

ШКОЛА ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ: ПОШУК БАЛАНСУ МІЖ ВИЗНАЧЕНІСТЮ НОРМ ПИСАНОГО ПРАВА І СУДОВОЮ ДИСКРЕЦІЄЮ

У статті проаналізовано концептуальні засади засновників правового реалізму щодо визначення ролі особистості судді у прийнятті рішень та побудові юридичної аргументації. Шукаючи механізми боротьби з формалізмом, реалісти наголошували на важливості постаті судді у віднаходженні справедливості саме крізь призму встановлення та аналізу фактів у справі. Розглянуто ідеї правових реалістів щодо визначення судової дискреції саме в частині встановлення фактів, які мають бути належним чином оцінені та до яких у подальшому необхідно обрати правову норму, що підлягає застосуванню. Продемонстровано еволюціонування думок правових реалістів щодо пошуку балансу між слідуванням суддею визначеним нормам писаного права та наданням у необхідній мірі свободи розсуду для розгляду справ не формально, а шляхом індивідуального підходу до кожної справи з детальним аналізом фактів справи, які її формують. Аналіз робіт правових реалістів засвідчує те, що вони в процесі розвитку школи не абсолютизували роль дискреційних повноважень судді, а через призму судового розсуду намагались довести важливість особистості судді, як того, хто в процесі розгляду справи визначає, які саме факти мали місце в події, щодо якої існує спір, та відповідно які правові норми мають бути застосовані до встановлених фактів.

Ключові слова: юридична аргументація, дискреційні повноваження, аналіз фактів, норма права, емпіричний підхід, реальність.

Американський правовий реалізм, який створив власну традицію боротьби з формалізмом, став інтелектуальною основною течією розвитку правничого навчання і практики, а також загальної правової теорії у Сполучених Штатах Америки [1, р. 114].

Реалісти наголошували на важливості звертати суддям увагу та аналізувати *соціальну реальність* при формулюванні юридичної аргументації. На думку реалістів, судді не повинні аналізувати справу та вирішувати спір відсторонено від реального життя, виводячи абстрактні судження на підставі змісту норм права. Навпаки, вкрай важливо аналізувати соціальну реальність, в якій діють норми права, для того, щоб задовольняти потреби суспільства, яке хоче бачити в судді особу, що прагне віднайти справедливість [2, р. 501].

Олівер Холмс зазначав, що суддя, який володіє знаннями про *історичні та поточні соціальні цілі*, має більше можливостей для того, щоб сприяти розумінню права та його розвитку [3, р. 312].

У своїй відомій в історії розвитку американської юриспруденції окремій думці по справі *Lochner v. New York, 198 U. S. 45 (1905)*, Олівер Холмс зазначив, що «абстрактні норми не вирі-

шують конкретних справ. Вирішення справи залежить від оцінювального судження або інтуїції, більш витонченої, ніж будь-яке чітко виражене загальне положення» [4].

На думку Холмса, судові спори не можуть об'єктивно вирішуватись виключно на підставі прецедентів та в межах уже сформованої системи загального права. На прийняття суддею рішення також впливає суб'єктивне судження щодо панівних у суспільстві соціальних цінностей [3, р. 312].

Насправді, певну абсолютизацію судового розсуду, на підставі аналізу суддями реальних фактів, ізолюючись від імперативної, сталої частини – норм права, можна було простежити у реалістів у витоках розвитку школи, однак, розуміючи вразливість такої позиції, реалісти розвивали свою теорію і шукали баланс між детальним аналізом фактів справи та писаними нормами права.

Найбільша частина критики напрацьовань правових реалістів полягала у гіперболізації ролі судді та його повноважень на весь процес прийняття рішення. Можна зустріти критиків правового реалізму, які висміювали думку, авторство якої приписують Джерому Франку: прийняття рішення суддею залежить від того, що він

їв на сніданок [5, р. 1371]. Думка правового реаліста є набагато глибшою, ніж те, як її висвітлив у своїй карикатурній статті Алекс Кожинський, в якій він висміює Франка, зазначаючи, що вся теорія правового реалізму побудована на залежності рішення судді від його настрою, сніданку та хорошого сну [6, р. 993]. Таке сприйняття свідчить про поверховість або абсолютну неознайомленість із роботами реалістів.

Радянський науковець професор В. О. Туманов, висвітлюючи своє бачення думок Джерома Франка, зазначав, що реалісти наділяють суддю безмежною свободою розсуду і у сфері встановлення фактів «філософськи» обґрунтовують фальсифікацію фактів і доказів [7, с. 120].

