

# ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

---

УДК 340.12

**В. Титов**, професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

## Бенджамін Кардозо про поступ права\*

У грудні 1923 р. Кардозо прочитав новий курс лекцій у Єйлському університеті, в якому доповнив і розвинув головні ідеї попереднього курсу, результатом якого у книзі «Природа судового процесу»<sup>1</sup>. У цих лекціях він розглядав креативну роль судді, як ланки, що впливає на зміну права, його сутність і застосування.

Вже у травні 1924 р. на підставі цих лекцій він опублікував книгу «Становлення права» (*The Growth of the Law*)<sup>2</sup>. Ця книга витримала багато перевидань, і про її вплив свідчить вже те, що незабаром вхід до Єйлської юридичної школи став увінчаний написом, який виражає її центральну ідею: «Право — це живе становлення, а не незмінний кодекс» (*The Law Is a Living Growth, Not a Changeless Code*). Сам Кардозо попереджував у передмові до цієї нової книги, що в ній є деякі повторення того, що вже було викладене в «Природі судового процесу». Тому в аналізі цієї другої праці я зупинюсь тільки на нових положеннях теорії Кардозо.

Свої лекції він розпочав із констатації двох потреб сучасного йому американського права. Перша полягала у необхідності кардинальної ревізії, що має привнести «вірогідність і порядок у дике середовище прецедентного права». Друга потреба полягала «у філософії, що буде посередником між суперечливими вимогами стабільності й прогресу»<sup>3</sup>.

---

\* Автор висловлює щирі вдячності урядовим організаціям США – Fulbright Program in Ukraine та Kennan Institute за надання можливості ознайомитися з матеріалами для цієї статті протягом стажування у Woodrow Wilson Center (Washington, DC) у 2006 р.

<sup>1</sup> Про цю книгу див.: Титов В. Д. Внесок Бенджаміна Кардозо в американську юриспруденцію / В. Д. Титов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 2 (64).

<sup>2</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963.

<sup>3</sup> Там само. – Р. 3.

Перша потреба вже стала широко визнаною, і над її задоволенням розпочав працювати недавно створений Інститут права США. Друга потреба ще тільки набувала належного визнання, і Кардозо у своїй книзі приділяє їй більше уваги.

Філософські розмірковування про право він починає з антиномії — право має бути стабільним, і все ж воно не може стояти на місці. «Спокій і рух ... є однаково руйнівними. Право ... для продовження свого життя повинне знайти якийсь шлях для компромісу. Дві відмінні тенденції, що тягнуть у різні сторони, повинні використовуватися разом... Усе залежить від якості, з якою зроблене це сполучення»<sup>1</sup>.

Американське загальне право часто звинувачують у невизначеності. При створенні Американського Інституту права було наведено багато її причин: відсутність згоди щодо основних положень загального права; неточності у використанні юридичних термінів; безліч протиріч і перекручування умов, встановлених законом; розходження між судовими рішеннями в однотипних випадках; великий обсяг зареєстрованих рішень; неуцтво суддів і адвокатів; велика кількість і недосконале трактування власне юридичних питань.

Кардозо вважав, що з усіх цих негативних чинників найбільшу турботу викликає постійно зростаюча кількість судових рішень. «Мальтус, напевно, жажнувся б від результатів використання принципу прецедентного права в нашій країні. Опора на судовий прецедент колись була врівноважуючим фактором, гарантією ... стабільності й визначеності... Збільшення чисельності не відбилося на повазі до права... Через надмірну завантаженість у суддів не залишається часу на те, щоб глибше розібратися в справах. Але навіть якщо часу досить, то потрібно враховувати, що кожна справа, винесена на розгляд суду, є особливою, унікальною, а всі загальні моменти приховані за частковими деталями. Оскільки людське сприйняття обмежене, і розум передусім зауважує саме деталі, то неминуче трапляється так, що універсальний елемент, захований під обгорткою, випускається з уваги, найважливіша істина ігнорується... Ця небезпека ... зростає щодня, тому що збільшується маса й складність проблем... Одна лінія проводиться тут, інша — там. Виходить візерунок із переплентених ниток... Ми потрапимо в мережу павутиння, якщо якийсь допитливий розум не відкриє нам секрет її побудови, щоб ми змогли здійснитися на висоту, з якої добре проглядається цілісність кола»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 3.

