

С. В. Прийма, аспірант кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Роль судді в розгляді важких справ: тлумачення чи правотворчість?

Як відомо, суд, здійснюючи правосуддя, забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави¹. Природно, що під час здійснення цієї функції суд зобов'язаний вирішувати правові спори. У зв'язку з цим постає ряд питань про обсяг і сутність повноважень суддів щодо даного обов'язку.

Однією з важливих рис права є його загальний характер. Норма права зазвичай не може врахувати всього різноманіття конкретних життєвих ситуацій, які опиняться під впливом її регулювання. Слід мати на увазі, що будь-яку норму, якої суб'єкти права мають дотримуватися для визнання їх поведінки правомірною, неможливо сформулювати абсолютно чітко. Норми права, регулюючи відповідні суспільні відносини, як правило, припускають певну абстрактність, а тому потребують правової оцінки. Право завжди абстрактне, а випадок — конкретний.

Через це в процесі правозастосування суддя часто опиняється перед вибором. Він повинен вирішити справу. Ще в ст. 4 Цивіль-

¹ Закон України «Про судоустрій України» // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 27-28. – Ст. 180.

ного кодексу Наполеона 1804 р. підкреслювалось: «Суддя, який відмовиться здійснювати судочинство за умови мовчання, темряви чи недостатності закону, може підлягати переслідуванню за звинуваченням у відмові в правосудді»¹. Проте прогалини чи колізії в праві, багатозначність правової норми створюють суттєві перешкоди для судді при виконанні ним свого обов'язку. Як має вирішити суддя таку справу? Чи буде інтерпретувати незрозумілі, але вже існуючі норми, або він може створити нову норму, яка допоможе ухвалити рішення? Це питання, пов'язане з визнанням правотворчого характеру діяльності суддів, вже кілька століть є принциповим для західної юридичної науки й практики. Ще Й. О. Покровський зазначав, що для права виникає величезна проблема: яке має бути принципове ставлення судді до закону — чи повинен він завжди й за будь-яких умов бути лише інтерпретатором закону та тим, хто його тільки застосовує, чи перед конкретним життям йому має надаватися більш самостійна та творча роль².

Предметом дискусії між Гербертом Хартом та Роналдом Дворкіним стало питання про ухвалення судових рішень у так званих важких справах («hard cases»). Нагадаємо, що прихильники «правового реалізму» звертають увагу на важкі справи ще у першій половині ХХ ст., пов'язуючи їх з нечіткістю, неясністю та невизначеністю мови права та логіки ухвалення судових рішень. Зокрема, суддя Верховного Суду США О. Холмс зазначав: «Не є правдою, що на практиці певне слово чи комбінація слів повинна мати лише одне значення. Загальновідомо, що навіть словник дає кілька визначень слова»³. Тема нечіткості деяких правових понять у середині ХХ ст. обговорювалася також у радянській літературі (наприклад, у працях М. Бару, С. Вільнянського, В. Кудрявцева)⁴. Проте саме у другій половині ХХ ст. ці питання набувають особливої гостроти.

¹ Хрестоматія по истории государства и права зарубежных стран / Под ред. З.М. Черниловского. – М., 1984. – С. 280.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 3-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2001. – С. 90.

³ Holmes O. The Theory of Legal Interpretation // Collected Legal Papers. – New York: Harcourt, Brace & Co., 1920. – P. 203. Цит. за: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – С. 224.

⁴ Див.: Тутов В. Роналд Дворкін про інтерпретацію нечітких висловлювань у праві // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 1(32). – С. 84.

