

КУЛЬТЕНКО О.В.

ГРОМКО Т.В.

ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОТВОРЧОСТІ УКРАЇНСЬКИХ СУДІВ

Популяризована така професійна функція судді як правотворчість. Здійснено порівняльний аналіз правової системи уявлень про повноваження судової влади ФРН та Англії.

До числа найактивніше обговорюваних останніми роками проблем вітчизняного юридичного догматизму належить питання про можливість визнання судових актів одним з джерел українського права. Ця проблема становить інтерес передусім тому, що багато вітчизняних прибічників включення судового прецеденту в систему джерел українського права вважають, ніби відмова від визнання судової правотворчості є характерною рисою юридичного позитивізму легістського спрямування, та гадаючи, мабуть, що судовий прецедент у меншій мірі, ніж закон, схильний до тиску з боку владного свавілля. У основі такого підходу лежить недовіра його прихильників до парламенту як до органу, який, на їхню думку, нав'язує суспільству політичні інтереси більшості. З точки зору лібералізму, — пише у зв'язку з цим В.А.Четвернин, — «немає підстав вважати, що парламент, який виражає «волю народу», встановлює право, а суд, де змагаються професійні юристи, може це «народне волевиявлення в праві» лише застосовувати. Це тільки в класичному легізмі (і там усе логічно) джерелом права є воля народу або акт волевиявлення. За «владою народу» реально стоїть диктатор або група, які діють у своїх інтересах і протиставляють свободі індивіда, правам людини цю пресловуту «волю народу» [1].

Перш ніж перейти до аналізу проблеми по суті, необхідно підкреслити, що коли В.С.Нерсисянц говорить про те, що права зводяться до закону, встановленого державною владою, то термін «закон» він використовує у збиральному значенні слова, розуміючи під ним будь-яке формальне джерело права — нормативний акт, правовий звичай і судовий прецедент [2]. При цьому він ніде не виділяє судовий прецедент як більше «повноцінний» в порівнянні з нормативним актом джерела права і, судячи з усього, його позиція не розходиться в цьому питанні з Гегелем, який писав таке: «Якщо деякі юристи прийшли до

думки, що покінчити з колізіями можна, надати багато повноважень суддям, то такий вихід значно гірший, оскільки колізія також належить думці, мислячій свідомості і його діалектиці; рішення ж, прийняте тільки суддею, було б свавіллям. До загального права зазвичай додають той аргумент, що воно життєве, але ця життєвість, тобто тотожність визначає і суб'єкта, це не складає суть предмета; право має бути знайоме в думці, має бути системою в собі самому, і тільки в такій якості воно може мати значущість у освічених націй. Якщо у новий час висловлювався погляд, що народи не володіють волевиявленням до законодавства, то це не лише образа, але і безглузда думка» [3]. «Свобода можлива лише там, де люди не лише її адресати, але і її творці і захисники». Таким чином, точка зору В.С.Нерсесянца на цю проблему цілком укладається в русло класичного лібералізму, що визнає «засновану на законі свободу кожного не підкорятися іншому закону, крім того, на який він дав свою згоду [2].

Очевидно, що для прибічників такого підходу творцем права і основним гарантом рівності у свободі є, передусім, демократично обраний законодавець. При цьому право з'являється як компроміс, що досягається у рамках законодавчої діяльності правової держави за допомогою співучасті приватних інтересів і волі «у формуванні тієї загальної правової норми (тобто дійсно загальної волі і загальних інтересів усіх носіїв приватної волі і інтересів), яка своїми дозволами і заборонами виражає рівну для усіх міру свободи і справедливості» У рамках цієї концепції співвідношення права і рішення держави, яке приймається законодавцем, не просто політичне рішення, що є результатом узгодження інтересів парламентських партій, а політично-правовим рішенням, що виражає загальну волю, якій співзвучна воля кожного.

Саме ця класика лібералізму, заснована на визнанні внутрішньої єдності права і правової демократії, і відкидається більшістю вітчизняних юристів, які чомусь вважають, що свобода індивіда краще всього гарантується не парламентом, в обранні якого він бере участь, а корпорацією суддів, формування якої відбувається незалежно від його волі і впливу. Потрібно визнати, що їхня недовіра українському парламенту цілком зрозуміла, але не зрозуміло, на чому заснована така довіра українському суддівському корпусу, яка почасти не спостерігається навіть у сучасних англійських юристів (показовий в цьому плані скрупульозний аналіз різних аргументів «за і проти» судової правотворчості, проведений Р. Дворкіним [4]). Між тим в країнах, де законодавець керується політичними стратегіями, а судді — моральними принципами, висхідними до правових традицій, віддають перевагу судовому прецеденту, вважаючи, що «судові рішення, які приймаються у англосакській правовій сім'ї, в ролі

судового прецеденту як гаранта індивідуальної свободи забезпечена, передусім, у багатовіковій історії розвитку національного правосуддя високим рівнем професіоналізму суддів (що включає не лише рівень знань і професійних навичок, але і відповідні моральні якості), а також стійкими традиціями незалежності судової влади і збалансованої системи розподілу влади. В Україні ж, як відомо, ніколи не було жодного з перерахованих чинників. У цих умовах вважати, що судді повинні узяти на себе функцію правотворчості, не лише наївно, але і безвідповідально. До речі, нечисленні (і явно недостатні) соціологічні дослідження якості вітчизняного правосуддя не викликають оптимізму з приводу професійного рівня нинішнього суддівського корпусу і не дають ніяких підстав розраховувати на те, що надання судам правотворчих повноважень сприятиме подоланню дефектів вітчизняної правової системи.

