

## СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ

Р. М. ДВОРКИН (1931–2013), доктор права, профессор, Нью-Йоркский университет (США)

В рубрике «Переводы работ выдающихся ученых» публикуется перевод статьи «Судейское усмотрение» профессора Рональда Майлса Дворкина на основе его доклада на симпозиуме «Философия права» Американской философской ассоциации 27 декабря 1963 г. Перевод с английского языка выполнен доктором философских наук, Associate Professor Maqsut Narikbayev University, членом Восточного отделения Американской философской ассоциации А.Б. Дидикиным по изданию: *Dworkin R. Judicial Discretion // The Journal of Philosophy, 1963, Vol. 60, No. 21, Sixtieth Annual Meeting of the Eastern Division of American Philosophical Association.*

Рональд Дворкин – американский ученый-юрист, всемирно известный специалист в области философии права и теории права. Автор множества работ, посвященных философии права, методологии права и толкованию правовых норм. На протяжении многих лет он работал в Йельском университете, Нью-Йоркском университете и Университете Оксфорда. Р. Дворкин является автором широко известных трудов в области философии права, в том числе книг *Taking Rights Seriously* (1978), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* (1993), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000), *Is Democracy Possible Here? Principles For a New Political Debate* (2006), *Justice in Robes* (2006), *Justice for Hedgehogs* (2011).

1. Для неспециалиста судебный процесс или разбирательство представляется событием, в ходе которого судья разрешает спор посредством применения установленных принципов, а не новых принципов, изобретенных специально для данного дела. Он понимает, что отдельные судьи могут не соответствовать этому идеалу справедливости, но считает такие неудачи отклонениями, появление которых указывает на несправедливость, а не на её противоположность. Для него судьи должны, и как правило действительно согласно явно метафорическому принципу, «находить закон, а не создавать его». Уважение к закону у неспециалиста во многом основано на его представлении о том, что такой способ разрешения споров является справедливым.

Академическое сообщество юридической профессии в настоящее время, по-видимому, в целом согласилось с тем, что неспециалист ошибается. Его ошибка заключается в неспособности осознать, что в нашей, как и в любой зрелой правовой системе существуют дела, в которых нормы права не диктуют результат, и поэтому судья вынужден *выбирать* решение, то есть осуществлять судебное *усмотрение*. Вера в то, что судьи всегда находят закон, а не создают его, — это доктрина догмы, называемой формализмом, которая сама по себе является результатом стремления к чему-то старомодному, недостижимому и нежелательному, называемому механической юриспруденцией. Некоторые юристы считали, что сама идея правовой нормы, к которой судьи могли бы обращаться для вынесения решения, является мифом. Но популярная в настоящее время позиция скорее настаивает на том, что существует *два* источника судебных решений: правило и усмотрение. Считается ошибочным игнорировать любой из этих источников, как это делает непрофессионал, не допуская возможности выбора. Остаются разногласия относительно того, представляет ли эта двойственность судебной техники лишь необходимое приспособление к человеческим ограничениям или

сама по себе является идеалом судебного процесса, а также относительно ее соответствия теории демократии. Но общее утверждение о том, что осуществление судебного выбора или дискреционных полномочий в областях, более или менее жестко ограниченных правилами, является не случайным сбоем, а характерной чертой юридического процесса, сегодня является почти клише юридической школы [1].

Такие слова как «усмотрение» и «выбор» имеют разные значения, и возможно, что некоторые, говоря о наличии усмотрения у судей, имеют в виду просто то, что у судей есть решения, которые не приняты за них другими, либо что судьи должны рассуждать или выносить суждения одного или другого рода при принятии этих решений. Профессиональное мнение, о котором я говорю, использует «усмотрение» в более характерном смысле — чтобы обозначить, что иногда судья должен принимать решение не посредством применения стандартов, что такие стандарты иногда предоставляют ему свободу *выбора* [2].

Я намерен утверждать, что это профессиональное мнение, основанное на признании того, что некоторые причины, приводимые судами в качестве обоснования решений, не работают как правила, а сами решения бывают трудными и спорными, тем не менее неточно и вводит в заблуждение при описании этих фактов, а мнение неспециалиста хотя и ошибочно в той части, где может предполагать, что разрешение споров просто, всё же ближе к истине.

2. В юридических текстах, рецензиях и популярных изложениях права определённые утверждения, вроде таких как «предложение считается принятым и больше не может быть отозвано, когда акцепт лицом, получившим предложение, отправлен по почте», описываются как *нормы права*. Некоторые из этих норм называются статутными, то есть принятыми компетентным законодательным органом, другие — нормами общего права, то есть разработанными судами вне рамок такого законодательства.

