

ПОНЯТТЯ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ В КОНТЕКСТІ ЇЇ ХАРАКТЕРНИХ ОЗНАК

Незважаючи на підвищену увагу, приділену останнім часом такому нехарактерному для вітчизняної юридичної системи явищу, як судова правотворчість, на жаль, слід констатувати, що цей юридичний феномен все ще залишається малодослідженим в українській науковій літературі. Ефективне дослідження будь-якого явища юридичної дійсності є можливим лише за умови надання дефініції такому явищу та визначення його характерних ознак. Це відкриває шлях для онтологічного осмислення заданої проблематики. Очевидно, що дефініція судової правотворчості має бути надана через визначення ознак, які відрізняють її від класичної правотворчості, що здійснюється парламентом.

Поняття «судова правотворчість» було об'єктом дослідження Н. Гураленко, М. Козюбри, П. Куфтирева, Б. Малишева, М. Марченка, С. Погребняка, Є. Сем'янова, С. Чередниченка, С. Шевчука та ін. Проте слід констатувати, що проблематика судової правотворчості в Україні залишається все ще малодослідженою, а комплексних праць із дослідження такого юридичного феномену бракує.

Метою цієї статті є науковий аналіз наданих у юридичній літературі визначень поняття «судова правотворчість» та її характерних ознак, а також надання власного авторського визначення.

У вітчизняній науковій літературі можна віднайти визначення судової правотворчості як «зумовленої об'єктивними суспільними закономірностями комплексної діяльності судів, що складається з розумово-пізнавальних операцій, у результаті яких у супроводжуваній системі джерел права з'являються нові елементи — акти судової правотворчості» [1, с. 10]; як «особливої процесуальної діяльності спеціально-уповноважених судових органів, що спрямована на встановлення нормативно-правових приписів» [2, с. 5]; як «діяльності вищих органів судової влади, результатом якої є створення, зміна, тлумачення або скасування правових норм» [3, с. 6]; як «специфічної діяльності органів судової влади, спрямованої на встановлення, зміну та скасування юридичних норм» [4, с. 28]; як «особливого виду правотворчості, який є процесом здійснення судовою владою правотворчої функції у поєднанні із її правозастосовною та інтерпретаційною функціями при розгляді конкретної справи, результатом якої є правові позиції (правоположення), що містяться у мотивувальній частині акта судової влади» [5, с. 54]; як «герменевтико-правової діяльності, спрямованої на з'ясування змісту права та обґрунтування рішення у справі» [6, с. 5].

Як бачимо, всі перелічені вище визначення нічим кардинальним одне від одного не відрізняються. Головний акцент робиться на діяльності (або процесуальній, або герменевтико-правовій, або діяльності, що складається з розумово-пізнавальних операцій) судів та результаті такої діяльності (створення юридичної норми, «правової позиції», що міститься у судовому акті).

Одна з найдавніших та найпопулярніших американських юридичних енциклопедій — Юридичний словник Блека (*Black's Law Dictionary*) зазначає, що термін «витворене суддями право» (*judge-made law*) вживається для позначення судових рішень, які ухвалюються на підставі тлумачення відмінного від змісту законодавчого акта, або заснованих на розумінні щодо

якого законодавство взагалі відсутнє [7, с. 654]. Тобто у такому визначенні акцент робиться на протиставленні законодавства та судового рішення. В українській юридичній системі таке протиставлення більшістю науковців та юристів було б розцінено як порушення законності — першої засади судочинства, передбаченої ст. 129 Конституції України, та було б піддано своєрідній «юридичній анафемі». Проте судова правотворчість відсутня у випадку несуперечності існуючої норми та власного розуміння суддею права, яке необхідно застосувати для вирішення судової справи і забезпечення справедливості та певної соціальної рівноваги між сторонами спору. Саме можливість виходу суду за межі, встановлені законодавцем або взагалі ухвалення судового рішення на підставі праворозуміння відмінного від законодавчого припису, і є суттю судової правотворчості, а не абстрактне створення, зміна, тлумачення або скасування правових норм.

