



## СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО И ПРАГМАТИЧЕСКИЙ ПУТЬ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Александр МАРТЫНЕНКО,  
аспирант кафедры теории права и государства  
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

### Summary

The classical approach to social control by legislation and non-specific for post-Soviet legal systems pragmatic approach to social regulation are compared in this article. Pragmatic jurisprudence offers non-formalistic path of social regulation by judicial lawmaking that can avoid dogmatism and mechanization of law, but it carries a lot of risk to stability of legal system. The strengths and weaknesses of pragmatic legal regulation, and factors that influence judge when choosing between existing rules (statute law or common law) or creation of new legal rules using judicial lawmaking are also analyzed.

**Key words:** judicial precedent, judicial lawmaking, legal pragmatism, sociology of law.

### Аннотация

В статье сравнивается механизм классического социального регулирования с помощью законодательства и не характерный для постсоветских юридических систем механизм прагматической регламентации общественных отношений. Прагматическая юриспруденция предлагает неформалистический способ упорядочивания социальных отношений по средствам судебного правотворчества, что позволяет избавиться от догматизма и механизации юриспруденции, но при этом несет в себе немало рисков для стабильности юридической системы. Рассматриваются сильные и слабые стороны прагматического правового регулирования, а также факторы, которые влияют на судью при выборе между применением уже существующей нормы (законодательной или прецедентной) и созданием новой юридической нормы с помощью судебного правотворчества.

**Ключевые слова:** правосудие, социология права, судебный прецедент, судебное правотворчество, юридический прагматизм.

**Постановка проблемы.** Актуальность исследования судебного правотворчества продиктована последними тенденциями и попытками реформирования судебной системы Украины, начало которым положено Законом Украины «О восстановлении доверия к судебной власти в Украине» и продолжено Законом Украины «Об очищении власти» и Законом Украины «Об обеспечении права на справедливый суд». Украинское правосудие требует новых подходов к организации и функционированию судебной системы, а также переосмысления роли суда в жизни общества, поэтому особое внимание следует уделить концепциям, не характерным для нынешнего состояния дел. Такой концепцией может стать юридический прагматизм, ядром которого выступают правотворческие полномочия суда и неформалистический подход к юридическому регулированию общественных отношений.

**Актуальность темы.** В постсоветской научной среде судебное правотворчество было объектом исследования Н. Гураленко, М. Козюбры, П. Куфтырева, С. Лозовской, Б. Малышева, М. Марченко, Ю. Меляковой, С. Погребняка, Е. Семьянова, О. Скакун, Н. Стэжика, С. Чердниченко, С. Шевчука и других. Однако следует констатировать, что проблематика судебного

правотворчества в Украине остается малоисследованной, а комплексных работ по осмыслению этого юридического феномена все ещё не хватает. Еще меньше научных исследований в Украине касаются концепции юридического прагматизма, которая составляет основу доктринального обоснования роли и значения судебного правотворчества для юридической системы.

**Целью статьи** является исследование судебного правотворчества, как одного из возможных путей регламентации общественных отношений, его отличия от классического законодательного правотворчества, а также анализ его сильных и слабых сторон, как средства юридического регулирования.

**Изложение основного материала исследования.** Прежде всего отметим, что мы определяем судебное правотворчество, как деятельность суда при рассмотрении судебного дела (обусловленную необходимостью преодоления пробелов в нормативно-правовых актах или отсутствием соответствующей прецедентной нормы, или необходимостью конкретизации уже существующей юридической нормы, или ее отрицания), результатом которой становится норма права (в том числе и такая, что изменяет или отменяет уже существующую норму) или принцип, формализованный в мотивировочной

части судебного решения и обязательный для применения при рассмотрении аналогичных судебных дел [7, с. 488].

Как у любого явления, у судебного правотворчества есть своя причина, свой толчок к его возникновению. В случае судебного правотворчества таким толчком являются противоречия, которые возникают в обществе. Бурное и непрерывное развитие общества приводит к возникновению все новых и новых социальных связей и отношений, которые требуют упорядочения, регламентации и регулирования. Судя по количеству субъектов, которые принимают участие в общественном дискурсе, неизбежно возникновение разночтений и конфликтов между ними, и каждый отстаивает свои интересы. Конфликт таких интересов на всех уровнях общественной жизни, предпочтение одних интересов другим, обеспечение их баланса и является камнем преткновения бытия права. Стоит согласиться с Л. Герасиной и М. Пановым, что именно социальная конфликтность составляет онтологическое основание возникновения и существования права [1, с. 51]. Гармонизация общества требует решения таких конфликтов, и государство должно обеспечивать этот процесс.