Такие нормы «в книгах» часто приводятся судами как основания для вынесения решения по делу или его части в ту или иную сторону. В некоторых случаях возможно представить всё рассуждение суда в виде одного или нескольких силлогизмов, в каждом из которых основной посылакой является такая норма, второстепенной — факт, согласованный сторонами или установленный в ходе разбирательства, а выводом — формулировка окончательного или промежуточного решения по делу. Такие дела можно назвать «книжными». Были разработаны два крупных и очень отличающихся друг от друга аргумента, чтобы показать ошибочность взгляда неспециалиста на право. Первый — «радикальный аргумент» — утверждает, что неспециалист ошибался бы даже в том случае, если бы все дела *были* книжными. Второй — «аргумент о трудных делах» — утверждает, что неспециалист ошибается, поскольку *некоторые* дела книжными *не являются*.

3. Согласно радикальному аргументу, тот факт, что мнение судьи не противоречит книжной норме, не доказывает, что судья в каком-либо смысле *связан* этой нормой. Норма называется нормой только потому и до тех пор, пока суды её соблюдают. Судья низшей инстанции, который решит отменить предыдущие решения или даже проигнорировать статут, может быть отменён вышестоящим судом, а может и нет. В любом случае, если высший суд юрисдикции решит не соблюдать норму, которая, как установлено в книге, была устоявшейся, проигравшая сторона не сможет ничего сделать, кроме как смириться с решением, а автору текста придётся изменить норму или, как минимум, добавить сноску в следующем издании. Радикальный аргумент подводит к выводу, что предшествующие принципы *никогда* не определяют результат дела.

Профессор Г. Л. А. Харт в своей недавней книге «*Понятие права*» предлагает, как мне представляется, убедительный ответ на радикальный аргумент [3]. Говорить, что нас связывают правила, вовсе не означает, что за отступление от них нас ждёт наказание или наши действия будут признаны не имеющими законную силу. Быть связанным правилом, по крайней мере с «внутренней» точки зрения, согласно Харту, — значит поступать согласно предписанию правила, приводить его как причину (в смысле оправдания) для такого поступка, и использовать его как основание (в смысле стандарта) для критики тех, кто поступает иначе. Чтобы проиллюстрировать ошибку, содержащуюся в радикальном аргументе, Харт предлагает рассмотреть разницу между игрой в бейсбол, где игроки связаны решением судьи (или другого арбитра), каким бы неправильным оно ни было, и вымышленной игрой «Усмотрение судьи», в которой судья может по своему желанию определять страйки и шары, а также признавать игроков выбывшими или оставлять их на поле, начисляя очки по

своему усмотрению. По наблюдению можно будет определить, в какую игру играют — бейсбол или «Усмотрение судьи», и вероятно можно было бы охарактеризовать разницу между этими играми следующим образом: в бейсболе правил много, включая правило, что решение судьи окончательно; в игре «Усмотрение судьи» есть только одно правило — решение судьи окончательно. Конечно, замечает Харт, можно представить, что судьи в бейсболе начнут в целом выносить решения по своему желанию, не обращая внимания на правила, и тогда бейсбол, если бы он не исчез, превратился бы в «Усмотрение судьи». Но из того, что это могло бы случиться, не следует, что оно уже случилось, и до тех пор было бы ошибочно описывать бейсбол так, будто судьи свободны поступать как хотят и не связаны правилами.

Я упомянул радикальный аргумент и изложил ответ Харта, потому что этот ответ устанавливает важные различия: усмотрение не подразумевается тем, что решение официального лица может быть окончательным или неоспариваемым, либо тем, что оно может быть спорным или ошибочным.

4. Аргумент, основанный на трудных делах, начинается с перечисления типов дел, которые в той или иной степени отличаются от «классических» случаев.

(i) Во многих случаях суд подвергается давлению, а иногда действительно *отменяет* установленное правило и заменяет его новым;

(ii) Даже когда суд, как это обычно бывает, намерен следовать конкретному установленному правилу, *если* оно применимо, само это правило может быть настолько неоднозначным, что неясно, *распространяется ли* оно на данный случай, и суд не может принять решение, просто изучив язык, в котором выражено правило;

(iii) Иногда формально применимы *два* установленных правила, и судьи должны выбрать между ними. В некоторых подобных делах необходимость выбора может быть замаскирована тем, что упоминается лишь одно правило, однако исследование (или воображение) может выявить другое правило, которое суд мог бы с тем же основанием применить.

(iv) Иногда сам суд заявляет, что *ни одно* установленное правило не применяется к фактам дела. Часто этот пробел можно устранить с помощью так называемого «расширения» существующего правила, но иногда необходимо изобрести совершенно новое правило.

v) Значительное и растущее число дел решается посредством ссылок на правила, настолько неопределенных, что их затруднительно даже назвать двусмысленными: ключевыми словами таких правил являются «разумный», «обычный и необходимый», «существенный», «значительный» и тому подобные. Бесплезно утверждать, что вопросы применения этих терминов — это вопросы факта, ибо споры останутся, и решения потребуются даже после достижения согласия в отношении фактов.

Далее аргумент продолжается: неправильно утверждать, что судья решает такие трудные дела путем некоего «дельфийского» выведения «цели» правила, поскольку цель правила обычно выступает как *deus ex machina*. Также нельзя говорить, что трудные дела решаются на основании неких метаправил, объясняющих, как установленные правила должны отменяться, толковаться, расширяться, сужаться или создаваться заново, или на основании стандартов вроде «существенности» применения. Объяснения, которые судьи дают в трудных делах, обычно апеллируют не к правилам, а к политике или требованиям справедливости; юристы и судьи часто расходятся во мнениях относительно допустимости таких апелляций в каждом конкретном деле.

