

Суддівський розсуд

Пропонована праця — цінна допомога для суддів, прокурорів та адвокатів, а також правознавців, політологів, політиків. Видатний ізраїльський юрист, Голова Верховного суду Ізраїлю, спираючись на наукові знання та власний практичний досвід, досліджує проблеми вибору під час розгляду суддею складної справи, яка має кілька законних рішень. На думку автора, до якої він приходить у результаті свого аналізу, вибір визначається суддівською філософією, що є продуктом досвіду і світогляду судді.

Ця книга не про суддю у конкретній країні. Вона про право і суддівство взагалі, про суддівський розсуд як необхідний інститут кожної судової системи.

Аарон БАРАК

СУДДІВСЬКИЙ РОЗСУД

Видавництво
«Центр учбової літератури»
Київ – 2022

УДК 342.56

Б 24

Барак, Аарон

Б 24 Суддівський розсуд / Аарон Барак. — Київ: Вид. «Центр учбової літератури», 2022. — 320 с.

ISBN 978-611-01-2635-9

Пропонована праця — цінна допомога для суддів, прокурорів та адвокатів, а також правознавців, політологів, політиків. Видатний ізраїльський юрист, Голова Верховного суду Ізраїлю, спираючись на наукові знання та власний практичний досвід, досліджує проблеми вибору під час розгляду суддею складної справи, яка має кілька законних рішень. На думку автора, до якої він приходить у результаті свого аналізу, вибір визначається суддівською філософією, що є продуктом досвіду і світогляду судді.

Ця книга не про суддю у конкретній країні. Вона про право і суддівство взагалі, про суддівський розсуд як необхідний інститут кожної судової системи.

УДК 342.56

ISBN 978-611-01-2635-9

© Yale University., 1989.

© Видавництво «Центр учбової літератури», 2022.

ПЕРЕДМОВА

Ця книга про роздуми судді, який у рамках своєї суддівської роботи має робити вибір між декількома варіантами своїх дій. Я не маю наміру висвітлити цей предмет у всіх його аспектах, бо таке завдання було б надмірно велике. Воно б відносилось до всієї суддівської функції. Моє ж завдання – більш обмежене. Вона не охоплює всього інтелектуального процесу мислення та оцінки, які призводять суддю до формулювання його висновку. Воно має справу з роздумами судді, який після обмірковування та оцінки факторів виявляє, що зіткнувся з рядом можливостей, з яких усі законні. Питання, на яке я хочу відповісти, полягає в наступному: як суддя повинен використовувати свій розсуд, коли він стикається з правовою проблемою, що має більше одного законного рішення?

Однак навіть ці межі занадто широкі, правова проблема може ставитися до фактів (Чи вів Джон свою машину зі швидкістю шістдесят миль у годину?). Вона може також відноситися до застосування норми (Чи проявив Джон недбалість при керуванні машиною у специфічній ситуації?). Або ж правова проблема може ставитися до самої природи норми (Що таке недбалість?). У цій книзі я роздивлюся правову проблему насамперед із останньої точки зору, а саме: як суддя повинен застосувати свій розсуд у «важких випадках», коли він стикається з низкою законних можливостей щодо самої правової норми? Який з варіантів слід йому вибрати?

Ось приклади цього типу питань. Як суддя повинен тлумачити статутну норму, яка має більше одного лінгвістичного значення, коли неможливо виявити специфічну мету законодавця? Повинен суддя відхилитися від прецеденту? Чи повинен він визнати новий обов'язок чи право? Як йому заповнити лакуну у системі? Ці важкі питання є важливими для судового процесу. Іноді відповіді на них визначають напрямок руху та характер всієї системи. Такі питання перебувають на перехрестях розвитку кожної системи.

Вони встановлюють баланс між стабільністю та зміною. Вирішення цих питань містить властиві йому труднощі – постійну напруженість, існуючу між вирішенням окремого конфлікту (винесенням судового рішення) та створенням загальної норми (правотворчістю). Суддівська функція вимагає зосередитись на сторонах специфічного конфлікту та на природі конфлікту між ними. Законодавча ж функція вимагає зосередитись на системі як цілому – на загальній нормативній системі, на інституційних проблемах судової гілки та на взаєминах між різними системами органів влади. Я сказав, що сторони бажають вирішення специфічного конфлікту між ними. Але суддя, який працює над важкими справами повинен обмірковувати не тільки специфічний випадок. Він повинен також приймати до уваги минуле та свою інтегрованість у нього, а також майбутнє та очікування щодо його розвитку. Ця трикутна мета важкодосяжна. Отже, вирішувати важкі відносини також непросто.

Як використовувати суддівський розсуд у важких справах? Теза цієї книги полягає в тому, що суддівський розсуд не абсолютний. Суддівський розсуд обмежений. Його обмеження випливають насамперед із загальної нормативної системи, з інституційних проблем судової гілки та з комплексної мережі відносин серед гілок влади. Зважаючи на все це, доводиться ретельно просіювати ряд можливостей для розсуду. Іноді залишається лише єдина можливість. Але іноді просіювання виявляється неповним, і залишається низка можливостей.

Суддя має діяти об'єктивно, проте він немає іншого виходу, окрім як вирішити справу на основі свого особистого досвіду та суддівського світогляду. Таким чином, теза цієї книги полягає в тому, що в кінцевому рахунку у важких справах вибір судді визначається його суддівською філософією яка є продуктом його досвіду та його світогляду. Ця книга прагне описати різні шляхи, що ведуть суддю до цієї суддівської філософії. Книга намагається показати, що, перш ніж судді доведеться реалізувати свою філософію, йому потрібно пройти довгий шлях. Іноді йому ця філософія не потрібна, бо до вирішення проблеми, з якою він зіткнувся, ведуть об'єктивні стандарти. Однак іноді, до того ж у важких справах, суддя

наодинці з собою і своїм світоглядом повинен зайняти позицію та вирішити справу відповідно до них. Ця книга прагне пояснити цей процес.

