

СУДОВА ПРАВОТВОРЧИСТЬ ЯК ОСЕРДЯ КОНЦЕПЦІЇ ЮРИДИЧНОГО ПРАГМАТИЗМУ JUDICIAL LAW-MAKING AS THE CORE OF THE LEGAL PRAGMATISM CONCEPT

Мартиненко О.О.,

аспірант кафедри теорії права та держави
юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті досліджено місце та роль судової правотворчості в концепції юридичного прагматизму. Проаналізовано основні прагматичні константи, що характеризують судову правотворчість. Крім того, зосереджено особливу увагу на компонентах судової правотворчості в світлі прагматичного праворозуміння.

Ключові слова: правосуддя, суддівське право, суддівський розсуд, судова правотворчість, юридичний прагматизм.

В статье исследованы место и роль судебного правотворчества в концепции юридического прагматизма. Проанализированы основные прагматические константы, которые характеризуют судебное правотворчество. Кроме того, особое внимание сосредоточено на компонентах судебного правотворчества через призму прагматического правопонимания.

Ключевые слова: правосудие, судебное правотворчество, судейское право, судейское усмотрение, юридический прагматизм.

The article is devoted to the place and role of judicial law-making in the legal pragmatism concept. Basic pragmatic constants characterizing judicial law-making have been analyzed. Also special attention paid to the components of judicial law-making through the pragmatic legal concept.

Key words: judge law, judicial discretion, judicial law-making, justice, legal pragmatism.

Постановка проблеми. Зростаюча увага до судової правотворчості та тісно переплетених з нею явищ юридичної дійсності, зокрема, таких, як судовий прецедент, суддівський розсуд, «вільне право», обумовлена необхідністю вивчення альтернативних, неформалістичних підходів до суддівської функції зосібна та функціонування юридичної системи взагалі.

Стан дослідження. Судова правотворчість лише нещодавно стала предметом комплексного дослідження у вітчизняному науковому середовищі. Серед досягнень українських вчених-правників при доктринальному осмисленні судової правотворчості варто відмітити праці Б.В. Малишева, колективну монографію «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення», дисертаційне дослідження та публікації Н.А. Гураленко. Крім того, судова правотворчість була об'єктом дослідження П. Куфтирєва, М. Марченка, С. Погребняка, О. Скакун, С. Чередниченка, С. Шевчука та інших.

Попри певні успіхи в дослідженні судової правотворчості, комплексного наукового осмислення прагматичної юриспруденції вітчизняній юридичній науці все ще бракує. Дослідження концепції юридичного прагматизму тут постають лише у вигляді доктринального опрацювання окремих наукових теорій та юридичних шкіл, що ідейно наповнюють концепцію, таких як юридичний реалізм або соціологічна школа права, не зачіпаючи детермінант прагматичного праворозуміння, які беруть свій початок від утилітаристського вчення Ф. Гатчесона (F. Hutcheson), Дж. С. Мілля (J. S. Mill) та Дж. Бенґама (J. Bentham) та філософської течії прагматизму (від Ч.С. Пірса (Ch. S. Pierce), У. Джеймса (W. James) та Дж. Дьюї (J. Dewey) до Р. Рорті (R. Rorty) та Ю. Габермаса (J. Habermas)). Серед небагатьох прикладів дослідження безпосередньо прагматичного підходу до права на пострадянському просторі варто віднести дисертацію Д.Г. Сизранцева «Прагматизм в праві: Метод Роско Паунда» [10].

Постановка завдання. Метою даної статті є виклад основних аспектів місця та ролі судової правотворчості в концепції юридичного прагматизму та її зворотній вплив – доктринальне наповнення та теоретичне осмислення судової правотворчості в світлі прагматичного праворозуміння.

