

БЕНДЖАМИН Н.
КАРДОЗО

ПРИРОДА СУДЕЙСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

| S B |
| & P |

Saveliev, Batanov
& Partners

Бенджамин Кардозо

Природа судебной деятельности

«Статут»

1921

УДК 343.11
ББК 67.71

Кардозо Б. Н.

Природа судейской деятельности / Б. Н. Кардозо — «Статут»,
1921

ISBN 978-5-8354-1352-2

Впервые опубликованная в 1921 г., работа авторитетнейшего американского судьи XX в. не только выдержала девять прижизненных изданий, но и до сих пор пользуется заслуженной репутацией у американских судей. Книга стала манифестом нового, господствующего ныне понимания общего права как созданного судьями права (judge-made law). При этом работа написана с опорой на новейшие (на тот момент) течения в европейской юридической мысли и пронизана глубокими интеллектуальными связями с юриспруденцией континентальной Европы. Книга запечатлела, как на смену автономности права и развития его судьями посредством одной аналогии («философский метод») приходит сознание активной позиции судейства, берущего правовые решения в самой общественной жизни, но творчески перерабатывающего их («социологический метод»). Книга обязательна для прочтения всем интересующимся теорией права и юридической методологией и рекомендуется всем изучающим право.

УДК 343.11

ББК 67.71

ISBN 978-5-8354-1352-2

© Кардозо Б. Н., 1921

© Статут, 1921

Содержание

Почему именно «Природа судебной деятельности» Б.Н. Кардозо?	6
Предисловие	7
Лекция I	10
[Введение][2]	10
Конец ознакомительного фрагмента.	16

Бенджамин Н. Кардозо

Природа судейской деятельности

© Saveliev, Batanov & Partners, перевод на русский, 2017

© С.Л. Савельев, вступительное слово, 2017

© А.Г. Карапетов, предисловие, 2017

© Статут, 2017

* * *

Почему именно «Природа судебной деятельности» Б.Н. Кардозо?

Впервые я познакомился с этим трудом, когда писал научную работу по судебному прецеденту под руководством А.Г. Карапетова. Мои исследования были посвящены правовой определенности и единообразию судебной практики (на основании актов арбитражных судов и в первую очередь Высшего Арбитражного Суда РФ). С тех пор деятельность этой высшей инстанции, а также судебный прецедент и надзорное производство стали объектами моего повышенного интереса, что требовало изучения и опыта развитых правовых порядков, включая США. Это отразилось и на работе над проектами клиентов.

В рамках специализации на сложных корпоративных конфликтах наша команда добилась передачи на рассмотрение Президиума ВАС РФ пяти дел, тем самым мы смогли поучаствовать в формировании правовых позиций, познавая при этом как саму эту инстанцию (ее принципы), так и правила формирования *judge-made law*.

Все мы видели мощный интеллектуальный рывок, который успел совершить ВАС РФ, в том числе и в области судебной методологии. В условиях дремучести и ограниченности отечественной науки процессуального права и правовой теории вообще, в ситуации, когда до сих пор (!) в вузах студентов учат, что в России суд не может проявлять активность, а прецедент есть только в странах общего права, ВАС РФ проявил мужество и смелость. По сути ВАС РФ, доказав свою эффективность, скорректировал господствующее понимание судебной методологии, совершил своего рода революцию.

В свое время выводы Кардозо стали таким же переворотом в умах многих юристов, такой же революцией в праве, некой вехой в истории, и они оказали значительное влияние на развитие права в США. Хочется провести параллели: в США интеллектуальный рывок в области судебной методологии связывают с именем Бенджамина Н. Кардозо, а в России – с деятельностью ВАС РФ, его подвижников. Да и надо сказать, что было много заимствовано из выводов Кардозо.

В связи с событиями августа 2014 г. важно зацементировать достижения ВАС РФ. Надеюсь, что перевод этой книги и его издание в России позволят осмыслить роль надзорной инстанции в становлении системы арбитражных судов в России, роль судебной деятельности вообще и, возможно, пересмотреть свои взгляды на нее.

Наша миссия – помочь другим стать профессиональнее и успешнее в нашей профессии. Каждый сотрудник нашей компании участвует в образовании студентов, в основном на факультете права Высшей школы экономики. С помощью нашего коллеги и автора перевода нам представилась возможность выйти за пределы факультета. Мы стремимся к тому, чтобы эта книга появилась на кафедрах теории права и в библиотеках всех ведущих юридических факультетов России. И очень надеемся, что книга будет популярна не только у студенчества, но и у практикующих юристов и в особенности у судебного сообщества.

