

Всюду, где только люди находятся между собой в правовом общении, множество правовых норм возникают сами собой не только помимо вмешательства законодателя, но и помимо прямого вмешательства власти.

Прямое законодательство представляет собой чересчур громоздкий и медлительный аппарат, который отстает от жизни и не успевает удовлетворять ее быстро созревающим новым запросам. Беспеременно развиваясь, жизнь никогда не останавливается в своем течении; между тем в деятельности законодателя, даже самого совершенного, неизбежны частные паузы и перерывы. Беспеременно возникающие спорные правовые вопросы, сплошь да рядом не могут ждать решения их законодателем; раньше, чем он приступит к их решению, они в отдельных случаях, казусах разрешаются, помимо его участия, практикой. И решение, принятое в одном спорном случае, становится прецедентом для ряда других однородных случаев. Таким образом, путем прецедентов создаются правовые нормы.

Это можно наблюдать прежде всего в судебной практике. Ни в одну эпоху истории деятельность суда не ограничивалась одним применением закона к отдельным случаям жизни. Законодательство, даже самое совершенное, не может всего предвидеть и заключает в себе неизбежные проблемы, которые и выполняются судебной практикой. Существует общее правило во всех современных государствах, что суд "не может отказываться от рассмотрения дела под предлогом неполноты, неясности и противоречия существующих законов". Поэтому, когда на рассмотрение суда поступает какой-либо гражданский спор, законом не предусмотренный, суд обязан вынести то или другое решение. Понятно, что в этих, часто встречающихся случаях суд решает дело на основании правовых начал, не нашедших себе выражения в законодательстве,

Всякое решение, вынесенное судом, имеет общее принципиальное значение. Элементарное условие всякого правосудия состоит в том, чтобы суд решал все однородные случаи на основании одних и тех же правил. Поэтому-то решение отдельного казуса устанавливает прецедент, т. е. общую правовую норму для всех аналогичных случаев. Таким образом, суд не только применяет закон, но и задает новые нормы права в дополнение к нему.

Исторически множество важнейших норм права создано именно этим путем, посредством судебных прецедентов. Так, например, этим путем создано в Риме все *jus gentium* — т. е. все то римское гражданское право, которое явилось на смену

древнейшему *jus civile*. Говоря словами известного знатока английской конституции Дайси, "история развития права в Англии есть в значительной мере история судебной практики. Между прочим, и само рабство было уничтожено не законом, а судебным прецедентом. В конце XII века английский суд перестал признавать собственность человека над человеком и в этом смысле решал все споры о рабстве: таким путем рабство было отменено".

В Англии и в наше время судебный прецедент признается официально источником права. В континентальных государствах такое значение за прецедентом официально не признается, но, однако, можно и здесь указать множество норм права, создавшихся именно этим путем помимо закона. Следовательно, фактически судебный прецедент везде является источником права.

Значение источника права принадлежит не одному только судебному прецеденту: нормы права создаются путем прецедента действительностью всех вообще органов власти. Известно, например, что ряд важнейших учреждений английского государственного права создан путем прецедента. Английский закон не включает никаких постановлений относительно кабинета министров: правило, что кабинет выходит в отставку в случае неблагоприятного вотума парламента, возникло путем единичных прецедентов, мало-помалу сложившихся в обычай. Самый парламентаризм, таким образом, был введен в жизнь прецедентом.

Понятие права, как это уже было выяснено, не совпадает с правом в официальном значении этого слова. Поэтому и сфера действия прецедента шире, нежели сферы действия органов государственной власти. Множество норм права создается путем прецедента не только помимо участия, но даже без ведома, а иногда и против воли государства. Примером может послужить любая незаконная общественная организация, хотя бы прежние организации студенческие. Тут почти все сложилось путем прецедента: права сходок, как общих, так и курсовых, пока существовали курсы, права председателей сходок и студенческих старост, где таковые имеются, и т. п.

Примеров действия прецедентов вообще можно привести неограниченное множество; во всех вообще сферах правовых отношений прецедент играет роль источника права, т. е. силы, сообщающей известным правилам значение правовых норм.

При этом, как сказано, из всех источников права прецедент — несомненно древнейший.

В те времена, когда еще не было правильно организованной государственной, а следовательно, законодательной власти, правовые нормы вообще создавались по поводу отдельных конкретных случаев, т. е. путем прецедента, который затем закреплялся обычаем.