

753
МАЙ 2008

48
762



ПРОВЕРЕНО
2000г.

7570

О судебномъ толкованіи законовъ по русскому праву.

ВВЕДЕНІЕ.

Отношеніе судебной власти къ власти законодательной всегда было и до настоящаго времени остается однимъ изъ самыхъ трудныхъ вопросовъ права. Изъ всѣхъ частныхъ этого сложнаго вопроса едвали не самая трудная—отношеніе судьи къ законодательству, опредѣленіями котораго онъ долженъ руководствоваться при разрѣшеніи отдѣльныхъ случаевъ.

На первый взглядъ нѣтъ ничего легче, какъ опредѣлить это отношеніе. Судебное рѣшеніе должно заключать въ себѣ примѣненіе общаго закона къ частному случаю—вотъ обыкновенное и ходячее воззрѣніе на *содержаніе* судебного рѣшенія. Тимъ воззрѣніемъ опредѣляется и обыденный взглядъ на права и обязанности судьи. Если судебное рѣшеніе по идеѣ своей есть только примѣненіе закона къ частному случаю, то судья очевидно долженъ быть пассивнымъ органомъ закона и деятельность его исчерпывается, такъ сказать, механическимъ его приложеніемъ.

Но такой взглядъ вѣренъ только въ самыхъ общихъ чертахъ. Онъ удовлетворяетъ только такимъ же общимъ и абстрактнымъ представленіямъ о пользѣ раздѣленія властей, о гарантіяхъ, даваемыхъ гражданамъ общимъ закономъ, о необходимости обезпечить всю совокупность личныхъ и имущественныхъ правъ въ произвола судей и т. д. Но опытъ показываетъ, что безусловное примѣненіе этихъ общихъ началъ и требованій къ самымъ подробностямъ житейскихъ отношеній порождаетъ массу

неудобствъ и противорѣчій. Превращеніе судьи въ пассивный органъ закона, какъ мы увидимъ ниже, противорѣчитъ началу раздѣленія властей не меньше, чѣмъ произволъ судей, поставленныхъ въ возможность соперничать съ законодательною властью. Опытъ странъ, упорно державшихся начала «пассивности» судейской власти, показываетъ, что единообразіе и правильность судейской практики нарушались вмѣшательствомъ законодательной власти и что при подобномъ вмѣшательствѣ личнымъ и имущественнымъ правамъ гражданъ грозила неменьшая опасность, какъ и отъ «произвола» судей, съ тою только разницею, что противъ нея не было уже средствъ защиты.

Затѣмъ поверхностныя представленія о содержаніи судебныхъ рѣшеній, какими бы скромными предѣлами ни была опредѣлена компетенція суда, всегда оказывались и оказываются невѣрными. Конечно судебное рѣшеніе должно быть основано на законѣ, судья долженъ руководиться волею законодателя, какъ она выражена въ отдѣльныхъ статьяхъ кодекса или въ общемъ его духѣ, но отсюда до утвержденія, что примѣненіе закона есть пассивное его приложеніе къ частному случаю, чрезвычайно далеко.

I. Примѣненіе закона къ отдѣльнымъ случаямъ, подлежащимъ судебному разбирательству, не можетъ быть дѣятельностію пассивною. Каждый отдѣльный случай, взятый непосредственно изъ практической жизни, представляетъ столько индивидуальныхъ чертъ, что судья долженъ имѣть не мало теоретическихъ и практическихъ свѣдѣній для опредѣленія того какой законъ относится къ данному дѣлу. Правильное избраніе закона изъ всей массы законодательнаго матеріала предполагаетъ уже не мало юридическаго такта. Затѣмъ вопросъ объ объемѣ, въ которомъ извѣстная статья можетъ быть примѣнена къ предусмотрѣнному ею случаю, часто является не менѣе сложнымъ и труднымъ.

Къ затрудненіямъ, возникающимъ изъ факта индивидуальныхъ различій отдѣльныхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ однимъ общимъ закономъ (часто довольно неопредѣленнымъ),

присоединяются еще затрудненія, возникающія изъ недостатковъ самого закона. Во первыхъ текстъ закона весьма часто неясно выражаетъ мысль законодателя; во вторыхъ данная статья можетъ быть редактирована такимъ образомъ, что множество отдѣльныхъ случаевъ не будутъ подходить подъ ея буквальный смыслъ, но очевидно соотвѣтствуютъ ея логическому смыслу, намѣреніямъ законодателя ¹⁾. Наконецъ въ третьихъ, судья встрѣчается иногда съ рѣшительнымъ пробѣломъ въ законодательствѣ и, для разрѣшенія данного случая, долженъ самъ стать на мѣсто законодателя ²⁾.

II. Такимъ образомъ судебное рѣшеніе требуетъ ряда особаго рода приѣмовъ, совокупность которыхъ носитъ общее имя «толкованія» законовъ (*interpretatio, Auslegung*); изясненіе смысла закона, содержащееся въ судебномъ рѣшеніи, есть особый и самостоятельный элементъ права. Разъ постановленное рѣшеніе можетъ вліять на способъ примѣненія закона къ другимъ однороднымъ случаямъ, служить 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 ³⁾.

¹⁾ Такъ п. 1 ст. 571 улож. о наказ., предусматривающей поддѣлку кредитныхъ билетовъ, гласитъ: «за поддѣлку самой *бумаги и рисунковъ* механическими средствами, а равно и за превращеніе на банковыхъ билетахъ настоящаго достоинства ихъ въ высшую сумму, виновные подвергаются и т. д.». Изъ *буквального* смысла этихъ словъ можно заключить, что для наличности состава данного преступленія необходима поддѣлка механическими средствами какъ бумаги, такъ и рисунка кредитнаго билета. Но сенатъ, по дѣлу *Шомбергъ-Колонтия*, совершенно справедливо расширилъ буквальный смыслъ этой статьи, руководствуясь ея цѣлью и логическимъ смысломъ. Именно онъ постановилъ (рѣш. 1867 г. № 406): 1-я часть ст. 571 можетъ быть примѣнена и къ случаямъ поддѣлки одного только рисунка механическимъ способомъ, такъ какъ въ данномъ преступленіи главную роль играетъ рисунокъ, а не бумага. Этотъ и многіе случаи нашей судебной практики представляютъ примѣры *распространительнаго толкованія*.

²⁾ Посредствомъ *аналогіи*, часто, къ сожалѣнію, смѣшиваемой съ распространительнымъ толкованіемъ, особенно въ нашей практикѣ.

³⁾ Гот. *Коксъ*, въ своемъ извѣстномъ и почтенномъ трудѣ: *Institutions of the English Governement* (нѣмецкій переводъ г. *Кюне*, стр. 4) полагаетъ,

При такомъ значеніи судебнаго толкованія понятно, что каждое законодательство должно опредѣлить объемъ правъ, предоставляемыхъ судебной власти въ дѣлѣ толкованія законовъ и силу судебнаго толкованія въ его отношеніи къ законодательной власти. Мы рассмотримъ здѣсь постановленія русскаго законодательства относительно того и другого вопроса.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

О правѣ судебнаго толкованія.

III. Постановленія русскаго законодательства о правѣ толкованія законовъ содержатся какъ въ общихъ узаконеніяхъ — законахъ основныхъ и государственныхъ учрежденіяхъ, такъ и въ специальныхъ узаконеніяхъ, опредѣляющихъ права и обязанности судебной власти—въ уложеніи о наказаніяхъ и въ судебныхъ уставахъ 1864 г. Понятно само собою, что прежде чѣмъ представить общій результатъ этихъ постановленій, необходимо разсмотрѣть оба источника въ отдѣльности, такъ какъ они исходятъ изъ различныхъ воззрѣній на судебную власть. Постановленія основныхъ законовъ и государственныхъ учреждений суть точное воспроизведеніе взглядовъ, господствовавшихъ въ нашемъ законодательствѣ до изданія свода законовъ. Уложеніе о наказаніяхъ дало поводъ къ инымъ воззрѣніямъ, значеніе которыхъ утвердилось и развилось съ изда-

что самое существо судебной власти должно быть опредѣляемо правомъ *толкованія* законовъ. «Исполнительная власть вообще, говоритъ онъ, распадается на разные факторы, по природѣ ея различныхъ функцій. Самое общее дѣленіе различаетъ судебныя и административныя установленія. Существеннѣйшій атрибутъ первыхъ есть право толковать законы предоставленную имъ властью». Затѣмъ продолжаетъ, въ примѣчаніи къ этому мѣсту: «другое опредѣленіе судебной власти, которое могло бы быть предложено, состоитъ въ томъ, что она опредѣляетъ законныя послѣдствія нарушенія закона и возстановляетъ послѣднія. Но это опредѣленіе было бы не совсѣмъ точно. Первая его часть уже обнимаетъ право толкованія законовъ, которое, по опредѣленію, данному въ текстѣ, есть существенное въ судебной власти; послѣдняя же часть предложеннаго опредѣленія распространяется на функціи, не исключительно судебныя».

ніемъ судебныхъ уставовъ 1864 г., видоизмѣнившихъ положеніе судебной власти.

Установленіе общихъ началъ дѣйствующаго законодательства принадлежитъ безъ сомнѣнія времени Екатерины II. Въ ея знаменитомъ «наказѣ» содержатся зародыши многихъ реформъ; высшія правительственныя мѣста и сами государи часто ссылались на идеи наказа, въ подкрѣпленіе своихъ собственныхъ распоряженій. Наказъ имѣлъ рѣшительное вліяніе и на постановленія нашего законодательства о правѣ толкованія законовъ. Идеи наказа въ этомъ отношеніи очень опредѣленны. Въ принципѣ онъ безусловно возстаеъ противъ права толкованія. По его мнѣнію, нѣтъ ничего опаснѣе юридической поговорки, что должно держаться смысла закона, а не его буквы; отрѣшеніе отъ буквального смысла закона открываетъ широкую дорогу судебному произволу, противъ котораго наказъ возстаеъ всѣми силами ⁴⁾. Затѣмъ всѣ его разсужденія клонятся къ доказательству той мысли, что законы должны быть написаны самымъ яснымъ и точнымъ языкомъ, что «уложеніе, всѣ законы въ себѣ содержащее, должно быть книгою весьма употребительною, и которую бы за малую цѣну достать можно было на подобіе букваря» (наказъ ст. 158).

Ограниченіе судейскаго произвола — общая цѣль наказа. Эта цѣль можетъ быть достигнута чрезъ воспрещеніе толкованія и чрезъ усовершенствованіе кодекса. «Ежели право толковать законы, говоритъ 157 ст. наказа, есть зло, то также есть зло и неясность закона, налагающая нужду толкованія». Другими словами: «зло толкованія» можетъ быть устранено такимъ совершенствомъ законовъ, какого не достигалъ еще ни одинъ кодексъ, а тѣмъ болѣе русское законодательство, не имѣвшее даже свода. Поэтому и принципъ, выставленный наказомъ, не могъ имѣть должнаго примѣненія. Законодательство, слѣдовавшее идеямъ наказа, было поставлено въ трудное положеніе. Съ одной стороны, оно не признавало интерпретаціи и боролось противъ «самопроизволь-

⁴⁾ Императрица имѣетъ здѣсь въ виду знаменитую юридическую поговорку: «scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem».

ныхъ толкованій». Съ другой стороны законодатель, видѣвшій хаотическое состояніе законодательства, долженъ былъ допускать толкованіе, безъ чего медленность въ рѣшеніи дѣлъ и «испрашиваніе указа на указъ» подъ предлогомъ неясности закона, вредно отражалась на интересахъ общественных⁵⁾.

Эта внутренняя борьба и раздвоеніе законодательства выразились какъ въ законахъ основныхъ, такъ и въ прочихъ частяхъ свода. Мы рассмотримъ здѣсь тѣ и другія постановленія.

IV. Изъ *основныхъ* законовъ къ занимающему насъ вопросу относится извѣстная 65 ст. Приводя ее здѣсь вполнѣ, мы считаемъ нужнымъ раздѣлить ее на двѣ части, различныя по содержанію:

а) «Законы должны быть исполняемы по точному и *буквальному* смыслу оныхъ, безъ всякаго *измѣненія* и *распространенія*. Всѣ безъ изыятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, должны утверждать опредѣленія свои на *точныхъ словахъ* закона, не перемѣняя въ нихъ безъ доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская *обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій*».

б) «Но еслибы *гдѣ* либо, по различію *буквальнаго* смысла узаконеній, встрѣтилось затрудненіе въ избраніи и приложеніи закона къ разсматриваемому дѣлу, — въ такомъ случаѣ, по невозможности согласить *буквальный* смыслъ закона съ таковымъ же другаго, самая необходимость предписываетъ, особенно въ высшихъ мѣстахъ, слѣдовать *общему духу* законодательства и держаться смысла *наиболѣе* оному соответствующаго».

Согласить обѣ половины 65 ст. возможно только, принявъ въ расчетъ руководящія начала нашего законодательства и отдѣльныя узаконенія, на которыхъ основана 65 ст.

ad a) Первая часть 65 ст. составлена подъ вліяніемъ идеи наказа, откуда даже заимствовано выраженіе «не допуская об-

⁵⁾ Ср. сводъ зак. р. Ц, общео. учрежд. губ. правл. ст. 746: «Запрещается, подъ предлогомъ мнимой неясности, испрашивать указа на указъ; требовать же разрѣшенія можно тогда только, когда дѣйствительно встрѣчены будутъ затрудненія въ исполненіи постановленій, или когда самый *буквальный* смыслъ закона подастъ поводъ къ недоразумѣнію».

манчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій» (на-
базъ ст. 153). Она очевидно исходитъ изъ того предположе-
нія, что судья имѣетъ предъ собою законъ, настолько ясный
и точный, что всякое отступленіе отъ его буквы будетъ
злоупотребленіемъ судейской власти. Въ этомъ духѣ состав-
лены узаконенія, на которыхъ основана первая часть 65 ст.
Они или предупреждаютъ отступленія отъ буквы «яснаго и
точного» закона или изданы по поводу совершившихся уже
злоупотребленій. Таковы, напримѣръ, выраженія указовъ вре-
мени Екатерины II: «каждый департаментъ (сената или кол-
легіи) имѣетъ принадлежащія ему дѣла рѣшить единогласно и
на точномъ основаніи законовъ (П. С. З. № 19989 п. 4 и 9);
или: «палаты да не рѣшатъ (дѣла) иначе, какъ въ силу го-
сударственныхъ узаконеній»; или, еще: «рѣшеніе дѣла не иначе
да учинится, какъ точно въ силу узаконеній и по словамъ за-
кона». (Учрежд. о губерн. 1775. П. С. З. № 14392, ст. 184, 406).
Другія узаконенія, какъ мы замѣтили, изданы прямо по по-
воду явныхъ и произвольныхъ уклоненій отъ точнаго смысла
закона. Такъ указъ, изъ котораго и заимствовано выраженіе,
что законы должны быть исполняемы «безъ всякаго распро-
страненія», изданъ по поводу явно неправильнаго примѣненія
всемилоствѣйшаго манифеста 1826 г. о помилованіи пре-
ступниковъ⁶⁾. Ясно само собою, что всемилоствѣйшій мани-
фестъ былъ своего рода *симулярнымъ* закономъ, дѣйствию ко-

⁶⁾ Сущность дѣла, по поводу котораго состоялся сенатскій указъ, слѣ-
дующая: 1-го января 1826 г. изданъ Всемилоствѣйшій манифестъ, въ кото-
ромъ, между прочимъ, повелѣно: «преступниковъ, осужденныхъ по 19-е
ноября 1825 г. къ тѣлесному наказанію и ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе,
освободивъ отъ приговореннаго тѣлеснаго наказанія, сослать только въ
работу, или на поселеніе». Затѣмъ, по Высочайше утвержденному 27-го
марта 1826 г. положенію комитета министровъ, осужденными повелѣно при-
знавать тѣхъ только, о коихъ приговоры уголовныхъ палатъ послѣдовали
до 19-е ноября 1826 г. Между тѣмъ нѣкоторые губернскіи правленія, считая
осужденіе преступниковъ ее времени состоянія о нихъ рѣшенія *уездныхъ*
судовъ, стали избавлять отъ тѣлеснаго наказанія и такихъ подсудимыхъ, о
коихъ рѣшенія уголовныхъ палатъ послѣдовали послѣ 19-го ноября. Это,
вмѣстѣ съ другими отступленіями отъ буквального смысла манифеста, побу-
дило сенатъ высказаться въ выраженіяхъ, занесенныхъ въ 65 ст. основ.
зак. 2-е П. С. З. № 431.

того могло быть распространено только на определенный круг лиц. Нельзя, однако, не заметить, что вряд ли было основание устанавливать одні и тѣже правила примѣненія законовъ для законовъ сингулярныхъ и общихъ, какъ это сдѣлалъ сенатъ, опираясь на идеи наказа, и за нимъ редакторы 65 ст. Сингулярные законы должны быть конечно примѣняемы «безъ всякаго распространенія»; но вряд ли можно сказать это о законахъ общихъ, требующихъ иногда распространительнаго толкованія. Редактированная такимъ образомъ 65 ст. какъ-будто хочетъ сказать: законы должны быть исполняемы подобно манифестамъ о помилованіи. Прочія узаконенія, приведенныя въ ссылкѣ къ 65 ст., имѣютъ тотъ же смыслъ. Такъ указъ сената 28 мая 1818 г. включаетъ въ себѣ опубликованіе новгородской палаты гражданского суда за неправильное примѣненіе точнаго гражданского закона (И. С. З. № 29378). Указъ этотъ, кромѣ того, заключалъ въ себѣ обобщеніе именнаго указа 1797 г. «объ опубликованіи присутственныхъ мѣстъ за неправильныя рѣшенія». Онъ состоялся по поводу прямого злоупотребленія, допущеннаго черниговскою гражданской палатою ⁷⁾. Затѣмъ сенатскій указъ, 9 августа 1828 года, опубликовалъ бѣлостокскій земскій судъ за то, что онъ «приводилъ въ общенародное извѣстіе» одинъ сенатскій указъ, прописавъ его не вполнѣ и не подлинными словами, а сокращенно и въ превратномъ видѣ, отчего возникли разные безпорядки. Въ

⁷⁾ И. С. З. № 17741. Сущность дѣла состоитъ въ слѣдующемъ. Капитанъ Колодяжный и казаки Хайлы тягались о недвижимомъ имуществѣ. Дѣла спорнаго имѣнія была показана въ исковой просьбѣ и *отсутчиками не оспорена*. По суммѣ иска онъ подлежалъ окончательному рѣшенію верхней расправы, которая и постановила свое опредѣленіе, долженствовавшее войти въ законную силу. Между тѣмъ черниговская гражданская палата, по настоянію одной изъ сторонъ, предписала переоцѣнку имѣнія, съ дѣлю сдѣлать некъ подсуднымъ себѣ. Послѣ этого дѣло восходило чрезъ сенатъ на Высочайшее усмотрѣніе. Государь повелѣлъ, утвердивъ мнѣніе сената (признавашаго незаконность дѣйствія гражданской палаты), «о такомъ неправильномъ и несогласномъ съ законами опредѣленіи черниговскую гражданскую палату опубликовать указами отъ сената во всея губерніи. И впредь при подобномъ открытіи и отиженіи неправильныхъ и противныхъ законамъ рѣшеній присутственныхъ мѣстъ, подчиненныхъ сенату, поступать такимъ же образомъ».

