

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В ИДЕАЛЬНОМ СМЫСЛЕ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ США

А.В. Орлов

Под источником права в идеальном смысле традиционно понимаются различные правовые учения и доктрины, правосознание, идеологические и иные факторы, повлиявшие на становление правовой нормы. Отечественная правовая литература рассматривает источник права в идеальном смысле применительно к нормативным правовым актам. В англосаксонской правовой семье значительная роль в системе источников права отводится прецеденту, который строится в том числе на основе судебного усмотрения. Таким образом, судебское усмотрение можно рассматривать как источник права в идеальном смысле.

Подтверждением этого тезиса является то, что судья, как и законодатель, в своей нормотворческой деятельности обязан исходить из исследо-

ваний социальных, экономических, политических и научных фактов, относящихся к жизни определенных социальных групп или всего общества. Данный круг фактов принято называть законодательными фактами. Иными словами, к законодательным относятся факты, положенные в основу решения, имеющего законодательный эффект. Разница с законодательным процессом заключается в первую очередь в том, что бесспорность фактов определяется судом в каждом конкретном случае и полностью зависит от его усмотрения, т.е. так называемое «судейское усмотрение».

Очевидно, что закон не действует механически, для его осуществления в жизни, он нуждается в живом проводнике, который применит его к конкретным случаям. Творческое системное восприятие судом действующего права – основа судейского усмотрения, ограниченного материальными и процессуальными правовыми нормами, социальными нормами, общеправовыми принципами.

По этой концепции судья является более совершенным выразителем права, нежели законодатель. Судья как физическое лицо рассматривается как живое воплощение органа государственной власти, реализующий закон в полном соответствии с его смыслом. Он наделён правом выбора, использования своих профессиональных знаний, опыта и усмотрения [1].

«Судейское усмотрение – это право выбора из нескольких альтернатив, каждая из которых законна» [2].

Тем не менее, некоторыми авторами предлагается расширить полномочия судей, чтобы они были вправе решать некоторые дела «против закона» и играли главную роль в правотворчестве. Поэтому поводу немецкий профессор В. Хассимер говорит: «Критика закона и догматики, активизировавшаяся в последнее время, направила понятие позитивного права в сторону конкретного правового решения... Как следствие судья получил возможность правотворчества, и это стало его задачей... Тем самым понятие позитивного права в том виде, как оно используется в новейшей теоретико-правовой номенклатуре, скорее приближается к представлениям более близким к понятию «судебное дело», чем к кодифицированным системам права».

Возникает естественный вопрос, каким образом судье надлежит действовать, когда он впервые рассматривает дело по какой-то отрасли права, и обязан (а суд именно обязан вне зависимости от чего-либо) вынести решение по такому делу. В правовой доктрине США такое понятие называется *first imprint* – первый отпечаток. Это вопрос, откуда пошёл судебный прецедент, как вообще сложилось общее право как система норм, каков их изначальный источник, и какова судебная процедура установления такого «первого отпечатка».

Для этого необходимо учитывать, что в законодательстве США существует определённое количество фактов, классифицируемых как «факты, устанавливаемые законодательством», и факты и соображения общественного порядка, обсуждаемые законодателем, но не находящие своего отра-

жения в статутах. В последний круг могут входить, таким образом, и факты, устанавливаемые судом при разрешении вопроса, укладываются ли обстоятельства дела в параметры имеющейся нормы писаного права.

В английском праве XVIII–XIX вв. господствовала точка зрения, что судьи не творят право. Оно существовало ранее, само по себе, как естественное право, более или менее конкретные предписания общего порядка, которые судья всего-навсего доносил до сведения участников процесса, ссылаясь на него в решении. Функция судьи сводилась к узнаванию и отысканию норм общего права, которое существует как бы объективно, независимо от человека. Говорить о применении судьями разумности, справедливости и прагматизма не приходится, если придерживаться данной концепции. Установленный впервые судебный прецедент трактовался как распознание и «признание существования действующей нормы права» [3], отмена же ранее принятого изначального прецедента или отказ судей от его дальнейшего применения рассматривался как признание «неверного понимания судьёй нормы общего права».

Таким образом, делался вывод, что если суд обнаружил возможность применения нормы общего права, то правильное рассмотрение дела должно подкрепляться надлежащим применением логических методов анализа, которые закрепляются в данном прецеденте.

