

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

Здійснюється ретроспективний аналіз концептуальних підходів до розуміння судової правотворчості у західноєвропейській і в англо-американській правових доктринах.

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

Постановка проблеми. Важливість створення новітніх дієвих механізмів захисту прав людини, а також необхідність ефективного регулювання всіх правовідносин у суспільстві актуалізують вивчення характеру і видів діяльності судів, а також юридичної природи прийнятих ними рішень. Наукові дискусії, що ведуться навколо цієї проблематики, найчастіше фокусувалися 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.

Таке тенденційне ставлення до правотворчої діяльності в різних правових системах – не тільки факт минулого, а й сучасного правотворення. Однак при всій дискусійності досліджуваного питання у науковій літературі панує позиція, відповідно до якої судова правотворчість, судові прецеденти, постанови, визначення й інші юридичні акти, що створюються у вищих судових інстанціях, є джерелами перш за все системи англо-американського права. Вивчення їх так само, як і інших елементів і аспектів судової правотворчості, вимагає особливої уваги й окремого розгляду, що здійснювалося як у зарубіжній, так і у вітчизняній науковій літературі.

Ступінь наукової розробки проблеми. Перед сучасною правовою доктриною з новою силою постає питання про рольове значення судів у процесі розвитку права та його співвідношення з пануючими некритично утвердженими аксіомами (визначеного поділу влади, суддя – слуга закону, суддівського свавілля). На відміну від поверхневого рівня дослідження проблем судової методології вітчизняною правовою доктриною, за винятком праць В. Бігуна, С. Шевчука, В. Смородинського, Л. Корчевни, у західній юриспруденції на їх основі написані сотні об'ємних монографій та тисячі статей. Більше того, такі найгучніші імена у зарубіжній юриспруденції, як С.Ерліх, Ф.Гек, У.Джамс, Дж.Дьюї, Ф.Жені, І.Канторович, Б.Кардозо, К.Ллелвелін, Г.Оліфент, Р.Паунд, Ч.Пірс, Дж. Френк, О.Холмс стали відомі саме завдяки окресленій проблема-

тиці. Враховуючи все вищесказане можна констатувати, що лише за умови ознайомлення з напрацьованим теоретичним матеріалом вищезгаданих авторів можна, по-перше, виявити проблемне поле та його межі, з'ясувати основні аргументи різних концептуальних підходів та досвід їх практичної реалізації; й, по-друге, розпочинати формування власної неупередженої та осмисленої правової позиції щодо проблемних питань судової правотворчості.

Основна мета даної статті полягає у дескрипції наукових спорів та доктринальних експериментів, що сприяли визнанню концепції судової правотворчості та вияву меж цього правового феномену.

Виклад основного матеріалу. У західному правознавстві значну актуалізацію проблем суддівського правознаходження та вільного правознавства здійснив засновник сучасного соціологічного напрямку в праві, фундатор руху вільного права, австрійський юрист, колишній ректор Чернівецького університету – Є. Ерліх, який наголошував на потребі створення нового підходу, що спрямував би зусилля законодавства на судову практику, подолав би розрив між законом і фактичними суспільними відносинами, спромігся би пристосувати право до життєвих реалій. Критикуючи нормативне розуміння права як таке, що не здатне охопити всю багатогранність правового життя, Є. Ерліх протиставляв цьому розумінню своє «вільне» трактування права. Він зазначав, що не всі норми чинного законодавства застосовуються або виконуються, існує чимало відносин, які взагалі не врегульовані законодавством, зате діють і іноді застосовуються судами інші норми, вироблені у процесі співжиття – «живе право». Їхня чинність менша за чинність формального права, але їхнє практичне значення буває інколи навіть більшим, бо існує менша ймовірність наявності правових суперечок, ніж при чіткому формально-визначеному праві. Живе право – це лише те право, що «входить у життя, стає живою нормою, все інше – це лише голе вчення, норма, рішення, догма чи теорія» [6]. Живе право відповідає на пе-

рманентно змінні запити дійсності, саме змінюється відповідно до життєвих потреб, органічно розвивається і вдосконалюється в контексті суспільних відносин – у силу цього власне воно і має бути регулятором суспільних відносин.