предотвращеніе подобныхъ случаевъ, сенатъ предписалъ зависящимъ отъ него установленіямъ публиковать его указы «безъ всякаго сокращенія и измѣненія въ смыслѣ» (П. С. З. № 2221). Наконецъ сошлемся еще на одинъ именной указъ, который хотя не приведенъ въ цитатахъ къ 65 ст., но довольно важенъ потому, что именно изъ него заимствовано выраженіе, что присутственныя мѣста не должны перемѣнять въ законахъ «безъ доклада Императорскому Величеству ни единой буквы». Мы говоримъ объ именномъ указѣ сенату, 7 апрѣля 1788 г., въ которомъ между прочимъ подтверждалось: «основывать свои опредѣленія вездѣ и во всѣхъ дѣлахъ на изданныхъ законахъ и правилахъ, не перемѣняя ни единой литеры, не доложася намъ». Подтверженіе это явилось вслѣдствіе притязаній сената на законодательную власть, неоднократно замѣченныхъ императрицею ⁸⁾).

Такимъ образомъ всѣ узаконенія, положенныя въ основаніе первой части 65 ст., возстаютъ противъ «самопроизвольныхъ толкованій» и искаженій текста закона, въ томъ случаѣ, *если судья имѣетъ предъ собою точный и ясный законъ, относящійся къ дѣлу*. Они не предусматриваютъ случая неясности или противорѣчія законовъ. Онѣ предусмотрѣны узаконеніями, на коихъ основана вторая часть 65 ст.

ад б) Изъ двухъ узаконеній, приведенныхъ въ ссылкѣ ко второй части 65 ст., одно, именно указъ 29 іюля 1821 года, мало относится къ дѣлу. Но второе узаконеніе, именно сенатскій указъ 1823 года октября 31, весьма важно и вполне уясняетъ смыслъ разбираемаго текста. Сенатскій указъ содержитъ въ себѣ высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта по дѣлу статскаго совѣтника Лѣвницева. (П. С. З. № 29642).

Лѣвницевъ обвинялся въ различныхъ злоупотребленіяхъ

⁸⁾ П. С. З. № 16642. Онъ вызванъ беспорядками и явными отступленіями отъ порядка дѣлопроизводства, установленнаго законами. Неудовольствіе же императрицы на сенатъ, по поведѣ его вторженія въ область законодательную, обнаружилось при ея самомъ вступленіи на престолъ. Ср. мое соч. «Высшая администрація XVIII вѣка», стр. 204—207.

по откупамъ, которые онъ имѣлъ въ вологодскомъ намѣстничествѣ. Для сужденія о поступкахъ Лѣвницева и произнесенія надъ нимъ приговора, судебныя мѣста имѣли предъ собою нѣсколько узаконеній.

Во первыхъ, повидимому, къ дѣлу Лѣвницева специально относился указъ 5 октября 1776 г. о взысканіи недоимокъ по питейнымъ сборамъ. Основываясь на «точныхъ словахъ» этого закона, суды должны были приговорить подсудимаго къ ссылкѣ въ каторжную работу. (П. С. З. № 14515 п. 3). Затѣмъ означенное дѣло производилось вслѣдствіе указа 23 февраля 1816 г. о строжайшихъ мѣрахъ къ взысканію накопившихся недоимокъ. Указъ этотъ какъ-бы подтверждалъ силу закона 1776 г.⁹⁾ Но съ другой стороны въ законодательствѣ нашемъ дѣйствоваль указъ 31 іюля 1799 г., въ силу котораго каторжныя работы начались только за убійство и грабежъ (П. С. З. № 19059. Указъ 13 февр. 1800 г. № 19273). Далѣе, банкротскій уставъ 1800 г. установилъ различіе между отдѣльными видами несостоятельности, изъ которыхъ только злостное банкротство было обложено уголовнымъ наказаніемъ¹⁰⁾. Эти позднѣйшія, сравнительно съ указомъ 1776 г., узаконенія не давали судамъ права приговорить Лѣвницева къ каторжной работѣ. Что касается еще позднѣйшаго указа 1816 г., сославшагося на указъ 1776 г., то смыслъ его былъ не всеѣмъ ясенъ. Подтверждалъ ли онъ законъ 1776 г. во всѣхъ его частяхъ, или только въ отношеніи *срока взысканія* откупной недоимки?

⁹⁾ Тамъ же № 26157. Въ этомъ указѣ говорится о законѣ 1776 г. три раза—въ п. 4, 9 и 14. П. 4 гласитъ: «все недоимки по питейнымъ сборамъ, въ разсмотрѣніе губернскихъ комиссій не входившія, имѣютъ быть сообразно съ указомъ 12-го ноября 1776 г. взысканы непременно въ теченіе 4 мѣсяцевъ времени полученія сего указа въ губерніяхъ» и т. д. Въ п. 14 изобращено: «Рѣшенія по расчетамъ о недоимкахъ по питейнымъ сборамъ имѣютъ быть приводимы въ исполненіе немедленно, и взысканія недоимокъ, какія опредѣлены будутъ съ содержателей питейныхъ сборовъ въ сходственность указа 12 ноября 1776 г., непременно должны быть произведены съ полученія о томъ указовъ». Содержаніе 9 п. сходно съ 14.

¹⁰⁾ Тамъ же, № 19692. См. ст. 2, затѣмъ отдѣленіе XXII, ст. 132—134, отд. XXIII, ст. 135—137, отд. XXIV, ст. 138.

Такое разнорѣчіе законовъ произвело разногласіе въ судахъ и самомъ сенатѣ. Дѣло поступило, наконецъ, на разсмотрѣніе государственнаго совѣта. Послѣдній нашель, что во 1-хъ, сила указа 1776 г., въ отношеніи его постановленія о каторжныхъ работахъ, уже отмѣнена указомъ 1799 г. и банкротскимъ уставомъ; во 2-хъ, что указъ 1816 г. подтвердилъ силу указа 1776 г. только въ отношеніи къ срокамъ взысканія недоимокъ и, въ заключеніе, выразилъ мнѣніе о правѣ судовъ руководствоваться общимъ духомъ законодательства при избраніи и при примѣненіи законовъ въ случаѣ буквального между ними противорѣчія. Это мнѣніе изложено словами, вошедшими въ текстъ 65 ст.

Изъ характера случая, разсмотрѣннаго государственнымъ совѣтомъ, ясенъ и объемъ правъ, предоставляемыхъ судебнымъ мѣстамъ 65 ст. Судебное толкованіе примѣняется для разрѣшенія противорѣчія между отдѣльными узаконеніями *сущестующими*, т. е. предусматривающими данный случай, но предлагающими различные способы къ его разрѣшенію.

Но признается ли за судами право посредствомъ своей интерпретаціи исправлять *недостатки* законодательства въ случаѣ неполноты закона или пробѣла? На основаніи законовъ, вышедшихъ до изданія судебныхъ уставовъ, мы должны дать отвѣтъ *отрицательный*. Еще въ законодательствѣ Екатерины II утвердилось начало, по которому отсутствіе точнаго и яснаго закона обязывало судебныя мѣста *пріостановить рѣшеніе дѣла* и представить его на разсмотрѣніе законодательной власти. Это ясно высказано въ манифестѣ 1763 г.; въ 11 его пунктѣ изображено: «когда-жъ случится, что къ рѣшенію дѣлъ точныхъ указовъ не будетъ, о томъ не рѣшать въ департаментахъ, но имѣть общее разсужденіе и представлять куда слѣдуетъ съ мнѣніемъ».

Это начало приведено и въ органическихъ законахъ, къ разсмотрѣнію которыхъ мы переходимъ ¹¹⁾.

¹¹⁾ Органическими законами мы называемъ здѣсь всѣ законы, содержащіе въ себѣ постановленія, касющіяся институтовъ какъ частнаго, такъ и публичнаго права. Слѣдовательно, мы противопоставляемъ законы органическіе основнымъ, какъ это дѣлаетъ и Р. Моль.

V. Разсмотрѣнію нашему подлежатъ: а) законы о государственныхъ установленіяхъ и б) постановленія законовъ уголовныхъ, до изданія уложенія о наказаніяхъ 1845 г. ¹²⁾, содержащія въ себѣ нѣкоторыя важныя особенности.

а) Изъ законовъ о государственныхъ установленіяхъ обращаютъ наибольшее вниманіе постановленія о степени власти сената. Здѣсь прежде всего повторяется общее правило: «Сенатъ основываетъ опредѣленія свои вездѣ и во всѣхъ дѣлахъ на изданныхъ законахъ, уставахъ и предписанныхъ правилахъ, не перемѣняя въ оныхъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы» ¹³⁾. Эта статья, возстающая только противъ вторженія судебной власти въ область законодательную, дополняется болѣе рѣшительною 227 ст., въ силу которой «сенатъ не приступаетъ къ рѣшенію такихъ дѣлъ, на которыя не окажется точнаго закона, но во всякомъ случаѣ, требующемъ изданія новыхъ, или пополненія или перемѣны существующихъ узаконеній, составляетъ проектъ разрѣшенія, и все дѣло, по ст. 205, вносится министромъ юстиціи, съ его заключеніемъ, къ Императорскому Величеству чрезъ государственный совѣтъ». Данная статья, давая сенату право почина по поводу усмотрѣнныхъ имъ недостатковъ закона ¹⁴⁾,

¹²⁾ Т. е. XV т. св. зак. по изд. 1832 и 1842 гг.

¹³⁾ Учрежд. сен. ст. 226. Она основана на указѣ 7-го апрѣля 1788 г., значеніе котораго указано выше.

¹⁴⁾ Ср. основ. зак. о починѣ законовъ, ст. 49—52, которыя имѣютъ въ виду и приведенная 227 ст. Слѣдовательно 227 ст. написана въ томъ духѣ, что несовершенство закона, относящагося къ какому-либо дѣлу, есть легальный поводъ разсмотрѣнія сего къ законодательномъ порядкѣ, съ цѣлью какъ разрѣшенія самаго дѣла, такъ и исправленія закона. Это видно и изъ смысла предыдущихъ узаконеній, изъ которыхъ вышла 227 ст. Ср. указъ о должности сената (1722 г. № 3978), п. 2-й: «дѣло сенатское то, когда кому въ коллегіи такое дѣло случится, которое въ той коллегіи рѣшить невозможно, то тѣ дѣла президенту коллегіи приносить и объявить генераль-прокурору, который долженъ представить въ сенатъ, и оное рѣшить въ сенатѣ, а чего невозможно рѣшить, о томъ, приложивъ свое мнѣніе, учинить предложеніе въ докладъ». Второй указъ (императрицы Елисаветы Петровны, № 11092), приведенный въ цитатѣ къ 227 ст., не относится къ дѣлу. Постановленіе указа 1763 г. (№ 11989 п. 5) гласитъ: «Если по какому нибудь дѣлу точнаго закона не будетъ или не всѣ сенаторы въ одномъ мнѣніи

прямо лишаетъ его право самостоятельно, для даннаго дѣла, восполнять эти недостатки посредствомъ распространительнаго толкованія и, тѣмъ болѣе, посредствомъ аналогіи. *Приостановка дѣла* есть непосредственный результатъ неимѣнія точнаго закона. Должно-ли подъ именемъ недостатка точнаго закона разумѣть и простую *неясность* въ законѣ, если подъ этою неясностію понимать несовершенство текста данной статьи, а не противорѣчіе между различными узаконеніями, предусмотрѣнное 65 ст.? Смыслъ послѣдующихъ узаконеній даетъ намъ право отвѣчать утвердительно. Во первыхъ, 2-е примѣчаніе къ 227 ст., исчисляя роды *отмѣтокъ* подъ проектами рѣшеній по приостановленному дѣлу, приводитъ и отмѣтку— «въ поясненіе» такой-то ст. свода. Во вторыхъ, 232 ст. даетъ право сенату самостоятельно рѣшать дѣла, на которыя есть точный и ясный законъ. Противъ этого можно привести только то соображеніе, что сенатъ самъ облеченъ правомъ изяснять встрѣченныя въ подчиненныхъ мѣстахъ недоразумѣнія «силою законовъ»¹⁵⁾. Но легко замѣтить, что сенату дано право разрѣшать встрѣченныя недоразумѣнія «силою законовъ», т. е. въ томъ только случаѣ, когда онъ найдетъ «точный и ясный» законъ, разрѣшающій, по его мнѣнію, представившееся недоразумѣніе.

Наконецъ въ учрежденіи губернскихъ установленій мы находимъ очень опредѣленное постановленіе, дополняющее вышеприведенныя узаконенія: «Никакое судебное мѣсто не можетъ рѣшить дѣла, если нѣтъ на оное *яснаго* закона; въ семъ случаѣ судебныя мѣста въ губерніяхъ обязаны представлять губернскому начальству, которое, сдѣлавъ предварительно въ общемъ присутствіи губернскаго правленія и палатъ совѣщаніе, доносить о томъ правительствующему сенату». (Св. зак. т. II № 281).

утвердятся; въ такомъ случаѣ долженъ генераль-прокуроръ все дѣло съ сенаторскими мнѣніями и съ своимъ разсужденіемъ представить при доложеніи Намъ на разсмотрѣніе».

¹⁵⁾ Учрежд. прав. сената, ст. 26., учрежд. министерствъ, ст. 211, п. 1, 2 и 6.

б) Начало, о которомъ идетъ рѣчь, въ весьма оригинальной формѣ примѣнено къ области права уголовного. Самое законодательство уголовное (XV т. св. зак. изд. 1832 и затѣмъ 1842 гг.) было поставлено въ исключительное положеніе: оно должно было принять въ свой составъ узаконенія завѣдомо неясныя и неточныя. Нужно вспомнить, что какъ въ уложеніи царя Алексѣя Михайловича, такъ и въ другихъ узаконеніяхъ, изъ коихъ составилъ сводъ законовъ, была допущена неопредѣленная санкція уголовного закона. Указы, воспрещая извѣстныя дѣйствія подѣ страхомъ наказанія, неопредѣляли однако *мѣры* наказанія. Наказаніе назначалось общими выраженіями: «наказать яко преступника указовъ», или «по всей строгости законовъ» или «до чего доведется» и т. д. Благодаря способу нашей кодификаціи, эти узаконенія вошли и въ XV т. св. зак. Отсюда великое затрудненіе опредѣлить объемъ правъ судьи при постановленіи приговора на основаніи такихъ узаконеній. Законодатель не могъ отнести ихъ къ разряду «точныхъ и ясныхъ» законовъ, уполномочивающихъ судебное мѣсто постановлять приговоры самостоятельно. Но съ другой стороны они были ясны и точны въ томъ отношеніи, что ими съ точностію предусматривалось дѣйствіе, подлежащее судебному разсмотрѣнію. Предписать судебной власти *откладывать* разсмотрѣніе дѣла не было никакого основанія; но, сообразно изложенному выше принципу, законодательство наше должно было ограничить право судьи въ опредѣленіи *мѣры* наказанія. Цѣль эта и была достигнута XV т. св. зак. На основаніи 104 ст., судебное мѣсто принимало къ своему разбирательству дѣйствіе, предусмотрѣнное одною изъ означенныхъ статей, опредѣляло мѣру наказанія, соображаясь съ статьями свода, предусматривающими дѣйствія, наиболѣе сходныя съ даннымъ, но, не приводя своего рѣшенія въ исполненіе, представляло его на усмотрѣніе высшаго мѣста ¹⁶⁾.

¹⁶⁾ Приводимъ здѣсь полный текстъ 104 ст., вполнѣ раскрывающій ея историческое происхожденіе и значеніе. «Когда законъ, налагая наказаніе, назначаетъ оное общими выраженіями, какъ то: наказать яко преступника указовъ или наказать по всей строгости законовъ, не опредѣляя притомъ

Въ 104 ст., конечно, нельзя видѣть (какъ это дѣлаетъ современная судебная практика) зародыша права *аналогіи*. Нельзя, во-первыхъ потому, что аналогія имѣетъ дѣло съ дѣянiями, вовсе непредусмотрѣнными закономъ; въ данномъ же случаѣ дѣяніе было предусмотрѣно и только мѣра наказанія не опредѣлена. Поэтому 104 ст. и поставлена въ томъ раздѣлѣ XV т., гдѣ говорится о власти суда при опредѣленіи *мѣры* наказанія, а никакъ не о правѣ его восполнить законодательство своимъ толкованіемъ. Во-вторыхъ, рѣшеніе дѣла по аналогіи есть *самостоятельный* актъ суда, вступающій въ окончательную силу по исполненіи обыкновенныхъ формальностей. Напротивъ, рѣшеніе суда, постановленное на основаніи 104 ст., прямо называется *мнѣніемъ* и вступаетъ въ законную силу только по утвержденіи его высшею властію. Слѣдовательно, и здѣсь мы видимъ примѣненіе, только въ иной степени, того начала, что рѣшеніе дѣла, на которое нѣтъ точнаго и яснаго закона, «должно быть пріостанавливаемо». Наконецъ, вся 104 ст. есть прямое послѣдствіе несовершенства нѣкоторыхъ законовъ, внесенныхъ въ старыи XV т. Съ устраненіемъ неопредѣленной санкціи изъ уголовного законодательства, ея постановленія теряли уже смыслъ. Между тѣмъ 104 ст. пережила причины ея вызвавшія и подала, въ новомъ своемъ видѣ, поводъ къ толкованіямъ, не согласнымъ какъ съ духомъ русскаго законодательства, такъ и съ общими началами права.

VI. Мы переходимъ теперь къ постановленіямъ *уложенія о наказаніяхъ 1845 г.* и *судебныхъ уставовъ 1864 г.*, въ которыхъ вопросъ о правѣ толкованія разрѣшенъ, повидимому, въ совершенно иномъ смыслѣ.

1) Разборъ этихъ постановленій необходимо начать съ

ни рода наказанія, *ни его вида*, или же когда, *назначая родъ* наказанія, онъ не назначаетъ его вида, тогда судъ прежде всего опредѣляетъ съ точностію существо преступленія, сравниваетъ его съ другими преступленіями однородными и къ нему по свойству его ближайшими, а потомъ полагаетъ за оное наказаніе и представляетъ свое *мнѣніе* въ высшее мѣсто». Ст. 104 изд. 1832 г. соответствуетъ 119 ст. изданія 1842 г.

155 ст. уложенія о наказаніяхъ, потому что она первая подала поводъ къ новой постановкѣ вопроса о толкованіи. Необходимо здѣсь замѣтить, впрочемъ, что роль 155 ст. ничѣмъ не отличалась отъ роли ст. 104 прежняго свода законовъ до изданія судебныхъ уставовъ, т. е. до кореннаго измѣненія устройства самой судебной власти. Принципъ, по которому движеніе всякаго дѣла, подлежащаго судебному разбирательству, должно закончиться въ предѣлахъ власти судебной, не переходя непрерывно въ область законодательную—не былъ проведенъ въ прежнемъ законодательствѣ. Только съ 1864 г. судебная власть является законченнымъ цѣлымъ, во главѣ котораго поставленъ кассационный судъ, съ специальною задачею изяснять точный смыслъ законовъ. При прежнемъ судоустройствѣ, 155 ст. не могла произвести существенныхъ перемѣнъ. Но намъ необходимо разсмотрѣть ее въ ея первоначальномъ видѣ, для уразумѣнія позднѣйшихъ, основанныхъ на ней притязаній.