В лучшем случае характеристика подобных объяснений как метаправил лишь откладывает проблему на шаг: тогда понадобились бы мета-метаправила, чтобы выбрать между метаправилами. В какой-то момент этот регресс должен быть прерван признанием того, что на данном этапе судья уже не применяет правила, а делает *выбор*. Максимум, что можно сказать, это то, что анализ объяснений, которые судьи дают в подобных случаях, способен выявить *паттерны* судебного поведения — своеобразные самостоятельно принятые ориентиры, которые помогают наблюдателю предсказывать решения, делая их более «предсказуемыми» или, по крайней мере, менее «непредсказуемыми» [4].

Таким образом, аргумент из трудных дел исходит из анализа того, что можно назвать (с некоторой условностью) «логическим» поведением типов объяснений, которые судьи приводят в обоснование своих решений. Вывод о том, что судьи обладают усмотрением, делается путем сравнения роли правил в праве таким, каким оно есть, с той ролью, которую они бы играли, если бы

все дела были «классическими». Аргумент можно выразить в терминах игровой аналогии Харта: правила или иные причины, на которые ссылаются судьи, не всегда определяют правильный юридический результат так, как правила бейсбола определяют правильный результат игры при заданных фактах. В той мере, в какой право в этом смысле менее похоже на бейсбол, оно более напоминает игру «Свободное усмотрение судьи-оценщика», и потому право располагается где-то посередине между двумя типами игр, сочетая элементы обеих.

5. Стандарты права действительно отличаются по своему логическому поведению от стандартов бейсбола, но не таким образом, чтобы делать право более похожим на игру «Свободное усмотрение судьи-оценщика», и наделение судей усмотрением — плохой способ описания этих различий. Ошибка станет очевиднее, если рассмотреть два воображаемых примера игр.

В первой — «Ограниченное усмотрение судьи-оценщика» — все правила бейсбола сохраняются в полной мере, за исключением того, что судья имеет право по своему усмотрению объявлять любой поданный, но не отбиваемый мяч страйком или мячом, не принимая во внимание, входит ли мяч в страйк-зону. Усмотрение судьи ограничено: оно может быть реализовано только в определенных ситуациях и может иметь лишь определенные последствия для счета, в зависимости от обстоятельств игры. Судья может установить для себя какие-то цели — например, стать героем для зрителей, — которые будут направлять его решения, и на которые игроки могут начать полагаться при прогнозировании этих решений. Но свобода судьи устанавливать и применять такие личные цели не ограничивает, а напротив демонстрирует его усмотрение.

Вторая игра — «Политики» — сложнее. Все правила бейсбола изначально действуют, но арбитры (называемые судьями «iudexes» в Политиках) обязаны каждый раз рассматривать, приведет ли изменение соответствующего правила к большей реализации определенных постоянных политик или к большей согласованности с набором принципов, и если это так, они должны внести необходимые изменения, прежде чем вынести решение по игре. Эти цели и принципы изложены в официальной инструкции с указанием их относительной важности. Политики включают: снижение числа травм у игроков, предоставление возможности более сильным и ловким спортсменам становиться звездами и идолами публики, стимулирование тренеров к стратегическому руководству командами и повышение зрелищности игры. А принципы включают, например, то, что нечестное поведение должно наказываться, и то, что правила не должны дискриминировать в пользу домашней или гостевой команды. Арбитр обязан после каждого решения, принятого на основе измененного правила, подготовить краткое письменное обоснование внесенного изменения. Эти обоснования публикуются и становятся доступными всем судьям и общественности, а измененное правило становится обязательным до внесения последующих изменений аналогичным образом.

Работа судьи была бы очень трудной. Политики стратегической роли менеджеров и интерес публики обычно служили бы сдерживающим фактором для изменения правил, но судья не мог бы отклонять каждое предлагаемое изменение на этом основании. Одни политики было бы проще применять, чем другие: легче выяснить, какие действия приводят к травмам, чем определить, какие игроки обладают лучшими способностями по координации, или какие ситуации публике покажутся захватывающими. Конфликты между политиками или принципами также создавали бы проблемы. Когда инструкция указывает, что одна из двух конкурирующих политик важнее другой, можно обосновать решение, продвигающее более важную, но если невыполнение менее важной политики серьезно подрывает более важную, это может стать основанием предпочесть первую.

Политика предотвращения травм могла бы потребовать, чтобы правила сдерживали игроков от опасных действий, например, от бега слишком близко к ограждению. Судье, однако, было бы трудно обосновать выбор конкретной дистанции как строго предписанной политиками — это зависело бы от скорости игрока, характера эпизода и других факторов. Судья мог бы выработать правило, что отбивающий считается в безопасности, даже если мяч был пойман, если защита подошла «необоснованно» близко к забору, чтобы сделать ловлю. Насколько близко — слишком близко — зависело бы от обстоятельств конкретного эпизода и от их связи с другими политиками, помимо предотвращения травм.