Розглядаючи право як відображення соціальних тенденцій та етичних інтересів, Є. Ерліх указував на те, що визначеність права – не результат логічних операцій, а наслідок органічного впорядкування процесу вільного здійснення судової влади. Він вважав, що правосуддя – це індуктивний процес вироблення правових норм у зростаючій пропорції; подібно до того, як формуються доктрини експериментальної науки, формується і прецедентне право – шляхом застосування права до обставин кожної справи. Суттєвим чинником розвитку прецедентного права є особистість судді, його становище як вільного та творчого, але обмеженого практикою диспозитивного статусу суб'єкта. Суддя має вміти самостійно відшукати норму для вирішення конкретної справи, незалежно від того, вирішує він дану справу на основі правової норми чи без неї. Вільне правознаходження суддею в момент прийняття рішення щодо конкретного випадку – найефективніший спосіб розв'язання проблем правосуддя, тому що «... особиста нота у всі часи була властива судовій практиці й у всі часи на неї необхідною мірою впливали суспільні, політичні й культурні течії». Крім того, «не можна аж ніяк заперечувати той факт, що особи, які покликані застосовувати право, діти свого народу і свого часу, будуть застосовувати право в душі їхнього народу та їхнього часу, який є і їхнім духом, а не в душі минулих століть згідно з намірами законодавця» [6, с. 140].

Зважаючи на незалежну, критичну, споглядальну роль, яку Є. Ерліх відводив практикуючим юристам і суддям у царині права, його ідеї, нарівні з ідеями інших представників школи «вільного права» – Ф. Гека, І. Германа, Ф. Жені, Г. Зінціймера, І. Канторовича, Е. Фукса, хоч і були поширеними, однак тривалий час не сприймалися у контексті континентальної європейської традиції права, орієнтованої на чітку ієрархію джерел права, пріоритет законодавства як основи винесення судових рішень. З більшим ентузіазмом їх сприйняли в межах американської соціологічної юриспруденції, що пояснюється особливостями правової системи, в якій суттєва роль відводилась «праву в дії», аніж «праву в книгах».

Ідеї визнання творчої ролі судді при здійсненні правосуддя, розширення сфери судової правотворчості, досягнення справедливості у кожній конкретній справі в основному розвинені

у працях засновників філософії прагматизму – Ч. Пірса, І. Джемса, Дж. Дьюї, послідовників правового реалізму – К. Ллевелліна, Дж. Френка, Г. Оліфента та класиків прагматичного інструменталізму Р. Паунда, О. Холмса, Б. Кардозо, Р. Саммерса, Дж. Грея. Саме в наукових дослідженнях американських учених-прагматиків (Ч. Пірса, І. Джемса, Дж. Дьюї) озвучено низку оригінальних думок стосовно 1) практичної спрямованості будь-якого дослідження, ототожнення істинності знань з їхньою практичною корисністю; 2) наголошено на створенні такого підходу, який спрямував би зусилля законодавства на судову практику, подолав би розрив між законом і фактичними суспільними відносинами, спромігся би пристосувати право до життєвих реалій; 3) обґрунтовано підхід до дослідження права як динамічного соціально-юридичного явища.

Прагматичне уявлення про динаміку права і статичну правову норму набули ще більшої радикалізації у працях представників правового реалізму. Надаючи вирішального значення у правовому процесі емпіричним чинникам, реалісти демонстрували відверто негативне ставлення до нормативного начала взагалі. Представники цього напрямку сприймали право лише через багатоманітність конкретних проявів. Воно, на їхню думку, перебуває в постійному русі, його створюють суди та адміністрації. Так, К. Ллевеллін, якого вважають найвидатнішим представником правового реалізму, відносив до поняття права тільки «те, що творять судді при вирішенні спорів», але аж ніяк не «паперові норми». На його думку, джерело права – це індивідуальний досвід судді, його психологічні властивості, емоційні спонукання, настрої та інші ірраціональні чинники. Посилання на норму робиться вже після того, як рішення фактично склалося у свідомості [9, 10].

