

Наряду с административными распоряжениями закон в тесном смысле дополняется нормами, создаваемыми судебной практикой. Суд есть инстанция, применяющая закон к казусам, встречающимся в действительности. Но в силу невозможности для законодателя предвидеть все разнообразие казусов, судебная практика поневоле не ограничивается одним только применением закона к случаям действительной жизни. В жизни общества встречаются случаи, законом не предусмотренные, и суд, разбирая такие случаи, призван играть творческую роль; он должен разрешать всякие казусы и, сталкиваясь с новыми казусами, волей-неволей вынужден создавать для них новые нормы права. Правосудие так или иначе должно совершаться, поэтому во всех новейших законодательствах принято правило, что суд не может отказываться от решения спорного дела под предлогом неполноты или неясности закона. Если он отказывается вынести решение по какому-либо делу, то за этот отказ он ответствен, как за отказ в правосудии. Если суд сталкивается с казусом, для которого он не может найти соответствующего закона, он должен разрешить его, основываясь на общем разуме законов: не руководствуясь своими субъективными воззрениями, а так, как разрешил бы его сам законодатель. Он может воспользоваться законом, предусматривающим аналогичный случай; если же нельзя подыскать подобного закона, то суд в этом случае должен решить дело по духу действующего законодательства, руководствуясь намерениями и целями законодателя, которые нашли выражение в законодательстве как целом.

Одним словом, суд должен искать логического единства законодательства как целого и на основании этого разрешать казусы, встречающиеся в его практике.

Но редкое законодательство представляет собой стройное, логическое целое, так как оно слагается постепенно, и отдельные части его, созданные в разное время и под влиянием различных воззрений, нередко находятся в противоречии друг с другом. Может случиться даже, что тот или другой закон, взятый в отдельности, заключает в себе внутреннее противоречие; ибо сплошь да рядом отдельный акт законодательства является результатом компромисса противоположных воззрений. Чтобы, например, закон прошел в парламент, одна партия нередко принуждена делать уступки в пользу другой, и в таком случае закон, естественно, носит характер компромисса. В монархиях неограниченных текст закона нередко также является результатом компромисса между различными течениями в сферах придворных и бюрократических. Ввиду всего сказанного суду нередко приходится вносить логическое единство в такой законодательный материал, где его в действительности вовсе не оказывается.

Не ограничиваясь одним применением закона к соответствующим случаям, но дополняя

существующее законодательство новыми и даже весьма существенными нормами, суд тем самым проявляет творческую деятельность. Отдельные решения суда далеко не всегда создают обязательные нормы не только для всех прочих судов, но и для суда, их формулировавшего. Иногда нормы создаются единичными судебными прецедентами, но чаще они приобретают обязательную силу, когда прецеденты повторяются, т. е. путем обычая. Поэтому некоторые ученые, как, например, Вахтер,<sup>31</sup> Малышев,<sup>32</sup> видят в них проявления обычного права. Против этих воззрений выступил с возражением профессор Кор-кунов. Судебная практика, по его мнению, занимает посредствующее место между обычаем, с одной стороны, и законом — с другой. Она имеет много общего и с обычаем, и с законом. Между тем как обычай возникает и слагается бессознательно, нормы, вырабатываемые судебной практикой, возникают в силу сознательного стремления вносить поправки и дополнения в действующее законодательство. Другое возражение состоит в том, что обычай будто бы всегда создается обществом как целым или определенным общественным классом, сословием, без всякого участия государственной власти, тогда как судебная практика создается определенным государственным органом — судом. Это возражение неубедительно, так как органы власти, в особенности же суды, могут вырабатывать свои обычаи, имеющие несомненно юридическое значение; но во всяком случае судебная практика не может быть сведена к обычаю, ибо она может вырабатывать нормы права не только путем множественных, но и путем единичных прецедентов. Так или иначе, частью путем прецедента, частью путем обычая, судебная практика несомненно создает новые нормы в дополнение к закону и потому должна рассматриваться как самостоятельный источник права.

У нас в России судебная практика имеет значение самостоятельного источника права, но это значение было официально признано за ней лишь со времени издания Судебных Уставов императора Александра II. В них впервые предписывалось суду не останавливать решения под предлогом неясности, неполноты или противоречия существующих законов, а разрешать непредвиденные законом случаи на основании общего разума всего законодательства. В этом смысле составлены ст. 10 гражданского судопроизводства и ст. 13 уголовного судопроизводства.

В совершенно иное положение был поставлен дореформенный суд. Если суд по поводу спорного дела усматривал в законах неполноту или неясность, он должен был представлять его на усмотрение высшей инстанции. Таким образом, спорное дело странствовало из одного суда в другой, из одной инстанции в другую, пока не доходило до Государственного Совета, который полагал свое мнение и подносил его на Высочайшее утверждение. Нечего и говорить, что такой порядок был связан с бесконечной судебной волокитой: решение по тому или иному делу выносилось нередко через много лет после его возникновения. Уничтожение этой язвы старого судопроизводства было одним из великих благодеяний императора Александра II.

Так как деятельность суда есть деятельность отчасти творческая, то она должна находиться под сильным влиянием науки о праве, в особенности если суд сталкивается с пробелами в законодательстве. Суд восполняет эти пробелы, обращаясь к науке, посредством юридического мышления. На этом основании некоторые ученые считают науку о праве самостоятельным источником права, и сторонники исторической школы, придерживающейся такого мнения, считали сословие юристов выразителем живущего в народе правосознания. Невозможно согласиться с этим взглядом. Не подлежит, конечно, сомнению, что наука служит одной из главных причин развития права; но, с точки зрения данного нами определения источников права, наука не есть источник права. Под источниками права должно разуметь те причины, которые сообщают нормам их обязательное значение; наука же о праве обязательной силы сообщить нормам не может, и те нормы, которые формирует наука, приобретают обязательное значение только тогда, когда входят в жизнь путем прецедента, обычая или закона.