СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Б. МАЛИШЕВ
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри теорії права та держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

Судова реформа, яка нині триває в Україні, є фактично черговою спробою зробити вітчизняне правосуддя таким, яким від нього чекає суспільство: справедливим вирішенням правових спорів на основі законів та міжнародно-правових стандартів. Однак її відрізняють особливі риси: 1) вперше істотно змінено відповідні норми Конституції України; 2) вперше маємо реальну залученість представників громадськості як на стадії підготовки відповідних законопроектів, так і на стадії реалізації положень нового закону. Прикладом є діяльність Громадської ради доброчесності, яка відіграє важливу роль при відборі кандидатів на посади суддів; 3) істотне збільшення заробітної плати суддям і членам органів, які мають безпосередній стосунок до судової влади — Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради правосуддя.

Нині важко казати навіть про перші результати початкового етапу реформи, втім, ця стаття буде присвячена явищу, яке тісно пов'язане як із результатом судової реформи, так і з правами людини, а саме: місцю судової правотворчості у системі форм сучасного права України.

Це питання — досить актуальне, і жваво обговорюється на сторінках наукових видань та на численних конференціях ще з початку 2000-х років. Водночас на сьогодні відсутня домінуюча думка серед науковців і практиків стосовно судової правотворчості у структурі вітчизняного правосуддя.

Чинна редакція нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у цьому аспекті є досить консервативною і нічого оригінального не каже про судову правотворчість, обмежуючись тим, що уповноважує суди різних інстанцій вивчати судову практику та здійснювати її узагальнення.

Втім, незважаючи на збільшення кількості досліджень, у теорії права й досі немає внутрішньо несуперечливого та цілісного розуміння судової правотворчості, яке було б викладене у системі понять і категорій. Крім того, вивчення судової правотворчості часто підміняється вивченням судового прецеденту, який є лише однією з її зовнішніх форм, або судовою практикою, яка взагалі являє собою окреме правове явище.

Розгляд судової правотворчості варто почати з констатації, що вона є різновидом правотворчості загалом. Як відомо, правотворчістю вважають спеціальну діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування чи народу (шляхом проведення референдумів), спрямовану на вста-

© Б. Малишев, 2017

новлення, зміну або скасування норм права.

Отже, неодмінною умовою процесу правотворчості є його спрямованість на зміст норми права: він або встановлюється, або змінюється, або скасовується. Принагідно зауважимо, що скасування норми права є такою самою правотворчістю, як і створення нової, адже в обох випадках йдеться про очевидне внесення змін до системи норм права, зміну правового регулювання. Тому є безпідставною позиція, яку поділяють деякі вчені, що рішення судів із визнання незаконними або неконституційними тих чи інших норм права не є правотворчістю.

Зважаючи на це, судову правотворчість потрібно розуміти як специфічну діяльність органів судової влади, в результаті якої встановлюються, змінюються або скасовуються юридичні норми.

Судова правотворчість має особливості, які полягають, по-перше, у тому, що її суб'єктами є суди як органи державної влади, від імені яких діють судді, що входять до складу певного суду.

По-друге, судова правотворчість є додатковою функцією суду, адже головним призначенням його діяльності є розгляд правових спорів шляхом правозастосування й ухвалення відповідних індивідуально-правових актів, а не створення нових норм шляхом правотворчості. Власне кажучи, саме у цьому здебільшого проявляється зазначена нами вище «специфічність» правотворчої діяльності судової влади.

По-третє, судова правотворчість має бути санкціонована з боку вищого представницького органу державної влади, як правило, шляхом видання спеціального закону (або мовчазної згоди парламенту і своєрідним правовим звичаєм).

Результатом будь-якого процесу правотворчості є видання певного акта, який містить норму права й у теорії права кваліфікується як форма права. І з теоретичного, і з практичного погляду, центральним у тематиці судової правотворчості є питання про те, які саме акти судової влади мають правотворчий характер. Стандартною та цілком правильною відповіддю є таке твердження: правотворчі акти — це акти, що містять норми права. Однак якщо брати до уваги лише змістовну ознаку (наявність в акті судової влади певного загальнообов'язкового правила поведінки), то багато з актів судової влади потенційно можна віднести як до правозастосування, так і до правотворчості, оскільки правотворча функція суду є невід'ємною від функції розгляду справ.

Цю думку підтверджує перебіг наукової дискусії, що триває з радянських часів щодо статусу рішень вищих судових інстанцій з так званих «складних» або «принципових» справ, які публікуються у спеціалізованих виданнях або розсилаються нижчим судам у вигляді інформаційних листів. Так, одна група вчених наполягає на тому, що якщо законодавчо жодним чином не закріплено обов'язковість таких рішень, то вони не є актами правотворчості, а отже, не є формою права. Інші вчені вказують на те, що такі рішення фактично мають обов'язковий характер для нижчих судів, що підтверджується емпіричною реальністю, коли нижчі суди майже завжди враховують позиції вищих судових інстанцій, сформульовані у подібних своєрідних «рішеннях-зразках».

