УДК 340
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.6-1.3

ДУРНОВ Є.С.

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У ПРАВОВІЙ ДЕРЖАВІ: ІСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

JUDICIAL LAWMAKING IN THE RULE OF LAW: HISTORICAL AND THEORETICAL ASPECTS

У статті здійснено дослідження історико-теоретичних аспектів судової правотворчості у правовій державі з урахуванням сучасного соціально-політичного розвитку України. Проаналізовано наявні в юридичній доктрині підходи до інтерпретації судової правотворчості. Охарактеризовано сутність та ознаки правової держави. Визначено місце та роль судової правотворчості у правовій державі. Доведено, що судова правотворчість є особливим різновидом правотворчості та іманентною властивістю правосуддя у правовій державі. Зроблено висновок, що судова правотворчість є особливим різновидом правотворчості та іманентною властивістю правосуддя у правовій державі.

Основні принципи правової держави є одночасно й основоположними засадами судової правотворчості, зокрема верховенство права, рівність між людиною і державою, забезпеченість і гарантованість прав, свобод та обов'язків людини і громадянина тощо. Судова правотворчість вступає у певний «конфлікт» із таким принципом правової держави як поділ державної влади, який унеможливлює виникнення такого феномену як узурпація влади, коли виконавчі, законодавчі та судові повноваження концентруються в руках одного органу державної влади, однієї політичної сили або ж партії.

У зв'язку з цим варто виходити з того, що будь-яка судова правотворчість, а тим більше правотворчість у «складних справах», коли виникає потреба в ухваленні судового рішення, яке може викликати сумнів з позицій його відповідності принципу розподілу влади, таке рішення має прийматися тоді, коли на основі всебічного зважування аргументів «за» і «проти» суд дійде висновку, що захист права і свобод людини та громадянина, яке є предметом його розгляду, не можливий без створення ним відповідного правоположення нормативного характеру. Інакше кажучи, коли аргументи забезпечення прав і свобод людини та громадянина виявляються вищими в ієрархії цінностей за аргументи дотримання принципу розподілу влади в конкретній ситуації. Права людини – це і є той базовий критерій – орієнтир, який визначає межі судової правотворчості у правовій державі.

Ключові слова: *правотворчість, судова правотворчість, правова держава, принципи правової держави, принцип поділу державної влади.*

The article examines the historical and theoretical aspects of judicial lawmaking in a state governed by the rule of law, taking into account the current socio-political development of Ukraine. The approaches to the interpretation of judicial lawmaking available in legal doctrine are analyzed. The essence and features of the rule of law are described. The place and role of judicial lawmaking in a state governed by the rule of law are determined. It is proved that judicial lawmaking is a special kind of lawmaking and an immanent property of justice in a state governed by the rule of law.

It is concluded that judicial lawmaking is a special kind of lawmaking and an immanent property of justice in a state governed by the rule of law. The basic principles of the rule of law are at the same time the fundamental principles of judicial lawmaking, including the rule of law, equality between man and the state, security and guarantee of rights,

© ДУРНОВ Є.С. – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри історії держави та права (Національна академія внутрішніх справ)

freedoms and responsibilities of man and citizen and so on. At the same time, judicial lawmaking enters into a certain "conflict" with such a principle of the rule of law as the separation of powers, which prevents the emergence of such a phenomenon as usurpation of power, when executive, legislative and judicial powers are concentrated in one state, one political force or same party.

In this regard, it should be assumed that any judicial lawmaking and especially lawmaking in "complex cases", when there is a need for a court decision that may cast doubt on the position of its compliance with the principle of separation of powers, such a decision should be taken when, on the basis of a comprehensive weighing of the arguments "for" and "against", the court concludes that the protection of human and civil rights and freedoms, which is the subject of its consideration, is impossible without the creation of appropriate regulations. In other words, when the arguments for ensuring human and civil rights and freedoms are higher in the hierarchy of values than the arguments for adhering to the principle of separation of powers in a particular situation. Human rights – this is the basic criterion – a guideline that defines the boundaries of judicial lawmaking in a state governed by the rule of law.