Прежде всего необходимо сказать нѣсколько словъ о характерѣ самаго уложенія ¹⁷⁾. Извѣстно, что составители уложенія не рѣшились составить дѣйствительно *новаго* и *самостоятельнаго* кодекса уголовныхъ законовъ. Называя свой трудъ *уложеніемъ* (кодексомъ), они остались въ области работъ *сводныхъ*. Вотъ ихъ собственные слова: «уложеніе, говорятъ они, долженствовало быть и есть ничто иное, какъ собраніе очищенныхъ, приведенныхъ въ порядокъ и ясность, дополненныхъ и во многомъ исправленныхъ, но *однакожъ въ общемъ составъ своемъ прежнихъ уголовныхъ нашихъ законовъ*. Оно, въ нѣкоторомъ смыслѣ, занимаетъ среднее мѣсто между обыкновеннымъ (?) сводомъ и тѣмъ, что въ наше время именуется новымъ кодексомъ законовъ. Редакторы желали бы имѣть право назвать его *сводомъ усовершенствованнымъ*» ¹⁸⁾.

Въ качествѣ собранія очищенныхъ, но прежнихъ уголов-

¹⁷⁾ Характеристика и оцѣнка уложенія въ послѣднее время представлены Н. С. Таганцевымъ въ статьѣ, помѣщенной въ «журналѣ гражданского и уголовного права», январь 1873 г.

¹⁸⁾ Краткое обозрѣніе хода работъ и предположеній по составленію новаго кодекса законовъ о наказаніяхъ, стр. 67.

ныхъ законовъ нашихъ, уложеніе приняло въ себя и 104 ст. XV т., т. е. 155 улож. Редакторы прямо обозначили источникъ 155 ст.; они признали между нею и 104 ст. общность и происхожденія и цѣли. Нельзя было не признать и *необходимости* такой статьи въ новомъ уложеніи. Неопредѣленная санкція уголовныхъ законовъ, вызвавшая необходимость 104 ст. въ прежнемъ сводѣ, не исчезла и въ новомъ уложеніи. Она приняла только другую форму¹⁹⁾.

¹⁹⁾ См. статью Н. С. Таганцева, стр. 18. Примѣры на лице, 229 ст. постановляетъ, что «за присвоеніе денегъ, отъ кого-либо данныхъ на свѣчи или вообще на церковь, или на содержаніе монастырей и монашествующихъ, но еще въ церковное имущество не поступившихъ, виновные подвергаются наказаніямъ, опредѣленнымъ за присвоеніе чужаго имущества». Эта санкція даетъ судѣ возможность выбирать между различными наказаніями, установленными 1681 и 1682 статьей улож. о наказ. и 177 ст. мирового устава. Вторая часть 229 ст. постановляетъ, что «за похищеніе изъ церкви принадлежащихъ къ церковному имуществу денегъ или вещей, когда сіе учинено безъ оскорбленія святыни, виновные подвергаются наказаніямъ, за кражу опредѣленнымъ». Слѣдовательно, судья въ данномъ случаѣ имѣетъ предъ собою весь отдѣлъ о кражѣ, заключающій въ себя двадцать статей (1644—1664) съ различными степенями наказанія, положенными въ каждой изъ нихъ. Чѣмъ это постановленіе опредѣленіе, напримеръ, постановленій банкротскаго устава, гласившаго, что злостный банкротъ приговаривается къ такому наказанію, какому «подлежитъ по закону *публичный соръ*»? Не менѣе эластично постановленіе 576 ст., назначающей для виновныхъ въ сбытѣ фальшивыхъ кредитныхъ билетовъ наказаніе, опредѣленное за *мошенничество*. Известно, что отдѣлъ о мошенничествѣ (ст. 1665 — 1675), кромѣ общаго опредѣленія мошенничества (ст. 1665), содержитъ въ себѣ постановленія о *спеціальныхъ* видахъ мошенничества и притомъ постановленія не всегда опредѣленные. Такъ ст. 1666 и 1667 содержатъ въ себѣ только опредѣленіе мѣры наказанія, а относительно опредѣленія преступленій, имъ соответствующихъ, ссылаются на мировой уставъ, именно на ст. 173—176. Эти ст. предусматриваютъ объѣмъ и объѣсъ при продажѣ, куплѣ и мѣнѣ товаровъ, обманы въ количествѣ и качествѣ товара, или въ разсчетѣ платежа, или же при размѣнѣ денегъ, подмѣнѣ вещей, данныхъ на сохраненіе, для переноски, и т. п. весьма разнообразныя дѣйствія. Слѣдующія затѣмъ ст. улож. о наказ. предусматриваютъ особыя, спеціальныя средства, избранныя мошенниками для достиженія своей цѣли — присвоеніе себѣ не принадлежащаго званія, употребленіе въ игрѣ поддѣльныхъ картъ, опаиваніе зельями и т. д. Обширное поле для выбора наказанія за преступленіе, предусмотрѣнное 576 ст.! Не подходятъ ли указанныя здѣсь постановленія подъ случай, предусмотрѣнный 104 (119) ст., когда законъ, назначая *родъ* наказанія, не назначаетъ его *вида*?

Такимъ образомъ легко убѣдиться, что 155 ст. не устанавливала никакихъ другихъ правъ, кромѣ опредѣленныхъ уже 104 ст. Видоизмѣнилась только редакція, сообразно потребностямъ «усовершенствованнаго» свода; 155 ст. редактирована слѣдующимъ образомъ: «если въ законѣ, за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе, нѣтъ опредѣленнаго наказанія, то судъ приговариваетъ виновнаго къ одному изъ наказаній, предназначенныхъ за преступленія, по важности и роду своему наиболѣе съ онымъ сходныя, но, не приводя таковыхъ приговоровъ своихъ въ исполненіе, представляетъ о томъ безъ замедленія, по установленному порядку подчиненности, на разсмотрѣніе правительствующему сенату». Не трудно замѣтить, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ очищеною редакціею 104 (119) ст. Общность выраженій 155 ст. скрываетъ историческій смыслъ ея постановленій, ярко выступавшій въ ст. 104. Но ея цѣль и практической смыслъ достаточно ясны, какъ изъ ея текста, такъ и изъ мѣста, занимаемаго ею въ уложеніи. Ниже мы подробно рассмотримъ этотъ вопросъ, но и теперь можно выразить удивленіе, какимъ образомъ подобная статья можетъ быть приводима въ подтвержденіе права аналогіи, и именно по дѣламъ уголовнымъ, гдѣ аналогія вообще врядъ ли имѣетъ мѣсто.

VII. Для уясненія вопроса, почему взглядъ нашей практики на право толкованія видоизмѣнился съ изданіемъ судебныхъ уставовъ 1864 г., необходимо опредѣлить, прежде всего, какъ этими уставами измѣнено *положеніе* судебной власти вообще. Характеристическою чертою въ этомъ отношеніи является то обстоятельство, что старый принципъ, по которому судъ не могъ приступить къ рѣшенію дѣла, не предусмотрѣннаго «точнымъ и яснымъ закономъ», былъ отмѣненъ и замѣненъ другимъ, діаметрально противоположнымъ.

Новый принципъ изложенъ въ извѣстной 13 ст. уст. уголовного судопр.²⁰⁾.

²⁰⁾ 13 ст. угол. судопр. соответствуетъ 10 ст. уст. гражд. судопр. Последняя редактирована такъ: «воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣ-

«Воспрещается останавливать рѣшеніе суда подѣ предло-гомъ *неполноты, неясности или противорѣчія* законовъ. За нарушеніе сего правила, виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за противузаконное бездѣйствіе власти».

Итакъ то, что прежде признавалось самовластіемъ судьи, теперь признается его правомъ и обязанностью; то, что прежде было обязанностью, теперь облагается уголовнымъ наказаніемъ. Нельзя однако не замѣтить, что новый принципъ больше прежняго соотвѣтствуетъ идеѣ государственнаго правосудія и началу раздѣленія властей. Самъ по себѣ онъ составляетъ только прямое послѣдствіе общихъ началъ правильнаго государственнаго устройства. Постараемся въ короткихъ словахъ формулировать эти начала.

Съ установленіемъ государственной власти, задача правосудія сосредоточивается въ рукахъ ея органовъ. Правосудіе становится *исключительнымъ* правомъ государства, устраняющаго самосудъ, самоуправство. Но этотъ фактъ налагаетъ на государственную власть опредѣленную обязанность, исполненія которой граждане вправѣ отъ нея ожидать. Именно граждане вправѣ требовать, чтобы *каждое дѣло, находящееся въ данную минуту въ судебномъ разбирательствѣ, было разрѣшено при помощи наличныхъ средствъ законодательства*. Право это вытекаетъ изъ основаній двоякаго рода: первыя изъ нихъ могутъ быть названы *внѣшними*, количественными, вторыя *внутренними*, качественными.

Первое, чисто внѣшнее, основаніе состоитъ въ необходимости *немедленно* охранять или возстановлять права какъ скоро они нарушены или разрѣшать вопросъ о спорныхъ правахъ. Отсрочка правосудія, какъ это доказываетъ примѣръ недавнихъ лѣтъ, вредно, даже гибельно отражается на интересахъ тяжущихся и подсудимыхъ. Гражданскіе процессы, тянув-

*чія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности какъ за отказъ въ правосудіи. Замѣтимъ здѣсь только, что 10 ст. воспрещаетъ останавливать рѣшеніе дѣла и подѣ предлогомъ *недостатка закона*, о чемъ не говоритъ ст. 13. Значеніе сего обстоятельства мы увидимъ ниже.*

шіея десятки лѣтъ, уголовные подсудимые, проводившіе многіе годы подъ слѣдствіемъ и судомъ, достаточно свидѣтельствуютъ о несостоятельности прежняго порядка²¹⁾. Попыткѣ законовъ 1864 г. установить судъ *скорый*, конечно, нельзя не сочувствовать, и для осуществленія этой цѣли чрезвычайно важно то обстоятельство, что движеніе каждаго процесса должно закончиться въ предѣлахъ судебной власти, безъ обращенія къ власти законодательной).

Какъ ни важно это основаніе, но значеніе его уступаетъ предъ силою втораго, внутренняго и болѣе *юридическаго* основанія. Его можно формулировать слѣдующимъ образомъ. Представленіе дѣла, находящагося въ судебномъ разбирательствѣ, на разрѣшеніе законодательной власти видоизмѣнило бы *природу* судебного рѣшенія и противорѣчило бы началу раздѣленія властей. Судебное рѣшеніе, по природѣ своей, есть *примѣненіе* существующихъ законодательныхъ нормъ къ отдѣльному случаю. Посему такое рѣшеніе можетъ быть только актомъ власти *подзаконной*, стоящей ниже закона и обязанной руководствоваться его предписаніемъ. Такимъ положеніемъ судебной власти обезпечивается твердость личныхъ и имущественныхъ правъ гражданъ. Граждане вправѣ ожидать, что къ нимъ будутъ примѣняемы только законы, существовавшіе въ моментъ совершенія ими различныхъ дѣйствій, законы, которыми они сами руководствовались въ своей жизни. Когда законодательная власть принимаетъ на себя обязанности правосудія, всѣ эти условія легко могутъ быть разрушены. Законодательная власть поставлена выше закона. Какъ бы она ни стремилась, при постановкѣ своихъ судебныхъ рѣшеній, ограничить себя правами власти судебной (т. е. руководствоваться смысломъ *существующаго* законодательства), ея рѣшенія легко могутъ перейти (и часто переходили) въ *новые* законы, примѣняемые *ex post facto*, т. е. съ обратною силою. Какъ ни опасно можетъ быть право судебного толкованія, но участіе законо-

²¹⁾ Конечно, указываемое здѣсь обстоятельство было только одною изъ причинъ медленности процесса; медленность эта зависѣла отъ всѣхъ его началъ, одинаково несостоятельныхъ.

дательной власти въ отправленіи правосудія еще опаснѣе, ибо оно несогласно съ общими началами права.

Такимъ образомъ, нельзя не привѣтствовать принципа, установленнаго судебными уставами, принципа, по которому судъ не вправѣ откладывать рѣшенія, подъ предлогомъ неполноты и неясности закона, и по которому каждый процессъ долженъ закончить свое теченіе въ предѣлахъ судебного вѣдомства. Остается разсмотрѣть, какъ примѣненіе этого принципа къ судебной практикѣ должно было видоизмѣнить право судебного толкованія.

* VIII. Новое начало, установленное 13 ст. уст. угол. судопр. и 10 гражд. судопр., приводитъ къ послѣдствіямъ двойнаго рода: первое изъ нихъ мы назовемъ ближайшимъ, непосредственнымъ, прочія косвенными, хотя и неизбѣжными.

13 и 10 ст., взятыя изолированно, безъ отношенія къ прочимъ частямъ судебныхъ уставовъ, содержатъ въ себѣ только одно требованіе, именно, что *по каждому дѣлу, находящемуся въ судебномъ разбирательствѣ, долженъ быть постановленъ приговоръ, какого бы то ни было содержанія*. Принципъ этотъ, какъ мы видѣли, составляетъ антитезу прежнему правилу, гласившему, что судъ не приступаетъ къ рѣшенію дѣла, на которое не было «точного и яснаго закона». Больше ничего новое правило, взятое само по себѣ, не заключаетъ. Требованіе, изложенное въ немъ, чисто внѣшнее, формальное, не касающееся существа и содержанія судебного рѣшенія. Оно будетъ совершенно выполнено, если уголовный судъ, не имѣя предъ собою «точного» закона, предусматривающаго поступокъ, находящійся въ разбирательствѣ, постановитъ приговоръ оправдательный, какъ этого и требуетъ 771 ст. уст. уг. суд. ²²⁾). Законъ воспрещаетъ суду возбуждать во время производства дѣла законодательные вопросы и откладывать дѣло впредь до ихъ разрѣшенія. Два акта: *рѣшеніе* даннаго случая безъ «яснаго» закона и *пополненіе* этого закона порядкомъ законода-

²²⁾ Ст. 771 уст. уг. суд.: «Судъ постановляетъ приговоръ: 1) или объ оправданіи подсудимаго, когда дѣяніе, въ коемъ онъ былъ обвиняемъ, при знается недоказаннымъ, неподлежащимъ вѣнченію по законамъ, или не воспрещеннымъ законами подъ страхомъ наказанія», и т. д.

тельнымъ, два акта прежде соединенные ²³⁾, теперь строго разграничены. Законодательный вопросъ можетъ быть возбужденъ только независимо отъ судебного рѣшенія, которое должно состояться на основаніи *существующихъ* законовъ. Таковъ точный смыслъ 136 ст. учред. судеб. уст.: «если при рѣшеніи дѣла судомъ обнаружена неполнота закона и прокуроръ окружнаго суда признаеть необходимымъ возбудить законодательный вопросъ, то, *независимо отъ рѣшенія дѣла судомъ*, на основаніи уставовъ уголовного и гражданского судопроизводства, доносить о замѣченной неполнотѣ закона прокурору судебной палаты, отъ коего зависитъ представить возбужденный вопросъ на усмотрѣніе министра юстиціи». Причемъ 136 ст. прямо ссылается на разсматриваемыя здѣсь 13 и 10 ст. ²⁴⁾. Но понятно само собою, что обязанность, возложенная нынѣ на судъ, постановлять рѣшеніе, не обращая вниманіе на несовершенство закона, должна вліять косвенно и на *материальную* сторону рѣшенія, т. е. расширить право суда въ отношеніи интерпретаціи закона. Оставить судъ при прежнихъ средствахъ толкованія, въ узкой рамкѣ правъ, очерченныхъ 65 ст. основныхъ законовъ, было бы невозможно, въ виду новаго объема обязанностей, возложенныхъ на суды. Необходимо только опредѣлить размѣръ этихъ правъ, какъ въ виду общихъ началъ правъ, такъ и въ виду началъ положительнаго русскаго права. При этомъ необходимо замѣтить, что какъ наука, такъ и законодательство не могутъ установить *общей* нормы для

²³⁾ По силѣ 227 ст. учред. сената. Ср. также 281 ст. губ. учред. и 49 и 52 ст. основ. зак.

²⁴⁾ Значеніе 10 ст. гр. суд. слѣдующимъ образомъ разъяснено кассац. рѣш. сената (1866 г. № 32). «Возбужденіе вопросовъ о неполнотѣ законовъ не входить въ кругъ правъ и обязанностей судебныхъ установленій, а исключительно предоставлено лицамъ прокурорскаго надзора (ст. 136 учр. суд. уст.); окончательное же сужденіе по еимъ вопросамъ принадлежитъ законодательной власти». Срав. кромѣ того выписки подъ 9 и 10 ст. суд. уст. «съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны». Мы цитируемъ второе изданіе этого почтеннаго труда. Мотивы эти вполне согласны съ вышеизложенными соображеніями. Они исходятъ изъ той мысли, что: «въ ст. 9 и 10 заключается главное начало отдѣленія судебной власти отъ законодательной». Стр. 20 и слѣд.

интерпретаціи всѣхъ частей права. Объемъ права толкованія долженъ зависѣть отъ *свойствъ закона*, подлежащаго толкованію. Въ этомъ отношеніи необходимо провести границу между *гражданскимъ* и *уголовнымъ* закономъ.

1) Рѣшеніе, постановленное судомъ по дѣлу *гражданскому*, въ большинствѣ случаевъ содержитъ въ себѣ опредѣленіе кому, на основаніи *существующихъ* законовъ, принадлежитъ *спорное право*. При разрѣшеніи этого вопроса судья не можетъ быть поставленъ въ зависимость отъ одного буквального смысла узаконеній, относящихся къ тому или другому разряду институтовъ и правоотношеній. Право, подлежащее въ данную минуту судебному разбирательству, могло возникнуть изъ отношеній, хотя не предусмотрѣнныхъ прямо существующими законами, но составляющихъ ихъ естественное послѣдствіе ²⁵⁾. Формы гражданскихъ правоотношеній развиваются быстро, особенно въ нѣкоторыхъ ихъ отрасляхъ, напримѣръ въ отношеніяхъ торговыхъ ²⁶⁾; никакое законодательство не можетъ идти шагъ за шагомъ за развивающимися формами гражданскихъ сдѣлокъ. Лишая суды права разрѣшать возникающія изъ нихъ столкновенія по аналогіи, законодатель оставилъ бы безъ охраны самую законную права, сдѣлки, не противорѣчающія ни общему смыслу положительнаго законодательства, ни началамъ общественной нравственности.

Вотъ почему предоставленіе гражданскимъ судамъ не только права толкованія законовъ, но и права разрѣшенія дѣла по *аналогіи*, есть необходимость, вызываемая всѣми условіями современнаго правосудія ²⁷⁾. Этой цѣли и соотвѣтствуетъ постановленіе 10

²⁵⁾ Ср. Ренне, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, I, параграфъ 20, стр. 81 (второго изд.).

²⁶⁾ Такъ постановленія нашихъ гражданскихъ законовъ о купль-продажѣ движимыхъ имуществъ чрезвычайно немногочисленны и неполны; вслѣдствіе этого, при современномъ развитіи нашей торговли и разнообразіи торговыхъ сдѣлокъ, суды коммерческіе должны руководствоваться общими началами права, прибѣгая даже къ постановленіямъ права иностраннаго, преимущественно германскаго.