Скептичне ставлення до формалізму, прийнятих абсолютів, «довершених» систем поділяв і Дж. Френк. При цьому він, порівняно з іншими правовими реалістами, зводив до мінімуму вплив нормативного чинника на процес прийняття судових рішень. Він узагалі не бачив користі від чітких законодавчих формулювань, оскільки, якими чіткими і визначеними не були б формальні юридичні норми, інтерпретація фактів, на яких базується судочинство, унеможливило чітке передбачення майбутніх рішень. За його словами, оскільки ніхто не знає, які саме факти встановить суд, то ніхто не може здогадатися, який прецедент повинен бути або буде застосований [7].

Тенденції до вивчення права в дії, а також протиставлення актуальних проблем «динаміч-

ної» юридичної практики «статичному» нормативному началу спостерігаються у працях засновника прагматичного інструменталізму, декана юридичного факультету Гарвардського університету Р. Паунда. Вихідне положення його доктрини: «право – це не що інше, як знаряддя для досягнення мети». Сучасне правове мислення має базуватися на функціональному підході і тенденції досліджувати те, як діють правові норми, як потрібно їх створювати, щоб можна було за їх допомогою досягти відповідних результатів, а не те, чи правильний в абстрактному розумінні цього слова, зміст цих норм. Учений визнавав, що всі правові теорії є нічим іншим, як «боротьбою за примирення вимог, що конфліктують між собою: вимоги стабільності та вимоги змін; право має бути стабільним, але при цьому не може стояти на місці» [11]. Тому суддя має завжди у своїх рішеннях забезпечувати цей баланс, будувати «мости» між писаним правом і потребами суспільства, оскільки зміни без стабільності призводять до анархії, а стабільність без змін – до регресу.

Визначити право на основі емпіричного матеріалу намагався у своїх дослідженнях О. Холмс. У праці «Загальне право», він визначив основне правило методології прагматичної юриспруденції: життя права – це не логіка, а досвід. Використовуючи приклади зі судової практики, О. Холмс доводив, що загальні положення не вирішують конкретних справ. Наявність певної норми не визначає наперед зміст судового рішення. Приймаючи за основу ту чи іншу загальну правову норму, суд може вирішити справу багатьма шляхами на свій вибір. Відчутні потреби часу, вплив панівних моральних і політичних теорій, інтуїція щодо публічної політики, як проголошена так і підсвідома, навіть забобони, що поділяють судді зі своїми сучасниками, мають набагато більше значення, ніж застосування логічних силогізмів для визначення норм, якими мають керуватися люди. Цей постулат передбачає зміщення акцентів з «логістики» права на правову прагматику, з формально-логічних моментів юридичного аналізу на «буттєву» практику права. Однак О. Холмс не ігнорує формально-логічні аспекти права, а тільки закликає виявляти ті соціальні та психологічні явища, які стоять за тією чи іншою правовою формою. «За логічною формою стоїть судження про відносну цінність і важливість конфліктуючих законодавчих мотивів; часто невизначене і неусвідомлене судження є істинним і становить коріння, нерв усього процесу» [8]. Не відкидаючи повністю можливість використання у правознавстві формально-логічних методів, О.

Холмс наполягав на тому, що сила логіки в жодному разі не може замінити сили досвіду.

Справжнє життя права вбачав у суддівській діяльності й суддя Верховного Суду США Б. Кардозо, відзначаючи, що позитивне право, яке базується на утвердженні стабільності права, не завжди встигає пристосовуватись до нових умов. Розуміння права, в основу якого покладена відокремлена правова норма і регламентований процес її застосування до певного казусу, з часом перестає відповідати новим реаліям і потребам суспільного розвитку. Право не можна вмістити в межі писаних документів, що виражають зв'язок із минулим. Тому в його творенні вирішальну роль мають відігравати судді, користуючись суверенною владою вибору у своїх рішеннях [4, 5].