Насправді, Джером Франк прагнув донести, що особистість судді має надзвичайну важливість у процесі аналізу фактів, прийняття рішення, побудови юридичної аргументації, але не на підставі інтерпретації Алекса Кожинського та іншої подібної критики. Обґрунтування Франка було набагато глибшим і складнішим.

Наголошуючи на важливості фактів справи у прийнятті рішення, Джером Франк зазначає, що у більшості випадків розгляду судових справ свідки, які з'являються до зали судового засідання, надають показання. Зазвичай, показання, які надають свідки однієї сторони, суперечать показанням свідків іншої сторони. Суд, визнаючи показання однієї чи іншої сторони правдивими, повинен встановити факти, відтворити події так, як вони насправді відбувались у минулому. Своєю чергою, залежно від встановленої низки фактів суд вирішує, які норми права мають бути належним чином застосовані [8, р. 213].

Як влучно зазначає Джером Франк, суверенітет судової влади полягає у наданих їй дискреційних повноваженнях. Багато правових мислителів стверджували, що не існує ніякої іншої дискреції, аніж щодо вибору правових норм, тобто встановлені широкі межі у гнучких матеріальних нормах надають судді право застосовувати їх до визначеного кола фактів. Але суд першої інстанції має інший прояв дискреційних повноважень, які існують незалежно від гнучкості правових норм. Ця дискреція полягає у владі обирати, показання якого свідка приймаються як достовірні [8, р. 214–215].

Реаліст розмежовує дискреційний розсуд стосовно фактів, яким наділені суд першої інстанції та вищі інстанції, зазначаючи, що зазвичай процес вибору фактів на підставі показань свідків не контрольований судами вищих інстанцій, а є привілеєм судів першої інстанції [8, р. 214–215].

Варто погодитись із правовим реалістом, що саме цей вид дискреційних повноважень, що полягає у виборі фактів, надає суду першої інстанції найважливішу і найпотужнішу силу у всій процедурі і системі судового розсуду.

Отже, керуючись логікою правових реалістів, для того щоб прийняти об'єктивне і справедливе рішення, суддя повинен досконало володіти фактами справи і вміти їх належним чином аналізувати.

Інший правовий реаліст Вольтер Кук детально описав усю складність процедури відбору і аналізу фактів.

Він зазначає, що зовнішній світ фактів можна уявити як змінну низку різних видів кольорів, звуків, запахів, те, що можна назвати «беззмістовними елементами фактів» або «беззмістовними, сирими подіями». Якщо спробувати описати ці беззмістовні події, виявляється, що існує нескінченна кількість аспектів у будь-якій ситуації. З цієї нескінченної різноманітності аспектів будь-якої ситуації необхідно обрати ті, які з тієї чи тієї підстави стануть предметом обговорення.

На другому етапі необхідно обрані аспекти ситуацій пов'язати за певними категоріями, класами, за допомогою яких можливо надати або створити словесний символ. Лише після цього можна констатувати існування певного факту у певній ситуації, для того щоб мати розуміння, як усе відбулось.

Підсумовуючи процедуру відбору фактів, на думку Вольтера Кука, щоб констатувати певний факт за наявною ситуацією, яка складається із низки подій у кожній справі, необхідно *обрати певні аспекти, і таким чином відкинути всі інші*, які представлені, а згодом інтерпретувати сформовані факти, використовуючи наукові терміни, для того, щоб підвести їх під певні категорії. Лише після цього можливо констатувати наявність певного факту. Таким чином, всі встановлені факти є результатом вибору, розсуду суду і розумових процесів, а не прямим результатом спостереження за тим, як усе відбулось у реальності.

На завершення аналізу викладеного алгоритму, автор зазначає: те, що суддя обирає із представленого йому матеріалу, залежить *від його минулого досвіду, освіти та від мети, яку він тримає у полі зору в процесі розгляду* [9, р. 238–239].

Франк вважає, що багато реалістів проігнорували у своїх напрацюваннях питання дискреційних повноважень, що стосуються роботи

з фактами справи, оскільки вони мали практику роботи у вищих судових інстанціях (апеляційних і касаційних), до компетенції яких не належить відбір фактів, натомість вони розглядають справу на підставі фактів, відібраних судом першої інстанції [8, р. 224].

Разом із демонстрацією дискреційних повноважень судді у виборі фактів при розгляді справи, правові реалісти не ізолюють цей процес від правового поля і наголошують на його важливості.