Суддя Верховного Суду Ізраїлю А. Барак пропонує диференціювати справи за ступенем їх важкості. Він поділяє всі судові справи на легкі, середньої важкості та важкі. У легких справах немає двох варіантів, а є лише одне законне рішення й суддя має обрати це рішення. Задля цього суддя повинен застосовувати тлумачення, яке необхідне для кожної правової норми. Справи середньої важкості характеризуються тим, що при їх розгляді суддя не має права на правотворчість. У цих справах обидві сторони мають законні правові аргументи, що обґрунтовують їхню позицію. Необхідним є свідомий акт тлумачення, перш ніж суддя дійде висновку, що аргумент загалом необґрунтований і що існує лише одне законне рішення. Складні ж справи характеризуються тим, що лише в них застосовується суддівський розсуд. У цих ситуаціях вибір відбувається не між законним і незаконним, а між законним і законним¹.

Але повернемося до наукового спору Г. Харта та Р. Дворкіна. Так, Г. Харт стверджував, що у важких справах (тобто тих, для вирішення яких немає прийнятних норм права або існують конфліктуючі прецеденти чи неясні статутні норми) суддя займається правотворчістю. У таких випадках вважається, що суддя діє дискреційно, тобто на свій розсуд. До того ж межі таких дискреційних дій залежать від особистих позицій суддів: деякі є прихильниками суддівського «активізму», а інші — суддівського «самообмеження». Видатний англійський філософ права популяризує ідею «важкої справи», яку неможливо вирішити шляхом простого нормозастосування, адже певні правові норми є неоднозначними, тобто складаються з ядра (правові положення, які загалом є зрозумілими) та «сутінкової зони», зміст яких неможливо зрозуміти без розширеного суддівського тлумачення. Він вважає, що майже кожна позитивна правова норма має «сутінкову зону» неоднозначного розуміння².

Концепція відкритої структури права також означає, що існують сфери поведінки, в яких багато що слід залишити розроб-

¹ Барак Аарон. Судейское усмотрение: Пер. с англ. – М.: Изд-во НОРМА, 1999. – С.51-58.

² Див.: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – С.225.

ляти судам чи посадовим особам, які з урахуванням обставин досягали б рівноваги між конкуруючими інтересами, значення яких періодично змінюється. І все ж таки призначення закону значною мірою полягає в спрямуванні офіційних і приватних осіб за допомогою усталених правил, які, на відміну від застосування мінливих критеріїв, не вимагають від них щоразу нового розсуду. Цей характерний факт суспільного життя є правильним, навіть незважаючи на можливість виникнення непевності щодо застосовності будь-якого правила (чи то написаного, чи то повідомленого через прецедент) до конкретної справи. Тут, на межі правил та в галузях, залишених відкритими, суди виконують нормотворчу функцію, яку адміністративні органи здійснюють централізовано, розробляючи мінливі критерії.

Перед законодавцями постають дві взаємопов'язані перешкоди, коли вони намагаються врегулювати певну сферу поведінки за допомогою загальних норм, які мають застосовуватися без додаткових офіційних указівок з конкретних нагод. Перша перешкода — це відносна необізнаність з фактами; друга — відносна невизначеність мети. Якби навколишній світ характеризувався лише обмеженою кількістю ознак і вони були б відомі разом з усіма можливими різновидами їхніх комбінацій, то заздалегідь можна було б передбачити будь-яку можливість. Можна було б створювати правила, застосування яких до конкретних випадків ніколи не потребувало б додаткового прийняття рішень. Зрозуміло, що законодавці не можуть мати таких знань про всі можливі в майбутньому комбінації обставин. З цією нездатністю передбачати пов'язана відносна невизначеність мети¹.

Згідно з поглядом Г. Харта, у кожній правовій системі судам залишається велика свобода дій у визначенні первісно нечітких критеріїв, у розв'язанні проблеми невизначеності статутів або в розробці й обмеженні дії норм права, які лише в загальних рисах повідомляються через авторитетні прецеденти². Водночас, у разі наділення суддів правом творення норм, необхідно визначити й відповідні правила, що встановлюватимуть критерії суддівської

¹ Харт Х.Л.А. Концепція права / Пер. з англ. Н. Комарова. – К.: Сфера, 1998. – С. 129.

² Там само. – С. 136.

поведінки, тобто критерії виконання суддями своїх обов'язків щодо вирішення справ.

