

Сметаняк О. Я.,

здобувач кафедри філософії права
та юридичної логіки Національної
академії внутрішніх справ України

ОБ'ЄКТИВУВАННЯ ПРАВА В ПРОЦЕСІ СУДОВОЇ НОРМОТВОРЧОСТІ

Запропоновано методологію застосування філософських понять “об’єктивне” та “суб’єктивне” до визначення процесу об’єктивування права в судовій нормотворчості.

Ключові слова: право; правовий прецедент; судова нормотворчість.

Предложена методология применения философских понятий “объективное” и “субъективное” к определению процесса объективации права в судебном нормотворчестве.

Ключевые слова: право; правовой прецедент; судебное нормотворчество.

The methodology of application of philosophical concepts “objective” and “subjective” to definition of process of an objectivization of the right in creation of judicial norms is offered.

Keywords: right; legal precedent; judicial lawmaking.

З агальним положенням сучасної філософії права є теза про те, що правові смисли та регулятивні ідеї, що втілюються в нормах офіційного закону, значною мірою детерміновані як об’єктивними, так і суб’єктивними чинниками, систематизоване вивчення зв’язку та відношень яких з ключовими орієнтирами права розпочалося лише в другій половині ХХ ст. в межах міжгалузевих досліджень, відомих під назвою інтегративного правознавства. Останнє передбачає, насамперед, ряд парадигмальних трансформацій праворозуміння як такого, спрямованих на системну єдність логіко-філософських, юридико-соціологічних та теоретико-догматичних знань про правоутворення. При цьому інтерпретація правоутворення вже не може зводитися лише до виникнення закону; навпаки, саме закон має узгоджуватися з тими нормами природного права та ціннісними орієнтирами, які формуються в інтерактивному середовищі самого суспільного буття і не повинні ставитись у залежність від будь-яких владно-законодавчих директив. Тут особливо варто відзначити тих вітчизняних і зарубіжних дослідників, які у своїх працях синтезували різнопредметні та різнорівневі аналітичні площини вивчення об’єктивного та

суб'єктивного у праві в руслі розробки інтегративних підходів до правоутворення. Йдеться, зокрема, про праці Г. Дж. Бермана, В. Брюггера, В. Г. Графського, В. Кравітца, Н. Лумана, А. В. Полякова, Р. А. Ромашова, Г. Тюбнера, М. Ван Хоека, Дж. Холла, В. Г. Шумихіна та ін.

У свою чергу, накреслення концептуальних основ інтегративної теорії права, які б корелювали з онтодинамікою правової і взагалі суспільної реальності, потребує відповідного перегляду самих уявлень про систему людського буття згідно з принципами посткласичної філософсько-правової раціональності [5, с. 243]. Мається на увазі те, що криза класичного раціоналізму (для якого характерною була розірваність та поляризація суб'єктивного та об'єктивного, природного та людського, матеріального та ідеального) підтвердила необхідність синтезування нової "картини буття", в якій об'єктивно-матеріальний її аспект доповнювався б невід'ємним від нього суб'єктивно-ціннісним. Адже зміст буття людини у світі не можна визначати поза межами "людиномірності" як її власного самоусвідомлення, так і осмислення нею самого світу. Відповідним чином, розглядаючи людське буття як основу права, варто підходити до нього як до системної ієрархії природно-антропологічного, суспільно-комунікативного та культурно-ціннісного онтологічних рівнів становлення й функціонування смислових орієнтирів правоутворення, взаємодію та корелятивну динаміку яких можна описати за допомогою концептуально-методологічного апарату філософії права.