Виклад основного матеріалу. Основною філософською константою прагматизму є визначення цінності поняття через його вплив на кінцевий результат. У Джеймс визначав це прагматичне правило наступним чином: «Найкраще цінність поняття визначається в результаті відповіді на питання «Що воно (поняття – авт.) рішуче змінить для будь-чого, якщо визнати його істинним? У такому випадку

це дає ... найкращий можливий засіб, щоб зрозуміти дійсний зміст концепту (у Джеймса зміст поняття – авт.) і віднайти його значення» [3, с. 42]. В дещо іншому руслі Ч.С. Пірс характеризує свою прагматичну максиму через значення сумнівів для переконання. «Яким би чином сумніви не виникали, вони стимулюють розум до дії ледь помітної або досить енергійної, урівноваженої або хаотичної. Образи стрімко проходять крізь свідомість, плавно перетікаючи один в інший, поки нарешті – через долю секунди, через годину або через довгі роки – ми не помітимо, що знайшли рішення стосовно того, як належно діяти у обставинах, подібних до тих, які були причиною нашої нерішучості. Іншими словами, ми знаходимо переконання» [8, с. 132]. Слід зазначити, що неможливо двома реченнями охопити всю філософію прагматизму з її 150-літньою історією, проте засновники прагматизму самі визначали вищевикладене як серцевину своїх концепцій («прагматичне правило» у Джеймса та «прагматична максима» у Пірса).

Незважаючи на певні розходження у поглядах, класичні прагматики зазвичай розглядають філософію як інструмент вирішення життєвих проблем. Прагматики оцінюють успіхи не з точки зору їх відповідності вічним істинам, а виходячи з їх корисності та можливості виступити як практичний інструмент для отримання кращого результату та досвіду.

Вищевикладені філософські бази надзвичайно органічно надаються перенесенню в площину специфічної розумової діяльності, яка тісно пов'язана з правосуддям. Пошук істинного рішення, цінність такого рішення для розв'язання проблеми та задоволення індивідуальних або суспільних потреб, його практичне значення є неодмінними супутниками судді, який не обмежений формалістичними рамками писаного права. Прагматична юриспруденція тяжіє до праворозуміння, яке критично ставиться до формалізму, догматизму, жорсткого дотримання букви закону, при цьому висуваючи на перше місце практичну діяльність, віру в істинність знання та результат, який визначається його ціннісним значенням.

Варто погодитися з А. Машковим, який зазначає, що з точки зору філософії прагматизму критерії правомірності лежать винятково в утилітарній сфері [7, с. 376]. Оцінювання процесів та явищ з точки зору їх корисності та можливості бути засобом вирішення будь-якої задачі (або спору, якщо їх переносити в юридичну площину), скерованість на максимізацію загальної користі шляхом встановлення гармонії індивідуальних та соціальних інтересів закладають сприятливе підґрунтя для визнання правотворчої ролі суду та зосередження особливої уваги не на абстрактному, а на казуальному юридичному регулюванні.

За Дж. Бентамом, задоволення і страждання є основоположними природними принципами людського життя. Мораль, право і держава повинні будуватися відповідно до цього природного начала. Для соціальних інститутів Дж. Бентам узагальнено позначає це начало як принцип корисності, або – найбільшого (можливого) щастя чи благоденства. У розгорнутій формі він стверджує, що "найбільше щастя всіх тих, чий інтересів стосується справа, є істинною та належною метою людського дії", метою "в усіх відношеннях бажаною", а також "метою людської дії в усіх станах, і особливо в стані посадової особи або групи посадових осіб, які користуються урядовою владою" [1, с. 9; 4, с. 697].

Відповідно до прагматичного підходу право неможливо описати як сукупність понять, теорій та концепцій, незалежно від того в позитивістському, юснатуралістському або іншому напрямі це робиться. Право ліпше характеризується діяльністю уповноважених фахівців – суддів, які і привносять право у життя. Для прагматика є очевидним, що судді створюють, а не відкривають право. У цьому юридичний прагматизм протистоїть деклараторній теорії та визначенню У. Блекстоуном (W. Blackstone) судді як «оракула права», який не створює, а лише проголошує (декларує) істинне, об'єктивно існуюче право.

Усе це ставить судову правотворчість в центр усієї концепції юридичного прагматизму. Варто наголосити, що поширення прагматичного праворозуміння є характерним саме для юридичної системи США. Англійська юридична доктрина тяжіє до формалізму, який бере свій початок від У. Блекстоуна та Е. Коука (Е. Coke) та для якого характерне жорсткіше (порівняно з США) дотримання судових прецедентів. У той же час європейська юридична традиція орієнтована на теорію природних прав, парламентаризм та домінування писаного права, створеного парламентом. Тому можна сміливо вести мову про юридичний прагматизм як про переважно американське явище та орієнтуватися саме на здобутки американської доктрини у питаннях судової правотворчості.

