

Соломонюк О. Я.,

аспірант кафедри теорії держави й права  
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

## ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ КОНЦЕПЦІЇ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

**Анотація.** У статті досліджуються загальнотеоретичні концепції судової правотворчості, що характеризують судову правотворчість як особливий вид правотворчості. Виокремлюються такі концепції: пізнання реальності, діяльної сутності судочинства, істини суддівського права, двосидної природи правотворчості, суддівського або судового права, суддівський активізм. Окреслено правову природу судової правотворчості на основі загальнотеоретичних концепцій.

**Ключові слова:** правотворчість, судова правотворчість, пізнання реальності, суддівське право, суддівський активізм.

**Постановка проблеми.** Становлення України як правової, демократичної, соціальної держави потребує усвідомлення та дослідження проблем судової правотворчості, яка має бути спрямована на цілісність і відсутність колізій правового регулювання суспільних відносин. На сучасному етапі розвитку судової системи України важливим видається виявлення параметрів здійснення судової правотворчості судами, що буде підтвердженням функціонування судових органів як ефективної гілки влади в Україні.

Тривалий час в юридичній науці домінував позитивістський підхід до визначення правотворчості, згідно з яким нормативно-правовий акт (закон) вважався основним джерелом права. Відповідно діяльність уповноважених суб'єктів із прийняття нормативно-правових актів (законотворчість) ототожнювалася з правотворчістю – процесом прийняття правових актів, та правотворенням – створенням права в цілому, поняття права було тотожне поняттю закону. Розбудова громадянського суспільства й правової держави, визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю, утвердження принципу верховенства права, різноманітності джерел права призвело до розмежування зазначених понять. У сучасній теорії права сформувався принципово новий підхід до правотворчості, а відповідно й до визначення названих категорій.

Вирішальна стадія формування права – судова правотворчість, яка є одночасно однією з ознак, що відрізняють державу від інших видів організацій, які функціонують у суспільстві. Характер, якість та ефективність судової правотворчості залежать від «правотворчої політики» суспільства, ролі держави в її здійсненні. Настільки тісний зв'язок в області судової правотворчості визначає важливість дослідження цієї категорії, визнання її провідною формою реалізації правової політики.

**Мета статті** – дослідити загальнотеоретичні концепції судової правотворчості.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Правотворчість як процес утворення права складається з трьох етапів: гносеологічного, який відображає процес виникнення й становлення права в формі правосвідомості; матеріального – де право формується внаслідок реалізації суб'єктивних прав і

юридичних обов'язків, що трансформуються в конкретні правовідносини; інституціонального – коли право виступає в вигляді норм права, які в сукупності утворюють систему. Іншими словами, зміст поняття правотворення відображає процес появи права як результат соціального розвитку суспільства, що бере початок із з'ясування потреби в нормативному регулюванні суспільних відносин, створення концепції (ідеї, форми) такого регулювання, розроблення й прийняття правового акта та введення його в дію.

Відповідно правотворчість є одним з етапів правотворення, правова форма діяльності держави та уповноважених організацій із прийняття, зміни, призупинення дії й скасування юридичних норм.

Як зазначає С. Шевчук, судова правотворчість тісно пов'язана з роллю судді та позначає якісні зміни в його діяльності: від «вуст, що проголошують слова закону» до «оракула права». Тобто, наприклад, «активістами» є всі судді Конституційного Суду України, які в своїх рішеннях вийшли за «буквальний» зміст конституційної норми або при здійсненні конституційного судочинства користуються не тільки граматичним способом тлумачення конституційного тексту, а формулюють нові правові позиції тощо.

Судова правотворчість – особливий вид правотворчості, який є процесом здійснення судовою владою правотворчої функції в поєднанні з її правозастосовною та інтерпретаційною функціями при розгляді конкретної справи; результатом таких дій є правоположення, що містяться в сформульованих судом рішеннях, які мають обов'язкову силу не тільки для сторін у справі, але й для інших суб'єктів права відповідно до закону або в силу принципу ієрархічності судової системи (обов'язковість рішень вищих судів для нижчих або їх переконливість при розгляді аналогічних справ [1]).

Термін «судова правотворчість» походить із країн англосаксонської правової сім'ї, де суддям історично належала значна роль в 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 виявляється зміст, який законодавець ніколи не закладав у текст нормативно-правового акта [2].

