

РОЗДІЛ І. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 3.34.340

ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО І СОЦІАЛЬНЕ КЕРУВАННЯ ЯК ОСНОВОПОЛОЖНІ ЗАСАДИ АМЕРИКАНСЬКОГО ПРАГМАТИЗМУ

Кравченко С.С., к.ю.н., доцент

Київський університет права НАН України

У статті аналізуються положення американського правового прагматизму щодо трактування таких складових громадянського суспільства, як звичаєве право і соціальне керування, а також наводяться пропозиції щодо їх застосування в українських правових реаліях.

Ключові слова: звичаєве право, правовий прагматизм, правовий реалізм, соціальне керування.

Кравченко С.С. ОБЫЧНОЕ ПРАВО И СОЦИАЛЬНОЕ УПРАВЛЕНИЕ КАК ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРИНЦИПЫ АМЕРИКАНСКОГО ПРАГМАТИЗМА / Киевский университет права НАН Украины, Украина

В статье анализируются положения американского правового прагматизма относительно трактовки таких составляющих гражданского общества, как обычное право и социальное управление, а также даются предложения относительно их приложения в украинских правовых реаліях.

Ключевые слова: обычное право, правовой прагматизм, правовой реализм, социальное управление.

Kravchenko S.S. ORDINARY LAW AND SOCIAL MENEGAMENT ARE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF AMERICAN PRAGMATISM / Kyiv university of law of the National academy of sciences of Ukraine, Ukraine

This article is analysis of position American law pragmatism about ordinary law and social menegament and suggestions application in Ukrainian legal realities.

Key words: law pragmatism, law realism, ordinary law, social menegament.

Повсюдно прийняті принципи формального застосування звичаєвого права полегшували економічну експансію завдяки збільшенню числа експлуатованих громадян США. Прихильники правового реалізму скептично ставилися до традиційного визначення економіки США в термінах «вільного ринку». Вони думали, що регулюючі принципи загального права захищають інтереси і права самих богатих членів суспільства [7, 84]. На підтвердження цієї тези вони приводили:

- закони, що регулюють відносини «землевласника/орендаря», які надавали право здаючому в оренду виселяти орендаря або позбавляти його права оренди на підставі технічних порушень угоди про оренду;
- трудове законодавство, за яком менеджмент підприємства наділявся правом замінити страйкуючих робітників;
- закони, що регулюють контрактне право, за якими роботодавцеві дозволялося припинити контракт і звільнити робітників без пояснення причин.

Джерела економічного аналізу закону лежать у теорії технологічного бачення світу, заснованого на досягненнях, пов'язаних із промисловою революцією. У руслі цієї філософської концепції виражалася думка, що точно так само, як наука і техніка вирішують наукові і технічні проблеми – будують дамби на ріках, щоб контролювати повені, створюють іригаційні системи в пустелі, щоб зробити її квітучим садом – соціальні науки зможуть, зрештою, знайти рішення соціальних проблем. Аналогічно тому, як у математиці існує одне правильне рішення, соціальні проблеми теж мають одне найкраще, оптимальне позитивне рішення. Теорія «соціального керування» пропонувала знайти «один найкращий шлях» (One Best Way) [8, 272]. Передбачалося, що як у фізиці, де два різні закони можуть несуперечливо працювати одночасно, так і в праві не повинно бути непереборних протиріч між реальною ситуацією, нормою і основними законами. Як тільки будуть проголошені і точно сформульовані права

кожного суб'єкта суспільства, усякий важкий конфлікт буде мати одне, єдине правильне рішення. Для цього пропонувалося звернутися до економічного поняття ефективності, щоб пояснити і оцінити які з правових установлень є економічно ефективними та на підставі оцінки економічних наслідків різних політичних і правових рішень давати рекомендації щодо того, які з них варто підтримувати та поширювати. Економічний аналіз повинен виконувати дві функції – описову та що пропонує. Результати економічного аналізу наслідків інтерпретації закону та судових рішень повинні давати опис реальної тактики діяльності суддів і законодавців і пропонувати цим офіційним особам норми їхнього поведіння. Така ідеологія означала вторгнення економіки в правову практику та повну зневагу до проблеми непримиренних протиріч в основних правових нормах, відзначене ще в Древній Греції.