Принцип нечестного поведения, вероятно, вызвал бы особые трудности, потому что здесь затрагиваются вопросы морали, а такие вопросы считаются менее «объективными», чем,

например, вопросы предотвращения травм. Если бы среди игроков и зрителей не существовало широкого согласия относительно того, что считать нечестным, этот принцип оказался бы сравнительно бесполезным для принятия решений. Было бы нарушением роли судьи принимать решения, исходя из личных стандартов или стандартов какой-то одной заинтересованной стороны — точно так же, как недопустимо строить решение на своём субъективном представлении о том, что именно считать «травмой». Однако если такое широкое согласие существует, эти стандарты могут использоваться, даже если «действительность» таких стандартов невозможно продемонстрировать тем же образом, как и факты, определяющие причинение травмы, и даже если мораль толпы не является единственно возможной или наилучшей моралью. Бывает и так, что судья арбитр оказывается прав в определённом решении о нечестном поведении, даже если его решение поначалу непопулярно, если впоследствии удаётся показать, что из-за мотивов или последствий, не учтённых толпой, данное поведение противоречило общепринятым представлениям о справедливой игре.

6. Можно сказать, что ограниченное усмотрение судьи-оценщика занимает промежуточное положение между бейсболом и полным усмотрением оценщика, что оно включает в себя элементы и того, и другого. Но не было бы ошибкой сказать то же самое о Политиках, а именно — что ограниченное усмотрение и Политики схожи в том, что в каждом случае у принимающего решение лица есть ограниченное усмотрение? Не заключается ли существенное различие между этими двумя играми в том, что в Политиках у судей *отсутствует* какое-либо усмотрение?

Когда мы говорим о чем-то усмотрении при принятии решений, мы подразумеваем, что стандарты, если таковые имеются, предоставляют *ему* право принимать любое решение по своему желанию и отказывают любому *другому* участнику в праве требовать от него определённого решения. Мы можем подразумевать под «ограниченным усмотрением», что стандарты предоставляют актору *полный* выбор на каком-то *этапе* деятельности, как, например, у игрока в бридж есть *полная* свобода распорядиться картами в руке. Вместо этого мы можем подразумевать, что стандарты предоставляют ему определённую свободу в пределах ограничений, как игрок в бридж обязан ходить в масть, но волен играть любую карту этой масти. Даже если действие в принципе свободно, оно может быть недопустимо в особых обстоятельствах или если мотивы актора неправильны (вот что мы имеем в виду, когда говорим, что усмотрение не должно быть *со злоупотреблением*). Если бы у нас попросили обоснование решения со ссылкой на конкретные стандарты, мы должны были бы признать достаточным продемонстрировать, что действие подпадает под область усмотрения.

Стандарты Политик *не предоставляют* судьбе никакого выбора, даже ограниченного выбора в каком-либо из этих смыслов. На каждом ходу игры участники *имеют право* на «правильный» результат; ни в одном случае судья не имеет права поступать по своему желанию. На каждом этапе ни в каком смысле нельзя оправдать решение судьи тем, что оно лежит в рамках его усмотрения. Тот, кто настаивает, что у судьи есть усмотрение, должен предполагать либо, что принципы и политики, изложенные в инструкции, вовсе не являются стандартами, что неверно, либо что такие стандарты каким-то образом *дефектны*, то есть позволяют усмотрению проникать исподволь, благодаря некоей «утечке».

Но что могло бы значить утверждение о дефектности стандартов? Можно вновь обратиться за ответом к стандартам, в которых, как утверждается, «утечек» нет. Правила бейсбола, как и большинства других игр, точно определяют, какие события должны иметь конкретные последствия, и только события, указанные в правилах, имеют какое бы то ни было значение. Судьи, применяющие такие правила, исключительно занимаются авторитетным *констатированием* факта, а не его *характеристикой*. Редкие споры о самих правилах разрешаются по авторитетной книге правил. Арбитр может отказаться применять мнимое правило к ситуации, к которой оно относится, только на том основании, что правило недействительно; и если он признает его недействительным, он не может применить его несколько ходов спустя. Правила не имеют «веса». Если будет обнаружено несоответствие в правилах, конфликт не может быть разрешён, исходя из «большой важности» того или иного правила. Такой конфликт или существенная неоднозначность *будут считаться* недопустимыми, экстренной ситуацией, требующей разрешения путём оговорки или в организованных играх вроде бейсбола – решением ассоциаций или комитетов, обладающих явными нормотворческими полномочиями. Не все игры функционируют так — игры детей, которые «создаются по ходу дела», разные, — но такое логическое поведение типично для правил большинства игр.