Отже, йдеться не про те, що судовий прецедент більшою мірою адекватний початковому правовому принципу, а лише про те, що моральні принципи мають пріоритет перед політичними, до яких належить і принцип демократії. Для В.С.Нерсисянца критерієм правового початку є принцип формальної рівності, в основі якого лежить рівність людей як суб'єктів права, що зрештою припускає їх рівність як суб'єктів правотворчості. З позицій такого підходу право і демократія — це дві сторони однієї медалі, що виражають нормативні і інституціональні гарантії свободи.

Правда, в теперішній час В. Д. Зорькін виступає з цього питання значно стриманіше. «Останніми роками, — пише він, — ми спостерігаємо у нас цікаве явище трансформації судової ролі і її функцій в процесі правотворчості. Це явище ще має відбутися без обміркування в контексті звичних правових підходів і категорій, проте його вже неможливо заперечувати і ігнорувати»[5].

Слід погодитися з тим, що сучасна судова практика вже не укладається в рамки традиційних для романо-германської правової системи уявлень про повноваження судової влади і що нові тенденції в цій сфері потребують серйозного теоретичного осмислення. Проте очевидно і те, що таке осмислення не може суперечити діючій Конституції і, зокрема, в тій обставині, що конституційна концепція української правової державності унеможливує визнання за Конституційним Судом України правотворчих повноважень.

При цьому, як справедливо відмічає В.С.Нерсисянц, рішення суду про неконституційність норми не є скасуванням норми, а слугує лише підставою для її скасування, тобто юридичним фактом, з яким законодавець пов'язує такий наслідок, як втрата нормою її юридичної сили [2].

Повчальна в цьому плані позиція, що сформувалася у рамках англійського права «деклараторна» теорія (що має характер загальноновизнаної фікції), згідно з якою «рішення суду завжди тільки застосовує ту або іншу норму існуючого права і тому є доказом її дійсності».

У зв'язку з цим доречно відмітити, що, наприклад, в основному законі ФРН (п. 2 ст. 94) є норма, згідно з якою федеральний закон встановлює, в яких випадках рішення Федерального Конституційного суду «Мають силу закону» [6]. Таким чином, тут на рівні Основного закону внесена ясність в питання про правову природу рішень Федерального конституційного суду: законодавець надав деяким рішенням суду силу закону, проте в його владі залишається право позбавити суд цієї можливості шляхом зміни федерального закону. Такий підхід дозволяє зберегти баланс влади. В Україні відсутність у законодавця можливості відреагувати на неправильне, на його думку, рішення означає відсутність балансу сил між гілками влади. Звичайно, коли законодавець раптом не погодився з рішенням суду і спробував здолати його шляхом повторного прийняття закону, то в країні виникла конституційна криза, і держава в особі усіх гілок влади вимушена шукати шляхи виходу з нього. Проте відсутність у законодавця подібної можливості з теоретичної точки зору може відгукнутися ще більшою небезпекою.

Потрібно визнати, що світова практика йде шляхом конвергенції романо-германської і англосакської правової системи. Але при цьому потрібно мати на увазі, що кожна демократична держава зберігає специфічні для своєї правової системи механізми стримувань і противаг. Так, в Англії, батьківщині прецедентного права, діє доктрина суверенітету парламенту, відповідно до якої «прецедент як джерело права підкоряється законодавцю в тому сенсі, що законом може бути скасована дія судового рішення». Більше того, «для англійського суду дуже проблематична можливість «поставити під сумнів законність парламентського акту навіть у разі недотримання процедури відповідного законопроекту через обидві палати парламенту. Зрозуміло, не може бути і мови про те, щоб англійський суд почав «перевіряти законність» парламентського акту з точки зору змісту, відповідності принципам британського права і т. п.» [7].