Key words: *lawmaking, judicial lawmaking, rule of law, principles of the rule of law, the principle of separation of state power.*

Вступ. Судова влада за умов функціонування правової демократичної державності все більше набуває рис гаранта та захисника права, виконує важливі завдання щодо усунення конфліктності в суспільних відносинах, які можуть бути спричинені різноманітними факторами: економічними, політичними, культурними. Законодавчі правила в сучасному суспільстві з суперечливими інтересами не здатні забезпечити мету правового регулювання – підтримання правопорядку та вирішення конфліктів.

Судова система, яка функціонує належним чином, є важливою функцією суспільства і необхідною передумовою та складником сучасної демократичної держави [1, с. 20]. При цьому концепція правової держави виступає не стільки об'єктом дослідження, скільки методологічною платформою осмислення широкого спектру проблем співвідношення права й держави, права та закону, правового статусу особистості у державі. Правова державність як вихідна ідея визначає спрямованість зазначеної проблеми, дає змогу розкрити систему критеріїв, процесів і цінностей у сфері правового регулювання суспільних відносин. Така постановка питання вимагає розширення напрямів теоретичних розробок проблем, пов'язаних із правовою державністю, насамперед постійного вдосконалення правотворчості, зокрема судової, як основоположної стадії правового регулювання [2, с. 1].

Постановка завдання. У зв'язку з цим особливої важливості набуває вивчення історико-теоретичних аспектів судової правотворчості у правовій державі з урахуванням сучасного соціально-політичного розвитку України, що становить мету цієї статті. Актуальність дослідження судової правотворчості в контексті ідей правової державності полягає також у тому, що вони надають їй системного характеру і дозволяють розглядати її, як і будь-який інший елемент політико-правової системи, в широкому спектрі внутрішніх і зовнішніх взаємозв'язків. Для її успішного досягнення пропонується вирішити такі завдання: по-перше, проаналізувати наявні в юридичній доктрині підходи до інтерпретації судової правотворчості; по-друге, розкрити сутність та ознаки правової держави; по-третє, визначити місце та роль судової правотворчості у правовій державі.

Результати дослідження. Проблема судової правотворчості має давню історію: своїм корінням сягає ще періоду Стародавнього Риму з його преторським правом (jus praetorium), що склалося на основі рішень (едиктів) претора (praetor) – посадової особи, яка фактично виконувала судові функції. З тих часів цій проблемі присвячено безліч праць не лише учених-юристів.

За довгі століття незмінного наукового інтересу до проблеми судової правотворчості діапазон підходів до її вирішення істотно коливався від визнання суду визначальним творцем права і судового права (judge – made – law) одним із основних його джерел до зведення ролі суду виключно до «вуст, які проголошують слова закону», тобто до механічного застосування судом тексту закону, що виключає будь-яку творчу роль суддів, характерного для періоду панування в Європі концепції юридичного позитивізму [3, с. 38].

Історичний досвід переконливо доводить не лише факт наявності судової правотворчості в різних правових системах світу, але й те, що вона не можлива без незалежної судової влади, яка

покликана здійснювати правосуддя відповідно до принципу верховенства права. Протягом століть політичні гілки влади (імператори, королі, президенти, парламенти) намагалися поставити суддів під їх безпосередній контроль та офіційно «насаджували» спрощене розуміння права як команди, що походить від суверена. Будь-яке відхилення від такого спрощеного розуміння права у практичній діяльності та на доктринальному рівні вважалося забороненим. Насправді на практиці така заборона виявилася неефективною.

