

*Корчевна Л. О.,**доктор юридичних наук, професор,
завідуючий кафедри конституційного права та правосуддя
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова*

СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ЗАХІДНОГО ПРАВА

Анотація. У дослідженні наголошується, що конституційні принципи західних країн ґрунтуються на доктрині природного права, що, у свою чергу, зумовлює широку судову практику щодо визнання недійсними неправових законів.

Ключові слова: право, принципи права, джерело права, судовий прецедент, судова практика, західна традиція права.

Постановка проблеми та аналіз досліджень. Головна ідея, яка править нам за підставу в цьому дослідженні, полягає в тому, що сьогодні в світі не існує цілком замкнених національних систем права. Нині засаду усіх розвинених державно-правових устроїв складають універсальні, а не національні елементи, внаслідок чого і основні правові поняття та практика їх втілення більш чи менш спільні в усіх сучасних правових системах. За такого підходу настійною стає потреба дійти згоди про право на рівні принципів або доктрини, що не виключає різноманітних (національних) засобів досягнення єдиної мети. Принцип універсалізму науки права, про який йдеться, змушує нас опановувати, зокрема, й такою складною проблемою як джерела права.

Мета статті. Головною метою статті є дослідження природи та особливостей історичного формування судової практики як джерела західного права.

Виклад основного матеріалу. В умовах правової системи попередніх десятиліть, по суті, єдиним джерелом права визнавався нормативний акт. Договір, правова доктрина і суддівське право не визнавалися джерелами права, бо вони погано поєднувалися з вимогою однозначного розуміння і застосування закону, а звичай мав обмежену сферу застосування. У країнах романо-германської і англо-саксонської правової сім'ї, навпаки, закон (інший юридичний припис) не вважається єдиним витоком права, поряд з ним існують і інші, значні джерела права недержавного походження (правова доктрина, судова практика, договірне право, звичаєве право), і закон має сенс лише в єдності з ними.

З-поміж названих джерел права виокреммо і зосередимо увагу на судовій практиці.

На думку сучасних західних правників, жодна з форм права (законодавство, звичаєве право, договірне право, доктринальне право, судове право) не може претендувати на звання єдиної практичної і справедливої, кожна з цих форм має свої переваги і – недоліки. Держава існує в системі різних юрисдикцій, де кожна юрисдикція, включаючи і юрисдикцію держави, зв'язана правом інших юрисдикцій [1, с. 4-5].

За Р. Давідом: «... теорія джерел права в усіх країнах романо-германської правової сім'ї виражає традиційну

для усіх цих країн концепцію, згідно з якою право ... не міститься виключно в законодавчих нормах. Пошук права – це мета, на досягнення якої повинні спрямовуватися зусилля усіх юристів – кожним у своїй сфері і з використанням своїх методів ... Суддя в змозі, виходячи з вимог справедливості, відмовитися від застосування закону, такий підхід відповідає традиції романо-германської правової системи ... Якщо того вимагає справедливість, суддя в будь-якій країні знайде спосіб відставити текст закону, що йому заважає. Для цього є досить засобів ... Радянські автори з обуренням засуджують буржуазне лицемірство, яке вони вбачають в незалежності, котру виявляють судді буржуазних країн по відношенню до закону... Судді в країнах романо-германської правової сім'ї дійсно володіють відомою незалежністю по відношенню до закону, тому що в цих країнах право і закон не ототожнюються. Саме існування судової влади і як наслідок цього сам принцип розподілу влади, з усіма його перевагами, зв'язані з цією незалежністю. Вона веде до того, що право за традицією ставиться вище політики. Добре це чи погано? Відповідь на це питання залежить від вибору між двома концепціями соціального устрою, які протистоять один одному в сучасному світі» [1, с. 118-149].

Схожі думки стосовно різноджерельного права висловлює й О. Хеффе:

«... Природне право є надпозитивною правовою ідеєю, і саме, виходячи з неї, позитивне право оцінюється як легітимне, або як нелегітимне... Призначення природного права – відкривати шлях надпозитивної критики держави права... Європейська правова, думка упродовж століть живилася з одного джерела – зі зближення і протиставлення природного права і права позитивного ... Природне право як особлива форма надпозитивної критики держави і права упродовж століть панувало в західноєвропейському мисленні ... Природне право тяжіє до тієї надпозитивної державно-правової критики, яка принципово неприйнятна для усіх різновидів юридичного позитивізму ... Лише якщо в самому витокі правового і державного устрою закладено справедливість, можна застерегтися від юридичного позитивізму і водночас запобігти того цинічного висновку, що право є утворенням державної влади ... Позитивне право само мусить визначатися, виходячи з його службової щодо справедливості ролі ... Позитивне право неможливо всеохоплюючим чином визначити без поняття справедливості» [2, с. 12, 52-59, 75-77].

