

KLASIKINIS POŽIŪRIS Į TEISĖJĄ KAIP TEISĖS AIŠKINTOJĄ IR TAIKYTOJĄ

Rūta Kazanavičiūtė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Teisės teorijos ir istorijos katedros doktorantė
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 61 75
El. paštas: ruta.kazanaviciute@tf.vu.lt

Straipsnyje nagrinėjamas vienas iš požiūrių į tai, kaip, žvelgiant iš teisės atradimo / kūrimo perspektyvos, gali būti suvokiamas teisėjo vaidmuo aiškinant ir taikant teisę – tai yra klasikinis požiūris, kurį dar galima pavadinti riboto teisėjų sprendimų priėmimo modeliu. Aptariami šio požiūrio į teisėjo ir teisės santykių bruožai, galimos problemos ir atskirų mokslininkų pozicijos.

The article deals with one of possible approaches to the role of the judge in interpreting and applying the law, that is so-called the Classical Approach or the model of bound judicial decision-making. It is discussed, what are the main features, examples and problems of this approach.

Įvadas

Koks turi būti teisėjas savo kasdiniame darbe nagrinėdamas bylas: aktyvus ar pasyvus, ieškantis įstatyme racionalaus grūdo ar įstatymo normas taikantis beatodairiškai, nesusimąstydamas, mechaniškai? Šią problemą būtų galima suformuluoti vienu klausimu: kaip teisėjas turi taikyti teisę – mechaniškai ar kūrybiškai? Nuo atsakymo priklausys ir teisėjo vaidmuo teismo procese bei iš dalies visuomenėje.

Nors vienodos nuomonės šiuo klausimu nėra, tačiau sąlygiškai gali būti išskiriami trys skirtingi požiūriai į tai, koks teisėjų vaidmuo aiškinant ir taikant teisę, žvelgiant iš teisės atradimo / kūrimo perspektyvos. Tai yra, siekiant patogumo, visas mokslines teorijas, susijusias su teisėjui keliamais uždaviniais ir jo atliekamu vaidmeniu minėtu požiūriu, ga-

lima suskirstyti į tris dideles grupes: 1) klasikinis požiūris (angl. *the classical approach*); 2) realistinis požiūris (*realistic approach*); 3) socioekonominis, arba socialinio teisingumo, požiūris (angl. *the socio-economic or social justice approach*) [6, p. 139]. Taip pat šios grupės gali būti pavadintos atitinkamai riboto teisėjų sprendimų priėmimo modeliu, laisvo teisėjų sprendimų priėmimo modeliu bei racionalaus teismo sprendimų priėmimo modeliu [26]. Pagrindinis kriterijus, kuriuo remiantis išskiriamos šios teorijų grupės, yra požiūris į tai, ar teisėjas sprenddamas teisinius ginčus kuria teisę¹, ar yra tik įstatymų

¹ Pažymėtina, kad šiame darbe, atsižvelgiant į tiriamo objekto specifiką, teisės „kūrimas“ suvokiamas kaip išimtinai naujos teisės radimosi procesas. Kūrimu nelaiškomi nei pažinimas, nei interpretacija, nors jiems būdingas tam tikras kūrybinis elementas nėra neigiamas.

leidėjo išleistų teisės normų taikytojas, ar užima kokią nors tarpinę vietą tarp šių kraštutinumų. Išskiriant šias teorijų grupes bei analizuojant teisėjo ir teisės santykį, svarbu turėti galvoje keletą pastabų.

Pirma, minėtas teorijų ir požiūrių skirstymas yra sąlyginis, nes visus požiūrius į teisėjo vaidmenį aiškinant ir taikant teisę būtų tiksliau išdėstyti vienoje eilėje tarp dviejų kraštutinumų: vienoje pusėje yra teorijos, nepripažįstančios jokios teisėjo kūrybinės veiklos, kitoje – suabsoliutinančios teisėjo vaidmenį ir teigiančios, jog teisė ir yra tai, ką daro teismai. Pažymėtina, kad radikalių teorijų nėra daug, todėl paprastai teisėjo veikla suvokiama kaip esanti kur nors viduryje tarp šių kraštutinių – teisės atradimo ir kūrimo – polių.

Antra, teisėjo vaidmens aiškinant ir taikant teisę suvokimas yra glaudžiai susijęs su pačios teisės samprata. „Kaip suprasime teisę, tokius turėsime „bendruosius teisės principus“, jų pagrindu vykdomą teismų teisėkūrą *ad hoc*. Teisės sampratos problema iškyla kaip visos teisinės sistemos kvintesencija, tos sistemos vidinio integravimo, sąmoningumo, racionalumo, modernumo ir galiausiai socialinio veiksmingumo problema“ [39, p. 6]. Dėl to tiriant teisėjo vietos teisės kūrybos procese klausimą kyla panašios problemos, kaip ir bandant atsakyti į amžinąjį klausimą, kas yra teisė. Teisingo atsakymo nėra ir tikriausiai negali būti ir čia. Tačiau nepaisant to, siekiant suvokti teisėjo atliekamas funkcijas aiškinant ir taikant teisę, šis požiūrių skirstymas ir grupavimas išlieka aktualus – tai gali padėti geriau suvokti galimus minėto vaidmens alternatyvius variantus, išryškinti kiekvienos pozicijos plusus ir minusus.

Šio straipsnio tikslas – atskleisti skirtingus požiūrius į teisėjo ir teisės santykį, tai yra analizuoti galimus požiūrius į tai, teisėjas kuria ar atranda teisę. Tiriamas objektas – teisėjo vaidmuo (žvelgiant iš teisės atradimo / kūrimo perspektyvos) bei skirtingas jo suvokimas pagal įvairias teisės sampratas. Straipsnyje aptariamas vienas iš anksčiau nurodytų galimų požiūrių į teisėjo funkcijas – klasikinis požiūris, arba riboto teisėjų sprendimų priėmimo modelis. Atsižvelgiant į tai, kad, kaip minėta, teisėjo vaidmens aiškinant ir taikant teisę suvokimas yra glaudžiai susijęs su pačios teisės samprata, šis požiūris bus analizuojamas pateikiant pavyzdžius, susietus su konkrečių mąstytojų suformuluotomis teisės sampratomis. Žinoma, dėl labai ribotos darbo apimties nėra įmanoma aptarti visas, ar bent daugumą, teisės prigimties teorijų nagrinėjamu aspektu, todėl toks tikslas ir nėra keliamas. Siekiama tik iliustruoti kiekvieną iš galimų požiūrių būdingomis teisės mokslininkų mintimis.

Tiriama problema, tai yra teisėjo, kaip teisės aiškintojo ir taikytojo, vaidmuo žvelgiant iš teisės atradimo / kūrimo perspektyvos, nėra visiškai nauja Lietuvos teisės moksle. Nemažai šios problemos aspektų buvo tirta analizuojant klausimus, susijusius su teisės aiškinimu [žr., pvz.: 5; 12; 13; 17; 18; 19; 20; 27; 28; 29; 30; 33; 34; 36; 40; 42 ir kt.]. Taip pat gilintasi į įvairias teisės sampratas [žr., pvz.: 3; 22; 23; 37 ir kt.]. Šiame straipsnyje šie klausimai susiejami ir koncentruojamasi būtent į teisėjo vaidmenį ir į jo vykdomos teisės kūrybos ar atradimo perskyrą.

Lietuvos Respublikos Konstitucijos 109 straipsnio trečiojoje dalyje įtvirtina, kad teisėjai, nagrinėdami bylas, klauso tik

įstatymo. Net ir labai plačiai aiškinant sąvoką „įstatymas“, būtų gana sudėtinga teigti, jog teismas yra teisę kurianti, o ne ją taikanti institucija. Tokia yra vyraujanti pozicija, kalbant apie teisėjo, kaip teisės aiškintojo ir taikytojo, vaidmenį. Atsižvelgiant į praktiškai visuotinį tokios nuomonės pripažinimą, šis požiūris gali būti vadinamas klasikiniu požiūriu į teisėją kaip teisės aiškintoją ir taikytoją arba riboto teisėjų sprendimų priėmimo modeliu. Pagrindinis šios nuomonės atstovų bruožas yra tas, jog nepripažįstama, kad teismai yra teisės kūrėjai, teisėjai laikomi tik teisės skelbėjais, išreiškiančiais jos turinį. Šiam požiūriui atstovaujančių teorijų grupei galima priskirti gan platų teisės sampratų mokyklų spektrą – prigimtinės teisės doktriną, istorinės teisės mokyklą, teisinį pozityvizmą, kai kurias sociologinės teisės sampratos teorijas. Siekiant geriau suvokti klasikinio požiūrio bruožus, tikslinga aptarti šiam požiūriui atstovaujančių teisės sampratos mokyklų pavyzdžius atskirai.