С.Л. Савельев,

доцент кафедры практической юриспруденции факультета права Высшей школы экономики, партнер фирмы Saveliev, Batanov & Partners

Предисловие

Представленная в переводе книга Бенджамина Кардозо является одной из самых известных книг по проблематике судебного правотворчества в США. Она была опубликована в 1921 г. на основе ряда лекций Б. Кардозо, прочитанных в Школе права Йельского университета, переиздавалась многократно и до сих пор считается одной из самой цитируемых книг по данной теме в США. После ее выхода написаны десятки куда более обширных, аналитически совершенных и проработанных трудов. Впереди были и правовые реалисты, и школа правового процесса, и Герберт Харт, и Рональд Дворкин, и Антонин Скалия, и десятки других выдающихся американских или английских правоведов, которые посвятили свои многочисленные работы теоретическому осмыслению роли судов в правовом развитии. Но тем не менее это небольшое эссе Кардозо до сих пор продолжает интересовать читателей.

Б. Кардозо является одним из плеяды тех великих американских судей, чьи имена знают практически все американские юристы, а решения и отдельные высказывания разошлись по учебникам по отдельным областям права. В США издано и продолжает издаваться множество книг, посвященных его биографии, разбору его работ и судебных решений. Нам в России, где практически ни один юрист, включая ученых, не знает имен ни одного из дореволюционных или советских судей, очень сложно представить себе принятый в правовой культуре США культ великих судей. Но это часть американской правовой культуры, в которой судья – это центральный, стержневой элемент правовой системы.

Б. Кардозо практиковал как адвокат более 20 лет в Нью-Йорке. Затем в 1913 г. началась его карьера в качестве судьи. С 1913 по 1932 г. он работал судьей в судах Нью-Йорка. С 1932 г. Б. Кардозо заслужил настолько высокую репутацию в профессиональном сообществе, что был назначен судьей Верховного суда США, где работал до конца своих дней. Занятно, что Кардозо пришел в Верховный суд в тот год, когда его покинул другой великий американский судья – Оливер У. Холмс.

При этом, как и многие другие знаменитые и формирующие репутацию всей судебной системе американские судьи, Кардозо сочетал судебную и научную деятельность: он является автором ряда известных книг по праву, среди которых «Природа судебной деятельности» является наиболее известной.

Как мы видим, судьба Бенджамина Кардозо была достаточно типичной для американских судей, достигших высот в судебной иерархии. Адвокатская практика на начальном этапе карьеры, а далее научная работа и отправление правосудия сочетаются и взаимно обогащают друг друга.

Что касается самой книги, у меня нет намерения здесь анализировать ее в деталях. Отмечу лишь, что краткий анализ воззрений Б. Кардозо, его предшественников и последователей по поводу участия судов в развитии права приводился мною в книге, посвященной борьбе за признание судебного правотворчества в американском и европейском праве¹.

Также замечу, что представленная на суд читателя книга Б. Кардозо должна оцениваться с учетом двух важных нюансов.

Во-первых, в США анализ творческой роли судов в развитии права начался лишь в начале XX в. Феномен судебного правотворчества оказался в центре внимания европейских ученых немногим раньше. В силу слабого развития правовой науки в США в тот период здесь не было того уровня интенсивности научной дискуссии по вопросу о роли судов в развитии права, который к началу XX в. наблюдался во Франции или в Германии. В принципе уровень осмысления указанных проблем в тот период в США примерно соответствовал тому, что

¹ См.: Каранетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

можно было наблюдать в Российской империи. И для США, и для России это был период становления правовой науки. При этом как российские, так и американские правоведы тех времен внимательно изучали наработки передовых в правовом отношении стран и активно ссылались на французские и немецкие работы. В частности, много подобных ссылок можно найти и у Бенджамина Кардозо.

