

## ОБЩЕСТВЕННЫЙ ИНТЕРЕС КАК СОСТАВЛЯЮЩАЯ СИСТЕМЫ ПРАВОВОГО ОБУЧЕНИЯ И ВОСПИТАНИЯ В ПОЛЬШЕ

*Коваленко И. И.*

*Рассмотрен опыт правового образования и воспитания в системе высшего образования Польши. Показаны специфика учета общественного интереса в практической деятельности будущих юристов, а также потенциал правового воспитания в деятельности юридических клиник.*

**Ключевые слова:** правовое воспитание, правовая культура, цель правового воспитания, методика правового воспитания.

## THE PUBLIC INTEREST AS PART OF THE SYSTEM OF LEGAL EDUCATION AND TRAINING IN POLAND

*Kovalenko I. I.*

*In this article examines the experience of legal education and training in the system of higher education of Poland. Shows the specificity of accounting of public interest in the practical activity of future lawyers, as well as the potential legal education in the activities of legal clinics.*

**Keywords:** juridical education, juridical culture, goal of the juridical education, methodics of juridical education.



УДК 340.12

*Ю. В. Мелякова, кандидат філософських наук*

## ПРАВОТВОРЧИСТЬ У ПРЕЦЕДЕНТНОМУ І КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ПРАВІ: ГЕРМЕНЕВТИЧНИЙ АНАЛІЗ

*Проаналізовано особливості судової правотворчості у двох системах права. Розглянуто сутність прецеденту як джерела права, межі «судового розсуду» і «суддівського активізму» в суддівській правотворчій практиці. Філософськи осмислено роль судді в процесі правотворення, а також місце його постаті у судовій герменевтиці, яка розглядається як методологія здійснення правосуддя та один із засобів досягнення справедливості.*

**Ключові слова:** судовий прецедент, континентальне право, правотворчість, тлумачення, принцип судового вирішення, суддівський активізм, судовий розсуд, правовий дискурс.

**Актуальність проблеми.** 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 дозволяє розв’язати філософський дискурс щодо гнучкості, креативності, унікально-практичної корисності закону, його співвідносності зі справедливістю, а також ролі судді у процесі його застосування й створення.

Триваючий нині процес становлення судової системи України згідно з принципом поділу влади тісно пов’язаний із питанням судової правотворчості. Зміни, які відбуваються під впливом інтеграційних процесів, зокрема, ускладнення правового регулювання, тенденція єднання джерел міжнародного та національного права, збільшення кількості колізій та інших деформацій у системі джерел права, недовіра і незадоволеність діяльністю судів – все це зумовлює необхідність герменевтичного аналізу правотворчої практики судів різних правових систем світу, актуалізує проблему лібералізації і мобільності сучасної системи судової правотворчості. На думку багатьох дослідників, у сучасній вітчизняній філософії права зміст судової інтерпретації залишається недостатньо дослідженим, незважаючи на велику актуальність цього питання для реформування судової системи в Україні.

**Стан наукової розробленості проблеми.** У зарубіжній та вітчизняній юридичній літературі проблеми юридичної герменевтики, зокрема характеристика судової правотворчості та її результатів з боку теорії праворозуміння, досліджуються у працях О. Попова, М. Марченка, Н. Савчук, Н. Стецика, Б. Малишева, А. Мірошніченка, С. Шевчука, В. Мідзяновської, Н. Гураленко, В. Бандури, М. Братасюка та ін. Проте, на думку фахівців права, малодослідженим залишається питання юридичної природи судових актів, що є результатами судової правотворчості, зокрема судового нормативно-правового прецеденту. Багато сучасних теоретиків праворозуміння вслід за філософами значну увагу приділяють герменевтичному підходу до праворозуміння (зокрема судовій герменевтиці), наприклад, А. Бернюков, Г. Дроздов, В. Бігун, П. Рабінович, А. Барак, Р. Циппеліус. Це зумовлено тим, що герменевтичний підхід, по-перше, визначає сутність права; по-друге, відіграє суто практичну роль у питаннях правильного тлумачення змісту норм права та питаннях правотворчості.

**Мета** статті – з філософських позицій проаналізувати правотворчу активність судових інстанцій у континентальній та загальній правових системах, виявити правотворчі функції суддів континентального і прецедентного права, показати розбіжності між нормативним змістом закону і його правозастосовчим змістом, розглянути різновиди судового тлумачення права і роль у цьому судді, довести необхідність оновлення і розвитку вітчизняного права шляхом збагачення та вдосконалення заходів судової правотворчості.

**Виклад основного матеріалу.** Герменевтична практика в галузі юриспруденції дуже чітко наявна у судовій справі, зокрема у країнах загального права. Багато фахівців уважають прецедентне право англосаксонської правової сім'ї сприятливим тереном для правотворчості. Саме суд здійснює найбільш значну за наслідками юридичну інтерпретацію. Навіть стосовно континентального права Г. Дроздов зауважує, що судовою функцією є не тільки застосування норм, створених законодавцем, а й разом з тим їхні конкретизація, тлумачення, індивідуалізація [1, с. 70]. Ю. Попов також зазначає, що судове правотворення країн континентального права не обмежується встановленням текстів норм, а включає й інтерпретацію закону [2, с. 36]. Йдеться, звичайно, не про так зване «офіційне тлумачення», яке в Україні має право давати лише Конституційний Суд, а про тлумачення у судовій практиці, без якого правозастосування є неможливим. Тлумачення, що дається судом при розгляді справи, не містить загальнообов'язкової сили, а має значення лише для сторін у даній справі. Рішення ж Конституційного Суду, якими скасовуються закони шляхом визнання їх «такими, що не відповідають Конституції», вочевидь, не є судовими рішеннями, до того ж вони на відміну від прецедентів та інших форм судової правотворчості не мають зворотної сили у часі. Проте ці конституційно-правові рішення несуть офіційний, об'єктивний і обов'язковий зміст та являють собою справжній зразок продукту герменевтичної практики в галузі права. Однак предметом даного дослідження виступає правотворча діяльність судів більш нижчої ланки.