Teisėjo vaidmuo prigimtinės teisės doktrinos požiūriu

Prigimtinės teisės doktrina – istoriškai pirmoji teisės esmę ir kilmę aiškinanti doktrina. Ji yra labai nevienalytė: jai priskiriamos ir teologinė teisės aiškinimo teorija, prigimtine teisę kildinanti iš Dievo valios, ir teorijos, kurios teisės šaltiniu laiko žmogų, jo prigimtį, protą. Tačiau visas šias prigimtinės teisės mokyklai priskiriamas doktrinas vienija tai, kad yra išsaugomas objektyvistinis požiūris į teisę, tai yra tikroji teisė suvokiama kaip esamybė, kaip asmens elgesį reguliuojančios taisyklės, kurios nėra tikslingos žmogaus veiklos rezultatas ir kurios galioja nepriklausomai nuo pozity-

viosios teisės bei sudaro pastarosios įvertinimo, arba net galiojimo, pagrindą. Nors, kaip minėta, prigimtinės teisės sampratos mokykla yra daugialypė, tačiau, vertinant teisėjo vaidmenį, bendras požiūris yra tai, jog teisėjo vaidmuo negali būti kūrybiškas; jo funkcija – pažinti minėtą objektyviai egzistuojančią esamybę, žmogaus prigimtį ir ją įgyvendinti. Taigi prigimtinės teisės doktrina nepripažįsta teisėjo kūrybinės veiklos teisės atžvilgiu, nes teisėjo užduotis – atrasti ir pritaikyti aukštesniąją, tobuląją teisę. Dėl to šiame straipsnyje nėra tikslinga detaliau analizuoti prigimtinės teisės mokyklai priklausančių teisės sampratų.

Tačiau svarbu pažymėti, jog prigimtinės teisės doktrina reikšminga tuo, kad skatina kritiškai vertinti pozityviają teisę, tai yra taikant pastarąją teisę nevalia pamiršti to, jog ji privalo atitikti prigimtine teisę, o priešingu atveju negalėtų būti taikoma. Dėl to dažnai pabrėžiama, jog „teisės norma, nepriimtina aksiologiniu požiūriu, pavyzdžiui, esanti akivaizdžiai neteisinga, įpareigojanti žmogų daryti tai, kas neįmanoma, kaip prieštaraujanti pagrindinėms moralės nuostatoms, pripažintina negaliojančia ir teismas neturėtų jos taikyti“ [33, p. 37]. Tokiu atveju pripažįstama, jog teismo uždavinys yra ne tik rasti prigimtine (tikrąją) teisę ir remtis ja priimant sprendimus, o aiškinti ir taikyti pozityviosios teisės nuostatas tik tokiu būdu, kad tai atitiktų prigimtine teisę. Tačiau vis dėlto ši teismo pareiga negali būti laikoma suteikimu jam teisės kurti teisę.

Teisinio pozityvizmo šalininkų pozicija

Kaip atsvara prigimtinės teisės mokykloms vystėsi teisinis pozityvizmas, kurio sekėjų

tikslas buvo sukurti atskirą mokslą apie teisę, atskirti šio mokslo tyrimo objektą nuo moralinių ar etinių problemų ir tirti teisę tokią, kokia ji yra [7, p. 31]. Prie teisinio pozityvizmo teorijų priskiriama gana daug savo pobūdžiu skirtingų teisės sampratų, tačiau iš esmės gali būti išskiriamos kelios svarbios teisinio pozityvizmo atmainos: liepimų teorija (angl. *command theory*), pozityvizmas ir neopozityvizmas, normatyvizmas. Kalbant apie teisėjo vaidmenį aiškinant ir taikant teisę, akivaizdu, kad nė vienoje iš šių teorijų teisėjas nėra laikomas tikroju teisės autoriumi, o jei jam ir pripažįstama tam tikra diskrecija, tai tik griežtai ribotoje erdvėje ir gan siauros apimties. Siekiant įsitikinti šių teiginių pagrįstumu, tikslinga bent trumpai aptarti kiekvieną iš šių pozityvizmo atšakų.

Istoriškai pirmoji susiformavusi teisiniam pozityvizmui priskirtina teorija yra minėtoji *liepimų teorija*, kurios ryškiausiai atstovu gali būti įvardintas „grynuoju“ pozityvistu teisėje pripažįstamas [2, p. 19] Johnas Austinas. Šios teorijos šalininkai teisę sutapatino su įstatymų leidėjo (suvereno) įsakymu, pagrįstu sankcija, tai yra teisę apibūdino kaip politinės valdžios apibrėžtą taisyklių visumą, o teisės normas – kaip bendras ir abstrakčias suvereno nustatytas elgesio taisykles, kurių laikymasis garantuojamas valstybės prievarta. Taigi teisė – tai grasinimais pagrįsti suvereno įsakymai, o įstatymas – suvereno valios išraiška, kurio tikslai iš esmės – suvereno pasirinkimas [2, p. 20]. Akivaizdu, kad taip suprantant teisę nėra jokios vietos teisėjų vykdomai teisės kūrybai. Šią išvadą patvirtina J. Austino pateikiami aiškinimai apie teisėjo iš tiesų atliekamą vaidmenį, kai jis, nagrinėdamas

konkrečią bylą, turi vadovautis papročiu arba pats suformuluoti taikytiną taisyklę. J. Austinas teigia, kad visa oponentų nurodoma „teisėjų sukurta“ teisė tėra suvereno ar valstybės įrankis bei kūrinys. Net ir minėtais atvejais teisėjas tėra tik delegatas, kuriam suverenas perleidžia savo galią nustatyti teisės normą. Tokią savo poziciją mąstytojas grindžia nurodydamas, jog suvereno įsakymai bei jo valia gali būti aiškiai išreikšti arba atskleidžiami tam tikru elgesiu, tačiau konkrečiai neišsakyti. Suverenas gali uždrausti teismui taikyti tam tikrą taisyklę, tačiau dažnai palieka teismus laisvus vadovautis tuo, kas jiems atrodo tinkama, tai yra suverenas, turėdamas galią savo aiškiai išleistu įsakymu pakeisti bet kokią teisėjo suformuluotą taisyklę, leidžia tokioms teisėjo nurodytomis taisyklėmis veikti. Taigi, teisėjo suformuluotos taisyklės veikia tik suvereno valia, todėl jos turi būti laikomos suvereno įsakymais, išreikštais minėta tyliąja forma, netiesiogiai [1, p. 35–36]. Dėl to teisėjai yra suvereno nuomonių ir interesų reiškėjai, o jei atlieka labai ribotą teisėkūros funkciją, tam remiasi tik jiems suvereno deleguota kompetencija. Atsižvelgiant į tai, teisėjas, kaip teisės aiškintojas ir taikytojas, nuo teisinio teksto gali nukrypti tik vienu atveju, tai yra kai to reikia atsižvelgiant į tikruosius įstatymų leidėjo ketinimus, todėl interpretacijos tikslas yra atskleisti įstatymų leidėjo tikslus. Taigi, J. Austino nuomone, visos galiojančios teisės normos sistemoje gali būti kildinamos iš tiesioginio ar netiesioginio suvereno liepimo, o netiesioginis liepimas apima ir suvereno leidimą teisėjams sukurti naują teisę suvereno vardu.

