

**ДЕТЕРМІНАЦІЯ РОЗВИТКУ ВЧЕННЯ ПРО СУДОВУ ПРАВОТВОРЧІСТЬ:
РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ ВІТЧИЗНЯНОЇ ТРАДИЦІЇ ПРАВА**

Здійснюється ретроспективний аналіз концептуальних підходів до розуміння судової правотворчості у вітчизняній правовій доктрині.

Ключові слова: судова правотворчість, судовий прецедент, суддівський розсуд, суддівське правознаходження.

Постановка проблеми. Якби такі вислови, як «суддівське правознаходження», «вільний пошук права», «судовий прецедент» прозвучали в нашій країні за радянських часів, їх автор ризикував би наразитися на гостру критику. Та часи змінюються. Колишні концептуальні схеми, які орієнтують на дещо спрощене розуміння суду як бюрократичної установи, що рутинно займається винятково розглядом конкретних цивільних, кримінальних і адміністративних справ, позбавлені сьогодні актуальності. Виникає потреба в нових методологічних підходах, що дали би змогу розглянути цю інституцію з ширших позицій: вбачаючи в ній реального гаранта природних прав людини, який у випадках нелегітимності юридичних приписів органів держави, наявності розривів між конституційними положеннями та реальною дійсністю був би не лише правозастосовником, а й творцем права.

Наукові дискусії навколо проблематики створення новітніх дієвих механізмів захисту прав людини, необхідності ефективного регулювання всіх правовідносин у суспільстві найчастіше фокусуються на допустимості офіційного визнання й реального існування судової правотворчості як такої, а також на характері й особливостях суддівського права, конкретними формами вираження якого є судові прецеденти в різних проявах. Вивчення їх так само, як й інших елементів і аспектів судової правотворчості, вимагає особливої уваги й окремого розгляду, що здійснювалося у вітчизняній науковій літературі.

Ступінь наукової розробки проблеми. Різні аспекти обраної проблеми, зокрема питання суддівського активізму та суддівського обмеження, вільного пошуку права, співвідношення дійсності і можливості у праві, особливостей суддівського правозастосування висвітлено у працях В. Бігуна, О. Градовського, Д. Грімм, Г. Демченко, Б. Малишева, А. Осетинського, С. Сливки, С. Шевчука та ін. Однак наявність суперечливих концептуальних підходів до розв'язання окреслених проблем, необхідність їх переосмис-

лення під кутом зору нових вітчизняних реалій зумовлюють актуальність даного дослідження та становлять його основну мету.

Виклад основного матеріалу. В дореволюційний період питання судової правотворчості привертало увагу таких видатних учених-правознавців як, Є. Васьковський, Д. Грімм, Г. Демченко, Д. Мейєр, М. Коркунов, Л. Петражицький, І. Покровський, Ф. Тарановський, Г. Шершеневич та інші. Незалежно від того, на яких позиціях у розв'язанні проблем ідентифікації джерел права перебували ті чи інші автори, незмінно в полі їхнього зору знаходилися питання не тільки традиційні для позитивістської та природно-правової теорії права, а й ті, що стосуються судової правотворчості.

Відповідно до характерного для даної епохи «абсолютизму закону й неоднозначного ставлення до суддів», освоєння доктрини прецедентного права здійснювалось або в контексті форм права, або в історичному аспекті, або у зв'язку зі спостереженнями за англо-американською правовою системою. Здебільшого судовий прецедент розуміли як правило, створене судом при ухваленні ним рішень в окремих випадках. При цьому його нерідко зіставляли і співвідносили з правовим звичаєм, що розглядали як правило, сформоване в суспільному середовищі і лише констатоване судом. Так, прирівнюючи судову практику у формі прецеденту до звичаю, Є. Трубецької вважав, що, «по суті, звичай зводиться до прецеденту» і «він є не що інше, як множинний прецедент» [19, с. 101].