На нашу думку, при визначенні судової правотворчості головний акцент треба робити на її підставах. Перелічимо їх.

Першою підставою є відсутність законодавчої або прецедентної норми, згідно з якою можна вирішити судову справу. Як правило, це так звані прогалини в законі, коли для вирішення судового спору не може бути застосовано жодної, передбаченої законодавцем, норми.

По-друге, підставою судової правотворчості є необхідність «модифікації» існуючої законодавчої або прецедентної норми до фактичних обставин судової справи. К. Ллевеллін зазначав, що суди не застосовують юридичні норми. Вони або розширюють, або звужують їх, і в одному, і в другому випадку творчість неминуча. Це пояснюється тим, що, будучи, по суті, серією слів, зв'язком лінгвістичних символів, будь-яка норма має приховану здатність до розширення. Поміляючись щодо природи мови, сприймаючи слова як щось із фіксованим вмістом, юристи часто самі не помічають зробленої ними прихованої роботи з нормою, яка полягає в її переформулюванні [8, с. 1007]. У своїй більшості юридичні норми є лише абстрактними моделями життєвих ситуацій, які потребують нормативного регулювання. Проте очевидним є те, що законодавець не може передбачити та формалізувати у законі абсолютно всі моделі поведінки та життєві ситуації, а тому конкретним застосуванням норми до фактичних обставин займається саме суд, який займається або правозастосуванням, або правотворчістю.

Третьою підставою є заперечення законодавчої або прецедентної норми і вирішення справи на підставі альтернативного праворозуміння. Така підстава судової правотворчості яскраво простежується у повноваженнях та діяльності Верховного Суду США, направлених на конституційний контроль та скасування законодавчих актів як таких, що суперечать Конституції США. Для вітчизняного юриста така підстава судової правотворчості є найсуперечливішою, оскільки йде в розрізі конституційної засади законності судочинства.

Ігнорування підстав судової правотворчості веде до концептуальних помилок у її характеристиці. Так, Є. Сем'янов зазначає, що «судова правотворчість здійснюється шляхом часткового перегляду вже існуючих норм права, виданих органами законодавчої або виконавчої влади» [9, с. 7]. По-перше, така характеристика виключає можливість перегляду норм права, сформульованих у судових прецедентах (така практика є поширеною у США); по-друге, не враховує можливості судової правотворчості у випадку відсутності будь-якого нормативного підґрунтя.

Які ж характерні ознаки судової правотворчості, що вирізняють її з-поміж інших видів правотворчості?

І. Особливим є суб'єкт судової правотворчості — суд. На відміну від законодавчих органів, правотворчість для суду не є основною функцією. Традиційно основною функцією суду виділяють здійснення правосуддя, тобто правове та справедливе вирішення спорів між суб'єктами права. Правосуддя є цивілізованим способом привнесення справедливості у життя суспільства шляхом розв'язання юридичних конфліктів.

При цьому судова правотворчість постає похідним результатом здійснення правосуддя. Здійснення правосуддя є можливим і без судової правотворчості, у випадку коли писана законодавча норма є конкретною, або прецедентна норма є актуальною для вирішення спору. При цьому, якщо здійснення правосуддя є можливим без судової правотворчості, то судова правотворчість є неможливою поза здійсненням правосуддя. Більше того, Б. Малишев слушно зазначає, що судова правотворчість є одним із елементів механізму досягнення мети правосуддя [10, с. 55].

При цьому роль судді-правотворця не можна зводити до класичної моделі законодавця. Законодавці займаються абстрактною правотворчістю та створюють юридичну норму для врегулювання деякої можливої життєвої ситуації. Тобто ціллю законодавців є певна сфера суспільних зв'язків, яка, на думку цих же законодавців, потребує регламентації шляхом ухвалення закону або внесення змін до вже існуючого. У той же час судова правотворчість направлена на конкретну вже існуючу життєву ситуацію, спір в якій і призвів до звернення суб'єкта права до суду. При цьому прагматичне прагнення судді до найефективнішого вирішення конкретної судової справи призводить до створення юридичної норми, яка буде застосовною і до аналогічних ситуацій.