Слід зазначити, що в американській науковій літературі терміни «судова правотворчість» (judicial law-making), «вितворене суддями право» (judge-made law) вживаються рідко, так як для представників американської юридичної системи правотворча роль судді та існування повноважень суду не лише щодо вирішення спорів чи тлумачення писаних норм, але й щодо створення нових юридичних норм не викликає сумніву. Це подібно до того, якби у вітчизняній науковій літературі суцільно вживалось би тавтологічне словосполучення «судове правосуддя» або «судове судочинство». У вітчизняній юридичній науці вживання словосполучення «суддівська правотворчість» покликане першочергово зробити акцент на здійсненні правотворчості саме судами – нехарактерними для класичного принципу поділу влади і нормативістського праворозуміння інститутами, що успадковане від радянської доби.

На нашу думку, Н.А. Гураленко дуже вдало характеризує судову правотворчість через «органічну єдність трьох її основних компонентів: пізнання, діяльності та результату, що у своїх діалектичних взаємопереходах створюють відносно закінчений цикл цього процесу» [2, с. 6]. Така характеристика дуже влучно поєднується з основними прагматичними категоріями практики та корисності результату.

Право, яке творить суд, не виникає на порожньому місці. Підґрунтям для судової правотворчості виступають:

- прецедентні норми права, які містяться в попередніх судових рішеннях;
- писане право, створене законодавчими органами;
- особисті політичні, моральні, економічні та інші переконання судді, особливо увагу яким приділяв О.У. Голмс молодший (O. W. Holmes, Jr.) та юридичні реалісти, котрі взяли його вчення за основу.

На нашу думку, до компонентів судової правотворчості, запропонованих Н.А. Гураленко (пізнання, діяльність, результат), варто додати четвертий компонент, який передувє всім іншим – передумови судової правотворчості. Такі передумови суддя може і не усвідомлювати, проте, на наш погляд, саме вони детермінують увесь процес та результат судової правотворчості у формі створеної судом нової норми права. Просте уявлення судді про справедливість без будь-якого доктринального обґрунтування або звернення до вже існуючих норм права у формі законів або судових прецедентів можуть визначити увесь процес та результат розгляду справи та, як наслідок, створення нової юридичної норми. Слід зазначити, що така позиція тяжіє до юридичного реалізму, який професор М. Сінклейр (M. Sinclair) визначив як анти-теорію прецеденту (The Anti-Theory of Precedent) [13, р. 388], адже доктрина, відповідно до якої слід керуватися попередньо винесеним рішенням (stare decisis), у теорії юридичного реалізму не діє через занадто розширений перелік обставин, що кожного разу впливають на винесення рішення.

Тут варто зауважити, що вирішальний вплив переконань судді при ухваленні рішення є лише одним із можливих передумов судової правотворчості. Будь-яка юридична система, в т.ч. і юридична система США, де позиції юридичного реалізму є особливо міцними, прагне до стабільності та можливості передбачати судові рішення, особливо для запобігання виникненню юридичних спорів як таких. Американські судді все одно при вирішенні справ (крім особливо складних, де необхідні прецеденти та закони можуть бути відсутніми) вважають себе зв'язаними вже існуючими судовими прецедентами.

Повернемось до розгляду компонентів судової правотворчості, запропонованих Н.А. Гураленко. Компонент «пізнання», складаючи гносеологічну основу будь-якої філософської концепції, має свої специфічні риси саме у прагматичному праворозумінні (наприклад метод «прагматичного розуму», описаний Р. Познером (R. Posner)). Методи, якими керуються судді при вирішенні справ, утворюють особливу систему, яка становить об'єкт окремого наукового дослідження.