В економічному аналізі закону правові реалісти розглядали два взаємозалежні, але політично полярні рухи в американській юриспруденції: консервативне законодавство і критичні правові дослідження. Представники першого напрямку, найбільш яскравим представником якого є Р.А. Познер, розглядають майнове, кримінальне і контрактне право в рамках звичаєвого права, несуть на собі ознаки економічної аргументації. Справа не в тому, що багато судових рішень не містять ясних посилань на економічні поняття. Часто щирі підстави рішення виходять із економічних передумов, які скоріше сховані, ніж показані в характерній риториці судових думок. Познер пропонував так звану теорію ефективності закону, думаючи, що принципи звичаєвого права варто інтерпретувати таким чином, щоб максимально збільшити сукупне багатство суспільства, безвідносно тому, яким чином і наскільки дорівнює це багатство розподіляється. Їхні опоненти, представники руху критичних правових досліджень, відомі під ім'ям «крити», думають, що такий метод інтерпретації закону обмежує соціальні права громадян. Інтерпретація і застосування закону повинні бути спрямовані на перерозподіл багатства, влади і прав на демократичні свободи для того, щоб гарантувати кожному громадянину мінімальний рівень достоїнства та рівності. Принципи застосування правової системи повинні ґрунтуватися на іншому постулаті [9, 297]. У сучасному світі суспільство варто розглядати як соціальне утворення, що складається не з потенційних жертв, права яких варто захищати, а з активних, самодостатніх громадян, діапазон і дієвість прав яких варто підсилувати, щоб вони могли більш успішно захищати свої інтереси і цивільні права. Громадяни діють найбільше ефективно не поодино, ізольовано, індивідуально, а поєднуючись і беручи участь в організаціях і асоціаціях, завдяки чому вони можуть впливати на проблеми дня. Дозвіл виникаючих конфліктів повинен ґрунтуватися на прагматичному принципі пошуку рішення, відповідно до якого пріоритет віддається деліберативному дискурсу і соціальному експерименту. Увага повинна фокусуватися не стільки на пред'явленні обвинувачень за зроблене порушення прав, скільки на створенні умов для реалізації наданих прав і на виконанні прийнятих зобов'язань. Тільки так головна мета правового законодавства – створення умов для росту добробуту суспільства – може бути досягнута.

Основні вимоги правового реалізму можна сконцентрувати в наступних постулатах:

- теза про приватні невідповідності звичаєвого права – наявні правові матеріали недостатні для того, щоб логічно обґрунтувати однозначне правове рішення в більшості випадків, що підлягають розгляду в апеляційному суді;
- теза про дискреційну діяльність суддів – при дозволі конфліктів судді, інтерпретуючи існуюче законодавство, створюють свої, нові, закони, використовуючи і трактуючи їх за своїм розсудом;
- теза про відсутність надійних правових джерел – у невизначених випадках судді виносять рішення під впливом власних політичних і моральних переконань, а не на підставі правових норм.

Варто відзначити співвідношення між правовим реалізмом, формалізмом і позитивізмом. Правовий формалізм зрівнює правову аргументацію з аргументацією в стилі силогізму. Відповідно до формалістичної моделі правовий висновок (винесення правового рішення) логічно випливає з правової норми (головна посилка) і викладу релевантних фактів (менша посилка). Ухвалення правового рішення прирівнюється до логічної дедукції, прийнятої в наукових дослідженнях. Реалісти думали, що застосування права не є науковим підприємством. Формалізм недооцінює законотворчі здатності суддів у тому розумінні, що правові висновки