Серед сучасних українських та російських авторів, які зробили істотний внесок у вивчення теоретико-правових та конкретноюридичних аспектів правоутворення, потрібно назвати С. С. Алексєєва, В. Д. Бабкіна, Р. С. Байніязова, М. М. Гуренко-Вайцмана, С. Д. Гусарєва, О. М. Джужі, Р. А. Каложного, Д. А. Керімова, М. І. Козюбру, В. В. Копейчикова, А. М. Колодія, О. М. Костенка, М. В. Костицького, В. М. Кудрявцева, В. С. Кузьмичова, О. А. Лукашеву, Є. Д. Лук'янчикова, Ю. М. Оборотова, П. М. Рабіновича, В. М. Селіванова, А. П. Семітка, О. В. Скрипнюка, С. М. Стахівського, Р. К. Русінова, О. Д. Тихомирова, В. А. Чефранова, Ю. С. Шемшученка та ін.

Філософсько-правові аспекти дослідження судової нормотворчості (онтологічні, гносеологічні, аксіологічні, соціокультурні, логіко-методологічні, психологічні тощо) висвітлюються в роботах О. О. Бандури, В. А. Бачініна, М. Г. Братасюка, О. І. Гвоздіка, О. Г. Данильяна, К. К. Жоля, А. А. Козловського, В. К. Ларионової, С. І. Максимова, В. П. Малахова, О. Є. Манохи, О. В. Мартишина, В. С. Медведєва, О. О. Мережка, В. С. Нерсєсянца,

С. С. Сливки, В. Д. Титова, А. К. Уледова, Б. Ф. Чміля, В. В. Шкоди та ін. [1, с. 3–6].

Феномен об'єктивації та суб'єктивації права є одним з першорядних об'єктів сучасних теоретико-методологічних досліджень і в країнах “далекого зарубіжжя”. В цьому відношенні варто згадати таких відомих авторів як Х. Арендта, В. Брюггера, Р. Дворкіна, А. Кауфмана, Д. Ллойда, Т. Пейна, К. Поппера, П. Рікера, Л. Фуллера, Ю. Хабермаса, Ф. Хайєк, Г. Харта, О. Хьоффе, Р. Ципшелуса, К. Ясперса та ін.

Водночас доводиться констатувати, що в теоретико-правових підходах до аналізу об'єктивних основ правоутворення помітно превалує зведення останніх лише до законодавчо-нормативної форми буття права [6, с. 54]. Тобто об'єктивні параметри права та правосвідомості розглядаються переважно як похідна від своєрідної “інтеріоризації”, індивідуально-суб'єктивного засвоєння норм чинного законодавства, а тому ключовим засобом бажаного впливу на неї при цьому визнається вдосконалення позитивного права. Однак, анітрохи не применшуючи значущості даної дослідницької площини правознавства, слід визнати істотну залежність механізмів суб'єктивного сприйняття та осмислення права не тільки від форм його законодавчої матеріалізації, але й від таких онтологічних чинників як соціально-економічні, політичні, культурно-ціннісні, суспільно-комунікативні, антропологічні тощо.

Виявити суперечливість механізму трансформації суб'єктивного в об'єктивне у процесі судового нормоутворення.

Як відомо, законодавча влада не є єдиною силою, яка додає суб'єктивній волі об'єктивного значення. У багатьох країнах вона навіть не визнається провідною в цьому процесі. Річ у тому, що не скрізь закони володіють властивістю, яку ми називаємо “вища юридична сила”. Мова, звичайно ж, йде про англосакську правову систему. В рамках цієї правової сім'ї не тільки закони, але і будь-які інші джерела права не можуть претендувати на вищу юридичну силу, такого поняття взагалі не існує, відповідно відсутня й ієрархічність правових джерел. В процесі розгляду судових суперечок суд сам визначає, чим йому керуватися, сам визначає, яке правове джерело зараз і в даному місці має правовий пріоритет. Крім того, що суди наділені таким правом, у них є більш вагомий повноваження - створювати право. У світі широко відомою є практика судових прецедентів, при якій деякі судові рішення зводяться в ранг нормативних прецедентів.

Суди в англосакській системі права виступають активними творцями правових норм, нічим в цьому не поступаючись

парламенту. Англійська формула “судовий захист передує праву” багато в чому пояснює суть правотворчого процесу в системі прецедентного права.

