

БЕНДЖАМИН Н. КАРДОЗО

# ПРИРОДА СУДЕЙСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Перевод с английского*

| S B | Saveliev, Batanov  
| & P | & Partners



СТАТУТ  
МОСКВА 2017

УДК 343.11  
ББК 67.71  
К 21

*Перевод по 13-му изданию 1946 г.*

**Кардозо Б.Н.**  
К 21 **Природа судейской деятельности** / Пер. с англ. — М.: Статут, 2017. — 112 с.

ISBN 978-5-8354-1352-2 (в пер.)

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

© Saveliev, Batanov & Partners, перевод на русский, 2017  
© С.Л. Савельев, вступительное слово, 2017  
© А.Г. Карапетов, предисловие, 2017  
© Статут, 2017

## ПОЧЕМУ ИМЕННО «ПРИРОДА СУДЕЙСКОЙ 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, некоей 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 образова-

нии 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 протворчества 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 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 судейской 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 праве<sup>1</sup>.

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 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,

---

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

интенсификацией технического прогресса, трансформацией культурных основ общества. Суды все чаще меняли принятые ранее, еще в феодальные времена подходы в связи с новым духом временем, 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. Ллевел-

лин, 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*

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>Почему именно «Природа судейской деятельности» Б.Н. Кардозо? (С.Л. Савельев)</b> .....	3
<b>Предисловие (А.Г. Каранетов)</b> .....	5

### ПРИРОДА СУДЕЙСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

<b>Лекция I. ВВЕДЕНИЕ. ФИЛОСОФСКИЙ МЕТОД</b> .....	10
[Введение] .....	10
[Философский подход] .....	20
<b>Лекция II. Подходы, основанные на истории, обычае и социологии</b> .....	30
[Исторический подход] .....	30
[Значение обычая] .....	33
[Значение социологии] .....	36
<b>Лекция III. Социологический подход.</b>	
<b>Судья как законодатель</b> .....	52
[Социологический подход].....	52
[Судья как законодатель].....	54
<b>Лекция IV. Следование прецеденту.</b>	
<b>Подсознательная составляющая судейской деятельности.</b>	
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ</b> .....	73
[Следование прецеденту].....	73
[Подсознательные силы] .....	84
[Заключение].....	89
<b>Примечания переводчика</b> .....	90