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, судова правотворчість здійснюється як додаткова функція суду, адже основним призначенням будь-якого суду є розгляд правових спорів шляхом правозастосування, а не створення нових норм шляхом правотворчості. По-третє, вона має бути певним чином санкціонована з боку вищого представницького органу державної влади, як правило,

шляхом видання спеціального закону (або шляхом мовчазної згоди парламенту й своєрідним правовим звичаєм – як це має місце в правовій системі Англії).

Щоб охарактеризувати судову правотворчість, потрібно дослідити загальнотеоретичні концепції, тобто сукупність теоретичних поглядів, знань і уявлень про судову правотворчість та її основні інститути.

Виділяють такі різновиди загальнотеоретичних концепцій, що характеризують судову правотворчість:

– концепція пізнання реальності. Свої витoki правотворчість бере з 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 боків: його можливості і його необхідності. Верхня межа правового регулювання суспільних відносин є межею можливого. Відносини, що знаходяться за нею, розташовані поза досяжністю державної влади й 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, є найбільш гнучкою. Однак для того, щоб у 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 й методологічно регламентованого процесу пізнання. Тому можна констатувати, що обов'язковою передумовою акту правотворчості є пізнання тих складних умов, чинників, обставин, суспільних відносин, що розвиваються й трансформуються, правове регулювання яких відсутнє та диктується вимогами суспільного прогресу. На відміну від законотворчості, правотворчість більш наближена й органічно пов'язана з 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 рішень;

– концепція діяльної сутності судочинства. Ця концепція полягає в усвідомленні потреби й мети правового регулювання тих або інших відносин. Суддя приймає рішення про перехід від пізнання до діяльності. В іншому разі з'являється обмеження правотворчості «чистим» пізнанням, яке не переходить у «діяльнiсну сутність», а містить у собі небезпеку обмеження 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.

Судову правотворчість неможливо уявити без розуміння потреби досягнення певної мети. Правові акти створюються для впорядкування соціальних взаємодій та організації розбудови суспільства, яке є 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

[3, с. 56]. Тому треба погодитися з тим, що гносеологічні особливості правотворчого процесу проявляються насамперед у його меті, механізмі реалізації, практичній спрямованості, суб'єктному складі самого процесу та в результатах. У будь-якому правовому феномені, як і в праві загалом, головне полягає в особливому способі його прояву, в тому, що він діє на суб'єкт. Це особливий вид дії – дія не тільки через зовнішню причину, а й унаслідок внутрішнього спонукання.

Розгляд судової правотворчості в гносеологічному аспекті передбачає аналіз його екзистенційності чи відповідь 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. Цим актуалізується важливе питання, що продиктоване основною функцією права, – ефективний правопорядок. Адже право, якого не дотримуються, або право, яке внутрішньо не визнають, залишається слабким із погляду чинності, і його внесок у справу ефективної організації суспільних відносин невеликий. Відповідно до природно-правової традиції правотворчою силою має бути людський розум. Саме в ньому пізнаються ті вічні загальнолюдські правові цінності (насамперед свобода й справедливість), що мають реалізовуватися в кожному правовому устрої. 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, а не від волі виконавця. Але феномен підпорядкування правотворчому актові треба пояснювати не тільки страхом перед його санкцією, а й повагою до нього (бажання використовувати в своїх інтересах систему правового захисту визначених дій). Джерелом дієвості правотворчого акта може виявитися не тільки наказ суверена, а й справедливість, яку він (наказ) виражає;

– концепція істини суддівського права. У філософсько-правових дослідженнях цю концепцію розглядають неоднозначно. Порівнюючи «справедливість» із пошуком «абсолютної істини», Г. Кельзен вважає, що утопічно й нерационально 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 пошуки «справжнього» складу чи дослідження «істини» були безконечними (а вони не можуть мати закінчення, оскільки абсолютна істина недосяжна для людини), то про яку справедливість, хай навіть найсправедливішого природного права, можна говорити – вона ж бо недосяжна» [5, с. 63]. В 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 та 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 умовам та обставинам, а й відповідатиме 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 [6, с. 136–137]. Але все це можливе лише в результаті пізнавального процесу. При цьому варто також зазначити, що гносеологічного, пізнавального в своїй основі характеру потребує не лише правотворча, а й правозастосовча судова діяльність. Лише тоді, коли суддя як суб'єкт правозастосування буде аналізувати правову ситуацію, коли норму не будуть підганяти під окремий казус, не враховуючи його особливості; коли будуть уникати лицемірної й багатозначної заяви, що «закон є закон», право дасть реальне вирішення всіх дискусій. У таких випадках ідеться 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;

