

A. Shulima

AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION OF UKRAINE CONCERNING CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE FEATURES OF TRANSITIONAL RELATIONS

The article addresses the main problems of transitional relationships of constitutional jurisdiction caused by the latest constitutional amendments. The author emphasizes the importance of transitional regulations, especially in the states being in the process of permanent reforms.

The given temporal analysis of the constitutional amendments concerning constitutional jurisdiction detects a number of issues of improper transitional regulation. The first set of uncertainties concerns the absence of mechanism of completion of some cases which had been in the Constitutional Court before the constitutional amendments came into force, particularly on official law interpretation. The second set of questions concerns the failure of gradual transition to a new model of regulation, particularly of the constitutional complaint. The author finds unacceptable the position of the Constitutional Court of Ukraine not to consider the constitutional complaints before appropriate amendments to the laws are approved.

Summarizing the analysis provided in the article, it is concluded that a systematic approach to the analysis of transitional relationships have not been reflected in the constitutional amendments. Suspension of the people's constitutional right of access to the constitutional jurisdiction is one of the consequences of this situation.

The author asserts that while developing the transitional provisions of law (including constitutional amendments), two major problems should be solved: the proper implementation of the new institutions and procuring for persons who are already subjects of legal relations, for the smooth transition to a new regulation model. Since this is not taken into account in practice, the author deems it necessary to develop further theoretical and practical knowledge of temporal regulations, including the tools of entry of the law into force.

Keywords: transitional relationships, changes to the Constitution of Ukraine, the constitutional complaint, the official interpretation, temporal regulations, coming into force (of the law), ultraactive force of the law.

Матеріал надійшов 22.05.2017

УДК 340.12:164.031

Мельник М. О.

ВПЛИВ ВИСНОВКІВ ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ НА ТЕОРІЮ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

У статті проаналізовано ідеї фундаторів школи правового реалізму, що були спрямовані на переосмислення основних факторів, які мають враховуватись при формуванні юридичної аргументації. Простежено шлях, вибудований школою правового реалізму, та акценти, які були розставлені від механічної юриспруденції до мистецтва побудови юридичної аргументації.

Ключові слова: юридична аргументація, юридичний формалізм, механічна юриспруденція, аналіз фактів, емпіричний підхід, реальність, школа правового реалізму.

Науковий аналіз правосуддя історично обертався навколо пошуку відповіді на запитання: «наскільки прийняття суддями рішень залежить від процедури формування аргументації» [1, р. 1362]. Саме відповідь на це запитання розвела дві течії – юридичний формалізм і право-

вий реалізм – на дві кардинально протилежні сторони та змусила юристів шукати механізми протидії механічній юриспруденції.

Відповідно до підходу юридичного формалізму, який був панівним у ХІХ ст., судді застосовують норми права до фактів справи механічно,

використовуючи лише методи логіки. Правосуддя – це «величезна силогічна машина», а основне завдання суддів полягає у необхідності діяти як «висококваліфікований механізм» [2, р. 2]. Правові норми для формалістів – те, чим починається і на чому закінчується судова аргументація, а основним інструментом логічне мислення [1, р. 1362]. В кожній конкретній ситуації рішення необхідно виводити із загального, абстрактного положення, що регулюється законодавством, в якому немає прогалин. Тому окрім норм, які в ньому містяться, аналізувати щось додатково немає потреби [3, р. 657–658]. Отже, «юристи використовують загальні принципи, які сформовані із чітко визначених концепцій, для того, щоб прийняти конкретне рішення, діяти логічного, раціонального, об'єктивного висновку, використовуючи метод дедукції» [4, р. 497].

Американський юрист і філософ Роберто Унгер зазначав, що юридична аргументація характеризується формалізмом тоді, коли лишень тільки застосування норм та виведення з них висновків вважається достатнім для кожного авторитетного юридичного вибору [5, р. 278].

Основне завдання, яке поставили перед собою правові реалісти, – поборити формалізм і механічність у формуванні правової аргументації, застосовуючи, як зазначав Карл Ллевелін, «величний стиль аргументації» [6, р. 62–72]. Для реалістів процес формулювання правової аргументації «не є справою пошуку і застосування наявних правових норм»; це «мистецтво, а не механістична діяльність» [7, с. 24].