Я не філософ. Моє поле спеціалізації – не юриспруденція. Я суддя. Моє поле – це доктрина винесення судових рішень. Юриспруденція – доктрина права – та доктрина винесення судових рішень є дві різні речі. Однак між ними є тісні зв'язки, які виражаються у важких справах. Ця книга прагне допомогти судді сформувати свій суддівський світогляд. Вона не містить розв'язання специфічних проблем. Це не збори законодавства чи прецедентного права. Це зусилля, спрямоване на побудову придатної моделі суддівського світогляду. Це суворо особиста спроба, прикрашена труднощами, які притаманні створенню всеосяжної тези на базі обмеженого особистого досвіду. Я спробував охопити літературу на цей предмет у тій мірі, якою я мав до неї доступ. Відсутність філософської підготовки та недостатнє володіння європейськими мовами ускладнило моє завдання. Із самого початку я не ставив за мету створення філософської моделі. Моя праця міститься на тонкому шві між нормою та дійсністю, між філософією винесення судових рішень та актом такого винесення. Книга призначена допомогти суддям, які є людьми дії, впоратися з важкими проблемами, які ставить перед ними життя і які змушують їх зважувати аргументи, що лежать в основі їх суддівської праці.

Ця книга не про ізраїльське право. Вона не про ізраїльського суддю. Вона про право і суддівство взагалі. Проблеми ці універсальні. Суддівський розсуд існує у кожній правовій системі. Використання його порушує загальні питання. Тому я використав правові матеріали з багатьох країн та з різних юрисдикцій. Звичайно, хоча проблеми загальні, вирішення їх може бути різним. Судді у різних країнах можуть по-різному використовувати свій розсуд. Я і намагаюся виявити різні міркування, які варто було б прийняти до уваги судді у будь-якій країні. Ці міркування загальні, але їх баланс може відрізнятися від країни до країни. Використання суддівського розсуду має б інтегруватися у загальну культуру країни. Отже, і мій власний підхід до використання

суддівського розсуду у важких справах тісно пов'язаний із моїм особистим досвідом судді у моїй власній країні – в Ізраїлі.

Мій інтерес до суддівського розсуду у важких справах сходиться до днів, коли я студентом вивчав право. Не раз, читаючи справу, я виявляв, що згоден і з думкою більшості, і з думкою меншості. Це мене вражало. Хіба кожна правова проблема не має лише одного законного рішення? Як могло виходити, що і більшість, і меншість пропонували рішення, які здавались мені законними? Будучи викладачем права, я продовжував дослідження проблеми, проводячи різницю між законним рішенням і відповідним рішенням. Але часто я стикався з питанням: що таке відповідне рішення і які міркування повинні братися до уваги при формулюванні цього рішення? Як генеральний прокурор Держави Ізраїль я бачив гілки влади (законодавчу, виконавчу та судову) у дії. Я розумів, що рішення, яке було підходящим, якщо виходило зі школи однієї з гілок влади, не обов'язково було підходящим, якщо виходило зі школи іншої гілки. Інституційні проблеми кожної гілки та проблеми взаємовідносин між гілками влади впливає на мудрість рішення. Тепер, коли я суддя Верховного суду, всі ці проблеми стали практичними. Кожній проблемі я маю дати рішення, уникнувши при цьому перетворення рішення на проблему. Раптом я виявив, що переді мною важкі справи та я разом із моїми колегами несусь особисту відповідальність за правильне їхнє вирішення. Невідповідне рішення може завдати шкоди не тільки сторонам справи; воно може також зашкодити всій судовій системі. Почуття особистої відповідальності стало тяжіти. Я знову почав розмірковувати про основи речей та цікавитись природою судового процесу. Я повинен був усвідомлювати те, що я роблю і чому це роблю. Я формулював свій досвід.

Тепер, коли я відчуваю, що підбив підсумки, я хочу довести мої роздуми до громадськості та помістити їх у тигель інтелектуальної боротьби. Мої ідеї суть запрошення до подальшого обмірковування суддівської функції. Основні положення не є новими. Це поновлення старих ідей. Звісно ж, кожне покоління має переоцінювати собі питання суддівської функції та її проблем. Мої слова звернені насамперед і

головним чином до моїх колег суддів, хто, як і я, зустрічається із важкими правовими проблемами, рішення яких прагне знайти суддівська філософія. Тільки судді, зрештою, можуть визначити, чи корисний мій підхід. Справжнім тестом гарної теорії слугує її практична реалізація. Проте мої слова звернені не лише до суддів. Суддя працює не у вакуумі. Він вирішує конфлікт, у якому є сторони, і вони, в свою чергу, мають повірених. Мої слова спрямовані і до них, і через них також до громадськості та юристів. Ця книга адресується і політикам законодавчої та виконавчої гілок влади. Мої слова призначені для освічених людей, які, хоча можуть і не мати інструментів для юридичного аналізу, чутливі до фундаментальних суспільних проблем, з якими має стикатися вирішення судових справ. Проте найбільше мої слова звернені до моїх добрих друзів – однаковою мірою до викладачів та студентів шкіл права. Від них я сприйняв бажання вчитися, потребу ставити питання та готовність визнавати помилку. Я сподіваюся, що відновлене вивчення природи суддівського розсуду приведе до кращого розуміння суддівської функції та судового процесу. Навіть якщо мої думки неприйнятні, я сподіваюся, що погляди, висунуті протилежно їм, просунуть вперед судово-процесуальну думку. Можливо, речі, які не виглядають правильними сьогодні, завтра можна буде побачити в іншому світі. Хороші ідеї, як гарне вино, з віком стають кращими.