Слід зауважити, що не всі судові прецеденти виконують правотворчу функцію, а лише ті, що містять нову норму права – нормативно-правові прецеденти, у той час як правотлумачні судові прецеденти закріплюють не норми права, а правила розуміння цих норм. Займаючись аналізом різних систем права, особливостей їх судової практики, різні теоретики і фахівці права до результатів судової правотворчості відносять різні за своєю природою правові явища, серед яких: усталена судова практика, судовий прецедент, переконливий прецедент, правові позиції суду, судовий розсуд, роз'яснення вищих судів, судові звичаї, акти роз'яснення судової практики, правоприміняючі акти, акти нормативного тлумачення тощо [3, с. 27]. У даній статті мова піде про основні з них: судовий прецедент в англосаксонському праві та переконливий прецедент і судовий розсуд (суддівський активізм) у континентальному праві – в контексті судової правотворчості. Акти і механізми правотворчості в самому судовому процесі дозволяють на практиці викрити інтерсуб'єктивний характер сучасного права, що акцентує на його комунікативності, трансгресивності, відкритості. Судовий процес з філософської точки зору виступає як живий, дієвий простір, що породжує саму тілесність правової норми, робить ексклюзивною і полівалентною кожен правову ситуацію. Детермінантів правового конфлікту визнається така сама велика кількість, як і варіантів його

вирішення. Так, феномен правотворчості у своєму руслі досить щільно зближує філософську герменевтику із судовою герменевтикою, котра розглядається в юриспруденції як методологія здійснення правосуддя.

Почнемо з філософського аналізу самого змісту і технології судового тлумачення законодавчих норм, що іноді є першим етапом правотворення. А. Бернюков пише, що тлумачення здійснюється, як правило, в ході застосування норм права, при розв'язанні конкретних юридичних справ. Правозастосовний процес – процес інформаційний, процес руху інформації. Кожне правозастосовне рішення має дві основи: фактичну і нормативну. В основу рішення кладуться не самі фактичні обставини (факти), а інформація про ці обставини. Те саме можна сказати і про нормативну основу. Правозастосувач у своїх розмірковуваннях під час постановлення рішення оперує не самою нормою права, а інформацією про її зміст. Отже, суддя отримує два види інформації: інформацію про факти та інформацію про норми. На основі цих двох видів інформації в результаті їх аналізу і оброблення складається третій вид – правозастосовне рішення. Так, на початковому етапі розгляду справи завдання судді – заповнити прогалини в інформації про факти і норми [4, с. 155].

На думку С. Бородіна, норма закону не може бути індивідуальною, вона завжди є абстрактною і містить лише типові ознаки. Діяння ж, навпаки, не може не бути індивідуальним. При кваліфікації злочину з'ясовується наявність типових ознак абстрактної норми закону в конкретному діянні, яке юридично оцінюється. Іншими словами, вирішується питання, під яку абстрактну норму можна підвести індивідуальний випадок. У результаті зіставлення абстрактного і конкретного, конкретного і абстрактного – дедуктивно-індуктивних висновків – створюються умови для з'ясування точного змісту закону, для всебічного аналізу злочину, встановлення його складу [5, с. 25]. У зв'язку з цим Г. Дроздов говорить про те, що судові тлумачення закону обмежено рамками конкретного випадку, здійснюється у встановленій процесуальній формі і має значення тільки для даної справи. По кожній справі, що підлягає вирішенню, право, яке включає її тлумачення, застосовується з самого початку, незалежно від наявності аналогічних справ, розглянутих цим або іншими судами раніше [1, с. 70]

Як уже зазначалося, правозастосовне рішення судді, крім фактичної основи, має нормативну. За словами А. Барака, суддя не може вирішити справу, доки не матиме перед собою правову норму, відповідно до якої справу буде вирішено. Влада розв'язувати спір тягне за собою як звичайний результат владу встановлювати правову норму і межі її застосування. Так, пізнаний факт спрямовує суд на пошук відповідного права, яке б розв'язало вже досліджену ним конфліктну ситуацію [6, с.129]. Суддя «сідає» на чинне законодавство для віднайдення там відповіді про юридичне вирішення інтерпретованого ним

спору як життєвої події. Його власний досвід і набута ним судова практика спрямовуються на необхідну для даної ситуації законодавчу норму. Для цього суддя використовує увесь свій інтерпретаційний арсенал. Однак у багатьох випадках виникають специфічні труднощі, пов'язані з недосконалістю нормативної системи: неузгодженість, суперечливість, неоднозначність, наявність прогалин, відверта відсталість закону від реальності тощо.

Багато хто з теоретиків права вважають більш гнучким і ліберальним відносно судової практики *англосаксонський прецедент*, де широта повноважень судді надає йому самостійності і правотворчості, а суддівські рішення мають зворотну силу в часі. Решта правників наполягають на перевагах *континентального прецеденту*, оцінюючи його як більш універсальний і демократичний. У країнах романо-германської правової сім'ї судові прецеденти існують у двох видах: у вигляді *усталеної судової практики* (*jurisprudence constante*) та *переконливого прецеденту*. Вони ж є одними із джерел права країн романо-германської правової сім'ї, в тому числі України. Проте правове регулювання тут все ж таки всеохоплююче здійснюється законодавством, яке не може бути скасоване судовим рішенням. Тому рівень правової визначеності у країнах континентального права порівняно з країнами загального права, звичайно, знижується у тому разі, якщо погіршується якість законодавства (як це і спостерігається наразі у праві України) [7]. Але, незважаючи на безумовну зверхність законодавства у континентальному праві, у тому разі, коли суддівська інтерпретація певного правового питання поширюється настільки, що стає загальнозживаною, усталеною, можна говорити про судову практику правотворення, або усталену судову практику, як один із різновидів судового прецеденту континентального права.

Вітчизняні правники час від часу висловлюють ідею надання рішенням Верховного Суду України (ВСУ) обов'язкового характеру відносно діяльності судів нижчих інстанцій. Однак ця ідея суперечить ст. 129 Конституції України, яка констатує, що судді при здійсненні правосуддя є незалежними і підкоряються лише закону. І все ж таки рішення ВСУ, як і рішення інших вищих судів, уже сьогодні мають силу «переконливого прецеденту» – іншого різновиду судового прецеденту континентального права. Отже, тут має місце своєрідний парадокс законодавства: заборона впливу сама по собі провокує вплив. Дійсно, кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, як виходячи з авторитетності вищої судової інстанції, так і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення. Але ситуація, за якої суддя першої інстанції, не погоджуючись із позицією ВСУ, постановляє своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, нормальною, такою, що відповідає Конституції України, і навіть є необхідною. Без цього судова практика не могла б нормально розвиватися [8].