Центральною ідеєю школи правового реалізму є емпіричний підхід до сприйняття реальності. На практиці це виступає рекомендацією для суддів підходити відповідально до аналізу всіх фактів справи, щоб віднайти справедливість і наблизитись до достовірності. Заперечуючи проти використання методу дедукції, виведення рішення із абстрактних категорій, принципів, реалісти наголошували на тому, що юристи, судді при формуванні аргументації мають зосереджувати свою увагу на фактах конкретної справи [4, р. 500].

Як слушно зазначає професор М. І. Козюбра, висновки реалістів значно вплинули на формування теорії юридичної аргументації, що мало вияв у сприйнятті права як явища, не відірваного від реального життя, – а це впливає на необхідність детально аналізувати факти справи суддям при прийнятті рішення [8, с. 9]. Школа правового реалізму наголошувала на тому, що

процес розгляду справи, прийняття рішення та побудови аргументації не можна підкорити та обмежити лише логічними інструментами, оскільки існують певні ірраціональні елементи, які у правовому пізнанні посідають важливе місце.

Цей ірраціональний феномен у діяльності судді визначали як внутрішній поштовх, імпульс, інтуїцію, в основі якого лежить освіта, попередній життєвий досвід, загальна точка зору.

Федеральний суддя США Джозеф Хатчесон (1879–1973) був прикладом розвитку ідей правового реалізму в американській правовій системі. Він описав процес особистої еволюції. На початкових етапах своєї професійної діяльності був зовсім молодим юристом, вихідцем із класичного університету, якого навчали сприймати право як систему правил, прецедентів, категорій, а суддю – як відстороненого адміністратора, розум якого є «холодною логічною машиною», запрограмованою на аналіз фактів щодо встановлених прецедентів [9, р. 274]. Юрист зізнається, що на тому етапі його мозок працював як запрограмований автомат, у кожній справі, яку розглядав, він мав лише одне завдання – як правильно згрупувати та перегрупувати факти, щоб вбудувати їх у належний відсік, до якого вони належать. Джозеф Хатчесон зізнається, що сприймав суддів, як «хранителів законів», які повинні вирішувати всі справи за допомогою методу дедукції, виводячи висновки із законодавства, яке досягнуло піку еволюції [9, р. 275].

Однак, обійнявши посаду судді, отримавши практику розгляду справ, Хатчесон зрозумів, що суспільство не стоїть на місці, а розвивається; розвиваються і суспільні відносини, законодавство не настільки досконале, щоб передбачити кожну ситуацію, що існує певний нераціональний феномен (інтуїція), який впливає на прийняття рішення суддею [9, р. 276–278, 285–287].

Школа правового реалізму зазнавала внутрішнього розвитку позицій, які мали вияв як у діалогах між самими реалістами, так і у особистих міркуваннях окремих фундаторів: від абсолютизації фактів (емпіричної частини) та повного ігнорування норм, до пошуку компромісу, так би мовити, балансу між цими двома явищами.

У своїй статті «Правосуддя відповідно до права» («Justice according to Law») один із перших фундаторів правового реалізму Роско Паунд зазначає, що у процесі здійснення правосуддя завжди існувала боротьба двох протилежностей – формалізму і дискреції. Першу частину він

визначає як юридичну, а другу – як перед-юридичну, оскільки останнє відображає етап прийняття рішення до моменту пошуку законодавчого обґрунтування попередньо прийнятого рішення [10, с. 696]. Наголошуючи на важливості перед-юридичного етапу, Паунд все ж зазначає про низку переваг здійснення правосуддя з урахуванням норм писаного права, оскільки воно: 1) допомагає краще передбачити результат судових процесів; 2) захищає від помилок окремих суддів; 3) захищає від неналежного мотиву з боку суддів; 4) надає суддям стандарти, які відображають етичні цінності суспільства; 5) передає судді здобутки всього попереднього досвіду його колег; 6) не допускає ситуації, коли заради захисту більш очевидних, нагальних і менш вагомих інтересів суди жертвуватимуть вищими соціальними або індивідуальними інтересами [10, р. 709].

