

**Сердюк В.О.**

Національний університет державної податкової служби України

## РОЛЬ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ В ПРОЦЕСІ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

*Автор аналізує сучасні тенденції правотворчості в процесі здійснення правосуддя. На основі історичного досвіду проведено аналіз основних положень різних шкіл юриспруденції. Також досліджується їх зв'язок із власною школою права та юридичного позитивізму. Доводяться положення про допустимість внесення змін до судового законодавства в Україні. Метою статті є вивчення закономірностей взаємодії судової правотворчості та правосуддя.*

**Ключові слова:** правотворчість, законотворчість, судова правотворчість, правова реформа, судово-правова реформа.

**Вступ.** Будь-який вітчизняний практикуючий юрист неодноразово у своїй практичній діяльності зустрічався з проблемою існування прогалин у чинному законодавстві та шляхами їх подолання. Історично склалося так, що в країнах, де відсутнє прецедентне право, ці недоліки в законодавстві прийнято усувати шляхом застосування аналогії закону чи аналогії права.

Важливий напрям, який потребує особливої уваги в процесі підготовки Концепції змін до Конституції України – це питання вдосконалення судоустрою. Існує об'єктивний ресурс нормативно-конституційних змін щодо розширення впливу громадян на процес здійснення правосуддя (запровадження конституційних гарантій суду присяжних, зміна порядку формування та складу Вищої ради юстиції з метою мінімізації участі в її роботі осіб, які представляють політичні структури).

Взаємозв'язок між правотворчістю та правосуддям є надзвичайно актуальними для розвитку правової системи України. Це обумовлено початком у 2010 році судово-правової реформи. Актуальність дослідження цього питання полягає в тому, що у вітчизняній та російській науковій думці вивчення правосуддя не мало комплексного характеру, а судова правотворчість взагалі лише нещодавно стала предметом уваги вчених у галузі держави та права.

Проте нині в юридичній науці відсутнє концептуально обґрунтоване та розкрите в юридичних категоріях розуміння співвідношення правосуддя та правотворчості [1, с. 47].

З огляду на зазначене метою статті є вивчення закономірностей взаємодії судової правотворчості та правосуддя.

**Основний матеріал.** Протягом двох десятиліть в Україні розвивається інститут, що отримав назву «судова нормотворчість». Слід зазначити, що ця проблема вписується в загальноєвропейський процес посилення ролі судових рішень як джерела права в країнах із романо-германською правовою системою, до яких традиційно відносять і Україну. Нормотворча діяльність судів в Україні розвивається в основному за такими основними напрямками, як застосування закону (норми права) за аналогією під час розгляду конкретної справи; створення судового прецеденту; формування правових рішень Конституційного Суду України; видання Верховним Судом України роз'яснень із питань судової практики.

Водночас більшість учених до результатів судової правотворчості відносять виключно судовий прецедент, а також інші, схожі на нього за своєю природою, правові явища. Так, М. Марченко вважає, що до них належить судова практика, судовий прецедент, судовий розсуд [2, с. 99].

С. Шевчук до результатів судової правотворчості включає судову практику, судовий прецедент, правові позиції, правоположення, роз'яснення вищих судів [3]. Б. Малишев актами судової правотворчості називає судові прецеденти, квазі-прецеденти та нормативно-правові акти [4, с. 30]. На думку О. Верещагіна, формами судової правотворчості є судові прецеденти, правила судів, роз'яснення вищих судів, судові зви-

чаї [5, с. 137–182]. С. Чередніченко до результатів судової правотворчості відносить судові прецеденти, акти роз'яснення судової практики, правоприміняючі акти [6, с. 19]. Є. Сем'янов актами судової правотворчості вважає нормативно-правові акти, акти нормативного тлумачення, роз'яснення пленумів вищих судів, правоприміняючі акти, акти квазіпрецедентного права [7, с. 163–164]. О. Попов актами судової правотворчості називає судові прецеденти та постанови [8, с. 156, 206].