Мені здається, що мій досвід викладання (як професор права) і практичної роботи (як генеральний прокурор) утворює необхідну умову для цього дослідження. Однак вирішальною причиною для написання цієї книги стала моя суддівська робота. Виходячи з цієї перспективи, книга присвячена всім суддям у різних судах і особливо моїм колегам у Верховному суді Ізраїлю, тим, з ким я сиджу на слуханні справи, а також тим, хто більше не судить і чия вченість виявляється із книжок. Суддівський погляд знаходиться в центрі цієї книги. Я намічаю напрями думки, які орієнтують суддю під час вирішення важких правових проблем, що мають більше одного законного рішення. Мій основний вихідний пункт полягає в тому, що існують ситуації, коли суддя на власний розсуд робить вибір між декількома лініями дії, з яких

усі законні. Перша частина книги присвячена розгляду цієї тези. Без цього розгляду не можна продовжити дослідження, як слід використовувати суддівський розсуд. Ця теза ґрунтується на припущенні, що суддівський погляд існує, хоч і обмежений, хоч і вузький, хоча тільки в небагатьох справах. Друга частина книги виходить із припущення, що обмежений суддівський розсуд існує як вибір між різними можливостями. У цій частині я намагаюся сформулювати головні аргументи, які суддя повинен зважити під час здійснення свого розсуду. В останній частині я прагну застосувати мій підхід до практики, розглядаючи його значення для майбутнього правосуддя.

Ця книга є перекладом моєї книги "Шикул даат шипуті", опублікованій в Ізраїлі в 1987 року. На івриті текст більший; він містить три додаткові глави, що розглядають конституційне тлумачення, статутне тлумачення та використання загальних принципів права. Наведені тут джерела взяті без зміни з видання на івриті, а отже, цей переклад містить посилання лише на роботи, опубліковані до 1986 року включно. Жоден із матеріалів, крім глави 9, раніше англійською не публікувався, хоча деякі публікувалися в юридичних журналах та ювілейних збірниках. Глава 9 про заміну прецедентів була опублікована в "Ізраїл ло ре'ю" за 1987 рік. Висловлюю подяку всім, хто допомагав мені в написання цієї книги. На особливу подяку заслуговують декан юридичного факультету Єврейського університету професор Іцхак Енґлярд та декани Гарвардської та Єльської шкіл права професор Джеймс Воренберг із Гарварда та професора Гаррі Веллінгтон та Гуїдо Калабрезі з Йеля. Як і у всіх моїх роботах у минулому, теперішньому та майбутньому, мій головний неоплатний борг – це борг моєму наставнику та вчителю професору Геду Тедески, який навчав мене правового мислення. Я вдячний моєму батькові, який навчав мене життю. І найбільше я вдячний Еліці, без її наполегливості та допомоги ця книга ніколи не побачила б світу.

Аарон Барак

ЧАСТИНА ПЕРША

ПРИРОДА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

РОЗДІЛ 1.

ХАРАКТЕРИСТИКИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

Труднощі у розумінні суддівського розсуду

Суддівський розсуд – це здебільшого таємниця для широкої публіки, для спільноти юристів, для викладачів права і для самих суддів¹. Суддя Едуордс звертався до цього феномену таким чином: “Можна було б очікувати, що сьогодні, через півстоліття після руху юристів-реалістів, феномен здійснення суддівського розсуду» буде вивчений настільки вичерпно, що заслуговуватиме не більше ніж згадки мимохідь при підготовці до розгляду найбільш суперечливих питань. Виявилось, що це не так. Не лише діяльність суддівської правотворчості зберігає таємничість, але й напрочуд велика кількість людей як усередині, так і поза спільнотою юристів ставлять під сумнів законність його в будь-якій формі»².

У той час як адміністративний розсуд став предметом широкого вивчення³, розсуду, здійснюваному суддями, було присвячено мало досліджень та робіт⁴. Суддівський розсуд залишається затягнутим у царство невідомого, оповитим покровом таємничості⁵, з незрозумілими навіть філософськими основами⁶.

Проглядаються кілька причин для цієї відсутності знання суддівського розсуду. По-перше, більшість суддів не пояснює, як вони застосовують розсуд, а у не суддів часто немає інформації про способи застосування суддями

¹ Див: Miller A. The Supreme Court: Myth and Reality. 1978. P. 11.

² Див: Edwards. The Role of a Judge in Modern Society: Some Reflections on Current Practice in Federal Appellate Adjudication // Clev. St. L. Rev. 1984. № 32. P. 385, 388.

³ Див: Davis K. Discretionary Justice. 1969.

⁴ Див: Paterson A. The Law Lords. 1982.

⁵ Див: Mason. Myth and Reality in Supreme Court Decisions // Va. L. Rev. 1962. № 48. P. 1385.

⁶ Див: Cardozo B. The Growth of the Law. 1924. P. 144.

розсуду. Як писав суддя Фелікс Франкфуртер: “Прагнення пошукового аналізу того, що вони роблять, схоже, рідко володіє суддями або тому, що вони не мають мистецтва критичного пояснення, або тому, що їм не дають його застосовувати. Фактом є те, що судді, на жаль, надають малого значення природі своїх зусиль, і я хотів би додати, що те, що написано тими, хто не є суддями, часто буває швидше самовпевненою карикатурою, ніж баченням спостерігача судового процесу в Верховному суді”⁷.

По-друге, деякі філософські доктрини, що стосуються права, не торкаються суду. Такі філософські теорії нехтують суддівським розсудом і не надають йому значення у сфері права⁸. По-третє, інші філософські доктрини, які визнають центральну роль судового процесу, обговорюють її таким чином, що не дозволяє застосувати будь-який нормативний, підхід, та це перешкоджає формулюванню доктрини суддівського розсуду. Так, наприклад, прийнята в британському загальному праві декларативна теорія, згідно якої суддя декларує право, але не створює його, не зосереджується на суддівському розсуді, оскільки доктрина не визнає суддівської творчості. Американські реалісти⁹ та неореалісти¹⁰, з іншого боку, визнають і центральну роль судового процесу, і центральну роль суддівського розсуду для цього процесу, проте для цих шкіл розсуд – великою мірою суб’єктивна справа. Така думка усуває науковий підхід до суддівського розсуду.