<sup>2</sup> Там само. – P. 4–5.

Саме для такого упорядкування був створений Американський Інститут права<sup>1</sup>, і Кардозо поділився зі студентами планами роботи цієї установи. Її метою було «побороти монстра неточності й двозначності» у законодавстві та запропонувати «науково обґрунтований і точний звід правових норм в окремо обраних сферах»<sup>2</sup>. На початковому етапі були визначені сфери контрактного права, цивільних правопорушень, правових колізій і посередництва з тим, що інші сфери будуть обрані пізніше. Кардозо пояснив, що звід має складатися, по-перше, із правил, які дозволять отримати адекватне уявлення про предмет суперечки, як, наприклад, у «Колізійному праві» Дайсі або «Зводі доказового права» Стіфена; по-друге, з тих доповнень, прикладів і роз'яснень, які знадобляться для повного розуміння й подальшого практичного застосування цих правил. Додатком до кожного зводу буде трактат, що містить оцінку стану законодавства на даний момент і аналіз та обговорення всіх актуальних проблем, викладених у правилах, із посиланнями на авторитетні джерела.

Особливістю роботи Інституту була (і досі є) широка кооперація університетських фахівців із різних штатів. Групи критиків і консультантів час від часу змінюються, залежно від випадку. Складений проєкт надається для ознайомлення колегам, керівникам Інституту та іншим юридичним авторитетам. Після цього він передається на розгляд до Ради Інституту, в якій докладно розглядається і буде або схвалений, або відхилений<sup>3</sup>.

Коли ж після всіх експертиз проєкт публікується під егідою Інституту, він наділений лише одним повноваженням — переконувати. «Він втілить у собі єдину думку і буде говорити єдиним голосом, бо університети, адвокати та судді будуть брати участь у його створенні. Я вірю в чинність і значення такого зводу, що потрібний для уніфікації законодавства... Намічений план зводить імовірність провалу до мінімуму. Якщо ці юридичні розуми не зможуть змінити чинне законодавство, тоді це не під силу й нікому іншому. Ви не повинні думати про цей проєкт як про кодекс, наділений обов'язковою чинністю закону. Єдиною чинністю, яку він матиме, принаймні на початковому етапі, буде внутрішня чинність переконання. Подібні зводи правил необхідні не

<sup>1</sup> Див.: American Law Institute. From Wikipedia, the free encyclopedia // [http://en.wikipedia.org/wiki/American\\_Law\\_Institute](http://en.wikipedia.org/wiki/American_Law_Institute). Last modified on 16 April 2011

<sup>2</sup> Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 6.

<sup>3</sup> Там само. – P. 7–8.

для того, щоб перешкоджати і стримувати... розвиток суддівського права, а для того, щоб визволити і підтримати суддів»<sup>1</sup>.

Як зазначав А. Корбін у передмові до 12-го видання «Становлення права», до появи цієї книги предметом вивчення в юридичних школах були «позитивне право, правила та принципи, істинні доктрини, коректні визначення. Сьогодні всі вони вважаються продуктами людського конструювання, що змінюються згідно з часом і обставинами та утворюють один великий аспект еволюційного процесу життя»<sup>2</sup>. Сам Кардозо наголошував на еволюційності поступу в праві: «Правосуддя не слід брати штурмом. Його слід домагатися повільними кроками»<sup>3</sup>. Ці кроки мають бути філософсько виваженими.

