

2.

4.

6.

## ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ В КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ПРАВІ FEATURES OF JUDICIAL LAW MAKING IN CONTINENTAL LAW

**Панкратова В.О.,**  
*старший викладач кафедри юридичних дисциплін  
Сумської філії  
Харківського національного університету внутрішніх справ*

У статті на основі загальних ознак правотворчості визначаються загальнотеоретичні особливості судової правотворчості та формулюється її поняття. Аналізуються особливості судової правотворчості в континентальному праві.

**Ключові слова:** правотворчість, судова правотворчість, судовий прецедент.

В статье на основе общих признаков правотворчества определяются общетеоретические особенности судебного правотворчества и формулируется ее понятия. Анализируются особенности судебного правотворчества в континентальном праве.

**Ключевые слова:** правотворчество, судебное правотворчество, судебный прецедент.

On the basis of the common signs of lawmaking, general theoretical features of judicial lawmaking are defined and its concept is formulated. Peculiarities of judicial lawmaking in continental law are analysed.

**Key words:** law-making, judicial law-making, judicial precedent.

У кожній державі правотворчість має свої особливості, але завжди вона є необхідною умовою для нормативного способу державно-правового впливу на суспільні відносини.

Останнім часом в юридичній літературі спостерігається зростання чисельності прихильників активізації ролі суду у створенні юридичних норм. Так, осмислюючи сучасні процеси, М.М. Марченко доходить висновку, що сьогодні законодавство втрачає головне в дрібницях: воно не здатне виразити своєрідність і крихкість виникаючих у соціальній практиці ситуацій, діє грубо й абстрактно [1, с. 56]. Крім того, спостерігається тенденція до зближення різних підходів до ролі й місця судової практики в правотворчому процесі, результатом якої є більш лояльне ставлення в країнах континентального права до результатів судової практики як джерела права.

Ті чи інші проблеми судової правотворчості були об'єктом дослідження та висвітлювалися у працях С.С. Алексєєва, М.М. Марченка, О.В. Попова, М.М. Рассолова, Є.В. Сем'янова, О.Ф. Скакун, С.В. Шевчука та ін. Проте у вітчизняній літературі загальнотеоретичні аспекти судової правотворчості є малодослідженими.

З огляду на це метою статті є визначення особливостей судової правотворчості, зокрема, в континентальному праві.

За своєю соціальною сутністю правотворчість – це процес втілення волі держави в закон, її оформлення в різноманітних державних актах, вона охоплює собою безпосередню діяльність уповноважених державних органів з прийняття, зміни чи доповнення нормативно-правових актів. Поняття правотворчості може трактуватися по-різному.

Юридичний словник містить наступне визначення правотворчості – це діяльність компетентних державних органів, їхніх посадових осіб або всього народу зі встановлення, зміни чи скасування юридичних норм [2, с. 67].

Л.А. Луць під правотворчістю розуміє юридичну діяльність правотворчих суб'єктів, що спрямована на створення (об'єктивізацію), зміну, припинення та систематизацію нормативно-правових приписів [3, с. 185].

О.Ф. Скакун визначає правотворчість як офіційну частину правоутворення, спрямовану на оформлення моделей поведінки, правових статусів індивідуальних і колективних суб'єктів права, самостійна і вирішальна стадія правоутворення [4, с. 430].

Недивлячись на наявність численних визначень поняття, необхідно зауважити, що науковці однакові в тому, що правотворчість – це раціональна діяльність, направлена на рішення соціальних проблем, на досягнення цілей економічного, політичного, соціального характеру.

Правотворчість властиві наступні ознаки: спрямована на створення та об'єктивізацію нормативно-правових приписів; здійснюється спеціально уповноваженим правотворчим суб'єктом (державна, громадянське суспільство); спрямована на зміну або припинення нормативно-правових приписів; є послідовним процесом, який складається з певних послідовних стадій, що регламентується нормами права; результати цієї діяльності фіксуються в юридичних (зовнішніх) формах вираження.

Оскільки судова правотворчість є різновидом правотворчості за суб'єктним критерієм, то їй властиві всі вище перераховані ознаки та притаманна низка специфічних властивостей, до яких Н.В. Стецик відносить: 1) здійснення спеціально-уповноваженими судовими органами; 2) пов'язаність із реалізацією функцій судової влади; 3) здійснення в особливій процесуальній формі; 4) спрямованість правотворчої активності на встановлення нормативно-правових приписів; 5) їх фіксація у судових правотворчих актах [5, с. 3].

Загальноприйнятим є визнання суб'єктами судової правотворчості вищих судових інстанцій. До вищих судових інстанцій залежно від особливостей побудови судових систем та виду юрисдикції належать вищі суди загальної та спеціальної юрисдикції. Суб'єктами судової правотворчості спеціальної юрисдикції можуть бути конституційні суди, а загальної – верховні суди у системі судів цивільної, кримінальної, адміністративної, трудової, фінансової, соціальної юрисдикції [6, с. 28].