Грунтовний аналіз робіт реалістів демонструє, що пошуками *компромісу між судовою дискрецією у вирішенні справи та необхідністю дотримуватись визначених норм права* реалісти займалися із самих витоків школи. Так, на початку своєї відомої роботи «Шлях права» («The path of the Law») Олівер Холмс зазначав, що «коли ми вивчаємо право, ми вивчаємо не таємницю, а чітко зрозумілу професію» [10, р. 167]. Тим самим Холмс дав зрозуміти, що для нього право становить чітко визначену систему.

У пошуках балансу між дискрецією і урегульованістю, Роско Паунд вважав, що суспільство його часів потребувало не просто правового регулювання, а значного правового регулювання; воно також потребувало визначеності у правових термінах та категоріях та у їх застосуванні судовим корпусом. Науковець зазначає, що на стадії розвитку сільськогосподарського суспільства врегулювання відносин без писаного права ще можливо уявити, однак на етапі індустріального та промислового розвитку економічні відносини настільки ускладнюються, що потреба у правовій визначеності і правовому регулюванні стає дедалі необхіднішою [11, р. 704–705].

Висловлюючи свою позицію проти формалізму, Паунд наводив низку причин. По-перше, визначеність і однорідність забезпечуються за допомогою правил або логічних висновків із фіксованих принципів і вузько визначених правових концепцій. Згідно з тим фактом, що зазначені категорії формують правила, вони повинні працювати якщо не наосліп, то принаймні безособово і механічно. По-друге, науковість і системність, що мають свій вияв у юриспруденції, несуть разом з собою тенденцію робити закон кінцевою метою, а не засобом для досягнення кінцевої мети. В цьому виявляється прагнення зробити явище, яке мало б практичний характер, надакадемічним і наднауковим. Правник зазначає, що саме такою тенденцією характеризувався розвиток юриспруденції наприкінці XIX ст. По-третє,

закон породжує новий закон, а розвинені суспільства демонструють тенденцію використовувати правила навіть там, де це є неможливим. По-четверте, оскільки писані норми є сталими і не можуть швидко реагувати на зміни концепцій, завжди наявним є той елемент, який повною мірою не відповідає актуальним потребам суспільства [11, р. 712–713].

Таким чином, аналіз позицій Паунда свідчить про те, що він наполягав на необхідності пошуку компромісу між урегулюванням суспільних відносин писаними нормами права та наданням суддям у необхідній мірі свободи розсуду для розгляду справ не формально, а шляхом індивідуального підходу до кожної справи з детальним аналізом фактів справи, які її формують.

Свідченням цього є позиція Паунда, відповідно до якої правила і надмірно жорсткі стандарти іноді заважають судді прийняти найкраще можливе рішення; з іншого боку, правила захищають громадян від необізнаності некваліфікованих суддів та забезпечують підтримку від неправомірних мотивів суддів при здійсненні судочинства [11, р. 712–713].

Цитуючи суддю Джона Салмонда, Паунд погоджується, що історичним фактом є те, що *«пропорція між нормами писаного права і судовою дискрецією є незафіксованою, а змінною»*, і умови, які надають перевагу одному або іншому елементу, змінюються залежно від часу, місця і людей [11, р. 700].

Продовжуючи аналіз зв'язку між фактами і нормами права та обсягом дискреційних повноважень, Франк надає такий алгоритм дій і співвідношення дискреції. За загальним правилом *вважають, що правова норма є умовною і діє за формулою «якщо тоді»*, яка трансформується у житті в такий алгоритм дій: *якщо певні факти відбулись, тоді ці правові наслідки повинні настати* [8, р. 224–225]. Детальніше Франк розшифровує свою формулу таким чином: *«Якщо певні факти “доведені” згідно з вимогами і в межах, дозволених процесуальними нормами, тоді відповідне рішення має бути прийнятим»* [12, р. 104]. Тобто, суд мав би застосовувати певні правові наслідки щоразу, коли визначені нормою факти відбуваються. Але насправді застосування правила «якщо, тоді» у житті має інше забарвлення. У процесі судового розгляду не має жодного значення, чи відбулися певні факти. Суд застосує певні правові наслідки лише тоді, коли він «встановить», що такі факти відбулись. Отже, процес встановлення фактів є вірою суду стосовно віри свідків однієї зі сторін, що певні

факти відбулись. У зв'язку з цим, суд першої інстанції сам по собі є свідком того, що говорять свідки в залі судового засідання, їхньої манери поведінки. Судді в судах першої інстанції формують свою віру, коли є свідками того, що свідчать свідки у справі. Таке розуміння алгоритму подій дає Франку підставу зробити висновок, що судді – також люди і можуть помилятися у своїх спостереженнях. Якщо суди першої інстанції, враховуючи їхнє помилкове розуміння і бачення ситуації, вірять, що встановлені факти, які вимагають застосування певних юридичних наслідків, відбулися, тоді цей суд першої інстанції, а в разі подальшого перегляду справи – й суди вищих інстанцій, також застосує відповідні правові норми до фактів, які насправді ніколи й не відбувались.