Таким чином, згідно з точкою зору Г. Харта, суддя у важких справах законодавствує, й немає ніякого сенсу це приховувати. Оскільки законодавці не можуть передбачити всіх ситуацій, які можуть виникнути в майбутньому, немає жодної можливості, щоб вони створили абсолютно зрозумілі та чіткі правила без будь-якого елементу невизначеності. Тому суди, нібито заступники законодавців, за допомогою творчого підходу заповнюють ці прогалини в законодавстві¹.

Особливістю розвитку позитивізму в Англії стало визнання значних правотворчих функцій за судами. Його прихильники не заперечують існування судової правотворчості, яка, на їх погляд, виражається у створенні суддями нових норм у випадку прогалин у праві або коли існуюча норма є застарілою чи нечіткою. Виникнення та поширення терміна «судова правотворчість» пов'язується з науковою кваліфікацією феномена здійснення правосуддя, коли судді при розгляді справ або при узагальненні практики створюють нові правоположення, яких ще не було в текстах законів, та пов'язують абстрактні норми позитивного права з вимогами життя шляхом розгляду конкретної справи. Терміном «судова правотворчість» (judicial lawmaking — «право, створене суддями») або «суддівське право» (judge made, judicial or case law) позначаються судові рішення, в яких шляхом тлумачення змінюється зміст законодавства чи встановлюється значення, яке законодавець не мав на увазі, приймаючи нормативно-правовий акт².

У свою чергу Р. Дворкін заперечує наявність у судді права діяти на власний розсуд, навіть при розгляді важких справ. Його підхід можна назвати інтерпретаційним. Вихідним пунктом тут є текст (статутний або судовий), що потребує тлумачення. Коли суддя зустрічається з важкою справою, яка породжує труднощі

¹ *Харт Г.Л.А.* Понятіе права / Пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонсина и С.В. Моисеева. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. — С. 283.

² *Black's Law Dictionary* / H.C. Black. — St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1991. — 6th ed. — P. 585-586. Цит. за: *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — С. 9.

тлумачення, він все одно не повинен займатися правотворчістю. Навіть у цих важких справах право керує суддею у виборі однієї можливості й відкиданні інших¹.

Р. Дворкін розробляє теорію ухвалення судових рішень у важких справах — «тезу про права». Він вважає, що в цих ситуаціях суддя має керуватися принципами, які відрізняються від правил, що містяться в статутах або прецедентах. Так, твердження «заповіт недійсний, якщо його не підписано трьома свідками» є правилом, а твердження «жодна особа не може діставати вигоду шляхом порушення чийось законних прав» є принципом. Отже, Р. Дворкін заперечував правотворчу функцію судді навіть у формі розсуду, стверджуючи, що будь-яка важка справа врешті-решт може бути вирішена на підставі аналізу принципів, які перебувають у глибинах права.

З тези про права випливає висновок — теза про єдино правильну відповідь: коли йдеться про права, завжди існує відповідь на запитання «хто має право виграти справу?». Проте відсутність процедури пошуку правильної відповіді зовсім не означає, що правильної відповіді немає взагалі. Уявімо, що через певні причини мікроскоп не винайшли би. Чи означає це, що немає правильної відповіді на запитання, чи існують організми, що непомітні неозброєним оком?

Р. Дворкін стверджує, що єдино правильна модель ухвалення судового рішення — та, в якій судді займаються пошуком відповіді на питання: «хто має право?». У цьому їхня інституційна роль і цим вони відрізняються від законодавців, які мають усі підстави для обґрунтування своїх рішень на ідеї суспільної користі. Роль суду в демократичному суспільстві полягає не в тому, щоб бути ще одним законодавчим органом, що представляє думку більшості, а в тому, щоб захищати права і тим самим часто стримувати вимоги більшості².

Р. Дворкін називає принципами та робить частиною права ті міркування, на котрі судді мають право покладатися, вирішуючи, чи слід створювати або модифікувати правову норму. Замість того, щоб за допомогою уявлень державної політики змінювати чи

¹ *Барак А.* Судейское усмотрение. — С. 41.