²⁷⁾ Вопросъ этотъ разрѣшенъ и кассационными рѣшеніями сената. Здѣсь полезно будетъ изложить взглядъ гражд. кассац. департ. сената на право

ст. уг. гражд. суд. Мы видѣли, что гражданскіе суды не вправѣ останавливать рѣшенія подъ предлогомъ не только «неполноты, неясности или противорѣчія законовъ», но ихъ *недостатка*, т. е. совершеннаго пробѣла законодательства по извѣстному предмету. Важность права, возникающаго изъ этой обязанности гражданскихъ судовъ, очевидна. Разрѣшая вопросъ о принадлежности спорнаго права, суды могутъ, для отдѣльныхъ случаевъ, восполнять пробѣлы законодательства, руководствуясь общимъ его смысломъ. Таково требованіе 9 ст. уст. гр. суд.: «всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣло по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ».

2) *Уголовное правосудіе* поставлено въ другія условія. Между тѣмъ какъ предметомъ гражданскаго правосудія является вся масса частныхъ правоотношеній, непрерывно развивающаяся, а потому не всегда предусмотрѣнная положительнымъ закономъ — предметомъ уголовного правосудія является строго *опредѣленный* кругъ дѣйствій, вообще и въ частности предусмотрѣнныхъ уголовнымъ закономъ. Дѣйствія эти называются преступленіями. Въ идеѣ преступленія содержится

судовъ. Начала, установленныя имъ, состоятъ въ слѣдующемъ: 1-е при рѣшеніи дѣла судомъ, онъ долженъ прежде всего руководствоваться точнымъ разумомъ закона, на тотъ именно случай установленнаго; 2-е, основывать свои рѣшенія не на буквальномъ, а на общемъ смыслѣ законовъ судебныя мѣста имѣютъ право лишь тогда, когда въ законѣ встрѣтилась неполнота, неясность, недостатокъ или противорѣчіе, т. е. тогда только, когда буквальный смыслъ закона оказался неразрѣзняющимъ встрѣтившихся по дѣлу обстоятельствъ; но затѣмъ 3-е, ст. 9 уст. гр. суд., въ указанныхъ выше случаяхъ, не только даетъ судебнымъ мѣстамъ право, но и поставяетъ имъ въ обязанность основывать свои рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ. Изъ чего слѣдуетъ, что принятіе судебнымъ мѣстомъ въ основаніе рѣшенія *начала гражданскаго права* тогда только можетъ быть признано неумѣстнымъ и неправильнымъ, когда окажется, что изъ общаго смысла существующихъ законоположеній нельзя сдѣлать того вывода, какой сдѣланъ судомъ, или когда выводъ этотъ состоитъ въ противорѣчіи съ ясно выраженными въ законѣ правилами или съ общимъ духомъ законовъ. Рѣш. касс. деп. 1868 № 853; 1869 г. № 1292. Ср. кромѣ того примѣры, гдѣ сенатъ руководился общими началами права: 1868 г. № 850355; 1867, № 72 и 97; 1869, № 462 и 106; 1870, № 1879; 1871, № 1218 и 1219 и мног. друг.

понятіе дѣйствія, воспрещеннаго уголовнымъ закономъ подъ страхомъ наказанія, слѣдовательно непремѣнно, хотя *in genere*, *предусмотрѣннаго* закономъ, безъ формальнаго запрета котораго данное дѣйствіе и не было бы преступленіемъ. *Nulum crimen sine lege*. Этимъ кореннымъ правиломъ само собою разрѣшается вопросъ о допустимости аналогіи въ дѣлахъ уголовныхъ. Идея преступленія, не предусмотрѣннаго закономъ, заключаетъ въ себѣ логическое противорѣчіе — есть *non sens*. Допустить аналогію въ дѣлахъ уголовныхъ значило бы признать, что судъ имѣетъ право объявить *in specie* преступнымъ то, что не запрещено закономъ *in genere*. Конечно, нельзя назвать пробѣломъ или молчаніемъ закона (*silence de la loi*) простую неполноту текста данной статьи, происходящую или отъ излишней общности ея выраженій²⁸⁾ или отъ ихъ излишней спеціальности²⁹⁾. Въ данномъ случаѣ намѣреніе законодателя не было бы осуществлено и интересы общества достаточно ограждены, если бы судъ въ рѣшеніи своемъ былъ связанъ несовершенною редакціею уголовного закона. *Неполнота* закона не можетъ быть предлогомъ не только къ пріостановкѣ рѣшенія, но и къ оправдательному приговору; она должна быть (независимо отъ возбужденія законодательнаго вопроса) выполнена для даннаго случая распространительнымъ толкованіемъ, примѣры котораго мы привели выше. Мы не говоримъ уже здѣсь о простомъ противорѣчій законовъ, устраненіе

²⁸⁾ Такъ 304 ст. улож. о наказ. опредѣляетъ наказаніе тому, кто «дозволить себѣ приложенныя по распоряженію правительства или судебныхъ мѣстъ или иныхъ начальствъ печати и *другіе знаки* самовольно истребить, снать, сорвать или повредить». Очевидно судъ, примѣняя 304 ст., долженъ опредѣлить, что разумѣется подъ общимъ выраженіемъ «*другіе знаки*», за снятіе которыхъ виновные подвергаются наказанію, установленному за снятіе печатей. Такъ сенатъ разъяснилъ, что подъ этимъ выраженіемъ слѣдуетъ понимать «пломбы, штемпеля и т. п., которые указываютъ на принадлежность помѣченныхъ такимъ образомъ предметовъ казнѣ». Рѣш. 1869 № 140.

²⁹⁾ 286 ст. улож. о наказ., предусматривающая оскорбленіе чиновника «ругательными и поносительными словами», редактирована (особенно во второй ея половинѣ) такъ, что изъ буквального ея смысла вытекаетъ, что законъ предусматриваетъ только оскорбленіе, нанесенное *на словахъ*. Но сенатъ разъяснилъ, что эта статья примѣняется и къ оскорбленіямъ, нанесеннымъ на письмѣ.

котораго лежало на обязанности судовъ и на основаніи 65 ст. осн. зак.

IX. Обращаясь къ постановленіямъ современнаго русскаго законодательства, мы найдемъ, что вопросъ о правѣ судебного толкованія разрѣшенъ ими гораздо опредѣленнѣе и удовлетворительнѣе, чѣмъ судебною практикою, обнаруживающею не совсѣмъ основательныя притязанія. Мы изложимъ здѣсь: 1) взглядъ судебныхъ мѣстъ на принадлежащее ему право толкованія и основанія, на которыхъ онъ построенъ, и 2) дѣйствительный смыслъ относящихся сюда постановленій.

1) Въ кассационныхъ рѣшеніяхъ сената весьма настойчиво высказывается мнѣніе, что судамъ предоставляется право восполнять пробѣлы закона, «примѣняя къ дѣянію, прямо непредвидѣнному въ законахъ уголовныхъ, постановленія, наиболѣе съ нимъ сходныя», т. е. право прибѣгать къ аналогіи.

Мнѣніе это главнымъ образомъ основывается на смыслѣ 151 (прежней 155) ст. улож. о наказ.; затѣмъ, вторымъ основаніемъ является 12 ст. уст. уг. суд. ст. 151 подвергалась наибольшему количеству комментаріевъ, на которыя мы и обратимъ вниманіе.

Статья эта, по мнѣнію сената, даетъ судамъ несомнѣнное право аналогіи; ея смыслъ рѣзко отличается отъ смысла 104 (119) ст. прежняго XV т. Последняя статья была установлена въ виду существованія въ XV т. законовъ съ неопредѣленною санкціею. Поэтому она и была примѣнима только къ опредѣленію наказанія, а не къ преступности дѣянія. Напротивъ 151 ст. имѣетъ болѣе широкое значеніе, по той причинѣ, что неопредѣленная санкція, по мнѣнію сената, безусловно исключена изъ уложенія о наказаніяхъ и замѣнена «точно опредѣленнымъ за каждое преступленіе наказаніемъ» (р. к. д. ⁶⁹/₉₅₈). Конечно, сенатъ обставляетъ это право суда извѣстными условіями. При опредѣленіи этихъ условій, онъ впадаетъ въ нѣкоторое противорѣчіе съ своимъ главнымъ тезисомъ. По его ученію, судъ можетъ примѣнять законы по аналогіи только тогда, когда: а) данное дѣйствіе безспорно принадлежитъ къ категоріи поступковъ, запрещенныхъ подъ стра-

хомъ наказанія, и б) если оно по роду своему подходитъ къ дѣянiемъ, съ точностію предусмотрѣннымъ закономъ (р. к. д. ⁶⁹/₅₉₂). Иногда, впрочемъ, сенатъ прибѣгаль и къ болѣе широкимъ толкованіямъ, возводя на степень проступковъ такіа дѣйствія, которыя не только не предусмотрѣны закономъ, но и не преступны сами по себѣ, а только «могутъ подать поводъ къ различнымъ злоупотребленіямъ» (р. к. д. ⁶⁸/₈₁₂).

12 ст. уст. угол. суд. приводится безъ всякихъ комментариевъ, какъ совершенно ясное и достаточное основаніе права аналогіи, подкрѣпляющее и силу 151 ст.

2) Обращаясь къ разбору этихъ основаній, мы остановимся прежде всего на смыслѣ 151 ст.; 12 ст. уст. угол. суд. будетъ разсмотрѣна особо ³⁰).

а) Главный аргументъ въ пользу того, что 151 ст. въ современной своей редакціи устанавливаетъ право аналогіи, состоитъ въ томъ, что неопредѣленная санкція будто-бы совершенно изгнана изъ уложенія о наказаніяхъ. Но мы видѣли выше, насколько это мнѣніе справедливо. Достаточно сослаться на одну 576 ст. ул. о нак., чтобы прійти къ совершенно противуположному заключенію. Разъ *этотъ* аргументъ устранить, — буквальный смыслъ 151 ст., ея мѣсто среди другихъ статей, должны привести къ заключенію, несогласному съ мнѣніемъ сената. 151 ст. начинается со словъ: «если въ законѣ за *подлежащее* разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе *нѣтъ* опредѣленнаго наказанія, то судъ и т. д.».

Итакъ рѣчь идетъ прежде всего о дѣянiи, *подлежащемъ* разсмотрѣнію суда. Очевидно, *подлежать* разсмотрѣнію уголовного суда можетъ только дѣяніе, заключающее въ себѣ признаки *преступленія*, ибо только преступленіями ограничивается компетенція уголовного суда. Это коренное правило не только не колеблется, но подтверждается новыми судебными уставами. Не говоря о другихъ относящихся сюда постановленіяхъ, достаточно указать на 520 ст. уст. угол. суд. Статья эта, какъ извѣстно, говоритъ о главныхъ составныхъ частяхъ *обвини-*

³⁰) См. также Н. С. Таганцевъ: О повтореніи преступленій. 1866 г.

темнаго акта, на основаніи котораго обвиняемый можетъ быть преданъ суду. Въ числѣ этихъ *существенныхъ* частей обвинительнаго акта, 520 ст. называетъ: «опредѣленіе по закону, какому именно преступленію соотвѣтствуютъ признаки разсматриваемаго дѣянія? ³¹⁾».

Во вторыхъ, 151 ст. говоритъ лишь о томъ случаѣ, когда въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія. Слѣдовательно, она предоставляетъ усмотрѣнію суда опредѣленіе *мѣры наказанія*, а никакъ не преступности дѣйствія, непредусмотрѣннаго закономъ. Это доказывается и мѣстомъ, занимаемымъ разсматриваемою статьею въ улож. о наказан.; именно, она помѣщена въ раздѣлѣ первомъ, главѣ первой, отдѣленіи III, гдѣ говорится о власти и обязанности суда въ опредѣленіи *наказаній*. Всѣ эти соображенія достаточно показываютъ, что 151 ст. не колеблется сила 1 ст. улож., постановляющей, что «преступленіемъ или проступкомъ признается какъ самое *противузаконное* дѣяніе, такъ и исполненіе того, что *подъ страхомъ наказанія закономъ предписано*», и затѣмъ 90 ст., гласящей, что «наказанія за преступленія и проступки опредѣляются не иначе, какъ на точномъ основаніи постановленій закона».

Еще одно замѣчаніе относительно современнаго значенія 151 ст. Законодательство, слѣдовавшее за новыми судебными

³¹⁾ Именно п. 5 этой статьи. Рѣшенія кассационнаго департамента конечно не оспариваютъ силы этого пункта. Они признали только: а) что *неправильность* указанія въ обвинительномъ актѣ закона не можетъ служить основаніемъ для уничтоженія силы послѣдовавшихъ затѣмъ судебныхъ дѣйствій, такъ какъ подсудимые имѣютъ полную возможность доказать на судѣ неправильность заключенія обвинительнаго акта, и б) что въ обвинительномъ актѣ можетъ быть обозначенъ только *родъ* преступленія, подъ понятіе котораго подходитъ преслѣдуемое дѣяніе, но не требуется обозначенія вида и степени его, которые не всегда могутъ быть опредѣлены на основаніи одного предварительнаго слѣдствія. Рѣш. кассац. департ. 1867 г. № 135 и 263. Во всякомъ случаѣ, слѣдовательно, каждое лице можетъ быть предано суду только тогда, когда его дѣяніе предусмотрено уголовнымъ закономъ *in genere*; неправильное указаніе закона влечетъ за собою оправданіе подсудимаго.

уставами, повидимому расширило власть судебных мѣстъ сравнительно съ прежнею 155 ст. и усилило значеніе 151 ст. До изданія судебныхъ уставовъ судебныя мѣста, опредѣляя мѣру наказаній, должны были, не приводя своихъ рѣшеній въ исполненіе, представлять ихъ на усмотрѣніе сената (164 ст. т. XV по изд. 1857 г.). Въ настоящее время это ограниченіе уничтожено, слѣдовательно рѣшенія судебныхъ мѣстъ, постановленные на основаніи 151 ст., вступаютъ въ окончательную силу безъ утвержденія ихъ высшимъ мѣстомъ. Но въ этомъ, конечно, нельзя видѣть усиленія правъ судебной власти. Означенное измѣненіе находится въ связи съ измѣненіемъ формы процесса, значенія сената и компетенціи судебныхъ мѣстъ. Съ введеніемъ кассационнаго начала въ новый процессъ, окончательное рѣшеніе дѣла *по существу* предоставлено подчиненнымъ инстанціямъ³²). Затѣмъ вопросъ о неправильности примѣненія закона, въ силу *состязательнаго* начала новаго процесса, возбуждается сторонами, чѣмъ отмѣнено *ревізійное* начало, господствовавшее въ старомъ уголовномъ процессѣ (т. XV, ч. 2, ст. 431—451). При такихъ условіяхъ, представленіе въ сенатъ рѣшеній, постановленныхъ на основаніи 151 ст., было бы противно всемъ началамъ новаго судопроизводства. Но это обстоятельство, конечно, не измѣняетъ *содержанія* тѣхъ рѣшеній, на которыя имѣютъ право суды по силѣ 151 ст. Изъ того, что окружныя суды и судебныя палаты не представляютъ нынѣ извѣстныхъ рѣшеній на утвержденіе сената, не слѣдуетъ, чтобы они пріобрѣли право полагать наказаніе за дѣйствія, непредусмотрѣнныя закономъ. Смыслъ 151 ст. не измѣнился.

Въ заключеніе нельзя признать, чтобы 151 ст. въ настоящее время имѣла какой нибудь смыслъ. Остатокъ прежняго времени, удержанный въ виду остатковъ неопредѣленной санкции, уцѣлѣвшей въ «усовершенствованномъ сводѣ» 1845 г., она должна исчезнуть вмѣстѣ съ послѣднею. Если уложеніе о наказаніяхъ

³²) Учр. суд. уст. ст. 5 и 14. Уст. гражд. суд. ст. 11, ст. 792, 809 и мотивы къ нимъ въ изд. госуд. канцеляріи. Уст. уголовного судопроизводства, ст. 174, 854 и 912.

подвергнется переработкѣ, необходимо будетъ исключить изъ него все лишнее, ибо это лишнее даетъ поводъ къ «самопроизвольнымъ толкованіямъ», врядъ-ли согласнымъ съ интересами правосудія.

б) Смысль 12 ст. уст. уголовного судопроизводства гораздо опредѣленнѣе; и эта опредѣленность даетъ намъ право сказать, что ею не устанавливается право аналогіи. Вотъ ея текстъ: «всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣло по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ, *коими судимое дѣяніе воспрещается подѣ страхомъ наказанія*, должны основывать свое рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ».

Итакъ 12 ст. имѣетъ въ виду примѣненіе судомъ такихъ законовъ, *коими судимое дѣяніе воспрещается подѣ страхомъ наказанія*; слѣдовательно, судъ можетъ имѣть дѣло только съ дѣяніями, прямо воспрещенными уголовнымъ закономъ. Этихъ словъ совершенно достаточно для устранения всякой мысли о допустимости аналогіи на основаніи 12 ст. Приведенныя слова содержатъ въ себѣ положительное доказательство нашей мысли. Затѣмъ въ 12 ст. имѣется и отрицательное ея доказательство — именно пропускъ слова «недостатка» законовъ, находящагося въ 10 ст. уст. гр. суд. Уголовнымъ судомъ дается право основывать свое рѣшеніе на «общемъ смыслѣ законовъ» только въ случаѣ «неполноты, неясности или противорѣчія законовъ». Въ тѣхъ же выраженіяхъ составлена и рассмотрѣнная выше 13 ст. уст. уг. суд. Аналогія же имѣетъ мѣсто именно въ случаѣ «недостатка» закона (*silence de la loi*), и вотъ почему судебныя уставы помѣстили это выраженіе въ ст. 10 *гражданскаго* судопроизводства и опустили въ ст. 12 уголовного.

Поспѣшимъ отвѣтить на возраженіе, возможность котораго легко предвидѣть. Намъ могутъ возразить, что если ст. 13 уст. уг. суд. воспрещаетъ судамъ останавливать рѣшеніе только подѣ предлогомъ неполноты, неясности и противорѣчія законовъ, умалчивая о «недостаткѣ» ихъ, то очевидно общая идея, руководившая при составленіи 13 ст., достигнута не вполне и

что судъ долженъ остановить рѣшеніе подѣ предлогомъ недостатка законовъ. Легко отвѣтить на такое возраженіе. Во первыхъ, на основаніи 520 ст. уст. уг. суд., разсмотрѣнію суда можетъ быть передано только дѣяніе, заключающее въ себѣ признаки преступленія. Если бы въ обвинительномъ актѣ былъ приведенъ законъ, не относящійся къ дѣлу, и послѣднее вовсе не было бы предусмотрено уголовнымъ закономъ, судъ конечно не имѣетъ права отказаться отъ его разсмотрѣнія, такъ какъ на основаніи 136 ст. ур. суд. уст. ему не принадлежитъ право возбуждать законодательные вопросы. Но послѣдствіемъ невѣрно составленнаго обвинительнаго акта должно быть оправданіе подсудимаго: на основаніи 1 п. 771 ст. уст. уг. суд.

Х. Какими же границами опредѣляется право толкованія законовъ, устанавливаемое 12 ст.? На основаніи предыдущихъ примѣровъ и соображеній они могутъ быть обозначены безъ особеннаго труда. Законъ даетъ судамъ право основывать свое рѣшеніе на «общемъ смыслѣ» законовъ въ трехъ случаяхъ: *неполноты, неясности и противорѣчія* законовъ. Для ближайшаго разсмотрѣнія этихъ трехъ случаевъ, мы расположимъ ихъ въ иной постепенности сравнительно съ послѣдовательностью ихъ въ 12 ст. Именно, мы начнемъ съ случая, предполагающаго меньшій объемъ права толкованія, переходя къ другимъ, требующимъ большаго простора для интерпретаціи. Съ этой точки зрѣнія, случаи, предусмотрѣнные 12 ст., расположатся въ слѣдующемъ порядкѣ: противорѣчіе, неясность и неполнота законовъ.