Хоча на думку Є.В. Сем'янова, коло таких суб'єктів є значно ширшим: окрім вищих судових інстанцій, до суб'єктів судової правотворчості відносить й інші судові органи [6, с. 10]. Але, як зазначає Н.В. Стецик: «віднесення до суб'єктів судової правотворчості у межах національних правових систем виключно вищих судових органів видається більш коректним [5, с. 3]. Пов'язано це з тим, що саме вищі судові органи можуть: по-перше, забезпечити загальнообов'язковість результатів судової правотворчості; по-друге, проявляти правотворчу активність у повному обсязі (створення, зміна, скасування), а не лише однієї її частини (скасування). Як приклад можна навести правотворчу діяльність пленуму Касаційного суду Франції. Частина 2 ст. 131-4 Кодексу судочинства Франції встановлює, що коли передача справи на новий розгляд приписана пленумом, суд, якому скеровується справа, повинен дотримуватись висновків цього пленуму з питань належного застосування права. Як зауважує Стецик Н.: «видається, що ці акти все ж мають не джерельний характер, а є критеріями правильного правозастосування» [7, с. 28].

Н.В. Стецик, резюмуючи другу ознаку судової правотворчості, доходить висновку про просту пов'язаність судової правотворчості із функціями судової влади. При цьому з такою її функцією, як правосуддя, судова правотворчість має підпорядкований та допоміжний зв'язок, а щодо здійснення функції організації судової діяльності – володіє самостійним та основним характером [5, с. 3].

Наступною ознакою судової правотворчості – є процесуальна визначеність, тобто така діяльність є послідовним процесом, що складається з певних послідовних стадій, які регламентуються нормами права.

Результатом будь-якого процесу правотворчості є видання певного акту, який містить у собі норму права. До результатів судової правотворчості у юридичній літературі відносять різні за своєю природою правові явища. Б.В. Малишев зазначає, що логічно до результатів судової правотворчості віднести ті акти, які містять у собі норми права. Однак якщо брати до уваги лише змістовну ознаку норми права (наявність в акті судової влади певного правила поведінки), то багато з актів судової влади потенційно можна віднести як до акта правозастосування, так і до акта правотворчості, оскільки правотворча функція суду є невід'ємною від функції розгляду справ [11, с. 244].

М.М. Марченко вважає, що до них належить судова практика, судовий прецедент, правові позиції суду, судовий розсуд [1, с. 27]. Н.В. Стецик судовий нормативно-правовий прецедент та судовий нормативно-правовий акт вважає результатами судової правотворчості [7, с. 28].

Під час застосування чинного законодавства в діяльності правозастосовчих органів нерідко зустрічаються ситуації, які не знаходять свого прямого врегулювання в законі чи іншому нормативному акті. Останній факт пояснюється тим, що сучасна реальність настільки багатогранна, що в ній неможливо все передбачити, а тим більше, законодавчо закріпити, врахувати всі її тонкощі й нюанси. Як і всяка формальна система завчасно установлених масштабів поведінки, законодавство пов'язано з тим, що завчасно втиснути всю різноманітність со-

ціального життя, його індивідуальні сторони в типові рамки важко, а якщо врахувати, що соціальні процеси динамічні, то і неможливо [8, с. 209].

Тому й не дивно, що останнім часом великого теоретичного й практичного значення набувають питання, чи може мати суд правотворчі повноваження в системі континентального права, чи може судова практика судів загальної юрисдикції бути джерелом права і до якого саме виду джерел права її слід віднести.

У романо-германській правовій сім'ї, як зазначає Сем'янов С.В., не було вироблено загальної концепції щодо місця й ролі судового прецедента серед інших джерел права та однакової практики їх застосування судами [6, с. 14].

Науковець Капліна О.В. зазначає, що все різноманіття думок теоретиків і практиків із цього приводу можна систематизувати й об'єднати у дві групи. Представники першої дотримуються думки, що судова практика незалежно від форм її вираження джерелом права бути не може [9, с. 347]. Друга група вчених висловлює протилежну точку зору, вважаючи, що судова практика, вміщуючи результати діяльності нижчестоящих судів, у повному обсязі є джерелом права, а суд – його творцем.

Судовий прецедент виступає як суспільно необхідний комунікативний засіб між статичними установленнями писаного права та їх бездефектним правовим, відповідним конституційним приписам розв'язком всіх відносин, що виникають у правовій дійсності. На відміну від закону й регламенту, які на весь час своєї дії, аж до скасування, залишаються такими, як і в момент видання, судовий прецедент здатний більш гнучко й послідовно пристосовуватися до змін у житті суспільства [10, с. 4]. Прецедент оперативно реагує на обставини правової реальності, що змінюються і пристосовує регулювання до адекватного його використання залежно від конкретного місця і часу.