Ці фактори, хоч і допомагають пояснити відносний недолік знань про наш предмет, все ж таки не виправдовують цього недоліку. Звичайно, нині багато авторів визнають центральну роль та акту суддівства у

⁷ Див: Frankfurter F. Of Law and Man. 1956. P. 32.

⁸ Така доктрина Кельзена. Див: Kelsen H. The Pure Theory of Law (trans. (W. Ebenstein). 1945. P. 194.

⁹ Див: Frank J. Law and the Modern Mind. Anchor Book ed., 1963. P. 357; White. From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America // Va. L. Rev. 1972. № 58. P. 993.

¹⁰ Див: Singer. Player i Cards: Nihilism and Legal Theory // Yale L. J. 1984. № 1. P. 94; Unger. The Critical Legal Studies Movement // Harv. L. Rev. 1983. №96. P. 561.

праві¹¹ та суддівського розсуду в акті суддівства¹². Підхід Монтеस्क'є, згідно з яким суддя – просто рот, що повторює мову права¹³, є більше неприйнятним, і дні «механічного» підходу до суддівства минули¹⁴. Суддя Джоель Зуссман згадав про це, сказавши: «Образ судді в очах Монтеस्क'є – це образ людини, що загострилася у знаходженні свого шляху по прихованих стежках у чащі законодавства. Але його думка страждає визнаною помилкою, яка полягає у припущенні, що такі стежки завжди існують і весь талант суддів полягає у виявленні цих стежок. Монтеस्क'є не вважав, що стежки іноді законодавцем взагалі не зазначені і що суддя сам має їх відзначити»¹⁵.

Попри цю передумову важливість питання суддівського розсуду зростає. Чим характеризується цей розсуд? Які його межі? Як він пристосовується до доктрини поділу влади та демократичної природи режиму? Чи сумісні суддівський розсуд із суддівською об'єктивністю та з пануванням права, що ґрунтується на існуванні норми до того, як хтось буде доставлений до судді за скоєне порушення? Ці питання особливо важливі у правових системах, які мають жорстку формальну конституцію, де тлумачення конституції судом носить той самий формальний характер, що та сама конституція. Який розсуд є слухним при тлумаченні конституції? Як можна забезпечити в контексті демократичної системи стабільність разом із гнучкістю, охороняючи законність суддівства? Як забезпечити можливість того, що особисті погляди суддів не диктуватимуть тлумачення, яке вони дають конституційним нормам? Подібні питання постають у рамках тлумачення традиційних статутів. Тому зі зростанням інтересу до тлумачення статутів зріс і інтерес до суддівського розсуду. Цей інтерес, що збільшився, є також результатом недавнього

¹¹ Див: Galabresi G. A Common Law for Age of Statutes. 1982; Keeton R. Venturing to Do Justice. 1969.

¹² Див: Hart H.L.A. The Concept of Law. 1961. P. 121; Raz J. The Authority of Law. 1979. P. 180.

¹³ Див: Монтеस्क'є Ш.Л. Про дух законів. Кн. 6 // Вибр. твір. М., 1955. С. 226.

¹⁴ Див: Pound. Mechanical Jurisprudence // Colum. L. Rev. 1908. №8. P. 605.

¹⁵ Див: Sussman. Some Observations on Interpretation // Rosen Book. 1962. P. 154.

філософського підходу, який заперечує «суворий» суддівський розсуд¹⁶. Так, наприклад, професор Рональд Дворкін стверджує, що кожна правова проблема має одне правильне рішення і лише одне. Такий підхід не залишає місця для суддівського розсуду. Чи приймаємо такий погляд? Я зазначав, що суддівський розсуд був предметом небагатьох досліджень та робіт. Проте деякі наявні у нас праці, що стосуються суддівського розсуду, включають ряд дуже важливих робіт¹⁷. Наріжним каменем для будь-якого розуміння суддівського розсуду є трилогія судді Бенджаміна Кардозо: «Природа судового процесу» (1921); "Зростання права" (1924); "Парадокси юридичної науки" (1928). Праці Кардозо досі служать як *Lux et Veritas* – світло та істина – для будь-якого підходу до природи судового процесу¹⁸. Слід зазначити важливий вклад професорів Х.Ді.Е. Харта і Дворкіна¹⁹, що сприяє кращому розумінню суддівського розсуду у важких справах. Їхні праці, за якими пішов сплеск літератури у відповідь на їх теорії²⁰, головним чином роботи професора Джозефа Раза²¹, проклали шлях для мого власного розуміння ролі суддівського розсуду в юридичному процесі.

Підсумовуючи, наголошу, що мій предмет – це не те, де нам треба зробити щось із нічого. Швидше здебільшого необхідно реорганізувати «щось», у дещо що існує. Про наш предмет свідчать наступні слова судді Моше Ландау:

¹⁶ Див: Dworkin K. *Judicial Discretion* // J. of Phil. 1963. № 6. P. 624; Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. 1977. P. 81; Sartorius. *The Justification of the Judicial Decision* // Ethics. 1968. № 78. P. 171.

¹⁷ Див: Holmes. *The Path of the Law* // Harv. L. Rev. 1897. № 10. P. 457; Pound. *The Theory of Judicial Decision* // Harv. L. Rev. 1923. № 36. P. 641, 802, 940; Friedmann. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking* // Colum. L. Rev. 1961. № 61. P. 821; Weiler. *Two Models of Judicial Decision-Making* // Can. Bar. Rev. 1968. № 46. P. 406; Landau. *Rule and Discretion in Law-Making* // Mishpatim. 1968. № 1. P. 292; Witkon. *Kілька Reflections on Judicial Law Making* // Isr L. Rev. 1967. № 2. P. 475.