Случай *противорѣчія* законовъ предполагаетъ существованіе нѣсколькихъ узаконеній, такъ или иначе предусматривающихъ данный случай, но несогласныхъ между собою въ отношеніи опредѣленія существа преступленія, мѣры наказанія и т. д. Задача судьи состоитъ въ опредѣленіи, *какое* изъ этихъ узаконеній должно быть примѣнено къ данному случаю, находящемуся въ судебномъ разбирательствѣ. Другими словами, на судѣ лежитъ обязанность *избрать* законъ, непосредственно относящійся къ данному случаю. Судъ руководствуется общими

правилами примѣненія законовъ, нисколько не отрѣшаясь отъ ихъ *буквальнаго* смысла. Правила избранія законовъ для отдѣльнаго случая во многомъ сходны съ правилами составленія свода законовъ общихъ. Таково правило, что изъ двухъ или трехъ несходныхъ законовъ должно слѣдовать позднѣйшему, такъ какъ законъ позднѣйшій отмѣняетъ предыдущій, и т. д. Но разъ законъ избранъ, судья подчиняется въ примѣненіи его точному смыслу его текста. Лучшимъ примѣромъ такого избранія закона изъ нѣсколькихъ противорѣчащихъ узаконеній представляетъ приведенное выше дѣло Лѣнивцева.

Неясность закона зависитъ отъ неудачной редакціи его текста, невѣрно выражающаго мысль законодателя. Задача суда состоитъ въ изясненіи *точного* смысла закона, т. е. въ сообщеніи ему того объема, какой онъ долженъ имѣть, согласно цѣли и намѣреніямъ законодателя.

Въ примѣръ можно привести изясненіе точнаго смысла постановленій нашего законодательства о недовольной покупке имущества несовершеннолѣтняго; примѣръ этотъ тѣмъ удобнѣе, что въ немъ мы имѣемъ дѣло съ разъясненіями какъ уголовного, такъ и гражданского кассационныхъ департаментовъ, съ толкованіемъ, построеннымъ на общемъ смыслѣ гражданскихъ и уголовныхъ законовъ³³⁾.

³³⁾ Ст. 1703 улож. о нак. гласитъ: «купившій завѣдомо *имущество* у малолѣтняго или несовершеннолѣтняго, безъ подлежащаго на то разрѣшенія или же требуемаго существующими законами согласія попечителей, приговаривается» и т. д. Возбуждаетъ сомнѣніе и подлежитъ толкованію постановленіе этой статьи, относительно покупки имущества у *несовершеннолѣтнихъ*. Малолѣтніе не дѣеспособны вообще; слѣдовательно, покупка у нихъ *всякаго* имущества подходитъ подъ дѣйствіе 1703 ст. Напротивъ несовершеннолѣтніе (17—21 г.) имѣютъ значительную долю дѣеспособности. Поэтому судья, преслѣдующій покупку имущества у несовершеннолѣтняго, долженъ поставить себѣ вопросъ: покупка *какого* имущества воспрещается въ данномъ случаѣ закономъ? Этотъ вопросъ разрѣшается другимъ: на продажу *какого* имущества законъ требуетъ согласія попечителей? Обращаясь къ 220, 222, 710 и 1410 ст. 1-й ч. X т. св. зак., мы находимъ, что согласіе попечителей требуется для продажи такихъ имуществъ, укрѣпленіе и передача которыхъ требуетъ письменнаго акта. Такіе акты требуются при продажѣ *недвижимыхъ* имуществъ; но купля-продажа *движимыхъ* имуществъ не требуетъ, на основаніи 1510 ст. 1-й ч. X т., письменнаго акта, а слѣ-

Неполнота закона есть результат несоответствия между логическимъ разумомъ закона, намѣреніемъ законодателя съ одной и *буквальнымъ* смысломъ его текста съ другой стороны. Вслѣдствіе этого многія дѣянія, очевидно преступныя и подходящія подъ смыслъ *буквально* неполнаго закона, являются непредусмотрѣнными въ его текстѣ. Это несовершенство закона устраняется судомъ съ помощію *распространительнаго толкованія* статьи закона, относящейся, по мнѣнію суда, къ дѣлу, находящемуся въ его разбирательствѣ. Вопросъ, который въ этомъ случаѣ ставитъ себѣ судъ, формулируется слѣдующимъ образомъ: «подходитъ ли данный случай подъ дѣйствіе № статьи уложенія?» Въ примѣчаніи мы приводимъ примѣръ такого рода толкованія³⁴⁾.

Всѣ изложенные выше способы толкованія, какъ легко задовательно и согласія попечителей. Посему пріобрѣтеніе движимаго имущества отъ несовершеннолѣтняго не можетъ считаться недѣйствительнымъ, съ точки зрѣнія гражданскихъ законовъ, и не подходитъ подъ дѣйствіе 1703 ст. улож. о наказ., ни 220 ст. 1-й ч. X т. св. зак. Такъ изъяснили точный смыслъ сихъ статей какъ уголовный, такъ и гражданскій кассац. департ. Ср. рѣш. гражд. департ. 1869 г. № 321; 1871 г. № 858. Рѣш. угол. кассац. деп. 1867 г. № 416; 1870 г. № 1221.

³⁴⁾ Ст. 1160 улож. о наказ., предусматривающая подложное составленіе векселя, сенатомъ распространена и на случаи поддѣлки собственнаго векселя для удостовѣренія сдѣланнаго на немъ платежа. Кассац. рѣш. 1869 г. № 992. Мы остановимся на этомъ примѣрѣ потому, во первыхъ, что имъ объясняются приемы распространительнаго толкованія и, во вторыхъ, потому, что по убѣжденію сената онъ есть образецъ рѣшенія *по аналогіи*. Обратимся, прежде всего, къ тексту статьи. Она слагается изъ двухъ частей:

«Кто подпишетъ подъ чужую руку вексель или другимъ образомъ составитъ оный подложно, тотъ за сіе подвергается». Сему же наказанію подвергается и тотъ, кто, получивъ какимъ бы то ни было образомъ, по завѣдомо, вексель подложный или пропавшій или украденный, станетъ ис-
кать по немъ платежа».

Примѣняя эту статью къ поддѣлкѣ собственнаго векселя, сенатъ мотивировалъ свое рѣшеніе такъ: «хотя поддѣлка собственнаго векселя, не для требованія уплаты отъ другаго лица, а для удостовѣренія сдѣланнаго по нему платежа, и не подходитъ подъ буквальный текстъ закона, но при отсутствіи другихъ статей закона, ближе подходящихъ къ дѣянію этого рода, 1160 ст. можетъ быть примѣнена къ нему *по аналогіи*». Это воззрѣніе сената объясняется тѣмъ, что онъ разсматривалъ постановленія двухъ частей 1160 ст. слитно. Опредѣляя *признаки* преступления, предусмотрѣннаго 1160

мѣтять, предполагаютъ извѣстныя логическія операціи надъ текстомъ опредѣленной статьи закона, подъ дѣйствіе которой такъ или иначе *подходитъ* случай, разсматриваемый судомъ.

Отсюда само собою раскрывается различіе между *толкованіемъ* закона, со всѣми его видами, и *рѣшеніемъ дѣла по аналогіи*. Ихъ, можно сказать, раздѣляетъ цѣлая пропасть. Многіе ученые справедливо полагаютъ даже невозможнымъ относить аналогію къ способамъ толкованія законовъ ³⁵). Рѣше-

ст., сенатъ утверждалъ, что они заключаются: 1-е въ подписи подъ чужую руку или въ составленіи инымъ образомъ подложнаго векселя *отъ имени другаго лица*, или въ приобрѣтеніи завѣдомо подложнаго векселя; 2-е въ *требованіи* по векселю, составленному подложно или приобрѣтенному завѣдомо подложнымъ, *уплаты денегъ*. Дѣйствительно мы должны ограничить такимъ образомъ смыслъ постановленій 1160 ст., если будемъ разсматривать ее какъ одно стройное цѣлое и тѣмъ паче, если мы будемъ искать этого смысла преимущественно во *второй* ея части, гдѣ дѣйствительно говорится только о приобрѣтеніи чужихъ векселей и искѣ по нимъ платежа. Но дѣло приметъ другой оборотъ, если мы раздѣлимъ, какъ слѣдуетъ сдѣлать, 1160 ст. на двѣ части. Одна изъ нихъ, именно первая, говоритъ о поддѣлкѣ векселя, другая о приобрѣтеніи завѣдомо подложныхъ векселей, какъ объ актѣ совершенно самостоятельномъ и отличномъ отъ перваго, хотя и обложенномъ одинакимъ наказаніемъ. Это ясно доказывается начальными словами второй части: *«сему же наказанію подвергается и тотъ, кто и т. д.»*. Примѣры такой редакціи въ нашемъ уложеніи не рѣдки. См. ст. 196, 198, 245, 251, 291, 372 и т. д.; въ томъ же раздѣлѣ, гдѣ помѣщается ст. 1160, см. ст. 1159, 1164, 1167. Поэтому мы должны разсматривать постановленіе о поддѣлкѣ векселя какъ особое дѣяніе, самостоятельно предусмотрѣнное первою частью 1160 ст. Признаки, предусмотрѣнные этою частью, не согласны съ признаками, указанными въ рѣшеніи сената. Припомнимъ эти слова: *«кто подпишетъ подъ чужую руку вексель или другимъ образомъ составитъ оный подложно и т. д.»* Даже изъ буквъ этого текста не видно, чтобы въ данномъ случаѣ рѣчь шла только о составленіи векселя отъ имени *другаго лица* (этихъ словъ нѣтъ въ текстѣ) и искѣ по немъ платежа, о чемъ вовсе не говорится въ текстѣ. «Подписка подъ чужую руку» векселя можетъ имѣть мѣсто и для доказательства совершеннаго займа и для удостовѣренія совершенной уплаты; сенатъ совершенно справедливо замѣтилъ, что поддѣлка векселя съ цѣлью доказать уплату по немъ (напримѣръ составленіе подложнаго макерскаго засвидѣтельствванія) по своей цѣли и послѣдствіямъ совершенно тождественна съ искою по подложному векселю». Сенатъ имѣлъ полное основаніе примѣнить 1160 ст. къ поддѣлкѣ собственнаго векселя, но врядъ ли было основаніе давать этому толкованію смыслъ и значеніе *рѣшенія по аналогіи*.

³⁵) Такого взгляда держится, напримѣръ, *Ренне*, изъ русскихъ юристовъ покойный *Мейеръ*.

ніе дѣла по аналогіи имѣеть мѣсто въ томъ случаѣ, когда судъ не имѣеть предъ собою закона, подъ дѣйствіе котораго, даже съ помощію распространительнаго толкованія, можно было бы подвести разсматриваемое дѣяніе ³⁶⁾. Разрѣшая дѣло по аналогіи, судья становится на мѣсто законодателя и ставитъ вопросъ: «какъ разрѣшилъ бы данный случай законодатель, если бы онъ ему представился?» Отвѣта на этотъ вопросъ онъ ищетъ въ постановленіяхъ дѣйствующаго законодательства по дѣламъ однороднымъ и предусмотрѣннымъ законодателемъ. Судъ предполагаетъ, что законодатель, высказавшись извѣстнымъ образомъ по случаю, однородному съ даннымъ, издалъ бы одинаковое постановленіе и для сего по лѣдному, по тождеству юридическихъ основаній — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Слѣдовательно судъ, прибѣгая къ аналогіи, не подводитъ разсматриваемый случай подъ дѣйствіе опредѣленной статьи закона, а создаетъ для его разрѣшенія самостоятельное правило, которое и примѣняетъ къ нему своею властью.

Такого права, очевидно, не устанавливаетъ ст. 12 уст. уг. суд. Оно было бы противно какъ теоретическимъ началамъ уголовного права, такъ и принципамъ нашего положительнаго законодательства. Причина, по которой сенатъ признаетъ за собою и судебными мѣстами право рѣшенія по аналогіи, заключается, сколько намъ кажется, въ неточномъ сознаніи различія между аналогіею и другими видами толкованія, преимущественно толкованіемъ распространительнымъ. Въ доказательство этой мысли можно привести то существенное обстоятельство, что всѣ рѣшенія сената, выставляемые имъ какъ рѣшенія по аналогіи, суть, *по формѣ своей*, толкованія распространительныя; именно они всегда подводятъ разсматриваемый случай подъ дѣйствіе той или другой статьи закона ³⁷⁾. И только въ этихъ предѣлахъ они правильны и могутъ быть признаны

³⁶⁾ Прусское законодательство признаетъ аналогію, но конечно для гражданскихъ дѣлъ. Ренне, I, стр. 81, втор. изд.

³⁷⁾ Кромѣ вышепривед. случаевъ, ср. рѣш. угол. кассац. департ. 1867 г. № 335, 1868 г. № 1018, того-же года, № 362, 663, 560, 696 и т. д.

какъ наукою, такъ и практикою. Но, къ сожалѣнію, можно указать на многія рѣшенія сената, имѣющія *форму* распространительныхъ толкованій, въ существѣ же представляющихъ примѣненіе аналогіи; они менѣе всего удовлетворяютъ началамъ науки и положительнаго законодательства³⁸⁾. Устранить подобныя явленія можно какъ болѣе точнымъ опредѣленіемъ въ законѣ границъ толкованія, такъ и (это главное) большимъ знакомствомъ съ теоретическими началами и техническими приемами толкованія.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О силѣ судебного толкованія.

I. Можетъ-ли толкованіе закона, предложенное въ судебномъ рѣшеніи, состоявшимся по единственному дѣлу, получить значеніе общей нормы, обязательной при рѣшеніи другихъ

³⁸⁾ Достаточно будетъ одного примѣра. Жестокое обращеніе родителей побудило малолѣтняго совершить поджогъ. Судъ, опредѣляя ответственность родителей въ этомъ дѣлѣ, искалъ, какъ и слѣдовало, указаній въ томъ раздѣлѣ уложенія о наказаніяхъ, гдѣ говорится о злоупотребленіи родительской власти. (Раздѣлъ XI, глава II, отдѣленіе первое). Единственная статья этого раздѣла, которая могла бы относиться къ дѣлу, есть ст. 1587, гдѣ изображено: «родители чрезъ употребленіе во зло своей власти, или посредствомъ преступныхъ ввухеній, вовлекшіе *умышленно* несовершеннолѣтнихъ дѣтей своихъ въ какое-либо преступленіе и т. д.» Сенатъ нашелъ, что такъ какъ ст. 1587 имѣетъ въ виду *умышленное* вовлеченіе родителями дѣтей своихъ въ преступленіе, то она не относится къ данному случаю. Но вмѣсто того онъ примѣнилъ къ подсудимымъ ст. 1476, предусматривающую тотъ случай, когда «родители, опекуны и другія облеченныя какою либо властью лица чрезъ явное, соединенное съ жестокостію злоупотребленіе власти, побудятъ подчиненное имъ или ввѣренное ихъ попеченію лицо къ самоубійству». Эта статья помѣщается въ особомъ раздѣлѣ уложенія (раздѣлъ X, глава вторая, о *самоубійствѣ*), слѣдовательно предусматриваетъ случай никакъ не *однородный* съ даннымъ и относится къ одному лишь *спеціальному* виду преступленій, именно къ самоубійству и, еще спеціальнѣе, къ уговору и побужденію кого либо лишить себя жизни (ст. 1475 и 1476). Поэтому сенатъ не имѣлъ основанія сказать, что ст. 1476 *примѣняется* и къ тѣмъ случаямъ (или *распространяется* на тѣ случаи), когда малолѣтній, вѣдѣвствіе злоупотребленія властью, совершитъ не самоубійство или покушеніе на оное, а какое либо другое преступленіе. Здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ распространительнымъ толкованіемъ, а съ аналогіею.

подобныхъ случаевъ? Вотъ вопросъ, подлежащій теперь нашему разрѣшенію.

Вопросъ этотъ, конечно, не можетъ быть разрѣшенъ единообразно для всѣхъ странъ и для всякихъ политическихъ условій. При разсмотрѣніи его необходимо принять въ расчетъ какъ общую природу судебного рѣшенія, такъ и характеръ законодательства каждой страны, установившіяся въ ней отношенія властей законодательной и судебной, существующія въ каждой странѣ формы процесса, и т. д.

II. Юридическая природа судебного рѣшенія 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 судъ (или даже тотъ-же самый судъ) по другому однородному дѣлу держаться того же способа. Это нисколько не говоритъ противъ необходимости *единообразнаго примѣненія законовъ* судами, причемъ главнымъ руководящимъ началомъ являются *прецеденты*, т. е. рѣшенія судовъ, прежде состоявшіяся по дѣламъ однороднымъ. Здравья 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 вправе ожидать, что его дѣло будетъ разрѣшено судомъ также, какъ уже разрѣшено было другое, представлявшее однородныя обстоятельства. Никто не сомнѣвается поэтому, что юридическое образованіе судьи было бы неполно безъ знакомства съ прецедентами, съ многолѣтнею практикою и преданіями судовъ. Прецеденты всѣми уважаемаго и достойнаго уваженія судебного мѣста превосходная гарантія противъ личныхъ и произвольныхъ толкованій закона отдѣльными представителями судебной власти. Въ хорошо организованной магистратурѣ сила прецедентовъ сдерживаетъ произволь толкованія едва ли не больше, чѣмъ законодательныя мѣры противъ этого произвола.

Но, признавая вполне значеніе прецедента, нельзя не видѣть, что это значеніе — фактическое, обычное, нравственное, но никакъ не юридическое. Сообщить обязательную юридическую силу прецеденту значило бы (не говоря уже о смѣшенной 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 ³⁹). Далекое не всѣ прецеденты могутъ претендовать на руководящее значеніе въ судебной практикѣ. Прецеденты, составляющіе, на примѣръ, гордость англійскихъ судовъ, которые опираются на нихъ какъ на незыблемыя начала своей практики, сложились, такъ сказать, въ борьбѣ за существованіе, причемъ множество рѣшеній погибло, не оставивъ въ памяти судейскаго сословія ничего или оставивъ дурное воспоминаніе.

Вотъ почему съ юридической точки зрѣнія различныя виды толкованія, по степени ихъ обязательной силы, располагаются въ слѣдующемъ порядкѣ:

1-е) толкованіе *научное*, не имѣющее никакой обязательной силы;

2-е) толкованіе *судебное*, имѣющее обязательную силу для того случая, при разсмотрѣніи котораго оно постановлено, но не обязательное для другихъ дѣлъ;

3-е) толкованіе *законодательное* или *аутентическое*, имѣющее общеобязательное значеніе ⁴⁰).

³⁹) Въ самой Англій признано необходимымъ относиться къ прежнимъ рѣшеніямъ критически. Лордъ верховный судья *Камденъ* въ 1765 г. слѣдующимъ образомъ протестовалъ противъ плохаго прецедента изъ практики англійскихъ судовъ временъ Карла II. «Это есть воззрѣніе всѣхъ двѣнадцати судей Англій; великій, требующій уваженія авторитетъ! Могутъ ли однако двѣнадцать судей, объявивъ, что нѣчто, по ихъ воззрѣнію, есть право, сдѣлать это обязательнымъ правомъ для королевства? Я говорю: нѣтъ! и судья, который бы сталъ утверждать противное, заслуживалъ бы сильнаго порицанія». *Коксъ*, назв. соч. стр. 293.