² *Харт Г.Л.А.* Понятіе права. — С. 291.

створювати закон, судді тлумачать принципи з метою знаходження закону, придатного до справи, що розглядається¹.

Як зазначає Р. Дворкін, теорія важких справ є породженням юридичного позитивізму. Коли щодо якогось конкретного позову не можна застосувати чіткого правила закону, наперед установленого певною інституцією, тоді суддя має «дискреційне право» вирішити справу на ту чи іншу користь. Насправді ж суддя у такому випадку спочатку законодавчо встановлює нові юридичні права, а потім ретроспективно застосовує їх до розглядуваної ним справи. Автор стверджує, що навіть у складних випадках обов'язком судді залишається встановлення того, які права мають сторони, а не ретроспективне винайдення нових прав².

Згідно з поглядом Р. Дворкіна, судді повинні застосовувати закон, створений іншими інституціями, і не повинні при цьому творити нового закону. Це — ідеальний випадок, який з різних причин не можливо повністю реалізувати на практиці. Часто законодавчі акти та загальне право не досить чіткі та потребують інтерпретації, перш ніж їх можна буде застосувати до незвичних справ.

На думку Р. Дворкіна, судова правотворчість є неприйнятною з двох причин. По-перше, спільнотою мають керувати особи, обрані більшістю і відповідальні перед нею. Оскільки судді здебільшого не обираються і, отже, на відміну від законодавців, не є відповідальними перед електоратом, то творення суддями закону йде всупереч принципам демократії. По-друге, коли суддя творить новий закон і застосовує його до справи, що вже ним розглядається, тоді сторона, що опиняється в програті, зазнає негативних наслідків не тому, що порушила певний обов'язок, який мала, а через нібито порушення «нового» обов'язку, створеного після того, як подія відбулася. Тобто у цьому разі діяльність суддів щодо створення нових норм є ретроспективною за своїм характером. Разом ці два аргументи підтримують традиційне уявлення про те, що ідеальне судове рішення має бути якомога менш оригінальним³.

¹ Познер Р.А. Проблемы юриспруденции / Пер. з англ. С. Савченко. — К.: Акта, 2004. — С. 29.

² Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. А. Фролкін. — К.: Основи, 2000. — С. 126.

³ Там само. — С. 130-131.

На додаток до цих двох підстав заперечення судової правотворчості в юридичній науці виокремлюються ще й такі, зокрема в країнах романо-германської правової сім'ї: (1) визнання судової практики (судової правотворчості) джерелом права суперечить принципу поділу влади, що закріплений у ст. 6 Конституції України¹; (2) суди не мають повноважень скасовувати нормативно-правовий акт, оскільки це є прерогативою правотворчих органів, а суд надає лише юридичну оцінку та характеристику²; (3) дотримання доктрини судового прецеденту нижчими судами та контроль за цим дотриманням з боку вищих судів є порушення принципу незалежності судді, адже вищі суди у своїх рішеннях не лише розширено тлумачать правові норми, але й встановлюють «зразки» вирішення справ, яких мають дотримуватися всі судді судової системи.

Цікавий погляд на вказані проблеми запропонував суддя Верховного Суду Ізраїлю А. Барак. Він захищає концепцію суддівського розсуду у важких справах як повноваження, наданого особі, яка має владу обирати між двома й більше альтернативами, коли кожна з альтернатив є законною. Там, де є розсуд, — пише А. Барак, — закон ніби говорить: «Я визначив зміст правової норми до цієї межі. Звідси ж ти, суддя, маєш визначати зміст правової норми, адже я не здатний допомогти тобі в ухваленні рішення».