Ще в одному з рішень 1917 р. Кардозо висловився проти абсолютизації літери закону при розгляді контрактів: «Право переросло примітивну стадію формалізму, коли точне слово було верховним талісманом, і кожен промах був фатальним. Сьогодні на нього більш широкий погляд. Обіцянка може бути відсутньою, і все ж цілий документ може вміщувати недосконало виражений «інстинкт із зобов'язанням» (*instinct with an obligation*). Якщо це так, тут є контракт»<sup>4</sup>. Розвиваючи цю тему в «Становленні права», Кардозо пов'язує формалізм із тяжінням до визначеності й уточнює свою позицію: «У нашому поклонінні визначеності ми повинні розрізнявати розумну визначеність і обман, золото і позолоту; і потім, коли визначеність досягнута, ми повинні пам'ятати, що вона не є єдине благо; що ми можемо купити її занадто високою ціною; що є небезпека в нескінченній нерухомості так само, як і у нескінченному русі; і що має бути знайдений компроміс у принципі зростання»<sup>5</sup>.

У другій лекції Кардозо розглянув питання взаємозв'язку між категоріями «право» і «закон», яке залишається актуальним для сучасної філософії права у пострадянських країнах. Він посилається на думку Р. Паунда, який скаржився на двозначність слова *law*, що в одному розумінні відповідає терміну «закон» у правових приписах, а в іншо-

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 9.

<sup>2</sup> Corbin A. L. Preface / A. L. Corbin // Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London: Yale University Press, 1963. – P. V.

<sup>3</sup> Cardozo B. N. Lecture at Yale University Law School (1923), quoted in *The American Journal of International Law*, 1935. – Vol. 29. – P. 32.

<sup>4</sup> *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (1917).

<sup>5</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London: Yale University Press, 1963. – P. 16–17.

му — у контексті доктрин і традицій — терміну «право». «Спроба деяких юристів обмежити право в його належному сенсі до першого із цих значень, включаючи відмову поширювати його на друге значення, закінчується в скептичному нігілізмі, що є запереченням усього права. Те, що залишається, є не сукупністю правил загального застосування, а просто ізольованими судженнями, що зв'язують тільки частини, і гублять їхню якість права саме в той момент, коли вони одержують її»<sup>1</sup>. Тому Кардозо закликає до ретельного філософського аналізу як самих цих категорій, так і явищ, що стоять за ними. Він говорив: «Вам буде важко знайти рішення такої проблеми, не звертаючись до філософських досліджень природи права взагалі. Від деяких труднощів і двозначностей, які супроводжували юристів континентальної Європи, ми позбулися. Нам не потрібно витратити зусилля в спробі довести, що *Gesetz* (нім. закон) — не є тотожним *Recht* (право), що *la loi* (закон) є більш вузьким, ніж *le droit* (право), що право (*law*) — щось більше, ніж статут (*statute*). Ми врятовані від усього цього, тому що кожного дня діє процес, у якому форма поведження викарбувана на судовому монетному дворі як право, і тому вільно циркулює як частина монетного обігу»<sup>2</sup>.

Повертаючись до обговорення ролі визначеності, Кардозо привертає увагу до перспективи порівняння стандартів визначеності, притаманних правознавству та іншим наукам. «Право, подібно іншим галузям соціальної науки, повинне бути перевірене на надійність своїх висновків скоріше логікою ймовірності, ніж логікою достеменності. Коли існує якийсь відсоток імовірності, який може дати обґрунтовану гарантію, що даний висновок повинен бути і буде втілено у вирок, ми говоримо про висновок як про право, хоча вирок ще не був представлений, і хоча можливо, що коли він буде представлений, він може розчарувати наше очікування. Я думаю ...що таке використання терміна «право» підсилює аналогію між правом, яке є предметом юриспруденції, і тих принципів порядку, природних або моральних законів, які є предметом природознавства або моральної науки. ...Тенденція сучасної юридичної думки включає елементи узгодження, а не елементи різниці [між ними]»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 31.

<sup>2</sup> Там само. – P. 32.

<sup>3</sup> Там само. – P. 33–34.

Кардозо згадував, що цієї тенденції не було ще в часи його навчання в школі права. Тоді викладачі наголошували на антитезі між істинним правом і маскою права. «Предметом нашого навчання мало бути істинне право. Ми не повинні були шукати його деінде, крім як в уставі або рішенні. Уособленням права був шериф, а тестом на його реальність був судовий припис (*a writ*)»<sup>1</sup>. Те, що статuti, рішення і приписи могли суперечити один одному, знаходилося поза увагою.