Принципы и политики, переданные судьбе, действуют по-другому. Они не определяют точно перечень событий, которые могут призвать их к применению, и *любое* событие в игре может быть релевантным с их точки зрения. Обычно судья занимается именно интерпретацией происходящего, а не только констатацией факта. Такие стандарты действительно обладают сравнительным «весом», и часто именно это обстоятельство объясняет их применение или неприменение. Политику не обязательно признавать недействительной, чтобы отказаться ее применять, и отказавшись можно уже на следующем ходу игры использовать только её как основание для изменения правила. Ситуации, в которых сталкиваются противоположные политики или принципы, не свидетельствуют о *несогласованности*, а напротив предусмотрены структурой игры. Они не требуют экстренного разрешения за её пределами: их разрешение — *часть* самой игры.

Итак, существует различие между мышлением, подходящим для принятия решения на основании правил, и мышлением для решения на основании других стандартов [5]. Эти различия — не просто различия в степени приближения таких стандартов к модели правил, поскольку у них есть и собственные модели. Если бы в сообществе не существовало общего согласия относительно того, что является хорошим обоснованием решений в отличие от плохого обоснования по таким стандартам, арбитр, если бы вообще не стал недееспособным, был бы вынужден полагаться на свои личные представления о хорошем аргументе, чтобы это ни значило. В таком случае участники уже не могли бы предъявлять *претензии* по конкретным решениям, и игра превратилась бы в усмотрение оценщика. Однако из наличия *таких* общих стандартов не следует, что арбитр полагается на свои личные представления, *когда* решение трудное или спорное. И тогда, как всегда, он намерен строить свои рассуждения на публичных, а не личных стандартах аргументации, и сообщество воспринимает и критикует его решение на этой же основе. Утверждение о том, что политики и принципы — «рыхлые» стандарты, может означать лишь, что решения по ним часто вызывают споры. Этот факт вполне совместим с не менее важным фактом, что судья, не менее чем арбитр в бейсболе, обязан находить, а участники имеют право требовать решения, которое в данном случае представляет наилучшее разрешение поставленных принципов и политик.

7. Можно возразить, что если у арбитра нет усмотрения, то значит и у менеджеров компаний или генералов нет усмотрения. Каждый из этих должностных лиц обязан принимать решения, максимально отвечающие определённой политике: максимизации прибыли в одном случае, победе в войне — в другом. Тем не менее, странно утверждать, что у *них* никогда нет усмотрения; мы бы тогда пришли к выводу, что вообще *ни у кого нет* усмотрения. Возможно, в конце концов, усмотрение просто означает, что у актора есть решение, которое предстоит принять, и которое ещё не было принято другим, и это не связано с наличием или отсутствием стандартов, в рамках которых должно быть принято решение.

Данное возражение подчеркивает важность различия между *стандартами* (которые конституируют такие структуры, как игры и соревнования и предоставляют участникам право требовать определённых привилегий и наград, а также официальных решений, закрепляющих такие требования) и обязательными политиками, *не являющимися* стандартами. Генерал, ведущий войну, обязан перед нацией принимать те решения, которые, по его мнению, больше всего способствуют победе. Однако ни нация, ни кто-либо из его подчинённых, ни враг не имеют права требовать как должное какое-либо конкретное решение. Политика победы не действует как стандарт, определяющий требования, права или притязания. А вот оговорённые стандарты Политик *выполняют* эту функцию.

Сравните положение менеджера, решающего, какую запасную награду нужно вынести в ситуации, когда менеджер должен вручить приз, подаренный общественностью, «самому ценному игроку команды». Хороший менеджер будет относиться к каждому из этих решений таким образом, что только одно решение верное (хотя между ними есть важные различия в том, какое обоснование решения будет приемлемым и как будет разрешаться спор в случае «ничьей»). Тем не менее, правильно утверждать, что у него есть усмотрение в первом случае и нет усмотрения во втором. Считать, что у арбитра есть усмотрение, потому что у бизнесмена или генерала оно есть — значит упустить самую суть игры, тот факт, что она представляет собой структуру притязаний.

Эта воображаемая игра, конечно, не единственный пример подобной структуры, функционирующей не по правилам: другие примеры относятся к определённым моральным спорам и

некоторым видам конкурсов. Было бы странно говорить, что человек, который пытается решить сложный вопрос поведения в соответствии с моральными стандартами своего сообщества, или совершает действия в комитете, назначенном для присуждения премии за лучшую работу по определённому юридическому вопросу, обладает усмотрением, независимо от того, насколько сложным или спорным является его решение.

8. Моя цель до сих пор заключалась в том, чтобы критиковать неявное основание аргумента о «трудных случаях»: предположение о том, что единственными настоящими стандартами являются правила, и что если объяснения, даваемые судьями в трудных случаях, вообще считать стандартами, то их нужно рассматривать как «испорченные» правила, уклоняющиеся варианты, которые невозможно применять без определённой меры усмотрения. Я полагаю, хотя не могу здесь это показать, что трудные случаи в праве, как и в Политиках, решаются посредством применения стандартов, отличных от правил [6].