Ši liepimų teorija, ypač J. Austino pateikta jos versija, susilaukė nemažai kritikos iš kitų

teisės pozityvistų. Garsusis neopozityvistas H. L. A. Hartas savo teisės sampratos teoriją sąmoningai dėstė kaip J. Austino liepimų teorijos kritiką, aptardamas jos trūkumus [15, p. 36]. Kaip minėta, J. Austinas teisę įvardijo kaip suvereno įsakymus, tai yra iš esmės pripažino visas teisės normas esant vienuose savo prigimtimi – liepimais. H. L. A. Hartas tvirtino esant skirtingų teisės normų, tai yra ne tik paliepimų. Pagal jo išdėstytą teisės koncepciją, teisė – tai pirminių ir antrinių normų junginys. Pirminės normos – tai prievolės nustatančios ir galios suteikiančios normos, iš esmės skirtos piliečiams. O antrinės normos skirstomos į tris rūšis: 1) pripažinimo taisyklę – tai tokia „svarbiausioji“ norma, kuri nustato, kurios normos tikrai gali ir turi būti laikomos pirminėmis normomis; 2) keitimo taisyklės, kurios nustato, kas ir kokiu būdu gali keisti galiojančias normas, tai yra inicijuoti ir įgyvendinti įstatymų leidybą; 3) bylų sprendimo taisyklės, leidžiančios autoritetingai nustatyti, ar pirminės normos buvo pažeistos, ir taikyti tam tikras poveikio priemones pažeidėjams [23, p. 21–22]. Taigi, antrinės normos yra iš esmės skirtos pareigūnams, taip pat teisėjams, kad jomis remdamiesi jie galėtų identifikuoti, keisti ir taikyti pirmines teisės normas.

Taip pat atidžiai H. L. A. Hartas tyrė teisėjų teisės kūrybos ribas. Jo nuomone, teisės nurodymams nebūdingas neaiškumas ar prieštaravimas, jie turi reikšmę, kurios teisėjai keisti negali. Tačiau ribotoje plotmėje teisėjai vis dėlto kuria teisę, nes „kiekvienoje teisinėje sistemoje visuomet yra tam tikrų teisiškai nereguliuotų atvejų, kuriais teisė tam tikru atžvilgiu nediktuoja jokio sprendimo arba jo krypties, taigi ir pati teisė yra

iš dalies neapibrėžta arba neužbaigta. Jeigu tokiu atveju teisėjas turi priimti sprendimą ir neketina, kaip kadaise siūlė J. Benthamas, atsisakyti savo jurisdikcijos arba esamos teisės nereguliuojamus santykius perduoti spręsti įstatymų leidybos institucijai, jis, užuot tiesiogiai taikęs esamą jau susiformavusią teisę, turi realizuoti savo diskreciją ir pats kurti teisę tai bylai“ [15, p. 417]. Taigi H. L. A. Hartas skeptiškai vertina teisės tobulumo bei išbaigtumo idėją ir nemato kitos išeities, kaip tik esant tam tikroms aplinkybėms, tai yra sprendžiant bylas, kuriose taikytina teisės norma yra neaiški arba kuriose susiklostę teisiniai santykiai nėra reguliuojami konkrečios pozityviosios teisės normos (esant teisės spragai), teisėjui prisiimti įstatymų leidėjo funkciją ir kurti teisę. Tokiais atvejais teisėjas turi veikti taip, kaip jo vietoje veiktų sąžiningas įstatymų leidėjas, priimantis sprendimus pagal savo įsitikinimus ir vertybes. Tai šiek tiek primena anksčiau aptartą J. Austino požiūrį, kad teisėjas gali nukrypti nuo teisinio teksto tuo atveju, kai to reikia atsižvelgiant į tikruosius įstatymų leidėjo ketinimus, o teisės normos aiškinimo tikslas – atskleisti įstatymų leidėjo tikslus. Vis dėlto H. L. A. Harto teorijoje teisėjas nėra pripažįstamas tokiu įstatymų leidėjo delegatu, kaip teigė J. Austinas. Taigi teisėjui H. L. A. Hartas pripažįsta daugiau savarankiškumo aiškinant teisę ir pildant atsiradusias pozityviosios teisės sistemos spragas, tačiau kartu „Hartas teisėjo atliekamą teisės kūrimą skiria nuo įstatymo leidėjo teisės kūrimo, sakydamas, kad teisėjas yra apribotas esamos teisės ir jis negali pradėti kurti teisės neatsižvelgdamas į nieką (ką, Harto manymu, gali daryti įstatymų leidėjas)“ [42,

p. 149]. Vis dėlto šios teisėjų vykdomos teisės kūrybos apimtis, palyginti su visa teisės normų sistema, yra tokia nežymi, jog tai neduoda pagrindo šio mąstytojo priskirti prie kitos grupės, nei prie teigiančiųjų, jog iš esmės teisėjams neturi būti pripažįstama teisė kurti teisės normas.

Grįžtant prie teisinio pozityvizmo tipologijos, trečiaja šios teisės sampratos mokyklos atšaka galima teigti esant normatyvizmą, kurio ryškiausiu atstovu laikomas Hansas Kelsenas. Šio mokslininko sukurta grynosios teisės teorija turi išorinių panašumų su H. L. A. Harto teorija (pavyzdžiui, pripažinimo taisyklė H. L. A. Harto teorijoje ir pamatinė norma H. Kelseno teorijoje), tačiau grindžiama visiškai kitokiais argumentais. Panašiai kaip J. Austinas, tačiau visiškai skirtingai nei H. L. A. Hartas, H. Kelsenas įvardijo visas teisės normas kaip vienuosį komandos variacijas. J. Austinas, kaip minėta, visas teisės normas suvokė kaip (suvereno) paliepiamus, o H. Kelseno teorijoje visos teisės normos turi būti suvokiamos kaip pareigūno įgaliojimas taikyti sankcijas, jei nesilaikoma normos nurodymų [7, p. 34].

H. Kelsenas teisę apibūdino kaip teisės normų sistemą. Visos teisės normos išvedamos iš pamatinės normos, kuri yra minėta sistemą sudarančių teisės normų galiojimo pagrindas. Tokiu būdu minėta teisės normų sistema suvokiama kaip nuosekli teisės normų piramidė, kurioje visos teisės normos išdėstomos griežtai apibrėžta hierarchine tvarka. Kalbant apie teisėjo vaidmenį, svarbu yra tai, jog, H. Kelseno nuomone, į šią teisės normų piramidę turi būti įtraukiamos ne tik bendros, bet ir individualios (konkrečios) teisės normos. „Dėl to tai, ką esame

įpratę vadinti teisėkūra, ir tai, ką vadiname teisės taikymu, iš esmės yra tas pats reiškinys: kiekvienas pozityviosios teisėkūros aktas kartu yra ir teisės (aukštesnės normos) taikymo aktas. <...> Individualios normos sukūrimu baigiasi teisėkūros procesas, o ją įvykdant (pritaikant) jokia nauja teisės norma jau nėra sukuriama. Taigi teisės taikymas yra žemesnės normos kūrimas aukštesnės normos pagrindu (teisėkūra), arba normos įgalinto prievartos akto vykdymas“ [22, p. 34]. „Tad net tuo atveju, kai aukštesnė norma apibrėžia tik personalinį elementą, individą, turintį vykdyti teisėkūros funkciją, vis tiek teisėkūrą reikia suvokti kaip teisės taikymą“ [21, p. 201]. H. Kelseno teigimu, net ir idealioje Platono valstybėje, kurioje teisėjai visas bylas gali spręsti vien savo nuožiūra, nevaržomi jokių įstatymų leidėjo sukurtų bendrų normų, kiekvienas sprendimas yra bendrosios normos, apibrėžiančios, kokiomis sąlygomis tam tikras individas yra įgaliojamas veikti kaip teisėjas, taikymas. Teismo sprendimas yra teisėkūros proceso tęsinys, juo yra taikoma galiojanti teisinė tvarka. Tai šiek tiek primena J. Austino mintį, jog teisėjas yra delegatas, turintis suvereno jam suteiktą kompetenciją tam tikrais klausimais suformuluoti taisykles suvereno vardu. H. Kelsenas taip pat nurodo, jog „teorija, kad teisę kuria tik teismai, <...> yra lygiai tokia pat vienpusė, kaip ir kontinentinės Europos statutinės teisės dirvoje išaugusi teorija, kad teismai apskritai nekuria teisės, o tik taiko jau sukurtą teisę. Pastaroji teorija – tai požiūris, kad esama tik bendrųjų teisės normų; pirmoji – kad esama tik individualiųjų teisės normų. <...> Teismai kuria teisę – paprastai individualią; bet tokioje teisinėje tvarkoje, kur yra sukurtas

įstatymų leidybos organas arba kur paprotys pripažįstamas teisėkūros faktu, teismai tai daro taikydami įstatymų leidybos būdu arba papročiu jau sukurtą bendrąją teisę. Teismo sprendimas yra teisėkūros proceso tęsinys, o ne pradžia“ [21, p. 214].