⁴⁰) *Фукаръ*, назв. соч. I, стр. 105 и слѣд. On distingue deux interprétations de la loi: l'interprétation par voie de doctrine, qui est donnée par les *jurisconsultes* sans aucune force obligatoire, ou par les *tribunaux* avec une

Таковъ общій принципъ, опредѣляющій юридическое значеніе судебнаго толкованія. Но затѣмъ опредѣленіе его мѣста въ составѣ права каждой страны зависитъ отъ разныхъ спеціальныхъ условий, значительно усложняющихъ вопросъ. Мы укажемъ здѣсь на главнѣйшія изъ нихъ.

III. Во первыхъ, степень примѣнимости указаннаго выше принципа зависитъ отъ характера *источниковъ* права въ каждой странѣ. Тамъ, гдѣ официально признано господство *писаннаго* права, значеніе прецедентовъ не можетъ быть такъ велико, какъ въ странѣ, гдѣ обычное право не только конкурируетъ съ правомъ писаннымъ, но даже имѣетъ общепризнанное первенство предъ послѣднимъ. Въ такіе условія находится на примѣръ Англія ⁴¹⁾. Здѣсь свободное творчество права путемъ обычая и практики не приостанавливается правомъ статутнымъ. Поэтому свобода судейскаго рѣшенія стѣснена здѣсь меньше чѣмъ въ какой либо другой странѣ. Среди этой свободы, грозящей часто перейти въ произволь, юристы и сами суды ищутъ точекъ опоры для единообразія въ судебной практикѣ. Главнымъ изъ такихъ коррективовъ судейскаго произвола является, по общему сознанію, сила прецедентовъ ⁴²⁾. Но въ странахъ, гдѣ власть судебная и законодательная строго разграничены, гдѣ *писанный* законъ является первенствующимъ источникомъ права, тамъ положеніе вещей должно

force obligatoire entre les parties seulement, et l'interprétation par voie d'autorité qui a la même force, que la loi.

⁴¹⁾ Въ особенности относительно судовъ *справедливости*. Здѣсь часто, особенно въ прежнее время, раздавались жалобы на непостоянство и произвольность возрѣвій канцлерскаго суда. Одинъ изъ старинныхъ писателей *Селденъ* говорилъ: «для права мы имѣемъ масштабъ и знаемъ, что на него можно положиться; *справедливость* же зависитъ отъ убѣжденія и совѣсти того, кто теперь занимаетъ мѣсто канцлера; чѣмъ шире или уже эта совѣсть, тѣмъ шире или уже справедливость. Это похоже на то, какъ если бы ступню канцлера захотѣли сдѣлать нормальной мѣрой (игра словъ: по англійски слово foot означаетъ и ступню и известную мѣру—футъ). Какая неопредѣленность явилась бы при измѣреніи!» Коксъ. 291.

⁴²⁾ Кромѣ силы прецедентовъ, въ самой Англіи есть средство противъ неправыхъ рѣшеній высшихъ судовъ. Сюда относятся право жалобы въ палату лордовъ или судебную комиссію тайнаго совѣта (Judicial Committee of the Privy Council).

быть иное. Излишнему разнообразію судебныхъ рѣшеній поставлена значительная преграда въ формѣ положительныхъ опредѣленій законодательства, обнимающаго, по крайней мѣрѣ, главнѣйшія группы правоотношеній съ ихъ видами. При такомъ условіи законодательной власти нѣтъ повода настаивать на силѣ прецедентовъ, напротивъ, она сосредоточиваетъ право толкованія съ общеобязательною силою въ своихъ рукахъ. Законодательства главнѣйшихъ государствъ европейскаго материка объявляютъ право аутентической интерпретаціи *исключительнымъ* атрибутомъ власти законодательной⁴³⁾. Прямымъ послѣдствіемъ этого начала является воспрещеніе судебнымъ мѣстамъ давать своимъ толкованіямъ форму общеобязательныхъ нормъ⁴⁴⁾.

Во вторыхъ, вопросъ о силѣ прецедентовъ *усложняется* тою или другою *формою* судопроизводства, установленною въ данномъ государствѣ. Это обстоятельство очень важно, хотя въ недостаточной еще степени обратило на себя вниманіе юристовъ. При господствѣ порядка аппеляціоннаго и ревизионнаго, вопросъ о силѣ судебныхъ рѣшеній разрѣшается проще, чѣмъ въ странахъ, учредившихъ кассационный судъ. Аппеляціонная и ревизионная форма процесса предполагаютъ, что дѣятельность всѣхъ судебныхъ инстанцій, отъ низшей и до высшей, однородна. Каждая изъ нихъ разсматриваетъ дѣло *по существу* и постановляетъ самостоятельное рѣшеніе. Акты толкованія закона и постановленія рѣшенія слиты въ одномъ и томъ же дѣйстви и притомъ каждая инстанція интерпретируетъ законъ, такъ сказать, для себя, т. е. въ ви-

⁴³⁾ Ср. Конституц. бельгійскую: «L'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'au pouvoir législatif. Греческая, ст. 26. Итальянская, ст. 73. По шведской конституціи право толкованія законовъ принадлежитъ для низшихъ мѣстъ по отдѣльнымъ дѣламъ и ихъ просьбъ, верховному королевскому суду; но изданныя разъясненія могутъ быть отменяемы сеймомъ. Изданіе общеобязательныхъ изъясненій подчинено условіямъ составленія законовъ вообще и принадлежитъ законодательной власти. § 19 и 88.

⁴⁴⁾ Ср. 5 статью Code Civil: «il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises».

дах постановки собственного рѣшенія. Поэтому ни одно изъ этихъ рѣшеній не имѣетъ больше обязательной силы сравнительно съ другими. Въ этихъ условіяхъ чрезвычайно легко провести начало, что «сила судебного рѣшенія исчерпывается примѣненіемъ къ тому дѣлу, по которому оно постановлено», не возбуждая никакихъ сомнѣній. Но иначе можетъ быть поставленъ вопросъ тамъ, гдѣ разсмотрѣніе дѣла по существу заcapивается одною или двумя инстанціями ⁴⁵⁾, а для охраненія правильности въ примѣненіи законовъ и формъ судопроизводства дѣйствуетъ высшая кассаціонная инстанція.

Въ лицѣ кассаціоннаго суда образуется особый органъ, предназначенный главнымъ образомъ для *толкованія* законовъ въ видахъ поддержанія направленія дѣятельности *подчиненныхъ* судебныхъ инстанцій. Толкованіе законовъ, исходящее отъ этого высшаго судилища, очевидно пріобрѣтаетъ особенное значеніе. Во первыхъ, съ юридической точки зрѣнія рождается вопросъ, подходятъ ли рѣшенія кассаціоннаго суда, по пространству своему, подъ понятіе обыкновенныхъ судебныхъ рѣшеній. Во вторыхъ, необходимо опредѣлить отношеніе къ этому рода рѣшеніямъ подчиненныхъ судебныхъ мѣстъ. Сложность этихъ отношеній такова, что для опредѣленія ихъ всегда необходима точная законодательная норма. Безъ этого всегда есть основаніе опасаться, что кассаціонный судъ потребуетъ для своихъ рѣшеній большей обязательной силы, а низшіе суды будутъ придавать имъ меньшее значеніе, чѣмъ слѣдуетъ.

IV. Обращаясь къ разсмотрѣнію постановленій нашего законодательства по этому вопросу, должно принять во вниманіе всѣ условія, вліяющія на постановку и разрѣшеніе его. Мы остановимся здѣсь: 1-е) на общихъ началахъ нашего законодательства, изложенныхъ въ законахъ основныхъ; 2-е) на примѣненіи этихъ началъ къ системѣ прежняго судопроизводства, и 3-е) на принципахъ новаго судоустройства и судопроизводства.

⁴⁵⁾ Уст. гр. суд. ст. 134, 162, 184, 743, 774. Уст. угол. судопр. ст. 124, 172, 854.

V. Первенствующимъ источникомъ права по нашему законодательству признаются *писанные* законы, исходящіе отъ самодержавной власти (осн. зак. ст. 47). Поэтому главнымъ основаніемъ, на которомъ должны быть построены всѣ распоряженія подчиненныхъ властей и судебныя рѣшенія— есть точный смыслъ закона ⁴⁶⁾. Сосредоточивая въ своихъ рукахъ всѣ атрибуты законодательной власти, власть самодержавная признаетъ за собою исключительное право издавать *общеобязательныя* толкованія законовъ. Это ясно слѣдуетъ изъ постановленій 49 и 52 ст. осн. зак. Поясненія законовъ, исходяція отъ власти самодержавной, не отличаются отъ другихъ узаконеній ни по способу инициативы, ни по порядку составленія проекта и его разсмотрѣнія и утвержденія, въ томъ случаѣ, когда представленія этого рода идутъ отъ мѣстъ и лицъ правительственныхъ ⁴⁷⁾. Верховная власть сама можетъ издавать изъясненіе законовъ, «опредѣляющихъ истинный ихъ разумъ», въ формѣ словесныхъ высочайшихъ повелѣній (основн. зак. ст. 55). Отличіе пояснительныхъ законовъ отъ другихъ состоитъ въ томъ, что имъ присвоивается обратная сила (ст. 61). Опредѣливъ такимъ образомъ свойство и порядокъ изданія законовъ какъ *общеобязательныхъ* нормъ, основные законы отличаютъ отъ нихъ распоряженія и постановленія, обязательная сила которыхъ исчерпывается примѣненіемъ ихъ къ отдѣльному случаю или касается до опредѣленнаго круга лицъ, изъъемлемыхъ въ этомъ отношеніи отъ дѣйствія законовъ общихъ. Таково значеніе указовъ сепаратныхъ, т. е. состоявшихся по частному дѣлу, и привиллегій, дарованныхъ самодержавною властью частнымъ ли-

⁴⁶⁾ Исключенія изъ этого правила, установленныя въ пользу обычнаго права, касаются мировыхъ судей, волостныхъ и торговыхъ судовъ.

⁴⁷⁾ См. 79 ст. «Первообразное предначертаніе законовъ..... пріемлетъ начало свое отъ общаго теченія дѣлъ, когда при разсмотрѣніи оныхъ въ правительствующемъ сенатѣ, въ святѣйшемъ синодѣ и въ министерствахъ, признано будетъ необходимымъ или *пояснить* и дополнить дѣйствующій законъ, или составить новое постановленіе. Въ семъ случаѣ мѣста сія подносятъ предположенія ихъ установленнымъ порядкомъ на высочайшее благоусмотрѣніе.

цамъ и обществамъ (ст. 67, 70, 71). Къ этому же разряду отнесены и судебныя рѣшенія. «Окончательное судебное рѣшеніе частнаго дѣла имѣеть силу закона для того дѣла, по коему оно состоялось» (ст. 68). «Судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ, хотя могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ, но не могутъ быть признаваемы закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ, ниже служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ судебнымъ» (ст. 69). Такимъ образомъ значеніе прецедента, при господствѣ у насъ писаннаго закона, сводится на значеніе *пояснительнаго примѣра*, который *можетъ быть* приведенъ въ докладъ, но безъ всякой обязательной силы. Эти начала не возбуждали никакого сомнѣнія при условіяхъ прежняго судоустройства и судопроизводства. Но со введеніемъ судебныхъ уставовъ 1864 г., въ судебной практикѣ развились взгляды діаметрально противоположныя точному смыслу 68 и 69 ст. основныхъ законовъ. Состоятельность этихъ взглядовъ подлежитъ теперь нашему изслѣдованію. Но прежде чѣмъ мы обратимся къ этой задачѣ, бесполезно будетъ остановиться на одномъ фактѣ, относящемся къ практикѣ сената по прежнему его учрежденію, фактѣ, который, сколько намъ кажется, имѣлъ большое вліяніе на возрѣніе новыхъ кассационныхъ департаментовъ, когда они приступили къ исполненію высокаго, возложеннаго на нихъ долга.

VI. Статьи 68 и 69 основн. зак., опредѣляя силу судебныхъ рѣшеній, имѣютъ въ виду *всѣ вообще* судебныя рѣшенія, не устанавливая никакого различія между судебными рѣшеніями, исходящими отъ сената, и рѣшеніями, постановленными другими судебными мѣстами. Сенатское рѣшеніе, подобно всякому другому, «могло быть» приводимо въ докладъ «для поясненія», но не имѣло никакой обязательной силы и не могло «служить основаніемъ» для прочихъ окончательныхъ рѣшеній. Но въ дѣятельности сената была (и отчасти есть) одна сторона, значительно видоизмѣнявшая примѣненіе начала, установленнаго 68 и 69 ст. основ. зак. Для уразумѣнія этого

факта необходимо припомнить двойственный, исторически сложившийся характер правительствующаго сената.

Принципъ, установленный 68 и 69 ст. осп. зак., могъ бы быть вполне примѣненъ къ сенату, еслибы послѣдній былъ вполне и исключительно *судебнымъ* установленіемъ, т. е. только одною изъ судебныхъ инстанцій. Но не такъ было на самомъ дѣлѣ. Превращеніе сената въ одну изъ судебныхъ инстанцій совершилось во времена сравнительно новыя, не вдругъ и даже въ противность первоначальнымъ намѣреніямъ великаго основателя сената ⁴⁸⁾. По мысли Петра Великаго, сенатъ долженъ былъ сосредоточить въ своихъ рукахъ власть высшаго управленія и *надзора* за отправленіемъ всѣхъ частей государственной администраціи и правосудія. Первоначальный наказъ сената гласилъ между прочимъ: «судъ имѣть нелицемѣрный, и неправедныхъ судей *наказывать* отнятіемъ чести и всего имѣнія, то-жъ и побѣдникамъ да послѣдуетъ» (п. с. з. № 2330). Вслѣдъ за этимъ указомъ вышелъ второй (п. с. з. № 2331), повелѣвавшій, между прочимъ, учредить при сенатѣ оберъ-фискала, который «долженъ надъ всѣми дѣлами только подсматривать и провѣдывать про неправый судъ» и т. д. Въ порядкѣ правительственныхъ учрежденій сенатъ не былъ судебною инстанціею; по общему правилу онъ даже не принималъ самъ жалобъ на неправыя рѣшенія низшихъ мѣстъ ⁴⁹⁾. Съ учрежденіемъ коллегій движеніе судебныхъ дѣлъ должно было заканчиваться юстицъ-коллегіею; подача жалобы на юстицъ-коллегію чрезъ рекетмейстера въ сенатъ имѣло то значеніе, какое впоследствии получили жалобы на сенатъ, подаваемые императорскому величеству чрезъ комиссію прошеній ⁵⁰⁾. Всѣ эти условія вліяли на особый

⁴⁸⁾ См. мое изслѣдованіе «Высшая администрація XVIII вѣка», стр. 207 и слѣд.

⁴⁹⁾ Ср. П. С. З. № 3493, 3577, 3581, 3602, 3613 и др.

⁵⁰⁾ Тамъ же, № 3900 и 3978. Въ послѣднемъ указѣ особенное вниманіе обращаетъ на себя т. 4-й: «какія челобитныя поданы будутъ рекетмейстеру за неправый судъ коллегій и канцелярій, которыя коллегіямъ неподчинены, то ему, рекетмейстеру, оныя принявъ, *по нихъ доносить намъ, и когда ты челобитныя подписаны будутъ отъ насъ, дабы о томъ разыскать; буде же*

характеръ сенатскихъ приговоровъ по дѣламъ судебнымъ. Они весьма часто содержали въ себѣ не только рѣшеніе извѣстнаго дѣла, но и замѣчанія подчиненнымъ мѣстамъ по поводу ихъ неправильныхъ дѣйствій и толкованіе законовъ, ложно понятыхъ низшими инстанціями ⁵¹⁾. Послѣдній видъ сенатскихъ приговоровъ представляетъ для насъ особенный интересъ. Изъ нихъ видно, что сенатъ давалъ иногда своимъ приговорамъ силу примѣрныхъ рѣшеній, обязательныхъ для подчиненныхъ мѣстъ по дѣламъ того же рода. Ими пополнялись пробѣлы нашего законодательства и они получали силу источниковъ права ⁵²⁾. Эта роль сената далеко не утратила своего значенія и со времени превращенія его въ одну изъ судебныхныхъ инстанцій. Уже послѣ изданія новаго учрежденія сената при Александрѣ I (послужившемъ основаніемъ и для дѣйствующихъ постановленій о старыхъ департаментахъ сената), мы постоянно встрѣчаемся съ прежнею практикою ⁵³⁾;

такія челобитныя будутъ подавать ему въ отлучкахъ нашихъ, то предлагать ему, сенату, и по онымъ тѣ дѣла брать ему, и росписать всѣ пункты... къ рѣшенію предлагать, и въ сенатъ розыскивать».

⁵¹⁾ Примѣровъ указовъ сената, заключающихъ въ себѣ замѣчанія противъ неправильныхъ дѣйствій подчиненныхъ мѣстъ, много. См. напр. П. С. З. № 8971, 9477, 9603, 9685, 10111, 10123, 10149, 10154, 10397, 10421, 10475, 10886, 10888 и т. д.

⁵²⁾ Подобныя примѣрныя рѣшенія встрѣчаются уже въ царствованіе Петра Великаго. См. напр. П. С. З. № 2617. Сенатскій указъ *о возвращеніи приданыхъ помѣстьевъ въ родъ, если по смерти зятя не останется дѣтей*. Содержаніе указа слѣдующее: «правительствующій сенатъ приговорилъ: вдовѣ Марьѣ Пльинской, женѣ Загряжскаго, помѣстье ея, которое она въ 709 году дала за собою въ приданое Петру Есипову, дать ей по прежнему, для того, что послѣ зятя ея дѣтей не осталось. А что по указу 191 года, такихъ помѣстій, кто даетъ въ приданое, поворачивать не велѣно, и тотъ указъ отставить. И впредь о такихъ помѣстьяхъ, кто съ сего числа даетъ въ приданое, читать по сему указу, противъ того какъ вочины изъ за приданства поворачивать велѣно». Для послѣдующаго времени ср., напримѣръ, П. С. З. № 8996, 9406, 9587, 9706, 9728, 9923, 10021, 10055, 10176, 10239, 10306, 10448, 10461, 10541, 10686 и др.

⁵³⁾ Примѣры исправленія неправильныхъ дѣйствій, П. С. З. № 22064, 22144, 22343, 22404, 22527, 22540, 22544, 22672, 23405 и др. Примѣрныя толкованія законовъ № 22333, 22355, 22530, 22541, 22611, 22802, 22136, 22685 и т. д.

она узаконена самимъ учрежденіемъ сената, какъ мы это сейчасъ увидимъ.

Ст. 2. учрежденія сената признаетъ за нимъ право высшаго надзора въ порядкѣ управленія и исполненія; поэтому онъ, между прочимъ, печется о повсемѣстномъ наблюденіи правосудія. «Верховная *ревизія* суда по дѣламъ гражданскимъ, уголовнымъ и межевымъ, принадлежитъ непристрастному и нелицемѣрному сената правосудію» (учр. сената ст. 3). Сенату принадлежитъ право публиковать присутственныя мѣста, въ случаѣ замѣченныхъ имъ безпорядковъ или злоупотребленій власти (уч. с. ст. 230). Подъ именемъ этихъ «безпорядковъ» нельзя разумѣть однихъ неправильностей и медленности въ дѣлопроизводствѣ, составляющія предметъ частной жалобы, но здѣсь имѣются въ виду случаи неправильнаго примѣненія законовъ въ рѣшеніи дѣлъ по существу. Этого рода опредѣленія сената получали безусловную обязательную силу, согласно смыслу постановленій нашего законодательства о силѣ сенатскихъ указовъ вообще (учр. сен. ст. 224). Говоря языкомъ нашего времени, всѣ присутственныя мѣста должны были подчиниться сенату въ издаваемыхъ имъ изъясненіяхъ «точного смысла закона» ⁵⁴).