Как ни странно это может показаться современному российскому читателю, в странах общего права (в Англии и США), где основная нагрузка по развитию права традиционно лежала и во многом лежит на судах, вплоть до начала XX в. феномен судебного правотворчества не был осмыслен. Большинство, не мудрствуя лукаво, придерживалось старой, принятой еще в XVIII в. декларативной теории английского правоведа Блэкстона. Речь идет о фикции того, что суды не создают право, а лишь декларируют то, что хотя и не было зафиксировано в каких-либо формальных источниках, но имманентно существует в невыраженном виде в некоей юридической ноосфере. Вопреки тому, что происходило в реальности, было принято говорить, что суды не творцы, а лишь оракулы права, не выражают свою правосозидающую волю, а лишь считают некие априорно существующие правовые решения, которые лишь одни судьи имеют возможность разглядеть. Искусственность этой теории стало особенно сложно отрицать тогда, когда темпы правовых изменений, которые происходили в судебной практике на рубеже XIX и XX вв., стали крайне высокими в связи с резкими изменениями социально-экономической реальности, интенсификацией технического прогресса, трансформацией культурных основ общества. Суды все чаще меняли принятые ранее, еще в феодальные времена подходы в связи с новым духом времени, производили рецепцию решений, принятых в других странах. Открывались все новые и новые сферы жизни, которые не закрывались массивом старой практики и сложившимися традициями, и суды были вынуждены восполнять эти пробелы. В таких условиях продолжать не замечать правотворческую роль судов и придерживаться простой фикции декларативной теории стало невозможно. Новая эра торжества науки, рационализма, объективного и трезвого взгляда на общество, а также развитие таких сфер знаний, как социология, уничтожали фикции и требовали рационального, достоверного описания всех социальных феноменов, включая процесс правотворчества.

Предшественниками Кардозо в изучении феномена судебного правотворчества в США были Оливер Уэнделл Холмс, Джон Ч. Грэй и Роско Паунд. Холмс, пожалуй, самый знаменитый судья Верховного суда США. В ряде своих эссе Холмс наметил контуры нового, более реалистического и объективного понимания роли судов в развитии права. Профессора Роско Паунд (однозначно ведущий теоретик права первой четверти XX в. в США) и Джон Чипман Грей развили это направление в ряде книг и статей начала XX в. Но какой-то более или менее целостной реалистической картины судебного правотворчества к 1920-м годам в США все еще не было.

В Европе ситуация была иной. За 20–30 лет, в период с 1890-х до 1920-х годов, произошла своего рода революция в осмыслении функций и задач суда и их роли в развитии права. Реалистический взгляд на роль суда стал постепенно преобладать. Благодаря высокому уровню развития правовой науки в Германии, Франции и ряде других стран появилось множество глубоких и обширных исследований этой проблематики (Ф. Жени, Р. Саллейль, Г. Канторович, Е. Эрлих, Ф. Хек и др.). В центре внимания в Европе оказались вопросы судебного толкования закона и пределы свободы толкования, алгоритм разрешения споров в ситуации отсутствия применимой нормы закона и восполнения пробелов в законах, различие аналогии закона и расширительного толкования, роль правовых позиций высших судов при разрешении аналогичных споров и др.

Американские правоведы шли по стопам европейских ученых.

И в этом контексте книга Б. Кардозо, вышедшая в 1921 г., сыграла важную роль, выступая в качестве своего рода промежуточного рубежа, подводящего итог первоначальному этапу

осмысления проблем методологии взаимодействия судов и права в США. К концу 1920-х годов начался следующий этап и на авансцену вышла полноценная научная школа правового реализма (К. Левеллин, Дж. Фрэнк, Ф. Коэн, Г. Олифант, А. Мур и др.). Эта школа, отталкиваясь от работ Холмса, Паунда, Грея и Кардозо, в качестве своей основной исследовательской программы поставила изучение реалий отправления правосудия и в конечном итоге добилась окончательного утверждения в американской правовой науке сугубо реалистического, объективного и прагматического взгляда на правовые феномены и на роль судов в развитии права, окончательно похоронив декларативную теорию Блэкстона.

Во-вторых, надо иметь в виду, что Б. Кардозо был не ученым-теоретиком, а судьей и писал эту книгу на основе своего собственного опыта разрешения судебных споров. В книге отражен его личный взгляд на проблематику судебного правотворчества изнутри профессии. Это делает книгу в чем-то уникальной. На самом деле не так много книг, посвященных проблематике правовой методологии, которые были бы написаны действующими судьями с опорой на свой личный опыт отправления правосудия. В последние годы такие книги появились (монографии А. Барака, Р. Познера, А. Скалии и др.). Но для 1920-х годов та степень откровенности, транспарентности, с которой Б. Кардозо выдвигает свое видение и описывает свои сомнения, делится собственным опытом формирования прецедентов и взглядами на роль судов в развитии права, была чем-то новым.