Taigi H. Kelseno suformuluotoje gryniosios teisės teorijoje teismai kuria teisę, nes kiekvienas teisės taikymas yra ir teisės kūrimas, tačiau ši kūryba vyksta pačios teisės viduje. Kadangi normos sudaro vieningą teisės normų piramidę ir yra išvedamos viena iš kitos, žemesnės teisės normos kūryba neišvengiamai yra ribojama aukštesniosios turinio. H. Kelsenas teigia, kad teismas kuria individualias teisės normas tiek tokiais atvejais, kai aukštesnės teisės normos apibrėžia jų turinį, tiek tais atvejais, kai šis turinys nėra apibrėžiamas ir teismas taiko ne tokią bendrąją normą, bet normą, įgaliojančią teismą kurti naują teisę. Nors paprastai laikoma, jog teismas tokiu atveju įgaliojamas veikti kaip įstatymų leidėjas, tačiau, H. Kelseno nuomone, tai nėra visiškai teisinga, jeigu įstatymų leidyba suprantama kaip bendrųjų teisės normų kūrimas, nes teismui suteikiama galių sukurti tik tokią individualią normą, kuri galioja tai vienintelei bylai.

Taigi H. Kelseno sukurta teorija ypatinga tuo, kad joje teisės sistemai priklauso ir individualios teisės normos, todėl teisės kūryba ir teisės taikymas tampa sunkiai atskiriami. Tačiau įvertinus tai, kad bet kokių atveju visa teisės kūryba, kaip minėta, vyksta teisės normų piramidės viduje, ši teorija priskirtina prie tokių, kurios nepripažįsta teisėjo galios kurti naują teisę.

Apibendrinant pažymėtina, kad teisinis pozityvizmas, jo atmainos: normatyvizmas, institucinis (reliatyvistinis) pozityvizmas

yra teorijos, kuriose teisė „apibrėžiama kaip suvereno įsakymas, skirtas vykdyti, o ne svarstyti ar vertinti. Remiantis šia teisės samprata, visas teisės mokslas orientuotas ne į teisėkūrą, o į teisės taikymą arba apskritai į teisės įgyvendinimą, nes teisėkūra čia tiesiog „nėra problema“: kokią elgesio taisyklę politinė valia pavers įstatymu, tokia ir bus teisė, dėl kurios jau reikia ne diskutuoti, o kurią privalu vykdyti“ [39, p. 8]. Teisėjai tokiu atveju neturi diskrecijos koreguoti teisės turinio ar daryti jam įtaką, nes jų pareiga yra tik išaiškinti šį turinį ir pagal jį, tai yra konkrečią egzistuojančių įstatymų leidėjo nurodytų normų reikšmę, išspręsti kilusį konkretų ginčą. Neigiama, kad teisėjai gali būti tikraisiais teisės autoriais, nurodant, jog jų funkcija yra būti teisės skelbėjais, suteikiančiais teisei išraišką. Taigi, teisėjai, aiškindami ir taikydami teisę, yra visiškai ribojami bendrų taisyklių, kurių turi būti laikomasi daugiau ar mažiau mechaniškai, naudojant argumentus, išvestus iš pažodinės, tiesioginės taisyklių reikšmės. Svarbu yra pasiekti teisingą rezultatą, o „teisingas“ šiame kontekste reiškia logišką suderinamumą su bendromis taisyklėmis, iš anksto sukurtais sistemoje [26]. Teisinio pozityvizmo šalininkų įsitikinimu, „įstatymo aiškinimas turi prasidėti ir baigtis normos tekstinės prasmės atskleidimu – neaiškiais (nevienareikšmiškais) terminais suformuluotos elgesio taisyklės performulavimu į aiškesnius. Kas tiesiai nepasakyta įstatyme, to jame nėra ir negali būti. <...> teismas – tik įstatymų taikytojas, o ne jų kūrėjas ar jų kūrimo užbaigėjas“ [40, p. 7].

Pirminė idėja, slypinti už tokio teisėjų diskrecijos ribojimo, yra apriboti teismo galią. Teisėjo apribojimas nurodant paklusti formaliems teisės šaltiniams yra laikomas

įprastu, eiliniu, kasdieniu valstybės reikalu (būseną), užtikrinančiu nuspėjama teisės taikymą. Teisės samprata šiuo atveju neatskiriama susijusi su formaliu teisėtumu, nes formalus teisėtumas nustato kriterijus, pagal kuriuos nustatoma, ar kas nors yra teisė ar ne, teisė yra lengvai atpažįstama [26]. Ribotos teisėjų sprendimų priėmimo teorijos šalininkų nuomone, tokia situacija, kai teisėjams yra griežtai uždrausta daryti įtaką teisės turiniui, yra ideali individo laisvės apsaugos forma. Tačiau šios teorijos pavojus yra tas, kad teisėjas laikomas mechanisku įstatymų leidėju valios vykdytoju. Teisės normų jis negali vertinti, o turi jas taikyti neatsižvelgdamas į tai, ar jos racionalios ir teisingos, ar ne. Visiškai nelogišką teisės normą teisėjas privalo taikyti tol, kol ji nebus panaikinta ar pakeista įstatymų leidėjo. Kyla klausimas, kodėl teisėjo funkcijos negalėtų vykdyti kompiuteris, nes racionalaus mąstymo čia lyg ir nereikia. „Mechaniško teisės taikymo doktrinos kritikai ši požiūrį neigia, nurodydami, jog galiojančią teisę būtina vertinti kritiškai, nes tik šitaip galima užtikrinti teisės raidą ir tobulinimą, taip pat išlaikyti valdžių pusiausvyrą“ [33, p. 64]. Nors tokia mechaniško teisingumo doktrina galėtų būti teisinga ir pakankama kalbant apie teisėjo vaidmenį nagrinėjant nesudėtingą bylą, kur nėra alternatyvių nei teisės, nei fakto klausimų vertinimų galimybių. Tačiau kai byloje yra tokių alternatyvų galimybė, abstrakti, formali teisės norma pati savaime negali duoti atsakymo, kurią iš galimų alternatyvų turi pasirinkti teisėjas.

R. Dworkino pozicija

Aptarus pozityvistų poziciją dėl teisėjo vaidmens teisės atžvilgiu, svarbu atkreipti

dėmesį į vieno iš garsiausių šiuolaikinių JAV teisės teoretikų, liberaliosios jurisprudencijos atstovo Ronaldo Dworkino pateikiamą savitą teisėjo vietos aiškinant ir taikant teisę suvokimą.