досягаються не стільки в результаті силогічного розгляду застосовуваних правил і фактів, скільки зваженого, збалансованого міркування. Реалісти думали, якщо правові висновки імплементовані в правилах, що обмежують суддів, судді не мають повноважень і можливостей виносити однозначні рішення в конфліктних справах. Оскільки загальноприйнято вважати позитивізм наступним розвитком формалізму, правовий реалізм не тільки погодиться з позитивізмом, але й погоджується з багатьма головними постулатами позитивізму. Реалісти визнають, що закон є по суті продуктом соціальної активності. Він є інститутом, що регулює соціальний стан суспільства та нерідко дає суддям розумні підстави для розв'язання конфліктів. Однак вони стверджують, що судова законотворчість є більше частим явищем, ніж звичайно передбачається. Ідея про соціальне походження закону припускає істинність позитивістських тез про закон і про значення соціальних фактів у постулаті про поділ повноважень влади. Правові реалісти надавали великого значення емпіризму (спробам визначити фізіологічні і соціологічні фактори, що впливають на прийняття судових рішень), вважаючи, що в практиці судочинства необхідно постійно перевіряти та оцінювати необхідність, ефективність і справедливість успадкованих юридичних правли та інститутів. Концепції, що лежать в основі їхніх постулатів, мали позитивний вплив на філософію судової практики, на ідеологію модифікацій у процесі прийняття судових рішень і визначення відповідності законодавчих актів безпосереднім вимогам розвитку суспільства.

Другий постулат правового реалізму – переконання і характер окремих суддів – ґрунтується на думці, що правова норма, незалежно від того, виражена вона в законі або в прецеденті, згодом неминуче втрачає актуальність і перетворюється в щось застигле, що не відповідає вимогам нової реальності. Закон повинен постійно мінятися і модифікуватися та це стає можливо, якщо суди діють як законотворча гілка. У поданні правового реалізму закон є нічим іншим, як визначенням, що конкретний суд виносить у який-небудь даний день, а результати судового процесу варіюються залежно від політичних, культурних або релігійних переконань головуєчого судді. Деякі теоретики американської юриспруденції 1920-30 років [10, 59] вважали, що психологія і особистість судді не тільки можуть вплинути, але й реальним чином впливають на хід судових слухань, ухвалення рішення і остаточний судовий вирок.

На цьому постулаті ґрунтується один із головних принципів концепції правового реалізму, зміст якого укладається в зміні трактування ролі судді в судовому процесі. Реалісти виходили у своїй критиці існуючого положення в судовій практиці із твердження, що судді в чинність домінуючої ідеології судочинства засновуються на принципі поділу правового аргументування, тобто застосування правових норм до фактів, і нормативними міркуваннями або політичними необхідностями. Вони формально, механічно підходять до рішення судових справ, не вникаючи в релевантні обставини та причини конфлікту і виносять судження, не маючи досить точного подання про їхнє реальне рішення. У своїх рекомендаціях правові реалісти пропонували відмовитися від механічного пошуку подоби розглянутій справі в аналах судових зводів. Замість цього суддя повинен розглянути всі обставини, прямі і побічні докази, причини і наміри, умови і обставини, при яких або в результаті яких відбувся розслідуваний конфлікт або правопорушення. У судовому процесі суддя не може залишатися неупередженим спостерігачем і незацікавленим учасником дебатів сторін. Як суб'єкт суспільства він розглядає і оцінює судову колізію, виходячи зі своєї громадської позиції, тому його особисті переконання і пристрасті неминуче впливають на винесення вироку [11, 238]. У правовому прагматизмі подання про суддю пов'язане з образом «проміжного» (interstitial) законодавця, що створює закон відповідно до домінуючих моральних і політичних теорій. Ця ідея одержала розвиток у роботах Б.Н. Кардозо, судді Верховного Суду США. Він характеризував суддів як «законодавців у мантіях», і вважав їх хоронителями моралі, розсудливості, совісті і соціальної справедливості. Це революційне положення кидало виклик ортодоксальним правовим теоріям XVIII і XIX сторіч. Воно йшло врозріз із традиційною думкою про те, що всім суддям варто реагувати на судову колізію нейтрально, безвідносно до своїх переконань і фобій, і застосовувати закон повністю об'єктивно і неупереджено. Відповідно до ортодоксального подання, представленому у висловленнях батьків-засновників США, судовий корпус є найменш небезпечною галуззю влади, тому що судді у своїй діяльності і рішеннях не мають ні чинності, ні волі, їхня компетенція і функція включають тільки винесення судження на підставі наявних законодавчих актів. Відповідно до прийнятого конституційного принципу поділу влади законодавча влада, на думку А. Гамільтона, має повноваження пропонувати правила і