Наприклад, в Іспанії та Голландії правотворча роль суду підпорядкована закону: прецеденти повинні йому не суперечити, хоча в той же час є обов'язковими для суддів при здійсненні правосуддя. В Італії з приводу визнання судового прецедента джерелом права точаться дискусії [6, с. 8].

У ФРН і Франції судова практика у ряді сфер відіграє провідну роль у розвитку права, де доктринальні твори в ряді випадків є не чим іншим, як викладенням судової практики. Так, у правовій системі ФРН згідно ч. 4 ст. 11 Закону про адміністративні суди сенат, який розглядає справу по суті, може передати питання, яке має принципове значення, для прийняття по ньому рішення Великого сенату, якщо це необхідно для подальшого розвитку права чи забезпечення єдності судочинства [5, с. 17].

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М.Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 512 с.
2. Словничок юридичних термінів: Навч. посіб. / Уклад. В. П. Марчук. – К.: МАУП, 2003. – 128 с.
3. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: Навчальний посібник / Л.А. Луць. – Львів: Малий видавничий центр юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, 2003. – 247 с.
4. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) / О.Ф. Скакун. – Харків: Еспада, 2006. – 776 с.
5. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика / Н.В. Стецик // Часопис Академії адвокатури України – 2010. – №8. – С. 1-6.
6. Семьянов, Е. В. Судебное правотворчество: Вопросы общей теории права: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01. – Теория и история права и государства. – М., 2005. – 22 с.
7. Стецик Н.В. Судові правотворчі акти: загальнотеоретична характеристика / Н.В. Стецик // Вісник Львівського університету. – 2011. – Вип. 52. – С. 27-32.
8. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. М.М. Рассолова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. – 735 с.
9. Капліна О.В. Правотворча роль судової практики в кримінальному судочинстві / О.В. Капліна // Проблеми законності. – 2009. – №10. – С. 346-354.
10. Гураленко Н.А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект [Текст]: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Гураленко Наталія Анатоліївна; Львівський держ. ун-т внутрішніх справ. – Л., 2009. – 18 с.
11. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стівба / (Відп. ред. В. С. Бігун). – К., 2009. – 316 с.

Треба зауважити те, що роль судового прецеденту в романо-германській правовій сім'ї є різною не тільки в країнах, які входять до правової сім'ї, але й в галузях права даних країн.

Так, у правовій системі Франції перевагу прецеденту віддається переважно в адміністративному праві, яке, за свідченням фахівців у даній галузі права, в основному базується на прецедентах. Як зауважує М.М. Марченко, це не означає, що в даній галузі права немає взагалі статутів, які регулюють різні сфери діяльності публічної адміністрації, швидше навпаки. Дану галузь права формує незліченна безліч імперативних норм, що містяться у величезній кількості існуючих статутів [1, с. 239]. Однак вони не утворюють єдиної системи норм на зразок тієї, яка має місце в кодифікованих актах, а також не створюють жодних загальних принципів.

У правовій системі сучасної Італії «історично» склалися так, що спочатку прецедент, а разом з ним і все суддівське право широко стали впроваджуватися в сферу регулювання суспільних відносин, що відносяться до предмету цивільного права.

Як зазначає М.М. Марченко: «Ситуація, при якій прецедент, являючись результатом правотворчої діяльності судів, законодавчо не закріплюється і не забезпечується, іншими словами – формально не признається, а фактично існує і застосовується, являється доволно типовою для ряду країн романо-германського права» [1, с. 309].

З такою думкою категорично не згодний Б.В. Малишев, оскільки вважає, що в даному випадку М.М. Марченко безпідставно отожднює, з одного боку, категорії «правотворчість» і «правоутворення», а з іншого – поняття «формальне джерело права» з поняттям «матеріальне джерело права» [11, с. 242]. З такою точкою зору важко погодитись, хоча вона заслуговує на існування.

Таким чином, можна зробити наступні висновки:

- правотворчість є важливою формою владної діяльності держави, за допомогою якої у чинну юридичну систему запроваджуються, змінюються чи скасовуються правові норми;
- судова правотворчість є різновидом правотворчості та виявляється в особливій процесуальній діяльності спеціально уповноважених органів, результатом якої є встановлення нормативно-правових приписів;
- у країнах романо-германської правової сім'ї намітилась тенденція до розширення ролі судового прецеденту. Прецедент, який формально відноситься до факультативних джерел права, фактично в ряді країн визнається як первинне джерело.