

ЗДІЙСНЕННЯ «НЕГАТИВНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ» В КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Розглянуто реалізацію «негативної правотворчості» на прикладах країн романо-германської правової системи, оскільки цей процес, як і багато інших, відбувається під впливом насамперед європейських правових стандартів. Тлумачення, що даються «негативними правотворцями» при розгляді справи про відповідність законодавчих актів Основному Закону, є своєрідною «добудовою права». Адже для того, щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, насамперед у нормативно-правових актах.

Виявлено, що запозичення позитивного зарубіжного досвіду в поєднанні з особливостями національної правової системи є запорукою успішного розвитку даного правового феномена, а здійснення «негативної правотворчості» є однією із складових формування судової системи України як самостійної гілки влади.

Ключові слова: *негативна правотворчість, визнання недійсним норми права, тлумачення, неконституційність, правотворча функція, ознаки нормативності.*

Bobrova Tatiana. Implementation of “negative lawmaking” in the countries of the romance-german legal system

The article considers the implementation of «negative lawmaking» on the examples of the Romano-Germanic legal system, as this process, like many other areas, is influenced primarily by European legal standards. Interpretations given by «negative lawmakers» when considering the case of compliance of legislation with the Basic Law is a kind of «completion of the law», because in order to have a complete picture of the content of law in the Romano-Germanic legal family, it is not enough to have knowledge of norms of law contained in official sources, first of all, in normative legal acts.

It was found that borrowing good foreign experience in combination with the peculiarities of the national legal system is the key to successful development of this legal phenomenon, and the implementation of «negative lawmakers» is one of the

components of the judicial system of Ukraine as an independent branch of government.

Key words: *negative law-making, invalidation of legal norms, interpretation, unconstitutionality, law-making function, signs of normativeness.*

Одними з характерних рис романо-германської правової сім'ї є наявність писаної Конституції, норми якої вважаються найбільш авторитетними, та відсутність правотворчої функції судової влади. Саме ці ознаки обумовлюють специфіку здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи, до якої належить Україна.

Здійснення «негативної правотворчості» є однією із складових формування судової системи держави як самостійної гілки влади, важливим завданням розвитку держави країни. Цей процес відбувається під впливом насамперед європейських правових стандартів. Саме тому важливого значення набуває порівняння діяльності «негативних правотворців» у провідних системах континентального права, що особливо важливо для вітчизняної юридичної практики. А запозичення позитивного зарубіжного досвіду в поєднанні з особливостями національної правової системи є запорукою успішного розвитку даного правового феномена.

Оскільки однією з провідних країн ЄС є Федеративна Республіка Німеччини, то розпочнемо аналіз «негативної правотворчості» саме на прикладі цієї держави. Погоджуємося з тим, що у Конституційного Суду ФРН простежуються правотворчі повноваження в частині скасування нормативних приписів. Так, якщо Федеральний Конституційний Суд зробить висновок, що федеральний закон не відповідає Основному закону або що закон землі не відповідає Основному закону чи іншому федеральному закону, то він оголошує закон таким, що не має сили. Так само при розгляді питання щодо відповідності закону чи іншого правового акта землі федеральному закону суд визнає такі акти недійсними [1, с. 124].

Суддя Федерального Верховного Суду Німеччини, член 8-го Сенату в цивільних справах Ральф Бюнгер звертає увагу на особливості історичного розвитку та сучасного стану правотворчості у Федеративній Республіці Німеччини: відповідно до законо-

давства ФРН правотворчість є одним із головних завдань суддів, але лише після перевірки закону за такими основними критеріями: відповідність законодавству, а також історичне та системне тлумачення. Лише після виявлення прогалин у законах судді можуть користуватися правом на правотворчість [2].

Австрійська Республіка при здійсненні негативної правотворчості відшукала дорогу, яка не забезпечує ще змісту законів, однак дає гарантії того, що право буде поважатися. Так, суддя Федерального адміністративного суду Австрії, відділення у Граці, Ева Вендлер зазначає, що Конституційний суд може визнати закон неконституційним і таким, що не має юридичної сили. Таке судове рішення зазвичай набирає чинності за принципом «ex nunc» (починаючи з цього моменту) і дійсне тільки на майбутнє, а всі колишні наслідки дії неконституційної норми або акта залишаються в силі. Однак Суд може відкласти таке набуття чинності на строк до 18 місяців, щоб дати законодавцеві можливість виправити дефектний закон. Протягом певного періоду часу закон, який був визнаний неконституційним, залишається чинним. Якщо Конституційний суд не ухвалює іншого рішення, скасування чинності закону не має зворотної сили, за винятком тієї справи, яка перебувала в процесі судового розгляду [3].