Своєрідну позицію щодо окресленої проблеми займав І. Фойницький. З одного боку, він стверджував, що «влада судова не може створювати нових норм», а з іншого – зауважував, що «судова інтерпретація в тих випадках, коли судове місце заповнює прогалини у законодавстві, постає самостійним джерелом права, конкурує із законодавством». Визнаючи існування судових прецедентів, які він розумів як «приблизні рішення, здатні вплинути і на подальшу практику»,

учений вважав, що “всі судові місця за силою тлумачення рівні між собою”, тому “прагнення прищепити сенатським роз’ясненням законів загальнообов’язкове для всіх судових місць значення глибоко суперечить природі й завданням судової практики, оскільки її суттєва властивість полягає в мінливості” [20, с. 161].

Якщо І. Фойницький обережно підходив до ідеї судової правотворчості, то деякі дослідники того часу взагалі не визнавали рішення судів джерелами права, підкреслюючи їх виключно моральний авторитет – Г. Шершеневич, С. Познишев, В. Случевський, Л. Петражицький та інші.

Однак, незважаючи на повторюваність і дискусійність питання про позитивну можливість і реальність існування судового прецеденту як самостійного джерела післяреформеного права, таке визнання одержало підтримку з боку багатьох провідних тогочасних правознавців. Зокрема, Г. Демченко в дисертаційному дослідженні “Судовий прецедент”, визначаючи межі судової нормотворчості, вказував, що визнання судового прецеденту джерелом права є “провідним чинником установлення законності в судах і втілення права в життя” [6, с. 6-7]. Судді постійно доводиться або тлумачити закон при його застосуванні, або створювати норму, вирішуючи питання, про які законодавець взагалі не думав, і тому ніякого рішення не пропонував і навіть не думав запропонувати. І в першому, й у другому випадку діяльність судді матиме творчий характер.

Прихильником офіційного наділення суддів правом на творення правових норм був також Д. Грім, який відносив до джерел права не тільки судову практику як сукупність рішень, обов’язкових унаслідок того, що їх визнають такими для себе самі судді, а й судовий прецедент як рішення суду, обов’язкове вже через те, що прийняв суд певного рівня [5, с. 4]. О. Градовський та Є. Васьковський стверджували, що роль судді наближається до ролі законодавця у випадку, коли він заповнює прогалини [3, с. 84-86; 4, с. 76]. Цю позицію підтримував і Є. Трубецькой, на думку якого, в житті суспільства “зустрічаються випадки, законом не передбачені, і суд, розглядаючи такі випадки, покликаний відігравати творчу роль; він має вирішувати всілякі казуси і, стикаючись із новими казусами, мимоволі змушений створювати для них нові норми права» [19, с. 103].

Для радянської правової науки характерним було категоричне заперечення і традиційне ухилення від вивчення основних аспектів прецедентного права, що пов’язувалося із небезпечністю, суддівським свавіллям і порушенням закон-

ності. Розширення обсягів суддівського тлумачення норм породжує невизначеність і нестабільність правопорядку, – підкреслював В. Пучинський [15, с. 10]. Аналогічний погляд на існування судового прецеденту як джерела радянського права поділяли й інші автори, зокрема, як вважав В. Лазарев, «... було б крахом принципу законності, якби під виглядом тлумачення створювались нові норми» [9, с. 67]. Відзначимо, що неприйняття радянськими вченими судового прецеденту пов’язане, насамперед, із некритичним ставленням до теорії безпрогальності права, а також із абсолютизацією ролі закону в системі джерел права. Як стверджував К. Комісаров, “закон не потребує уточнення, оскільки він досить визначений, а тому завдання суду полягає лише в тому, щоб точно застосувати його” [7, с. 34-37]. Досліджуючи процес застосування аналогії та субсидіарного застосування права, А. Боннер писав, що використання цих способів подолання прогалин, не вносить нічого нового у систему норм. Суддя бере з цієї системи вже діючу норму, що регулює загальні питання, й застосовує її. При цьому справа вирішується за допомогою прийнятої у встановленому порядку норми права, нехай навіть із вищим ступенем узагальненості. Суддівський розсуд будується у межах діючого права, а тому судді не потрібно бути «законодавцем» [1, с. 61-62]. Зведення права до суто інструментального засобу за допомогою вузько-нормативного підходу; ототожнення його із законом та розуміння як явища державно-політичного, пов’язаного з державним інтересом та державною владою, не дозволяли сприймати систему джерел права як гетерогенну та ієрархійну. Звісно, така ситуація не сприяла визнанню й адекватному пізнанню судової правотворчості та прецедентного права.