Джером Франк зазначає, що неможливо знати, чи є факти в тому вигляді, як вони встановлені, тими самими, що і реальні факти минулого, які (перефразовуючи Канта) можуть бути названі «фактами в собі». Ні сам суддя, ні будь-хто інший не можуть бути впевнені, наскільки вони наблизилися у своїх «відкриттях» до того, що є дійсними фактами [13, р. 61].

Своїм аналізом Джером Франк демонструє, що під час вирішення справи судді стикаються не з фактами, які відбулись у житті, а з тими фактами, які сам суддя встановить. А в цьому процесі завжди є місце помилці. Коли суддя у рішенні описує обставини справи, встановлення того, що певні факти мали місце, є не чим іншим, як вірою самого судді в те, що ці факти відбулись. Така віра має суб'єктивний характер. Негативна сторона цього усвідомлення полягає в тому, що, зазвичай, ніхто, зокрема й вищі суди, не може визначити, чи суд першої інстанції чесно і достовірно встановив і зафіксував свої суб'єктивні переконання. І після того, як суд першої інстанції встановить у своєму рішенні певні факти, суди вищих інстанцій мають прийняти їх як такі, що були встановлені чесно і достовірно [8, р. 224–225].

Цитуючи відомого швейцарського юриста П'єра де Тоуртолона, Франк зазначає, що суддя може проголосити себе переконаним щодо певних фактів без наведення причин такого вибору, і це надає йому свободу проігнорувати показання свідків, які необхідно врахувати [8, р. 226].

Якщо факти справи є суперечливими, внутрішнє розуміння судді та його реакція на показання свідків, юристів відіграватиме вирішальну роль у встановленні фактів, тобто вирішальним буде його суб'єктивне переконання щодо

фактів. Разом з тим, якщо відповідно до його внутрішнього переконання він встановить певні факти, до яких можуть бути застосовані чітко визначені норми законодавства, то ці норми матимуть характер таких, які є єдиними правильними, що можуть бути застосовані у ситуації з такими фактами справи. Однак ось це внутрішнє переконання судді, про яке говорить Франк, ніколи не буде відображене у його письмовому рішенні, хоча його роль є ключовою [8, р. 228].

Джером Франк зазначає, що, звісно, є процесуальні норми права, які визначають процедуру розгляду справи і передбачають, які докази можна долучати до матеріалів справи, а які ні. Проте ці процесуальні норми не можуть контролювати такі процеси і фактори, як помилки свідків у їхньому первинному спостереженні минулих подій, помилки у спогадах свідків, упередженість і заангажованість свідків, свідомий і несвідомий вплив юристів на позицію свідків та інше [8, р. 231].

Оскільки не існує процесуальних правил, які б допомагали суддям у зваженні доказової цінності і вірогідності тих чи тих свідчень, реакція різних суддів на ті самі факти може бути протилежною [8, р. 232].

Усе ж для недопущення сваволі та беззаконня судді повинні при дослідженні та аналізі фактів справи не ізолюватись, а діяти в руслі встановлених суспільством цінностей, які знаходять свій вияв у загальних принципах права [14, с. 274–275].

У своїх роботах реалісти демонстрували, наскільки важливим є етап вивчення і розуміння фактів справи суддею, оскільки саме вони є основою подальшої судової аргументації та прийняття рішення. На основі встановлених фактів суд повинен вирішувати, які норми права необхідно застосувати. Своєю чергою, цей процес має суб'єктивний характер і є продуктом сприйняття, усвідомлення та рефлексії всіх обставин справи суддею. Проаналізовані думки дають підстави зробити висновок, що реалісти зовсім не заперечували важливість аналізу норми права, але ігнорувати факти справи, відповідно до їх аргументації, також є недопустимим. Усі фундатори школи зійшлись на тому, що правова реальність не обмежується нормами права, а охоплює політичні, соціальні, економічні, психологічні та інші чинники, які впливають на різні життєві обставини та повинні бути оцінені при формуванні суддями юридичної аргументації.

