя установленія (въ томъ числѣ и кассаціонные департаменты сената) обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ (ст. 9 у. г. с. и ст. 12 у. у. с.). Очевидно, что обязательное руководство со стороны сената оказывается отнюдь не безусловнымъ и далеко не непререкаемымъ. И для самого сената, въ лицѣ его кассаціонныхъ департаментовъ, которые дѣйствуютъ, какъ суды, сила прежнихъ рѣшеній не можетъ уже опредѣляться по соображенію съ 198 ст. учр. сената. Въ виду принятой судебными уставами свободы толкованія законовъ судами и въ виду первенствующаго значенія законовъ для судовъ, вся вторая половина 198 ст. учр. сената въ настоящее время должна быть признана отмѣненной, насколько она можетъ касаться дѣятельности департаментовъ кассаціонныхъ.

Поэтому, отрицая *безусловную* обязательность за сенатскими рѣшеніями, мы спрашиваемъ: въ чемъ же собственно выражается для судовъ ихъ руководящая сила?

Отвѣтъ даютъ сами судебные уставы.

еще и не опубликованное, въ случаѣ представленія его суду въ засвидѣтельствованной копіи, *можетъ* быть уже принято къ руководству на томъ основаніи, что публикація его вовсе не имѣетъ значенія обнародованія новаго закона, а установлена лишь съ цѣлью довести до свѣдѣнія судовъ о состоявшемся рѣшеніи, вслѣдствіе чего вполнѣ безразлично, какимъ путемъ сдѣлалось оно извѣстно — посредствомъ ли публикаціи во всеобщее свѣдѣніе или посредствомъ представленія въ судъ точной его копіи (рѣш. гр. деп. 1878 г. № 92).

„По тѣмъ дѣламъ, по которымъ Присутствіе Департамента или Отдѣленія не признаетъ нужнымъ подробное изложеніе соображеній, принятыхъ въ основаніе рѣшенія, — говорятъ Судебные Уставы — опредѣленія въ окончательной формѣ не составляются, а указы по такимъ дѣламъ посылаются на основаніи постановленныхъ по нимъ резолюцій. Въ семъ случаѣ въ резолюціи должно быть означено: 1) когда и гдѣ (въ Департаментѣ или въ Отдѣленіи) происходило засѣданіе, 2) кѣмъ принесена жалоба или кѣмъ поданъ протестъ, 3) предметъ дѣла, 4) указаніе на законы и на принятыя въ соображеніе кассаціонныя рѣшенія и 5) заключеніе Присутствія" (ст. 925[1] у. у. с. и ст. 804[2] у. гр. с.).

Если самъ сенатъ при постановленіи рѣшеній обязанъ руководствоваться законами и принимать въ соображеніе прежніе прецеденты, то тѣмъ болѣе такая обязанность лежитъ на судахъ низшихъ, контролю сената подчиненныхъ [1]).

Но что же обозначаетъ „принимать въ соображеніе" то или другое обстоятельство при разрѣшеніи дѣла въ судѣ? и не является ли такое „соображеніе" просто однимъ изъ „основаній" приговора? Намъ кажется, что здѣсь можетъ быть только одинъ отвѣтъ: то, что̀ „принимается въ соображеніе" при постановленіи приговора, есть конечно — какъ и самое „соображеніе" — одно изъ данныхъ, обосновывающихъ приговоръ. Поэтому и судебные уставы считаютъ возможнымъ сказать въ общей формѣ: „соображенія, на коихъ рѣшеніе основано", или выразиться частнымъ образомъ: „законы, въ силу коихъ приговоръ постановленъ" (ср. у. г. с. ст. 142 и у. у. с. ст. 130) [2]).

---

[1]) Нашъ сенатъ, повидимому, вполнѣ неосновательно стремится установить правило, что для него самого прежнія кассаціонныя рѣшенія необязательны и что въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ онъ можетъ съ ними вовсе и не считаться (рѣш. гр деп. 1870 г. № 1628). Эта точка зрѣнія понятна только въ виду признанія сенатомъ безусловной обязательности собственныхъ опредѣленій для судовъ низшихъ.

[2]) Для терминологіи ср. у. у. с. ст. 118, 119, 797, 834[2], 834[8], 834[9], у. г. с. 129 ст. и др. Въ основныхъ положеніяхъ 1862 г. гр.