Общество является тем горнилом, в котором рождается право. По этому поводу профессор В. Четвернин отмечает,



что «социальные нормы возникают из-за того, что определенный смысл общественных отношений (сущее) признается в общественном сознании, как нечто нормальное» [8, с. 65]. По нашему мнению, безоговорочным источником права является само общество. При этом, не общество как абстрактная совокупность людей, а конкретное общество конкретного времени. Каждое общество всегда контекстно, то есть, общество «здесь и сейчас». Так, украинское общество начала 2013 г. отличается от украинского общества конца того же года.

Общество, как самая сложная форма организации людей, требует упорядочения от государства, как от самой сложной формы организации общества и обеспечения его жизнедеятельности. В современных государствах, где население уже измеряется даже не миллионами, а сотнями миллионов, и где, если верить Т. Гоббсу, каждый готов перерезать горло каждому, единственным средством такого упорядочения становится, безусловно, право. Человеческая цивилизация еще не пришла к более эффективному, инструментальному и прагматическому механизму социального регулирования, чем право.

Государство, не желая оставаться в стороне социального регулирования, может следовать двумя путями упорядочения общественных отношений и решения социальных конфликтов. Первый – классический **формалистический**, то есть попытка урегулировать общественные отношения через нормотворческую деятельность путем принятия законов и подзаконных нормативных актов. В таком случае парламент стремится предусмотреть наибольшее количество жизненных ситуаций и выписать под них юридические нормы, то есть правила поведения субъектов. После этого другие органы государственной власти занимаются подзаконным нормотворчеством, пытаясь развить эту регламентацию дальше.

Только после формулирования законодательной нормы, после приведения в соответствие подзаконных актов, субъекты руководствуются созданными правилами, а судьи и чиновники занимаются их применением к жизненным случаям. Законодатель пытается адекватно отразить и урегулировать

уже существующие общественные отношения, а также предвидеть перспективу возникновения новых, чтобы заранее заложить соответствующие юридические нормы. Ж. Дзейко справедливо отмечает, что «законодатель должен урегулировать общественные отношения, учитывая прогнозы развития и изменения в различных сферах общественной жизни, чтобы избежать частых изменений в действующем законодательстве» [3, с. 195].

Однако, в любом случае, такой формалистический подход сталкивается с диалектической проблемой. С одной стороны, необходимо максимально конкретно регламентировать сферы жизни общества во избежание пробелов и «белых пятен», не охваченных законодательством. А с другой стороны, существует риск чрезмерной регламентации общественных отношений. Но ведь очевидно, что урегулировать абсолютно все сферы жизнедеятельности общества не под силу ни одному, даже самому тоталитарному государству, кроме разве что утопической Океании из бессмертного романа Дж. Оруэлла «1984». Поэтому такое формалистическое регулирование все равно остается абстрактным, а при необходимости применить юридические нормы, по словам Р. Паунда, «скорее случаи подгоняются под нормы, чем нормы под случаи» [13, с. 613]. Законодательная норма распространяется на неограниченное количество возможных случаев и субъектов, то есть является общей. Для того чтобы такая норма реализовалась, необходимы логические методы дедукции и силлогизма.

Другим путем регламентации общественных отношений является **прагматический**, ключевым элементом которого выступает судебное правотворчество, или, по крайней мере, судебское усмотрение для окаменевших юридических систем, подобных украинской. Профессор М. Козюбра отмечает, что поиск права не ограничивается лишь законодательными органами, и даже более того – правотворческими в целом. Поиск права – это задача любого юриста, который рассматривает те или иные конкретные дела, будь то судья, адвокат или прокурор. Поиск права не ограничивается формально-логическим анализом текстов Конституции, законов и других нормативных актов,

а требует обращения с общими принципами права, источником которых нередко является не текстуальное или содержательное закрепление в названных актах, а именно судебная практика [4, с. 6].

По нашему мнению, именно судья является тем субъектом, который максимально приближается к сущности и характеру правоотношений, являющихся предметом рассмотрения в конкретном деле. В отличие от законодателя, который анализирует и прогнозирует абстрактные, судья всегда имеет дело с конкретными случаями. Судья обязан полно и всесторонне исследовать все существенные обстоятельства как по зову совести, так и по непосредственному требованию процессуально-го закона.

Н. Гураленко отмечает, что в отличие от законодательства, судебное правотворчество более приближено и органично связано с познанием правовой сферы социального бытия, развитие которого характеризуется не только своей статикой, но и постоянной динамикой [2, с. 7]. Законодатель может банально не успевать за общественными изменениями хотя бы в силу сложности и бюрократичности законодательной процедуры или необходимости достижения политического консенсуса в парламенте, который будет предшествовать непосредственно принятию закона. В то же время суд всегда имеет дело с актуальными юридическими казусами. Любое юридическое явление, которое будет новым и неоднозначным, рано или поздно предстанет перед судом, так как будет продолжением того или иного социального конфликта, отражающего актуальные противоречия в правовой сфере жизни общества. А судебное решение, как справедливо отмечал профессор С. Максимов, будет «апогеем правовой жизни» [5, с. 186].