Щодо виконання рішень «негативних правотворців» І. К. Полховська та В. А. Пахомова зазначають, що Австрійська Республіка є однією з небагатьох країн, де визначаються особи, на яких покладається виконання рішень конституційних судів. Так, Конституція Австрії покладає виконання рішень Конституційного Суду на Президента. Виконання здійснюється уповноваженими за його вказівкою і на його розсуд органами федерації чи земель у тому числі федеральною армією [4, с. 216].

Дещо іншими є наслідки здійснення негативної правотворчості у Литві. Якщо закон скасовується як неконституційний, то з дня набрання сили цим рішенням, якщо в ньому не встановлено іншого, знову набувають чинності положення, які були змінені законом, визнаним неконституційним. Як зазначає А. А. Стрижак, основний аргумент на користь рішення про поновлення правових норм, які втратили законну силу через визнання їх неконституційними, полягає в тому, що «маються на увазі не

повноваження конституційних судів щодо поновлення юридичної сили норми, яка була скасована або змінена неконституційним правовим актом, а поновлення таких норм як юридичний наслідок рішення, яким констатується неконституційність правового акта, що скасував або змінив попереднє правове регулювання, прямо передбачене в Конституції (законах) держави [5].

Виконуючи свою місію із забезпечення конституційного правосуддя і гарантування верховенства Конституції у правовій системі, конституційні суди виконують особливі функції, визнаючи закони та підзаконні акти такими, що суперечать Основному закону і, таким чином, виконують обов'язки щодо усунення незаконних положень з правової системи. Виступаючи в якості негативних законодавців, конституційні суди засновують свою роль на двох стовпах: принцип верховенства закону і вимога нейтральності (Угорщина). У цьому контексті слід згадати позицію Іспанії: ліберальний принцип верховенства закону вимагає, щоб Конституційні суди були якомога більш нейтральними у своїй діяльності [6].

Іншим прикладом, де простежується розвиток негативної правотворчості, є Конституційний суд Румунії, що належить до європейської моделі й відходить від своєї традиційної ролі «негативного законодавця»: його актів полягає у вилученні з правової системи норм, що суперечать Основному закону, відтак суд стає певною мірою «позитивним законодавцем». Офіційні тлумачі Конституції іноді беруть на себе роль співзаконодавців, створюючи положення, які вони виводять із Конституції, контролюючи відсутність законодавства чи законодавчих прогалин, розкриваючи зміст конституційних і навіть неконституційних норм відповідно до Конституції в їхній судовій практиці, наслідками якої є не що інше, як конкретні форми «імпульсу» чи «примусу» законодавця діяти в певному сенсі, постійний розвиток яких спрямовує еволюцію всієї правової системи. Обрана прецедентна практика демонструє, як Конституційний суд Румунії асоціюється із законотворчою діяльністю, не мінімізуючи своєї традиційної ролі «негативного законодавця» [7].

Негативна правотворчість має вагоме значення за наявності прогалин та колізій у законодавчій базі будь — якої країни. Як правило, виявлення прогалин у законодавстві пов'язане з відсут-

ністю певних положень, які мають бути прийняті, або наявністю суперечливих норм. Відсутність такого правового регулювання (з недоліками) ставить під сумнів відповідність закону Основному закону держави. При виявленні таких випадків негативні правотворці застосовують своєрідну «методологію розслідування», тобто використовують різні методи тлумачення законів або їх комбінації.

Тільки за умови застосування всіх інструментів юридичної техніки розкривається зміст і сутність правового регулювання, закріпленого в нормативно – правових актах, виявляються його специфічні особливості та недоліки, відзначається відсутність правового регулювання, коли така відсутність суперечить Конституції.