Разумеется, я не утверждаю, что право и Политики изоморфны, и что каждое значимое институциональное или формальное свойство права имеет аналог в воображаемой игре [7]. Главное отличие для текущей цели заключается в том, что у судьи нет авторитетного руководства, исчерпывающе перечисляющего стандарты, на основании которых он должен принимать решение. Если бы судья был свободен выбирать свои личные предпочтения в качестве правовых стандартов, тогда действительно его решения были бы произвольными. Но это не так. Он подчиняется основополагающему принципу, что достаточные основания судебного решения должны быть публичными стандартами, а не частными предубеждениями. И он подчиняется принципам, определяющим, каковы источники таких стандартов, и каким образом они могут быть использованы в суде [8].

Можно выделить три возможных источника допустимых стандартов. Во-первых, это стандарты наподобие «Никто не должен извлекать выгоду из своего собственного проступка» и «Несовершеннолетние находятся под опекой закона», которые напоминают книжные правила тем, что многократно использовались для обоснования судебных решений, и судья определяет их значимость и объем с учётом соответствующих дел. Такие стандарты не являются правилами - некоторые люди всё же извлекают выгоду из своих проступков, даже в суде, а несовершеннолетние иногда проигрывают дела, - однако предшествующие дела могут служить прецедентом для их применения. Любой такой стандарт может усилиться, ослабнуть или исчезнуть, поскольку поколения судей будут решать, что какие-то новые стандарты либо усиливают его, либо должны иметь приоритет над ним.

Во-вторых, определённые институты в каждом сообществе уполномочены формулировать стандарты от его имени. Для нас сегодня такими институтами являются законодательные органы, исполнительная власть и административные ведомства, а также сама судебная система в том смысле, что «новый» стандарт может оказаться правильным обобщением решений по другим стандартам в иных делах.

Чаще всего судья обратится к этим двум источникам – «старым» и «новым» стандартам. Однако иногда он должен признать и третий источник: суждения всего сообщества или определённого его сегмента. Суд обращается к таким суждениям, когда отвергает конкретный результат или правило как несправедливое, а также когда более явно ссылается на идеалы общества [9]. Признание этого источника не означает, что все правовые стандарты должны быть популярными, ведь это всего лишь один из источников; и вовсе не означает, что преобладающее общественное мнение должно становиться законом, так как могут возникать противоречия с иными стандартами. Для любого общества здесь встают два принципиальных вопроса: насколько велик должен быть консенсус, чтобы позиция сторонников стала мнением сообщества? Должен ли какой-либо сегмент общества, исходя из особых интересов, способностей или привилегий, обладать полномочием формулировать стандарты для всех?

Эти вопросы, равно как и аналогичные вопросы относительно текстуральных и институциональных источников правил, относятся к нормативной юриспруденции. Некоторые из них, по крайней мере на какой-то период, будут решены внутри сообщества и таким образом для судьи, как например общий принцип верховенства закона в пределах конституционных ограничений, и принцип о том, что ни один социальный класс не может формулировать стандарты, обязательные для всех, такие вопросы для нас сейчас решены. Другие же могут долго оставаться открытыми, например, вопрос о том, должны ли этические нормы моральных лидеров рассматриваться как нормы всего общества;

и такие вопросы будут, или должны быть, предметом постоянной дискуссии. Иногда конкретное дело может вынудить судью заняться подобной дискуссией, фактически *решишь* собственно юридический вопрос [10]. Но даже тогда судья, считающий, что столкнулся с такой дилеммой, не имеет права выбирать ответ, исходя из личных оснований, ни здесь, ни на любом другом этапе своих размышлений; от него ожидают того же, *обосновывать* решение с опорой на наиважнейшие общественные представления о социальной и политической справедливости. Даже здесь, иначе говоря, от него ожидают *аргументации*, опирающейся на публичные, а не частные стандарты. Даже в таком случае, если решение по делу действительно зависит от вопросов права, у одной из сторон будет право требования, и судья должен попытаться вынести «правильное» решение.

9. Некоторые скажут: возможно, ошибочна сама теория, согласно которой судьи осуществляют усмотрение всякий раз, когда их решения не детерминированы правилами. Но, несомненно, *существуют* случаи, когда судья вынужден сделать выбор. Иногда нормативные стандарты, признаваемые релевантными, находятся в *столь* тонком равновесии; иногда вопрос о том, представляет ли определённая политика справедливое выражение общественного суждения, вызывает *такие* споры, что ожидать от судьи чего-либо, *кроме* выбора, бессмысленно. Судебное усмотрение, возможно, встречается реже, чем утверждали некоторые энтузиасты; но разве не *столь* же нелепо утверждать, что усмотрению *вовсе нет* места в правовой вселенной?

Это аргумент, основанный на существовании *особенно* трудных дел. Если понимать его буквально, то он сводится к следующему: в какой-то момент, когда решение становится всё более сложным или спорным, роль судьи и ожидания общества меняются так, что от судьи *уже ожидают* вынесения решения на основе личных предпочтений, а стороны *перестают иметь право* на какой-то определённый результат. Согласно этой точке зрения, право в конечном счёте становится подобным «ограниченному усмотрению судьи в бейсболе»: *существует* область, в которой судье дозволено по своему усмотрению принять то или иное решение — область не ударов и пропущенных мячей, а особенно трудных дел.