– концепція двоєдиної природи правотворчості. Правотворчість – це те, що виступає завжди як складний інтелектуально-пізнавальний процес. Акт правотворчості як витвір, отриманий у результаті такого процесу, не може не мати 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 та складну суб'єктивно-об'єктивну природу права. Природа права є такою, що воно не може не трансформуватися суб'єктивним сприйняттям реципієнта. Проходячи через свідомість службовця і стаючи його правосвідомістю, воно не може не відчувати впливу особливостей людської свідомості. Подібне відбувається в 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.

Двоєдина природа правотворчості виражається в тому, що, з одного боку, формування права і його зміст зумовлені особливостями існування суспільства й у цьому плані є об'єктивно необхідними, але з іншого – правова реальність онтологічна, її дійсність стає об'єктивною через суб'єктивність, 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 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 в конкретному суспільстві, а суб'єктивний вимір орієнтує на свободу і творчу активність суб'єкта, зумовлюється його суб'єктивними можливостями у творчій самореалізації. Визначення та вивчення дуалістичної природи судової правотворчості в умовах сучасної правової реальності має істотне значення, адже її відправним моментом є зміщення акцентів із «логістики» права на правову прагматику, з формально-логічних моментів юридичного аналізу – на «буттєву» практику, що сприяє вивченню суддею права в дії, у соціальному контексті,

а не виключному механічному застосуванню позитивного матеріалу;

– концепція суддівського або судового права. Термін «суддівське право» або «судове право» є синонімом судової правотворчості та певним функціональним елементом судового прецеденту, принаймні всі ці терміни відображають одне й те ж явище в національних правових системах. Ця концепція поширена в сучасній західноєвропейській юриспруденції, а також у країнах англо-американського «загального права». Її предметом є правотворча роль суду. Безпосередня мета цієї концепції полягає не скільки в виявленні ролі судової практики в історичному формуванні правових систем, механізму дії прецеденту, впливу судової практики на законодавство, скільки в подоланні принципу «суддя підкорюється лише закону». Прихильники цієї концепції проголошують суддю більш досконалим «виразником» права, ніж законодавець, вимагають значного розширення його компетенції, зокрема надання судді права вирішувати конкретні справи «проти закону» та взагалі взяти на себе провідну роль у сфері правотворчості.

Термін «суддівське або судове право» зазвичай використовується для того, щоб привернути увагу на ті позиції, згідно з якими суддя, коли він «фіктивно» проголошує існуюче право, по суті, створює його;

– концепція суддівського активізму. Ця концепція тісно пов'язується з феноменом існування судової правотворчості та походить із країн загального права. Вчені виділяють п'ять сучасних значень терміна «суддівський активізм». Це належить до характеристики такої судової діяльності: 1) визнання неконституційною та незаконною діяльність інших гілок влади; 2) неспроможність дотримання доктрини прецеденту; 3) судова правотворчість; 4) відхилення від загальноприйнятих методів (способів) тлумачення, що склались у практиці правозастосування; 5) правосуддя, що орієнтується на певний результат.

Як зазначає Г. Джонс, у широкому значенні судовий активізм виникатиме в кожному випадку, коли суд втручається в закони та визнає нечинними певні законодавчі положення. Те саме стосується й питання судового визначення законності дій виконавчої влади. Професор Л. Греглія під суддівським активізмом розуміє судову практику невизнання результатів урядової політики або діяльності органів державної влади, яку конституція прямо не забороняє. Іншими словами, це відбувається тоді, коли суд виходить за конституційні рамки стандартів обмеження дій органів державної влади, що пов'язано з дотриманням конституційного принципу поділу влади. Тобто занадто «активна» суддівська діяльність у цьому аспекті має негативний характер (хоча, як зазначено в літературі, присвяченій американському реалізму, тільки Верховний Суд вирішує, що таке право, навіть у складних справах або в таких, що мають чітке політичне забарвлення).