¹⁸ Див: примітка 12; Hart. *Positivism and the Separation of Law and Morals* // Harv. L. Rev. 1958. № 71. P. 593.

¹⁹ Див. Примітки 16 і 84, 86, 87, 91.

²⁰ Див: Greenawalt. *Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges* // Colum. L. Rev. 1975. № 75. P. 359; Greenawalt. *Policy, Rights and Judicial Decision* // Ga. L. Rev. 1977. № 11. P. 991; Wellington. *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication* // Yale L. J. 1973. № 83. P. 221; Mac- Cormick N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. 1978. P. 195.

²¹ Див: Raz. *Legal Principles and the Limits of Law* // Yale L. J. 1972. № 81. P. 823; Raz – примітка 12.

“Виявляється, що все, що наше покоління, як і всі покоління, може зробити – це реорганізувати наші кілька будівельних блоків – основну теорію права, яка споконвіку була добре відома юридичній думці – і пристосувати всю структуру до соціального та економічного розвитку, що відбувається поза правовим полем. І якщо в цьому процесі досягається якийсь прогрес, він полягає у перегляді тих самих феноменів більш витонченим, можливо більш складним чином відповідно зі складнощами нашого соціального та економічного життя²²”. Звернемося тепер до задачі реорганізації будівельних блоків.

Визначення суддівського розсуду

Вивчення природи суддівського розсуду слідує почати з його визначення. Це аж ніяк не легке завдання, бо термін «розсуд» має більш ніж одне значення і, звичайно, означає різні речі в різних контекстах²³. Деякі автори зневірилися аналізувати цей термін і висловилися проти його вживання²⁴. Проте ми повинні відкинути цю пораду, тому що поняття розсуду є центральним для розуміння судового процесу. Для мене розсуд – це повноваження, дане особі, яка має владу вибирати між двома або більше альтернативами, коли кожна альтернатива законна. Суддя Зусмен, посилаючись на це визначення, сказав: «Розсуд означає свободу вибору між різними можливими рішеннями»²⁵. Харт і Зак запропонували схоже визначення: «Розсуд означає повноваження вибирати між двома або більше лініями дій, кожна з яких вважається дозволеною»²⁶. Суддівський розсуд, отже, означає повноваження, яке закон дає судді, щоб робити вибір із кількох альтернатив, у тому числі кожна

²² Див: Landau -примітка 17. Р. 292.

²³ Див: Isaaks. The Limits of Judicial Discretion // Yale L. J. 1922. № 32. Р. 339; Pattenden R. Judge, Discretion, i The Criminal Trial. 1982. Р. 3.

²⁴ Див: Isaaks – примітка 23. Р. 340.

²⁵ Див: F.H. 16/61. Registrar of Companies v. Kardosh, 16 P.D. 1209, 1215.

²⁶ СМ.: Hart H. and Sacks A. Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law. Tentative Edition. 1958, Р. 162; Radcliffe C Not in Feather Beds. 1968. Р. 271.

законна. Це визначення передбачає, звичайно, що суддя діятиме не механічно, а стане зважувати, обмірковувати, отримувати враження, перевіряти та вивчати²⁷. Однак це свідоме використання повноваження думки не визначає суддівського розсуду. Воно лише передбачає, як суддя має діяти у межах свого розсуду. Звичайно, суддівський розсуд за визначенням перестав бути ні емоційним, ні розумовим станом. Це скоріше юридична умова, за якої суддя вільний робити вибір із ряду варіантів. Там, де існує суддівський розсуд, закон ніби каже: «Я визначив зміст правової норми цієї точки. Звідси ж належить тобі, суддя, визначати зміст правової норми, бо я, правова система, не в змозі сказати тобі, яке рішення потрібно вибрати». Це ніби правовий шлях призвів до роздоріжжя, і суддя повинен, не маючи чіткого і точного стандарту для керівництва, вирішити, якою дорогою йти.

Свобода вибору: вузький і широкий розсуд

Розсуд передбачає свободу вибору з кількох законних альтернатив²⁸. Тому, коли є лише один законний варіант, розсуду немає. У такій ситуації від судді потрібно вибрати цей варіант, і він не має жодної свободи вибору. Ні про який розсуд не може бути мови, коли вибір має здійснюватися між законним актом та незаконним актом. Суддя має обрати законний акт, і він не має права вибрати акт незаконний. Розсуд же, з іншого боку, передбачає відсутність обов'язку обирати одну певну можливість з кількох. Розсуд передбачає

²⁷ Див: Tedeschi. Legal Essays. 1978. Р. 1: «Тлумачення – це не механічний і навіть не психологічний процес. Це реконструкція думки ыншого – нормативної думки, якщо ми маємо справу з юридичним тлумаченням, – і її взагалі не можна порівнювати з переливанням речовини з однієї посудини до іншої, як і з відображенням образу в дзеркалі або на фотографії. Тлумачення – це копіювання думки іншого у сферу нашого духовного життя, і воно може здійснюватися лише за допомогою нашого розумового процесу». Також: Levi. The Nature of Judicial Reasoning // U. Chi. L. Rev. 1963. № 32. Р. 395, 396. Образ, запропонований професором Редінім, згідно з яким суддя – лише машина, що дає результат після того, як у неї кинуть монету, не відображає судового процесу навіть у найочевидніших випадках. Див: Radin. The Theory of Judicial Decision: or How Judges Think? // A. B. A. J. 1925. № 11. Р. 357.