БИБЛІОТЕКА

Такимъ образомъ и по судебнымъ уставамъ руководящее значеніе кассаціонныхъ рѣшеній въ качествѣ прецедентовъ выражается въ формѣ, которая вполнѣ соотвѣтствуетъ извѣстнымъ уже намъ постановленіямъ 69 ст. основныхъ законовъ. Какъ сепаратный законъ, сенатское рѣшеніе не можетъ имѣть безусловно-обязательной силы общаго закона и не можетъ служить основаніемъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ. Какъ прецедентъ, такое рѣшеніе ложится въ основаніе приговора рядомъ съ иными его юридическими и фактическими основаніями, такъ какъ каждый приговоръ суда основывается не только на законѣ, но и на иныхъ данныхъ и положеніяхъ, которыя могутъ имѣть для суда весьма связывающее значеніе, отнюдь не будучи законами.

Свободнѣе всего поставленъ судъ въ отношеніи къ фактическимъ основаніямъ приговора, которыя оцѣниваются имъ по внутреннему убѣжденію (хотя впрочемъ такъ наз. предустановленныя доказательства имѣютъ безусловную силу).

Болѣе связанъ судъ въ отношеніи къ юридическимъ основаніямъ приговора, потому что послѣднія всегда опираются на законъ, который, какъ извѣстно, долженъ быть свято и непарушимо исполняемъ всѣми и каждымъ. Однакоже если самъ законъ допускаетъ провѣрку и находитъ свое ограниченіе въ иныхъ законахъ (напр. объявленный Высочайшій указъ можетъ остаться безъ исполненія въ виду противорѣчащаго ему закона, собственноручно Государемъ подписаннаго—ст. 77 осн. зак.), то тѣмъ болѣе такая провѣрка умѣстна относи-

---

пр. ст. 63 говоритъ, что „суду вмѣняется въ обязанность излагать въ рѣшеніи тѣ соображенія, на коихъ оно основано", а въ самомъ текстѣ у. г. с. эта статья выразилась въ положеніи, что „рѣшеніе суда должно заключать въ себѣ соображенія суда и указаніе на законы, которыми онъ руководствовался" (закономъ 26 мая 1887 г. текстъ 711 ст. нѣсколько измѣненъ); при этомъ въ мотивахъ къ приведенному 2 п. 711 ст. снова повторены слова основныхъ положеній 1862 г., лишній разъ показывающія, что составители уставовъ часто подъ словомъ „соображеніе" понимали всю совокупность возможныхъ юридическихъ и фактическихъ основаній судебнаго приговора.

тельно производныхъ источниковъ права. Постановленія и распоряженія подчиненныхъ органовъ власти опираются на законъ и потому всегда допускаютъ провѣрку съ точки зрѣнія ихъ законности. Даже основные законы говорятъ, что если бы въ указѣ, отъ Правительствующаго Сената послѣдовавшемъ, губернское присутственное мѣсто усмотрѣло что-либо противное законамъ, то оно обязано, не исполняя указа, представить о томъ Правительствующему Сенату (ст. 76). Точно также если бъ въ предписаніи, непосредственно отъ власти министра исходящемъ, начальство, ему подчиненное, усмотрѣло отмѣну закона, учрежденія или объявленнаго прежде Высочайшаго повелѣнія, тогда оно обязано представить объ этомъ министру. И даже если и затѣмъ предписаніе будетъ подтверждено отъ лица министра въ той же силѣ, то и тогда, не исполняя его, начальство обязано случай этотъ представить на окончательное разрѣшеніе Правительствующему Сенату (ст. 78, ср. учр. минист. ст. 237). Въ соотвѣтствіи съ этимъ и въ общемъ губернскомъ учрежденіи хотя и сказано, что каждое присутственное мѣсто исполняетъ указы и предписанія того, кому оно подвѣдомственно, не испрашивая, подъ предлогомъ мнимой неясности, указа на указъ, однакоже сдѣлана оговорка, подтверждающая право подчиненнаго мѣста не исполнять противозаконныхъ предписаній и указовъ, даже если бы они исходили отъ министра или отъ сената (общ. учр. губ. ст. 176, 177 и 178).