Нове ж розуміння, підкреслив Кардозо, виходить із того, що «право є щось більше, ніж послідовність ізольованих суджень, які втрачають свою силу бути правом, якщо вони утворили протиріччя»<sup>2</sup>. Еволюційний підхід до права пропонує орієнтуватися на момент повторюваності в його розвитку, що дозволяє виявити певні структурні принципи. «Самі судження мають важливість для дослідника настільки, і тільки настільки, наскільки вони дозволяють розумне передбачення, що подібні судження будуть представлені, якщо подібні ситуації повторюються. Дослідження права, таким чином, виглядає вивченням принципів порядку, що розкриваються в однаковості підстав і наслідків. Коли однаковості є досить постійними, щоб бути предметом передбачення з розумною визначеністю, ми говоримо, що право існує»<sup>3</sup>.

Коли ж проста гіпотеза перетворюється на принцип або правило? Кардозо пропонує звертатися до логіки ймовірності. «Коли передбачення досягає високого ступеня визначеності або впевненості, ми говоримо про встановлене право, хоча в передбаченні завжди залишається можливість помилки. Коли ж передбачення не досягає настільки високого стандарту, ми говоримо про право як сумнівне або невизначене. Далі вниз наступає пункт, де право не існує, і повинне бути створене актом вільного створення, якщо в цьому взагалі є потреба»<sup>4</sup>.

Проте не слід розуміти думку Кардозо як суцільну апологію «вільного права» або якогось трансцендентного права, вищого за авторитет існуючого в державі закону. Кардозо полемізував з позицією Л. Дюгі (Léon Duguit), який був на той час дуже популярним в Америці після прочитаного ним циклу лекцій у Колумбійському університеті на тему «Суверенітет і свобода»<sup>5</sup>. У «Трактаті конституційного права»

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 34–35.

<sup>2</sup> Там само. – P. 36–37.

<sup>3</sup> Там само. – P. 37–38.

<sup>4</sup> Там само. – P. 44.

<sup>5</sup> Duguit L. *Souveraineté et liberté: leçons faites à l'Université Columbia 1920-1921*// <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67860z>>

(*Traité de Droit constitutionnel*, перше вид. 1911) Дюгі писав таке: «Я переконаний, що право не є творінням держави, що воно існує без держави, що поняття права є повністю незалежним від держави, і що правління права накладається так само на державу, як і на індивідів»<sup>1</sup>. Коментуючи це висловлювання, Кардозо відзначає, що подібні спекуляції не відповідають реальному стану справ, принаймні у сфері судочинства. «Якщо існує право, яке не відповідає суверенітетові держави, і ще й до того ж вище за нього, воно не є правом в тому сенсі, який стосується судді чи адвоката, а більше стосується державного діяча чи мораліста. Суди є творіннями держави та її сили і оскільки вони продовжують існувати як суди, вони повинні підкорятися праву їхнього творця»<sup>2</sup>.

Третю лекцію Кардозо присвятив обговоренню того, що таке становлення права, і якими методами мають користуватися судді. Свій розгляд він обмежує судочинством, свідомо не торкаючись процесу розвитку права через законодавство. Його цікавить, як саме суддя розвиває й розширює право, коли зовнішні події роблять цей розвиток або розширення необхідними? Чи є у нього тільки один метод, чи декілька, і якщо їх декілька, як вони відрізняються між собою і якими принципами керується суддя у виборі між ними?

Трапляються випадки, коли справа цілком однозначно вирішується за допомогою простої дедукції з добре встановлених законів. Але є багато інших справ, де ситуація неоднозначна, і потребує вибору між двома (або більше) шляхами прийняття рішення, кожен з яких здається правильним. Кардозо підкреслює, що тут не йдеться про сліпий або довільний вибір — він має бути раціонально виваженим і мудрим<sup>3</sup>. Запорукою цієї мудрості є філософія, якої дотримується суддя<sup>4</sup>. Він вільний у своєму виборі, але його свобода досить обмежена. «Повної свободи, неконтрольованої й нескutoї, ніколи немає. Тисяча обмежень — результати деяких статутів, деяких прецедентів, якоїсь невідзначеної традиції або техніки, що не запам'ятовується, — охоплюють і стримують нас, навіть коли ми думаємо, що цілком вільні. Незбагненна сила професійної думки тисне на нас, як атмосфера, хоча ми не

<sup>1</sup> Цит. за: Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 48.