Savo pateiktą teisės koncepciją R. Dworkinas vadina „teise kaip visuma“ [plačiau: 11], kurioje yra vietos įvairiems teisės elementams. Ypač jis pabrėžė teisės principų reikšmę ir interpretacinę teisės pobūdį. Šis mokslininkas kategoriškai nesutiko su H. L. A. Harto teiginiais, jog kiekvienoje teisinėje sistemoje visada yra teisiškai nereguliuotų atvejų, todėl teisėjas, priimdamas sprendimą šiais atvejais, turi įgyvendinti savo diskreciją ir pats kurti teisę tai bylai. R. Dworkino nuomone, teisė yra baigta sistema, o nebaigta yra ne teisė, o pozityvistinis jos vaizdas. Kiekvienas teisės klausimas turi teisingą ir klaidingą atsakymus, tai yra atsakymą pagal teisę ir atsakymą, priešingą teisei. Dėl to teisėjas objektyviai negali kurti teisės, nes nėra ką kurti. Teisė, anot R. Dworkino, yra tobula, teisėjui tereikia ją atrasti [plačiau: 10]. Teismo pareiga yra aiškinti teisę, gilintis į ją, bandant rasti jos esmę, tačiau teisės kūrimo diskrecijos teisėjai neturi. Žinoma, gali būti sunku rasti atsakymus į kontroversiškus teisės klausimus, teisėjas gali klysti, tačiau iš tiesų vienintelis teisingas atsakymas visada yra [16, p. 206]. Užtuot pakeitę teisę ar ją sukūrę, teisėjai interpretuoja teisės principus. Taigi, pagal R. Dworkino kuriamą teisės sampratą, teisėjas, nagrinėdamas bylas, neturi kūrybinės diskrecijos, o nesant tinkamo įstatymo ar precedento, privalo rasti konkrečiam atvejui tinkamus principus. Negana to, tie principai, kaip ir priimtas sprendimas, turi derėti prie visos teisinės sistemos. Dėl to R. Dworkino

suvokiama teismo sprendimų priėmimo procedūra lyginama su kelių autorių rašomu grandininio romanu, kai kitas autorius turi tęsti tą pačią istoriją, tai yra turi perskaityti, kas buvo parašyta, ir tai interpretuoti. Kartu jis turi ir tam tikros laisvės rašyti savo dalyje. Nors kitas šio romano puslapis, kurį teisėjas turės rašyti, yra visiškai baltas, tačiau jis yra knygos dalis, todėl turi atitikti visumą, knygos dvasią. O minėtoje H. L. A. Harto pateikiamoje sampratoje teisėjas turi diskreciją ir sukurti teisę nereguliuojamiems santykiams, todėl ši modelį galima palyginti su knyga, kurioje lapus galima laisvai išgerti – nesant reikiamo lapo teisėjas gali jį sukurti ir pridėti prie teisės sistemos, tai yra „išgerti“ į reikiamą vietą.

Kalbant apie R. Dworkino teorijos priskyrimą prie vienos iš požiūrių į teismo vaidmenį grupės, taip pat būtina atkreipti dėmesį į tai, kad nors šis autorius ir teigia, kaip minėta, kad ir į sunkiausius teisės klausimus visada yra teisingas atsakymas, kurį teisėjas turi rasti interpretuodamas teisę bei taikydamas teisės principus, tačiau iš tiesų šis teisėjo kūrybinės galios ribojimas toli gražu nėra toks griežtas, kaip nurodomas pozityvistų teorijose, nors pastarosiose tiesiogiai ir pripažįstamos tam tikros teisėjo galios sukurti teisę užpildant teisės spragas. R. Dworkinas nurodo, kad idėja, jog teisėjai privalo taikyti teisę, kurią sukūrė kitos institucijos, ir jiems nedera kurti naujos teisės, yra idealas, kurio dėl įvairių priežasčių neįmanoma įgyvendinti. Įstatymai ir bendrosios teisės normos dažnai būna migloti ir turi būti interpretuojami prieš juos taikant naujoms byloms. Be to, kai kuriose bylose kyla klausimų, kurie yra tokie naujoviški, kad jų neįmanoma išspręsti

net pritaikant ar naujai išaiškinant esamas normas. R. Dworkinas nurodo, kad net ir tada, kai bylos neapima aiški jau nustatyta teisės norma, teisėjo pareiga yra atskleisti, kokios yra šalių teisės, o ne retrospektyviai kurti naujas [10, p. 123], kaip kad teigia, pavyzdžiui, pozityvistai. Kaip minėta, R. Dworkinas pabrėžia teisės principų svarbą, nurodydamas, jog šie turi padėti kompensuoti teisės normų nepakankamumą, o teisėjas, aiškindamas egzistuojančią teisės sistemą, turi naudotis principais kaip integralia sistema². Tai ir padeda rasti minėtą teisingą atsakymą byloje. Tačiau tokiam procesui reikia ne tik išanalizuoti visą esamą teisinę medžiagą, bet ir suvokti jos integralumą, pasverti visus principus ir galų gale nuspręsti, ko reikia įstatymų leidėjo tikslui, asmens teisėms ir teisės principams. Toks darbas, kaip pripažįsta pats R. Dworkinas, – ne žmogaus jėgoms: tam jis sukuria genialų teisėją Heraklį. Atsižvelgiant į tai, pripažįstama ir teisėjo klaidos, pasirenkant sprendimą, galimybė. Taigi, nors R. Dworkinas tvirtina, kad teisėjas yra ribojamas teisės, kaip integralios sistemos, būtinybės savo sprendimą priderinti prie šios sistemos, taip pat teisės principų, tačiau iš esmės šios ribos yra visiškai kitokio pobūdžio, nei pripažįstama pozityvistų teorijose, ir, beje, gerokai platesnės. Dėl to R. Dworkino pateikiamos teisėjo vietos aiškinant ir taikant teisę priskyrimas prie kurio nors iš minėtų modelių yra problemiškas. Tačiau, atsižvelgiant į tai, jog vis dėlto pripažįstama, kad idealiu lygmeniu teisėjas gali įgyvendinti savo kūrybines galias tik ribojamas, tai yra

² Teisės principų svarba pabrėžiama ir Lietuvos teisės mokslininkų darbuose [pvz., žr.: 17; 18; 19; 24; 25; 27 ir kt.].

priimamą sprendimą turi derinti su esama teisės sistema, o paties sprendimo ieškoti interpretuodamas, manytina, jog jį tikslinga priskirti prie riboto teisėjų sprendimų priėmimo modelio.

Istorinės teisės mokyklos atstovų pozicija

Teisinis pozityvizmas nebuvo vienintelė teorija, besivysčiusi kaip oponentas prigrimtinės teisės teorijai, kuri taip pat galėtų būti priskirta prie riboto teisėjų sprendimų priėmimo modelio, tai yra kuri nepripažintų teisėjų galios kurti teisę. Kaip trečias kelias, aiškinant teisės kilmę, neigiant tiek prigrimtinės teisės mokyklos, tiek teisinio pozityvizmo idėjas, reaguojant į tautiškumo idėjas, taip pat į nacionalinės teisės kodifikavimo planus, XIX a. atsirado istorinės teisės mokykla, kurios žymiausiai atstovais laikomi F. K. Savigny, G. F. Puchta ir G. Beseleris. Nors istorinės teisės mokyklos atstovų teorijos šiek tiek skyrėsi viena nuo kitos, tačiau visas jas vienijo tai, kad jos deklaravo istorinį teisės sąlygotumą, pabrėžė istorijos svarbą teisei atsirasti ir vystytis. Šios mokyklos teoretikų darbuose teisė suvokiama kaip tautos sąmonėje, panašiai kaip kalba, papročiai arba tradicijos, esantys gyvi įsitikinimai. Tokios teisinės nuostatos plėtojasi ir keičiasi pačios, be įstatymų leidėjo įsikišimo. Teisė, kylanti iš bendros tautos sąmonės, priklauso nuo konkrečios tautos papročių, istorinio laikmečio, jai turi įtakos istorinė praeitis. Dėl to teisės neįmanoma tirti neatsižvelgiant į praeitį ir jos neįvertinant. Be to, teisė nuolat kinta, o toks natūralus jos plėtojimasis negali būti nutrauktas dirbtinai. Anot A. Tamošaičio, F. K. Savigny išdėstytoje teorijoje galima

išskirti tris elementus: empiriškai istorinį, kuris pasireiškia raginimu tirti teisės istoriją, evoliucinį, kuris atspindi teisę suvokiant kaip organišką vystymąsi, bei romantinį, kurį atskleidžia pirmenybės ir pagarbos suteikimas savaime besivystantiems procesams prieš protu sukuriamus [38, p. 66]. Pagal šią teoriją, teisė yra „tautos dvasios“ išraiška, atspindinti ir išreiškianti kultūrinių pažiūrų visumą. Tautos ar žmonių teisė, surašyta bet kuriuo metu, yra niekas kita kaip tik statinis nuolat besitęsiančio proceso – kultūros evoliucijos – atspindys“ [9, p. 36]. Teisės forma – labiau „gyvas“ teisės institutų suvokimas ir naudojimas, o ne abstrakčios teisės sąvokos [2, p. 21]. Toks teisės prigrimties aiškinimas iš esmės paneigia žmogaus aktyvumą, nes „teisė gimstanti ir auganti taip, kaip kalba ar įpročiai, nejučiomis, ji glūdinti tautos sieloje ir savaime apsiereiškianti“ [31, p. 16]. Taigi teisės nekuria ir įstatymų leidėjas – jis turi tik užfiksuoti tai, ką nurodo tautos dvasia. Taigi, „istorinės teisės mokyklos atstovai, prieš racionalistinę teoriją statydami teisės evoliucijos dėsnį, išlaisvindami teisę nuo subjektyvaus individo proto, padarė ją priklausomą nuo objektyvaus tautos gyvenimo“ [38, p. 103].