В конце XIX века данная теория стала подвергаться обоснованной критике, общее право перестали рассматривать как правовой абсолют, совокупность сложных и абстрактных правовых идей, транслируемых судьями в нормы общего характера. Тогда судья Верховного суда Оливер Холмс впервые высказал в своём особом мнении, что существование общего права должно быть обосновано не логикой, а опытом. А любой опыт приобретается в ходе многократного повторения определённых действий, которые в свою очередь направлены на удовлетворение общественных потребностей, выражаемых в государственной политике, т.е. судьи, устанавливая первичный прецедент, должны оправдывать его не логикой и узнаванием, а целесообразностью того, что является значимым в данный момент для конкретного общества. Таким образом, с развитием идей прагматизма как философского течения, его идеи стали формулироваться и в теории прецедентного права.

Преимущество теории узнавания заключалось в том, что согласно ей было относительно несложно обосновать легитимность судебного решения, поскольку признавалось, что судья в любом случае руководствуется правом, заранее установленными нормами, правовым идеалом либо абсолют, а не собственным убеждением, которое может быть подвержено влиянию огромного количества факторов политического, идеологического, культурного, личного характера и многим другим. Идея судебного правосотворчества, таким образом, отметалась в сторону как опасная.

Второй аспект, за который критиковалась данная теория, сводится к

тому, что содержание судебного решения не может быть чистым от субъективного влияния на судебское усмотрение со стороны социальных, политических и иных факторов, имеющих место в обществе, осознанно или неосознанно влияющих на умонастроение судей.

В наши дни господствовавшую век назад доктрину «правового узнавания» сменила более современная концепция, согласно которой именно судья является творцом права, он является его источником в буквальном смысле. Устанавливая «первый отпечаток», судья творит новую норму права на основе собственного убеждения, понимания публичного порядка, государственного курса, целесообразности, разумности и справедливости, т. е. ключевых понятий, обзор которым давался в работе выше.

С формальной стороны это подкрепляется тем, что при дальнейшем использовании раз установленного прецедента традиционно делается ссылка на решение, которым оно впервые было установлено и суд, его установивший. То есть в буквальном смысле суд создал право, создал новую норму. Неважно, какое понимание закладывает судья, разрешая дело, к которому нельзя применить норму писаного права или уже существующий прецедент, впервые. Важно, что если такое решение пройдёт проверку временем и правоприменителю в будущем не будет нужды отказываться от него как от абсурдного, то оно будет считаться состоявшейся нормой права. Косвенным доказательством приведённого здесь утверждения служит то, что отказаться от прецедента можно лишь признав его абсурдным или устаревшим, т. е. фактически неразумным либо нецелесообразным.

В качестве иллюстрации к данному утверждению приведём пример состоявшегося в Верховном суде штата Флорида по делу Хоффман против Джонса. Данным прецедентом были серьёзно пересмотрены положения о небрежности в деликтном праве. Контрибутивная небрежность была заменена понятием «относительная небрежность». В случае небрежности потерпевшего, самая незначительная небрежность истца, здоровью которого причинён вред, предусматривала полную невозможность возмещения вреда ответчиком, даже в случае его явной вины. Концепция относительной небрежности предусматривает уменьшение размера причитающегося истцу возмещения, но не влечёт за собой полного запрета на возмещение вреда. Принимая решение, суд учёл доводы исторического, экономического и философского (прагматического) характера. Суд отметил, что предыдущий прецедент принимался во время, когда возмещение вреда могло причинить вред развитию промышленного производства, что в настоящее время уровень промышленного развития значительно выше, распространена система страхования, а, следовательно, возможность возмещения вреда не принесёт таких значительных убытков экономике. Кроме того, мотивируя решение, суд указал, что отказать потерпевшему в возмещении вреда на основании наличия его незначительной вины было бы несправедливо и негуманно [4].

Таким образом, судебское усмотрение с полным правом может считаться источником права в идеальном смысле.

Библиографический список

1. Гук, П.А. Судебный прецедент: теория и практика / П.А. Гук. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – 128 с.
2. Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М.: НОРМА, 1999. – 376 с.
3. Blackstone, W. Commentaries on the Law Of England / W. Blackstone. – William S.Hein & Co, 1992. – 320 с.
4. Бернам, У. Правовая система Соединенных Штатов Америки / У. Бернам. – М.: Новая Юстиция, 2006. – 1216 с.