А.Г. Каранетов,

*доктор юридических наук, директор Юридического института «М-Логос», профессор
Высшей школы экономики*

Лекция I

Введение. Философский метод

[Введение]²

Деятельность по разрешению споров ежедневно ведется в сотнях судов по всей стране. Для каждого судьи, как кому-то покажется, было бы шуточным делом описать порядок деятельности, которую он сам осуществлял тысячу раз или больше. Ничто не могло бы отстоять от истины так далеко, как это утверждение. Допустим, какой-нибудь сообразительный непосвященный человек попросит его объяснить этот порядок: судья не замедлит с тем, чтобы ускользнуть от разговора, найдя оправдание в том, что профессиональный язык недоступен тем, кто не обучен ремеслу. Такое оправдание, может, и скроет неким подобием солидности, в остальном, позорное отступление. Едва ли оно позволит погасить вспышки любопытства и угрызений совести. В моменты самокопания, когда нет уже необходимости показной мудростью оттолкнуть непосвященного от разговора, неудобный вопрос не перестает беспокоить и требует ответа. Что я делаю, когда разрешаю спор? К каким источникам информации обращаюсь за руководством? В какой мере я позволяю им предопределять исход? В какой мере они должны иметь влияние? Если прецедент применим, когда я отказываюсь следовать ему? Если нет применимого прецедента, как я нахожу правило, которое даст прецедент для будущих споров? Если я ищу логической согласованности, внешней правильности в строении права, как далеко я могу зайти? В какой момент поиск должен быть остановлен перед каким-нибудь сомнительным (*discrepant*) обычаем, каким-либо соображением общего блага или моими собственными либо общими стандартами справедливости (*justice*)³ и морали? В эту странную смесь, кото-

² Далее сноски с цифрой означают примечания автора, с символом звездочки – примечания переводчика. Квадратные скобки – добавления переводчика в текст автора. В оригинальной версии книга поделена только на лекции, внутри которых не было никакого дальнейшего деления. Предметы лекции перечислялись лишь в названии соответствующей лекции. Тем не менее в колонтитулах 13-го издания (кроме второй лекции) указывался конкретный предмет текста на соответствующей странице. Поэтому переводчику удалось выявить внутреннее деление лекций. Во второй лекции деление опирается на смысл текста.

³ Далее в скобках будет всегда приводиться более точный английский термин, потому что как «справедливость» в данном тексте переводились и «*justice*», и «*equity*». Разница следующая. Слово «*justice*» больше характеризует сбалансированность, правильность суждения, поэтому, хотя оно гораздо более близко, чем «*equity*», к понятию правосудия, охватывает как правосудие (когда используется в узком смысле), так и всякий «правый суд» в смысле правильного суждения о действиях другого (ср. работу Дж. Роллза «*Theory of Justice*», название которой было переведено у нас как раз как «Теория справедливости»). «*Equity*» является в большинстве случаев (ср., однако, ниже с. 59) строго юридическим понятием, означающим один из корпусов норм в правовых системах, наверное, не совсем корректно называемых «странами общего права». Это понятие (когда опять же используется в узком смысле) никак не связано с правосудием и суждениями, а характеризует совокупность норм преимущественно материального права. Исторически справедливость противопоставляется общему праву (почему и некорректно говорить «страны общего права»: там не только общее право!). История довлеет над странами общего права, поэтому это различие уходит, но весьма тяжело. Так, в системах общего права есть правовые институты, восходящие к общему праву (договоры и деликты прежде всего), а есть правовые институты, возникшие в практике Суда королевской канцелярии (*Court of Chancery*) (прежде всего трасты, агентские и корпоративные отношения – все, что связано с фидуциарными обязанностями). В этом плане право реституции (*law of restitution*) является набором институтов той и другой ветви, объединенных тем, что направлены на схожий результат, а потому, как теперь считается в Англии, должны быть подчинены одному принципу; но так это совершенно разрозненные институты. В той же Англии, хотя полномочия применять справедливость были предоставлены всем судьям после слияния двух юрисдикций (судов общего права и суда справедливости) в 70-х гг. XIX в., разделение этих судов сохранилось на уровне функциональной подсудности в Высоком Суде (*High Court*), где есть отделение – преемник судов общего права (*King's* (или *Queen's*, как сейчас) *Bench Division*: одним из судов общего права был как раз *Court of King's* или *Queen's Bench* – смотря по тому, был монархом король или королева) и отделение справедливости (*Chancery Division*) – бывший суд справедливости. Распределение дел между отделениями повторяет прежнее разделение компетенции между судами общего права и судом справедливости. При этом **общепринятое в нашей литературе выражение «право справедливости» переводчик считает совершенно некорректным**, поскольку оно не только не отражает хотя бы и не