Істотною відмінністю континентального прецеденту від англосаксонського є те, що останній може бути створений одним єдиним судовим рішенням, в той час як континентальний прецедент створюється завдяки появі низки судових рішень. Принциповою є відмінність у методологічних підходах двох правових систем: у країнах загального права використовується метод індукції – від окремого випадку до загального принципу, в той час як у країнах континентального права застосовується метод дедукції – від загальної норми до окремої справи. Звідси особливість співвідношення закону та судової практики у кожній із двох систем права: у континентальному праві судова практика «додає» до закону, а у загальному праві – закон «додає» до судової практики. Тому роль законодавчих та судових органів у зазначених правових системах неоднакова. Наявна також протилежність пріоритетності в них закону і судової практики [7].

Ті фахівці у галузі права, які у своїх оцінках віддають перевагу континентальному прецеденту, наводять як аргумент на свою користь такі факти. По-перше, при застосуванні англосаксонського прецеденту виникають труднощі щодо визначення сфери його дії, а також випадків, коли правило не повинно застосовуватись або від нього можна відхилитися. По-друге, визначення того, чи є справа «аналогічною розглянутій раніше», часто є дуже непростим завданням. Протилежна проблема виникає, якщо судова справа визнається «аналогічною» одночасно декільком прецедентним рішенням: тоді яке з них слід обрати? Коли кількість оприлюднених судових рішень нагадує кількість піщинок на березі моря, прецедентна система не спроможна працювати. До того ж, як зауважує А. Мірошніченко, правило, що виводиться із аргументації прецедентного рішення, є обов'язковим не в повному обсязі, а лише в частині. Решта прецедентного рішення, сформульована судом «між іншим» (*obiter dictum*), не є обов'язковою [9, с. 365]. Беручи до уваги, що рішення суду формується за конкретних обставин справи, часто буквальный аналіз тексту прецеденту не дає відповіді на питання про зміст норми, яку він містить [10, с. 9].

Підхід англосаксонського прецеденту базується на доктрині, яка дістала назву *stare decisis*, що означає «слідувати вирішеному раніше», тобто встановлення прецеденту зовсім не означає, що він діятиме довічно. Існують механізми подолання прецеденту загального права. Його дія може бути скасована як тією самою інстанцією, так і вищою і навіть нижчою інстанцією через так званий механізм «розрізнення». Цікавим є факт, що з середини 60-х років ХХ ст. Палата лордів керується правилом про можливість недотримання прецеденту, коли це не буде доречним. Хоча така можливість офіційно визнана лише за Палатою, однак очевидно, що відданість неухильному дотриманню прецеденту насправді є скоріше декларацією, ніж практичним підходом. С. Шевчук зазначає, що в сучасних європейських правових системах доктрина судового прецеденту не є дуже жорсткою. Звичайною практикою є неза-

стосування судами прецедентів, навіть очевидних, виходячи з того, що кожна справу можна відрізнити від іншої чи то за предметом, чи то за фактами [11, с. 38]. Було б безглуздя вимагати від судів неухильного і безумовного «дотримання вирішеного раніше». Отже, із цього випливає, що за герменевтичною лояльністю загальне право може відрізнитись від континентального лише завдяки наявності механізму відмови від застосування прецеденту, а не завдяки наявності самої прецедентної доктрини. Так, у континентальному праві дія закону, пом'якшена переконливим прецедентом чи судовою практикою, часто надає суду більшої правотворчості і правової ініціативи, а судовим рішенням – законодавчої якості та справедливості, ніж судовий прецедент як перша і єдина інстанція.

Р. Циппеліус писав: «Якщо, незважаючи на всі зусилля, знайти за допомогою тлумачення правової норми справедливе рішення, яке б відповідало уяві про справедливість або відчуттю справедливості, його не знайдено, то така правова норма потребує виправлення» [12, с. 24]. Тому, як вважав Х.-Г. Гадамер, суддя не повинен сліпо слідувати нормативно-правовому акту, бездумно його використовуючи, оскільки через неможливість існування досконалого законодавства така практика є апіорі порочною, оскільки беззаперечна віра в авторитет закону оманлива. За таких обставин норма виявляється авторитарною. З'ясувавши зміст закону з проекцією на встановлену фактичність, суддя повинен оцінити його власним переконанням, відчути власну правильність застосування норми та у разі переконання відповідності ідеалу справедливості скористатися ним [13, с. 674].

На думку видатного філософа-герменевта Г.-Х. Гадамера, ми живемо із природним, але хибним переконанням, що правовий зміст того чи іншого чинного закону є повністю однозначним і що сучасна юридична практика просто наслідуює його початковому сенсу. У такому разі для правника герменевтичне завдання полягало б ні в чому іншому, як у встановленні початкового сенсу закону та наступному його застосуванні як правильного змісту. Однак те, що це є юридично неспроможною фікцією, із плином часу виявилось повністю очевидним. Із суто юридичних спонукань виникає необхідність рефлексії з приводу історичних змін, в силу яких початкову сенсозмістовність закону та його зміст, що застосовується в юридичній практиці, слід відмежовувати один від одного. Зрозуміло, що правник завжди має на увазі сам закон. Проте нормативний зміст закону має бути визначений з урахуванням того випадку, до якого він буде застосований. Отже, правник осягає зміст норми права з точки зору даного юридичного випадку і заради цього випадку [13, с. 385].