Важлива роль у «прецедентоутворенні» належить вищим судам, наприклад Верховному Суду України, рішення яких публікуються в офіційних виданнях і служать своєрідними правовими моделями для нижчих за ієрархією органів судової влади. Так, на офіційному сайті Верховного Суду України розміщені тексти актів, які можуть містити правові позиції та витяги з рішень інших судів загальної юрисдикції, якщо вони пройшли інстанційний розгляд у суді та схвалені ним.

Зовсім іншого забарвлення проблема судової правотворчості отримала з моменту створення Конституційного Суду України (далі – КСУ). Компетенція КСУ та правова природа його рішень прямо говорять про те, що рішення Конституційного Суду України не тільки роз'яснюють чинне законодавство на предмет конституційності, але й змінюють і доповнюють закон. За час свого існування Конституційний Суд України створив чимало прецедентів, які активно використовуються. Наприклад, саме завдяки Конституційному Суду України як захисники в кримінальному процесі можуть виступати не тільки адвокати, а й інші фахівці в галузі права. Фактично цим рішенням були змінені положення Кримінально-процесуального кодексу України. Будь-який практикуючий юрист може назвати велику кількість випадків, коли рішення Конституційного Суду України вносили «революційні» зміни до законодавства. Причому на адресу таких рішень досить часто лунали негативні відгуки від безпосереднього законодавця – Верховної Ради України [8].

Як відомо, судова правотворчість є різновидом правотворчості, а тому їй притаманні всі ознаки останньої, а саме: здійснення спеціально-уповноваженим суб'єктом; спрямованість на створення, зміну або скасування нормативних приписів; визнання її процедурно-процесуальною діяльністю; закріплення її результатів у певних юридичних актах-документах [9, с. 50–51].

При цьому судова правотворчість характеризується й специфічними ознаками, що відрізня-

ють її як від інших видів правотворчості, так і від інших типів юридичної діяльності: здійснення спеціально-уповноваженими судовими органами; пов'язаність із реалізацією функцій судової влади; здійснення в особливій процесуальній формі; спрямованість правотворчої активності на встановлення нормативно-правових приписів; їх фіксація в судових правотворчих актах [10, с. 1].

Оскільки судова правотворчість виокремлюється з-поміж інших видів правотворчості за суб'єктним критерієм, то найбільш виразною її властивістю є здійснення судовими органами. У юридичній літературі наявні різні позиції щодо належності тих чи інших судових органів до суб'єктів судової правотворчості. Одні вчені відносять до них як вищі судові інстанції, так і інші судові органи [10, с. 2]. Проте переважна більшість науковців переконані в тому, що суб'єктами судової правотворчості можуть бути лише вищі судові органи [10, с. 2].

Саме тут цілком можемо погодитися з думкою Н. Стеценка, що віднесення до суб'єктів судової правотворчості в межах національних правових систем виключно вищих судових органів є більш коректним. Пов'язано це з тим, що саме вищі судові органи можуть, по-перше, забезпечити загальнообов'язковість результатів судової правотворчості, по-друге, проявляти правотворчу активність у повному обсязі (створення, зміна, скасування), а не лише однієї її частини (скасування) [10, с. 2].

Крім того, необхідно зазначити, що правотворчість здійснюють не лише національні, але й міжнародні судові органи. Так, згідно зі ст. 30 та 38 Статуту Міжнародного Суду ООН цей суд виконує функції регламентарної та прецедентної правотворчості [10, с. 2].

Те ж саме можна сказати про рішення Європейського суду з прав людини, позиція якого або безпосередньо відтворюється національними судами в рішеннях за конкретними справами, або включається в них через акти Конституційного Суду України чи Верховного Суду України.