рая каждый день варится в котле судов, все эти ингредиенты включаются в разных соотношениях. Я не собираюсь выяснять, допустимо ли вообще судьям готовить эту смесь. Я признаю созданное судьями право⁴ одним из действительных явлений жизни. Соответственно перед нами смесь. Нет судьи, который бы ни разу не приложил к ней руку. Части не сочетаются случайно. По *некоторым* принципам, какими бы неочевидными, непровозглашенными и неосознанными они ни были, протекает настаивание. Эти руководящие начала могут не быть одинаковыми ни для всех судей во всякое время, ни для всех судей во все времена. Но делается выбор – решение не вверяется Судьбе; и соображения с мотивами, предопределившие выбор, зачастую даже неявные, вообще не поддаваться анализу не могут. Для той попытки анализа, которую мне предстоит сделать, нужно различать сознательное и бессознательное. Я этим не имел в виду, что те соображения и мотивы, которые я отношу к первым, всегда отчетливы для сознания, так что будут сходу замечены и обозначены. Нередко они едва выглядывают на поверхность. Они могут быть, однако, со сравнительной легкостью выделены и отмечены и, когда это происходит, легко признаются руководящими принципами поведения. Менее простыми являются силы, лежащие глубоко, которые могут быть отнесены только к подсознательному. Зачастую благодаря этим подсознательным силам судьи остаются верны себе и не доверяют друг другу. Вильям Джеймс⁵ нам напоминает на страницах своих лекций о прагматизме, что каждый из нас в действительности имеет жизненную философию, даже те из нас, для кого философские понятия и идеи неизвестны или подверглись анафеме. В каждом из нас есть эта сильная расположенность, называете вы это философией или нет⁶, которая придает мысли и действию последовательность и направленность. Судьи не отличаются от других смертных тем, что им будто бы дано обойти этот стремительный поток. Вся их жизнь, все те силы, которые для них скрыты и которым нет имени, направляют их – врожденные инстинкты, полученные от предыдущих поколений представления, приобретенная убежденность; и результирующей являются взгляд на жизнь, понимание общественных потребностей, смысл в высказывании Джеймса о «всеобъемлющей вынужденности под давлением космоса», который, когда основания были точно взвешены, предопределяет, на что падет выбор. На таком интеллектуальном фоне любая проблема получает правильную постановку. Мы можем смотреть на вещи так беспристрастно, как нам этого хочется. Все же нам не дано узреть их иными глазами, нежели нашими собственными. Под эту проверку попадает все – форма прошения или законодательный акт, проступки нищих или права принцев, правила общежития или конституция.

Я слабо верю в то, что мне удастся изложить формулу, которая объяснила бы этот порядок деятельности хотя бы мне самому и тем более остальным. Нам надо бы применить в изучении созданного судьями права тот метод количественного анализа, который господин Воллас применил, получив столь хорошие результаты, при изучении политики⁷. Ученые, более плодотворные, чем я, должны справиться с этой задачей. Но до того, как за эти труды возьмутся,

столь уже актуального противопоставления общего права справедливости, но также не учитывает того, что в оригинальных английских работах никогда не используется выражение «*law of equity*» (его можно встретить только в работах иностранцев, прежде всего Уго Маттеи). При этом «*law*» **нередко отождествляется с общим правом**, что делает указанное выражение еще более неприемлемым. «*Law*» также противопоставляется «закону» в смысле формального источника права. Для последнего используется термин «*statute*». К примеру, П.Г. Виноградов корректно переводил «*equity*» как «справедливость», причем противопоставляя ее «Справедливости» в смысле этического принципа в основании правопорядка (см.: Виноградов П.Г. Очерки по теории права. СПб., 1915. С. 130). Соответственно различаются права, титулы, иски, собственность и пр. «законные» (*legal, at law*), т. е. основанные на нормах общего права, и «по справедливости» (*equitable, in equity*), т. е. основанные на нормах справедливости.

⁴ Здесь и далее «*law*» переводится как «право», а «*statute*» – как «закон», законодательный акт, «*statutes*» – как «законодательство».

⁵ Вильям Джеймс (традиционное написание: Уильям Джемс; 1842–1910) – знаменитый американский философ, психолог. Известен как основоположник прагматизма.

⁶ Cf. N.M. Butler, “Philosophy,” pp. 19, 43.

⁷ “Human Nature in Politics,” p. 138.

вероятен преходящий интерес в попытке раскрыть природу деятельности со стороны того, кто сам является деятелем, день за днем поддерживающим ее ход. Таким будет мое оправдание за эти искания духа внутри самого себя (*introspective searching of the spirit*).