<sup>2</sup> Там само. – P. 49.

<sup>3</sup> Там само. – P. 57–58.

<sup>4</sup> Там само. – P. 59.

враховуємо її вагу. У найкращому разі, ми наділені вузькою свободою»<sup>1</sup>. У дев'яти з десяти випадків діапазон вільної діяльності судді є відносно малим. Проте саме в цій одній десятій випадків судова влада досягає максимуму свободи, і судовий процес є найбільш цікавим.

Кардозо нагадав про свою викладену в «Природі судового процесу» класифікацію методів, якими має керуватися суддя (філософський метод логіки або аналогії, історичний метод, або метод розвитку; метод звичаю або традиції; і огляд правосуддя на суспільний добробут, виражений у методі соціології). Тепер він бачить, що є підстава для критики, коли логіка представлена як метод, що протистоїть іншим методам. «У дійсності, це інструмент, який не можна ігнорувати при застосуванні усіх інших, бо основним предметом, що обмірковується, є природа передумов. Ми можемо взяти за нашу передумову якусь попередньо встановлену концепцію, норму або прецедент, і обробляти їх зусиллям чистого розуму за допомогою логіки. Ми можемо доповнити концепцію, або норму, або прецедент зовнішніми джерелами, і застосувати інструмент нашої логіки до передумови, яка у такий спосіб змінена або виправлена. Різниця між функцією логіки в одному і в іншому випадку є насправді розходженням акценту. Інструмент розглядається, з одного боку, як достатній інструмент для становлення, а з другого — як інструмент співробітництва з іншими»<sup>2</sup>.

Кардозо виступив проти абсолютизації як літери закону, так і будь-якого одного методу в правосудді: «Магічні слова й закляття є настільки ж фатальними для нашої науки, як і для будь-якої іншої. Методи, будучи класифіковані й відділені, здобувають своє істинне значення та перспективу як засіб для досягнення мети, а не як мети в собі. Ми сподіваємося знайти спокій розуму в слові, формулі, ритуалі. Але ця надія — ілюзія»<sup>3</sup>. Разом із тим він не був схильний цілком відмовлятися від формальних вимог: «Я не недооцінюю прагнення до механічних і формальних випробувань (*tests*). Вони можливі й корисні в деяких зонах юридичної сфери. Біль вибору — відділення таких зон від інших. Це біль, який ми повинні винести, оскільки одноманітність методу буде нести нас на скелі»<sup>4</sup>. Кардозо приєднався до думки Дж. М. Кейнса, що сучасна логіка є не стільки дослідженням теоре-

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 61.

<sup>2</sup> Там само. – P. 62–63.

<sup>3</sup> Там само. – P. 66–67.

<sup>4</sup> Там само. – P. 67–68.