Цитуючи Х.-Г. Гадамера, слід зазначити, що в дійсності історичне розуміння, в тому числі закону, завжди означає, що переказ, який рухається до нас, звертається до сучасного і має бути зрозумілим у його опосередкованості цим останнім [13, с. 388]. Правник, який, виконуючи власні суддівські обов'язки,

усвідомлює своє право на розширення закону порівняно з початковим змістом законодавчого тексту, робить саме те, що само по собі здійснюється за будь-якого розуміння, але тут називається судовою правотворчістю [13, с. 402]. Судовою правотворчістю вважають особливий вид правотворчості, який є процесом здійснення судовою владою правотворчої функції у поєднанні з її правозастосовною та інтерпретаційною функціями при розгляді конкретної справи, результатом якої є правоположення, що містяться у сформульованій судом мотивувальній частині рішення та мають обов'язкову силу не тільки для сторін у справі, а й навіть для інших суб'єктів права.

Посилаючись на американську дослідницю Д. Корнелл, А. Бернюков зазначає, що юридична інтерпретація завжди здійснюється через апеляцію до ідеалу (на чому і ґрунтуються висновки про ідеальний характер права), і ця апеляція не може бути обмежена створенням допустимого стандартного значення. Отже, закон – це лише символ для орієнтування суду під час праворозуміння. Коли ж документ є проблематичним, суд необхідно виходить за межі тексту в пошуках певного керівного начала, яке скеровуватиме його інтерпретацію [4, с. 160]. Та що є тим правильним компасом на шляху до правди у разі хибності закону чи його відсутності? Суддя, орієнтований на історичну справедливість. Інтерпретатор завжди знаходиться у виборі між законом, політикою та етикою. Правильне втілення в життя писаних законів, що визначають суспільні відносини з урахуванням неписаних морально-етичних норм і пануючої суспільної думки, – надто складне завдання. Так, за словами А. Барака, суддя повинен зважувати загальні міркування справедливості, моралі, громадської корисності та суспільного інтересу – однієї лише логіки недостатньо [6, с. 129].

Одним із найголовніших і суттєвих положень герменевтичного підходу, в тому числі до права, започаткованих Х.-Г. Гадамером, є ідея «входження в герменевтичне коло», сутність якої полягає в тому, що розумінню завжди передуює передрозуміння і що розумінню цілого передуює розуміння його часток, у той час як розумінню його часток передуює передрозуміння самого цілого – коло замкнулося [13, с. 30]. Попереднє розуміння залежить від традиції, в якій існує сам інтерпретатор. Він наділений можливістю скоригувати власний процес такого тлумачення, але повністю звільнитися від нього не в змозі, бо воно, виникаючи внаслідок мислення, вимагає наявності передумови, якою і є процедура передрозуміння. У процесі судочинства висновки осмислення факту та висновки осмислення правової норми народжують судові вирішення справи, що є їхнім прямим наслідком. Суддя перебуває в постійному герменевтичному колі. Базуючись на досягнутих ним підсумках праворозуміння та з'ясування фактичних обставин справи як частини, він осягає ціле, тобто доходить змісту того рішення, яке розв'яже конфлікт. Але ж для юридичного оцінювання фактів та використання їх у справі йому спочатку треба мати уявлення про ціле, тобто



про нормативно-правовий контекст конкретної справи. Отже, згідно з гадамерівською концепцією, коло замкнулося. Одиичне – загальне, частина – ціле, факт – норма знов виявляють свою діалектичну єдність.

Проте у процесі постановлення прецедентного рішення нормативно-правовий акт не відіграє своєї традиційної ролі загального начала, принципу. Цю роль тут бере на себе судовий прецедент, що набуває значення принципу чи зразка, загального обґрунтування конкретних фактів. Саме на ньому будується аргументація в ході судового слідства: «слідувати вирішеному раніше». Одиичне тут індуктивно стає загальним: факт – нормою, частка історичного судового досвіду набуває категоричного сенсу для утворення правової традиції та постановлення цілісного закінченого судового рішення. Проаналізуємо сам механізм постановлення прецедентного рішення: а) аналіз фактів судової справи; б) добір аналогічної справи із арсеналу вже постановлених у судовому порядку справ; в) проведення аналогії між фактами справ; г) аргументація аналогічності фактів типових судових справ; г) обґрунтування відповідності принципу вирішення правового конфлікту певному чинному закону, а також доречності застосування цього закону до вирішення даної справи; д) постановлення прецедентного рішення. Де тут спостерігається суддівська правотворчість? Певною мірою вона наявна вже на етапі вільного обрання аналогічної справи для її порівняльного аналізу зі справою, яка підлягає вирішенню, а також на етапі аргументації міри відхилення від законності і обґрунтування ступеня вини злочинця, в тому числі на етапі обрання закону, відповідно до якого справа буде розв'язана, і, нарешті, на етапі постановлення ексклюзивного рішення по конкретній справі.

Правовий прецедент на відміну від законодавчої норми демонструє закінчену історію окремої протиправної дії. Звертаючись до певної формалізації, правник виявляє безпосередньо зміст злочину та аргументації покарання. Здійснюючи феноменологічну редукцію, тобто абстрагуючись від опосередкування інтерпретації справи обставинами, формальностями та суб'єктивними н'юансами, правник ризикує спотворити саму сутність справи і ще більше віддалитися від справедливості. Хоча, привносячи зайву суб'єктивність бачення обставин справи, правник знов ризикує схилитися до хибного прецедентного рішення. У зв'язку з цим постає питання легітимаційних меж суддівської правоінтерпретації, які німецький дослідник Р. Циппеліус визначає так: «Обставиною, яка легітимізує добудову права, є його (права) спрямованість на забезпечення справедливості» [12, с. 123].

Оскільки «справедливість» – категорія більш моральна, ніж правова, процес її досягнення включатиме як нормативно-логічний, так і психологічний компоненти. Б. Малишев, аналізуючи англійських теоретиків права, виявляє особливості моделей міркування і пізнання у прецедентному праві, специфічні інтелектуальні якості, яких воно вимагає від фахівців для свого функціо-

нування і розвитку. Отже, основу стилю юридичного мислення, притаманного прецедентному праву, становлять органічно пов'язані елементи двох видів – раціональний та позараціональний, зумовлені застосуванням правниками або інтуїції, або логічних прийомів. Така структура мислення сама по собі не є чимось неординарним: процес правопізнання (як і само право) в будь-якому разі не може бути суто раціональним, у ньому завжди є місце ірраціональним компонентам. Основною специфікою стилю юридичного мислення англійських правників є приблизно однакова питома вага логічних та інтуїтивних елементів у його структурі. Більшість процедур, пов'язаних із прецедентом, поділяються на два види: 1) дослідження обставин справи; 2) дослідження змісту прецедентної норми. Якщо у першому випадку застосовуються переважно логічні засоби, то у другому – інтуїтивні [14, с. 143–144].