Судова правотворчість, починаючи зі стародавніх часів і протягом століть, переживала періоди піднесення та занепаду, але її існування було зумовлено інтересами правосуддя, необхідністю розвитку правової системи з урахуванням усіх складнощів і потреб суспільного життя, визнанням факту повторюваності певних соціальних відносин. Судова правотворчість також тісно пов'язана зі зміцненням судової системи і забезпеченням єдності та одноманітності судової практики: важливо, щоб одні й ті ж норми закону за одних й тих самих фактичних обставин застосовувалися однаково, а це досягається і шляхом посилання суду на певну сукупність («лінію») рішень, що розглянуті раніше, в мотивувальних частинах яких наведено обґрунтування вирішення певного суперечливого питання. Така концепція судового правозастосування в континентальній Європі отримала назву «усталена судова практика», коли судді для підсилення аргументації посилаються не на одне судове рішення, а на кілька, вказуючи на наявність певної тенденції розв'язання певних правових питань, що склалась. У цьому полягає основна відмінність від правових систем країн англосаксонського права: там досить посилання на одне рішення прецедентного характеру, щоб підкреслити його обов'язковість [4, с. 546].

Відповідно до позиції М.І. Козюбри, судова правотворчість – це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя, яка хоча і має свої межі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки закладена в самій природі правосуддя [3, с. 41]. По-перше, судова правотворчість не може порушувати єдності правової системи, тобто має узгоджуватися із загальними цілями права та цінностями, закладеними у правову систему, уособленням яких у демократичному суспільстві є насамперед Конституція. Дотримання цих цінностей, які забезпечують наскрізну єдність і цілісність правової системи, – одна з основних цілей судової правотворчості. По-друге, судова правотворчість не повинна йти далі, аніж це потрібно для забезпечення стабільності права. Вона має підпорядковуватися утвердженню принципу правової певності, тобто впевненості людей у тому, що їхнє правове становище залишатиметься стабільним і не буде погіршене.

Звідси випливають відповідні вимоги до такої складової судової правотворчості, як тлумачення, сформульовані, зокрема, в рішеннях Європейського суду з прав людини. Серед них такі: права і свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі судової практики; тлумачення не може призводити до звуження змісту та обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності; всі сумніви, які виникають у процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина; всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів – це виняткова сфера законодавця, а не суду.

По-третє, винятковою сферою законодавця є також усунення певних прогалин у законах. Хоча у вітчизняному правознавстві поширена думка про те, що аналогія закону й аналогія права взагалі не стосуються кримінального права, залишається суперечливою, проте не можна не визнати, що застосування аналогії у кримінальному праві є вкрай обмеженим [3, с. 45].

С.В. Шевчук під судовою правотворчістю пропонує розуміти особливий вид правотворчості, який є результатом здійснення судовою владою правотворчої функції у поєднанні з її правозастосовною та інтерпретаційною функціями у процесі розгляду конкретної справи, що міститься у сформульованих судом у мотивувальній частині рішення правоположеннях, які мають обов'язкову силу не лише 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 в силу їх переконливості при розгляді аналогічних справ.

Поняття судової правотворчості є схожим із поняттям судової практики у вузькому значенні цього терміну, як воно вживається у нормативно-правових актах та в українській юридичній літературі [4, с. 548]. За допомогою судової правотворчості, зазначає Б.В. Малишев, основні ціннісні стандарти правосуддя, які відповідають принципам справедливості, рівності, свободи та гуманізму, проникають у систему об'єктивного права. Судова правотворчість робить правосуддя не індивідуальним регулятором суспільних відносин, а загальним. Вказані стандарти переходять від стану одиничного (вирішений казус) до стану загального (загальнообов'язкове правило для вирішення певного виду казусів).

Саме судова правотворчість здатна наповнити право в його конкретних виявах не тільки ідеями, а й конкретним змістом принципів справедливості, рівності, свободи та гуманізму, адже завдяки використанню цих принципів при судовому розв'язанні конкретних правових спорів вони перестають існувати як абстракції, знаходячи своє безпосереднє втілення у правовідносинах. Судова правотворчість підкорена меті правосуддя (розв'язати правовий спір і захистити права та законні інтереси на підставі закону та на підставі вимог принципів справедливості, рівності, свободи та гуманізму) і є одним із засобів її досягнення [5, с. 265].