Судъ, въ широкой степени надѣленный правами толковать законы и обязанный рѣшать дѣла, не обращаясь ни къ кому за справками или указаніями (ст. 9 и 10 у. г. с. и ст. 12 и 13 у. у. с.), самостоятельно обсуждаетъ и оцѣниваетъ какъ противорѣчія, которыя онъ находитъ въ законахъ и между законами, такъ и противорѣчія, которыя обнаруживаются между законами и между иными юридическими нормами, полагаемыми въ основаніе судебныхъ рѣшеній. Разумѣется, какое бы юридическое значеніе ни было присвоено прецеденту, онъ не изъемлется отъ подобной провѣрки—и даже въ Англіи противозаконность прецедента является однимъ

изъ основаній его уничтоженія. Тѣмъ болѣе это слѣдуетъ сказать о практикѣ нашихъ судовъ, для которыхъ главное значеніе имѣютъ нормы закона и рѣшенія которыхъ во всякомъ случаѣ (даже при примѣненіи права обычнаго) не должны противорѣчить закону (ст. 129 у. г. с., ст. 88 р. II-го правилъ 1889 г.).

Если возможность провѣрять законъ закономъ и свободно толковать его не отнимаетъ у этого источника права ни его юридическаго значенія, ни его авторитетности, то, конечно, и кассаціонныя рѣшенія сената не низводятся на степень простого теоретическаго положенія только отъ того, что судъ можетъ оцѣнивать ихъ законность. Судебная практика сената имѣетъ юридическое значеніе источника права, хотя и занимающаго теперь—при необычайномъ развитіи законодательства—подчиненное, второстепенное мѣсто. Благодаря высокому авторитету суда, отъ котораго она исходитъ, и тому значенію, которое придаетъ ей наше законодательство, къ судебной практикѣ сената въ особенности примѣнимы слова Глазера, требующаго, чтобы суды знали прецеденты, внимательно оцѣнивали ихъ основанія и только съ трудомъ отступали отъ установившейся практики.

Отмѣчая всѣ эти черты, ставящія кассаціонныя рѣшенія сената въ особенное — по сравненію съ приговорами иныхъ судовъ — положеніе, мы все-же должны сказать, что различіе между тѣми и другими не столько качественное, сколько количественное: по существу одна и та же юридическая сила прецедента получаетъ только особенно яркое выраженіе въ дѣятельности высшаго суда. Можно сказать, что *главное* назначеніе кассаціоннаго сената, рѣшая дѣла, охранять единообразіе при истолкованіи и примѣненіи законовъ въ предѣлахъ всего государства [1]); но и всякій судъ, осуществляя

---

[1]) При окончательномъ обсужденіи вопроса о кассаціонномъ порядкѣ отмѣны рѣшеній Государственный Совѣтъ высказалъ, что „кассаціонные департаменты Сената учреждаются *съ тою именно цѣлью*, чтобы охранять правильное и единообразное примѣненіе законовъ всѣми судебными мѣстами Имперіи". Ср. объяснительная записка къ проекту нов. редакціи у. у. с., 1900 г., т. IV, стр. 28.

свою главную задачу разрѣшенія исковъ, *въ частности* долженъ заботиться о такомъ-же единообразіи въ предѣлахъ своего округа. Рѣшенія сената *должны быть* публикуемы; но и приговоры иныхъ судовъ *могутъ* подлежать публикаціи. Рѣшенія сената *должны быть* излагаемы въ докладахъ рядомъ съ прилічными дѣлу законами; но и другіе приговоры *могутъ быть* приводимы для поясненія дѣла. Рѣшенія сената *должны* приниматься въ соображеніе при разсмотрѣніи однородныхъ дѣлъ; но и другіе приговоры *не исключаются* и не изъемлются изъ кругозора судьи, постановляющаго рѣшеніе.

4.

О судебныхъ прецедентахъ низшихъ судовъ наше законодательство говоритъ немного.

А. Обыкновенно, въ виду того безспорно преобладающаго значенія, какое имѣетъ для суда законъ, судебные прецеденты могутъ получить только пояснительную роль при толкованіи законодательныхъ нормъ. Но не исключается вполнѣ и возможность восполнять пробѣлы законодательства путемъ раньше состоявшихся „примѣрныхъ рѣшеній" по дѣламъ однороднымъ.

Для коммерческихъ судовъ это признано въ уставѣ торговаго судопроизводства, потому что хотя рѣшенія ихъ утверждаются на законахъ, однакоже въ тѣхъ случаяхъ, на которые нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную ихъ силу (ст. 352 уст. суд. торг.).