Проте потрібно мати на увазі, що англосакський приклад судової нормотворчості не є єдиним. Візьмемо, наприклад, систему континентального права. Здавалося б, що ця система, як основне і єдине джерело, визнає тільки нормативно-правовий акт. Хоча це не зовсім так, особливо останнім часом.

По-перше, в багатьох країнах, що належать до романо-германської правової системи, склалася практика вирішень конституційних судів. Конституційні суди, покликані давати тлумачення конституційних норм, наділені правом відмінити або залишати в силі нормативно-правові акти, окремі норми і навіть конкретні рішення органів влади. Так або інакше, рішення конституційних судів носять обов’язковий характер, їх не можна ігнорувати.

По-друге, останнім часом спостерігається процес конвергенції правових систем. Судова практика країн континентального права показує нам приклади, коли деякі рішення судів загальної юрисдикції не можуть бути на практиці ігноровані, або просто складається певна практика однакових вирішень подібних суперечок. Нормативно або офіційно це ніяк не закріплено, але практика невблаганно складається так само.

Нормативність актів судової влади визнавалася як у Російській Імперії, так й у СРСР, та була пов’язана не з прецедентним правом, а зі здійсненням касаційної функції Урядовим Сенатом, а згодом – із визнанням за Верховними Суди у радянський період права на видання обов’язкових керівних роз’яснень з питань правозастосування (постанови Пленуму). З метою наукової кваліфікації феномену нормативності актів судової влади радянською наукою було введено поняття “правоположення”, що створюються судами у процесі застосування правових норм у контексті фактичних обставин справи. Вони знаходили своє вираження у певних формах – не тільки у керівних роз’ясненнях Пленумів Верховних Судів (СРСР та союзних республік), а й містились у рішеннях судів з принципово важливих правових питань конкретного характеру.

З питанням нормативності актів судової влади також пов’язується розвиток дискусії про визнання судової практики джерелом права та її ролі у процесі конкретизації законів при застосуванні норм права [12, с. 123].

Аналогічна подвійна ситуація щодо наявності і визнання фактичної суддівської правотворчості існує і в Україні. Вона пов’язана з рішеннями Конституційного Суду, а також

постановами пленумів Верховного Суду, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищого адміністративного суду, Вищого господарського суду України (далі - вищі суди). Існує декілька частково протилежних точок зору з цього питання. Перша полягає в тому, що вищі суди здійснюють виключно нагляд за діяльністю нижчестоячих судів, забезпечуючи єдність застосування законів. Тим самим вони займаються правозастосуванням, а не правотворчістю. Друга точка зору полягає в тому, що суддівська правотворчість протирічить конституційному принципу розподілу державної влади, вступає в конфлікт з правотворчою гілкою влади - парламентом. Така позиція є достатньо поширеною, зокрема, вона виражена наступною тезою – “судова практика протирічить принципу підзаконності судової діяльності. Правотворча діяльність суду з неминучістю зменшує значення закону” [11, с. 56]. Третя точка зору визнає фактичну суддівську правотворчість, включаючи діяльність нижчестоячих судів [13, с. 87–98].

Немало дискусій ведеться з приводу того, що судовий прецедент є неефективним. Перш за все тому, що не сприяє об'єктивному (всесторонньому і повному) дослідженню обставин у конкретній справі, наслідком чого може стати несправедливе рішення або вирок суду. Безумовно, суддям було б набагато легше, якби вони мали можливість застосовувати керівні начала, які складають основу вирішення конкретної справи, представленої у вигляді джерела права, - судового прецеденту. Хоча в Україні офіційно судовий прецедент не визнається джерелом права, проте він відіграє важливу роль на практиці.

Судовим прецедентом є гнучкіший механізм подолання прогалин у законодавстві. За наявності прогалин у праві, його відставанні від життя найвищі судові органи фактично видають норми, що вносять зміни і доповнення в діючу систему нормативного регулювання суспільних відносин. При цьому судовий прецедент слід розглядати у двох площинах: 1) судовий прецедент створює правоположення, відсутнє в нормативному акті, і тим самим долає прогалини в законодавстві; 2) судовий прецедент дає роз'яснення і тлумачення нормативно-правового акту.