Найбільш значущою рисою судових інстанцій у суспільстві є послідовне забезпечення прав людини як рушійної сили будь-яких соціальних змін. За цих умов суди покликані виступати перш за все інструментом забезпечення дотримання прав людини, створювати юридичний простір, в якому можуть виражатися інтереси різних соціальних груп, спираючись на основоположний принцип правової держави щодо визнання людини найвищою соціальною цінністю. Саме тому в сучасному суспільстві судді відіграють все більш важливу роль, піддаються більшій критиці і зустрічаються з набагато складнішими питаннями, аніж будь-коли раніше. Нині суспільство дивиться на суд як на інституцію, що здатна вирішити спір навіть у тих сферах суспільного життя, які ще донедавна виходили далеко за межі судової юрисдикції [1, с. 21]. Усе це зумовлює особливий інтерес загальнотеоретичної науки до розкриття активної ролі суду у процесі правотворчості в правовій державі.

В енциклопедичній юридичній літературі під правовою державою розуміється ідеальний тип держави, вся діяльність якої підпорядкована праву. Термін введений у науковий обіг німецьким вченим Р. Молем у XIX ст., але саме поняття виникло набагато раніше. Головне призначення правової держави – максимально повно забезпечити юридичними засобами охорону і захист прав людини та громадянина. Характер відносин між громадянином і державою є ключовим питанням доктрини правової держави. У такій державі досягається юридична рівність між нею і громадянином. Засобом такої рівності є право. Зв'язаність держави правом є визначальною юридичною засадою забезпечення прав людини і громадянина, функціонування державної влади та її інститутів.

Необхідною передумовою правової держави є її незалежний політико-правовий статус. До головних ознак правової держави також належать: конституційне закріплення основних прав і свобод людини та громадянина; наявність розвиненої системи законодавства і законів, які виражають волю більшості або всього населення країни, втілюють загальнолюдські цінності та ідеали; верховенство конституції щодо інших законів і підзаконних актів; розподіл влади; наявність розвинених механізмів забезпечення законності, зокрема незалежного суду; пріоритет норм міжнародного права над нормами національного законодавства; висока правова культура і правосвідомість населення і посадових осіб [6, с. 36].

На думку А.М. Колодія, правова держава – така суверенна, політико-територіальна організація влади, яка існує і функціонує у громадянському демократичному суспільстві на підставі соціально справедливого права і в якій на його основі реально забезпечується здійснення прав, свобод, законних інтересів людини і громадянина, окремих груп людей і громадянського суспільства загалом, де держава і людина несуть взаємну відповідальність згідно з правовим законодавством [7, с. 15].

Можна констатувати той беззаперечний факт, що таке або схоже визначення правової держави є найбільш поширеним у загальнотеоретичному правознавстві [8, с. 111]. До класичних сутнісних ознак правової держави відносять: верховенство права; поділ влади; обмеженість державної влади законом; правову рівність між громадянином і державою; наявність розвиненої системи законодавства і законів, які виражають волю більшості або всього населення країни; гарантованість прав, свобод та обов'язків людини і громадянина [7, с. 16].

Правова держава є найдосконалішою формою організації й функціонування державної влади. Розвиток правової держави невіддільний від становлення прав людини, які і виступили тією ключовою категорією, навколо якої розвивалися головні її характеристики. Лише правова держава може виступати як об'єктивний виразник інтересів неоднорідного громадянського суспільства. На найвищому законодавчому рівні в Конституції України проголошено, що наша держава є демократичною, правовою і соціальною. Це важливе положення закріплює напрям подальшого розвитку нашої держави.