Для общихъ судовъ такое право (и обязанность) восполнять законы судебными прецедентами должно быть признано за тѣми установленіями, которые могутъ основывать свои рѣшенія не только на законахъ, но и на иныхъ юридическихъ нормахъ, если только онѣ не противорѣчатъ законамъ. Такъ, при разрѣшеніи гражданскихъ дѣлъ мировые судьи и адми-

нистративно-судебныя установленія руководствуются закономъ. Но въ случаѣ встрѣтившагося пробѣла въ законодательствѣ требуется только, чтобы ихъ рѣшенія не противорѣчили закону, а потому они могутъ основывать свои рѣшенія или на обычаяхъ, или на общемъ смыслѣ законовъ, или на иныхъ положеніяхъ (а въ ряду ихъ и на прецедентахъ), которыя вообще способны опредѣлять „убѣжденіе совѣсти" судьи [1]). Другіе суды (всѣ судебныя установленія по дѣламъ уголовнымъ и общія судебныя установленія по дѣламъ гражданскимъ), обязанные рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, обязанные основывать свои рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ, указывая въ приговорѣ и тѣ статьи, на которыхъ онъ основывается [2]), — естественно, могутъ пользоваться прецедентами только въ видахъ уясненія или поясненія закона или общаго смысла законовъ.

Б. Юридическая сила судебныхъ прецедентовъ низшихъ судовъ не опредѣлена въ законѣ. Во всякомъ случаѣ она значительно меньше силы кассаціонныхъ рѣшеній сената. Дать точное опредѣленіе этой силы, указать твердую формулу ея дѣйствія — задача тщетная, потому что значеніе судебной практики и юридическое дѣйствіе прецедентовъ разнообразятся въ зависимости отъ многихъ обстоятельствъ [3]). Можно

---

[1]) См. у. г. с. ст. 129, 130, правила 1889 г., р. I ст. 30, р. II ст. 88. Ср. у. г. с. ст. 142 и правила 1889 г., р. II ст. 94.

[2]) См. у. г. с. ст. 9, 10, у. у. с. ст. 12, 13, 119, прав. 1889 г., р. I ст. 30, р. II ст. 1. Ср. у. г. с. ст. 711, у. у. с. ст. 130, 797, правила 1889 г., р. II ст. 204. Въ частности въ области права уголовнаго уже Сводъ Законовъ 1842 г. (ст. 117) говорилъ: „всѣ преступленія должны быть объемлемы, судимы и наказуемы силою закона". Это постановленіе повторено и въ уложеніи о наказаніяхъ 1885 г. (ср. ст. 1 и 90): „преступленіемъ или проступкомъ признается какъ самое противозаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что̀ подъ страхомъ наказанія закономъ предписано; наказанія за преступленія и проступки опредѣляются нѐ иначе, какъ на точномъ основаніи постановленій закона".

[3]) Нашъ сенатъ, преувеличивая значеніе собственныхъ рѣше-

развѣ въ общихъ чертахъ отмѣтить наиболѣе существенныя изъ такихъ обстоятельствъ, а именно: качество прецедентовъ, ихъ количество, пространство и время ихъ дѣйствія, свойство закрѣпляемыхъ ими нормъ и положеніе суда, устанавливающаго прецеденты.

1. Качество судебнаго рѣшенія, какъ прецедента, имѣетъ огромное значеніе. Всякая юридическая норма, изъ какого бы авторитетнаго источника она ни исходила, есть только внѣшнее, формальное правило, которое предполагаетъ наличность извѣстнаго матеріальнаго субстрата, извѣстныхъ соціальныхъ условій и обстановки, обезпечивающихъ и вызывающихъ ея дѣйствіе. При измѣнившихся условіяхъ должна измѣняться и норма. Если она не измѣняется, застываетъ въ своей неподвижности, то въ концѣ-концовъ силою вещей обрекается на бездѣйствіе и незамѣтно вымираетъ. Но если норма съ самаго начала, съ самаго своего возникновенія не соотвѣтствуетъ природѣ вещей и той обстановкѣ, въ которой она должна примѣняться, то она является нормой мертворожденной или во всякомъ случаѣ нежизнеспособной. И нормы закона не изъяты отъ такого регулирующаго вліянія жизни и природы вещей, которыя ими опредѣляются,— что̀ мѣтко и не безъ юмора выражается въ старомъ англійскомъ изреченіи: „парламентъ имѣетъ великую силу, но все-же онъ не можетъ сдѣлать женщину изъ мужчины или мужчину изъ женщины!" Недостатокъ внутренняго качества закона можетъ самыя строгія и категорическія предписанія

