

I. МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 34.01

© 2010 р. Н.А. Гураленко

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК СПОСІБ КОНСТРУЮВАННЯ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

Стаття присвячена визначенню онтологічної природи, сутнісного виміру та гносеологічних засад процесу судової правотворчості.

Постановка проблеми. Постійні зміни умов життя суспільства вимагають гнучкості правопорядку. Висока динаміка суспільних відносин характеризується таким різноманіттям, що іноді законодавча база для регулювання нових суспільних відносин стає явно недостатньою. Пристосований до реалій, що можуть виникнути в майбутньому, закон залишається «правовим текстом», свого роду «юридичною мрією» для сьогодення. За таких умов саме суди здатні в найбільшій мірі пристосовувати право до безперервної зміни об'єктів правового регулювання. Будь-яка правова система неминуче стикається зі складною проблемою: вона має відповідати, з одного боку, вимогам стабільності, а з іншого – неминучості змін. На практиці примирення цих протилежних за своїм характером вимог здійснюється за допомогою концепції судової правотворчості, яка спрямована на підтримку стабільності під час перетворень, що відбуваються, усуваючи на певний час дисбаланс між вимогами часу і нормами права.

Однак цінність і рольове значення судової правотворчості у процесі правового регулювання проявляється не лише на буттєвому рівні, а й в екзистенційно-антропологічному плані. Абстрактність, статичність, суперечливість і прогальність чинного законодавства, його невідповідність сучасній дійсності та інші об'єктивні причини зумовлюють декларативність і практичну недовірливість конституційного положення, що гарантує кожному право на судовий захист (ст. 55 Конституції України). За таких обставин суд стоїть перед вибором, коли, з одного боку, вирішити справу за відсутності необхідної норми закону виявляється неможливим, а з іншого – відступити від букви і духу Конституції України, від закладених у ній ціннісних орієнтирів він не має права. У таких випадках судова правотворчість виступає вимушеним наслідком необхідності відновлення порушеного стану з урахуванням

системи діючого в країні права і вимог конституційних положень.

Ступінь наукової розробки проблеми. За останні роки у науковій літературі значно посилився інтерес до питань визнання суддівського вільного права пошуку, визначення меж судового розсуду, суддівського активізму, форм правотворчої конкретизації судових правоположень (Т. Апарова, О. Барак, В. Бігун, С. Боботов, С. Бошно, Т. Гурова, В. Жуйков, Л. Корчевна, Б. Малишев, М. Марченко, Л. Петрова, С. Сливка, М. Тесленко, С. Шевчук та ін.). Однак, незважаючи на пильну увагу з боку вчених до ідей судової правотворчості, маємо констатувати, що проблема вияву пізнавальних засад процесу судової правотворчості у якості самостійного предмета наукового аналізу ще не отримала достатнього наукового дослідження.

Мета статті полягає у виявленні гносеологічних особливостей процесу судової правотворчості як способу формування права й конструювання правової реальності.

Виклад основного матеріалу. Термін «судова правотворчість» походить з країн англосаксонської правової сім'ї, де суддям історично належала значна роль у тлумаченні та застосуванні законодавства, а також у його створенні порівняно з традиційним у нашому розумінні законодавцем – парламентом. Відповідно до словника Блека, судовою правотворчістю, або судовим правом позначаються судові рішення, в яких шляхом тлумачення змінюється зміст законодавства, або встановлюється значення, яке законодавець ніколи не закладав при прийнятті нормативно-правових актів [12, С. 9].

Судова правотворчість має свої особливості, які полягають, по-перше, у тому, що її суб'єктами виступають суди як органи державної влади, від імені яких діють судді, що входять до складу певного суду (загальної юрисдикції, або конституційної юрисдикції). По-друге, у тому, що вона здійснюється як додаткова функція су-

ду, адже основним призначенням будь-якого суду є розгляд правових спорів шляхом правозастосування, а не створення нових норм шляхом правотворчості. І по-третє, у тому, що вона має бути санкціонована з боку вищого представницького органу державної влади певним чином, як правило, шляхом видання спеціального закону (або шляхом мовчазної згоди парламенту і своєрідним правовим звичаєм – як це має місце у правовій системі Англії) [10, С. 250].