Аналіз діяльності негативних правотворців країн романо-германської правової системи свідчить про існування різних засобів юридичної техніки, що використовується ними для уникнення прогалин у праві, які можуть виникнути у разі прийняття ними рішення про визнання закону або іншого правового акта (його окремого положення) таким, що суперечить конституції держави [8, с. 73].

С. Л. Вдовіченко серед правових засобів, що використовують зарубіжні конституційні суди задля уникнення прогалин, які можуть виникнути внаслідок прийнятих ними рішень, виокремлює такі:

– відтермінування офіційного опублікування рішення (Білорусь, Литва, Польща);

– встановлення рішенням пізнішої дати набрання ним законної сили (Вірменія, Естонія, Туреччина, Чеська Республіка);

– констатація конституційним судом того, що оспорюваний правовий акт тимчасово відповідає конституції, і вказівка на те, що цей акт суперечитиме конституції, якщо не буде змінений до визначеного терміну (Латвія, Словенія, Хорватія, Угорщина);

– визнання правового акта таким, що суперечить конституції внаслідок законодавчого упущення, без виключення його з правової системи, або оголошення акта недійсним (ця техніка застосовується, зокрема, конституційними судами Естонії, Іспанії, Німеччини, Хорватії);

— поновлення раніше чинного правового регулювання (Австрія, Болгарія, Латвія, Литва, Німеччина) тощо [8, с. 76].

В контексті того, чи є такі рішення Конституційного суду джерелом права, необхідно виявити способи впливу рішень «негативного правотворця» на правову систему і форму його прояву. Адже саме негативні правотворчі повноваження і відіграють головну роль у діяльності органу конституційного правосуддя із здійснення контролю за конституційністю нормативно-правових актів.

Є. Ю. Терюкова зазначає, що орган конституційного правосуддя проводить дослідження відповідності норм акта, який перевіряється нормам Конституції, і в разі виявлення суперечності акт, що перевірявся, скасовується, втрачає силу повністю або в частині, визнаній неконституційною. Таким чином, наслідком рішення органу конституційного правосуддя в разі визнання акта неконституційним є неминуча зміна в системі норм, тобто в праві держави. Оскільки правотворчістю є створення будь-якої нової сукупності норм — нового права (в тому числі скасування частини норм), то очевидно, що органи конституційного правосуддя при здійсненні подібної діяльності (контролю за конституційністю актів) одночасно є правотворцями [9].

З такою позицією погоджуються й інші вчені, проте відзначають, що рішення про визнання неконституційності актів є самодостатніми, і хоча формально ці акти або їх окремі положення залишаються недоторканими, *de-jure* вони позбавлені самої суті нормативно-правового акту — їх сили і фактично випадають із сукупності норм права [10]. Звичайно, якщо враховувати, що правотворчість — це не тільки створення нових норм права, їх зміна і доповнення, а й їх скасування, то можна дійти висновку, що конституційний суд у цій своїй якості виступає своєрідним правотворчим органом з негативною (такою, що скасовує) функцією, і його постанови про визнання нормативних актів неконституційними є джерелами права. Таку позицію обстоюють вчені й практики у більшості країн з романо-германською правовою системою.

Слід зазначити, що суд може позиціонуватися в якості тимчасового законодавця. Це означає, що зміни норм і статей закону

мають лише тимчасовий характер, поки парламент не перегляне або не внесе змін до законів, які були випробовані на підставі рішення конституційного суду [11].

Отже, для того, щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, насамперед нормативно-правових актах. Право в країнах романо-германської сім'ї становлять не тільки законодавчі норми, а й так звані «вторинні правові норми», що створюються у судовій практиці завдяки тлумаченню суддями законодавчих норм, уточнюють та доповнюють останні і містяться в судових актах. Норма, створена законодавцем, – це лише ядро, навколо якого обертаються «вторинні правові норми» [12, с. 96]. Таким чином, можна стверджувати, що акти «негативних правотворців» є такими, що мають вторинний характер і доповнюють та вдосконалюють нормативно – правову базу країн з континентальною системою права.

Слід погодитися з тим, що будь-яка система права є полем герменевтичного дискурсу, в межах якого суддя доповнює і розвиває право. Судові правотлумачні акти є самостійними результатами інтерпретаційної діяльності судових органів – джерелами права. Герменевтичний аналіз самої природи і механізму здійснення різних форм судової правотворчості дає змогу розв'язати філософську проблему щодо гнучкості, креативності, унікально-практичної корисності закону, його співвідносності зі справедливістю, а також ролі судді у процесі його застосування й створення [13, с. 127].