Значний внесок у дослідження проблем суддівського правозастосування, подолання розриву між законодавчим задумом і практикою правозастосування; вивчення помилок, що унеможливають реалізацію прийнятого закону, зробив представник природно-правової думки Л. Фуллер, який у праці «Анатомія права» досліджував такі важливі теми, як відповідальність законодавців, внутрішні проблеми та суперечності права, роль суддів у тлумаченні й застосуванні законів, різноманітні відхилення у функціонуванні права та системи правозастосування, відповідність дій суддів наміру законодавця. На думку Л. Фуллера, «закон» – це аж ніяк не термін, призначений для опису виключно реальних подій; його невід'ємною властивістю є прогнозування, встановлення того, що має бути. Сполучною ланкою між Словом і Дією має виступати суд. Оскільки жодну норму не можна скласти так, аби бути абсолютно впевненими в можливості її універсального застосування, то суттєво важливим стає призначення суддів із повноваженнями виконувати обов'язкове тлумачення норм права й авторитетно визначати їхнє належне застосування у спірних випадках» [2]. Але, на відміну від правових реалістів, Л. Фуллер не зводив право виключно до діяльності суддів і визнавав можливість судової помилки. Якщо суд (свідомо чи ні), неправильно витлумачив наміри законодавця, то утворюється розрив між словом і дією права. Однак це може проявитися і на нижчому рівні, коли закон не відповідає життєвим реаліям, взагалі не застосовується судами. Вивчаючи можливість подолання розриву між текстами нормативних актів і практикою правозастосування, гарантіями реалізації законодавчого наміру він убачав лише обрання суддями чесних і здібних людей і

забезпечення їхньої посади тією мірою незалежності, яка захистить їх від зовнішнього впливу.

В іншій праці – «Мораль права» – Л. Фуллер порушує проблему «внутрішньої моральності закону» та «зовнішньої моральності права». Застосовуючи ціннісний підхід до права, автор прагне показати, що в сучасних умовах різноманітні правові феномени: законодавство, тлумачення права, судочинство мають здійснюватися з позицій моралі. На його думку, «... справа тлумачення законів – це щось більше», ніж «просте виконання наміру законодавця» [3]. Л. Фуллер підкреслює необхідність застосування у правовому житті принципу інтерсуб'єктивності, антропологічного підходу, бо вони дозволяють гуманізувати, робити ефективнішими і законотворчість, і застосування права, і правову реальність загалом.

Отже, аналізуючи все вищесказане, можна прийти до наступного **висновку**: наукові аргументи між ученими західної традиції права сприяли тому, що сьогодні завдяки представникам школи «живого права» (С.Ерліх, Ф.Гек, Ф.Жені, І.Канторович), засновникам філософії прагматизму (Ч.Пірс, У.Джемс, Дж.Дьюї), послідовникам правового реалізму (К.Ллевелін, Дж. Френк, Г.Оліфент) та фундаторам прагматичного інструменталізму (Р.Паунд, О.Холмс, Б.Кардозо) судова правотворчість характеризується досить вільною, креативною й активною участю судів при здійсненні правових новацій, а її необхідність зумовлюється наявністю спорів у пробільній зоні, іманентною невизначеністю і багатозначністю норм законодавства та неможливістю відмови у правосудді у зв'язку з відсутністю чіткої позитивної норми, яка б могла вирішити спір між суб'єктами права.

Список літератури

Стаття надійшла до редколегії 30 серпня 2011 року.

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

N.A. Guralenko

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

Summary

The article is a retrospective analysis of conceptual approaches to understanding judicial law-making in Western European and Anglo-American legal doctrine.

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

N.A. Guralenko

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

Аннотация

Осуществляется ретроспективный анализ концептуальных подходов к пониманию судебного правотворчества в западно-европейской и англо-американской правовых доктринах.

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