Розглянемо це питання докладніше. Так, Україна як незалежна держава Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» (п. 1) визнала обов'язковою юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення та застосування Конвенції в 1997 році [11]. Згідно із цим законом Україна повністю визнає на своїй території дію ст. 46 Кон-

венції 1950 р. щодо визнання обов'язковою й без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення й застосування Конвенції 1950 р.

Наукова думка України, зокрема погляд судді Європейського суду з прав людини від України в 2009 році С. Шевчука [3], розглядає пункти «а» та «б» частини 3 ст. 31 Віденської Конвенції «Про право міжнародних договорів» від 23 травня 1969 р. (ратифікована Україною 14 травня 1986 р. у складі СРСР), у яких спеціально наголошується, що разом із текстом міжнародних договорів враховується практика його застосування й тлумачення, якщо на це дається згода сторін договору, яку дала Верховна Рада України, ратифікувавши цей закон як додаткову аргументацію на користь цього твердження.

Таким чином, рішення Європейського суду можна вважати офіційною формою роз'яснення основних (невідчужуваних) прав кожної людини, закріплених і гарантованих конвенцією, яка є частиною національного законодавства, та у зв'язку із цим – джерелом законодавчого правового регулювання і правозастосування в Україні. Отже, рішення Європейського суду мають становити ідеологічно-правову (ціннісну) основу для здійснення правосуддя в Україні. Фактичне закріплення цього положення відбулося в низці постанов Пленуму Верховного Суду України, у яких надавалися роз'яснення законодавства судам загальної юрисдикції, ще до прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Звернімося й до того Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», яким встановлюється імперативна норма щодо застосування вітчизняними судами Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод та практики (тобто рішень) Європейського суду саме як джерел права.

Таким чином, як бачимо, на сьогодні достатньо чинних законодавчих актів, які підтверджують, що рішення Європейського суду є джерелами права, але, напевно, для остаточного підтвердження не вистачає тільки рішення Конституційного Суду України із цього питання [12]. Враховуючи це, слід зазначити, що простежується зв'язок сутності правових позицій, сформульованих у рішеннях Європейського суду, які мають загальнообов'язкову природу для практики вітчизняних судів загальної юрисдикції, з висновками (рішеннями) Конституційного Суду України та Верховного Суду України (далі – ВСУ).

Таким чином, щоб остаточно визначити статус практики (тобто рішень) Європейського суду як джерела права, варто звернутися за тлумаченням положень ст. ст. 8, 9 Конституції України до Конституційного Суду України та отримати його рішення із цього питання. Можливо, за наявності рішення Конституційного Суду України, новоспечені адвокати не будуть мати сумнівів щодо належності рішень Європейського суду до джерел права [12].

На сьогодні можна виділити ще два підходи щодо вирішення зазначеного питання, пов'язаного насамперед із тією загальнотеоретичною (навіть філософською) позицією, яку займає той чи інший автор. Зокрема, прихильники позитивістського підходу, аналітичного та соціологічного його напрямів слідом за І. Бентамом визнають, що суди є творцями права. Такий висновок випливає з основної ідеї позитивізму щодо походження права від держави. У такому випадку нормотворчість судів визнається на тій підставі, що вони – державні органи [13, с. 4]. Г. Харт відзначає, що в системі, де встановлений і діє принцип *stare decisis*, функції судів подібні делегованим нормотворчим повноваженням виконавчих органів [14, с. 811].

Однак різні автори по-різному оцінювали сам факт визнаної ними суддівської правотворчості. Так, Д. Остін вважав створене суддями право дуже корисним і навіть «абсолютно необхідним», засуджуючи їх за «боягузливу, обмежену та ступінчасту манеру, у якій вони здійснюють законотворчість» [15, с. 48]. Навпаки, І. Бентам негативно ставився до того, що він назвав *judge-made law*.