Суддя як «негативний правотворець» повинен пізнати право в його цілісності й доконаності, підтримувати ієрархію нормативно-правових актів. Дане твердження відповідає позиції вітчизняних учених В. В. Дудченко, М. Р. Аракеяна, В. В. Завальнюка, які наголошують: «... цілісністю права є джерела права в їх ієрархії, а доконаністю – справедливість. Термінами «ідея» або «дух» права й позначають зазначену цілісність і доконаність. В ідеї права закорінені його першоджерело, субстанційна сутність, істина, смисл, цінність, значення і мета. Для юриста ідея права є передумовою пізнання феномена права [14, с. 106]

Тлумачення, що дається негативними правотворцями при розгляді справи про відповідність законодавчих актів Основ-

ному Закону є своєрідною «добудовою права». Ці конституційно-правові рішення мають офіційний, об'єктивний і обов'язковий зміст та являють собою справжній зразок продукту герменевтичної практики в галузі права [13, с. 128].

Отже, не зважаючи на те, що всі країни, досвід яких наведено у даній статті, належать до однієї правової системи, здійснення «негативної правотворчості» в кожній державі має свої особливості. Характерною рисою є відсутність правотворчої функції у судової гілки влади відповідно до принципу поділу влади. Так, у процесі реалізації негативної правотворчості зникають одні правила та видозмінюються інші з метою врегулювання суспільних відносин та вдосконалення наявної системи права. Функція зі здійснення «негативної правотворчості» у країнах романо-германської правової системи є додатковою, що нібито доповнює правозастосовну чи інтерпретаційну діяльність судів, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права, насамперед нормативно-правових актів.

1. Стецик Н. В. Судова правотворчість у правовій системі Федеративної Республіки Німеччини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 4. С. 124 – 128. 2. Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя. URL: <https://court.gov.ua/sud0590/pres-centr/news/310283/>. 3. Юридичні наслідки визнання нормативного акта неконституційним: семінар-практикум. URL: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/175449-yuridichni-naslidki-viznannya-normativnogo-akta-nekonstitutsiyim-vidbuvsya-seminar-praktikum>. 4. Полховська І.К., Пахомова В.А. Проблемні аспекти виконання рішень Конституційного Суду України. *Філософія права*. 2016. № 3. С. 213 – 218. 5. Стрижак А. Порушення процедури внесення змін до Основного Закону знову може мати наслідком визнання їх нелегітимними. *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/129256-golova_ksu_20072010_rr_andriy_strizhak_porushennya_proceduri.html. 6. General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>. 7. Marieta Safta. Developments In The Constitutional Review. Constitutional Court Between The Status Of Negative Legislator And The Status Of Positive Co-Legislator / Perspectives of Law and Public Administration, Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences). URL: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=229993. 8. Вдовіченко С. Л. Відновлення дії попередньої редакції нормативно –

правового акта внаслідок визнання Конституційним Судом України внесених до нього змін неконституційними. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 2. С. 73-81. **9.** Терюкова Є. Ю. Правові акти у процесі здійснення конституційного правосуддя. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=86296>. **10.** Таги Э. Конституционный нормоконтроль. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10724/1/Sidorenko_98-100.pdf. **11.** Pan Mohamad Faiz The Relevance of the Negative Legislator's Doctrine / *Constitutional Magazine Opinion Column* No. 108 February 2016. // URL: <https://panmohamadfaiz.com/2016/03/17/relevansidoktrin-negative-legislator/>. **12.** Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романі – германській правовій сім'ї. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4963/1/Pogrebnaк_92.pdf. **13.** Мелякова Ю. В. Правотворчість у прецедентному і континентальному праві: герменевтичний аналіз. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*. 2012. № 2 (12). С. 126 – 143. **14.** Дудченко В.В., Аракелян М.Р., Завальнюк В.В. Герменевтика права: розвиток юриспруденції: навч. посіб. Одеса: Фенікс, 2014. 184 с.