За цією концепцією В. Блекстоун вважав судову правотворчість найбільш сильною характеристикою загального права, Д. Бентам розглядав це як узурпацію судовою владою законодавчої функції. Інший видатний теоретик англійського права Д. Остін визнавав наявність судової правотворчості протягом історії англійського права та критикував Д. Бентама за нерозуміння цих речей. Судова правотворчість навіть визначалась як певний процес «зростання права в руках судді».

Професор М. Каппелетті виокремлює дві основні причини зростання обсягу судової правотворчості в сучасних правових системах: 1) зростання обсягу нормативно-правових актів, зокрема законів, що є ознакою посилення ролі сучасної держави в

суспільстві, а це зростання призводить до паралельної експансії судової правотворчості при застосуванні та тлумаченні законів; 2) прийняття та реалізація норм про права людини на найвищому рівні (міжнародному та конституційному), що також передбачає творчу роль судді з метою належного правозастосування. Професор В. Туманов, аналізуючи причини поширення концепції суддівського права в ФРН, що впливають на недосконалість законодавства та на збільшення обсягу суддівського права, визначив такі з них: а) наявність у законодавстві значної кількості «гнучких» понять та норм, що припускають різноманітне тлумачення; б) поява низки компромісних законів, що відбивають співвідношення парламентських сил та практично завжди можуть бути витлумачені судом у потрібному напрямі; в) збільшення кількості законодавчих актів, що призводить до своєрідної «інфляції» законів та відкриває можливості для суддівського маневрування.

**Висновки.** Аналізуючи вищезгадані концепції, можна дійти висновку, що судова правотворчість максимально прислужується меті безпосереднього захисту конституційних прав людини, коли судді при обґрунтуванні своїх рішень виходять не тільки з конституційних норм, але й із принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності та із цілей конституційно-правового регулювання в суспільстві.

Отже, природа судової правотворчості полягає в тому, що вона є органічно присутньою на всіх рівнях правової реальності. Правова реальність складається з таких трьох рівнів: правові принципи (світ ідей), юридичні норми (світ знакових форм), правове життя (світ взаємодії соціальних суб'єктів). Це обумовлюється як самим правом (яке водночас є засобом вирішення конфліктів, гарантом суспільної безпеки та стабільності, інструментом соціальних комунікацій), так і суспільними відносинами, які ним урегулюються.

Можна також прослідкувати закономірність: якщо сучасна держава визнає й стимулює судову правотворчість, це означає усвідомлення нею високої ролі судової влади, а отже, підтверджує те, що гарантування прав людини займає чільне місце серед пріоритетів діяльності такої держави. Тому судова правотворчість у сучасному світі є критерієм демократичності та гуманності функціонування певної правової системи.

### *Література:*

1. Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості / С. Шевчук // Юридичний журнал. – № 12. – 2008 р.
2. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.
3. Козловський А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права / А. Козловський. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.
4. Вюртенбергер Т. Останні 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. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления: [монография] / С. Максимов. – Х.: Право, 2002. – 328 с.

### **Соломонюк А. Я. Общетеоретические концепции судебного правотворчества**

**Аннотация.** В статье исследуются общетеоретические концепции судебного правотворчества, характеризующие судебное правотворчество как особый вид правотворчества. Выделяются такие концепции: познание реальности, деятельной сущности судопроизводства, истины судейского права, двуединой природы правотворчества, судейского или судебного права, судейский активизм. Обосновывается правовая природа судебного правотворчества на основе общетеоретических концепций.

**Ключевые слова:** правотворчество, судебное правотворчество, познание реальности, судейское право, судейский активизм.

### **Solomoniuk O. General theoretical concept of judicial lawmaking**

**Summary.** The article investigates general theoretical concept of judicial law-making that characterize the judicial lawmaking as a special kind of lawmaking. Distinguishes the following concepts: knowledge of reality, the active nature of justice, truth judicial rights dual nature of law-making, judicial or court of law, judicial activism. It turns out the legal nature of judicial law-making based on general theoretical concepts.

**Key words:** law-making, judicial law-making, knowledge of reality, judicial law, judicial activism.