Разом з тим, Роско Паунд висловлював свою чітку позицію проти формальної юриспруденції, зазначаючи, що *«досягнення визначеності шляхом механічного застосування фіксованих правил до людської поведінки є ілюзією»* [11, р. 142–143].

Бенжамін Кардозо стверджував, що у певних випадках джерело, яке потрібно застосувати, є очевидним. Якщо норма, яку потрібно застосувати, передбачена або конституцією, або статутним законодавством, суддя її застосовує. Однак кодекси і закони не роблять суддю зайвим, ані змушують його виконувати свою роботу поверхово та механічно, оскільки існують прогалини, які необхідно заповнити; є неясності, які потрібно усунути; існують труднощі і помилки, які необхідно мінімізувати й у разі неможливості усунути [12, р. 14].

Шукаючи шляхи боротьби з формалізмом, *реалісти не виводили логіку з переліку інструментів, які може використовувати суддя при вирішенні справи*. Так, у своїй одній із найвідоміших робіт «Природа судового процесу» Бенжамін Кардозо писав, що *«логічна узгодженість не перестав бути благом лише тому, що вона не є вищим благом»* [12, р. 32]. Разом з тим, він зазначав, що *зловживання логікою починається тоді, коли її методи розглядаються як найважливіші і як ті, що є кінцевою метою*. Правник категорично заперечує проти реальності, в якій існують лише задалегідь визначені логічні категорії, незмінні у своїй основі, які регулюються негнучкими догмами, і тому не здатні пристосовуватися до швидкозмінних вимог життя [12, р. 46–47].

Значний вплив ірраціонального елемента на судову правотворчість реалісти вбачали в етапі аналізу і оцінки фактів по справі, яку розглядають. Саме за це школу найбільше критикували у радянський період, оскільки вважали, що «реалісти наділяють суддю безмежною свободою розсуду і в просторі встановлення фактів “філософськи” обґрунтовують фальсифікацію фактів і доказів» [13, с. 120]. Однак думка реалістів щодо дискреції, якою наділений суддя, є дещо глибшою і має зовсім інший контекст.

Зокрема, Джером Френк зазначав, що багато правових мислителів стверджували, що не існує ніякої іншої дискреції, аніж щодо вибору правових норм, тобто встановлені широкі межі у гнучких матеріальних нормах надають судді право застосовувати їх до визначеного кола фактів. Насправді ж, суд першої інстанції має інший вид дискреційних повноважень, які існують незалежно від гнучкості правових норм; ця дискреція полягає у владі обирати, показання якого свідка приймаються як достовірні. Справді, необхідно розмежовувати дискреційний розсуд щодо фактів, яким наділений суд першої інстанції та вищих інстанцій, оскільки зазвичай процес вибору фактів не контрольований судами вищих інстанцій, а є привілеєм судів першої інстанції [14, р. 214–215]. Реаліст зазначає, що неможливо знати, чи є факти в тому вигляді, як вони встановлені, тими самими, що і реальні факти минулого, які (перефразовуючи Канта) можуть бути названі «фактами в собі». Ні суддя, ні будь-хто інший не можуть бути впевнені, наскільки вони наблизилися у своїх «відкриттях» до того, що відбулось насправді [15, р. 185]. Тому, якщо факти справи є суперечливими, внутрішнє розуміння судді та його реакція на показання свідків, юристів відіграватиме вирішальну роль у їх встановленні, тобто вирішальним буде його суб'єктивне переконання [14, р. 228].

Отже, реалісти наголошують на тому, наскільки важливим є етап вивчення і розуміння фактів справи суддею, оскільки саме вони є основою подальшої судової аргументації та прийняття рішення. Своєю чергою, цей процес має суб'єктивний характер і є продуктом сприйняття, усвідомлення і рефлексії всіх обставин справи суддею.

Інший правовий реаліст Вольтер Кук, детально описуючи всю складність процедури відбору і аналізу фактів, стверджує: *те, що суддя обирає із представленого йому матеріалу, залежить від його минулого досвіду, освіти та від мети,*

яку він тримає у полі зору в процесі розгляду [16, р. 238–239].