Існує цікавий аргумент А.А.Іванова на користь включення судового прецеденту в систему джерел російського права, пов'язаний з необхідністю забезпечення одноманітності судової практики. У зв'язку з цим він навіть висловив крамольну, за його власним зізнанням, думку про те, що принцип правової визначеності (а саме про досягнення правової визначеності і спрямовані керівні роз'яснення вищих судів) — «це вища цінність, ніж незалежність судді» [8]. На перший погляд, в

цій думці якраз немає нічого крамольного, оскільки принцип правової визначеності, що диктує необхідність одноманітності судової практики, є конкретизацією стосовно цієї сфери загальнішого принципу рівності перед законом і судом, який, у свою чергу, є формою реалізації фундаментального правового принципу формальної рівності. Проте, доповідач, мабуть, і сам добре розуміє, що ця теза правильна тільки у тому випадку, коли йдеться саме про правову визначеність, а не про закріплення практики протиправного свавілля, що склалася. У нашій же ситуації складного і важкого переходу суспільства від свавілля до права саме незалежність суддів слугує однією з найважливіших гарантій того, що вживані ними закони носять правовий характер, а їхня діяльність є правосудною в справжньому значенні цього слова. Як правильно помітила у зв'язку з цим Т.Г.Морщакова, подібна визначеність гарна лише тоді, коли «вона має правовий зміст, а не складається з невірних рішень» [9]. Інакше суддя виносить в якості мотиву Ухвалу, коли він одноосібно розглядає скаргу, де громадянин вказує на неправильне рішення у його справі. Усунення помилок, з дотриманням викладеної вище процедури, приведе до порушення принципу правової визначеності.

Крім того, незрозуміло, чому в Єдиному державному реєстрі судових рішень при пошуку за контекстом «тлумачення праворозуміння» встановлено наявність трьох Ухвал і однієї Постанови суду за адміністративною формою судочинства з датою ухвалення рішення в період з 04.07.2012 по 30.08.2012 [10]. Тобто можна стверджувати, що в Україні суди лише застосовують право – це не сприяє формуванню праворозуміння громадян нашої держави, а лише збільшує прірву під час врегулювання суспільних відносин. Створивши центри первинної та вторинної правової допомоги, законодавець здійснив надбудову у вже існуючій системі права. Такий підхід сприяє самоусуненню судової гілки влади виконанню одного з напрямків професійної діяльності – роз'яснення порядку взаємодії соціальних норм з правом.

Повертаючись до уявлень вітчизняних лібералістів про те, що надання українським судам правотворчих повноважень сприятиме повнішому захисту індивідуальної свободи, можна сказати наступне. У справі вдосконалення української правової системи в цілому і системи джерел українського права зокрема, як і у всякій серйозній справі, найправильніший шлях є одночасно і найважчим. У даному випадку це шлях формування в Україні відповідального за свою державу громадянина, здатного до знаходження правового (тобто заснованого на принципі формальної рівності) компромісу соціальних інтересів. Без максимального залучення кожної людини до участі в розв'язанні суспільно значимих питань індивід неминуче потрапить в залежність

від свавілля чиновників. Авторитетним застереженням проти того, що право могло б бути краще здійснене «судами, чим іншими інститутами», може служити, наступний коментар Гегеля. Він писав, з приводу уявлень про знання права, якщо воно: «є надбанням замкненого кола, то члени громадянського суспільства утримуються в положенні чужих не лише по відношенню найбільш особистого і власного, але і по відношенню до субстанціального і розумного в них» [3].

Бібліографія:

1. Четвернин В.А. Проблемы теории права для особо одаренных студентов [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: http://teoria-prava.hse.ru/files/library/problems_2010.pdf (01.02.2014) – Назва з екрану.
2. Нерсисян В.С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://ecsocman.hse.ru/data/865/692/1217/002Nersesyants.pdf> (01.03.2014) – Назва з екрану.
3. PSYLIB® – Г.В.Ф. Гегель. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://psylib.ukrweb.net/books/gegel03/txt09.htm> (01.03.2014) – Назва з екрану.
4. Дворкин Р. О правах всерьез [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: http://prav.miigaik.ru/recomend_lit/el_bibl/20110216184314-7554.pdf (01.03.2014) – Назва з екрану.
5. Валерий Зорькин: Что случится, если не остановит "войну всех ... [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://www.rg.ru/2013/04/28/zorkin.html> (01.03.2014) – Назва з екрану.
6. Основной закон Федеративной Республики Германии, 23 мая 1949 г. [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: http://www.1000dokumente.de/?c=dokument_de&dokument=0014_gru&object=translation&l=ru (01.03.2014) – Назва з екрану.
7. RELP. Доктрина суверенитета Парламента и судебное ... [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://www.lawportal.ru/article/article.asp?articleID=1220790> (01.03.2014) – Назва з екрану.
8. Иванов А.А. Речь о прецеденте [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://ecsocman.hse.ru/data/2011/11/02/1270171727/2-2010-3.pdf> (01.03.2014) – Назва з екрану.
9. Морщакова Т.Г. Прецедент: подсказка или указка? [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://www.gazeta-yurist.ru/article.php?i=1134> (01.03.2014) – Назва з екрану.

10. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу до вид.: <http://www.reyestr.court.gov.ua> (01.03.2014) – Назва з екрану.

Відомості про авторів:

Культенко Олександр Володимирович – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри правознавства Кіровоградського державного педагогічного університету імені Володимира Винниченка.

Громко Тетяна Василівна – студентка IV курсу факультету історії та права Кіровоградського державного педагогічного університету імені Володимира Винниченка.

Коло наукових інтересів – філософія права, порівняльне правознавство, конституційне право України і права людини.