В Англії не існує єдиного та загальнообов'язкового способу виведення норми права із тексту прецеденту. Розуміння правового принципу вирішення, за допомогою якого була вирішена справа, є занадто широким і неконкретизованим критерієм для його наступної ідентифікації при вирішенні подібної справи. Така невизначеність обумовлює те, що принцип вирішення (*ratio decidendi*) виокремлюється правниками не за певною стійкою логічною схемою, алгоритмом, а, скоріше, за допомогою різноманітних інтуїтивних засобів. Інтуїтивність у процесі застосування прецедентної норми виявляється у тому, що англійський суддя (а також правники, що представляють сторони у справі) мають «побачити норму очима свого попередника», тобто очима судді, що постановив рішення, яке стало прецедентом і має бути застосовано тепер, при вирішенні подібної справи [14, с. 144]. Посилаючись на гносеологічно-правові концепції А. Козловського, Б. Малишев пише, що будь-який юридичний текст містить, крім явно виражених понять, чітко виділених одиниць інформації, ще й неявне, неформальне знання і є транслятором традицій, специфічного дискурсу, який не може бути зрозумілим для неносія цієї традиції, що перебуває за межами цього дискурсу. А оскільки в нашому випадку юридичним текстом виступає судове рішення, яке не містить чіткого текстуального виразу диспозиції норми права, то роль традиції юридичної діяльності у процесі з'ясування сенсу правового припису збільшується у десятки разів [14, с. 145].

Розгляд інтуїтивного компонента правового мислення порушує проблему застосування загальнотеоретичних методів у праворозумінні. Основний принцип, яким має керуватися суддя: «подібні справи мають бути вирішені у подібний спосіб», тобто міркування за аналогією. Широке застосування аналогії є найхарактернішою ознакою стилю юридичного мислення англійського правника, передусім судді. Суддя починає розгляд спору із з'ясування всіх його істотних фактів і обставин. З цих фактів він має вивести правило для вирішення спору. Міркуючи про можливість застосування певної прецедент-

ної норми до справи, що розглядається, суддя вперше застосовує аналогію при обґрунтуванні того, що справа, яка тепер розглядається, є подібною попередній, а вдруге – при вирішенні того, чи збігаються факти обох справ настільки, аби було необхідним застосовувати першу з них як норму. Як правило, до уваги беруться обставини не однієї справи, а декількох подібних. Коли ж перед суддею постає питання про обрання певного принципу вирішення, все залежатиме від того, яким він вважає характер принципу вирішення попередньої справи: широким чи вузьким, хоча Ю. Попов звертає увагу на той факт, що порівняння фактичних обставин справ для визначення ступеня їх аналогічності має неоднакове значення у різних країнах – від істотного (у США) до другорядного (в Англії) [7]. Таким чином, норма англосаксонської системи права створюється не за зразком континентальної норми права (гіпотеза–диспозиція–санкція), а шляхом формулювання аргументації, з якої в свою чергу виводиться певний принцип вирішення справи (*ratio decidendi*), котрий, однак, не може бути зведеним до правила, оскільки є особливим у кожному окремому випадку (справі). Застосування визначених аргументів призводить до вирішення справи в той чи інший спосіб за даних конкретних обставин. Така схема прецедентного судочинства надає йому мобільності, рухливості, чуттєвості до історичної ситуації, дискурсивного характеру.

Н. Гураленко в руслі актуальної сучасної традиції розглядає судовий прецедент як одне із джерел права на рівні з законом, звичаєм та судовою практикою і робить висновок, про те що чіткі правила віднесення тих чи інших судових актів до джерел права необхідні сьогодні як для самого суду, так і для інших правозастосувачів. Наприклад, це необхідно законодавцю, оскільки подальше регулювання ним правовідносин має бути пов'язане з раніше ухваленим і таким, що набрав чинності, судовим актом. Незважаючи на формальне заперечення можливості існування правових норм поза законодавчими актами, слід відзначити той факт, що у формуванні континентального права дедалі зростає роль суддів, які розвивають, доповнюють і навіть змінюють писане право. Це свідчить про інтегративні процеси, що відбуваються у відносинах між різними системами права. Німецькі вчені пишуть, що на континенті поступово послаблюється хибність уявлень про те, що постановлення рішень – це лише технічна і автоматична процедура. Навпаки, у законі дедалі більше бачать тільки вираження загальних принципів, що дають великий простір для тлумачення, і внаслідок цього постійна судова діяльність стає самостійним джерелом права [15, с. 10–11].

Багато авторів виступають проти судової правотворчості, посилаючись на концепцію поділу влади. Серед них В. Нерсисянц, С. Загайнова. На їх думку, будь-яка спроба розгляду судової правотворчості і в цілому судової влади в контексті проблеми її взаємодії з владою законодавчою і виконавчою повинна починатися з аналізу деяких основних ідей, сформульованих основоположни-

ками теорії поділу влади [15, с.12]. Вихідні положення цієї теорії зводяться до того, що суди не можуть визнавати нечинними акти парламенту – закони. Судді повинні застосовувати, а не творити право, оскільки вони не обираються народом та не відповідають перед ним за свою діяльність, адже правотворча діяльність суддів не може вважатися демократичнішою за правотворчу діяльність парламенту. У такому разі логічніше говорити не стільки про поділ влади, скільки про поділ функцій, компетенції, повноважень різних державних органів з метою реалізації ними механізму стримувань і противаг. Наявним є той факт, що серед вітчизняних фахівців права дедалі все частіше звучать заклики визнати судову правотворчість і перейти до прецеденту як способу розвитку континентального права. У даний час суди все найчастіше змушені творити право, інакше їхня діяльність стане просто неефективною. Тому все більшого значення у вітчизняному праві набуває принцип судового розсуду.

