

И. З. ШТЕЙНБЕРГЪ

ПОМОЩЬ ПРИС. ПОВЬР.

# ЧТО ТАКОЕ „ДВИЖЕНИЕ СВОБОДНАГО ПРАВА“?

(Законъ и судья).

ДОКЛАДЪ ЧИТАННЫИ ВЪ МОСКОВСКОМЪ ЮРИДИЧЕСКОМЪ  
ОБЩЕСТВѢ

МОСКВА,

1914 г.

Въ Государственную Думу внесенъ проектъ обязательственнаго права (V книга Гражданскаго Уложенія). Наряду съ огромной работой теоретическаго преодоленія матеріальнаго содержанія указанной отрасли права, на очередь выдвигается вопросъ и о способахъ и пріемахъ наиболѣе полного раскрытія его, наиболѣе глубокаго использования его. Центральной проблемой въ этой, такъ сказать, формальной сторонѣ права является, несомнѣнно, вопросъ о предѣлахъ усмотрѣнія судьи въ толкованіи закона. Какъ извѣстно, развитіе понятія усмотрѣнія судьи на континентѣ шло отъ признанія свободы оцѣнки доказательствъ судьи въ уголовномъ процессѣ черезъ допущеніе свободы толкованія договоровъ въ гражданскомъ процессѣ къ постановкѣ вопроса объ отношеніи судьи къ самому закону. Здѣсь мнѣнія обычно сильно расходятся; однако пренія въ Петербургскомъ Юридическомъ Обществѣ по поводу книги V Гражданскаго Уложенія<sup>1)</sup>, дали возможность формулировать точку зрѣнія русской юриспруденціи, на этотъ вопросъ. Какъ профессоръ І. А. Покровскій, такъ и М. М. Винаверъ, признали, что „если законодатель въ правѣ рассчитывать на творческую помощь судьи въ странѣ, вышколенной въ свирѣпой борьбѣ за право, въ странѣ съ широкой гласностью и съ широкимъ контролемъ общественнаго мнѣнія, то во всякой иной странѣ, гдѣ этого нѣтъ, такая тенденція законодателя должна быть значительно сужена“, и что „слѣдовало бы отдать предпочтеніе взгляду на судью, какъ на точнаго исполнителя закона, такъ какъ съ одной стороны, все равно нѣтъ такихъ опредѣленныхъ нормъ, отъ которыхъ судья не могъ бы отклониться, а съ другой, расплывчатость судебной практики слишкомъ опасна: это настоящая язва правосудія; въ этихъ видахъ новый законъ обязанъ самъ начертать точные и ясные контуры правоотношеній, не призывая на помощь судейское усмотрѣніе“. Къ такому же выводу пришелъ, независимо отъ указанныхъ ученыхъ и авторъ этой статьи, которую онъ и предлагаетъ вниманію читателей въ качествѣ попытки разобратся въ сложнѣйшей проблемѣ всякаго законодательнаго кодекса.

Москва, 1 февраля 1914 года.

Авторъ.

<sup>1)</sup> Труды Юридическаго Общества при С.-Петербургскомъ Университетѣ. Т. I. 1910. Стр. 89, 90, 94, 95.

# Движеніе въ пользу свободнаго права.

(Законъ и судья).

---

И. З. Штейнберга.

---

Посвящается уважаемому профессору Густаву Радбруху въ  
Гейдельбергъ.

Im Auslegen seid frisch und munter  
Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.  
(Goëthe).

Законъ долженъ быть ясенъ, то-  
ченъ, однообразенъ; истолковать его—  
значить исказить его.  
(Бонапартъ)