Цікаво, що навіть опоненти визнання за такими рішеннями статусу акта правотворчості не заперечують особливий переконуючий авторитет зазначених рішень, а також те, що вони містять певні «правоположення» (але не повноцінні норми), які виникли внаслідок конкретизації норм законодавства і виходять за межі тлумачення норм права.

Зауважимо, що у цій дискусії не може бути кінця, адже одні вчені опе-

рують аргументами юридичної теорії, а їх опоненти — аргументами юридичної практики.

Тому виникає питання стосовно критеріїв, згідно з якими можна було б чітко кваліфікувати певне положення судового акта або як норму права, або лише як результат тлумачення. Дуже часто в ролі критеріїв називаються досить аморфні за своїм юридичним змістом категорії, які більше схожі на гру слів, аніж на матеріал, з якого має будуватися юридична аргументація. Маємо на увазі такі формулювання, як «нова інформація про правову норму», «розширення меж знань про норму», «нові регулятивні моменти» тощо.

Серед вказаних вище ознак судової правотворчості згадано санкціонованість з боку вищого представницького органу державної влади. З огляду на це, вважаємо, що єдиним правильним підходом до вирішення проблеми розмежування правотворчих і правозастосовних актів судової влади є не аналіз положень акта судової влади, а факт наявності чи відсутності у такого акта визнаного державою загальнообов'язкового характеру. Такий критерій має об'єктивний характер, на відміну від суб'єктивних і умоглядно-політологічних критеріїв, які базуються на характеристиках змісту акта судової влади.

За суб'єктами судова правотворчість поділяється на два види: 1) здійснюється судами загальної юрисдикції; 2) здійснюється судом конституційної юрисдикції.

Акти судової правотворчості є доволі різноманітними: 1) судовий прецедент; 2) квазіприцедент; 3) нормативно-правовий акт органу судової влади. Спільною ознакою для них є походження від судового органу й загальнообов'язковий характер, який, власне, і доводить факт здійснення цими актами загального рівня правового регулювання, на відміну від правозастосовних, які здійснюють лише індивідуальне правове регулювання і не можуть братися до уваги у дослідженні судової правотворчості.

Нижче розглянемо кожну з вказаних форм права, створених судовою владою, та визначимо, які з них присутні у сучасній правовій системі України.

1. У судових прецедентах міститься норма права, яка виникає у процесі вирішення судом конкретної справи і є побічним результатом здійснення правосуддя, а отже, норма завжди міститься у мотивувальній частині рішення суду.

На сьогодні законодавством України певним рішенням Верховного Суду надано загальнообов'язковий статус. Йдеться про рішення, ухвалені за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах (ст. 360^7 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 244^2 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 111^{28} Господарського процесуального кодексу України, ст. 458 Кримінального процесуального кодексу України). У перелічених нормах процесуальних кодексів встановлено, що вказані судові рішення Верховного Суду є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень і судів. Фактично це означає їх загальнообов'язковість. За таких умов зазначені рішення Верховного Суду можна розглядати як своєрідні судові прецеденти.

Втім, у зв'язку зі зміною Конституції України, до Верховної Ради України Президентом України нещодавно було внесено нові редакції всіх процесуальних кодексів, крім Кримінального процесуального (в який пропонується внести точкові зміни), оскільки на час написання цієї статті проект не ухвалено, нині складно сказати, чи збережуться згадані вище конструкції в остаточ-

них варіантах текстів процесуальних кодексів.

2. У нормативно-правових актах судової влади (у вигляді роз'яснення норм або встановлення загальнообов'язкових процесуальних правил) норми права являють собою не результат вирішення конкретної справи, а наслідок цілеспрямованої правотворчої діяльності вищих судових органів. Характерною рисою цих норм є те, що їх формулювання здійснюється або на підставі узагальнення практики вирішення певної категорії спорів, або вони являють собою процесуальні правила розгляду спорів, повноваження щодо встановлення яких вищими судовими інстанціями передбачено законом.

На сьогодні подібних актів судової правотворчості у правовій системі не існує.

3. У квазіпрецедентах міститься норма права, яка виникає у випадку позитивного вирішення судом (зокрема й Конституційним Судом України (далі — КСУ)) справ зі скасування незаконного нормативно-правового акта або надання офіційного тлумачення, а отже, норма права завжди міститься у резолютивній частині рішення суду і є фактично основним результатом його діяльності в межах вирішення певної справи.

Квазіпрецеденти є судовими прецедентами за якісними характеристиками норми права, що в них міститься. Адже остання не може вважатися прецедентною, оскільки являє собою не принцип вирішення спору, а мету діяльності суду, яка оформлюється у резолютивній частині рішення.

Інакше кажучи, процес створення прецедентної норми є побічним актом судового вирішення звичайного спору, в той час як квазіпрецедентна норма виникає внаслідок: а) ухвалення КСУ рішення, єдиною метою якого є офіційна інтерпретація положення Конституції; б) ухвалення КСУ або адміністративним судом рішення, єдиною метою якого є визнання невідповідності одного нормативно-правового акта (або його частини) іншому, більш вищому за ієрархією.