References

1. Stetsyk N. V. Sudova prevotvorchist u pravoviy systemi Federatyvnoyi Respubliki Nimechyny. *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universitetu Vnutrishnih sprav*. 2010. № 4. S. 124-128. **2.** Sudova pravotvorchist u mehanizmi zabezpechena pryncypu verhovenstva prava v umovah reformyvanaya pravosudya. URL: <https://court.gov.ua/sud0590/pres-centr/news/310283/>. **3.** Urydychni naslidky vyznannya normatyvnoho akta nekonstytutsiynomu: seminar-praktykum. URL: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/175449-yuridichni-naslidki-viznannya-normativnogo-akta-nekonstitutsiynim-vidbuvsya-seminar-praktikum>. **4.** Polhovska I. K., Pahomova V.A. Problemni aspekty vykonanya rishen Constytutsiynogho Sudu Ukrayinu. *Filosofia prava*. 2016. № 3. С.213-218. **5.** Stryzhak A. Porushenya protsedury vnesenya zmin do Osnovnoho Zakonu znovu mozhe maty naslidkom vyznannya yih nelegitymnyy. *Zakon i Biznes*. URL: https://zib.com.ua/ua/129256-golova_ksu_20072010_rr_andriy_strizhak_porushennya_proceduri.html. **6.** General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL:<https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>. **7.** Marieta Safta. Developments In The Constitutional Review. Constitutional Court Between The Status Of Negative Legislator And The Status Of Positive Co-Legislator / *Perspectives of Law and Public Administration, Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences)*. URL: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=229993. **8.** Vdovichenko S. L. Vidnovlenya diyi poperednyoyi redactsiyi normatyvno – pravovoho akta vnaslidok vyznannya Constytutsiynym Sudom Ukrainy vneseniyh do nyogho zmin neconstytutsiynymy. *Visnyk Constytutsiynogho Sudu Ukrayinu*. 2011. № 2. С. 73-81. **9.** Terukova I. U. Pravovi acty u protsesi zdiysnenya constytutsiynogo pravosydy. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=86296>. **10.** Tagt E. Constitutsiyniy normocontrol. URL: <http://>

dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10724/1/Sidorenko_98-100.pdf. **11.** Pan Mohamad Faiz The Relevance of the Negative Legislator's Doctrine/ Constitutional Magazine Opinion Column No. 108 February 2016. URL: <https://panmohamadfaiz.com/2016/03/17/relevansi-doktrin-negative-legislator/>. **12.** Pogrebnyak S. Vplyv sudovoi praktyky na yurydychni acty v romano – germanskiy pravoviy simyi. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4963/1/Pogrebna_92.pdf. **13.** Melyakova U. V. Pravo-tvorchist u pretседentnomu i kontynentalnomu pravi: germenevtychnyi analiz. *Visnyk Natsionalnoi urydychnoi akademiyi imeni Yaroslava Mudrogo*. 2012. № 2 (12). S. 126-143. **14.** Dudchenko V. V., Arakelyan M. R., Zavalnuk V.V. Germenevtyka prava: rozvytok urisprudentsiyi: navch. posib. Odesa: Fenix, 2014. 184 s.

Bobrova Tatiana. Implementation of “negative lawmaking” in the countries of the romance-german legal system

The article considers the implementation of «negative lawmaking» on the examples of the Romano-Germanic legal system, as this process, like many other areas, is influenced primarily by European legal standards. Interpretations given by «negative lawmakers» when considering the case of compliance of legislation with the Basic Law is a kind of «completion of the law», because in order to have a complete picture of the content of law in the Romano-Germanic legal family, it is not enough to have knowledge of norms of law contained in official sources, first of all, in normative legal acts.

It was found that borrowing good foreign experience in combination with the peculiarities of the national legal system is the key to successful development of this legal phenomenon, and the implementation of «negative lawmakers» is one of the components of the judicial system of Ukraine as an independent branch of government. It is clear that as in the case law of the «negative lawmakers», and in the legislative practice of parliament, there are different forms of their relationship. It is clear that this is not just a consequence of the desire of positive and negative legislators to behave in this way, but primarily a consequence of their activities to exercise their powers in order to perform their tasks.

Key words: negative law-making, invalidation of legal norms, interpretation, unconstitutionality, law-making function, signs of normativeness.