ній, вмѣстѣ съ тѣмъ склоненъ умалять значеніе приговоровъ иныхъ судовъ за „примѣрными рѣшеніями" которыхъ онъ не признаетъ никакой обязательной силы (рѣш. гр. д. 1868 г. № 87, 1871 г. № 428, 465, 1876 г. № 329). Напротивъ, суды общіе иногда придаютъ своимъ рѣшеніямъ несоотвѣтственную силу. Такъ, Московская Судебная Палата однажды хотѣла даже возбудить дисциплинарное преслѣдованіе противъ окружнаго суда за уклоненіе его отъ исполненія неоднократныхъ опредѣленій палаты относительно толкованія 277 ст. у. у. с.; но сенатъ—и совершенно правильно—не нашелъ основаній для удовлетворенія такого ходатайства палаты. См. *Макалинскій*, Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей, 1894, т. I, стр. 94.

законодателя свести на нѣтъ: и прошлая, и нынѣшняя исторія права даетъ тому множество примѣровъ. Недостатки внутренняго качества прецедентовъ (въ особенности ихъ несоотвѣтствіе закону и реальнымъ условіямъ жизни) отражаются на ихъ силѣ еще въ болѣе значительной степени, потому что прецеденты подвижнѣе закона и имѣютъ болѣе непосредственное отношеніе къ жизни (законъ — отвлеченная норма, созданная законодателемъ, прецедентъ – живое правило, примѣненное судомъ). Они стоятъ подъ болѣе сильнымъ контролемъ жизни, чѣмъ законъ; и въ этомъ заключается какъ слабая, такъ и сильная сторона судебной практики. Слабая — въ томъ смыслѣ, что измѣнчивыя требованія жизни часто лишаютъ и практику судовъ необходимой устойчивости; сильная — потому что сложившаяся практика, опирающаяся на требованія жизни, которымъ она удовлетворяетъ, можетъ быть измѣняема по произволу даже менѣе, чѣмъ нормы закона. Приговоръ суда, какъ прецедентъ, имѣетъ тѣмъ большую силу и значеніе, чѣмъ онъ основательнѣе, т. е. чѣмъ онъ согласнѣе съ требованіями закона, жизни и разрѣшаемаго дѣла.

2. Количество прецедентовъ, т. е. повтореніе одной и той же нормы во многихъ рѣшеніяхъ, существенно обусловливаетъ степень ея юридической силы. Многочисленность однородныхъ рѣшеній, являясь внѣшнимъ выраженіемъ основательности установленной ими нормы, сообщаетъ судебной практикѣ черты обычнаго права и дѣлаетъ ея положенія легко распознаваемыми. Извѣстный способъ разрѣшенія дѣла мало-по-малу входитъ во всеобщее употребленіе судовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ крѣпнетъ и сознаніе въ необходимости именно такъ, а не иначе разрѣшать всѣ однородные случаи. И сознаніе это дѣйствуетъ тѣмъ настойчивѣе, что постепенно изъ суда проникаетъ оно въ широкія сферы дѣловыхъ людей, которые устраиваютъ свои гражданскія, коммерческія и т. п. отношенія въ твердомъ разсчетѣ на неизмѣнность установившихся въ судебной практикѣ воззрѣній. Этимъ путемъ норма, созданная практикой судовъ, постепенно превращается

въ норму обычнаго права въ тѣсномъ и буквальномъ значеніи этого слова (обычай матеріальный, обычай процессуальный и узуальное толкованіе).

3. Время, въ теченіе котораго дѣйствуетъ прецедентъ, вліяетъ на его силу троякимъ образомъ.

Прежде всего долговременное примѣненіе судами одной и той же нормы укрѣпляетъ ея авторитетъ, освящаетъ ее и достигаетъ тѣхъ же результатовъ, къ какимъ приводитъ и многочисленность однородныхъ судебныхъ рѣшеній. Собственно говоря, оба эти условія силы судебной практики тѣсно связаны другъ съ другомъ и одно предполагается другимъ: многочисленность однородныхъ рѣшеній всегда осуществляется во времени, а время дѣйствія судебной практики заполняется повторнымъ разсмотрѣніемъ однородныхъ случаевъ. Оба условія въ ихъ совмѣстномъ дѣйствіи создаютъ такъ наз. auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum— тотъ видъ судебной практики, относительно котораго едва ли не большинство нѣмецкихъ ученыхъ приходитъ къ согласному заключенію, принимая его за подлинную форму фиксированія правовыхъ нормъ и потому относя его къ числу источниковъ права.