II. Так як суб'єктом судової правотворчості є суд (суддя або судова колегія), то особливістю судової правотворчості є тісна пов'язаність з індивідуальним праворозумінням. Законодавча правотворчість є, як правило, результатом колективного, так би мовити, компромісного праворозуміння, часто пов'язаного з політичними переконаннями парламентарів. У той же час судова правотворчість має індивідуальний характер. Навіть судові колегії ухвалюють рішення одноголосно, або з викладенням окремих думок, які, наприклад, у діяльності Верховного Суду США мають важливе значення для подальшої судової практики.

Судова правотворчість є результатом конкретного уявлення суду про такі філософсько-правові категорії, як сутність права, цінність права, справедливість, а також результатом прагматичного прагнення максимізації результату вирішення судового спору та впливу судового рішення на забезпечення прав та свобод як окремого індивідуума, так і суспільства в цілому.

При цьому тип праворозуміння судді (позитивістське, юснатуралістське, соціологічне, реалістичне тощо) може визначати як результат судового процесу, так і налаштованість судді на створення нової юридичної норми.

Зважаючи на те, що ми не розглядаємо здійснення правосуддя поза межами діяльності та праворозуміння судді, ми фактично ототожнюємо поняття судової правотворчості та суддівської правотворчості, проте застосовуємо саме термін «судова правотворчість», оскільки в поняття «суд» ми включаємо як суддю як особистість, так і судову колегію як об'єднання таких особистостей.

III. Судова правотворчість є результатом розгляду конкретної судової справи, в процесі якої виникає необхідність створення нової юридичної норми. Хоча судова правотворчість є виключно прерогативою судді, проте ініціювання, так би мовити, «зачаття» процесу судової правотворчості, здійснюється внаслідок пред'явлення позову іншим суб'єктом — позивачем у судовому процесі. Прив'язаність судової правотворчості до розгляду конкретної судової справи інколи характеризується як казуальність (від лат. «*causa*» — справа, привід). Тобто, якщо причиною судової правотворчості є необхідність створення нової норми, то приводом є ініціювання суб'єктами права судового розгляду спору шляхом звернення до суду. На відміну від законодавця, суд не може самостійно ініціювати створення юридичної норми, оскільки не може самостійно ініціювати судовий процес за відсутності звернення позивача за захистом своїх прав.

М. Марченко називає таку особливість «ретроспективним характером суддівського права». Під ретроспективністю форм суддівського права і його змісту він має на увазі формування їх в процесі правотворчої діяльності судів на основі і з приводу вже наявних фактів (*ex post*

factum) [11, с. 57]. Слід зауважити, що судова правотворчість не обмежується лише ретроспективністю. Як зазначав суддя Р. Трейнор, «суди здійснюють креативну роботу, коли вважають, що норма втратила зв'язок з дійсністю, тому від неї слід відмовитись або змінити її для того, щоб вона відповідала новим умовам та моральним цінностям». Їх роль полягає у «прагматичному пошуку рішень» та у тому, щоб «викувати нові норми, які поважатимуть цінності минулого, переживуть випробування розумом та досвідом, а також пройдуть перевірку сучасними цінностями» [12, с. 232]. Тобто судова правотворчість відзначається також проспективним характером, оскільки крім вирішення конкретного спору відзначається прагматичною спрямованістю на максимізацію результату та забезпечення найбільшої його ефективності у майбутньому. Крім того, якщо судова правотворчість породжує нову юридичну норму, то така норма є застосовною не лише до сторін конкретного судового спору, а й набуває, завдячуючи прецедентній силі рішення, обов'язкової сили і на майбутнє та стає застосовною і при розгляді аналогічних судових справ.

IV. Судова правотворчість проявляється в особливій формі — акті судової правотворчості (судового прецеденту).

Прагматична спрямованість судді на досягнення результату призводить до постановлення судового рішення, яке, по-перше, має справедливо та ефективно (принаймні на думку суду) вирішити судовий спір та, по-друге, містити в собі юридичну норму, яка набуває загальнообов'язкового характеру при вирішенні наступних аналогічних судових справ. Перша складова такого результату, а саме вирішення спору, є характерною як для правозастосовного, так і для правотворчого судочинства. Друга складова — так би мовити, «побічний ефект» вирішення справи, що призводить до створення судом права, власне, і є характерною особливістю судової правотворчості.