Судова правотворчість характеризується органічною єдністю трьох її основних компонентів: пізнання, діяльності й результату, що у своїх діалектичних взаємопереходах створюють відносно закінчений цикл цього процесу. Розпочинається судова правотворчість із виявлення об'єктивних суспільних закономірностей, що вимагають правового регулювання. Сфера правового регулювання – це той соціальний простір, що підпорядкований дії права. Межі державного впливу в цьому разі можна розглядати з двох сторін: його можливості і його необхідності. Верхня межа правового регулювання суспільних відносин є межею можливого. Відносини, що знаходяться за ним, знаходяться поза досяжністю державної влади і регулюються іншими, неправовими нормами (природні чинники, закономірності суспільного розвитку, рівень економіки тощо). Нижня межа (необхідність втручання) визначається важливістю для держави тих або інших суспільних відносин. Ця межа, особливо в умовах перехідних суспільств, найбільш хистка.

Однак для того, щоб у результаті судової правотворчості адекватно відображалися процеси, які потребують правового регулювання, необхідно не тільки виявляти, вивчати, а й уміло оцінювати об'єктивні закономірності, що спрямовують ці процеси. Водночас важко гарантувати адекватність їхньої оцінки без гносеологічно аргументованого і методологічно регламентованого процесу пізнання. Тому можна констатувати, що обов'язковою передумовою створення акту правотворчості є пізнання тих складних умов, чинників і обставин, суспільних відносин, що розвиваються й трансформуються, правове регулювання яких відсутнє та диктується вимогами суспільного прогресу. На відміну від законотворчості, судова правотворчість більш наближена й органічно пов'язана із пізнанням правової сфери соціального буття, розвиток якого характеризується не тільки своєю статикою, а й постійною динамікою. Природа суду така, що він завжди стоїть між готовим правом і суб'єктами

спору, саме перед ним відкриваються картини недоліків правових розпоряджень [3, с. 113].

Другий етап судової правотворчості полягає ось у чому: коли усвідомлені потреби і мета правового регулювання тих або інших відносин, суддя приймає рішення про перехід від пізнання до діяльності. В іншому разі обмеження правотворчості межами «чистого» пізнання, яке не переходить у «діяльнишу сутність», таїть у собі небезпеку обмеження його пасивною умоглядністю. Процес правотворення, з гносеологічного погляду, є процесом виникнення нового, досить своєрідного знання. Специфіка цього детермінується тим, що правотворець іноді вимушений поступатися вимогам логічності, гармонійності, несуперечливості задля досягнення більш прагматичних завдань – узгодженості, системності, пристосування до практики. Правотворчість неможливо собі уявити без розуміння потреби досягнення певної мети. Правові акти створюються для впорядкування соціальних взаємодій та організації розбудови суспільства, яке постає орієнтиром і метою правотворчості. Без хоча б відносно визначеної мети правотворчість втрачає сенс, оскільки зникають критерії оцінки ефективності прийнятих актів, стає неможливим визначити ступінь наближення до поставленої мети через нормування певного типу відносин [6, с. 56]. Тому треба погодитися з І. Лихолат у тому, що гносеологічні особливості правотворчого процесу проявляються, насамперед, у його меті, механізмі реалізації, практичній спрямованості, суб'єктному складі самого процесу та результатах [7, с. 11].

У реальності будь-якого правового феномена, як і права загалом, головне полягає в особливому способі його прояву, в тому, що воно діє на суб'єкт. Це особливий вид дії – дія не тільки через зовнішню причину, а й унаслідок внутрішнього спонукання [8, с. 154]. Розгляд правотворчості в гносеологічному аспекті передбачає аналіз його екзистенційності чи відповіді на запитання: як створити за допомогою розуму таку правову норму (припис), яку б воліли виконувати інші, та яка при цьому відповідала б своєму призначенню – захисту прав і свобод людини. В даному разі актуалізується важливе питання, що диктується основною функцією права – наведення ефективного правопорядку. Адже право, якого не дотримуються, або право, яке внутрішньо не визнають, залишається слабким з погляду чинності, і його внесок у справу ефективної організації суспільних відносин невеликий [4, с. 11].

Відповідно до природно-правової традиції, правотворчою силою має бути людський розум.

Саме в ньому пізнаються ті вічні загальнолюдські правові цінності, насамперед свобода і справедливість, що мають реалізовуватись у кожному правовому устрої [9, с. 70-72]. Створені розумом норми приборкують емоції, забезпечуючи тим порядок у суспільстві. Однак надмірно раціоналізувати право, протиставляючи його життю, не варто. Цей світ фікцій виявляється недосяжним для добровільного й вільного визнання. Оскільки право звільняється від природних моментів, його ефективність залежатиме виключно від примусу [8, с. 42], а не волі виконавця. Але феномен підпорядкування правотворчому актові треба пояснювати не тільки страхом перед його санкцією, а й повагою до нього (бажання використовувати у своїх інтересах систему правового захисту визначених дій). Джерелом дієвості правотворчого акта може виявитися не тільки команда суверена, а й справедливість, яку він виражає.