²⁸ Див: Rosenberg. Judicial Discretion of the Trial Court from Above // Syracuse L. Rev. 1971. № 22. Р. 635, 636: «Якщо слово «розсуд» повідомляє розумам юристів якусь ґрунтовну суть значення, то його центральна ідея, що стоїть вище за всіх інших, – це ідея вибору». Це те, що Ллевеллін називав правом відхиленя: Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. 1960. Р. 219.

наявність кількох варіантів, з яких суддя має право вибрати один, до якого він найбільше волає. Говорячи словами судді Кардозо: “Інші випадки дають дійсну можливість вибору – не вибору між двома рішеннями, у тому числі про одне можна сказати, що воно майже напевно правильне, а про інше, що воно майже напевно неправильне, але вибору, настільки тонко збалансованого, що коли воно оголошується, у ньому виникнуть і нове правильне, і нове неправильне”²⁹.

Таким чином, розсуд передбачає швидше зону можливостей, ніж просто одну позицію. Воно ґрунтується на існуванні ряду варіантів, відкритих для судді. Воно будується на існуванні дійсного роздоріжжя на шляху. Суддя стоїть там, змушений вибирати, але від нього не вимагають вибрати саме певну одну або іншу стежку. Суддя Кардозо описує цей процес у своєму вельми образному стилі: “Там були дві стежки, кожна відкрита, але вони вели до різних цілей. Розвилка на дорозі не була нейтралізована для мандрівника бар'єром, з написом "Проїзд закрито", що перекриває одну зі стежок, йому треба було напружити свій розум, зібратися з духом, піти по одному або по іншому шляху і молитися, щоб рухатися не в засідку, дорогою у пільму, а в безпеку, на відкриті простори і на світло”³⁰.

Зона законних варіантів може бути вузькою, коли суддя вільний обирати лише між двома законними альтернативами. Або ж спектр законних варіантів може бути (значним) коли перед суддею багато законних альтернатив або їх комбінацій. У цьому сенсі можна розрізнати вузький та широкий розсуд. Цю різницю, зрозуміло, лише відносно.

Суддівський розсуд та спільнота юристів

Я вже зазначав, що розсуду немає там, де вибір полягає між законною можливістю та незаконною можливістю. Значення цієї вимоги полягає в тому, що вибирає суддя один чи інший варіант, будь-який вибір буде законним у межах системи. Таким чином, варіанти визначаються не фізичним

²⁹ Див: Cardozo – примітка 6. Р. 58.

³⁰ Див: Cardozo – примітка 6. Р. 59.

критерієм можливості здійснення вибору, а юридичним критерієм законності виконання. Існування альтернативи визначається не її здійсненністю, а її законністю³¹. Не вибір робить обраний варіант законним, навпаки, сам вибір ґрунтується на факті, що відповідний варіант законний³². Отже, суддя не має розсуду вибирати альтернативу, яка незаконна, навіть якщо його вибір не виявиться оскарженим і навіть якщо рішення – у разі рішення Верховного суду – зберігатиме силу та зобов'язувати інших. Слід проводити різницю між владою, що дає можливість досягти певного результату, та повноваженням на це³³. Суддя користується свободою вибору, лише коли кожен із відкритих для нього варіантів допустимий з погляду перспективи системи. Відповідно до цього підходу розсуд існує лише тоді, коли кожна альтернатива законна. Правове питання, до якого застосовується розсуд, має не одне законне рішення, але, навпаки, кілька законних рішень. Як писав професор С. Е. де Сміт, «сказати, що хтось має розсуд, означає, що у проблеми немає єдино правильного рішення»³⁴.

Як ми побачимо³⁵, професор Дворкін вважає, що у судді немає розсуду в тому значенні, в якому ми вживаємо цей термін, бо, на його думку, кожна проблема, навіть найважча, має лише одне законне рішення. Для нашої мети термін «розсуд» передбачає існування правової проблеми, що має більше одного законного рішення. Як ми побачимо, це важкі проблеми, і тому розсуд існує тільки в важких справах³⁶.

³¹ З іншого боку, професор Девіс визначає розсуд таким чином: «Публічний чиновник має розсуд, коли межі здійсненності його влади дають йому свободу робити вибір із можливих варіантів дій чи бездіяльності». Роз'яснюючи це визначення, автор зазначає, що «розсуд не обмежується тим, що дозволено або що законно, але включає чиновника, що перебуває у владі в рамках «здійснених її меж». Ця фразеологія необхідна, оскільки значна частина розсуду незаконна чи сумнівна з погляду законності». Див: Davis – примітка 3. Р. 4. Я не приймаю цей підхід. Якщо одна з альтернатив незаконна, для вибору її немає підстави, навіть хоча б і вибиралася на практиці.

³² Див: Gottlieb G. The Logic of Choice. 1968. Р. 117.

³³ Див: Sartorius. Individual Conduct and Social Norm. 1975. Р. 283.

³⁴ Smith S. de. Judicial Review of Administrative Action. 4th ed. 1980. Р. 278.

³⁵ Див.: Примітки 93–102 та текст, що супроводжує.

³⁶ Вираз «важкі справи» я беру у професора Дворкіна, котрий має «копірайт» на нього. Див: Dworkin R. – Примітка 16. Р. 81.

Виникає важливе питання: як визначити законність варіантів рішення, що є у судді? Звісно, цього недостатньо, щоб суддя суб'єктивно вірив у те, що відповідна альтернатива є законною. Який тоді тест на законність варіанта рішення? Це нелегка справа.