## I.

Движеніе въ пользу свободнаго права — Die Freirechtsbewegung—какъ и всякое другое движеніе, создавшееся не на почвѣ сразу ясно сознанныхъ положительныхъ задачъ, а какъ реакція и протестъ противъ традиціонныхъ методовъ и установленій, какъ и freiereligiöse Bewegung, у котораго оно заимствовало свое имя представляетъ собою весьма трудный для изслѣдованія объектъ. Зародившись на почвѣ всеобщаго недовольства, характеризующаго настоящее состояніе всѣхъ областей права, питаясь могучими корнями практическихъ требованій правовой жизни, оно впитало въ себя самые различные мотивы этого недовольства и, незамѣтно для себя сдѣлавшись притягательнымъ центромъ всѣхъ этихъ требованій, стало какъ бы символомъ правового ренессанса. Подъ этимъ нѣсколько расплывчатымъ названіемъ объединились и цѣлыя системы критики современнаго состоянія правовой науки, претендующія часто не только на измѣненіе нѣкоторыхъ ея пріе-

мовъ и методовъ, но и на полный переворотъ въ ея способахъ работы; объединились и требованія, обращаема къ законодательной власти государства, касающіеся какъ нынѣшней формулировки будущихъ законовъ, такъ и самого содержанія ихъ; объединилась, наконецъ, и важная по своему значенію критика дѣятельности современнаго суда. Если мы однако въ своей статьѣ хотимъ остановиться лишь на послѣднемъ, то это мы дѣлаемъ потому, что самымъ характернымъ для этого движенія, давшимъ ему живую силу интереса для жизни и широкихъ круговъ общества, мы считаемъ не вопросъ о направленіи законодательнаго правотворчества, и не вопросъ о будущихъ задачахъ правовѣдѣнія, а именно вопросъ о правосудіи, т.-е. именно о той области правовой дѣятельности, которая наиболѣе близко затрагиваетъ нужды общества, но зато въ то же время оставалась до послѣдняго времени и самой неразработанной и неизслѣдованной. И если этотъ процессъ самопознанія правосудія проходитъ въ подчасъ нелегкихъ и ненаучныхъ и неспокойныхъ формахъ, и весь путь его загроможденъ препятствіями взаимнаго непониманія, то виною этому, наряду съ новизною дѣла, служить, еще и то обстоятельство, что движеніе это преслѣдуетъ не только однѣ теоретическія цѣли выясненія природы и условій дѣятельности судьи, но еще и глубоко-практическія: практическія не въ смыслѣ постановки задачъ для законодательной власти, а въ смыслѣ постановки задачъ для конкретной, ежедневной судейской работы въ предѣлахъ существующихъ законовъ.

---

Какою представляется въ современномъ государствѣ дѣятельность судьи?

Тутъ же слѣдуетъ сказать, что то пониманіе назначенія судьи, о которомъ мы сейчасъ будемъ говорить, не является чѣмъ-то произвольнымъ, отвѣчающимъ лишь одной какой-нибудь научной схемѣ, а наоборотъ, покоится на общепризнанныхъ въ европейскомъ обществѣ предпосылкахъ, предпосылкахъ, исторически вошедшихъ въ плоть и кровь этого общества.

Назначеніе судьи ярче всего формулировано Montesquieu. „Le juge prononce la peine, que la loi inflige pour ce fait; et, pour cela, il ne lui faut que des jeux“; Les jug de la nation

ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi“ <sup>1)</sup>: Не менѣе ярко выражаетъ ту же мысль въ новѣйшее время и Лабандъ: „Die rechtliche Enthcheidung besteht in der Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht, sie ist wie jeder logische Schluss vom Willen unabhängig; es besteht keine Freiheit der Entschliessung, ob die Folgerung eintreten soll oder nicht... Der Richter schafft sich nicht den Obersatz, sondern er nimmt ihn als von einer über ihn stehenden Macht gegeben <sup>2)</sup>. Т.-е. дѣятельность судьи должна, по этому взгляду, ограничиваться одной слѣдующей задачей: констатированіемъ подлежащаго его рѣшенію случая и подведеніемъ его подъ предусматривающій этотъ случай законъ, или лишь логической операціей силлогистическаго вывода, для котораго законъ является большой, а обсуждаемый случай—малой посылкой, т.-е. работой, которая отъ него требуетъ участія однихъ лишь логическихъ, познавательныхъ, а не оцѣнивающихъ способностей, участія лишь разума, а не характера и всей его личности. Короче говоря, судья не что иное какъ аппаратъ для субсумцій, машина для вынесенія судебныхъ рѣшеній, un être inanimé, какъ говоритъ Montesquieu, существо бездушное и одинъ лишь сплошной индивидуальный разумъ <sup>3)</sup>. Ясно, что такой судья не въ состояніи самъ творить новое право, создавать новыя правовыя нормы: онъ всегда остается лишь слугою закона. Этотъ взглядъ на роль судьи является кореннымъ разрывомъ съ тѣми взглядами на судебную дѣятельность, которые характеризовали эпоху римскаго претора, долгіе вѣка дѣятельности нѣмецкихъ средневѣковыхъ судей, характеризуютъ еще и теперь англійскіе и американскіе суды <sup>4)</sup>, у которыхъ правосудіе не меньше, если не больше чѣмъ законодательство, считалось и считается источникомъ правотворчества. И если этотъ взглядъ долгое время, да еще и сейчасъ, не возбуждалъ никакихъ сомнѣній, то это потому, что онъ составляетъ неразрывную часть того ученія о раздѣленіи властей, которое въ общихъ чертахъ своихъ несомнѣнно является