Незважаючи на стійкості догматів радянського права та використання деякими авторами відомих ще з радянських часів аргументів щодо неприйнятності ідей судової правотворчості, останнім часом, як справедливо зазначає Б. Малишев, «у юридичній літературі спостерігається зростання чисельності прихильників активізації ролі суду у створенні юридичних норм» [12]. Так, на думку О. Константія, «правотворчість на сучасному етапі не вичерпується діяльністю щодо розробки та видання нормативно-правових актів. Нового значення набувають й інші способи правовстановлення, серед яких особливу роль відіграє прийняття судового прецеденту» [8, с. 8]. Аналізуючи обов’язковість рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини су-

дового прецеденту, С. Шевчук наголошує на існуванні в Україні судової правотворчості та квазіпрецедентного права [21, с. 48]. О. Скакун прогнозує, що у майбутньому «визначне місце (субсидіарна властивість) у системі джерел права України буде належати правовому, особливо судовому прецеденту» [17, с. 71].

Виразно звучить ідея про необхідність здійснення правотворчості судовими органами й у С. Сливки. Досліджуючи сучасний період розвитку джерел права, вчений зазначає: «Використовуючи принцип верховенства права, підвищилась роль Конституційного Суду і судів загальної юрисдикції. Ці суди починають творити нові правові норми, їх ухвали, звичайно, претендують у майбутньому стати джерелами права» [18, с. 105]. Як висновок, автор слушно зауважує, що загалом у сучасній Україні формується тенденція до зародження прецедентного, «живого права», до появи нових природніших джерел права.

Не заперечуючи цінність вищезазначених положень, водночас зазначимо, що суттєвою умовою, яка спричиняє активізацію науководослідницьких пошуків у напрямі задекларованої проблеми, – обмаль у вітчизняному правознавстві монографічних праць із питань судової правотворчості, судового прецеденту та прецедентного права. Серед невеликої когорти вчених, які досліджували ці явища, варто відзначити С. Шевчука, який у праці «Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні» послідовно викладає теоретичні основи судової правотворчості; розглядає деякі особливості суддівського правозастосування; викладає загальну теорію судового прецеденту як джерела права й особливості його дії у сучасних, у тому числі й у вітчизняній правовій системі і на міжнародному рівні [22]. Інший вітчизняний теоретик права Б. Малишев у монографічному дослідженні «Судовий прецедент у правовій системі Англії» послідовно розкриває ознаки, сутність і структуру англійського судового прецеденту як джерела права, особливості його функціонування, співвідношення з іншими актами судової правотворчості такими як квазіпрецедент, нормативно-правовий акт судової влади [12].

Тенденції до дослідження суду як засобу перенесення ідеї справедливості, втіленої в нормах права, на рівень конкретних правовідносин, вивчення актуальних проблем гармонійного взаємозв'язку правосуддя і судової правотворчості, а також розмежування суцього і належного, об'єктивного і суб'єктивного, формального і змістовного, позитивного і природного у праві спо-

стерігаються у колективній монографії «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення», авторами якої є молоді українські вчені-юристи В. Бігун, С. Погребняк, О. Стівба, Ю. Лобода, А. Бернюков, С. Рабінович, Б. Малишев [14].

Відмова сучасної вітчизняної науки від позитивістського підходу у визначенні права, від його одержавлення та закріплення основних принципів природно-правової концепції в Конституції України 1996 р. стали вагомими чинниками, що спричинили перегляд традиційних уявлень про систему джерел права та окремі її елементи. Сьогодні на зміну радянському державному етатизмові, уявленням про монопольне становище «єдино правильного» джерела права, традиціям юридичного позитивізму приходять визнання різноджерельного права, утвердження принципу персоналізму (індивідуалізму) та поширення тенденцій, близьких до теорії природного права. Зокрема, В. Селіванов аналізуючи право в умовах сучасних правових реалій, однозначно наголошує, що його сучасне розуміння не має вести лише до однієї із форм юридичного аспекту – закону, адже сьогодні добре відомо, що держава як форма органу управління суспільством виникає лише на певному етапі соціального розвитку, який відбувався за допомогою інших соціальних норм, не будучи продуктом законодавчої діяльності держави [16, с. 8]. Таку ж позицію підтримує й С. Максимов: «для того, щоби право діяло в нашому суспільстві, недостатньо сконцентрувати всі зусилля тільки на одному законодавстві ... Право не знаходиться в готовому вигляді в законі, з якого його можна безпосередньо витягнути. Суддя обмежений законом, що має силу. Але і закон має бути співвіднесений і з визнаними в даному суспільстві принципами справедливості, і з природою речей, тобто справедливістю в конкретній ситуації. Тому методи конкретного правового рішення, як і методи позитивного законодавства, також дедуктивно-індуктивні... Правосуддя – це творча робота, а не просте застосування закону на основі силлогізму, субсумції» [10, с. 186].