Можно представить себе правовую систему, которая включает зону усмотрения, наступающую после определённого уровня сложности [11]. Но в нашей правовой системе ничего подобного нет. Судьи нередко признают, что некоторые решения даются им с трудом, а иногда, хотя обычно неофициально, признаются, что отдельные решения основаны на «догадках» или «интуитивных ощущениях». Подобное признание следует понимать так: судья, полагающий, что существует *верное* решение, испытывает трудность в формулировании оснований своей уверенности и не вполне уверен, что эти основания убедят других. Это не означает, что он отказался от попытки найти правильное решение и теперь просто выражает личное предпочтение — условное судебское нравится или не нравится [12]. И уж конечно это не означает, что стороны превратились из участников процесса в просителей, будто осуждённые, ожидающие приговора. Судебная дилемма возникает именно потому, что судья *не имеет права сменить* роль, когда его собственная задача становится слишком трудной: он обязан продолжать, даже если его гипотезы становятся всё более сомнительными, а рассуждения всё более шаткими.

Аргумент, основанный на особенно трудных делах, яснее воспринимается в переносном, а не буквальном смысле, если понимать выбор как указание на то, что во многих случаях судья не сможет обосновать своё решение так, чтобы убедить тех, кто изначально был с ним не согласен; и в этом смысле можно сказать, что он *как бы* выбирает решение. Эта метафора может быть полезной, но не следует предполагать, что описываемая ею смена ролей действительно имеет место. В чрезвычайно трудных делах, так же как и в самых простых, выражение «судейское усмотрение» неверно описывает сущность судебного долга.

10. Это искажение нельзя считать безвредной ошибкой. Оно породило или усилило такие проблемы, как «согласование» судебного правотворчества с демократией, моралью наказания, предпосылками индивидуальной ответственности и с нашим предубеждением против *обратной силы закона*. Оно исказило и нынешнюю важную дискуссию о том, должны ли принципы, на которых основываются судебные решения, быть «нейтральными», дискуссию, в которую ныне включается, например, статья бывшего декана юридического факультета и председателя Федерального Апелляционного суда США, озаглавленная «Заявление в защиту непринципиального решения» [13].

Более того, и это хуже, такое заблуждение мешает размышлениям над правовыми вопросами первостепенного интереса и значения, над «открытыми вопросами» о формировании, признании и применении общественных стандартов, о которых уже шла речь. В лучшем случае оно уводит обсуждение в сторону, превращая его в описание того, что «делают судьи», тем самым упуская суть реальных проблем, стоящих и перед судьёй, и перед обществом. В худшем случае оно вовсе блокирует такое обсуждение, выдавая себя за ответ.

Наконец, именно оно ответственно за то напряжение, с которого был начат разговор: напряжение между общественными ожиданиями и академическим отрицанием. Представление неспециалиста о праве основано на принципе, что судья никогда не вправе использовать личное предубеждение вместо общественного стандарта в качестве обоснования решения. Если профессиональное сообщество перестанет стремиться к следованию этому принципу, а общество ожидать его соблюдения, то такое представление окажется отмененным. Это искажение опасно тем, что способно само себя осуществить, изменив сам предмет описания.

### Примечания

1. К числу видных представителей, придерживающихся данной позиции, можно отнести столь разных фигур как сэр Джон Сэлмонд (Glanville Williams, Salmond on Jurisprudence, 11th ed., Sweet & Maxwell, 1957, p. 44); Роско Паунд (An Introduction to Philosophy of Law, Yale Paperbacks, 1959, особенно р. 59–64); Бенджамин Кардозо (The Nature of the Judicial Process, Yale Paperbacks, 1960, особенно лекция III); Моррис Р. Коэн (Reason and Law, Collier, 1961, p. 11); Карл Ллевеллин (The Common Law Tradition: Deciding Appeals, Little Brown, 1960); и Г. А. А. Харт (The Concept of Law, Oxford, 1961, особенно р. 124–132). По мнению автора, книга Харта является одной из самых важных и провокационных в литературе по философии права. Как будет показано, автор принимает в качестве основного тезис этой книги, чтобы предположить, что высказывания Харта о судебском усмотрении и выборе менее удачны.

2. Авторы, приведённые в примечании 1 выше, и другие специалисты, говорящие о судебском усмотрении, не имеют в виду, что судья должен когда-либо принимать решение прихотливо. Они говорят о судебных традициях, ремесле или других ограничениях, которые «ограничивают» или «сдерживают» это усмотрение. И говорят о «хорошем» судье, который будет использовать своё усмотрение так, чтобы лучше служить своему обществу. Но говоря о судье, столь ограниченном и столь преданном, как всё же осуществляющем усмотрение или выступающем в качестве законодателя, они подразумевают не только то, что он должен прогнозировать или выносить суждения при применении стандартов, но что в области усмотрения он вовсе не обязан применять конкретные стандарты.