Так або інакше, слід визнати, що суди тією або іншою мірою створюють у процесі своєї діяльності правові норми. Тобто вони беруть участь у процесі трансформації суб'єктивної волі (в даному випадку це воля суду) в об'єктивний правовий зміст. Іншими словами, суди беруть участь у процесі об'єктивування правових норм.

Зазначимо, що для повноцінного здійснення процесу об'єктивування суб'єкт, що об'єктивує, повинен відповідати трьом умовам: 1) бути легітимним; 2) бути здатним здійснювати певну процедуру; 3) бути здатним правильно відобразити в праві об'єктивні суспільні умови. Розглянемо судову владу в контексті цих умов.

Що стосується легітимності, то вона у суддів особливого роду. На перший погляд може здатися, що з точки зору легітимності судді явно програють представницьким органам. Дійсно, судді, на відміну від парламенту або, наприклад, виборного президента, як правило, не обираються. Тобто вони безпосередньо не володіють мандатом народної довіри, не спираються на народний суверенітет, але мають природно обґрунтований досить високий суспільний і правовий статус. Тільки в цьому випадку ми спостерігаємо легітимність іншого роду. Вона заснована на визнанні високого професіоналізму суддів, безумовно, високого рівня компетентності в правових питаннях, на визнанні життєвого досвіду. Крім того, ця легітимність ґрунтується на визнанні високих і стійких моральних якостей суддів. Закон України "Про судоустрій і статус суддів в Україні" визначає, що суддя при виконанні своїх повноважень, а також у позаслужбових відносинах повинен уникати всього, що могло б зменшити авторитет судової влади, гідність судді або викликати сумнів у його об'єктивності, справедливості та неупередженості [15].

Така довіра надається громадянами суддям ніби а рїогї. Більш того, без подібного відношення до суддів, судова влада виявляється неефективною, а іноді і взагалі недіючою. На підтвердження даної думки можна навести безліч прикладів з нашої історії і, на жаль, з нашої дійсності. Такий високий статус суддів не тільки дозволяє вирішувати спори на будь-якому рівні, але і створювати правові норми, правда, якщо дозволяють певні правові умови. Відношення до правотворчої здатності судів різне. Якщо континентальна традиція, наслідуючи правову політику Наполеона Бонапарта, завжди прагнула обмежити компетенцію судів у галузі правотворчості, вбачаючи в ній джерело суддівського свавілля і зловживань, то англійці, навпаки, в такій компетенції суду бачили і бачать основу збереження правових традицій і основу дотримання законності. Але, так або інакше, суди завжди визнавалися і визнаються, безумовно, легітимними органами. Таким чином, ми бачимо, що першій умові об'єктивування судова влада цілком відповідає.

Щодо другої умови об'єктивування, то можна сміливо стверджувати, що суди повною мірою задовольняють і йому. На

відміну від парламентської законодавчої процедури, яка, як ми вже відзначали вище, може піддаватися серйозній деформації, судовий процес виглядає чіткішим і строгішим з погляду повноти і послідовності дотримання його стадій. У випадку з судовою нормотворчістю механізм об'єктивування набуває вигляду судового процесу.

Кожна стадія судового процесу, як окремий елемент механізму об'єктивування, має свій сенс і значення, так само як свій сенс і значення має чітка послідовність виконання цих стадій. Причому в тих країнах, де судова нормотворчість відіграє велику роль, процесуальній стороні справи надається набагато більше значення. У співвідношенні матеріальної і процесуальної сторін справи в країнах англосакського права пріоритет віддається останній. І саме тому ми приходимо до висновку, що там суди повною мірою задовольняють вимогам, що пред'являються до суб'єкта, який об'єктивує.