Протилежної точки зору щодо проблеми правотворчості суддів дотримуються автори, які стоять на позиціях природно-правової теорії. З цієї точки зору класичною можна вважати деклараторну теорію, запропоновану в XVII столітті М. Хейлом. У XVIII столітті В. Блекстон назвав судові рішення практичними доказами змісту загального права [14, с. 45]. Лорд Дж. Саймон у справі *Jones v. Secretary of State* в 1972 р. сказав: «У нашій країні довго вважалося, що судді не творять право, а тільки виявляють і витлумачують його. Теорія полягала в тому, що кожна справа врегульована відповідним правилом права, десь існуючим <...> Але дійсна, навіть обмежена, природа судової правотворчості стала більш широко визнаватися в останні роки» [15, с. 147].

Питання допустимості судової правотворчості нині найчастіше розглядається в рамках англосаксонської та романо-германської правових

сімей. Особливу проблему правотворча діяльність судів утворює саме в країнах романо-германської правової сім'ї.

Судова правотворчість в англо-саксонській правовій сім'ї ототожнюється з класичним англійським судовим прецедентом. Джерело права в Англії сприймається не інакше як «той чи інший шлях, відповідно до якого право в цій системі стає правом і відповідно до якого воно буде визнане та стане застосовуватися англійськими судами». З цього випливає, що судовий прецедент в Англії утворюється в результаті правотворчої діяльності вищих судів, поряд зі статутним правом є первинним джерелом права. Доктрина судового прецеденту в Англії будується на основі того, що судові прецеденти, створені вищими судами, обов'язкові для всіх нижчих за ієрархією судів і, не будучи суворо обов'язковими для самих цих судів, мають дуже важливе значення й зазвичай використовуються під час обґрунтування рішень. Англійські судді нерідко зобов'язані слідувати раніше прийнятими рішеннями навіть у тих випадках, коли є досить переконливі докази, які в інших обставинах дозволили б не робити цього [16].

Загальний підхід щодо діяльності судів у країнах романо-германської правової сім'ї зводиться до того, що суд зобов'язаний приймати рішення в повній відповідності з нормами матеріального права, без посилань на попередні судові рішення. Якщо суд прийме рішення, що не відповідає нормам матеріального права, воно буде скасовано вищою судовою інстанцією. Однак класична парадигма, яка розглядає позитивне право як закриту систему, наповнену статтями кодексу та вимагає чіткого дедуктивного виведення рішення з конкретних норм закону, не раз піддавалася сумніву. Нині практично загальноновизнано, що будь-яка система чітко встановлених правових правил завжди має прогалини та застаріває відразу ж після прийняття. Нездатність законодавця вчасно відреагувати на зміну суспільних відносин служить рушійною силою розвитку судової правотворчості [16].

В Україні, що загалом належить до романо-германської правової сім'ї, домінуюча правова доктрина протягом тривалого часу заперечувала судову правотворчість. Компетенція суду зводилася виключно до застосування права. Радянська теорія права завжди виходила з постулату, що судова практика не є джерелом права. С. Зівс підкреслював, що зворотне суперечило б принципам підзаконності судової діяльності. Правотворча діяльність суду з неминучістю зменшує значення

закону. Вважалося, що в законодавця під час формування правових норм є можливість врахувати набагато більше факторів, ніж це здатен зробити суд [16].

У сучасних умовах такий підхід зберігає свої домінуючі позиції, підкріплюючись новим доказом: судова практика не може бути джерелом права, оскільки це суперечить принципу поділу влади. Проте, на нашу думку, правотворча функція судів цілком сумісна з конституційним принципом поділу державної влади. Судова влада формує правозастосовчу практику (відповідні правила) у процесі вирішення конкретних спірних ситуацій, що розглядаються в рамках загальних норм закону, і не претендує на узурпацію переваг законодавчої гілки влади щодо встановлення абстрактних загальнообов'язкових норм. Визнання за окремими органами судової влади правотворчої функції здатне забезпечити велику «еластичність» та ефективність законодавчих приписів [16].