V. Особливим є результат судової правотворчості — прецедентна норма права. У судовій правотворчості та прецедентному праві великого значення набуває процедура юридичного обґрунтування. Щоб визначити правило, встановлене судовим рішенням, необхідно виділити регулятивне узагальнення винесеного по справі рішення. При цьому таке регулятивне узагальнення і є прецедентною юридичною нормою. В англо-американській юридичній системі в такому випадку використовується поширеніший термін *ratio decidendi*.

Прецедентна юридична норма відрізняється від класичної законодавчої норми меншим ступенем формалізації, а для її виявлення, формулювання та застосування необхідною є особлива юридична техніка, що використовується судовими юристами. *Ratio decidendi* формулюється у мотивувальній частині рішенні і може бути виокремлено внаслідок логічного (дедуктивного) та герменевтичного аналізу тексту судового рішення, у якому особливу увагу слід приділити дослідженням судом фактичним обставинам справи, існуючим юридичним нормам, на які посилався суд, їх відповідності суспільним умовам, у яких приймається судове рішення, прагматичним та утилітаристським прагненням суду.

Крім того, на нашу думку, результатом судової правотворчості постає не стільки юридична норма у класичному розумінні (наприклад, стаття закону, яка складається з гіпотези, диспозиції та санкції в різних поєднаннях цих складових), а юридичний принцип, який є застосовним при певній сукупності фактів судової справи та прагматичних прагнень до найефективнішого суспільного результату розгляду такої справи. Тому слід вести мову не лише про юридичну норму, що є результатом судової правотворчості, а й про юридичний принцип, застосовний у подальшому для вирішення аналогічних судових справ.

Ми не можемо погодитися із Н. Гураленко та Б. Малишевим, які до особливостей судової правотворчості відносять необхідність санкціонування результатів судової правотворчості з боку вищого законодавчого органу шляхом видання спеціального закону або шляхом мовчазної згоди [1, с. 6; 13, с. 250]. Навряд чи політична воля парламенту може бути направлена на санкціонування рішень, якими скасовуються прийняті таким парламентом закони. Як

відомо, загальновизнаними (хоча і не передбаченими Конституцією США) є повноваження Верховного Суду США з перегляду законодавства, прийнятого Конгресом, на предмет відповідності Конституції. У таких випадках жодного санкціонування таких рішень Верховного Суду США не вимагається, більше того, навряд чи таке санкціонування політично можливе, адже у такому випадку Конгрес фактично б визнав, що займається антиконституційною нормотворчістю. На нашу думку, в такому випадку можна вести мову про *прийняття* судової правотворчості, зважаючи на визнання та повагу до правотворчих повноважень судів, проте не про санкціонування, хоча б у формі мовчазної згоди.

На підставі дослідженого вище можемо визначити судову правотворчість як діяльність суду під час розгляду судової справи (обумовлену необхідністю подолання прогалин у нормативно-правових актах, або відсутністю відповідної прецедентної норми, або необхідністю конкретизації вже існуючої юридичної норми, або її заперечення), результатом якої постає норма права (в тому числі й така, що змінює або скасовує вже існуючу норму) або принцип, формалізований у мотивувальній частині судового рішення та обов'язковий для застосування при розгляді аналогічних судових справ.