Щодо останнього правового критерію, то у філософсько-правових дослідженнях його розглядають неоднозначно. Порівнюючи «справедливість» із пошуком «абсолютної істини», Г. Кельзен вважає, що утопічно й нераціонально говорити про використання цієї категорії у сфері суддівського права. «... При встановленні обставин, вимог сторін і, зрештою, при вирішенні справи судовим органом ідеться не стільки про пошук абсолютної «істини», скільки про розв'язання спору, наближення його до завершення. Якби пошук «справжнього» складу чи дослідження «істини» були безконечними – а як вони можуть мати закінчення, коли абсолютна істина недосяжна для людини, – то про яку справедливість, хай навіть найсправедливішого природного права, можна говорити – вона ж бо недосяжна» [5, с. 63].

У юридичній літературі існує також протилежна думка, згідно з якою це поняття можна адекватно використовувати. Сучасні тенденції зближення природно-правової та позитивістської доктрин передбачають ширше використання цього поняття як у правозастосовній, так і в правотворчій діяльності уповноважених суб'єктів. Справедливість визначає духовну сутність і вектор розвитку правотворчого процесу. Без неї зовнішні форми вираження права не будуть наповнені внутрішнім глибинним змістом. Лише справедливе право здатне враховувати індивідуальність, неповторність і зрештою духовність людини. Таке право дає впевненість і гарантію того, що особливості правової ситуації неодмінно враховуються, а розв'язання цієї ситуації буде не лише адекватним особливим життєвим умо-

вам та обставинам, а й відповідним духовній природі її учасників.

Максимальна духовна концентрація всіх учасників правової ситуації – основний принцип справедливої правотворчості. Як зазначає С. Максимов, «в основі справедливої правотворчості лежить етичний дискурс соціуму. Вимога до дискурсу – участь кожного в обговоренні сутності справедливості, відмова від примусу. У процесі дебатів передбачається виникнення консенсусу. При цьому соціальна умова солідарності виступає не як матеріальний критерій, а як процедурна умова» [8, с. 136–137]. Але все це можливе лише у результаті пізнавального процесу. При цьому варто також зазначити, що гносеологічний, пізнавальний у своїй основі характер потребує не лише правотворча, а й правозастосовча судова діяльність. Лише тоді, коли суддя як суб'єкт правозастосування буде вникати у правову ситуацію, коли окрему норму не будуть підганяти під окремих казус, не враховуючи його особливості; коли будуть уникати лицемірної і багатозначної заяви, що «закон є закон», право дасть реальний розв'язок спору про право. У таких випадках мова йде про особливі пізнавальні засоби, що використовуються при пізнанні емпіричного світу, оскільки поєднують пізнавальні й оцінні моменти. Суддя має вирішувати справу, насамперед, у категоріях деонтології – вільної волі, зобов'язання, відповідальності, а потім уже в категоріях емпіричної онтології – соціального середовища, не підмінюючи перше другим [8, с. 154].

Специфіка правотворчості як процесу створення адекватних моделей поведінки полягає не тільки у відкритті об'єктивних якостей і зв'язків, а й у їхньому спрямуванні на галузь практичну [7, с. 11]. Судовий прецедент; нормативно-правовий акт, виданий судовою владою (з питань роз'яснення змісту норм права або затвердження процесуальних правил розгляду справ); квазіпрецедент – первинний результат судової правотворчості, за яким настає основний – дія цього прецеденту, що полягає в практичному регулюванні відповідних суспільних відносин. Саме вивчення останнього дозволяє визначити ефективність, обґрунтованість, функціональність суддівської правотворчості.

Звичайно, не можна однозначно стверджувати, що сучасний правотворчий процес повсюдно сприяє вдалому, незмінно виправданому результату: як і в будь-якому процесі пізнання, тут можливі й постійно трапляються помилки, волюнтаризм і заподіюваний ними конкретний збиток матеріального чи морального плану. Але

не завжди за суб'єктивні прорахунки суб'єкта правотворчості настає належна відповідальність. Причому, якщо на рівні судової правотворчості якісь форми відповідальності ще можливі (принаймні, у вигляді постановки питання про компенсацію збитку, завданого прийняттям неправового акта), то верховний законодавець, який творить закони у формальному розумінні цього слова, надійно захищений від відповідальності, який би руйнівний для суспільства закон він не прийняв [2, с. 184].