Формула німецьких теоретиків права про пріоритет ідеї справедливості над позитивним правом багаторазово використовувалася в рішеннях Федерального суду і Конституційного суду Німеччини. Ці органи в цілій

низці своїх постанов проголосили, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а вбирає також деякі загальні принципи, як і законодавець не конкретизував в позитивній нормі; що існує надпозитивне право, яке пов'язує навіть установчу владу законодавця. Визнання ідеї, згідно з якою установча влада здатна все регулювати відповідно до своїх бажань, означало б повернення до пройденого позитивізму; можливі «крайні випадки», коли ідея права мусить переважувати позитивні конституційні норми, і саме відповідно до цієї засади Федеративний Конституційний суд покликаний вирішувати питання про «конституційність» [1, с. 148].

Подібно німецьким правникам, і англійський юрист Т. Оноре зазначає: «Закономають бути сформульовані в загальних рисах. Вони часто не дуже добре пристосовані до конкретних випадків, а двох зовсім однакових випадків не існує. Цілком природно, що закони не можуть бути повністю відповідними, бо виникають ситуації, які не передбачалися і не могли передбачатися тими, хто створював закони. Це враховують усі правові системи. Вони надають суддям певні повноваження робити винятки, коли це здається їм справедливим. Межі цих повноважень залежать від країни та від галузі права, але вони завжди існують. Використання цих повноважень часто називається правосуддям на основі права справедливості» [3, с. 116]. Судові рішення визнаються за самостійне джерело правових норм.

Не має сумнівів в тому, що витоки сучасного судового права Заходу у класичному римському праві і його рецепції.

Суддя у класичний період розвитку римського права не був зв'язаним якими-небудь викладеними у законі правилами оцінки доказів, а давав таку оцінку по кожному окремому доказу, виходячи з власного міркування. Суддя мав повну свободу вибору власної оцінки наведених доказів для відповідного рішення. До наших днів зберігся відомий рескрипт римського імператора Андріана (117-138 рр. н.е.), який дає виразне і показове уявлення про принцип вільної оцінки доказів. Дигести: 22.5.3.2.

До того ж від імператора є навіть рескрипт у наступних висловлюваннях до Валерія Верусу про проведення слідства стосовно достовірності доказів: «Чи існує взагалі такий достатньо надійний для будь-якого випадку спосіб доказів, який би не можливо було спростувати? Якщо і не завжди, то, по меншій мірі досить часто до істини можливо дійти і без використання офіційних документів. В одному випадку достовірність цієї істини можливо підтвердити, наприклад, самою кількістю свідків, в іншому – відповідними слухами. Тож я можу тобі дати лише одну відповідь: твоє рішення по сумі фактів ні за яких обставин не мусить орієнтуватися на якийсь певний тип доказів, і ти маєш сам, виходячи з власних найкращих спонукань свого розуму і совісті, дати особисту оцінку тому, що ти вважаєш для себе доведеним або, навпаки, що ти вважаєш не зовсім доведеним» [4, с. 83-84].

Римське преторське право, про яке йдеться, ґрунтувалося на формулі *bona fides* (добра воля). Ця формула й являла собою формулу судового процесу, який протікав перед претором, і завершувався тим, що правова

суперечка між сторонами уточнювалася у відповідності з формулою, згідно з якою судді рекомендувалося виносити своє рішення у відповідності з його доброю волею. Конкретний приклад: «Оскільки Авл Агерій продав Нумерію Негіднію майно С. за яким (майном) йде тяжба, то ти, суддя (незалежно від того, що, на твою думку, Нумерій Негідій в зв'язку з цим мусить повернути чи вчинити відповідно до своєї доброї волі) маєш присудити Нумерію Негідію відмовитися від майна на користь Авла Агерія, а якщо ти так не вважаєш, то в цьому випадку ти, суддя, мусиш звільнити Нумерію Негідію від цього» [4, с. 125].