Які ж характеристики дозволяють назвати ту чи іншу державу демократичною, правовою і соціальною? У сучасних умовах вона має відповідати принаймні таким ознакам: визнання принципів панування права, верховенства Конституції і правових законів; визнання народу єди-

ним джерелом державної влади; демократичні способи формування органів державної влади; пріоритетність прав людини; гарантії прав меншості на власну думку та її вільне висловлення; поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову; ідейний і політичний та економічний плюралізм; соціальні гарантії і стабільність.

Провідними принципами правової держави є принципи панування права і верховенства правового закону. Сутністю права є свобода людини, але свобода не будь-яка, а певним чином визначена та забезпечена. Розмежування права і закону має значне гуманістичне значення, оскільки саме право слугує критерієм якості закону, дозволяє оцінити, наскільки закон відповідає правам людини, її інтересам і потребам, ідеям соціальної справедливості, формальної рівності. Закони приймаються на основі Конституції, а підзаконні акти – на основі законів та на їх виконання. Зв'язаність держави правами та свободами особи передбачає юридичну рівність громадянина і держави та їх взаємну відповідальність, стабільний правовий статус особи та наявність ефективного механізму забезпечення прав і свобод особи. Принцип поділу влади передбачає правове розмежування сфер діяльності гілок державної влади, розподіл владних повноважень між державними органами, їх взаємну підконтрольність, що зменшує ризик узурпації державної влади та її свавілля [9, с. 100–101].

З огляду на це видається доконаним фактом, що якими б досягненнями не пишалась Українська держава і якими б плідними не були її дії в тій чи іншій сфері державного управління, допоки вона не забезпечуватиме реалізацію таких принципів як верховенство права, законність, пріоритет прав людини і громадянина, реальність прав і свобод людини, поділ державної влади, вона не зможе серйозно претендувати на те, щоб об'єктивно називатися правовою державою [10, с. 4].

Фактично судова правотворчість також зумовлена принципами правової держави, зокрема рівності, правової визначеності, довіри до права та «обґрунтованих сподівань». Суб'єкт права повинен мати довіру до правової системи країни, тобто мати тверде переконання, що закон за однакових обставин буде застосовуватися однаково, а питання суперечливості та неузгодженості правового тексту буде знято суддями у процесі розгляду справи, й це стане орієнтиром для судової влади в майбутньому. Особливу важливу роль судова правотворчість починає відігравати у XX ст. Це зумовлено двома основними тенденціями, що склалися у правових системах розвинутих країн світу: 1) зростання обсягу законодавства, що тісно пов'язано з посиленням регулятивної та контрольної функції держави в соціальній та економічній сферах, а це неминуче призвело до появи масиву неузгоджених і неоднозначних для розуміння норм права, правил, що містять прогалини; 2) надання конституційним нормам (нормам про права людини) прямої дії, тобто їх безпосереднє застосування в судах незалежно від наявності відповідного «конкретизуючого» законодавства.

Тому судова влада, знаходячи відповідь на цей виклик часу, методологічно взяла на озброєння техніку судового прецеденту та історичний досвід судової правотворчості. Власне правотворча функція судової влади тісно поєднана з правозастосовною та інтерпретаційною. У сучасній науці навіть висловлюється думка, що досить складно розрізнити судову правотворчість та тлумачення, але в будь-якому випадку судова правотворчість безпосередньо пов'язана з необхідністю застосування правових норм при вирішенні конкретної справи. Результат такої правотворчості втілюється у вигляді певних правоположень, що формулюються у мотивувальних частинах судових рішень, які враховуються суддями при розгляді аналогічних справ, тобто їм надається обов'язкова сила [4, с. 547].