---

<sup>1)</sup> По Radbruch'у изъ его статьи „Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung“ въ „Archiv für Sozialwissenschaft“ S. 1906.

<sup>2)</sup> Laband Staatsrecht. Autl. 3. Bd. I. S. 646.

<sup>3)</sup> Radbruch. Тамъ же. См. еще и Radbruch. Einführung in die Rechtswissenschaft. 1910. S. 65—69.

<sup>4)</sup> Для ознакомленія съ послѣдними см. H a t s c h e k. Engliches Staatsrecht. B. I. 1905. S. 101—112.

высшей гарантіей правъ личности въ государствѣ, и поколебать которое кажется покушеніемъ на самую сущность правового государства.

Однако одновременно съ созданиемъ и утвержденіемъ въ умахъ этого взгляда вырабатывался и получалъ себѣ выраженіе въ законахъ и другой еще принципъ; принципъ обязательнаго рѣшенія судами всѣхъ предъявляемыхъ имъ для разбирательства тяжбъ. Наиболѣе полно этотъ принципъ, принятый во всѣхъ современныхъ государствахъ, получилъ свое выраженіе въ статьѣ 4-ой Наполеоновскаго Code Civil (1804), статьѣ, имѣющей и уголовную санкцію въ ст. 185-ой Code pénal: *Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*".

Итакъ, судья обязанъ давать рѣшенія по каждому возникающему передъ нимъ вопросу, но рѣшенія эти онъ обязанъ опять-таки давать лишь на основаніи законовъ. Возможно ли это однако на практикѣ? Несомнѣнно—нѣтъ, ибо жизнь, та жизнь, которая поставляетъ тяжбы для судебного разбирательства сложнѣе и многообразнѣе тѣхъ въ сущности немногочисленныхъ случаевъ, которые предусмотрѣны законами. Это и понятно: законодательство, какъ и всякое человѣческое твореніе, носить на себѣ роковую печать несовершенства. Законъ, какъ это ярко выразилъ О. Вѳловъ—это лишь кусокъ человѣческаго предвидѣнія, лишь планъ, лишь набросокъ будущаго, желательнаго правового строя <sup>1)</sup>, и было бы смѣшно думать, что дѣйствительная правовая жизнь общества, во всемъ своемъ объемѣ, пойдетъ по тѣмъ протореннымъ путямъ, которыя создалъ законодатель. Правда, законодатель предусматриваетъ, на основаніи своего тысячелѣтняго опыта, большое число обычныхъ, типическихъ случаевъ правовой жизни, но и самый богатый опытъ, говоритъ Вѳловъ, самая большая осторожность, самая живая фантазія ничто передъ той пестрой массой правовыхъ проблемъ, которыя создаютъ свободно дѣйствующая человѣческая воля, изобрѣтательный умъ, хитрость эгоизма и преступленія въ связи съ игрой смѣющагося надъ всякимъ человѣческимъ предвидѣніемъ случая <sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> О. Вѳловъ. Gesetz und Richteramt. Leipzig. 1885. S. 30, 3.

<sup>2)</sup> Тамъ же стр. 30, 31.