тично визначеної достеменності, а передусім дослідженням практично значущої ймовірності. У прецедентному праві тільки у виняткових випадках повна визначеність є можливою або очікуваною. «Принцип або прецедент були результатом пошуків можливості... Ми повинні пам'ятати, що в основі істини лежать гіпотези»<sup>1</sup>. Встановлення ступеня істинності цих гіпотез не може обмежуватися тільки логічним методом: «Не одна логіка, а логіка, доповнена соціологічними науками, стає інструментом для досягнення прогресу»<sup>2</sup>. Соціологічний метод допомагає, наприклад, встановити баланс у рішеннях справ оренди, відшкодування збитків або мінімальної заробітної плати. Одна група встановлює у своїй свідомості норму або стандарт прийнятних пільг і, відштовхуючись від цього, розглядає судові рішення як мінімально прийнятне у даній ситуації. Інша група шукає стандарт не стільки в межах прийнятного, скільки за ними. Залежно від відповіді, чи цей стандарт має бути метафізичною концепцією або історичною даністю, або життєвою необхідністю, будуть отримані різні результати<sup>3</sup>. Розвиток права відбувається шляхом постійного розширення сфери судового захисту на нові предмети правового регулювання. Кардозо відзначав, що англійські суди не допускають рішень, що розходяться з логічною дедукцією зі встановлених концепцій, тоді як «ми в США готові підкоряти логіку користі»<sup>4</sup> у численних випадках судового захисту щодо одержання страхових компенсацій, порушення контракту, або відшкодування збитків від дій недобросовісного промисловця — «споживач завжди правий». Кардозо наводить приклади відшкодувань потерпілим покупцям, починаючи зі справи *Thomas v. Winchester* (продаж отруйних речовин) у Нью-Йорку. Практика таких відшкодувань швидко поширилася на автомобілі, пиріжки й тістечка, в яких знаходили нігті та інші чужорідні інгредієнти. Таким чином, соціальний добробут є фінальним випробуванням якості судового рішення і ферментом зростання права. У цьому зростанні недоречно «ставити перед собою вибір винятково між логікою й історією, або логікою й звичаєм, або логікою й справедливістю»<sup>5</sup>. Відповідні методи не виключають, а доповнюють один одного, причому в кожному окремому випадку на перший план

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 69.

<sup>2</sup> Там само. – P. 74.

<sup>3</sup> Там само. – P. 75.

<sup>4</sup> Там само. – P. 77.

<sup>5</sup> Там само. – P. 79.

може вийти то один, то інший метод. Отже, у застосуванні методів потрібна гнучкість, а не жорсткість. Проте «жоден майстер юридичної теорії (*master of juristic theory*) не дав визначеної відповіді», як саме мають поєднуватися різні методи у реальному праві<sup>1</sup>. Зокрема, Кардозо приєднується до думки Стоуна, що соціологічна юриспруденція ще має розробити формули й принципи, яким можна навчитися і які будуть викладені таким чином, щоб зробити їх методологічним керівництвом для вченого-юриста або судді. «Її значення на цей час є в основному негативним. Вона попереджає суддю і вченого-юриста, що логіка й історія не можуть і не повинні мати вирішального впливу, коли слід зробити динамічне судження»<sup>2</sup>.

Це «динамічне судження» формується завдяки безлічі елементів: «життєвого досвіду судді; його розуміння канонів правосуддя та моралі; його обізнаності у суспільних науках; часом ... його інтуїції, його припущеннями, навіть його неуцтвом або упередженням»<sup>3</sup>. Таке розуміння інтелектуальної діяльності судді є принципово нелінійним і неklasичним. Кардозо вказує, що для сучасності вже недостатнє традиційне уявлення, яке походить від Арістотеля і ґрунтується на статичному розумінні правосуддя. «Те, що ми шукаємо... є правосуддя, якому має відповідати право в його створенні. Правосуддя в цьому сенсі — поняття, набагато більш витончене і невизначене, ніж те, що отримується простою покорою правилам. Воно залишається певною мірою... синонімом прагнення, настроєм піднесення, тугою про щось прекрасне або високе... Можливо, через деякий час ми знайдемо, що, говорячи про правосуддя... ми маємо на увазі ... добродійність (*charity*), незважаючи на те, що ця якість часто протиставляється іншим якостям»<sup>4</sup>.

Кардозо наголосив, що сучасне юридичне мислення повинне зважати не тільки на логіку та історію, а й на художню літературу, з якою воно має спільний творчий елемент. Крім того, юристам слід більше покладатися на притаманну великим суддям минулого інтуїцію, «що збагачує і перетворює внесок простого досвіду»<sup>5</sup>. Разом із тим, на відміну від інтуїтивістів, які різко протиставили інтелект та інстинктивну інтуїцію, Кардозо підкреслив: «Нам не потрібно ставати послідовни-

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 83.

<sup>2</sup> Там само. – P. 84.

<sup>3</sup> Там само. – P. 85.

<sup>4</sup> Там само. – P. 87.

<sup>5</sup> Там само. – P. 89.