Понятно само собою, что подобная многолѣтняя практика должна была имѣть вліяніе на взглядъ новаго, кассационнаго сената. Онъ не былъ *выдѣленъ* изъ общаго состава сената въ качествѣ особаго учрежденія, но помѣщенъ въ его составъ ⁵⁵). Слѣдовательно, основныя начала общаго учрежденія сената должны примѣняться и къ нему. Призванный наблюдать за отправленіемъ правосудія, охранять точную силу закона и слѣдить за единообразнымъ примѣненіемъ его всѣми судебными установленіями Имперіи (учр. суд. уст. ст. 5), онъ очевидно имѣетъ право требовать безусловнаго подчиненія своимъ рѣшеніямъ этихъ послѣднихъ. Постановленія его должны, пови-

⁵⁴) Какъ это говорить теперь ст. 813 уст. гражд. судопр. и 930 уст. угол. судопр.

⁵⁵) Учрежд. судеб. уст. ст. 114: «въ составъ правительствующаго сената образуются, для завѣдыванія судебною частью въ качествѣ верховнаго кассационнаго суда, два кассационные департамента»...

димому, имѣть даже большую силу, сравнительно съ изъяснительными указами прежнихъ департаментовъ сената. Постановленія послѣднихъ въ большей мѣрѣ подходили подѣ понятіе *судебныхъ рѣшеній*, сила которыхъ опредѣлена 68 и 69 ст. осн. зак., такъ какъ они разсматривали дѣло по существу. Циркулярныя изъясненія точнаго смысла законовъ судебнымъ мѣстамъ, неправильно ихъ примѣнявшимъ, было непостоянною, случайною примѣсью, зависѣвшею отъ смѣшаннаго характера началъ сенатскаго учрежденія. Напротивъ, дѣятельность кассационныхъ департаментовъ главнымъ образомъ направлена на великую задачу судебного толкованія, на охраненіе точной силы закона и единообразнаго его примѣненія. Не рѣшая дѣла по существу, они охраняютъ формальныя условія правосудія, между которыми правильное примѣненіе закона занимаетъ первое мѣсто (уст. угол. суд. ст. 912; уст. гр. с. ст. 793). Таковъ рядъ историческихъ основаній и умозаключеній, которыя могутъ быть приведены въ доказательство того положенія, что рѣшенія кассационнаго департамента должны имѣть всеобщую обязательную силу.

VI. На практикѣ кассационныя департаменты сената основываютъ соображенія о всеобщей обязательной силѣ своихъ рѣшеній на смыслѣ отдѣльныхъ статей судебныхъ уставовъ, такъ какъ только они и могутъ имѣть практическое значеніе. Мы укажемъ эти основанія и разсмотримъ ихъ дѣйствительность ⁵⁶⁾. Но прежде всего мы должны повторить, что по нашему убѣжденію, стремленіе кассационнаго суда усилить паче мѣры значеніе своихъ рѣшеній имѣетъ свой корень въ старой практикѣ сената и въ общихъ, неопредѣленныхъ началахъ прежняго сенатскаго учрежденія.

Требую для своихъ рѣшеній всеобщей обязательной силы, кассационныя департаменты основываются, во первыхъ, на 933 ст. уст. уг. суд. и 815 уст. гр. суд.

⁵⁶⁾ Эти основанія изложены и разсмотрѣны уже, во первыхъ, въ основательной статьѣ «о силѣ кассационныхъ рѣшеній», помѣщ. въ «судебномъ журналѣ» за июль и августъ 1873 г.; во вторыхъ, въ московскомъ юридическомъ обществѣ, отчетъ о засѣданіи котораго по этому предмету помѣщ. въ «юридическомъ вѣстникѣ».

Ст. 933 уст. уг. суд. редактирована слѣдующимъ образомъ: «рѣшенія сената печатаются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному исполненію и примѣненію законовъ».

Ст. 815 уст. гр. суд. содержитъ въ себѣ тоже самое, съ небольшимъ, но очень важнымъ прибавленіемъ: «всѣ опредѣленія сената *по просьбамъ объ отмѣнѣ рѣшеній* публикуются» и т. д. ⁵⁷⁾.

Во-вторыхъ сенатъ ссылается на новое примѣчаніе къ 69 ст. основныхъ закоповъ, въ которомъ говорится: «опредѣленія кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената по просьбамъ объ отмѣнѣ рѣшеній публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ» (р. уг. кас. деп. ^{69/413}).

На основаніи этихъ статей, кассационные департаменты доказываютъ обязательную силу своихъ опредѣленій не только для тѣхъ случаевъ, по которымъ они состоялись, но и для всѣхъ однородныхъ случаевъ. По этому отступленіе отъ смысла сенатскихъ разъясненій считается поводомъ къ сдѣланію подчиненнымъ мѣстамъ надлежащихъ внушеній.

Для оцѣнки состоятельности этого воззрѣнія, необходимо разсмотрѣть: 1-е существо кассационнаго порядка и постановленія другихъ законодательствъ по этому предмету; 2-е точный смыслъ постановленій нашего законодательства.

VII. Установленіе кассационнаго суда имѣетъ цѣлію обезпечить правильность въ отправленіи правосудія путемъ чисто отрицательнымъ, т. е. путемъ отмены рѣшеній, при постановленіи которыхъ нарушены формальныя условія правосудія. Послѣдствіемъ отмены рѣшенія является пересмотръ дѣла и новое рѣшеніе его по существу. Легко замѣтить, слѣдовательно, что вся конструкція кассационнаго порядка исходитъ изъ понятія *независимости* судовъ, рѣшающихъ дѣло по существу, въ отношеніи избранія, примѣненія и толкованія законовъ. Кассационный судъ не имѣетъ *права* входить въ раз-

⁵⁷⁾ Назв. статья въ «судебномъ журналѣ» и кассац. рѣш. угол. кассац. депарг. 1868 г. № 31, гражд. депарг. 1868 № 156, 326.

смотрѣніе дѣла по существу и постановлять собственное рѣшеніе на мѣсто отмѣненнаго, какъ это дѣлаетъ высшая аппеляціонная инстанція. Въ идеѣ кассационнаго рѣшенія вовсе не содержится *понятіе обязательности* юридическихъ основаній, принятыхъ кассационнымъ судомъ при *отмѣнѣ* рѣшенія, даже для суда постановляющаго новое рѣшеніе по тому же самому дѣлу. Юридическія основанія, признанныя кассационнымъ судомъ достаточными для отмѣны рѣшенія, могутъ быть признаны недостаточными или неправильно приведенными при новомъ разсмотрѣніи дѣла по существу. Оставаясь вѣрнымъ чистой идеѣ кассационнаго порядка, т. е. строгому разграниченію компетенціи судовъ, *рѣшающихъ* дѣло по существу, и суда, *отмѣняющаго* неправильныя рѣшенія, нельзя не признать, что обязательная сила юридическихъ основаній кассационныхъ рѣшеній для суда, постановляющаго новое рѣшеніе по тому же дѣлу, врядъ-ли можетъ быть допущена. Этимъ путемъ кассационный судъ приобретаетъ рѣшительное, непреодолимое вліяніе на рѣшеніе дѣла по существу и разграниченіе двухъ различныхъ компетенцій значительно сглаживается. Ограниченіе этого принципа можетъ быть допущено въ виду необходимости положить *какія-нибудь границы теченію процесса* и установить способъ разрѣшенія столкновеній между судомъ кассационнымъ и судами, рѣшающими дѣло по существу. При полной необязательности кассационнаго опредѣленія для судовъ, вновь рѣшающихъ дѣло, по которому оно состоялось, процессъ можетъ тянуться до безконечности; кассационный судъ будетъ безчисленное количество разъ отмѣнять рѣшенія, прочіе суды могутъ непрерывно возобновлять рѣшеніе отмѣненное. Въ виду такого неудобства необходимо установить точные способы разрѣшенія пререканій между судами того и другаго порядка. Но не должно забывать, что эти мѣры должны быть только *коррективомъ* противъ неудобствъ безусловнаго примѣненія кассационнаго начала; что поэтому свойство ихъ не должно колебать силы разъ установленнаго принципа, устраняя только случайныя, эвентуальныя его неудобства. Образ-

цовое разрѣшеніе этого труднаго вопроса представляетъ *французское* законодательство.

VII. При первоначальномъ учрежденіи кассационнаго суда (декретъ 1-го декабря 1790), французское законодательство старалось провести кассационное начало во всей его чистотѣ. Кассационный судъ долженъ былъ состоять при законодательномъ корпусѣ (ст. 1-я). Онъ долженъ былъ отмѣнять (*annuler*) всякое дѣлопроизводство, въ которомъ были нарушены существенныя формы, и всѣ приговоры, явно противныя тексту закона. Ни подъ какимъ предлогомъ онъ не долженъ разсматривать дѣло по существу: отмѣнивъ дѣлопроизводство или приговоръ, онъ отсылаетъ дѣло для разсмотрѣнія его по существу къ другимъ судамъ (ст. 3). Если рѣшеніе будетъ кассировано два раза и третій судъ постановитъ приговоръ, подобный отмѣненному, дѣло должно быть представлено законодательному корпусу. Послѣдній постановляетъ такъ назыв. *décret déclaratoire*, съ которымъ долженъ сообразоваться кассационный судъ (ст. 2). Такимъ образомъ пререканія между судами, рѣшавшими дѣло по существу, и кассационнымъ судомъ рѣшались законодательною интерпретаціею. Относительно этой интерпретаціи права кассационнаго и прочихъ судовъ были одинаковы. Законодательство Наполеона I ввело разныя измѣненія въ этотъ порядокъ, усилившія права кассационнаго суда.

Но въ 1828 г. законодательство снова обратилось къ прежней идеѣ. На этотъ разъ она приняла оригинальную форму.

Законъ 30 іюля 1828 г. ввелъ слѣдующую систему. Послѣ двоекратной отмѣны рѣшеній, обжалованныхъ на одинаковыхъ основаніяхъ и тѣми же сторонами, дѣло отсылалось въ третій судъ, рѣшеніе котораго не подлежало уже обжалованію въ кассационномъ порядкѣ. Но въ слѣдующую законодательную сессію палатамъ представлялся проектъ *изяснительнаго закона*. Эта система, по замѣчанію *Фукара*, вызвала нѣкоторые возраженія, главнѣйшія изъ которыхъ мы приводимъ.

1-е. Она давала обыкновенному суду больше значенія, чѣмъ

суду кассационному, ибо послѣднее слово въ данномъ дѣлѣ принадлежало суду, рѣшающему дѣло по существу.

2-е. Изъяснительный законъ, данный палатами, долженъ былъ примѣняться къ однороднымъ дѣламъ, находившимся въ судебномъ разбирательствѣ, но еще нерѣшеннымъ, слѣдовательно возникшимъ до его изданія. Но примѣненіе этого принципа привело бы къ обратному дѣйствию законовъ (à une véritable rétroactivité), потому что въ дѣйствительности, съ французскою системою изданія законовъ, чрезвычайно трудно издавать законы чисто изъяснительныя.

Невыгоды закона 1828 г. привели къ отмѣнѣ его закономъ 1837 г., установившемъ нынѣ дѣйствующую систему. Она состоитъ въ слѣдующемъ: если второй приговоръ суда будетъ обжалованъ въ кассационномъ порядкѣ, тѣми же сторонами, и на тѣхъ же основаніяхъ, по которымъ былъ отмѣненъ первый приговоръ, кассационный судъ постановитъ свое рѣшеніе въ общемъ собраніи ⁵⁸). Приговоръ кассационнаго суда, постановленный такимъ образомъ, обязательенъ для суда, на разсмотрѣніе котораго дѣло послано ⁵⁹).

Эта разумная система достигаетъ слѣдующихъ цѣлей:

1-е. Разграниченія властей законодательной и судебной, такъ что теченіе процесса заканчивается въ судебномъ вѣдомствѣ.

2-е. Относительной независимости подчиненныхъ судовъ, такъ какъ столкновенія ихъ съ судомъ кассационнымъ разрѣшаются высшею инстанціею, т. е. общимъ собраніемъ палатъ кассационнаго суда.

При такомъ взглядѣ французскаго законодательства на силу кассационнаго рѣшенія даже для того отдѣльнаго случая, по поводу котораго оно постановлено, не можетъ быть рѣчи объ

⁵⁸) Toutes les chambres réunies. На основаніи закона 15-го января 1826 г. кассационный судъ раздѣляется на три палаты: 1-е la chambre des requêtes, 2-е la chambre civile и 3-е la chambre criminelle.

⁵⁹) Законъ 1837 г. ст. 2: «si le deuxième arrêt, ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour.

общеобязательной силѣ этихъ рѣшеній по всѣмъ однороднымъ дѣламъ. Въ этомъ отношеніи французское законодательство высказывается чрезвычайно категорически. Всѣмъ судьямъ воспрещено давать своимъ рѣшеніямъ форму общихъ правилъ.

Рѣшенія кассационнаго суда, постановленныя въ общемъ его собраніи, имѣютъ силу болѣе нравственную, чѣмъ юридическую—за ними признается авторитетъ такъ называемаго торжественнаго постановленія (*arrêt solennel*). Право и обязанность кассационнаго суда печатать свои рѣшенія несколько не увеличиваетъ юридической силы этихъ послѣднихъ ⁶⁰⁾.

Опредѣленіе силы кассационныхъ рѣшеній этими границами не ослабляетъ значенія кассационнаго суда какъ высшаго хранителя точнаго разума закона и единообразія въ судебной практикѣ. Единообразное примѣненіе закона обеспечивается, во-первыхъ, тѣмъ уваженіемъ, какое имѣютъ всѣ французскіе суды къ рѣшеніямъ этого высшаго представителя не только правосудія, но и юриспруденціи, въ лучшемъ смыслѣ этого слова. Кассационныя рѣшенія являются дѣйствительными и всѣми уважаемыми прецедентами. Во-вторыхъ, кассационныя рѣшенія получаютъ и юридическое значеніе, конечно, не *in genere*, т. е. не тѣмъ, что кассационный судъ даетъ имъ значеніе общеобязательныхъ нормъ для толкованія и примѣненія законовъ, но *in specie*, т. е. тѣмъ, что кассационный судъ по *каждому разсматриваемому* имъ дѣлу можетъ, указаннымъ выше путемъ, настоять на обязательности разъ установленнаго имъ толкованія.

IX. Обращаясь къ постановленіямъ *русскаго* законодательства по этому предмету, нельзя не замѣтить прежде всего, что составители судебныхъ уставовъ не отрѣшились отъ того сложнаго взгляда на функціи сената, какимъ отличается общее учрежденіе этого установленія. Именно они, устанавливая гарантію для правосудія въ кассационномъ порядкѣ, въ тоже время старались сохранить за обновленнымъ сенатомъ средства *по-*

⁶⁰⁾ Законъ 1-го декабря 1790 г. ст. 29: «*Tout jugement du tribunal de cassation sera imprimé et inscrit sur les registres du tribunal dont la décision aura été cassée.*»

ложительнаго вліянія на отправленіе правосудія, согласныя съ началами прежняго времени. Сенатъ долженъ быть хранителемъ законовъ въ обширномъ и прежнемъ смыслѣ этого слова.

Взглядъ этотъ очень ясно выражается въ мотивахъ 792 ст. уст. гр. суд. ⁶¹⁾). Редакторы судебныхъ уставовъ исходятъ изъ той мысли, что послѣдствіемъ неправильнаго рѣшенія должна быть не только *отмена* его въ кассационномъ порядкѣ, но и возстановленіе точнаго смысла закона *властью* сената, исправленіе хода дѣлопроизводства и порядка примѣненія закона въ мѣстахъ судебныхъ. Остановимся на этихъ мотивахъ. «У насъ явное нарушеніе закона считается преступленіемъ и судья, за допущеніе онаго съ умысломъ, подвергается даже лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе (улож. ст. 366), а за неправильное толкованіе закона *лишь по недоразумѣнію* судья приговаривается къ замѣчанію или къ выговору (ст. 370). Очевидно, что ни строгія правила уложенія о наказаніяхъ, ни основной законъ о толкованіи законовъ, согласно общему духу законодательства (осн. зак. ст. 65), не могутъ быть приводимы въ дѣйствіе безъ учрежденія одного верховнаго суда, *надзирающаго* за строгимъ соблюденіемъ предписаннаго въ 65 ст. правила основныхъ законовъ объ однообразномъ толкованіи законовъ. Обязанность сего суда должна состоять въ томъ, чтобы предупреждать и уничтожать разнообразное толкованіе закона (это естественное послѣдствіе множества судебныхъ мѣстъ въ Имперіи), ограждать твердость закона, *недопускать* и *преслѣдовать* явное онаго нарушеніе, однимъ словомъ — сосредоточивать въ себѣ высшій судебный надзоръ и быть верховнымъ блюстителемъ правосудія въ имперіи».

Въ этихъ соображеніяхъ, какъ легко замѣтить, смѣшаны два совершенно различные вопроса: а) вопросъ объ устраненіи беспорядковъ, медленности и злоупотребленій въ дѣлопроизводствѣ и б) вопросъ объ охраненіи единообразнаго примѣ-

⁶¹⁾ См. «Судебные уставы 20-го ноября 1864 г. съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны». Изданіе второе, часть I, стр. 362 и слѣд.

ненія законовъ, отступленіе отъ котораго, очевидно, не всегда является результатомъ «безпорядка и злоупотребленій». Вышеприведенные «мотивы» явно признаютъ неправильное толкованіе закона, происшедшее «отъ недоразумѣнія», проступкомъ, подлежащимъ наказанію. Они совпадаютъ въ своихъ воззрѣніяхъ съ статьею уложенія о наказаніяхъ, вполнѣ устарѣвшею, ибо она построена на соображеніяхъ, относящихся къ отжившему порядку дѣлопроизводства. Поставивъ подъ одинъ уголъ зрѣнія и злоупотребленія въ дѣлопроизводствѣ и отступленіе отъ единообразнаго толкованія законовъ, судебные уставы должны были вооружить и дѣйствительно вооружили сенатъ *принудительными* средствами противъ того и другаго зла.

Пространство силы и дѣйствія кассационныхъ рѣшеній должно соответствовать установленному выше принципу. Рѣшенія судовъ, рассматривающихъ дѣло по существу, должны были стать въ зависимое отношеніе къ рѣшеніямъ, исходящимъ отъ кассационной инстанціи. Судебные уставы не могли воспроизвести началъ французской системы вполнѣ. Остается узнать, въ какой мѣрѣ была признана обязательная сила кассационныхъ рѣшеній для подчиненныхъ мѣстъ.

Х. Постановленія судебныхъ уставовъ относительно силы кассационныхъ рѣшеній исходятъ изъ понятія *первенства* сената, какъ высшаго блюстителя правосудія между всеми другими, подчиненными ему судами. Но въ тоже время въ разныхъ мѣстахъ мотивовъ къ судебнымъ уставамъ ясно высказывается стремленіе остаться вѣрнымъ существу кассационнаго порядка, выработаннаго во Франціи. Поэтому мы должны искать въ этихъ уставахъ твердыхъ и точно опредѣленныхъ границъ обязательной силы кассационныхъ рѣшеній, границъ, прямо вытекающихъ изъ одного основнаго принципа.