Об'єктивна необхідність категорії «квазіпрецедентне право» обумовлена тим, що зазначені рішення КСУ та адміністративних судів не можна віднести до жодної з двох визначених нами форм судової правотворчості. Причому у цьому випадку критерієм класифікації є характеристики норм права, які містяться в актах правотворчості судової влади.

Так, неможливість віднесення актів квазіпрецедентного права до нормативно-правового акта, виданого судом, пояснюється тим, що їх норми створюються у результаті судового розгляду спору.

У свою чергу, неможливість віднесення актів квазіпрецедентного права до судових прецедентів пояснюється так. Той факт, що норма права міститься у судовому рішенні, ще не дає підстав вважати її прецедентною, оскільки вона являє собою не принцип вирішення спору, а мету діяльності суду, яка оформлюється у резолютивній частині рішення.

Підсумовуючи, слід зазначити, що судова правотворчість не є породженням або особливістю функціонування окремих правових систем. Вона іманентно притаманна праву на всіх історичних етапах його розвитку. Адже основним призначенням права є розв'язання юридичних конфліктів за допомогою судових процедур.

Конкретні правові системи (або правові сім'ї) впливають лише на форми, види, структуру судової правотворчості, а також на юридичне значення її результатів. В одних правових системах судова правотворчість визнається офіційно, і тоді її результати набувають статусу повноцінного джерела (форми) права. В інших правових системах судова правотворчість може заперечуватись як на рівні ідеології, так

і на рівні положень законодавства, однак це не може завадити існуванню її в межах цих правових систем у латентній формі (у вигляді судової практики), і таким чином все одно впливати на суспільні відносини, бути правоутворюючим фактором.

Правосуддя та судова правотворчість не містять у собі взаємовиключаючих елементів. Судова правотворчість підкорена меті правосуддя (розв'язати правову суперечку на підставі закону та вимог принципів справедливості, рівності, свободи і гуманізму), і є одним зі шляхів її досягнення. Більше того, саме судова правотворчість здатна наповнити право у його конкретних проявах не тільки ідеями, а й конкретним змістом згаданих принципів.

Малишев Б. Судова правотворчість у контексті судової реформи в Україні

Анотація. У статті вказується, що на сьогодні в правовій системі України існує судова правотворчість у формі загальнообов'язкових рішень Верховного Суду, які мають багато спільних рис із судовим прецедентом, а також у формі квазіпрецедентів: а) рішень Конституційного Суду України з визнання нормативно-правових актів неконституційними та з офіційного тлумачення; б) рішень адміністративних судів зі скасування нормативно-правових актів на підставі їх невідповідності закону. Зроблено висновок, що правосуддя та судова правотворчість не містять у собі взаємовиключаючих елементів. Судова правотворчість підкорена меті правосуддя (розв'язати правову суперечку на підставі закону та вимог принципів справедливості, рівності, свободи і гуманізму), і є одним зі шляхів її досягнення.

Ключові слова: правова система України, судова правотворчість, судовий прецедент, квазіпрецедент.

Малышев Б. Судебное правотворчество в контексте судебной реформы в Украине

Аннотация. В статье указывается, что в настоящее время в правовой системе Украины существует судебное правотворчество в форме общеобязательных решений Верховного Суда, которые имеют много общих черт с судебным прецедентом, а также в форме квазипрецедентов: а) решений Конституционного Суда Украины по признанию нормативно-правовых актов неконституционными и с официального толкования; б) решений административных судов по отмене нормативно-правовых актов на основании их несоответствия закону. Сделан вывод, что правосудие и судебное правотворчество не содержат в себе взаимоисключающих элементов. Судебное правотворчество подчинено цели правосудия (разрешить правовой спор на основании закона и требований принципов справедливости, равенства, свободы и гуманизма), и является одним из путей ее достижения.

Ключевые слова: правовая система Украины, судебное правотворчество, судебный прецедент, квазипрецедент.

Malyshev B. The Judicial Lawmaking in the Context of Judicial Reform in Ukraine

Annotation. The article points out that at present in the legal system of Ukraine there is a judicial lawmaking in the form of generally binding decisions of the Supreme Court, which have many similarities to the judicial precedent, and also in the form of quasi-precedents: a) decisions of the Constitutional Court of Ukraine on the recognition of regulatory legal acts as unconstitutional and with official interpretation; b) decisions of administrative courts on the abolition of by-law regulations on the basis of their inconsistency with the statute. The conclusion is drawn that justice and judicial lawmaking do not contain mutually exclusive elements. Judicial lawmaking is subordinated to the goal of justice (to resolve a legal dispute on the basis of law and on the basis of the requirements of the principles of justice, equality, freedom and humanism), and is one of the ways to achieve it.

Key words: Legal system of Ukraine, judicial lawmaking, judicial precedent, quasi-precedent.