У нас немає правового лакмусового папірця, за яким можна було б вирахувати законність юридичної можливості. Право не створило точних інструментів чи передових лабораторних приладів для вирішення того, що дозволено та що заборонено, що є законним і що незаконним. Проте існують можливості, які кожен знаючий юрист може легко визначити як законні, і існують інші можливі рішення, які будь-який юрист негайно відкине як незаконні. Між цими двома полюсами знаходяться можливості, щодо яких знаючі юристи можуть розійтися в оцінці ступеня їхньої законності. Спираючись на цей стандарт знаючих юристів або спільноти юристів³⁷, я пропоную його як стандарт для визначення законності повноважень. Спільнота юристів – це професійна точка зору колективу юристів в окремій державі³⁸. Варіант законний, якщо співтовариство юристів вважає його таким і якщо воно реагує на вибір цього варіанту без відчуття шоку та недовіри. Варіант незаконний, якщо співтовариство юристів вважає його незаконним і вважає за неможливе, щоб знаний юрист вибрав цей варіант. Юрист, який вибирає такий варіант, виявився б тим самим корчувачем письмового слова, що прагне назвати день уночі, а ніч – удень³⁹. Звісно, цей стандарт неточний. Між двома полюсами є низка ситуацій, в оцінці яких саме співтовариство юристів розділилося. Ці ситуації не можна було б назвати незаконними, як і про них не можна сказати, що вони є законними. Справді, законність таких можливостей визначить лише саме судове рішення. Зрозуміло, термін «спільнота юристів» теж неточний, і, як ми бачили, багато

³⁷ Про «спільноту юристів» або «тлумачну спільноту» див. Fiss. *Objectivity and Interpretation* // *Stan. L. Rev.* 1982. № 34. P. 739.

³⁸ Див: Greenawalt. *Discretion and Judicial Discretion*. P. 386; примітка 20; Bell J. *Policy Arguments in Judicial Decisions*. 1983. P. 24.

³⁹ Див: Cheshin J. in H.C. 1/150. *Grosman v. The Military Prosecutor*, 4 P.Д. 63, 70.

прикордонних випадків залишилися без чіткого рішення. Все ж таки це не повинно перешкоджати нам користуватися даною термінологією. Термін «розумна особа» недостатньо точний, однак він є наріжним каменем багатьох наших законів. Насправді ніхто не може уникнути ситуацій, коли доводиться діяти у широкій сфері невизначеності. Згодом стане можливо покращити цю термінологію, яка з часом змінюється сама. У будь-якому випадку для перевірки суддівського розсуду цей тест видається мені підходящим. Таким чином, ми можемо сказати, що суддівський розсуд існує там, де співтовариство юристів передбачає для певної правової проблеми наявність більш ніж одного законного рішення. Суддівського розсуду немає там, де співтовариство юристів вважає, що в певній правовій проблемі є лише одне законне рішення. Там же, де погляди спільноти юристів розділилися, суддя може на свій розсуд визначати, чи існує суддівський розсуд чи ні.

Цей критерій думки спільноти юристів має на меті спонукати суддю усвідомити необхідність різниці між суб'єктивними поглядами та теорією права в суспільстві, в якому він живе та діє. Водночас у судді немає необхідності проводити опитування громадської думки, щоб переконатися у поглядах спільноти юристів. Кожен суддя має ухвалювати таке рішення для себе. Він повинен швидше висловити те, що, на його думку, є основною концепцією суспільства (спільноти), в якому він живе і діє. Він повинен спостерігати за собою зі сторони. Отже, тест на думку спільноти юристів – це просто інший аспект основного посилу цієї книги, згідно з якою суддівський розсуд повинен застосовуватись об'єктивно. Спільнота юристів – це один шлях для відображення цієї об'єктивної концепції.

Висновок: зона формальної законності

Суддівський розсуд передбачає наявність зони законних можливостей, кожна з яких є законною в контексті системи. Будь-який варіант, який знаходиться поза цієї зони, за визначенням незаконний, і суддя не має права на свій розсуд вирішувати, вибирати його чи ні. Від судді потрібно не

звертатися до цієї можливості. Розсуд, отже, визначає формальну зону законності, зону формальної законності. Ця зона окреслена межею, ймовірно неточною, між можливостями, у яких розсуд існує, і можливостями, у яких розсуду взагалі немає. Використання суддівського розсуду можливо лише у межах зони. Подібна зона існує для кожної влади, яка використовує розсуд, будь то законодавча гілка (яка діє в рамках конституції) або виконавча гілка (яка діє в рамках конституції, у рамках статутів та в рамках постанов). Все ж таки судова гілка особливо чутлива до питання формальної законності своїх дій, оскільки на неї покладено владу та відповідальність для встановлення законності дій іншої влади. Для судової гілки лише природно виявляти підвищену обережність та особливу вимогливість до себе в цьому питанні. Той, хто критикує акти інших, має застосовувати точну самокритику до своїх власних актів.

Предмет суддівського розсуду

Факт, застосування норми та сама норма

Ми визначили суддівський розсуд як владу, дану судді для того, щоб він обрав рішення з низки законних варіантів. Які варіанти? В принципі вони можуть належати до трьох питань⁴⁰. Перший – це факти. Суддівський розсуд вибирає із сукупності фактів ті, які здаються необхідними вирішення конфлікту. Друга область – це застосування цієї норми. Суддівський розсуд відбирає з різних методів застосування, які даються нормою, один, який є відповідним. Третя область розсуду лежить у встановленні самої норми. Суддівський розсуд вибирає з нормативних можливостей варіант, який видається підходящим.

Суддівський розсуд та факти

Перша область суддівського розсуду належить до рішення про факти. Цей тип розсуду стосується, наприклад,

⁴⁰ Див: Stone J. Social Dimensions of Law and Justice. 1966. P. 674.