Список використаних джерел

1. *Гураленко Н. А.* Судова правотворчість як спосіб конструювання правової реальності / Н. А. Гураленко // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. пр. : Правознавство. — 2010. — № 550. — С. 5–10.
2. *Стецик Н. В.* Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика / Н. В. Стецик // Часопис Академії адвокатури України. — 2010. — № 3 (8). — С. 1–6 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaaau/2010-3/10snvpzh.pdf>.
3. *Чередниченко С. П.* Судебное правотворчество (сравнительно-правовое исследование) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / С. П. Чередниченко. — М., 2005. — 28 с.
4. *Малишев Б. В.* Судовий прецедент в правовій системі Англії / Б. В. Малишев. — К. : Праксис, 2008. — 344 с.
5. *Шевчук С. В.* Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості / С. В. Шевчук // Юридичний журнал. — 2008. — № 7–8 (74). — С. 54–59.
6. *Бернюков А. М.* Юридична герменевтика як методологія здійснення правосуддя (філософсько-теоретичний аналіз) : автореф. дис. ... канд. наук : спец. 12.00.12. / А. М. Бернюков. — К., 2009. — 18 с.
7. *Black's Law Dictionary* / St. Paul. — Minnesota, 1979. — 1511 p.
8. *Llewellyn K.* The Case law system in America / Karl N. Llewellyn // Columbia law review. — 1988. — № 5 (88). — P. 989–1020.
9. *Семьянов Е. В.* Судебное правотворчество: вопросы общей теории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Е. В. Семьянов. — М., 2005. — 22 с.
10. *Малишев Б. В.* Судова правотворчість як засіб досягнення мети правосуддя / Б. В. Малишев // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 1 (5). — С. 47–62.
11. *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. — М. : Проспект, 2011. — 512 с.
12. *Traynor R.* Law and Social Change in a Democratic Society / Roger J. Traynor // University of Illinois Law Forum. — 1956. — P. 230.
13. *Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення* : монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода [та ін.] ; відп. ред. В. С. Бігун. — К. : Реферат, 2009. — 316 с.

Мартиненко О. О. Поняття судової правотворчості в контексті її характерних ознак

У статті проаналізовано дані у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі визначення поняття «судова правотворчість». Окрема увага приділена підставам судової правотворчості, без яких її здійснення є неможливим. За результатами аналізу характерних ознак судової правотворчості дано авторське визначення цього юридичного явища.

Ключові слова: правосуддя, судова правотворчість, судовий прецедент, юридичний прагматизм.

Мартыненко А. А. Понятие судебного правотворчества в контексте его характерных признаков

В статье проанализированы данные в отечественной и зарубежной научной литературе определения понятия «судебное правотворчество». Особое внимание уделено основаниям судебного правотворчества, без которых осуществление судебного правотворчества является невозможным. По результатам анализа характерных признаков судебного правотворчества дано авторское определение данного юридического явления.

Ключевые слова: правосудие, судебное правотворчество, судебный прецедент, юридический прагматизм.

Martynenko O. The concept of judicial law-making in context of its distinctive features

The article reviews definitions of the judicial law-making given in domestic and foreign science literature. Author defines their similarities and notes weaknesses of some definitions. Special attention paid to the reasons of judicial law-making, without which it can't exist. Author proposes to focus on the reasons of judicial law-making in its definition. In addition, the article lists the distinctive features of judicial lawmaking that distinguish it from the classical parliamentary lawmaking. According to the analysis of the characteristic features of judicial law-making the author's definition of this legal phenomenon is given. It differs from other definitions due to focusing on the reasons of judicial law-making and referring judicial principle to the result of judicial law-making.

Key words: judge-made law, judicial precedent, justice, legal pragmatism.

УДК 343.163

*Наталія Степанівна Наулік,
начальник відділу досліджень
проблем діяльності прокуратури
щодо представництва інтересів
громадянина і держави в суді
Науково-дослідного інституту
Національної академії прокуратури України,
юрист 1 класу, кандидат юридичних наук, доцент*

ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ І ЗАСТОСУВАННЯМ ЗАКОНІВ ПРО ПЕРЕДАЧУ В ОРЕНДУ КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА

Відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [1].

У сучасних умовах передача комунального майна в оренду є одним із заходів, спрямованих на забезпечення підвищення ефективності його використання. Причому за допомогою оренди задовольняються інтереси як орендодавця (шляхом отримання орендної плати за передане в оренду майно), так і орендаря (шляхом використання орендованого майна для досягнення власної мети).

Правові принципи функціонування комунальної власності та її економічної природи визначено в Конституції України, відповідно до норм якої, комунальна власність є власністю