Водночас основний аргумент заперечення судової правотворчості в постсоціалістичних державах, зокрема в Україні, пов'язаний із принципом поділу влади – фундаментальною засадою демократичної та правової організації держави, що закріплений у ст. 6 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР: «Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову» [11]. Прихильники заперечення судової правотворчості посилаються не тільки на конституційний принцип поділу влади, але й на ті конституційні норми, які не визнають за судовою владою правотворчої функції, а лише правозастосовну та інтерпретаційну.

Завжди можна припустити наявність постійних суперечностей між гілками влади, особливо в умовах, коли суди наділені повноваженнями перевіряти конституційність і законність діяльності законодавчої та виконавчої гілок влади. Ця напруга у взаєминах неминуче посилюється, коли судді змінюють або блокують досягнення певних політичних цілей цими гілками. У цих умовах судді знаходяться під тиском і звинуваченнями в порушенні принципу поділу влади, оскільки їм не належить демократична легітимність: вони не обиралися народом і не несуть відповідальності перед ним за власну діяльність.

Конче важливо за цих обставин для суддів розуміти, що вони захищають цінності демократії, а не діють свавільно. Для цього їм необхідно отримати довіру громадськості та суспільну підтримку. Якщо принцип поділу влади розуміється суспільством як основна гарантія свободи, то судова правотворчість може бути виправдана тим, що поділ влади не є цінністю сам по собі. Мета поділу влади полягає у зміцнені свободи та запобіганні концентрації влади в руках одного державного діяча в такий спосіб, що свобода індивіда буде знаходитися під загрозою [4, с. 106].

Отже, судова правотворчість є особливим різновидом правотворчості та іманентною властивістю правосуддя у правовій державі. Основні принципи правової держави є одночасно й основоположними засадами судової правотворчості, зокрема верховенство права, рівність між людиною і державою, забезпеченість і гарантованість прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. Судова правотворчість вступає у певний «конфлікт» із таким принципом правової держави як поділ державної влади, який унеможливлює узурпацію влади, коли виконавчі, законодавчі та судові повноваження концентруються в руках одного органу державної влади, однієї політичної сили або ж партії.

Висновки. У зв'язку з цим варто виходити з того, що будь-яка судова правотворчість, а тим більше правотворчість у «складних справах», коли виникає потреба в ухваленні судового рішення, яке може викликати сумнів з позицій його відповідності принципу розподілу влади, таке рішення має прийматися тоді, коли на основі всебічного зважування аргументів «за» і «проти», суд дійде висновку, що захист права і свобод людини та громадянина, яке є предметом його розгляду, не можливе без створення ним відповідного правоположення нормативного характеру. Інакше кажучи, коли аргументи забезпечення прав і свобод людини та громадянина виявляються вищими в ієрархії цінностей за аргументи дотримання принципу розподілу влади у конкретній ситуації. Права людини – це і є той базовий критерій – орієнтир, який визначає межі судової правотворчості у правовій державі.

Список використаних джерел:

1. Петришин О. Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. *Право України.* 2016. № 10. С. 20–27.

2. Лозинська І.В. Правотворчість у правовій державі : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2012. 18 с.

3. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України.* 2016. № 10. С. 38–48.

4. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 627 с.

5. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / А.М. Бернюков та ін. / (Відп. ред. В.С. Бігун). Київ, 2009. 316 с.

6. Шемшученко Ю.С. Правова держава. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол : Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. Т. 5 : П – С. 2003. С. 36.

7. Колодій А. Громадянське суспільство та правова держава: проблеми і шляхи розбудови. *Право України.* 2010. № 7. С. 12–17.

8. Теорія держави та права : підруч. / Є.О. Гіда та ін. / За заг. ред. Є.О. Гіди. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 576 с.

9. Теорія держави та права : навч. посіб. / Є.В. Білозьоров та ін. / За заг. ред. С.Д. Гусарєва, О. Тихомирова. Київ : НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.

10. Скрипнюк О. Правова держава в Україні: теоретична модель і практика реалізації на сучасному етап. *Право України.* 2010. № 7. С. 4–11.

11. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.