Іншою характеристикою судової правотворчості є те, що остання виступає завжди як складний інтелектуально-пізнавальний процес. Акт правотворчості як витвір, отриманий у результаті такого процесу, не може не нести на собі відбиток суб'єктивності його творця. Наукова цінність цього явища полягає в тому, що воно дозволяє відобразити діалектику суб'єктивних і об'єктивних начал у процесі формування права і – як результат – складну суб'єктивно-об'єктивну природу права. Природа права така, що право не може бути не трансформоване суб'єктивністю реципієнта. Проходячи через свідомість службовця і стаючи його правосвідомістю, воно не може не відчути впливу особливостей самої його свідомості. Подібне відбувається й у процесі судової діяльності, в якій реалізується не чисте право держави, а таке, яким його розуміє і як до нього ставиться суддя, тобто до певної міри вже зумовлене особистісними та професійними характеристиками судді [6, с. 27–28].

Двоєдина природа правотворчості виражається у тому, що, з одного боку, формування права і його зміст зумовлені об'єктивними умовами існування суспільства й у цьому плані є об'єктивно-необхідними [11, с. 21], але, з іншого боку, правова реальність онтологічна, її дійсність стає об'єктивною через суб'єктивність [1, с. 20], у процесі свідомо вольової діяльності. Інтелектуальні, вольові акти, емоційні переживання суб'єктів права через правотворчість формують неповторний для кожного суспільства юридичний дискурс правопорядку, що відображає специфічність укладу правового менталітету соціуму. Складна об'єктивно-суб'єктивна природа правотворчості передбачає наявність двох вимірів: де об'єктивний орієнтує на зв'язок права з життям, враховує існуючі актуальні умови у даному суспільстві, а суб'єктивний – орієнтує на свободу і творчу активність суб'єкта [8, с. 107], зумовлюється його суб'єктивними можливостями при творчій самореалізації.

Визначення та вивчення дуалістичної природи судової правотворчості в умовах сучасної

правової реальності має істотне значення – адже її відправним моментом є зміщення акцентів з «логістики» права на правову прагматику, з формально-логічних моментів юридичного аналізу на «буттєву» практику, що сприяє вивченню суддею права в дії, в соціальному контексті, а не виключному механічному застосуванню позитивного матеріалу.

Висновок. Підсумовуючи все вищенаведене, судову правотворчість можна визначити як зумовлену об'єктивними суспільними закономірностями комплексну діяльність суддів, що складається з розумово-пізнавальних операцій, у результаті яких у супроводжуваній системі джерел права з'являються нові елементи – акти судової правотворчості: судовий прецедент; нормативно-правовий акт, виданий судовою владою (з питань роз'яснення змісту норм права або затвердження процесуальних правил розгляду справ); квазіпрецедент, що регламентують окремий аспект буття суспільства.

Список літератури

1. Байниязов Р. Дух и право / Р. Байниязов // Философия права. – 1999. – № 1 (13). – С. 19–21.
2. Баранов В. О соотношении действительности и возможности в праве / В. Баранов, В. Першин, И. Першина // Проблемы философии права. – Т. II. – Київ-Чернівці: Рута, 2004. – С. 181–186.
3. Бошно С. Влияние судебной практики на законотворчество / С. Бошно // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 14–22.
4. Вюртенбергер Т. Осанні тенденції у сфері юридичної методології / Т. Вюртенбергер // Український правовий часопис. – 2004. – № 7(12). – С. 3–12.
5. Кельзен Г. Держава та природне право. Ідея природного права / Г. Кельзен // Український правовий часопис. – 2004. – № 7(12). – С. 48–64.
6. Козловский А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права / А. Козловський. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.
7. Лихолат І. Раціональне та позараціональне в праві (на матеріалах законотворчості): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права» / І. Лихолат. – К., 2001. – 19 с.
8. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления: [монография] / С. Максимов. – Х.: Право, 2002. – 328 с.
9. Петрова Л. Джерела права / Л. Петрова // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право, 1997. – № 1. – С. 65–76.

10. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / Відп. ред. В.С. Бігун. – К., 2009. – 316 с.

11. Рудковский В. Теоретические проблемы источников права / В. Рудковский // Философия права. – 2005. – № 3. – С. 21–27.

12. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.

Стаття надійшла до редколегії 06 грудня 2010 року.

Рекомендована до опублікування у “Віснику” членом редколегії М.В. Никифораком.

N.A. Guralenko

Judicial law-making as a way construction of legal reality

Summary

The article investigates the epistemological grounds of judicial lawmaking as the possibility of formation of law and the legal construction of reality.

Keywords: judicial lawmaking, judicial precedent, justice, legal reality.

N.A. Guralenko

Судебное правотворчество как способ конструирования правовой реальности

Аннотация

Статья посвящена исследованию гносеологических оснований судебного правотворчества как возможности формирования права и конструирования правовой реальности.

Ключевые слова: судебное правотворчество, судебный прецедент, справедливость, правовая реальность.