Таким чином, римське право характеризується двома типами судових процесів: 1) тип процесу, за якого судді орієнтуються на правила (норми) *jus civile* (цивільного права); 2) тип процесу, за якого судді орієнтуються на право претора *jus honorarium*. У першому випадку правила (норми) викладені у Законах дванадцяти таблиць, а пізніше і Законах народних зборів. У другому випадку судовий процес має назву фактична дія, коли рішення судді ґрунтується не на нормі цивільного права *jus civile*, а на підставі маючих місце обставин. Застосовуючи таку судову процедуру, претор, таким чином, створював прецедент нового матеріального права. Цілком можливо припустити, що потреба в появі нових юридичних процедур зробилася актуальною, передусім, в сфері тих суперечливих конфліктних ситуацій, які виникали внаслідок безформно складених торгових угод, договорів про найом службовців і робочої сили, комерційних угод між групами громадян і т.п. Домагання сторін, які виникали в подібних ситуаціях у сфері договірних зобов'язань (якщо такі попередньо не були відповідним чином оформлені на підставі спеціального, формального, правового акту), розглядалися – як недійсні з точки зору систем звинувачувального права. Однак у III ст. до н.е. претори почали запроваджувати на підставі вже накопиченого ними досвіду розгляду справ за безформно складеними договорами нові процесуальні формули, які приписували суддям (судам) здійснювати розгляд справ в основному не на строгому дотриманні цивільного права *jus civile*, а у відповідності з *bona fides*, тобто відповідно тим вимогам дотримання вірності договірним зобов'язанням, які відповідали б принципам справедливості. Цей тип процесуальної формули надавав юристам значно більшу ступінь свободи. Формула *bona fides* зробилася ефективним методом формування права і, у такий спосіб, удосконалення цивільного права *jus civile*. Претори поставали законодавцями. Надання їм повноважень для формування права поряд з формуванням цивільного права *jus civile* відіграло важливу роль і в створенні особливого правового джерела – джерела формування так званого закону честі *jus honorarium* чи закону професійного обов'язку.

Таким чином, преторське право (едикти магістратів) створювалося на підґрунті римської правової науки і таких опрацьованих нею моральних принципів як *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*.

Посилання на ці принципи мало правотворчу силу. Ці принципи поставали для римлян природним правом.

Стосовно ж рецепції права римлян, то в історії

європейського права ми можемо говорити про три періоди відродження римського права: італійський і німецький у Розвиненому середньовіччі, французький на початку XIX століття і німецький на початку XX століття. Завдяки двом останнім процесам і сьогодні римське право є найважливішим правовим джерелом і основою правових устроїв у більшості країн в інших частинах світу [4, с. 319]. Ймовірно, що у формуванні загальноєвропейського права як наслідок маючої місце нині європейської інтеграції римське право відіграє важливу роль підґрунтя у прагненні до більшої правової однорідності. У такому випадку ми можемо пережити новий період його вимушеного прийняття, що нагадує той, коли римське право у тлумаченні і переробці консоліаторів поширилося в Німеччині, Франції і Італії. Для складного процесу прийняття римського права у Європі характерно, що його використання і поширення, як і раніше, здійснювалися головним чином завдяки його авторитету, а не на підставі потреби у використанні його майнових положень [4, с. 383-384].

Сьогодні найхарактернішою ознакою західної юриспруденції є та, що саме законодавство уповноважує юристів посилаючись на природно-правову аргументацію у вирішенні тієї чи іншої справи, ставити себе на місце законодавця і створювати правові норми. Такою є, наприклад, ст. 7 Австрійського Цивільного Положення, ст. 6 Іспанського Цивільного кодексу, ст. 1 Швейцарського Цивільного кодексу. Остання говорить: «Якщо закон і звичай відсутні, суддя мусить вирішувати справу на підстав: такого правила, яке б він запровадив, коли б був законодавцем, йдучи услід традиції і судової практики». У ст. 4 Французького Цивільного кодексу закріплено принцип, згідно з яким суддя зобов'язаний винести рішення, незважаючи на прогалину чи невизначеність закону.

Якщо звернутися до правил шведських суддів, то знайдемо, що деякі з них надають суддям широкі повноваження в процесі застосування закону. В правилах, наприклад, записано: «Закон, який виявиться шкідливим, перестає бути законом», «свідомість справедливої людини – це вищий закон», «Хороший суддя завжди вирішує відповідно до обставин», «Законом вважається все, що найбільше відповідає благу людини, навіть якщо буква писаного закону немовби запроваджує інше».

Слід сказати, що в західних країнах неабияка увага приділяється саме судовій практиці. Сьогодні офіційні зібрання судової практики існують у Франції, ФРН, в Іспанії, Італії, у Швейцарії, Туреччині тощо. У зв'язку з цим характерною є та обставина, що в країнах романо-германської правової сім'ї, подібно англосаксонській, також запроваджені обов'язкові прецеденти, якими мусять керуватися судді.