ками будь-якої теорії епістемології, Бергсона або будь-якої іншої, щоб відчувати чинність аналогії між творчим процесом... і процесом, що працює в розвитку права. Цей механізм відображає ту ж розмаїтість форми, частин і комбінацій. Аналіз чергується із синтезом, дедукція з індукцією, розум з інтуїцією»<sup>1</sup>.

У четвертій лекції Кардозо підкреслив необхідність ретельного аналізу соціальних інтересів у розляді судових справ під кутом зору теорії цінностей. «Філософи дали їй ім'я аксіологія, або наука про цінності, безпосереднім заняттям якої є вивчення порівняльних цінностей в етичних, соціальних, або естетичних проблемах. Висновки цієї науки повинні час від часу уточнюватися суддею, хоча уточнюватися відповідно до обмежень, які накладені на його свободу приймати або відкидати їх. Коли законодавець декларує, що один інтерес вище іншого, суддя повинен підкорити свою особисту або суб'єктивну оцінку цінностей до оцінки, таким чином оголошеної»<sup>2</sup>. Навіть тоді, коли суддя вважає, що положення закону засновані на помилковій аксіології, він не має права їх ігнорувати. Коли ж закон взагалі мовчить, суддя «повинен регулювати свою оцінку цінностей за допомогою об'єктивних, а не суб'єктивних критеріїв, керуватися думкою й волею суспільства, а не його власною індивідуальною схильністю і вірою»<sup>3</sup>. І тільки тоді, коли думка й воля суспільства не визначені, суддя може звертатися до власного критерію цінностей. «За таких умов об'єктивна воля зіллється зі суб'єктивною; аксіологія, що повинна орієнтувати його, буде його власною, а не чужою. Там не слід побоюватися появи таких особистостей, інакше у великих розумів і великих душ не буде можливості виявити себе»<sup>4</sup>.

Суддя не тільки має роз'яснити соціальну свідомість і надати їй юридичної чинності, а й допомагати своїм тлумаченням її формуванню та змінам згідно з його філософією кінцевих цілей права. «Надаючи особливого значення важливості її допомоги, я не збирався зробити припущення, що ця філософія є самодостатньою. Звертання до філософії права... передбачає знання норм і правил, розвиток яких є нашим завданням»<sup>5</sup>.

У всіх сумнівних випадках, коли фактичні і юридичні аргументи «за» і «проти» певного рішення здаються однаково переконливими,

<sup>1</sup> Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 91.

<sup>2</sup> Там само. – P. 94.

<sup>3</sup> Там само. – P. 95.

<sup>4</sup> Там само. – P. 95.

<sup>5</sup> Там само. – P. 97.

саме філософія може допомогти. «Коли ми зіштовхуємося з такого роду ситуацією, вибір... судді буде переважно визначений його концепцією цілі права, функції правової відповідальності, і це питання цілей і функцій — питання філософії»<sup>1</sup>.

Повертаючись до проблеми методу, Кардозо говорив: «Ми повинні пам'ятати, що всі методи мають сприйматися не як ідоли, а як інструменти. Нам варто перевіряти кожний із них за допомогою інших, доповнюючи і зміцнюючи там, де виявляється слабкість... Розглядаючи їх таким чином, ми повинні розуміти, що вони не супротивники, а союзники»<sup>2</sup>. Це стосується, зокрема, конфлікту між прибічниками історичного та соціологічного методів. Цікаво, що Кардозо задовго до видатного фізика Н. Бора формулює ідею, яку Бор значно пізніше назвав принципом додатковості і запропонував поширити її на сферу будь-якої науки. Пропонуючи поєднати методи опису процесів на субатомному рівні і як частинок, і як хвиль (пор. дискусію про антиномію права і закону в філософії права), Бор у статті 1937 р. писав: «...ми і в інших сферах людського пізнання зустрічаємося з ...протиріччями, які можуть бути усунені лише за допомогою принципу додатковості»<sup>3</sup>. Дещо дуже подібне висловив Кардозо вже в 1924 р.: «Цілком імовірно, історична школа перебільшила підсвідомий, безвільний елемент у розвитку права. Проте, якщо її припущення будуть прийняті, вони вимагають не сліпого копіювання минулого, а ретельного розгляду сьогодення... Де нам залишається шукати відкриття народного духу, як не в існуючих стандартах корисності й добробуту? Ми неправильно й односторонньо розглядаємо історію, коли ігноруємо ці динамічні аспекти»<sup>4</sup>. І вже зовсім схоже на принцип додатковості в юриспруденції звучать слова: «Ми повинні навчитися управляти нашими інструментами, використовувати наші методи й процеси не окремо, а разом... Неправильно буде порівнювати використання того або іншого методу, при тому, що один виключає інший»<sup>5</sup>.