До того как мы определим пропорции смеси, мы должны знать ингредиенты к ней. Нашим первым исследованием будет: где судья ищет право, которое воплощает в решении? Бывают случаи, когда источник очевиден. Правило, подходящее под спор, может быть получено из конституции или законодательного акта. Если это получается, судье больше ничего не нужно. По установлении применимости он должен подчиниться. Конституция имеет большую силу, чем законодательный акт, но законодательный акт, если соответствует конституции, превосходит по силе право судей. В этом смысле созданное судьями право является вторичным и подчиненным праву, создаваемому законодателями⁸. Это правда, что кодексы и законы не сделают суды лишними, как не сделают работу судей механической или ритуальной. Есть пробелы, требующие восполнения. Есть сомнения и двусмысленности, требующие разъяснения. Есть несправедливости и ошибки, которые нужно смягчать, если не удалось их избежать. О толковании часто говорится так, будто это поиск и выяснение значения, которое, каким бы неясным и скрытым оно ни было, все же существовало в уме законодателя изначально, реально и постижимо для других. Деятельность судьи и вправду иногда сводится к этому, но часто она сопряжена и с чем-то большим. Постигание намерения может оказаться наименьшей из проблем, с которыми судья сталкивается, придавая известное значение законодательному акту. «Факт в том, – пишет Грэй⁹ в своих лекциях о «Природе и источниках права»¹⁰, – что сложности с так называемой интерпретацией возникают тогда, когда законодательство не имело вообще никакого смысла; когда возникает вопрос, не охваченный законодательным актом; когда то, что судьям остается сделать, – это не определить, что законодательная власть имела в виду по вопросу, оказавшемуся в поле ее зрения, а угадать, что должно было быть задумано по оставшемуся вне поля ее зрения вопросу, если бы он уже тогда был перед ней поставлен»¹¹. То же пишет Брютт¹²: «Сложнейшая задача системы правоприменения состоит поэтому в том, чтобы сделать выяснение скрытого смысла позитивного права более основательным. Однако гораздо более важна вторая задача, которой эта система служит, а именно – восполнение пробелов, которые можно найти в любом позитивном праве в большем или меньшем объеме». Можно называть эту деятельность правотворческой, если хотите. В любом случае нет системы *juris scripti*, которая могла бы обойтись без обращения к ней. В наши дни многочисленная школа континентальных юристов выступает за все более широкую свободу при приспособлении и толковании закона. Законодательный акт, как они говорят, зачастую отрывочен, непродуман и несправедлив. Судья как лицо, толкующее обществу его же чувство и ощущение правопорядка, должен восполнять недосказанности, исправлять неопределенности и сообразовывать результаты со справедливостью посредством метода свободного решения – «*libre recherche scientifique*» [фр.: свободный научный поиск]. Таков взгляд Жени¹³, Эрлиха¹⁴,

⁸ Здесь автор констатирует общепринятое понимание общего права как права, применяемого субсидиарно и уступающего законодательным актам (а в Англии также местным обычаям). Аналогичным было положение общего права в Германии (*gemeines Recht*), представлявшего собой, однако, преимущественно нормы римского, а не туземного права (подробнее см.: Барон Ю. Система римского гражданского права (§ 1). СПб., 2005. С. 39 и сл.), тогда как общее право Англии считалось формально туземным правом, но не без значительного фактического влияния римского права (см. в данной книге с. 63 и 64: римское право всего лишь не имело прямой юридической силы).

⁹ Джон Чипман Грей (1839–1915) – выдающийся американский юрист. Его научные интересы лежали преимущественно в области имущественного права (*property law*), однако самой влиятельной работой оказалась его исследование о природе и источниках права.

¹⁰ Sec. 370, p. 165.

¹¹ Cf. Pound, "Courts and Legislation," 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 226.

¹² "Die Kunst der Rechtsanwendung," p. 72.