Другое вліяніе времени дѣйствія прецедента заключается въ томъ, что сила одного рѣшенія проявляется тѣмъ интенсивнѣе, чѣмъ скорѣе приходится суду постановлять приговоръ по другому однородному дѣлу. Поэтому даже единичный судебный приговоръ, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ получить огромное значеніе: не мыслимо, чтобы судъ, разсматривая въ одномъ засѣданіи нѣсколько однородныхъ дѣлъ, первое изъ нихъ разрѣшилъ въ одномъ смыслѣ, второе — въ другомъ, третье — въ третьемъ и т. д. Такое явленіе было бы образцомъ величайшаго произвола и настоящимъ скандаломъ въ отправленіи правосудія. И чѣмъ выше поставленъ судъ, чѣмъ шире и замѣтнѣе его дѣятельность, тѣмъ невозможнѣе подобныя явленія. Напротивъ, если прецедентъ долгое время остается безъ употребленія, онъ мало-по-малу забывается, его сила ослабѣваетъ и, наконецъ, совершенно

утрачивается: единичное рѣшеніе маловажнаго дѣла, постановленное нѣсколько лѣтъ тому назадъ и не вспоминавшееся вслѣдствіе невозникновенія въ судѣ другихъ подобныхъ дѣлъ, подпадаетъ всѣмъ вліяніямъ давности.

Наконецъ, третьяго рода вліяніе оказываетъ на силу прецедента теченіе времени не само по себѣ, а въ связи съ измѣненіями жизни и права. Измѣнившіяся условія жизни, перемѣны въ законодательствѣ, вымираніе господствовавшихъ нѣкогда юридическихъ началъ и институтовъ — все это приводитъ въ концѣ-концовъ къ тому, что тѣ судебныя рѣшенія, которыя соотвѣтствовали прежде „общему смыслу законовъ", становятся теперь, при новой обстановкѣ, вполнѣ несостоятельными и естественно исключаются изъ числа прецедентовъ, могущихъ вліять на практику судовъ. Рѣшеніе, которое прежде закону не противорѣчило, повторенное теперь было бы вопіющимъ актомъ беззаконія.

4. Пространство дѣйствія судебной практики опредѣляетъ степень всеобщности нормъ, ею устанавливаемыхъ. Прецеденты одного суда имѣютъ силу главнымъ образомъ и прежде всего въ тѣсныхъ предѣлахъ его собственной судебной дѣятельности, а затѣмъ, выражая установившійся взглядъ высшей инстанціи, начинаютъ оказывать давленіе и на судебную практику низшихъ судовъ, которые считаются со взглядами того учрежденія, отъ какого зависитъ утвержденіе или отмѣна даваемыхъ ими приговоровъ [1]). Отмѣна приговора — всегда явленіе нежелательное, колеблющее авторитетъ учрежденія, первоначально разрѣшавшаго дѣло. И какъ бы мы ни оцѣнивали дѣятельность высшей инстанціи, огромный процентъ отмѣняемыхъ приговоровъ всегда бросаетъ тѣнь на дѣятельность инстанціи низшей и свидѣтельствуетъ

[1]) Противоположнаго взгляда придерживается Вехтеръ. По его мнѣнію обязательность судебной практики (независимо отъ другихъ соображеній) потому именно и должна быть отвергнута, что она приводитъ къ необходимости подчинить высшую инстанцію взглядамъ инстанціи низшей. *Wächter*, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauche, 1840 (Archiv für die Civilistische Praxis, B. XXIII, S. 432 ff.).

о нѣкоторой ненормальности въ ходѣ правосудія. Однородные прецеденты, повторяясь въ практикѣ все болѣе и болѣе многочисленныхъ судовъ, достигаютъ наконецъ общаго признанія и распространенія; санкція сената окончательно закрѣпляетъ за ними значеніе нормы, дѣйствующей на пространствѣ всего государства. Сила такой нормы, поддерживаемая ея общимъ примѣненіемъ, получаетъ особенное значеніе, авторитетъ и устойчивость; являясь первоначально взглядомъ отдѣльнаго суда, эта норма въ заключеніе становится общимъ обычаемъ всякой судебной практики.