У спільному потоці думок із правовими реалістами слушно зазначає український вчений, професор М. Козюбра, що відповідно до принципу змагальності «мета сторін у судовому процесі загальних судів полягає не стільки у досягненні “об’єктивної істини”..., а в переконанні суду у правильності власних доказів і власної версії та послабленні доказів і версії опонента» [17, с. 178–179]. Задача щодо вирішення цього конфлікту покладається на людину (суддю) «з притаманними їм особливостями сприйняття почутого на судовому засіданні, його оцінки, стилю мислення емоціями і переживаннями» [18, с. 6]. Це і є виявом того позараціонального елемента, який не може вміститись в логічні рамки, про що неодноразово зазначали правові реалісти.

Реалісти наголошували на важливості особистості судді у віднаходженні справедливості, оскільки прийняте рішення завжди не просто ґрунтується на вже наявних прецедентах та інших правових джерелах, а й відображає особисті погляди суддів. Різні індивідуальні риси судді, його характер і звички часто впливають на його рішення не тільки при оцінці встанов-

лених фактів з погляду їхньої правомірності і справедливості, а й на сам пізнавальний процес, за допомогою якого він встановлює, що саме ці факти мали місце в дійсності [19, р. 119]. Ідеалом судді для Джерома Френка є «абсолютно дорослий юрист», який не має потреби у зовнішньому авторитеті й культивує конструктивні сумніви, що допомагає йому формувати норми відповідно до вимог суспільства, яке розвивається [20, с. 212].

Підсумовуючи, варто зазначити, що школа правового реалізму зробила значний внесок у формування теорії юридичної аргументації, переосмисливши її шлях від механічного копіювання справ на підставі формального аналізу норм та прецедентів до мистецтва аналізу фактів та формування думки й аргументу. Заперечуючи проти механічної юриспруденції, яка мала вияв у використанні методів формальної логіки та дедуктивному виведенні конкретних рішень із абстрактних категорій, реалісти наголошували на тому, що юристи, судді при розгляді справи, формуванні аргументації мають зосереджувати свою увагу на аналізі фактів конкретної справи, які формують живу частину правової реальності.

Список літератури

1. Tumonis V. Legal Realism and Judicial Decision-Making / Vitalius Tumonis // *Jurisprudence*. – 2012. – № 19 (4). – P. 1361–1382.
2. Guthrie C. Blinking on the Bench: How Judges Decide Case / C. Guthrie, J. J. Rachilinski, A. J. Wistrich. – *Cornell Law Review*, 2007. – P. 1–43.
3. Weber M. Economy and Society / M. Weber, G. Roth ; C. Wittich (eds.). – Berkley : University of California Press, 1978. – 1469 p.
4. Singer J. Legal realism now / Joseph Singer // *California Law Review*. – 1988. – Vol. 76:465. – P. 465–544.
5. Blake B. When Holmes Borrowed from Langdell: The ‘Ultra Legal’ Formalism and Public Policy of Northern Securities (1904) / R. Brown Blake and A. Bruce Kimball // *The American Journal of Legal History*. – 2001. – Vol. 45, no. 3. – P. 278–321.
6. Llewelyn K. The common Law Tradition: Deciding Appeals / Karl Llewelyn. – Boston : Little, Brown & Co, 1960. – 565 p.
7. Benditt M. T. Law as Rule and Principle: Problems of Legal Philosophy / Theodore M. Benditt. – Stanford University Press, 1978. – 195 p.
8. Козюбра М. І. Теорія юридичної аргументації: становлення, стан та перспективи у вітчизняній юриспруденції / М. І. Козюбра // *Наукові записки НаУКМА*. – 2012. – Т. 129 : Юридичні науки. – С. 3–10.
9. Hutcheson J. C. The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision / J. C. Hutcheson // *Cornell Law Journal*. – 1929. – Vol. 14, Article 2. – P. 274–288.
10. Pound R. Justice According to Law / Roscoe Pound // *Columbia Law Review*. – 1913. – Vol. 13. – P. 696–713.
11. Pound R. An Introduction to the Philosophy of law / Roscoe Pound. – Yale University, 1922. – 306 p.
12. Cardozo N. B. The Nature of The Judicial Process / N. B. Cardozo. – Yale University Press, 1921. – 188 p.
13. Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права / В. А. Туманов. – М. : Государственное издательство юридической литературы, 1957. – 176 с.
14. Frank N. Jerome. Modern and Ancient legal pragmatism – John Dewey & Co vs. Aristotle: I / Jerome N. Frank // *Notre Dame L.* – 1950. – Vol. 25, № 2. – P. 207–257.
15. Frank N. Jerome. Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice / Jerome N. Frank. – Princeton University Press, N. Y., 1963. – 441 p.
16. Cook Walter Wheeler. “Facts” and “Statements of Fact” / Walter Wheeler Cook // *University of Chicago Law Review*. – 1937. – Vol. 4, Iss. 2, Article 6. – P. 233–246.
17. Козюбра М. І. Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві / М. І. Козюбра // *Вісник Конституційного Суду України*. – 2016. – № 6. – С. 167–181.
18. Козюбра М. І. Моделі (типи) юридичної аргументації / М. І. Козюбра // *Наукові записки НаУКМА*. – 2013. – Т. 144–145 : Юридичні науки. – С. 3–8.
19. Frank N. Jerome. Law and Modern Mind / Jerome N. Frank. – New York : Anchor Books, 1963. – 404 p.
20. Синха Сурия Пракаш. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / Синха Сурия Пракаш ; пер. с англ. – М. : Издательский центр «Академия», 1996. – 304 с.