Суддя Конституційного Суду України Д. Лилак свого часу наголошував на визнанні судової правотворчості, на заваді якій, на його думку, стоять позитивістські настрої, що переважають у юриспруденції України, а також, що судді поставлені в жорстку залежність від закону [17, с. 68]. Крім того, він зазначав, що вирішення цієї проблеми може відбутися шляхом застосування суддями України принципу верховенства права, який може бути покладений в основу «вільної суддівської правотворчості» [17, с. 68].

Таким чином, підводячи підсумки з вищезазначеного, доцільно зазначити таке. Ставлення до такого джерела права, як прецедент у сучасний період радикально змінилося, насамперед у зв'язку зі створенням Конституційного Суду України, а також зі зміною ставлення до прецеденту практиків і вчених-юристів.

Розглядаючи прецедент як можливе джерело українського права, слід виділити два аспекти цієї проблеми, а саме: прецедент розглядається як безпосереднє джерело права, тобто належним чином оформлене положення, на яке можна посилатися під час прийняття юридично значимих рішень; розглядається вплив прецеденту на процеси правотворчості та правозастосування, а також на формування юридичної практики в цілому.

**Висновки.** Проблема єдності судової практики в Україні дійсно нагальна, проте вирішити її за допомогою судового прецеденту на сьогодні просто неможливо. Причини зростаючої неправосудності судових рішень лежать зовсім в іншій

площині. Недосконалість та подекуди абсурдність судової системи, відсутність об'єктивного відбору кандидатів на посаду судді не можуть бути усунені за допомогою права судового прецеденту. Потреба в прецеденті виникає у двох випадках: коли законодавство є негнучким, тобто орган, уповноважений вносити зміни в закони, не робить це своєчасно, у результаті чого зміни до законодавства не встигають за змінами в суспільних відносинах; законодавство є настільки недосконалим, суперечливим та незрозумілим, що унеможливає його однакове застосування без допомоги інших вказівок та форм права. В Україні функцію «квазісудових прецедентів» виконують рішення КСУ щодо тлумачення законів та Конституції України та постанови Пленуму ВСУ про практику застосування законодавства судами. Враховуючи, що КСУ не виправдав покладені на нього надії, адже є органом заполітизованим, відірваним від життя та судової практики, існує концепція реформування конституційної юстиції та передачі його функцій ВСУ. У такому разі узагальнення судової практики, що здійснює ВСУ, могли б бути легітимізовані шляхом прийняття їх у формі тлума-

чення законодавства, що є загальнообов'язковим нарівні із законами. Такий механізм швидкого «вирішення» законодавчих проблем ВСУ без зазіхання на повноваження Верховної Ради України як єдиного органу законодавчої влади міг стати доречним як з огляду на незавершеність правової реформи, так і відсутність єдності судової практики. А говорити про запровадження в Україні континентального права судового прецеденту «в чистому вигляді» досить складно, адже за існуючої ситуації в судах ми можемо отримати безліч прецедентів, що суперечитимуть один одному та здоровому глузду. Тоді суд під час винесення неправосудного рішення керуватиметься не тільки «внутрішнім переконанням», а й «безпрецедентними» прецедентами.

Нині в країнах зі змагальною системою правосуддя спостерігається тенденція зростання ролі закону, а в континентальній системі – ролі судової практики. У зв'язку із цим відзначається, що зміцнення ролі судів в Україні як третьої гілки влади в державі може привести до офіційного закріплення керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду України.