Розглядаючи компонент «практика», варто наголосити, що прагматичне праворозуміння не визнає існування права поза специфічним видом суспільної діяльності – юридичною діяльністю. І саме тут першочергово (а в деяких радикальних прагматичних доктринах, таких як радикальний юридичний реалізм – безальтернативно) розглядається такий вид юридичної діяльності, як здійснення правосуддя. Діяльність судді, методи судочинства, які застосовують судді, чинники, які впливають та обмежують суддів, цікавлять юриста-прагматика більше, ніж формулювання юридичних теорій та доктринальний опис юридичних явищ. Сучасний американський вчений-прагматик Р. Познер зазначає, що «право є більше діяльністю, аніж концепцією чи групою концепцій» [12, р. 459]. Саме інструментальне та утилітаристське значення права для регулювання суспільної діяльності, особливо шляхом створення юридичних норм, що містяться в судових рішеннях, є предметом дослідження прагматичної юриспруденції. В утилітаристському руслі щодо ролі суду висловлювався і Р. Дворкін (R. Dworkin) (хоча і не був прихильником юридичного прагматизму та визнання правотворчої ролі суду): «судді під час вирішення конкретних справ на основі загального права встановлюють загальні правила, які спрямовані на задоволення інтересів суспільства у певній сфері. Інші судді, що пізніше вирішують справи, мають, відповідно, забезпечувати дотримання таких правил, щоб досягти даного задоволення інтересів суспільства» [11, р. 110].

Саме практика утворює, за словами одного з представників юридичного реалізму К. Левелліна (K. Llewellyn), "кістяк юридичної системи". Замість того, щоб сперечатися про зміст загальних принципів і норм права, юристам

слід перш за все узагальнити існуючу юридичну практику. В умовах сучасного суспільства, вважав К. Левеллін, на перший план висуваються питання "як, наскільки і в якому напрямку розходяться між собою прийнята норма і практика винесення рішень" [5, с. 542].

Останнім компонентом судової правотворчості, запропонованим Н.А. Гураленко, постає «результат». Практична спрямованість на досягнення результату призводить до постановлення судового рішення, яке, по-перше, має істинно (принаймні на думку судді або судової колегії) вирішити судовий спір та, по-друге, містити в собі юридичну норму, яка набуває загальнообов'язкового характеру при вирішенні наступних аналогічних судових справ. Перша складова такого результату, а саме вирішення спору, є характерною для будь-якого судочинства – незалежно від визнання правотворчої ролі судді. Друга складова – так би мовити «побічний ефект» вирішення справи, що призводить до створення судом права, власне і є характерною особливістю судової правотворчості.

Слід звернути увагу на взаємозв'язок та взаємозалежність вищенаведених складових результату розгляду справи. Визнаючи правотворчу роль суду, ми маємо відповісти на складне запитання: у якій послідовності йдуть один за одним безпосереднє вирішення спору і створення нової юридичної норми? Чи відбувається спочатку вирішення конкретної судової справи на користь однієї із сторін, а вже потім в судове рішення поміщається прецедентна норма? Або ж спочатку суд, користуючись своїми правотворчими повноваженнями, створює норму права, виходячи з уявлення про справедливість та цінність рішення для регулювання суспільних відносин, а вже відтак – на основі такої норми права – вирішує судовий спір?

На нашу думку, правотворчість та безпосереднє вирішення спору перебувають у діалектичній взаємозалежності. Судова правотворчість фактично поглинає собою правозастосування і стає з ним єдиним процесом – адже щойно створена судом норма права відразу ж застосовується для вирішення конкретної справи. Відповідно відбувається і зворотній вплив – адже така норма права обумовлюється фактичними обставинами справи та необхідністю досягнення максимального результату при вирішенні спору між сторонами.

Аналогічної позиції дотримується і Б.В. Малишев, зазначаючи, що здійснення судом правотворчості у формі судового прецеденту або квазіпрецеденту під час безпосереднього розгляду справи жодним чином не вступає у конфлікт з процесом правозастосування, оскільки норма, яка створюється судом, відразу стає предметом судового

тлумачення і застосування до конкретних правовідносин у рамках спору, що розглядається [6, с. 56].

Загальноновизнаним є те, що судовій правотворчості притаманне не абстрактне регулювання суспільних відносин на законодавчому рівні, а максимально наближене до суті конкретних суспільних відносин, що є об'єктом дослідження при розгляді окремо взятої судової справи. Таке максимальне наближення до правовідносин дозволяє, наскільки це можливо, точно визначити права, інтереси та обов'язки сторін, та як винайти найефективніше з можливих рішення для їх врегулювання.