Здійснюючи герменевтичний аналіз судового розсуду, А. Барак вказує на те, що сутність відправлення правосуддя через судовий розсуд (у А. Барака – «суддівський розсуд») полягає у трирівневій інтерпретації. Перший рівень – це факти. Суддівський розсуд обирає з сукупності фактів ті, які видаються необхідними для розв'язання конфлікту. Другий рівень – застосування даної норми. Суддівський розсуд обирає з різноманітних методів застосування, що даються нормою, один метод, який знаходить найбільш прийнятним. Третій рівень розсуду – встановлення самої норми (судового рішення). У зв'язку з цим А. Барак говорить про «три об'єкти суддівського розсуду – факти, застосування норми та саму норму» [6, с. 20]. Він робить такий висновок: «Суддя не може судити про факти, допоки не сформулює для себе, хоча б на перший погляд, що говорить закон, оскільки число фактів нескінченне, а він повинен сконцентруватись на тих, котрі мають відношення до справи, яка визначається законом. Проте суддя не може визначити закон доти, доки хоча б з першого враження не займе позицію відносно фактів, оскільки число законів велике, а він повинен зосередитися на одному; якому ж саме – визначається природою фактів» [6, с. 25]. Таким чином, інтерпретація судового розсуду повертає нас до герменевтичного кола Х.-Г. Гадамера. Виявляється внутрішній зв'язок між нормою і фактом. Обидва є предметами судового встановлення. Норма просіюється крізь факти і зосереджується тільки на тих, які стосуються справи. Факти ж сортуються через норми і зосереджуються тільки навколо тих, які застосовуються до справи. А сам судовий розсуд, на думку А. Барака, ніколи не може бути абсолютним, завжди обмежуючись вимогами справедливості (слід розуміти – відносністю конкретного випадку, правової ситуації, суб'єктивного суддівського погляду. – Ю. М.) [6, с. 33].

Вище було розглянуто механізм постановлення прецедентного судового рішення. Але більшість дослідників бачать його більш узагальнено. Вони вважають, що судовий прецедент як джерело права складається з двох осно-

вних структурних частин. Перша частина становить зміст правової позиції судді, висловленої у зв'язку з розглядом конкретної справи, тобто позиції, яка лягла в основу вироку по даній справі. Ця частина судового акта називається принципом вирішення. Друга частина містить докази, що обґрунтовують необхідність постановлення того чи іншого рішення і тим самим вказують на важливість і переконливість постановлення рішення. Згідно з цією структурою судового прецеденту виходить, що суддя має приділяти більше уваги не стільки факту, що підводить його до формулювання рішення, скільки самому рішенню і, звичайно, не залишати поза увагою основні докази [16, с. 120].

Особа судді у прецедентному (і не тільки) судовому дискурсі є визначальною, тому як він особисто обирає метод інтерпретації, принцип доказу і виносить вирок. Так, В. Бігун вважає ключовим питання: «Хто здійснює правосуддя: суд чи суддя?» В очах людини його здійснюють судді, а інколи народні засідателі чи суд присяжних. Постановляючи судові рішення, здійснюючи судочинство, судді керуються не тільки законом, а й певним світоглядом. Суд як такий позбавлений світогляду, останнє є людським явищем. Саме суддя, хоча і в рамках процесу, вдається до акту судження, де виявляє всі свої відомі здібності: мати думку, оцінювати, вважати істинним чи справедливим і, зрештою, постановляти рішення. Саме через суддів може здійснюватися необхідна певному режиму ідеологічна лінія: шляхом переконання, вказівок, інших методів психологічного впливу [17, с. 117]. Традиційно вважається, що суддя є «законом, який промовляє». Звідси презумпція «судді-Геркулеса». Проте антропологічно-правові дослідження виявили, що суддів можна визначати й за іншими підходами, зокрема, залежно від принципу вирішення ними правових спорів (конфліктів). В одному з таких досліджень пропонуються п'ять типів суддів: а) суддя, який суворо дотримується закону (консерватор); б) суддя-правотворець (*lawmaker*); в) суддя-посередник; г) суддя, який постановляє авторитетні рішення; д) суддя-процесуальник [17, с. 118]. Сьогодні у вітчизняній системі права спостерігається тенденція до розширення повноважень судді, зокрема правотворчих.

Аналізуючи концепцію «суддівського активізму», С. Шевчук зауважує, що судова правотворчість тісно пов'язана з новою роллю судді: від «вуст, що проголошують слова закону» до «оракула права». Концепція «суддівського активізму» тісно пов'язується з феноменом судової правотворчості та походить з країн загального права. Уперше термін «судовий активізм» з'явився у США в 1947 р., після чого явище судової правотворчості увійшло в американську юридичну літературу вже під цією назвою. Учені виділяють п'ять сучасних значень терміна «суддівський активізм» як характеристику різних типів судової діяльності: 1) визнання неконституційною та незаконною діяльність інших гілок влади, результатів урядової політики; 2) неспроможність дотримання доктрини прецеденту; 3) судова правотворчість; 4) відхилення від загально-

прийнятих методів, способів тлумачення, що склалися у практиці правозастосування; 5) правосуддя, що орієнтується на певний результат [18].

Однак, коли судді вдаються до «законодавчого регулювання із суддівської лави», це не може не викликати побоювань з боку інших гілок влади. Коли Президент США Дж. Буш здійснював призначення на посаду судді, він казав, що планує призначити швидше тих, хто буквально тлумачить юридичні тексти, відчуваючи себе відданими праву, ніж суддівських активістів, хто законодавствує зі свого крісла, оскільки країні потрібні судді, які тлумачать закони, а не ті, хто їх створює або пише [18]. Тут спостерігається явний захист принципу поділу влади. І все ж таки правники вважають, що у певних випадках судді просто змушені займатися судовою правотворчістю, особливо коли це стосується захисту фундаментальних прав і свобод, що, до речі, схвально сприймається громадськістю. Так, у справі *Miranda v. Arizona* суд розтлумачив певні конституційні положення щодо особистих прав затриманого, а також принцип, за яким жодний доказ, отриманий в результаті допиту, не може бути використаний проти затриманої особи, якщо слідство не доведе, що до його початку особі було повідомлено про її права. Дане прецедентне рішення, відоме як «правило Міранди», зокрема його мотивуюча частина стосовно прав і свобод обвинуваченого, набуло своєї нормативної чинності і стало одним із символів американської демократії.