Atsižvelgiant į tai, kad, kaip minėta, pagal istorinės teisės mokyklos sampratą, teisė nėra valstybės ar jos pareigūnų kūrinys, o turi būti laikoma integralia tautos dvasios dalimi, teismai, spręsdami bylas, iš tiesų taiko tai, kas jau egzistuoja žmonių sąmonėje, nes „visais atvejais valstybei skirta ne kurti teisę, o tik ją atrasti ir atspindėti (užfiksuoti)“ [35, p. 136].

Analizuojant teisėjų vaidmenį, reikšmingos G. Puchtos išdėstytos mintys, ro-

dančios jo teismų sprendimų vietos teisės sistemoje suvokimą. Svarbu yra tai, kad G. Puchta išskiria teisės šaltinius ir teisės pažinimo šaltinius. Teisės šaltiniu jis pripažįsta esant tik vieną – tautos sąmonę. O šios sąmonės išraiškos būdai yra trejopi: 1) teisinis paprotys, jei teisė išreiškiama tiesiogiai tautos elgesiu; 2) įstatymai, jei teisė išreiškiama per tautai atstovaujančius įstatymų leidybos organus; 3) juristų teisė, jei teisė išreiškiama per teisės mokslininkų formuluojamą mokslą ar praktiką [38, p. 70]. Taigi viena iš teisės išraiškos formų yra ir teismų sprendimai. Be to, G. Puchta teigia, kad iš visų teisės pažinimo šaltinių svarbiausias yra teisės taikymas gyvenimui, o kalbėdamas konkrečiai apie teisėjo vaidmenį, nurodo, kad teisėjui visada duodami du dalykai: teisė ir faktas, o jis turi juos abu pažinti ir susieti, tai yra surasti tokį teisės dėsnį, kuris tiktų nustatytam faktui, bei jį pritaikyti. Atsižvelgdamas į didelę papročių reikšmę, G. Puchta reikalavo, kad teisėjas žinotų paprotinę teisę ir ją taikytų. Teisės taikymas vis naujiems skirtingiems atvejams, anot jo, nėra naujos teisės kūrimas, o tik naujos jos kombinacijos, modifikacijos, nes teisė savo prigimtimi yra nuolat judanti, nevaržoma [38, p. 73].

Taigi iš šio trumpo istorinės teisės mokyklos apibūdinimo matyti, kad ir pagal šią sampratą, kaip ir pagal prigimtinės teisės mokyklą, teisė yra nuo žmogaus valios nepriklausantis darinys. Nors šios mokyklos prieštaravo viena kitai aiškinamos pačios teisės kilmę ir prigimtį, tačiau teisėjo vieta, beje, kaip ir įstatymų leidėjo, yra apibūdinama panašiai. Jie neturi savarankiškumo kuriant teisę, o privalo atpažinti jau egzistuojančią teisę ir ją taikyti. Dėl to

šios teorijos priskirtinos prie riboto teisėjų sprendimų priėmimo modelio.

Sociologinės teisės sampratos šalininkų pozicija

Istorinės teisės mokyklos šalininkų iškeltos mintys, kad teisė yra nuo žmogaus valios nepriklausantis reiškinys, susiformuojantis istorijos eigoje tautos dvasioje ir nuolat evoliucionuojantis, aktualios ir artimos ne tik šios mokyklos atstovams. Štai liberalas ir spontaninės tvarkos apologetas F. von Hayekas teigė, jog tai, ką vadiname teisės aparatu, visada atsiranda kaip būdas įtvirtinti ir tobulinti taisykles, kurių jau laikomasi. Abstrakčios taisyklės, anot jo, gali atsirasti ir plisti tik evoliuciniu būdu, jos negalėjo būti sukurtos sąmoningai. „Teisėjas aptarnauja, palaiko arba mėgina taisyti veikiančią, niekieno neišrastą tvarką, kuri apima kur kas platesnę sritį nei gali aprėpti kieno nors sąmoningos organizacinės pastangos <...> teisėjo pastangos yra visuomenės adaptavimosi prie aplinkybių proceso dalis. Šio proceso eigoje klostosi spontaninė tvarka. <...> Net jei atlikdamas šią funkciją teisėjas kuria naujas taisykles, jis nėra naujos tvarkos kūrėjas, o tik pagalbininkas, mėginantis palaikyti bei tobulinti egzistuojančios tvarkos funkcionavimą“ [14, p. 174]. Taigi šiuo atveju teisėjui pripažįstama tik „pagalbininko“ vieta teisės evoliucijos procese. Teisėjas negali daryti įtakos šiam procesui ar keisti tokia apimtimi, kuri leistų pripažinti jį teisės kūrėju.

Taigi, kalbant apie visuomenėje egzistuojančią spontaninę tvarką, priartėjama prie dar vienos teisės sampratos – **sociologinės teisės sampratos**, prie kurios priskiriamos teorijos, skirtingai nei teisinis pozityvizmas,

tačiau panašiai kaip istorinės teisės mokykla, teisės esmės ieško teisės funkcionavimo ir įgyvendinimo mechanizme, tai yra realiai susiklosčiusiuose teisiniuose santykiuose. Sociologinė teisės samprata apima labai įvairias teisės esmę aiškinančias teorijas: sociologinę jurisprudenciją, teisinį realizmą, pragmatinį instrumentalizmą, teisinį psychologizmą, gyvosios teisės koncepciją ir kt. Visas šias teorijas vienija rėmimasis empirine teisės samprata – laikomasi pragmatinės nuostatos, kad kiekviena tiesa – tai praktiškai pritaikoma hipotezė, o hipotezės teisingumas visiškai priklauso nuo to, ar ji duoda rezultatų. Todėl atsisakoma teisės esmės tyrimo, tvirtinant, kad ji nepažini. Atvirkščiai, tokie klausimai – teisės esmė, teisės kilmė – laikomi nevaisingomis ir tolimomis nuo teisės praktikos abstrakcijomis. Krypties šūkis – tirti gyvąją, tiesiogiai taikomą teisę (angl. *law in action*). Raginama nuo teisės esmės klausimo pereiti prie teisės funkcijų klausimo [41, p. 86]. Sociologinės teisės sampratos atstovai pabrėžia, kad tikroji teisė – tai faktiniai žmonių santykiai, susiklostę realiame gyvenime, atsižvelgiant į to meto teisingumo sampratą. Tikrąją teisę laikoma ne bendra valstybės nustatyta taisyklė, o konkrečių teisinių santykių atsiradimą ir egzistavimą apimanti aktų visuma. Todėl teisės esmės ieškoma teismų sprendimuose, pareigūnų veiklos būduose, sutarčių nuostatose ir kt., nes šiuose dokumentuose teisė pasireiškia kaip lanksti prie žmogaus santykių prisitaikanti sistema.

Analizuojant teisėjo vaidmenį teisės atžvilgiu, priskirtą jam minėtos sociologinės teisės sampratos grupių atstovų, reikia pripažinti, kad, neatsižvelgiant į tai, jog

įvairios teorijos, pabrėžiančios empirinį teisės pobūdį ir jos veikimą visuomenėje, glaudžiasi po vienu sociologinės teisės sampratos pavadinimu, tačiau teisėjo vieta suvokiama labai skirtingai – nuo visiškai suvaržytos, reikalaujančios tik atpažinti gyvąją teisę, iki teisinio realizmo tvirtinimo, kad teisė yra tai, ką daro teismai. Žinoma, yra daugybė tarpinių teisėjo vaidmens variantų, kurių šalininkai pabrėžia teisės, kaip socialinės inžinerijos įrankio, vaidmenį, kuriuo privalo naudotis ir teisėjas, siekdamas konkrečių tikslų.