Список використаної літератури

1. Johnston D. M. The Historical Foundations of World Order: The Tower and the Arena / Douglas M. Johnston. – Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2008. – 875 p.
2. Singer J. Legal realismnow / Joseph Singer // California Law Review. – 1988. – Vol. 76:465. – P. 465–544.
3. Grechenig Kristoffel R. The Transatlantic Divergence is Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism [Electronic resource] / K. R. Grechenig, M. Gelter // Hastings International and Comparative Law Review. – 2008. – Vol. 31, No. 1. – P. 295–360. – Mode of access: <https://ssrn.com/abstract=1161168>. – Title from the screen.
4. US Supreme Court, Lochner v. NewYork, 198 U. S. 45 (1905) [Electronic resource]. – Mode of access: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>. – Title from the screen.
5. Tumonis V. Legal Realism and Judicial Decision-Making / Vitalius Tumonis // Mykolas Romeris University, Jurisprudence. – 2012. – № 19 (4). – P. 1361–1382.
6. Kozinski A. What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making / Alex Kozinski // Loyola Los Angeles Law Review. – 1993. – P. 993–1000.
7. Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права / В. А. Туманов. – Москва : Государственное издательство юридической литературы, 1957. – 176 с.
8. Frank N. Jerome. Modern and Ancient legal pragmatism – John Dewey & Covs. Aristotle: I / Jerome N. Frank // Notre Dame L. – 1950. – Vol. 25, № 2. – P. 207–257.
9. Cook Walter Wheeler. “Facts” and “Statements of Fact” / Walter Wheeler Cook // University of Chicago Law Review. – 1937. – Vol. 4, Iss. 2, Article 6. – P. 233–246.
10. Holmes O. W. The Collected Legal Papers Courier Corporation / Oliver Wendell Holmes // Dover Publications, Inc., Mineola, NewYork, 2007. – 320 p.
11. Pound R. Justice According to Law / Roscoe Pound // Columbia Law Review. – 1913. – Vol. 13. – P. 696–713.
12. Frank N. Jerome. Courtson Trial: Mythand Reality in American Justice / Jerome N. Frank. – Princeton University Press, N. Y., 1973. – 441 p.
13. Frank J. Courtson Trial / J. Frank. – N. Y., 1963. – P. 185, цит. з: Старченко А. А. Философия права и принципы правосудия в США / А. А. Старченко. – Москва : Высшая школа, 1969. – С. 61.
14. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. – Київ : Ваіте, 2016. – 392 с.

Mariia Melnyk

SCHOOL OF LEGAL REALISM: SEARCH OF BALANCE BETWEEN THE CERTAINTY OF LEGAL RULES AND JUDICIAL DISCRETION

The article addresses the conceptual foundations of the establishers of legal realism in determining the role of the judge’s personality in turning verdict and building legal argumentation. While being in search for instruments to overcome the formalism, realists stressed the importance of the personality of a judge in finding justice, precisely through the prism of establishing and analysing the facts in each particular case. The article analyses the ideas of legal realists in defining the role of judicial discretion in terms of establishing facts that shall be duly assessed and according to which it is necessary to choose the legal norm that need to be applied.

The article demonstrates the evolution of the approaches of legal realists in the search for a balance between the judge’s adherence to certain norms of written law and giving necessary discretion for the consideration of cases not formally, but through an individual approach to each case, with a detailed analysis of the facts of the case that form it. Realists highlighted the importance of paying attention and analysing the social reality during legal reasoning. According to the position of realists, judges should not analyse cases and resolve the disputes iselated from the real life, deducing the abstract judgments based on the content of the legal rules. On the contrary, it is extremely important to analyse the social reality where legal rules operate, in order to meet the needs of society that wants to observe in the judge a person who seeks to find justice.

The criticism of the position of legal realists was majorly due to the overburdened role of judges and their authority in the entire decision-making process. The analysis of the work of legal realists demonstrates that in the course of the development of the school, its founders did not absolutize the role of the discretionary powers of the judge, but through the prism of this phenomenon, they tried to prove the importance of the personality of the judge, as the one who, during the judicial proceedings, determines which particular facts took place in the occasion under the dispute, and accordingly, which legal norms should be applied to the defined facts.

Keywords: legal reasoning, discretion authority, facts analysis, legal rule, empirical approach, reality.

Матеріал надійшов 24.09.2018