Суддівський розсуд можна визначити, як межі свободи судді в судовому вирішенні або спосіб реалізації судової влади суддею. Визначають як внутрішні межі суддівського розсуду (погляди, переконання тощо), так і зовнішні обмеження свободи судді в постановленні судових рішень (наприклад, передбачені нормативно-правовими актами). Предметом діяльності судового розсуду є судове тлумачення як спосіб правопошуку для судового правозастосування. В американській правовій теорії розрізняють різновиди судового тлумачення, що закріплюється у поняттях: *interpretation* (інтерпретація, тлумачення) та *construction* (буквально «конструювання»). *Interpretation* позначає діяльність із визначення семантичного змісту правового тексту, тоді як *construction* – діяльність із перекладу семантичного змісту правового тексту на юридичні правила [19, с. 99]. Отож, інтерпретується значення тексту, а «конструюються» юридичні правила застосування тексту до конкретних фактичних ситуацій. Адже можна побачити другий, позитивний рівень судової герменевтики – рівень застосування норми до фактів справи.

Як логічний наслідок проблеми юридичного тлумачення існує давній спір між «оригіналістами» та «сучасниками» у складі Верховного Суду США та судів інших юрисдикцій стосовно того, з яких позицій тлумачити конституційний текст: перші намагаються визначити значення текстуальних положень, виходячи з їх семантичного значення у період прийняття Конституції США, тоді як другі вважають, що конституційний текст повинен мати сучасне зна-

чення. Оригіналізм ототожнює зміст Конституції зі змістом волі її «батьків-засновників». Будь-яке відхилення від первісного значення Конституції, на думку прихильників цієї теорії, є «тиранією суддів», які замінюють цінності суверенного народу їх власним баченням. У разі виникнення певних проблем при застосуванні Конституції вона повинна бути змінена в установленому порядку, а судді не мають права виявляти активізм шляхом її розширеного тлумачення. «Сучасники» ж, навпаки, виправдовують більш активну діяльність суддів: Конституція повинна діяти як «живий документ, що змінюється з плином часу для того, аби справлятися з поточними проблемами та поточними потребами». Тут напрашується пряма аналогія між підходом «сучасників» та концепцією тлумачення Конвенції про захист прав людини і основних свобод, розробленої в юриспруденції Європейського суду, за якою «Конвенція є живим документом, що має тлумачення у світлі сьогодення» згідно зі спільними стандартами країн європейських демократій. Це дістало назву «динамічне тлумачення» Конвенції [18]. Сам термін «динамічне тлумачення» викриває актуальність і значущість герменевтичних практик у правовому полі судочинства.

Прийнято виокремлювати різні види судового тлумачення, які складно класифікувати за єдиним критерієм. Один з-поміж найбільш поширених – суддівський активізм, якому притаманна ознака судової нормотворчості. Цьому методу протиставляють суддівську летаргію, а також судове стримання. Також поширені такі теорії судового тлумачення, як текстуалізм і контекстуалізм (історичний чи фактичний), оригіналізм, суворе тлумачення, функціоналізм, доктриналізм, девелопменталізм, структуралізм та інші різновиди поєднання цих теорій [19, с. 99]. Так, судове стримання є одним із видів тлумачення права. Питання суддівського самообмеження є особливо важливим саме у контексті діяльності конституційних судів, оскільки єдиним способом стримування постійно зростаючого суддівського активізму щодо тлумачення та застосування конституційних норм є зміни до Конституції. Проблема суддівського активізму стосується небезпеки суддівського вторгнення у законодавчу сферу, а також того факту, що практично не існує іншого органу, крім суду, який міг би перевіряти якісну сторону дії Конституції. Річ у конфлікті між суддями, які в Україні не обираються демократичним шляхом, з одного боку, та обраними народом законодавцями, які приймають закони, – з другого. Тому підстави цієї суперечності є ідеологічними, адже відповідна судова правотворчість може бути розцінена як втручання у політичний процес [18].

Усі ці факти ще раз вказують на вагому і значну роль судді у судовій правоінтерпретації та правотворчості, незалежно від типу правової системи. Прямо чи опосередковано (через особливості застосування норми до факту) суддя все однаково виявить своє суб'єктивне, індивідуальне бачення права, свій критерій справедливості у межах закону. Не випадково у США при при-

значенні чи виборах суддів намагаються з'ясувати відповідну філософію судді, котра, як прийнято вважати, структурно складається із філософії судді як особистості (його світогляд) та суддівської філософії (професійна позиція); також при оцінюванні судового вирішення ураховується філософія інших учасників процесу, задіяних у здійсненні правосуддя [19, с. 103].

**Висновки.** Аналізуючи технічні особливості судових систем двох типів права – прецедентного і континентального, констатуємо, що жодна з них не може бути однозначно визнана більш гнучкою і ліберальною стосовно аспекту правотворчих повноважень суддів. Останні значною мірою наявні як у прецедентному, так і в континентальному праві. Отже, суддя не тільки тлумачить право у межах, визначених законом, – він творить право на етапах тлумачення правової норми, застосування норми до фактичних обставин справи, обрання принципу вирішення конфлікту і, нарешті, постановлення судового рішення.

У текстах законів право є статичним, наче мертвим, у той час як у судовому процесі воно оживає, виявляючись у своїй дієвості, збагачене силою правових аргументів, фактів, суддівського світогляду. Сама справедливість набуває процесуального характеру, оскільки від принципу і способу вирішення судової справи залежить зміст правової норми: принцип застосування норми справляє зворотний вплив на її семантичний зміст. Норма права виявляє свій подвійний сенс (номінальний і застосовний) завдяки різноманітним правилам її тлумачення: в першому випадку в ситуації її безвідносного розгляду, в другому – в ситуації застосування до фактичних обставин справи. У результаті цього поле нормативних змістів стає мінливим, динамічним, уразливим щодо ситуації та особистісної суддівської інтерпретації. Таким чином, даний підхід до розуміння права, що утвердився в межах парадигми інтерсуб'єктивності, не може не позначитися на принципах судової герменевтики.