обов'язки, які повинні регулювати і забезпечувати соціальну стабільність у країні. Виконавча влада зобов'язана домагатися покори цим правилам самими твердими заходами (through the power of the sword). Компетенція судової влади складається просто в інтерпретації, виборі і застосуванні законів, прийнятих і рекомендованих двома іншими галузями влади. Роль суддів, таким чином, зводилася до формального застосування закону, впливаючи його букві. Погляди Гамільтона збігалися з думкою Верховного Судді Джона Маршала (1801-1835), який вважав, що суди є простим інструментом закону і не можуть претендувати ні на що більше. Судова влада, відповідно до Маршала, у жодному разі не повинна використовуватися для здійснення волі судді. Суди, не будучи вибраними в процесі народного голосування, повинні застосовувати свою владу винятково для виконання волі законодавців, які, як вибрані представники американського народу, втілюють у собі «волю закону». Обое, Гамільтон і Маршал вірили, що закон є автономною областю знання, незалежної і відмінної від особистих преференцій судді, що застосовує закон, якому можна і варто інтерпретувати об'єктивно. Ця формальна точка зору в XIX сторіччі виразилася у твердженні, що закони штатів і федеральні закони утворюють раціональну систему правил і принципів. Вона організована в закриту нормативну, правову кодифікацію, що представляє якась подоба довідника. З нього судді можуть чисто механічно та неупереджено вибирати закон, що технічно відповідає даній юридичній справі, для того, щоб прийняти логічно ясне, певне та несуперечливе аполітичне рішення щодо правового конфлікту.

На противагу ортодоксальній думці правові реалісти, наприклад Б. Кардозо, Дж. Франк, К. Ллевеллін стверджували, що в області звичаєвого права невід'ємною характеристикою винесення судового рішення є прояв суб'єктивного відношення. Суб'єктивна точка зору проявляється, насамперед, у неоднаковій кваліфікації різними суддями аналогічних правопорушень, у результаті чого вердикти по судових справах не завжди вільні від впливу політичних, соціальних і моральних пристрастей суддів всіх рангів і в багатьох випадках вимагають звернення до апеляційного суду. У правовому реалізмі були піддані сумніву твердження формалістів про автономність і об'єктивність закону і про можливість прийняття ясно доказових певних судових рішень. Кардозо стверджував, що закон є податливим інструментом. Він дозволяє суддям оперувати аморфними словами начебто «розумна турбота», «нерозумне обмеження торгівлі» «належний процес» для виправдання своїх рішень. Кардозо наводив як приклад нерідкі випадки, коли судді вимагали визнання контрактів недійсними на підставі того, що одна сторона застосовувала примус і надмірний вплив, змушуючи іншу сторону укласти угоду. Він стверджував, що терміни «примус і надмірний вплив» є нечіткими і судді можуть їх інтерпретувати неоднозначно. Залежно від свого світогляду суддя, схильний інтерпретувати закон на користь менш привілейованих членів суспільства, оголосить недійсними багато контрактів, порахувавши, що ці терміни виражають хижацькі наміри. Але з іншого боку, судді, настроєні на користь «сильних світу сього», пояснять їх у широкому змісті і дадуть можливість окремим людям скористатися плодами своєї кмітливості, хитрості, обману і жадібності. Навіть у тому випадку, коли вербальне вираження не допускає різночитань, закон часто ставить перед судом завдання однозначно інтерпретувати і застосовувати суперечливі принципи. Кардозо ілюструє цю тезу судовим рішенням у справі *Riggs vs Palmer*. В апеляційний суд Нью Йорка надійшов запит про те, чи може людина успадковувати майно за заповітом, у якому він фігурує як спадкоємець, навіть, якщо він убив свого спадкодавця, що був його дідом. Дорогоказною зіркою для судів в інтерпретації заповітів, відзначав Кардозо, є інтерпретація заповіту згідно з ясно вираженою волею заповідача. У цьому випадку цьому, здавалося б недвозначному правилу, протистояла максима справедливості – ніхто не повинен витягати користь зі своїх несправедливих дій або злочинів. Залежно від того, яке рішення апеляційний суд припускав винести, колегія із трьох суддів могла ґрунтуватися на обох правових аксіомах в обґрунтуванні свого рішення. Однак суд розійшовся в думках по цій справі, двоє суддів ухвалили позбавити спадщини онука-убивцю, один суддя висловила за дотримання волі заповідача. Не заперечуючи повністю ідеї, що судді можуть бути обмежені правовими нормами, правові реалісти стверджували, що інтерпретація і застосування закону, всі види правової практики є глибоко людською діяльністю. Судді не можуть уникнути впливу суспільної думки і, віддаючи пріоритет практичним міркуванням на противагу твердому правовому формалізму, значно частіше створюють нові закони в процесі розсудливої, обережної законотворчості, чим це звичайно передбачається. Судові рішення набагато частіше мотивуються і направляються політичними та моральними міркуваннями щодо фактів справи,