Б.В. Малишев, розмежовуючи поняття «правосуддя» і «судочинство» (хоча в VIII Розділі Конституції України ці терміни вживаються як синоніми), зазначає, що правосуддя пов'язане з категорією «мета», а судочинство – з категорією «результат». Мета є ідеалом, що базується на певних ціннісних вимогах до діяльності суду з розгляду спорів, а результат є реальним підсумком діяльності суду, який може відповідати меті, а може і не відповідати [9, с. 242]. Суддя зобов'язаний оцінити перспективу дії свого припису. Верифікація рішення являє собою перевірку корисності його виконання в процесі втілення ідеалу [10, с. 15]. Тобто лише належний результат (правосудне судове рішення) виступає цінністю як для сторін конкретного спору, так і для усього суспільства, адже є цивілізованим привнесенням справедливості до соціуму. У цьому полягають аксіологічна та утилітарна сутності правосудного рішення та юридичної норми, створеної судом.

Висновки. На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що діяльність суду та судова правотворчість як результат такої діяльності посідають центральне місце в концепції юридичного прагматизму. Крім того, суддівська функція (у тому числі і правотворча) надзвичайно гармонійно поєднується з прагматичними константами, такими, як націленість на результат, цінність рішення для задоволення потреб, практична спрямованість, відмова від формалізму та абстрактності. Використання успіхів прагматичної юриспруденції у переосмисленні ролі суду в суспільному розвитку є необхідною складовою формування в Україні нового праворозуміння у представників юридичної системи, особливо у професійних суддів, та осмислення істинної ролі суду пересічними громадянами, які звертаються до суду за захистом своїх прав та інтересів. Можливо, формування такого праворозуміння стало б істинним початком судової реформи в Україні на противагу формальним законодавчим змінам у повноваженнях вищих судових інстанцій, які переслідують зовсім інші цілі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Бентам И. Введение в основание нравственности и законодательства / Иеремия Бентам ; [пер., предисл., примеч. Б.Г. Капустина]. – М. : РОССПЭН, 1998. – 415 с.
2. История политических и правовых учений. Учебник / [Воротилин Е.А., Лейст О.Э., Мачин И.Ф. и др.]; под ред. О.Э. Лейста. – М. : Издательство "Зерцало", 2000. – 688 с.
3. История этических учений : учебник / [Гусейнов А.А., Кобзев А.И., Шохин В.К.]; под ред. А.А. Гусейнова. – М. : Гардарики, 2003. – 911 с.
4. Машков А. Проблемы теории державы и права. Основы. : курс лекций / А. Машков. – К. : Четверта хвиля, 2008. – 464 с.
5. Пирс Ч. С. Избранные философские произведения. / Чарльз Сэндэрс Пирс ; [пер. с англ. К. Голубович, К. Чухрукидзе, Т. Дмитриева]. – М. : Логос, 2000. – 448 с.
6. Джеймс У. Введение в философию; Рассел Б. Проблемы философии. / Уильям Джеймс, Бертран Рассел ; [пер. с англ., общ. ред., послесл. и примеч. А.Ф. Грязнова]. – М. : Республика, 2000. – 315 с.
7. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / [Бернюков А.М., Бігун В.С., Лобода Ю.П. та ін.] ; відп. ред. В.С. Бігун. – К. : Реферат, 2009. – 316 с.
8. Гураленко Н.А. Судова правотворчість як спосіб конструювання правової реальності / Н.А. Гураленко // Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наук. праць : Правознавство. – 2010. – № 550. – С. 5-10.
9. Малишев Б. В. Судова правотворчість як засіб досягнення мети правосуддя / Б. В. Малишев // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 47–62.
10. Сызранцев Д. Г. Прагматизм в праве: метод Роско Паунда : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.01 "Теория и история права и государства; история правовых учений" / Д. Г. Сызранцев. – СПб., 2002. – 22 с.
11. Dworkin, R. Taking Rights Seriously / Ronald Dworkin. – London : Gerald Duckworth & Co., 1977. – 371 p.
12. Posner, R. A. The problems of jurisprudence / Richard A. Posner. – Cambridge : First Harvard University, 1993. – 485 p.
13. Sinclair, M. Precedent, Super-Precedent / Michael Sinclair // George Mason Law Review. – 2007. – Vol. 16. – P. 363–411.