Розсуд припускає свободу вибору з кількох законних альтернатив. Таким чином, коли існує лише один законний варіант, то суддівського розсуду немає. У такій ситуації суддя повинен обрати цей варіант і він не має ніякої свободи вибору. Іншими словами, жодного розсуду бути не може, коли вибір має відбуватися між законним і незаконним актами. Суддя повинен обрати законний акт, і він не має права обрати акт незаконний. Існування альтернативи визначається не її здійсненністю, а її законністю. Не вибір робить обраний варіант законним, а навпаки, вибір ґрунтується на факті, що відповідний варіант є законним.

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

² Нерсесянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. — М.: Юристь, 2002. — С. 111

Отже, виникає важливе питання: як визначити законність варіантів рішення, що має суддя? Це нелегка справа. Не існує певного індикатору, за яким можна було б визначити законність юридичної можливості. Право не створило ані пристроїв, ані інструментів для вирішення того, що є дозволеним або забороненим, законним або незаконним. Однак існують можливості цього вирішення: варіант визнається законним, якщо спільнота юристів вважає його таким і сприймає його без відчуття недовіри. Це й є тим показником законності, аналогічним до правила визнання Г. Харта.

А. Барак підіймає також проблему обмеження суду в разі застосування вибору, тобто йдеться про те, що суддя не повинен мати права на абсолютний розсуд. Будь-яке здійснення розсуду в контексті права підкоряється обмеженням, що встановлені для нього законом. Отже, розсуд, що здійснюється в силу права, ніколи не є абсолютним. Існують обмеження, які встановлюють для судді кордони щодо способу, котрим він обирає між можливостями (процедурні обмеження), і щодо доводів, на які він звертає увагу, здійснюючи вибір (матеріальні обмеження).

Згідно з думкою А. Барака, процедурні обмеження пов'язуються загальним поняттям «справедливість». Фундаментальною характеристикою процесу є неупередженість. Суддя повинен поводитися зі сторонами однаково, надаючи їм однакових можливостей протягом судового розгляду. Він не повинен мати жодної, навіть віддаленої, особистої заінтересованості у вирішенні справи.

Матеріальні обмеження означають, що суддя має обов'язок використати свій розсуд розумно. Розумність — це не лише результат, а й процес. Підкидання монети може призвести до необхідного результату, проте процес цей не можна вважати розумним. Отже, розумність — це свідомо інтелектуальна боротьба між кількома законними можливостями, в якій суддя застосовує об'єктивні стандарти¹. У свою чергу, нерозумним є закон, який містить у собі незрозумілі норми чи норми, яких неможливо дотриматися чи керуватися ними у визначенні правомірності поведінки суб'єкта права².

¹ Барак А. Судейское усмотрение. — С. 28-39.

² Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — С. 55.

Таким чином, на наш погляд, найкращою відповіддю на запитання про обсяг і природу повноважень суду є визнання існування судової правотворчості, за допомогою якої природним або законодавчим принципам надається позитивне значення, що закріплюється в судових рішеннях, і це позитивне значення гармонізує правову систему, визнаючи нечинними норми, що суперечать законодавчим положенням і принципам природного права. До того ж, аналізуючи переростання суддівського тлумачення на правотворчість, слід звернути увагу на те, що цьому явищу сприяє загальний характер норми права. Він, надаючи суддям широких дискреційних повноважень при застосуванні права, автоматично відкриває простір для творчого розширювального тлумачення права¹. Суд вимушений доповнювати і виправляти закони, тобто займатися правотворчістю, «добудовою» права, коли при застосуванні норми права з'являються кілька варіантів її тлумачення².

Однак беззаперечне визнання судової правотворчості не є доцільним, адже правотворчість не є основною функцією суду. Безсумнівно, діяльність суду не може бути безпосередньо спрямованою на створення норм права.

Таким чином, викладена у цій статті точка зору не є кінцевою відповіддю на порушені питання, а вказана проблематика є перспективною для подальших поглиблених досліджень.

¹ Див.: Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — №4. — С. 96.

² Погребняк С.П., Уварова О.О. Судова практика: поняття та функції // Бюл. М-ва юстиції України. — 2004. — №9 (35). — С. 58.