Tačiau šioje vietoje, atsižvelgiant į tai, jog tiriamos teisės sampratos, nesuteikiančios teisėjui galios kurti teisę, aptartina viena iš ryškiausių prie riboto teisėjų sprendimų priėmimo modelio priskirtinų sociologinės teisės mokyklos teorijų – teisės sociologijos pradininku laikomo vokiečių ir austrų teisininko E. Ehrlich'o gyvosios teisės koncepcija. Šis mokslininkas teigė, kad „taisyklės, kurių faktiškai laikomasi socialiniame gyvenime, yra realioji, „gyvoji“ teisė. Ši teisė apskritai veikia, kad užkirstų kelią ginčams, o kai ginčai iškyla – kad juos išspręstų nesikreipdama į valstybės teises institucijas“ [9, p. 41–66]. Teisė savo apimtimi yra daug platesnė nei vien tik normos, sukurtos ir taikomos valstybės institucijų. Teisė nėra kažkas primesto išoriškai, bet kyla iš mąstymo būdų, glūdinčių žmonių asociacijų gilumoje. Taigi įstatymų leidėjo uždavinys – atrasti tą gyvąją teisę ir ją susisteminti. Įstatymų leidėjas nesukuria naujos elgesio normos, o ją tik atranda, fiksuoja po to, kai ji jau susiformavo žmonių santykių praktikoje. Pirma atsiranda faktiniai santykiai ir jų formuojama elgesio taisyklė, o tik vėliau įstatymas – sankcionuojantis

ir atitinkamai formuluojantis šią taisyklę, todėl „jei įstatymų leidėjas nori, kad visuomenė paisytų įstatymų, jis turi kuo labiau priartėti prie joje susiklosčiusių papročių, nesiūlyti jokių novatoriškų, neįprastų elgesio modelių. Įstatymas turi būti „patogus“, nedrastiškas, įprastas visuomenėje“ [2, p. 21]. Tokia pozicija primena tiek istorinės teisės mokyklos, tiek minėtas F. von Hayeko mintis nagrinėjamu klausimu.

Teisę suprantant kaip faktinius realiaame gyvenime susiklosčiusius ir visuomenėje paplitusius žmonių santykius, akivaizdu, kad teisė atspindi ir teisėjų sprendimuose, kurie taip pat yra šio realaus gyvenimo dalis. Tačiau svarbu yra tai, kad šie sprendimai yra priimami ne kuriant teisės normas, o fiksuojant realiai susiformavusią žmonių santykių praktikoje elgesio taisyklę ir remiantis vyraujančia teisingumo samprata. Formali teisė koegzistuoja su „gyvąja teise“, o teisėjų vaidmuo yra integruoti šias dvi teisės rūšis. Todėl į tokiose teisės sampratose suteikiamą vietą teisėjui galima žvelgti dvejopai: viena vertus, konkretūs teismo sprendimai atspindi pačią teisę, todėl galima teigti, kad teisėjas, spręsdamas konkrečią bylą, kuria teisę. Tačiau, kita vertus, teisėjas pats tų taisyklių nesuformuoja, o iškristalيزuoja iš „gyvosios teisės“. Taigi, iš esmės čia palaikoma minėta istorinės teisės mokyklos atstovo G. Puchto idėja, jog teismo sprendimas tėra teisės išraiškos forma, jos pažinimo šaltinis. Atsižvelgiant į tai, šios teorijos vis dėlto artimesnės teigiančioms, kad teisėjas neturi galių kurti teisę.

Nors tradiciniu požiūriu teisėjai sprendžia bylas vadovaudamiesi teisės normomis, teisine sąmone ir vidiniu įsitikinimu, tačiau sociologinės teisės sampratos skatina

atkreipti dėmesį ir į tai, jog teisėjai „negali visiškai izoliuotis nuo savo asmeninių ir visuomenės pažiūrų. Kiekvienoje byloje taip atsiranda subjektyvus momentas, kuris yra neišvengiamas vien dėl to, kad diskreciją turintys asmenys nėra visiškai indiferentiški aplinkai. Tačiau <...> nors kiekvienas teisėjas įgyvendina diskreciją veikiamas subjektyvių veiksnių, vis dėlto teisė nėra nenuspėjama. Socialiniu požiūriu tai aiškinama tuo, kad visi tam tikros visuomenės teisėjai gyvena toje pačioje aplinkoje, kuri kiekvieną jų veikia beveik identiškai. Teisėjų sprendimai nėra nulemiami kažkokių mistinių kiekvienos bylos individualumų, bet gali būti nuspėjami remiantis bendrais socialiniais dėsniniais. Jie nėra kiekvieną kartą kuriami iš naujo, bet greičiau tipizuojami pagal principus, bendrus panašioms atvejams. Taigi diskreciją socialinis kontekstas riboja labiau negu taisyklės. Teisėjų sprendimai daug priklauso nuo bylos šalių. Ir ten, kur valstybės teisė nebegali kontroliuoti ir nuspėti diskrecijos panaudojimo, tai gali padaryti socialiniai dėsninukai“ [13, p. 53].

Pažymėtina, kad kitos prie sociologinės teisės sampratos priskiriamos teorijos, ypač teisinis realizmas, teisėjo vaidmens atžvilgiu užima kardinaliai priešingą poziciją, kai kurios net teigdamos, jog teisė yra tai, ką daro teismai. Dėl to teisinis realizmas ir jam artimos teorijos priskirtinos prie realistinio požiūrio į teisėjo vaidmenį aiškinant ir taikant teisę, arba laisvo teisėjų sprendimų priėmimo modelio.

Išvados

1. Teisėjo vaidmenį aiškinant ir taikant teisę galima apibūdinti pagal kelis kri-

terijus: pagal tai, kaip suprantama teisė, nes nuo to priklauso teisėjo vaidmuo ją aiškinant ir taikant; pagal tai, kas laikoma teisės šaltiniais, nes nuo to priklauso, kuo teisėjas gali remtis; pagal tai, kokius argumentavimo metodus gali naudoti teisėjas grįsdamas savo sprendimus; pagal tai, kas laikoma tinkamais sprendimo grindimo argumentais, ir t. t. Nors teisėjo vaidmens aiškinant ir taikant teisę suvokimas daug priklauso nuo to, kaip suprantama pati teisė, tačiau teisės sampratų ir požiūrių į teisėjo vaidmenį grupavimas nesutampa.

2. Klasikinis požiūris į teisėją, kaip teisės aiškintoją bei taikytoją, arba riboto teisėjų sprendimų priėmimo modelis yra tradiciškai pripažįstamas ir palaikomas, todėl kiti du požiūriai – realistinis ir socioekonominis – gali būti vadinami požiūriais, alternatyviais klasikiniam požiūriui.
3. Klasikiniam požiūriui į teisėjo vaidmenį aiškinant ir taikant teisę galima priskirti daugumą teisės sampratos mokyklų, teisėje absoliutinančių normą: teisinį pozityvizmą, normatyvizmą, neopozityvizmą. Prie šios grupės priskirtinos ir kardinaliai priešingos tokios teisės sampratos – prigimtinės teisės teorija ar istorinė teisės

mokykla. Be to, šiai grupei priklauso ir kai kurios prie sociologinės teisės sampratos priskiriamos teorijos, pavyzdžiui, gyvosios teisės koncepcija. Klasikiniam požiūriui priskiriamose skirtingose teisės esmė ir kilmę aiškinančiose teorijose teisėjo pasyvumas aiškinamas skirtingomis priežastimis, atsižvelgiant į pačios teisės sampratos specifiką, bei skiriasi savo laipsniu, tačiau visada nepripažįstama teisėjo laisvė kurti teisės normas.