Принципъ этотъ, какъ мы это докажемъ ниже, формулируется слѣдующимъ образомъ: рѣшеніе сената имѣетъ обязательную силу относительно того дѣла, по которому оно состоялось, и для суда, рассматривающаго его вновь, по порученію сената. Поэтому: а) кассационныя рѣшенія получаютъ обязательную силу въ предѣлахъ опредѣленнаго процесса, по

отношенію же къ другимъ дѣламъ сохраняютъ значеніе, указанное 68 и 69 ст. осн. зак.; б) публикованіе кассационныхъ рѣшеній во всеобщее свѣдѣніе не сообщаетъ имъ общеобязательной силы.

Для оцѣнки вѣрности этого принципа мы обратимся прежде всего къ основнымъ началамъ гражданскаго судопроизводства, Высочайше утвержденнымъ 29 сентября 1862 г. Основные положенія заключаютъ въ себѣ двѣ статьи, относящіяся къ нашему предмету — именно 77 и 78. Ст. 77 говоритъ о порядкѣ постановленія кассационныхъ рѣшеній и публикованіи ихъ во всеобщее свѣдѣніе, для руководства «къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ ⁶²⁾». Ст. 78 опредѣляетъ *послѣдствія* отміны рѣшеній, слѣдовательно юридическую силу кассационнаго рѣшенія. Именно она гласитъ: «послѣдствіемъ отміны рѣшенія кассационными департаментами должно быть обращеніе дѣла къ новому по существу спора рѣшенію, но уже не въ тотъ судъ, коего приговоръ признанъ недействительнымъ, а въ другой равной степени, который обязанъ, *въ изясненіи точнаго разума закона*, подчиниться сужденіямъ кассационныхъ департаментовъ. Жалобы противъ постановленнаго *на семь основаній* вторымъ судомъ рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не допускаются». Слѣдовательно, на точномъ основаніи 78 ст., юридическія послѣдствія отміны рѣшенія состоятъ въ слѣдующемъ.

1-е. Дѣло передается для новаго рѣшенія по существу въ другой судъ, по степени равный съ постановившимъ отміненное рѣшеніе;

2-е. Второй судъ обязанъ подчиниться сужденію кассационнаго департамента въ изясненіи точнаго разума закона;

3-е. Если новое рѣшеніе постановлено на точномъ осно-

⁶²⁾ См. указ. выше изданіе, стр. 30; рѣшенія кассационныхъ департаментовъ сената и общаго ихъ собранія постановляются не иначе, какъ по выслушаніи предварительнаго заключенія оберъ-прокурора, и публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ.

вані сенатскаго опредѣленія и притомъ не допущено иныхъ неправильностей, то жалоба противъ него не допускается.

Этими послѣдствіями исчерпывается сила кассационнаго рѣшенія; въ этомъ состоитъ его обязательная сила. Первенствующее значеніе сената достаточно обезпечено тѣмъ, что рѣшеніе отдѣльнаго его департамента, безъ пересмотра его въ общемъ собраніи (какъ это устанавливаетъ французское законодательство) немедленно, т. е. послѣ отмѣны перваго же рѣшенія, получаетъ обязательную силу для суда, разсматривающаго дѣло во второй разъ. Что касается опубликованія кассационныхъ рѣшеній, то «основныя положенія» говорятъ объ этомъ предметѣ особо и безъ всякаго отношенія къ вопросу объ ихъ обязательной силѣ, который разрѣшается единственно 78 ст.

Оба постановленія, раздѣльно и безъ всякаго отношенія другъ къ другу, занесены въ судебныя уставы.

Въ уставѣ гр. суд. 78 ст. «основныхъ положеній» разбита на двѣ статьи: 809 и 813. Здѣсь почти буквально воспроизведены постановленія 78 ст. и 813 ст. прямо ссылается на нее. Вторая часть 77 ст. составила 815 ст., предписывающую публикованіе кассационныхъ рѣшеній во всеобщее свѣдѣніе. Мотивъ, на которомъ она основана, даетъ намъ драгоценное указаніе на юридическое значеніе и послѣдствіе этого акта. «Учрежденіе кассационнаго порядка, говорится въ мотивѣ, имѣетъ, между прочимъ, цѣлю обезпечить *по возможности* правильное и единообразное примѣненіе законовъ, и потому, *при сосредоточеніи прошеній объ отмену рѣшеній судебныхъ мѣстъ въ одномъ для всей имперіи верховномъ судебномъ мѣстѣ*, необходимо, чтобы всѣ приговоры онаго публиковались во всеобщее свѣдѣніе».

Изъ этого мотива очевидно слѣдуетъ:

1-е. Что единообразное и правильное примѣненіе закона хотя и составляетъ обязанность судовъ, но эта цѣль не можетъ быть достигнута безусловно верховнымъ руководствомъ сената, чрезъ публикованіе его рѣшеній. Поэтому въ мотивѣ и помѣщено выраженіе: *по возможности обезпечить* и т. д.

Если бы составители судебныхъ уставовъ вѣрили въ безусловную возможность достигнуть единообразія въ примѣненіи законовъ путемъ публикаціи сенатскихъ рѣшеній, судебные уставы сообщили бы имъ всеобщую обязательную силу. Но для этого прежде всего нужно было бы вѣрить въ непогрѣшимость самихъ сенатскихъ опредѣленій, чего конечно допустить нельзя.

2-е. Поводомъ къ необходимости публикаціи сенатскихъ рѣшеній выставляется между прочимъ то обстоятельство, что прошенія объ отміѣнѣ рѣшеній сосредоточиваются въ «одномъ для всей имперіи верховномъ судебномъ мѣстѣ». Слѣдовательно публикація этихъ рѣшеній есть послѣдствіе централизаціи кассационной власти и нисколько не говоритъ въ пользу ихъ всеобщей обязательной силы.

Такимъ образомъ ни изъ текста 815 ст., ни изъ точнаго смысла мотива, на которомъ она основана, нельзя заключить въ пользу всеобщей обязательной силы сенатскихъ рѣшеній. Въ томъ же духѣ составлены соответствующія ст. 930 и 933 уст. уг. суд. Ст. 930 опредѣляетъ юридическую силу сенатскаго рѣшенія для дѣла, по которому оно состоялось. Ст. 933 постановляетъ о публикаціи сенатскихъ рѣшеній независимо отъ этой статьи. Трудно предположить, чтобы законодатель, съ точностію опредѣляя обязательную силу сенатскаго рѣшенія для суда, въ который дѣло обращено для новаго разсмотрѣнія, умолчалъ объ этомъ предметѣ въ вопросѣ о *всеобщей* обязательной силѣ ихъ, если бы въ его намѣреніи было сообщить имъ эту силу. Понятно, что истинное намѣреніе законодателя было не таково. Въ его глазахъ кассационное рѣшеніе, *какъ и всякое другое судебное рѣшеніе*, для другихъ однородныхъ дѣлъ имѣетъ значеніе *прецедента*, степень примѣнимости котораго къ новому дѣлу зависитъ отъ согласія его *съ законами общими* и внутренняго его достоинства. Это окончательно доказывается примѣчаніемъ къ 69 ст. ос. зак., къ разсмотрѣнію котораго мы переходимъ.

Прежде всего мы должны сказать нѣсколько словъ о его редакціи. Въ основаніи его легли 933 ст. уст. уг. суд. и 815

уст. гр. суд. ⁶³⁾. Поэтому текст означеннаго примѣчанія не содержитъ въ себѣ ничего кромѣ того, что уже заключается въ этихъ статьяхъ. Затѣмъ II отдѣленіе собственной Е. И. В. канцеляріи, внося постановленія, содержащіяся въ 933 и 815 ст. въ число основныхъ законовъ, избрало самый полный текстъ, именно текстъ 815 ст. Ст. 933 уст. уг. суд. говоритъ коротко: «рѣшенія сената печатаются во всеобщее свѣдѣніе» и т. д. Напротивъ, въ 815 ст. уст. гр. суд. говорится: «всѣ опредѣленія сената *по просьбамъ объ отмпнн рѣшеній* публикуются и т. д.». Слѣдовательно сенатъ долженъ печатать не всѣ рѣшенія свои, но только тѣ изъ нихъ, которыя состоялись по просьбамъ объ отмпнн рѣшеній ⁶⁴⁾; кромѣ того въ 933 ст. сказано, что рѣшенія сената печатаются «для руководства къ единообразному исполненію и примѣненію законовъ»; въ 815 ст. читаемъ: «къ единообразному *истолкованію* и примѣненію законовъ». II отдѣленіе избрало вполне основательно редакцію

⁶³⁾ Продолж. 1868 г. къ I т. св. зак. стр. 25. Полный текстъ этого примѣчанія слѣдующій: «опредѣленія кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената *по просьбамъ объ отмпнн рѣшеній* публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ».

⁶⁴⁾ Напримѣръ рѣшенія общаго присутствія 1-го и кассационныхъ департаментовъ сената, собирающагося въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 117 учрежд. суд. уст. и различныхъ мѣстахъ уст. угол. и гражд. судопроизвод. Авторъ прекрасной статьи, помѣщенной въ «судебномъ журналѣ», о которой мы говорили выше, опираясь на точный смыслъ примѣч. къ 69 ст. и сопоставляя 933 ст. уст. угол. судопр. съ 815 ст. уст. гражд. судопр., приходитъ къ заключенію, что опубликованію подлежатъ только опредѣленія кассац. деп., постановленныя по просьбамъ объ отмпнн рѣшеній. Руководясь только этими постановленіями, нельзя не согласиться съ авторомъ. Но можетъ быть сенатъ, публикуя и эти опредѣленія, руководился 77 ст. основныхъ полож. гражд. судопроизводства, гдѣ въ отношеніи обязанности опубликованія кассационныхъ рѣшеній не дѣлается различія между опредѣленіями отдѣльныхъ департаментовъ и общаго ихъ собранія съ первымъ? Отрицая общую обязательную силу этихъ опредѣленій, признавая за ними значеніе только *руководства*, нѣтъ основанія возражать противъ публикаціи всѣхъ опредѣленій сената. Ее должно даже желать, такъ какъ опредѣленія общихъ собраній 1-го и кассационныхъ департаментовъ касаются весьма существенныхъ отношеній судебной и административной властей (см. ст. 245 и 1094 ст. уст. угол. судопр. и 244 ст. уст. гражд. судопр.) и въ нихъ можно найти важный и полезный прецедентъ.

61 68

815 ст. и примѣнило ее къ рѣшеніямъ обоихъ департаментовъ сената ⁶⁵).

Но самое важное значеніе разбираемаго примѣчанія состоитъ въ томъ, что оно отнесено именно къ 69 ст. основныхъ законовъ. Это обстоятельство даетъ намъ возможность опредѣлить юридическій смыслъ заключающагося въ немъ постановленія.

Примѣчанія, присоединяемыя къ отдѣльнымъ статьямъ нашего свода, имѣютъ разнообразное содержаніе и значеніе. Иногда они содержатъ въ себѣ частное *изъятіе* изъ общаго правила, установленнаго статьею (см. примѣч. къ ст. 50, 51, 139 осн. зак.); иногда въ нихъ содержится *поясненіе* и болѣе подробное развитіе общаго начала, содержащагося въ статьѣ (прим. къ 227 ст. учр. сен. по изд. 1857); въ иныхъ случаяхъ въ примѣчаніи заранее разрѣшается недоразумѣніе, могущее возникнуть въ примѣненіи статьи (прим. къ 63 ст. учр. гос. сов.). Наконецъ въ нѣкоторыхъ примѣчаніяхъ содержится *частное* дополненіе статьи, не колеблющее однако общихъ ея началъ и ея кореннаго смысла. Они являются обыкновенно вслѣдствіе преобразования отдѣльныхъ частей государственнаго устройства и управленія, преобразованій, отражающихся и на общемъ строеѣ законодательства (прим. къ 52 ст. зак. осн.).

Примѣчаніе къ 69 ст. осн. зак. относится къ послѣднему роду. 68 и 69 ст. были составлены при господствѣ стараго порядка судопроизводства; когда наше законодательство обратилось къ другимъ началамъ, создало кассационный судъ для охраненія единообразнаго примѣненія законовъ, текстъ этихъ статей оказался неполонъ. Остается узнать, въ какомъ смыслѣ и въ какой мѣрѣ пополнило его примѣчаніе.

Общее начало, коимъ опредѣляется пространство обязательной силы судебнаго рѣшенія, установлено 68 ст., по которой судебное рѣшеніе имѣетъ силу закона *для того дѣла*,

⁶⁵) Доказательства, что 933 ст. не можетъ имѣть другаго смысла какъ 815 ст. уст. гражд. судопр., представлено авторомъ статьи въ «суд. журналѣ», стр. 12 и слѣд.

по коему оно состоялось; 69 ст., исходя изъ общаго начала, установленнаго выше, дозволяетъ судамъ приводить судебныя рѣшенія *въ поясненіе докладовъ*, но съ тѣмъ, чтобы они не признавались закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ. Разбираемое примѣчаніе отнесено именно къ этой статьѣ. Въ общемъ ея составѣ оно имѣетъ единственно тотъ смыслъ, что рѣшенія кассационныхъ департаментовъ печатаются во всеобщее свѣдѣніе съ тѣмъ, чтобы они могли быть «приводимы *въ поясненіе* въ докладахъ», но, разумѣется, и съ тѣмъ, чтобы они «не были закономъ и основаніемъ окончательныхъ рѣшеній» наряду съ общими законами ⁶⁶). Еслибы законодательная власть видѣла въ 933 и 815 ст. иной смыслъ, она отнесла бы данное примѣчаніе не къ 69, а къ другимъ статьямъ основ. зак., о которыхъ мы скажемъ ниже; она, не довольствуясь текстомъ этого примѣчанія, ясно высказала бы, что принципъ, установленный въ основныхъ законахъ, уничтоженъ, что 68 и 69 ст. отмѣнены, что сенатъ сдѣлался законодательною властью. Но этого не случилось. Примѣчаніе, составленное изъ текста 933 и 815, помѣщено въ разрядѣ тѣхъ статей основ. зак., гдѣ ограничивается сила распоряженій и опредѣленій правительства, обязательныхъ для извѣстнаго рода дѣлъ, но неизмѣняющихъ значенія закона. Именно оно помѣщено въ разрядѣ статей, ограничивающихъ силу словесныхъ высочайшихъ повелѣній, сепаратныхъ указовъ и судебныхъ рѣшеній. Законодательная власть не могла поступить иначе: въ противномъ случаѣ ей нужно было произвести радикальныя видоизмѣненія въ другихъ ст. основ. законовъ, какъ мы это сейчасъ увидимъ.

XI. Предполагая, что судебные уставы признали всеобщую обязательную силу кассационныхъ рѣшеній, мы должны вмѣстѣ съ тѣмъ предположить, что законодательство наше отказалось отъ различія между толкованіемъ аутентическимъ и толкованіемъ судебнымъ. Между тѣмъ мы не имѣемъ никакихъ

⁶⁶) Вѣрность этого заключенія оправдывается тѣмъ правиломъ, что смыслъ примѣчанія опредѣляется смысломъ статьи, къ которой оно относится.

доказательствъ, чтобы сила 49 ст., подчиняющей изъяснительные законы общимъ условіямъ въ порядкѣ составленія, утвержденія и обнародованія, была отмѣнена. Напротивъ, судебные уставы проводятъ новое и строгое различіе между властью судебною и законодательною. 136 ст. учр. суд. уст. разграничиваетъ право поясненія и восполненія закона для примѣненія его къ случаю, находящемуся въ судебномъ разбирательствѣ, отъ права возбужденія общаго законодательнаго вопроса. Первое принадлежитъ, на основаніи 9 и 10 ст. уст. гражд. суд., суду; второе принадлежитъ прокурорскому надзору, *независимо* отъ рѣшенія дѣла судебными установленіями. Эта важная статья помѣщена, въ качествѣ примѣчанія, къ 52 ст. основныхъ законовъ по прод. 1868 г. Важность этого факта очевидна. Помѣщеніе 136 ст. въ число основныхъ законовъ скрѣпляетъ органическую связь между этими общими принципами нашего государственнаго устройства и спеціальнымъ закономъ о судоустройствѣ и судопроизводствѣ; оно подтверждаетъ силу этихъ началъ для новыхъ судебныхъ установленій.

Вникая въ смыслъ общихъ постановленій нашего законодательства и спеціальныхъ узаконеній содержащихся въ судебныхъ уставахъ, нельзя не прійти къ слѣдующему общему заключенію о силѣ судебного толкованія.

Пространство дѣйствія судебного толкованія определяется назначеніемъ и цѣлью самаго права толкованія, предоставленнаго судамъ.

Право толкованія, особенно въ виду строгаго разграниченія власти законодательной и судебной, предоставляется судамъ, въ виду необходимости разрѣшить каждый *данный* случай силою *существующихъ* законовъ, безъ обращенія къ власти законодательной.

Отсюда понятно, что судъ, прибѣгая къ толкованію, долженъ имѣть въ виду только этотъ случай и обязательная сила судебного толкованія исчерпывается областью даннаго процесса. За предѣлами его оно можетъ служить только «руководствомъ», но необязательною общою нормою.

ХІІ. Всѣ вышеизложенныя соображенія нисколько не пре-

20
пятствуютъ намъ горячо желать, чтобы кассационныя рѣшѣнія приобрѣли подобающій имъ авторитетъ въ судебномъ мірѣ. Мы глубоко убѣждены, что осуществленіе великой цѣли «правды и единообразія въ истолкованіи и примѣненіи закона» въ значительной степени зависитъ отъ того, какимъ авторитетомъ будутъ пользоваться опредѣленія высшаго судилища Имперіи, которое должно быть главнымъ хранителемъ законности и правосудія.

Но весь вопросъ сводится къ тому, какими способами долженъ и можетъ быть обезпеченъ авторитетъ кассационныхъ рѣшеній.

Здѣсь представляются два пути.

Первый есть путь безусловнаго подчиненія всѣхъ судебныхъ мѣстъ и по всякимъ дѣламъ опредѣленіямъ кассационныхъ департаментовъ, каково бы ни было юридическое достоинство опредѣленій.

Второй путь — есть путь того естественнаго и неотразимаго вліянія, какое получаютъ опредѣленія верховнаго судилища, основанныя на твердыхъ и ясныхъ юридическихъ началахъ, глубокомъ и обширномъ знаніи правилъ науки и положеній законодательства.

Къ чести нашей судебной практики, мы надѣемся, что ей восторжествуетъ второй путь; что со временемъ кассационныя департаменты, твердо установившіе свой авторитетъ путемъ естественнаго преобладанія знанія и опыта, будутъ рѣшать на всякія принудительныя мѣры, какъ на излишнюю и вредную для себя помощь. Законодатель долженъ заботиться о томъ, чтобы его законы имѣли всеобщую обязательную силу, независимо отъ ихъ юридическаго достоинства съ той или иной точки зрѣнія. Не имѣя безусловнаго и общеобязательнаго авторитета, они не будутъ имѣть никакого значенія. Но авторитетъ судьи, примѣняющаго законъ по его точному и разумному смыслу, незыблемъ и безъ помощи постороннихъ мѣръ.

А. Градовскій



0085347

ЮФ СПбГУ