3. Hart, *op. cit.*, pp. 138–144.

4. Это — центральная мысль Ллевеллина (*op. cit.*). Интересно сопоставить его работу с трудом Харта. Харт стремится показать, как поведение судей регулируется стандартами, но прекращает исследование в тот момент, когда поведение перестаёт регулироваться правилами. Ллевеллин начинает там, где Харт останавливается, но ищет скорее методы прогнозирования того, что будут делать судьи. Объединение подходов Харта и Ллевеллина дало бы обсуждение не «ориентиров предсказуемости», а иных правовых стандартов, отличных от правил.

5. «Логическое» поведение принципов и политик также в некоторой степени отличается друг от друга. Сравните виды аргументации, соответствующие политике устранения неспортивного поведения, с теми, которые соответствуют принципу, согласно которому такое поведение является неправильным и должно быть наказуемо. И есть другие виды стандартов, действующие в законодательстве, если не в политике, которые возможно все еще имеют различное «логическое» поведение: например, «максимы», которые апеллируют к принципу «при прочих равных условиях». Подробная информация об этих различиях может быть интересной, даже выгодной, хотя было бы глупо спорить о классификации ради нее самой.

6. Я говорю обо всех делах, в которых о судье говорят, что он «принимает закон», действуя по своему усмотрению. В юриспруденции есть случаи, например, в бейсболе, когда должностным лицам прямо предоставляется свобода действий - судье, например, при назначении наказания и в

некоторых других вопросах, связанных с исправлением положения или процедурными вопросами, а также арбитражу при отзыве официальных лиц и в некоторых дисциплинарных вопросах. Это усмотрение осуществляется в определенных пределах и им нельзя злоупотреблять, но мы бы не сказали, что участники имели право на какое-либо конкретное решение в данном вопросе. Я проигнорировал вопрос о том, вправе ли судья, присяжные или судебная экспертиза по своему усмотрению определять, «что произошло» не потому, что я хочу сказать, что они это делают, а потому что нет места для рассмотрения этого вопроса. Точно так же я хотел бы исключить роль Верховного Суда при рассмотрении конституционных дел, выходящих за рамки данного эссе. Существует общепризнанное мнение, что эта судебная функция уникальна, и рассмотрение предполагаемых различий в данном случае было бы нецелесообразным.

7. В дальнейшем я исхожу из предположения об одном сходстве: закон, подобно играм и курсам, является механизмом предоставления прав, и я пытаюсь представить картину судебной практики, соответствующую этому предположению. Я не верю, что ученые-юристы, которые говорят о дискреции судей, намерены отрицать, что закон является таким механизмом (за исключением, возможно, указанного в пункте 9 ниже), хотя, конечно, дискреция в праве, как и в играх, означает отсутствие стандартов, и следовательно элементарных ограничений. Несогласованность возникает из-за того, что они не желали признавать в качестве стандартов что-либо, кроме правил, разработанных законодательными органами и судами, и это привело к проблемам и противоречиям, о которых говорится в пункте 10 ниже.

8. Безусловно, существует важная взаимосвязь между судебным признанием политики и принципов, и институциональными или общественными источниками таких стандартов. Судебное признание обычно укрепляет и делает более четкими признанные стандарты, хотя оно может иметь противоположный эффект, когда оно ошибочно пытается установить в качестве принципа сообщества то, что на самом деле является спорной доктриной.

9. Это обсуждение затрагивает знаменитые противоречия о соотношении права и морали. В отдельных случаях в некоторых видах дел моральные принципы, принятые в качестве стандартов в сообществе, будут выступать в качестве веских оснований для принятия юридического решения, точно так же как в иных случаях в других видах дел стандарты будут установлены иным образом. В этом смысле такие принципы являются частью правовой системы, если вообще полезно говорить о праве как о системе, и однозначное утверждение о том, что право и мораль — это отдельные системы, вводит в заблуждение.

10. Область частного права, называемая «коллизийным правом», является той сферой, в которой судьи в настоящее время вынуждены рассматривать юридические вопросы. Смотрите дела и статьи, цитируемые в деле *Pearson против Northeast Airlines, Inc.*, 309 F.2d 553 (1962).

11. Неясно, как сторонники подобного подхода предполагают поведение судьи за пределами этой точки. Должен ли он просто сообщать о своём предубеждении, чтобы предупредить мир о его существовании, или же приводить в его защиту аргументы? В последнем случае — какого рода аргументы? Ведь если аргументы по-прежнему требуются, изменилась ли на самом деле роль судьи?

12. Важно различать случаи, когда судья выражает собственные взгляды, полагая, что они совпадают со взглядами всего сообщества, членом которого он является (и нет никаких оснований полагать иное), и те случаи, когда судья выражает и воплощает свои взгляды, не учитывая, являются ли они действительно репрезентативными.

13. Clark, «A Plea for the Unprincipled Decision», 49 *Virginia Law Review* 660 (1963).

Для цитирования и библиографии: Дворкин Р. М., Судейское усмотрение // Право и государство. № 4(109), 2025. – С. 118-127. DOI: 10.51634/2307-5201\_2025\_4\_118

---

Материал поступил в редакцию 13.11.2025