4. Pagal klasikinį požiūrį į teisėjo vaidmenį, teisėjui teisė yra objektyviai egzistuojanti arba įstatymų leidėjo sukurta kategorija, kurią teisėjas turi išsiaiškinti bei taikyti. O šios grupės viduje teorijos dar gali būti skirstomos į dvi iš esmės skirtingas grupes: viena grupė (pozityvizmas, normatyvizmas, liepimų teorija) teikia absoliutų prioritetą įstatymų leidėjui, tai yra teisėjas laikomas tik išleistu įstatymų taikytoju, įstatymų leidėjo valios vykdytoju. Pagal antros grupės teorijas (prigimtinės teisės teoriją, istorinės teisės mokyklą) – teisė, nors ir yra kažkas, egzistuojantis iš anksto, ką teisėjas turi rasti ir taikyti, tačiau tai nebūtinai yra įstatymų leidėjo valia – tai gali būti papročiai, pagal tautos dvasią susiformavusios taisyklės ir pan.

LITERATŪRA

1. Austin J. *The Province of Jurisprudence determined*. Cambridge University Press, 1995.
2. Bakševičienė R. Teisės vertinimo suvokimas Lietuvoje: istorinės prieigos, šiandieninė situacija, ateities gairės // *Teisė*. 2004, t. 50.
3. Bakševičienė R. Teisė – kas tai? Kelios teisės sampratos // *Teisė*. 1996, t. 30.
4. Barak A. Teismo diskrecijos prigimtis ir jos reikšmė vykdančioms teisingumą // *Justitia*. 2005 Nr. 3.
5. Berkmanas T. Teismo aktyvumo kuriant ir aiškinant teisę plėtros tendencija // *Teisės problemos*, 2004, Nr. 2.
6. Bhatia K. L. (ed.) *Judicial activism and social change*. New Delhi: Deep and Deep publications, 1990.
7. Bix Brian H. *Legal Positivism*. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory. Blackwell Publishing, 2005.
8. Coleman J., Shapiro S. (ed.) *Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002.
9. Cotterrell R. *Teisės sociologija*. Įvadas. Kaunas, 1997.
10. Dworkin R. *Rimtas požiūris į teises*. Vilnius, 2004.

11. Dworkin R. Teisės imperija. Vilnius, 2005.
12. Gumbis J. Diskrecija: teorinis požiūris // Teisė. 2004, t. 52.
13. Gumbis J. Teisinė diskrecija: socialinis požiūris // Teisė. 2004, t. 52.
14. Hayek F. A. Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė. T. 1. Vilnius: Eugrimas, 1998.
15. Hart H. L. A. Teisės samprata. Vilnius: Pradai, 1997.
16. Harris J. W. Legal Philosophies. 2^{ed}. London, Edinburgh, Dublin: Butterworths; 1997.
17. Jankauskas K. Adekvatus teisės principų aiškinimas konstitucinėje jurisprudencijoje // Teisės problemos. 2004, Nr. 4.
18. Jankauskas K. Teisės principų samprata ir jų įtvirtinimo teisės aiškinimo aktuose ypatumai // Jurisprudencija. 2004, Nr. 51.
19. Jankauskas K. Teisės principų vaidmuo teisiniame procese: socialinių santykių reguliavimo ypatumai // Jurisprudencija. 2004, Nr. 56.
20. Jarašiūnas E. Konstitucija ir įstatymas: kelios interpretavimo problemos // Konstitucijos aiškinimas ir tiesioginis taikymas. Vilnius: 2002.
21. Kelsen H. Grynoji teisės teorija. Vilnius: Eugrimas, 2002.
22. Kūris E. Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis // Kelsen H. Grynoji teisės teorija. Vilnius: Eugrimas, 2002.
23. Kūris E. Hartas ir mes // Hart H. L. A. Teisės samprata. Vilnius: Pradai, 1997.
24. Kūris E. Konstitucijos principai ir Konstitucijos tekstas (I) // Jurisprudencija. 2001, t. 23.
25. Kūris E. Konstitucijos principai ir Konstitucijos tekstas (II) // Jurisprudencija. 2002, t. 24.
26. Kühn Z. Formalism and Antiformalism in Judicial Reasoning // nepublikuotas pranešimas, perskaitytas 2007 m. rugpjūčio 1–6 dienomis Krokovoje vykusiame Tarptautinės teisės filosofijos ir socialinės filosofijos asociacijos (IVR) organizuotame pasauliniame kongrese.
27. Lastauskienė G. Teisinio teksto interpretavimo ribų ir teisės principų santykis: teorinės nuostatos ir Lietuvos teismų praktika // Teisės problemos. 2005, Nr. 1.
28. Lastauskienė G. Turiningasis teisinio teksto aiškinimas – panacėja ar pavojus? // Jurisprudencija. 2006, Nr. 8.
29. Lastauskienė G. Vertybiškai neutrali teisės samprata. Jos ženklai Lietuvos teisinėje mintyje ir praktikoje // Teisės problemos. 2006, Nr. 2.
30. Lastauskienė G., Šinkūnas H. Konsultacijos teisėjams kaip priemonė formuoti vienodą teismų praktiką: probleminiai aspektai // Teisė. 2007, t. 65.
31. Leonas P. Teisės enciklopedijos paskaitos. Kaunas, 1931.
32. Luhmann N. Law as a Social System. Oxford University Press, 2004.
33. Mikelėnienė D., Mikelėnas V. Teismo procesas: teisės aiškinimo ir taikymo aspektai. Vilnius: Justitia, 1999.
34. Nekrošius V. Kai kurie civilinio proceso teisės klausimai Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo doktrinoje // Teisė. 2007, t. 63.
35. Ragauskas P. Įstatymų leidėjų kompetencija ir diskrecija // Teisė. 2005, t. 55.
36. Šimašius R. Teisės aiškinimas ir jo privalomumas // Teisės problemos. 2004, Nr. 2.
37. Šimašius R. Teisinis pluralizmas / Daktaro disertacija. Vilnius: Lietuvos teisės universitetas, 2002.
38. Tamošaitis A. Istorikoji teisės mokykla Vokietijoje (Istorizmo reakcija prieš racionalizmą XIX šimtmečio pradžioje). Kaunas, 1929.
39. Vaišvila A. Teisinis personalizmas // Teisės problemos. 2001, Nr. 4.
40. Vaišvila A. Teisinis aiškinimas kaip teisės atpažinimas įstatymų tekstuose // Jurisprudencija. 2006, Nr. 8.
41. Vaišvila A. Teisės teorija. Vilnius: Justitia, 2000.
42. Vasiliauskas V. Teisminio precedento, kaip teisės šaltinio, sąvokos problema: teisminis precedentas kaip nauja teisės norma ar kaip teisės aiškinimo (plėtojimo) rezultatas // Teisė. 2002, t. 42.

CLASSICAL APPROACH TO THE ROLE OF JUDGES IN INTERPRETING AND APPLYING LAW

Rūta Kazanavičiūtė

S u m m a r y

The work of judges is dependent on generally accepted statements about the nature of their activity. The content of these statements is filled by judicial

ideology, description of judicial activity which is constructed through a complex set of interactions between academic teachings, political rhetoric of

the separation of powers, judicial self-perceptions, the views and expectations of the legal community, and the prevailing opinions of society as a whole on the proper role of the judiciary. All approaches to the judicial application of law, that is to the role of judges in interpreting and applying law, may be divided into three broad groups: 1) the Classical approach or the model of bound judicial decision-making; 2) the Realistic approach or the model of free judicial decision-making; and 3) the Socio-Economic approach or the model rational judicial decision-making.

The Classical approach denies that courts are the real authors of the law. It is proposed that judges are only the mouthpieces which give it expression. The model of bound judicial decision-making is opinion of the judicial process which explains the nature of the judicial activity as the application of enumerated

preexisting standards, typically the rules contained in legislation. Legal theory based on this model strictly sets the line between the making of law, which is reserved exclusively to the legislature, and its application, which is assumed to be a process in which courts are supposed to apply that law mechanically to facts. The examples of such approach could be the role of the judges in the theories of legal positivism and legal normativism. Another group of theories, which could be described as the theories of the model of bound judicial decision-making, recognize that law is something that exists irrespective of the work of any person, institution or state. According to these theories law exists without respect of persons and just has to be found by a judge. The examples of these theories could be the doctrine of natural law, the Historical school of Jurisprudence and some sociological theories of law.

Īteikta 2008 m. gruodžio 15 d.

Priimta publikuoti 2009 m. sausio 16 d.