Ексклюзивність судової інтерпретації правової норми має наслідком збагачення заходів судової правотворчості. Судова ж правотворчість у вітчизняній системі права потребує суттєвого вдосконалення з метою оновлення і розвитку національного права, його успішної інтеграції у міжнародний простір. Судова правотворчість необхідна, з одного боку, для заповнення прогалин у праві, розгляду «непередбачених у законі випадків справедливості», а з другого – через те, що об'єктивного, всіма визнаного критерію справедливості не існує, а етичні та світоглядні цінності постійно змінюються, виникає побоювання створення повного і безконтрольного судового свавілля. Як наслідок аксіологічної відносності виникає проблема меж суддівської активності та суддівської сваволі. Межі судового розсуду повинні окреслюватися при вирішенні конкретної справи, розступатися перед постійною непередбачуваністю життя, унікальністю кожної життєвої ситуації. Тільки індивідуальна правова свідомість судді повинна бути останньою інстанцією для постановлення справедливого рішення.



## ЛІТЕРАТУРА

1. Дроздов Г. В. Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти / Г. В. Дроздов // Сов. государство и право. – 1992. – № 1. – С. 70–77.
2. Попов Ю. Ю. Суддівське правотворення на прикладі регулювання відносин щодо неукладених угод / Ю. Ю. Попов // Юрид. радник. – 2005. – № 5. – С. 34–38.
3. Стецик Н. Судові правотворчі акти: загальнотеоретична характеристика / Н. Стецик // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юрид. – 2011. – Вип. 52. – С. 27–32.
4. Бернюков А. М. Зміст судової інтерпретації: герменевтичний вимір / А. М. Бернюков // Проблеми філософії права. – 2008–2009. – Т. VI–VII. – С. 154–163.
5. Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни / С. В. Бородин. – М. : Юрид. лит., 1977. – 240 с.
6. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак ; пер. с англ. – М. : НОРМА, 1999. – 376 с.
7. Попов Ю. Ю. Прецедент: напрямки розвитку в Україні / Ю. Ю. Попов // Тези Між-нар. наук.-практ. конф. «Розвиток цивільного законодавства: посткодифікаційний період», Київ, 8–9 жовт. 2009 р. – Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://law.univ.kiev.ua/userfiles/file/Library/Popov%20%28tezisy%20konf%20VERSION.doc.17.04.2011 15:26>.
8. Попов Ю. Ю. Фактори, що стримують розвиток судового прецеденту у праві України. – Електронний ресурс / Ю. Ю. Попов. – Режим доступу: [http://popov-yuyu.narod.ru/27\\_Precedent.htm](http://popov-yuyu.narod.ru/27_Precedent.htm).
9. Мірошніченко А. М. Чи потрібний Закон України «Про нормативно-правові акти»? / А. М. Мірошніченко, Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 362–372.
10. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Б. В. Малишев. – К., 2002. – 14 с. – Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/ard/2002/02mbvtpa.zip>.
11. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
12. Цицпеліус Р. Юридична методологія / Р. Цицпеліус ; пер. з нім. – К. : Реферат, 2004. – 176 с.
13. Гадамер Х.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики / Х.-Г. Гадамер ; пер. с нем. Б. Н. Бессонова. – М. : Прогресс, 1988. – 704 с.
14. Малишев Б. В. Судовий прецедент і стиль правового мислення / Б. В. Малишев // Проблеми філософії права. – 2004. – Т. II. – С. 142–147.
15. Гураленко Н. Судовий прецедент: свавілля чи потреба часу? (Філософсько-правовий дискурс) / Н. Гураленко // Юрид. Україна. – 2009. – № 6. – С. 10–16.
16. Мідзяновська В. Судовий прецедент: структура, види / В. Мідзяновська // Право України. – 2006. – № 6. – С. 119–123.
17. Бігун В. С. Філософія правосуддя (до постановки проблеми) / В. С. Бігун // Проблеми філософії права. – 2006–2007. – Т. IV–V. – С. 113–119.
18. Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості. – Електронний ресурс / С. Шевчук. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2991>.
19. Бігун В. С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення / В. С. Бігун. – К. : Бібліотека міжнародного часопису «Проблеми філософії права», 2011. – 249 с.

## ПРАВОТВОРЧЕСТВО В ПРЕЦЕДЕНТНОМ И КОНТИНЕНТАЛЬНОМ ПРАВЕ: ГЕРМЕНЕВТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Мелякова Ю. В.

*Проанализированы особенности судебного правотворчества в двух системах права. Рассмотрены сущность прецедента как источника права, границы «судебного усмотрения» и «судейского активизма» в правотворческой практике. Философски осмыслена роль судьи в процессе создания права, а также место его фигуры в судебной герменевтике, которая рассматривается как методология осуществления правосудия и один из способов достижения справедливости.*

**Ключевые слова:** *судебный прецедент, континентальное право, правотворчество, толкование, принцип судебного решения, судейский активизм, судебное усмотрение, правовой дискурс.*

## LAWMAKING IN CASE LAW AND CONTINENTAL LAW: HERMENEUTICAL ANALYSIS

Melyakova J. V.

*The peculiarities of judicial legislation in two systems of law are analyzed. The nature of precedent as a source of law, the scope of “judicial discretion” and “judicial activism” in law-making practice are considered. The philosophical meaning was given to a role of judge in law creation process and also to the place of his figure in legal hermeneutics which is considered as methodology of effectuation of justice and one of the methods of achieving justice.*

**Keywords:** *judicial precedent, continental law, lawmaking, construction, principle of judicial decision, judicial activism, judicial discretion, law discourse.*



УДК 316(477)

Ю. І. Золотарьова, кандидат філософських наук, доцент

## СОЦІАЛЬНА СПРАВЕДЛИВІСТЬ ТА ПРАВО: СПІВВІДНОШЕННЯ І ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК

*Розглянуто сутність та форми співвідношення, взаємодії та взаємозв'язку найважливіших суспільних феноменів – права та соціальної справедливості. Обґрунтовано положення про те, що в умовах українського суспільства, яке трансформується, міра реалізації права є мірою соціальної справедливості. Визначенню міри реалізації права сприяє його співвіднесення із соціальним капіталом.*

**Ключові слова:** *право, реалізація права, соціальні функції права, соціальна справедливість, соціальний капітал.*