#### Список літератури:

1. Притченко Р.С. Судебное нормотворчество: опыт западных систем / Р.С. Притченко // Порівняльно-правові дослідження. – 2009. – № 2. – С. 21–24.
2. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право / М.Н. Марченко. – М. : ТК Велби ; Изд-во Проспект, 2008. – 512 с.
3. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
4. Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б.В. Малишев. – К. : Праксіс, 2008. – 344 с.
5. Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А.Н. Верещагин. – М. : Междунар. отношения, 2004. – 344 с.
6. Чередниченко С.П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / С.П. Чередниченко. – М., 2005. – 203 с.
7. Семьянов Е.В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Е.В. Семьянов. – М., 2005. – 193 с.
8. Попов О.В. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в РФ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / О.В. Попов. – Тольятти, 2004. – 221 с.
9. Ленгер Я.І. Реформування правової системи, як засіб підвищення її ефективності : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. / Я.І. Ленгер. – К., 2007. – 205 с.
10. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика / Н.В. Стецик // Часопис Академії адвокатури України – 2010. – № 8. – С. 1–6.
11. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17.07.1997 № 475/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
12. Рішення Європейського суду – джерело права для українського правосуддя? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.interlegal.com.ua/blog/?p=2102>.
13. Лозовская С.В. О судебском правотворчестве / С.В. Лозовская // Вопросы теории и истории государства и права. – 2004. – № 5. – С. 4–21.
14. Llevellin K.N. The Case law system in America / K.N. Llevellin // Columbia law review. – 1988. – Vol. 88. – № 5.

15. Богдановская И.Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская. – М., 1993. – 263 с.
16. Корнев А.В. Сравнительный анализ понимания судебного правотворчества в англо-саксонской и романо-германской правовых системах / А.В. Корнев [Электронный ресурс] – Режим доступа : [http://www.kapartner.ru/sravnitelnij\\_analiz](http://www.kapartner.ru/sravnitelnij_analiz).
17. Лилак Д.Д. Судочинство і проблеми суддівської правотворчості / Д.Д. Лилак // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 3. – С. 61–71.
18. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16.10.1996 № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.
19. Белов Д.М. Проблеми реформування української моделі державної влади / Д.М. Белов // Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки». – 2012. – № 2 (Ч. I) . – С. 57–62.

## РОЛЬ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В ПРОЦЕССЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ В УКРАИНЕ

*Автор анализирует современные тенденции правотворчества в процессе осуществления правосудия. На основе исторического опыта проведен анализ основных положений различных школ юриспруденции. Также исследуется их связь с собственной школой права и юридического позитивизма. Доводятся положения о допустимости внесения изменений в судебное законодательство в Украине. Целью данной статьи является изучение закономерностей взаимодействия судебного правотворчества и правосудия.*

**Ключевые слова:** правотворчество, законотворчество, судебное правотворчество, правовая реформа, судебно-правовая реформа

## THE ROLE OF JUDICIAL LEGISLATION IN THE PROCESS OF JUDICIAL REFORM FULFILLMENT IN UKRAINE

*Any domestic practitioner repeatedly in their practice had a problem with the existence of gaps in the current legislation and ways to overcome them. Historically, in countries where there is no case law these shortcomings in the legislation passed by eliminating the use of similar law or similar law. An important area that needs special attention in the preparation of the Concept of amendments to the Constitution-is on improving the judicial system. There is an objective resource regulatory and constitutional amendments to expand citizens to influence the process of justice (the introduction of constitutional guarantees of the jury, changing the order of formation and of the members to minimize participation in the work of individuals who represent the political parties). The relationship between the law-making and judgment are extremely important for the development of the legal system of Ukraine. This is the start of the 2010 judicial reform. The relevance of the study of this issue is that judicial law-making in general only recently become a subject of attention of scientists in the field of law. At the moment there is no jurisprudence conceptually grounded and opened a legal categories understanding of the relationship of justice and law-making. The author makes analysis of modern tendencies of law-making development in the process of administration of justice. On the base of historical experience he presents analysis of main provisions of different schools of jurisprudence, its relation with school of intrinsic law and legal positivism and proves position of admissibility of judicial legislation in Ukraine.*

**Key words:** lawmaking, judicial law-making, law reform, judicial reform.