¹³ Франсуа Жени (1861–1959) – выдающийся французский юрист, ключевая фигура в становлении учения о юридической

Гмелина и др.¹⁵ Суды должны «искать вдохновение во всякого рода социальных элементах, что являются живой силой, стоящей за фактами, с которыми [судам] приходится иметь дело»¹⁶. Власть, предоставленная им указанным образом, велика и может, как любая власть, использоваться не по назначению; но нам не избежать наделения ею. В долгосрочной перспективе «нет никакой гарантии справедливости, – говорит Эрлих¹⁷, – кроме как в личности судьи»¹⁸. Те же методологические проблемы, те же расхождения между буквой и духом являются жизненными проблемами в нашей стране¹⁹ и в нашем праве. Сверх того, в области конституционного права метод свободного решения стал на сегодня, думаю, господствующим. Наиболее общие положения конституции имеют содержание и значение, меняющиеся из века в век. Метод свободного решения смотрит сквозь преходящие частности и видит то постоянное, что скрывается за ними. Толкование, так расширившее свои пределы, становится чем-то большим, чем установление вкладывавшегося в акт смысла и намерения правотворцев, чью коллективную волю им огласили. Оно дополняет оглашенное и заполняет пустые места с помощью тех же приемов и методов, которыми создавалось обычное право. Кодексы и другие законодательные акты могут угрожать предназначению судей угнетением их деятельности, оставлением их не у дел и лишением их способности действовать. Деятельность расцветает и сохраняется ввиду человеческой потребности, ответом на которую она является. Запрещение Юстинианом любого комментирования результатов его кодификации вошло в историю своей бессмысленностью^{20, 21}.

Я пока останавливаю свои размышления о значении конституции и законодательных актов как источников права. Работа судьи по их толкованию и развитию действительно имеет свои проблемы и сложности, но это проблемы и сложности не столь отличные от тех, что занимают его в других сферах его деятельности. Я думаю, они могли бы быть лучше изучены после того, как будут исследованы другие сферы деятельности. Иногда норма конституции или законодательного акта ясна, и тогда затруднения отсутствуют. Даже когда они имеются, бывает, что в них отсутствует этот момент таинственности, что сопровождает творческую энергию. Мы вступаем в область таинственности, когда конституция или законодательный акт молчат и судья должен обратиться к общему праву за правилом, подходящим для спора. Он «живой оракул права», по яркому выражению Блэкстоуна²². Глядя на сэра Оракула в действии, наблюдая его работу в отрезвляющем свете реализма, как берется он за выполнение стоящей перед ним задачи?

методологии XX в. Основные работы, получившие высокую оценку во всем мире: «*Méthode de l'interprétation et sources en droit privé positif*» (1-е однотомное издание 1899 г.; 2-е двухтомное издание 1919 г.) и «*Science et technique en droit privé*» (1914–1924 гг., в 4 т.).

¹⁴ Ойген Эрлих (1862–1922) – австрийский юрист (уроженец г. Черновцы на юго-западе Украины), один из основоположников социологического учения о праве, развивавший идею «живого права».

¹⁵ “Science of Legal Method,” 9 Modern Legal Philosophy Series, pp. 4, 45, 65, 72, 124, 130, 159.

¹⁶ Gény, “Méthode d’Interprétation et Sources en droit privé positif,” vol. II, p. 180, sec. 176, ed. 1919; перев., 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 45.

¹⁷ P. 65, *supra*; “Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,” 9 Modern Legal Philosophy Series.

¹⁸ Cf. Gnaeus Flavius (Kantorowicz), “Der Kampf um Rechtswissenschaft,” p. 48: “Von der Kultur des Richters hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab.”

¹⁹ Специфической чертой авторского стиля является то, что им никогда не используются выражение «*this country*» и его вариации с предложениями, характерные для речей английских судей.

²⁰ Gray, “Nature and Sources of the Law,” sec. 395; Muirhead, “Roman Law,” pp. 399, 400.

²¹ Так, уже в самом начале автор подводит читателя к тому, что самое важное в судебной деятельности проявляется в условиях отсутствия готовых норм права – в этих условиях возникает потребность в судебском правотворчестве, и нет смысла ограничивать его юридически, так как такую потребность не отменить нормой права. Это можно устранить лишь тщательным регулированием, которое, однако, все равно невозможно. Как только недостаточность регулирования проявляется, расширение активности судей неизбежно и, как будет обосновываться далее, необходимо, так что легитимно.

²² Вильям Блэкстоун (1723–1780) – выдающийся английский юрист, наиболее известен благодаря своим «Комментариям на Законы Англии» (1753 г.). Данная работа признана источником права как в Англии, так и в Соединенных Штатах, где она считается лучшим изложением английского общего права на момент обретения ими независимости.