чим юридичними правилами. Однак судді, маючи всі свої індивідуальні людські достоїнства і недоліки, являють собою особливу категорію людей. Вони працюють у режимі і у системі потужного урядового контролю. Кожне індивідуальне рішення приймається в умовах твердої соціальної детермінації, через яку особиста мотивація та інтуїція грають далеко не першорядну роль.

Правові реалісти прагнули показати, що закон не є ні автономним, ні аполітичним, що ні остаточно визначає. Відповідно до Холмсу судді створюють закон у такому ж ступені, як і законодавці. Він доводив це тим, що Конституція 1789 року не ідентична Конституції 1885 або 1985 року не тільки через внесення різних виправлень, але і тому, що інтерпретація, як первісних статей, так і виправлень одержувала різну конотацію в різний час при розгляді різних судових конфліктів, у яких були присутні аспекти, не передбачені оригінальними авторами закону. Джером Франк, що ввів термін «правовий реалізм», підкреслював психологічні підстави процесу ухвалення судового рішення. Він уважав оманним і навіть небезпечним для юридичної професії продовжувати поширювати міф про те, що втримання закону виражене настільки ясно і зрозуміло, що можна точно пророчити результат його застосування, у той час як його зміст є пластичне, мінливе і непостійним, а вербальне вираження неясним. Точно так само К. Ллевеллін сверджував, що закон є всього лише воском у руках судді, що здатний сформулювати судові рішення у відповідності зі своїми особистими переконаннями. Закон ніколи не буває зовсім нейтральним, як не буває він вільним від оцінних характеристик. Усе питання в тому, які цінності візьмуть гору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вдовина Г.А. Проблеми природних прав людини в американській правовій думці ХХ ст. // Держава і право: зб. наук. праць: Юрид. і політ. науки / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2000. – Вип. 6. – С. 3–10.
2. Вдовина Г.А. Новітні англо-американські теорії природного права та їх обґрунтування / Г.А. Вдовина // Часопис Київського університету права. – 2001. – № 1. – С. 9–16.
3. Вільям Джеймс. Прагматизм / Вільям Джеймс; [укр. пер. П. Насади]. – К.: Альтернативи, 2000. – 142 с.
4. Громадянське суспільство: історія та сучасність: монографія // [Т.В. Розова, О.С. Білоусов, Л.В. Вінокурова та ін.]; за заг. ред. Т.В. Розової. – Одеса: Юридична література, 2010 – 344 с.
5. Жарких В.Ю. Логіка відношення в антиномії “істина-помилка” в аналізі Ф.К.С. Шиллера / В.Ю. Жарких // Мультиверсум. Філософський альманах. – К.: Український Центр Духовної культури. – 2008. – Вип. 69. – С. 95–105.
6. Жарких В.Ю. Як Ф.К.С. Шиллер пропонує пізнавати істину / В.Ю. Жарких // Наукове пізнання: методологія та технологія. Науковий журнал. Серія: філософія, соціологія, політологія. – 2006. – Вип. 1(17). – С. 70–76.
7. Patterson D.M. Philosophy of Law and Legal Theory / D.M. Patterson. – Malden Ma.: Blackwell, 2002. – 187 p.
8. Taylor Fr. Scientific Management / Fr. Taylor. – N-Y.: Harper and Brothers, 1911. – 563 p.
9. Simon W.H. The Community Economic Development Movement: Law, Business, and Social Policy / W.H. Simon. – Durham: Duke UP, 2001. – 240 p.
10. Cardoso B.N. The Nature of Judicial Process. (1921) / B.N. Cardoso. – Yale UP, 1971. – 184.
11. Horwitz M.J. The Warren Court and the Pursuit of Justice / M.J. Horwitz. – Hill & Wang, 1999. – 144 p.