Сьогодні замість принципу верховенства закону приходять принцип верховенства права, на основі якого найбільш повно розкривається юридична природа основних прав і свобод людини, надається їх безпосередній судовий захист, унеможливується свавілля державної влади, забезпечується єдність правозастосовної практики. Суду у процесі розгляду конкретних справ покликані підтримувати делікатний баланс між конфліктуєчими інтересами та залагоджувати

існуючі суперечності. Це досягається завдяки судовій правотворчості, заперечення якої є одночасним визнанням нездатності суддів вирішувати конфлікти у суспільстві за допомогою права та здійснювати правосуддя у так званих «складних справах». При цьому заслуговує на увагу позиція вітчизняного дослідника англійської системи прецедентного права Б. Малишева, що запровадження прецедентного права в Україні має бути поступовим і багатовекторним процесом, пов'язаним з укріпленням незалежності судової влади, підвищенням професійних вимог до суддів (особливо вищих судів), забезпеченням належного рівня правової культури населення, а також зі зміною старих стереотипів правового мислення. Саме останнє, як вважає учений, є одним з головних чинників, що забезпечують нормальне функціонування доктрини прецеденту, лише за допомогою специфічного стилю юридичного мислення відбувається з'ясування змісту прецедентної норми права та обґрунтування її застосування (або незастосування) до обставин конкретної справи [11]. Про генетичність взаємозв'язку прецедентного права і стилю мислення говорить сучасний український філософ права В. Братасюк. На думку цього вченого, апеляція постмодерного мислення до принципу плюралістичності та поліметодологізму докорінно змінює погляд на проблему судочинства. Єдність права не шукають більше на глобальному рівні, на рівні державної юридичної позитивної системи. Смісл шукають казуїстичним способом, свій – для кожного визначеного випадку, тобто в децентралізованому просторі. Децентралізація права вказує на занепад традицій єдиного автора нормативного порядку. Як бачимо, за цих умов незрівнянно зростає роль судді і судочинства [2, с. 158].

Крім того, сьогодні в умовах взаємодії різних правових систем простежується важлива тенденція до конвергенції сучасних підходів: у правових системах країн англо-американської правової сім'ї дедалі більшу роль порівнянно зі судовими прецедентами починають відігравати законодавчі акти, тоді як у континентальній Європі увага суддів, законодавців, практичних працівників і вчених зосереджується на судовому прецеденті як повноцінному джерелі права. Констатуючи цей факт, А. Осетинський зазначає: «...не виникає сумнівів, що стрижневим напрямом діяльності вищих судів у Європі є забезпечення здійснення правосуддя судами відповідно до принципів і положень Конституції та законодавства країни, законності та єдності правозастосовної практики судів, тлумачення правових норм, що нерідко

у тій чи іншій формі (найчастіше через закріплення обов'язкового характеру правових позицій, викладених у рішеннях цих судів) проявляється у створенні судових прецедентів» [13, с. 34].

Отже, аналізуючи все вищесказане, можна констатувати той факт, що в сучасних умовах формування у суспільній правосвідомості нового типу праворозуміння; необхідності створення ефективного механізму судового захисту прав людини, методологічні проблеми різноджерельного права та визнання функції правотворчості судовими органами, об'єктивно набувають дедалі більшого значення. Їх актуальність суттєво загострюється не тільки у зв'язку з історичною необхідністю здійснення відповідної трансформації правової системи країни, а й через «тісний зв'язок» з найважливішими дискусійними в юридичній науці проблемами, в силу чого вони й надалі потребуватимуть глибокого теоретичного аналізу.