5. Не малое значеніе для силы прецедента имѣетъ свойство закрѣпляемой или устанавливаемой имъ нормы. Чѣмъ болѣе норма эта входитъ въ сферу тѣхъ опредѣленій, которыя всецѣло предоставлены самодѣятельности судовъ и имѣютъ только формальное значеніе, тѣмъ болѣе значительную роль въ ея установленіи получаетъ судебная практика. И это совершенно понятно: такъ наз. stylus curiae по самой природѣ своей представляетъ много такихъ частностей внутренняго распорядка, дѣлопроизводства и порядка отношеній между судомъ и сторонами, которыя только и могутъ быть установлены самимъ судебнымъ учрежденіемъ въ примѣненіи ко всей конкретной обстановкѣ дѣятельности именно въ данное время и въ данномъ мѣстѣ и которыя, къ тому же, имѣютъ исключительно внѣшнее значеніе, служатъ только выраженіемъ твердаго, опредѣленнаго, установившагося порядка во всѣхъ частяхъ дѣятельности даннаго судебнаго органа. Содержаніе такихъ нормъ не имѣетъ большого значенія и потому часто не допускаетъ никакой провѣрки съ точки зрѣнія законности или цѣлесообразности ихъ дѣйствія: законъ въ эту область внутренней самодѣятельности судовъ не вмѣшивается, а цѣлесообразность ея заключается въ установленіи внѣшняго, опредѣленнаго и постояннаго порядка, для котораго главное значеніе имѣетъ не то, что̀ собственно устанавливается правиломъ, а то, что существуетъ вообще одно неизмѣнное правило.

Всѣ эти соображенія примѣнимы къ судебнымъ рѣше-

ніямъ, насколько имп устанавливаются какія-нибудь вполнѣ частныя и внѣшнія правила процесса или матеріальнаго права. А такъ какъ нормы процесса въ своемъ соблюденіи существенно зависятъ отъ самого суда, который устанавливаетъ прецеденты, то и вообще прецеденты формальные (процессуальные) de facto оказываются всегда въ большей силѣ, чѣмъ прецеденты матеріальные, которые касаются отношеній, опредѣляемыхъ не самимъ судомъ, а сторонами и только при возможномъ (напр. въ виду спора) участіи суда. При посредствѣ прецедентовъ всегда возникаетъ скорѣе обычай процессуальный, нежели обычай матеріальный [1]).

6. Наконецъ, положеніе суда, устанавливающаго прецедентъ, имѣетъ огромное значеніе для силы послѣдняго.

Сила судебныхъ рѣшеній англійскихъ судовъ, конечно, обусловливается тѣмъ высокимъ и авторитетнымъ положеніемъ, которое занимаютъ англійскіе судьи, часто являющіеся лучшими и образованнѣйшими юристами страны [2]).

У насъ положеніе суда въ особенности опредѣляется тѣмъ мѣстомъ, какое онъ занимаетъ въ системѣ судебныхъ учрежденій. По правилу приговоры высшихъ инстанцій получаютъ особенное значеніе въ качествѣ прецедентовъ. Это зависитъ отъ обстоятельствъ троякаго рода.

Во-первыхъ, внѣшнее положеніе высшей инстанціи, какъ органа надзора и дисциплинарной власти, оказываетъ сильное давленіе на низшіе ей подвѣдомственные установленія, хотя бы они въ дѣлѣ суда и признавались вполнѣ самостоятельными органами юстиціи. Низшій судья слѣдуетъ прецедентамъ высшаго суда, потому что онъ довѣряетъ его знаніямъ, дорожитъ его хорошимъ о себѣ мнѣніемъ и склоненъ прикрываться высшимъ авторитетомъ. Такія обстоятельства не принадлежатъ, конечно, къ числу тѣхъ, которыми опредѣ-

---

[1]) Нѣкоторые, имѣя въ виду свойство закрѣпляемыхъ прецедентомъ нормъ, проводятъ существенное различіе между прецедентами креативными и декларативными. См. выше стр. 157—159, 166—167.

[2]) Ср. *Pollock*, Essays in jurisprudence and ethics, 1882, p. 52. *Salmond*, Jurisprudence or the theory of the law, 1902, p. 159.