У ФРН такого авторитету надано рішенням Федерального Конституційного Суду. Таким же чином йдуть справи в Аргентині та у Колумбії по відношенню до рішень верховних судів в конституційних питаннях. У Швейцарії кантональні суди пов'язані рішенням Федерального Суду, що визнав неконститу-

ційним кантональний закон. У Португалії авторитет прецеденту надається рішенням Пленуму Верховного Суду. Правотворча роль судової практики офіційно визнана в Іспанії, у Мексиці.

Та обставина, що природно-правова аргументація є джерелом права найбільш типова для судової практики ФРН. Ось яким чином орієнтує національних суддів Федеральний Конституційний Суд. ФРН своїм рішенням від 14 грудня 1968 р.: «Правові розпорядження неможливо визнавати дійсним правом, якщо вони настільки очевидно суперечать фундаментальним принципам справедливості, що суддя, який побажав їх застосовувати, замість права сформував би не право... Коли несправедливість закону робиться нестерпною, він мусить відступити перед справедливістю» [5, с. 28].

В іншому рішенні Федерального Конституційного Суду говориться: «Право не тотожне сукупності писаних законів. Всупереч позитивним установленням державної влади може існувати право і осторонь них, здатне коригувати писані закони; його джерелом є весь конституційний лад, як мислиме ціле, мета правосуддя – знаходити це право і фіксувати в рішеннях» [5, с. 28].

Тлумачення природного права як конкретного чинника справедливості, притаманного змісту окремої ситуації, відображено в такому формулюванні Федерального Конституційного Суду ФРН: «Згідно з Основним Законом, суддя зовсім не повинен займатися застосуванням законодавчих приписів у межах з'ясування можливого для даної справи смислу слів, ужитих у законі. Слід передбачити і таку можливість, коли писаний закон є непридатним для справедливого вирішення даного юридичного конфлікту. В такому випадку рішення судді надолужить прогалину у відповідності з вимогами практичного розуму і загальноновизнаних у суспільстві уявленнями про справедливість» [5, с. 28].

Висновки. Таким чином, від суддів вимагається вміння самостійних ціннісних суджень, які неможливо висувати з позитивного права.

Конституційні принципи західних країн мають на своїх засадах доктрину природного права. Ось чому країни Заходу мають широкую судову практику щодо визнання недійсними законів, які посягали на основні права громадян, що закріплені в конституціях.

В Японії і багатьох країнах Латинської Америки будь-який суддя в змозі подібно тому, як це здійснюється у США, оголосити закон суперечливим з конституцією і відмовитися застосовувати його. Зрозуміло, що Верховний Суд контролює такі рішення. В ряді країн перевірка конституційності законів покладена на спеціально створювані з цією метою конституційні суди: такий стан справ спостерігається у ФРН, в Австрії, Італії, у Туреччині, Монако тощо. Якщо звичайний суд має сумніви щодо конституційності закону, він в змозі лише припинити розгляд справи і звернутися з запитом до Конституційного Суду.

У Швеції, Данії, Норвегії теоретично можлива відмова суду від застосування закону як неконституційного. Але практика не дає прикладів визнання закону неконституційним.

Окинемо поглядом пройдений шлях і підіб'ємо підсумок. Здійснений аналіз судового права не є самоціллю, а має важливе теоретичне і практичне значення для досліджень у сфері сучасного українського права. Цей аналіз спонукає до практичного реформування інститутів українського права на засадах різноджерельного, зокрема, судового права і, у такий спосіб, досягнення поступу національного правознавства та наближення його до цивілізованих світових і європейських правових стандартів.

Література:

1. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид; Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.
2. Хеффе О. Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. – М.: Гнозис; Логос, 1994. – 328 с.
3. Оноре Т. Про право. Короткий вступ / Т. Оноре. – К. : Сфера, 1997. – 248 с.
4. Аннерс Э. История европейского права. – М. : Наука, 1996. – 398 с.
5. Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. – М.: Наука, 1988. – 144 с.

Корчевна Л. О. Судебная практика как источник западного права

Аннотация. В исследовании отмечается, что конституционные принципы западных стран основываются на доктрине естественного права, что, в свою очередь, предопределяет широкую судебную практику по признанию недействительными неправовых законов.

Ключевые слова: право, принципы права, источник права, судебный прецедент, судебная практика, западная традиция права.

Korchevna L. Judicial practice as a source of Western law

Summary. The study notes that the constitutional principles of Western countries are based on the doctrine of natural law, which, in turn, defines the judicial practice on the abolition of not legal laws.

Key words: law, principles of law, the source of law, judicial precedent, judicial practice, Western tradition of law.