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	3
ЧАСТИНА ПЕРША.	
ПРИРОДА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ	9
РОЗДІЛ 1. ХАРАКТЕРИСТИКИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ	9
Труднощі у розумінні суддівського розсуду	9
Визначення суддівського розсуду	13
Предмет суддівського розсуду	19
Межі суддівського розсуду	25
Проблема: чи існує суддівський розсуд?	36
Суддівський розсуд — чи у кожній справі?	43
РОЗДІЛ 2. МАТЕРІАЛЬНІ ДЖЕРЕЛА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ	56
Типи джерел	56
Матеріальні джерела суддівського розсуду у статутній нормі	57
Розсуд у статутній нормі: невизначеність нормативної схеми	66
Розсуд у статутній нормі: невизначеність у правилах тлумачення	67
Невизначеність щодо обставин застосування правила тлумачення	71
Невизначеність щодо змісту правила тлумачення: "задум законодавства"	73
Невизначеність щодо змісту правила тлумачення: "загальні принципи"	77
Невизначеність щодо дійсності правила тлумачення	86
Матеріальні джерела розсуду у прецедентному праві	92
Розсуд у прецедентному праві: невизначеність термінів	92
Розсуд у прецедентному праві: невизначеність у нормативному ладі	94
Матеріальні джерела розсуду: відсутність правової норми ("лакуна")	99
РОЗДІЛ 3. ФОРМАЛЬНІ ДЖЕРЕЛА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ	108
Суддівський розсуд та суддівська правотворчість	108

Формальні джерела суддівського розсуду та судова правотворчість	114
Суддівський розсуд – створення права або проголошення права?	125

ЧАСТИНА ДРУГА

ОБМЕЖЕННЯ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ – ЗОНА

СУДДІВСЬКОЇ РОЗУМНОСТІ	132
Як мають вирішуватися важкі справи?	132
Усвідомлення суддівського розсуду	157
Найбільш розумна можливість та відмінність між суддівським активізмом та суддівським самообмеженням	172

РОЗДІЛ 5. ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ У

НОРМАТИВНІЙ СИСТЕМІ	178
Когерентність (узгодженість) системи та суддівський розсуд	178
Фундаментальні цінності системи	180
Організаційний розвиток	188

РОЗДІЛ 6. ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ В

ІНСТИТУЦІЙНІЙ СИСТЕМІ	203
Обмежений суддівський розсуд та інституційні проблеми	203
Побічний (випадковий) характер суддівського розсуду	204

РОЗДІЛ 7. ВЗАЄМОВІДНОСИНИ МІЖ

ІНСТИТУЦІОНАЛЬНИМИ СИСТЕМАМИ	226
Фундаментальні проблеми у відносинах між системами органів державної влади	226
Роздуми про вирішення проблеми: за відсутності судової перевірки конституційності статуту	228
Міркування при вирішенні проблеми: коли існує судова перевірка конституційності статуту (закона)	233
Суддівський розсуд та поділ влади	239
Суддівський розсуд та відносини між гілками державної влади	248
Суддівський розсуд та довіра суспільства до судової влади	254

РОЗДІЛ 8. СУДДІВСЬКА ПОЛІТИКА І МОДЕЛІ

ПРАВОСУДДЯ	261
Визначення суддівської політики	261
Необов'язкова природа суддівської політики	263

Суддівська політика – політика окремого судді чи судової влади?.....	264
Політики судової, законодавчої та виконавчої влади	265
Суддівська політика – політична діяльність (politics) під час вирішення справ?	267
Модель судового вирішення спорів	270
РОЗДІЛ 9. ВИКОРИСТАННЯ СУДДІВСЬКОГО	
РОЗСУДУ: СПРАВА ПРО ПОДОЛАННЯ ПРЕЦЕДЕНТА ...	
Проблема	276
Тест розумності	277
Нормативні міркування.....	279
Інституційні міркування.....	281
Міжінституційні міркування.....	283
Суддівський розсуд щодо вагомості міркувань які протистоять один одному	284
Наслідки, що породжуються природою міркувань, що лежать в основі існуючого правила	290
Вплив перебігу часу.....	294
Відмінності, що відповідають правовому полю цього правила	296
ПОСТСКРИПТУМ	
Суддівський розсуд у демократичному суспільстві	310

НАУКОВО-ПОПУЛЯРНЕ ВИДАННЯ

Аарон БАРАК

СУДДІВСЬКИЙ РОЗСУД

Підписано до друку 04.07.2022 р. Формат 60х84 1/16.
Друк цифровий. Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Ум. друк. арк. 20,0. Тираж 300 прим.

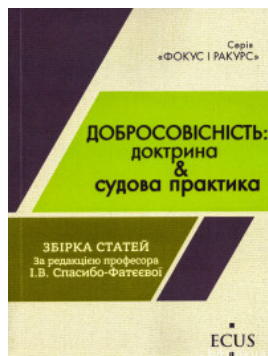
ТОВ «Центр учбової літератури»
вул. Лаврська, 20 м. Київ

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції ДК № 2458 від 30.03.2006 р.

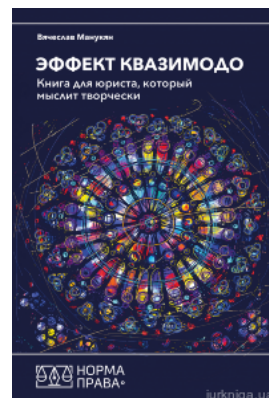
Книги, які можуть вас зацікавити



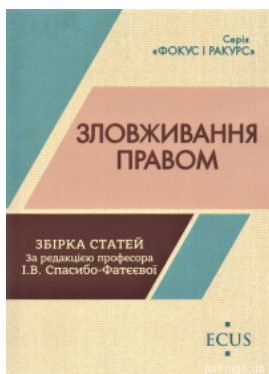
Моїми словами:
біографія



Добросовісність:
доктрина & судова
практика



Ефект Квазімодо.
Книга для юриста,
який мислить
творчески



Зловживання правом.
Збірка статей



Кримінальний
процесуальний кодекс
України



Кваліфікаційний іспит
суддів:
навчально-практичний
посібник

Перейти до галузі права
Адвокатура



Перейти на сайт →