У завершальній, п'ятій, лекції Кардозо наголосив на необхідності підпорядкування застосовуваних методів конкретним цілям юридичної

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 101.

<sup>2</sup> Там само. – P. 102.

<sup>3</sup> Бор Н. *Причинность и дополнительность* / Н. Бор // Избр. науч. тр. : в 2 т. – М. : Наука, 1971. – Т. II. – С. 209.

<sup>4</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 104.

<sup>5</sup> Там само. – P. 107.

теорії та практики. Визначеність методів повинна поєднуватися із гнучкістю їхнього застосування і можливості постійної ревізії норм. Соціологічний метод допомагає встановити наслідки прийняття тих або інших судових рішень. Саме він допомагає створенню дієвої філософії законодавства.

Висловлені вже майже 90 років тому, не втрачають актуальності думки Кардозо: «Закони, навіть успішно втілені в дію, повинні бути переглянуті при першому ж випадку, коли виявиться, що вони неповні або їхня працездатність знижена настільки, що вони вже не можуть служити на благо. Перегляд права — це делікатна робота, яка не повинна доручатися поверхневим і неуважним людям. Вона повинна здійснюватися в певному порядку і строго контролюватися, щоб ця робота не була безглуздою або застарілою... Ми не повинні байдуже ставитися до законодавства. Труднощі тут криються у встановленні каналів зв'язків між законодавчою владою та судами»<sup>1</sup>.

У процесі постійного оновлення права судова влада має керуватися філософією права як теорією його походження, зростання і мети. «Тільки в такий спосіб ми вбережемося від емпіризму, що знаходить у думці [судді] не передбачення, а команду, якій потрібно коритися»<sup>2</sup>. Кардозо приєднується до думки Судді Брендайса, який вважав необхідним постійний пошук у процесі суддівства: «Право має вважатися експериментальним». Розвиваючи цю тезу, Кардозо наголошував: «Процес суддівства є фазою ніколи нескінченного руху... а не безжиттєвим повторенням механічної рутини»<sup>3</sup>. Разом із тим слід знаходити баланс у вирішенні антиномії: право повинне бути сталим, і все ж воно не може стояти на місці.

На завершення Кардозо наголосив, що попри багатосторічну історію суддівства «через відсутність прийнятної філософії права ми ще не встановили для наших суддів основні та контролюючі принципи, які повинні формувати манеру їхнього суддівства. Ми ще не знаємо ані наших повноважень, ані наших обов'язків»<sup>4</sup>. Тому нагальною потребою є розробка принципів, на підставі яких можливе «досягнення згоди щодо фундаментальних речей»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 120.

<sup>2</sup> Там само. – P. 139.

<sup>3</sup> Там само. – P. 142–143.

<sup>4</sup> Там само. – P. 144.

<sup>5</sup> Там само. – P. 145.

**Титов В. Бенджамин Кардозо о процессе права**

В статье рассматриваются основные идеи книги Б. Кардозо «Становление права» (1924), относящиеся к творческой роли судьи в процессе медиации и интерпретации права.

**Ключевые слова:** Бенджамин Н. Кардозо, «Становление права», Американский Институт права, антиномии в праве, аксиология, судебские методы.

**Titov V. Benjamin Cardozo on the Growth of the Law**

The author examines main ideas of Benjamin Cardozo's book «The Growth of the Law» (1924), concerning creative role of judges in the process of mediating and interpreting law.

**Keywords:** Benjamin N. Cardozo, «The Growth of the Law», American Law Institute, antinomies in law, axiology, methods of judging.