З погляду третьої умови об'єктивування – здатності суб'єкта, що об'єктивує, адекватно відобразити об'єктивні суспільні умови в праві, – суд виконує дуже специфічну функцію. У випадках прогалин у законі або праві судові рішення заповнюють ці прогалини, тим самим об'єктивні суспільні умови відбиваються в актах судової нормотворчості. Крім того, судова нормотворчість пов'язана з неадекватною правотворчістю і правозастосуванням. Судовою владою норма права доводиться до її об'єктивного змісту. Судова влада підправляє, корегує результати діяльності законодавця. Кажучи про правову природу рішень Конституційного Суду, відзначимо його правокорегуючу функцію щодо нормотворчості законодавчої і президентської влади, направленої на забезпечення адекватного вираження права в законі, збереження права, що діє (позитивного), в конституційно-правовому полі. Саме діяльність Конституційного Суду служить яскравим прикладом, коли судова влада корегує законодавця, конкретизує створені ним норми і тим самим доводить норму права до її об'єктивного змісту.

Бувають випадки, коли неможливо довести норму до її об'єктивного змісту. Перш за все, це відбувається, коли норма просто відсутня. В цьому випадку суд може застосовувати аналогію права або аналогію закону. Аналогія права і закону найчастіше застосовується у сфері приватного права, але і у сфері публічного права це теж можливо.

Застосування аналогії права пов'язане зі встановленням прогалин, заповнити які слід, звернувшись до норми, що регулює схожі відносини, тобто застосувавши норму законодавства за аналогією. Іншими словами, суди, застосовуючи право і закон за

аналогією, заповнюють прогалини, залишені законодавцем, тим самим доводять не окрему норму, а весь нормативний акт до його об'єктивного змісту [7, с. 140].

Тепер необхідно зупинитися на ролі суб'єктивних чинників у процесі судової нормотворчості. Вбачається, що ця роль не менша, а, швидше за все, навіть більша, ніж в процесі законодавчої діяльності. Чим же керується суддя або суд, виносячи яку-небудь ухвалу? Прямо потрібно відповісти, що не суспільними настроями, не волею громадян. Наприклад, суд виправдовує обвинуваченого у вбивстві на підставі недостатньої доведеності провини, а вся громадськість упевнена у винності підсудного. В цьому випадку суд не може, він просто не має права ґрунтуватися на волі громадян, і це є в даному випадку заставою законності. Так само йде справа і відносно судової правотворчості. Суд не може керуватися волею народу, оскільки вона неоднорідна, аморфна і суперечлива. А з іншого боку, він повинен чинити в інтересах і на благо суспільства. І лише в цьому випадку буде збережена незалежність суду (незалежність від народу в даному випадку так само необхідна, як і незалежність від влади) і лише таким чином можна чинити відповідно до суспільних інтересів, зберігати законність. Парадоксальний, здавалося б, напрошується висновок: для того, щоб відстояти інтереси суспільства, іноді просто необхідно ігнорувати його думку. Таким чином, достатньо очевидно, що суд, виносячи ухвалу і створюючи нову норму, керується і повинен керуватися своєю власною, суб'єктивною думкою. У процесі створення нових норм суд просто вимушений так чинити тому, що він не може спертися ні на попередні рішення, ні на закони, ні на інші джерела, інакше просто б не було жодної необхідності створювати ці найновіші норми. Звичайно, суд не може керуватися власною волею в чистому вигляді. Суд не може ігнорувати правових традицій, що склалися століттями, не може ігнорувати традиційних національних понять про справедливість, законність, гуманність, не може повністю ігнорувати і деякі кон'юктурні настрої.