M. Melnyk

THE INFLUENCE OF THE SCHOOL OF LEGAL REALISM FINDINGS ON THE THEORY OF LEGAL REASONING

This article describes the influence on the theory of legal reasoning made by school of legal realism. The author analyzes the ideas of the school of legal realism founders focused on reconsidering the main factors to be taken into account in the legal reasoning process. The article traces the path built by the school of legal realism and the accents that were shifted from the mechanical jurisprudence to the art of legal reasoning.

According to the approach of legal formalism that dominated in the nineteenth century, judges apply the law to the facts of the case mechanically using only the methods of logic.

The main objective, which has been set by legal realists, was to overcome formalism and the mechanical approach in legal reasoning. Taking into account the core findings of legal realism founders, the authors demonstrate that the central idea of the school lies in the scope of an empirical approach to the perception of reality. In practice, this provides judges with recommendations to treat responsibly the analysis of all facts of the case in order to find justice and come more closely to credibility. Considering an example of prominent American judge Joseph C. Hutcheson, the author demonstrates the evolution of perception of the main tools and factors in legal reasoning and analyzes the impact of an irrational phenomenon on the decision-making process. Basing on approaches of the school founders, the author pays attention to the role of logic and its methods, judges' discretion with regard to the facts and evidences in case, and the personality of judge in the process of legal reasoning.

In the result of the research, the author reaches a conclusion that the school of legal realism made a significant contribution to the development of theory of legal reasoning, rethinking its way from mechanical copying of cases based on formal analysis of rules and precedents to the art of analysis of the facts and formation of opinion and argument.

Keywords: legal reasoning, legal formalism, mechanical jurisprudence, facts analysis, empirical approach, reality, school of legal realism.

Матеріал надійшов 13.04.2017

УДК [347.73:336.22]:159.955.6

Лобач О. М.

ЮРИДИЧНА АРГУМЕНТАЦІЯ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ (ЗАГАЛЬНИЙ ПОГЛЯД)*

Статтю присвячено проблемі юридичної аргументації в податковому праві. Визначено сфери застосування юридичної аргументації в податковому праві. Розглянуто податкову консультацію як специфічний інститут податкового права, який спрямований на допомогу платникам податків у практичному використанні окремих норм податкового законодавства і який ґрунтується на юридичній аргументації.

Ключові слова: аргументація, юридична аргументація, юридична аргументація в податковому праві, податкова консультація.

У статті Юридичної енциклопедії визначено, виникла в античній Греції як ораторське мистецтво (риторика) і яка від самого початку розвивалася двома напрямками. Перший – теоретичний – що «Аргументація теорія» – це наука про засоби і методи переконування та впливу на людей, яка

* Статтю підготовлено за результатами науково-практичного семінару «Юридична аргументація в публічному праві (у фінансовій, податковій та банківській сферах)», проведеного Центром дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України та кафедрою загальнотеоретичних та державно-правових наук у рамках Днів науки НАУКМА 27 січня 2017 р.