ляется достоинство суда; но это не мѣшаетъ имъ быть весьма важными факторами въ установленіи однообразной судебной практики по тому или другому вопросу. Въ особенности роль ихъ велика тамъ, гдѣ отношенія между судами и судьями широко проникнуты идеей дисциплинарнаго соподчиненія — напр., въ нашихъ военныхъ судахъ (принята безусловная обязательность рѣшеній главнаго военнаго суда), въ судахъ духовныхъ (обязательное значеніе епископскихъ рѣшеній) и въ административно-судебныхъ установленіяхъ, созданныхъ законами 1889 г., гдѣ ни одинъ земскій начальникъ не рискнетъ упорно не считаться съ прецедентами Губернскаго Присутствія, которому онъ подвѣдомственъ [1]).

Во-вторыхъ, нельзя отрицать внутренняго значенія рѣшеній высшей инстанціи въ качествѣ прецедентовъ. Высшіе суды часто болѣе спеціализованы и пополняются болѣе опытными юристами (опытность въ рѣшеніи дѣлъ), они дѣйствуютъ въ составѣ болѣе обширныхъ коллегій (всесторонность рѣшенія), судьи получаютъ лучшее содержаніе и, слѣдовательно, могутъ имѣть всѣ необходимыя справочныя изданія и пособія (основательность рѣшенія); наконецъ, они освобождены отъ многихъ постороннихъ обязанностей, лежащихъ на низшихъ дѣятеляхъ правосудія и отнимающихъ у нихъ время, необходимое для тщательнаго обсужденія дѣлъ судебныхъ (осмотрительность въ рѣшеніи дѣлъ). При такихъ условіяхъ и рѣшенія высшихъ судовъ всегда могутъ выигрывать въ качественномъ отношеніи тѣмъ болѣе, что помѣщаются эти суды въ центрахъ культурной и умственной жизни страны, гдѣ общій уровень выше и гдѣ сама обстановка содѣйствуетъ выработкѣ образованныхъ и просвѣщенныхъ дѣятелей юстиціи въ истинномъ и лучшемъ смыслѣ этого слова. Благодаря всѣмъ этимъ обстоятельствамъ приговоры высшихъ инстанцій выигрываютъ въ качествѣ, т. е. пріобрѣта-

[1]) *Загоровскій*, Очеркъ гражданскаго судопроизводства въ новыхъ административно-судебныхъ учрежденіяхъ, 1892, стр. 373. *Энгельманъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 1899, стр. 309.

югъ именно то свойство, отъ котораго существенно зависитъ сила каждаго прецедента.

Въ-третьихъ, на что̀ мы уже указывали и раньше, взгляды высшей инстанціи связываютъ низшіе суды по причинамъ процессуальнымъ. Съ одной стороны, они должны считаться съ этими взглядами, избѣгая отмѣны собственныхъ приговоровъ. Съ другой стороны, они не должны давать лишнихъ поводовъ для безконечныхъ процессовъ, которые естественно возникаютъ, когда низшая инстанція противорѣчитъ высшей и тѣмъ какъ-бы приглашаетъ заинтересованныхъ лицъ добиваться переноса дѣла по инстанціямъ. Такое явленіе не только крайне нежелательно съ точки зрѣнія интересовъ частныхъ лицъ и всего общества, но и весьма опасно для престижа правосудія, который страдаетъ отъ актовъ вопіющей несправедливости, когда то или иное рѣшеніе дѣла обусловливается совершенно случайными обстоятельствами его обжалованія, часто не зависящими даже отъ воли сторонъ процесса.

Въ зависимости отъ разнообразныхъ вліяній, нами указанныхъ, сила судебнаго прецедента испытываетъ значительныя колебанія. Почти незамѣтная и неощущаемая въ нѣкоторыхъ случаяхъ, она достигаетъ огромныхъ размѣровъ, когда соединяется рядъ благопріятныхъ для того условій. Судебное рѣшеніе получаетъ непоколебимый авторитетъ общей нормы, если въ немъ выражается вполнѣ основательный, продуманный и провѣренный взглядъ судебной практики, которая давно уже установилась, постоянно повторяется при разсмотрѣніи однородныхъ дѣлъ, принята всѣми судами и на пространствѣ всего государства объединена руководящими указаніями высшей кассаціонной инстанціи. Имѣя руководствомъ законъ и такую судебную традицію, всякій судья поставленъ въ счастливыя условія отправленія правосудія: et-enim optima est lex, quae [illegible] relinquit arbitrio judicis; optimus judex, qui minimum [illegible].

РАЗУМОВСКАЯ ПУБЛИЧНАЯ НАУЧ. БИБЛИОТЕКА