І традиції, і поняття, і настрої (будучи суб'єктивними за своєю природою) розуміються і формулюються судом самостійно, а значить, тут ми маємо в чистому вигляді суб'єктивну оцінку. І суд проявляє свою суб'єктивну волю. І зводить в процесі нормотворчості цю суб'єктивну волю в об'єктивний правовий зміст. Прихильники теорії природного права вбачають у правотворчій діяльності суду "матеріалізацію" природно-правових норм. На їх думку, судді, таким чином, ніби "відкривають" природне право, надаючи йому вигляду позитивного права [9, с. 69]. Якщо розглядати проблему з таких позицій, то не можна побачити процес об'єктивування. Дійсно,

що об'єктивувати? Природне право об'єктивне і позитивне - теж об'єктивне по відношенню до конкретного індивідуума, отже, ніякого процесу об'єктивування не відбувається [2, с. 32]. Проте ми не розділяємо подібну точку зору. З вказаних на початку роботи методологічних позицій ми розглядаємо право як щось окреме від правової ідеології, правової психології, правосвідомості в цілому [14, с. 112]. Судді, звичайно, дуже авторитетні особи, але все-таки вони не пророки, що відкривають невідоме, приховане від простих смертних "природне" право. І, на нашу думку, вони керуються хай дуже авторитетною, але власною, суб'єктивною думкою.

По-перше, в процесі судової нормотворчості здійснюється об'єктивування права. По-друге, механізм об'єктивування в цьому випадку набуває форми судового процесу. По-третє, в процесі своєї діяльності суди можуть здійснювати правокорегуючу функцію. Долаючи прогалини або даючи тлумачення нормам права, суди доводять право до його об'єктивного змісту. По-четверте, роль суб'єктивного чинника в процесі об'єктивування вища, ніж це видно в практиці законодавчих органів.

Нормативність актів судової влади не засновується на нормах права як нормативність правових актів та походить від актів судової влади як правозастовчих актів, що складають судову практику, усталену судову практику (*jurisprudence constante*), або в яких міститься судовий прецедент, правова позиція, правоположення.

Роль суду в процесі формування права не спрямована на формулювання норм права та має власні особливості, основними з яких є субсидіарний характер участі суддів у цьому процесі та обумовленість вимогами правосуддя. Отже, суд бере участь у процесі формування права у разі, якщо правова позиція, викладена в акті судової влади, має обов'язкове значення не лише для сторін у справі, а й для суддів при вирішенні наступних справ аналогічного характеру.

В умовах правової системи України у найближчій перспективі визнання нормативності актів судової влади здебільшого пов'язано з офіційним тлумаченням Конституції та законів України, а також з тлумаченням норм права у процесі правозастосування та засновується на правових позиціях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бабаєв В. К. Понятие права / В. К. Бабаєв // *Общая теория права* : учеб. – М., 1999. – 592 с.

2. Бачинин В. А. Антитеза естественного и позитивного права: философско-культурологический анализ / В. А. Бачинин // *Общественные науки и современность*. – 1999. – № 6.

3. Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право / И. Ю. Козлихин // Государство и право. – 2000. – № 3.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М., 1976. – 301 с.
5. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / Максимов С. И. – Х., 2002. – 328 с.
6. Kaufmann A. Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges / Kaufmann A. – Fr. a. M., 1972. – P. 104–134.
7. Соловьев В. С. Критика отвлеченных начал / В. С. Соловьев // Собр. соч. В. С. Соловьева. – СПб., Б. г. – Т. 2. – 415 с.
8. Графский В. Г. Интегральное правопонимание в историко-философской перспективе / В. Г. Графский // Философия права в России: история и современность : материалы третьих философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. – М., 2009. – С. 220–233.
9. Поляков А. В. Интегральная теория права: миф или реальность? / А. В. Поляков // Философия права в России: история и современность : материалы третьих философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. – М., 2009. – С. 234–241.
10. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / Хеффе О. ; пер. с нем. – М., 1994. – 319 с.
11. Alexy R. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason / R. Alexy // The Law in Philosophical Perspectives. – Dordrecht, 1999. – P. 23–43.
12. Alexy R. The Dual Nature of Law / R. Alexy // IVR 24th World Congress “Global Harmony and Rule of Law” (September 15–20, 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session. – Beijing, 2009. – P. 257–274.
13. Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
14. Шевчук С. В. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. В. Шевчук. – К. : Реферат, 2006. – 848 с.
15. Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42, № 43, № 44–45. – Ст. 529.