Первым делом он сравнивает рассматривающийся им спор с прецедентами, сохранившимися в его памяти или запрятанными по книгам. Я не хочу сказать, что прецеденты являются последним источником права, представляющим собой единственное оружие в правовой оружейной, единственный инструмент, пользуясь выражением Мэйтленда²³, «в юридической кузне». За прецедентами стоят основные юридические понятия, которые являются постулатами правового обоснования, а еще дальше за ними стоят обыкновения жизни, общественные институты, в которых эти понятия зародились и которые в процессе их взаимодействия в свою очередь изменились под их влиянием²⁵. Тем не менее в столь развитой системе, как наша, прецеденты так заполонили собой все, что они являются отправной точкой, с которой начинается работа судьи. Почти неизменно его первым шагом будет их исследование и сравнение. Если они ясны и относимы, возможно, больше ничего и не нужно. *Stare decisis*²⁶ является в конце концов нормой жизни нашего права. Мне еще доведется сказать о допустимости ослабить правило в исключительных обстоятельствах. Но пока такие условия не будут выполнены, деятельность по разрешению споров, согласно с совершенно подобными им прецедентами, тождественна по природе своей деятельности по разрешению споров в соответствии с законодательным актом. Это процесс поиска, сравнения, но немногим более того. Некоторые судьи вообще редко выходят за рамки этой деятельности. В их понимании их обязанностью является сопоставить цвета данного спора с палитрой красок того множества споров, что разбросаны по их рабочему столу в качестве образцов. Образец, наиболее близкий по оттенку, дает применимое правило. Но, конечно, нет системы живого права, которая могла бы развиваться при таком порядке деятельности, как нет судьи высокого суда, достойного своего положения, который бы так узко смотрел на свое предназначение. Если это все, к чему сводится наше призвание, в нем было бы немного от умственной деятельности. Человек, располагающий лучшим указателем дел, был бы заодно мудрейшим судьей. Именно тогда, когда цвета не совпадают, когда ссылки в индексах ничего не дают, когда нет решающего прецедента, – тогда начинается настоящее дело судьи. Тогда он должен выработать право (*fashion law*) для спорящих перед ним. Придумывая его для них, он создает его для остальных. Классическое высказывание принадлежит Бэкону: «Во многих случаях дела, подведенные под решение, могут быть о *теит* и *тиит*, тогда как его основание и следствия могут пролегать глубоко, затрагивая сам строй»²⁷. Решение, принимаемое сегодня, сделает правым или неправым то, что будет завтра. Если судья должен вынести мудрое реше-

²³ Фридрих Вильям Мэйтленд (1850–1906) – выдающийся историк общего права. Наиболее значимые работы: «*History of English Law before the Time of Edward I*» (1885 г. в соавторстве с Фредериком Поллаком), «*Equity: Also the Forms of Actions at Common Law*» (1910 г.).

²⁴ Introduction to Gierke's "Political Theories of the Middle Ages," p. viii.

²⁵ Saleilles, "De la Personnalité Juridique," p. 45; Ehrlich, "Grundlegung der Soziologie des Rechts," pp. 34, 35; Pound, "Proceedings of American Bar Assn. 1919," p. 455.

²⁶ Лат. «стоять на решенном», «держаться решенного», также: «оставлять решенными». Латинское выражение для правила следования прецеденту. Различают вертикальное и горизонтальное *stare decisis*: первое означает следование прецеденту вышестоящего суда, второе означает следование собственному прецеденту. Прецеденты другого суда того же уровня (ситуация, характерная для США) не считаются обязательными, однако требуют внимания и указания причин, по которым суд отказывается им следовать. Тем самым, различаются прецеденты со связывающим («*bindings*») эффектом и с побудительным («*persuasive*»).

²⁷ Несмотря на соблазн перевести «*a matter of estate*» как «режим имущественного права (о котором проходит спор)», эта цитата окружена у Фрэнсиса Бэкона следующими высказываниями. Непосредственно до нее идет: «Следовательно, счастливо складываются дела в государстве (*state*), где короли и сословия (*states*) часто советуются с судьями; и опять же, где судьи часто советуются с королем и сословием; в первом случае, когда есть вопрос права (*matter of law*), затрагивающий государственное дело (*business of the state*); в другом – когда соображение государства сталкивается с вопросом права». Далее идет приведенная Б. Кардозо цитата, за которой после двоеточия (!) следует: «Я называю вопросом, затрагивающим строй (*a matter of estate*), не просто области государственности (*parts of sovereignty*), но все, что приводит к значительному изменению, или опасный прецедент; или явно затрагивает какую-либо значительную часть народа».

²⁸ "Essay on Judicature."

ние, должны существовать и некоторые основы отбора, которые направят его по морю возможных решений, каждое из которых ждет признания с его стороны.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.