Список літератури

1. Боннер А. Источники советского гражданского процессуального права / А. Боннер. – М., 1977. – 655 с.
2. Братасюк В. Інтелектуальна традиція постмодерну та проблеми реформування правової системи сучасної України / В. Братасюк // Проблеми філософії права. – Т. II. – Київ-Чернівці : Рута, 2004. – С. 156–162.
3. Васильковский Е. Учебник гражданского права / Е. Васильковский. – М. : Статут, 2003. – 205 с.
4. Градовский А. Начала русского гражданского права. Т.1: О государственном устройстве / А. Градовский. – СПб., 1875. – 178 с.
5. Гримм Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм / Д. Гримм. – СПб., 1896. – 234 с.
6. Демченко Г. Суд и закон в уголовном праве. Речь, произнесенная в Харьковском университете при защите диссертации «Судебный прецедент» 5.10.1903 г. / Г. Демченко. – Варшава, 1903. – С. 6–7.
7. Комиссаров К. Судебное усмотрение в советском гражданском праве / К. Комиссаров // Советское государство и право. – 1969. – № 4. – С. 34–37.
8. Константиний О. Джерела адміністративного права України: автореф. дис... канд. юрид. наук. – Х., 2000. – 19 с.
9. Лазарев В. Применение советского права / В. Лазарев. – Казань : Казан. ун-т, 1972. – 200 с.

10. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления: [монография] / С. Максимов. – Х. : Право, 2002. – С. 186.
11. Малишев Б. Судовий прецедент і стиль юридичного мислення / Б. Малишев // Проблеми філософії права. – Т. II. – Київ-Чернівці : Рута, 2004. – С. 142–147.
12. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. Малишев. – К. : Практис, 2008. – 344 с.
13. Осетинський А. Деякі питання судової централізації в аспекті реформування системи правосуддя / А. Осетинський // Право України. – 2006. – № 8. – С. 34–38.
14. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / Відп. ред. В. Бігун. – К., 2009. – 316 с.
15. Пучинский В. Понятие и источники гражданского процессуального права Англии, США, Франции: [учеб. пособие] / В. Пучинский. – М. : Ун-т дружбы народов, 1988. – 36 с.
16. Селіванов В. Нетотожність права і закону (методологічний аспект) / В. Селіванов // Право України. – 2005. – № 5. – С. 7–11.
17. Скакун О. Правова система України на правовій карті світу / О. Скакун. – Харків : Еспада, 2004. – 96 с.
18. Сливка С. Позитивістські концепти: філософсько-правовий аналіз / С. Сливка. – Львів : ЛьвДУВС, 2006. – 160 с.
19. Трубецкой Е. Энциклопедия права / Е. Трубецкой. – СПб, 1998. – 254 с.
20. Фойницький И. Курс уголовного судопроизводства / И. Фойницький. – СПб. : Альфа, 1996. – 321 с.
21. Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту / С. Шевчук // Право України. – 2000. – № 2. – С. 45–48.
22. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.

Стаття надійшла до редколегії 12 грудня 2011 року.

Рекомендована до опублікування у "Віснику" членом редколегії М.В. Никифороком.

N.A. Guralenko

DETERMINATION OF THE DOCTRINE OF JUDICIAL LAW-MAKING: RETROSPECTIVE ANALYSIS DOMESTIC WESTERN TRADITION

Summary

The article is a retrospective analysis of conceptual approaches to understanding judicial law-making in Ukrainian legal doctrine.

Key words: judicial law-making, judicial precedent, judicial discretion.

N.A. Guralenko

ДЕТЕРМИНАЦИЯ РАЗВИТИЯ УЧЕНИЯ О СУДЕБНОМ ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ: РЕТРОСПЕКТИВНЫЙ АНАЛИЗ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА

Аннотация

Осуществляется ретроспективный анализ концептуальных подходов к пониманию судебного правотворчества в отечественной правовой доктрине.

Ключевые слова: судебное правотворчество, судебный прецедент, судебское усмотрение.