В том случае, когда общественный конфликт становится судебным спором, судья может сделать выбор или стать продолжением уже описанного формалистического метода юридической регламентации, изыскивая решения в уже существующих законодательных актах или судебных прецедентах. Может подойти шире к решению вопроса и проанализировать общественные факторы, сопровождающие судебный процесс (контекст), оценить последствия своего



решения и поставить перед собой определенную цель, которую необходимо достичь таким решением.

Судья-прагматист в отличие от судьи-формалиста не находится в плену юридического текста, будь то в форме закона или судебного прецедента. Для него существующие юридические нормы могут быть применены для судебного решения только в случае, если они адекватно отвечают общественным целям и способствуют эффективному социальному регулированию. Р. Дворкин писал, что прагматисты убеждены в том, что судьи должны делать все от них зависящее для того, чтобы добиться улучшения в будущем, и при этом они не обременены необходимостью уважать или охранять последовательность в принципах, которых придерживаются другие должностные лица [11, с. 161]. Однако сущность прагматизма шире, чем такая характеристика. Судья-прагматист не ставит целью «отбросить» или изменить уже существующую законодательную или прецедентную норму. Для него такое отрицание или изменение является лишь средством достижения должного практического результата в форме эффективного и действенного судебного решения. Судья-прагматист может применить уже существующий закон и при этом остаться прагматистом, если такой закон будет эффективным инструментом социального регулирования в конкретном споре.

Судебное правотворчество не должно быть самоцелью для судьи, иначе судейский активизм может превратиться в эгоистичное желание судьи продемонстрировать свое правовое изыщество и превзойти законодателя или стать инструментом судейского произвола, который позволит маскировать неправомерные решения под судебное правотворчество. Стоит согласиться с Б. Малышевым, что «судебное правотворчество способствует цели правосудия тем, что оно заставляет судей подходить к рассмотрению споров в соответствии с чрезвычайно высокими стандартами справедливости. Ведь благодаря тому, что их решение будет не только правоприменительным актом, но и источником (формой) права, аргументация судей будет открытой для анализа и критики со стороны юридической общественности» [6, с. 57].

Судебное правотворчество должно быть средством достижения целей, которые ставит перед собой судья, однако ни в коем случае не средством превзойти закон.

Для судьи-прагматиста между законом и судебным правотворчеством должна существовать своеобразная конкуренция, которая позволяет достичь лучшего результата. Юридический реалист Л. Грин выделил пять факторов, которые позволяют сделать выбор между существующей нормой права и возможной нормой, которая может быть создана по результатам судебного правотворчества: 1) административный фактор – практическая действенность нормы; 2) моральный фактор – минимизация ущерба; 3) экономический фактор, заключающийся в действии на экономическую деятельность; 4) профилактический фактор, то есть возможность предупреждения нарушений в будущем и 5) судейский фактор – принятие решения судейским сообществом, то есть судебное решение не должно быть отменено вышестоящими судебными инстанциями [12, с. 255–257]. При этом стоит отметить, что у Л. Грина даже моральный фактор несет сугубо прагматический характер, так как минимизация ущерба является скорее экономической целью, чем морально-этической.

Судья может, и даже обязан, применить закон, если он позволяет достичь наибольшей результативности судебного решения для общества. В некоторых категориях дел юридическая норма и обстоятельства дела бывают однозначными (в терминологии Р. Дворкина – «простые дела»). Так, в хозяйственных делах о взыскании задолженности за поставленный и неоплаченный товар, судебное правотворчество отсутствует, ведь Гражданский и Хозяйственный кодексы Украины уже содержат прочное основание для решения таких дел. В таком случае не будет судебного правотворчества как такового, поскольку не будет создана новая юридическая норма.

Однако, если в вышеописанной категории дел ответчик ставит вопрос об уменьшении размера штрафных санкций, ссылаясь на тяжелое финансовое положение или другие исключительные обстоятельства, или ставит вопрос об отсрочке исполнения решения, то

тут уже появляется место для юридического прагматизма и судебного правотворчества. В таком случае суд не только может, но и обязан оценить общественные факторы, которые влияют на его решение. В частности, судья может прийти к выводу, что тяжелое финансовое положение ответчика является основанием для отсрочки исполнения решения суда или уменьшения штрафных санкций, поскольку решение об удовлетворении исковых требований в полном объеме приведет к неплатежеспособности ответчика, сокращению численности работников или вообще будет иметь негативные последствия для определенной отрасли экономики в целом.

Судебное правотворчество позволяет оперативно реагировать на вызовы, так как не требует политизированной и бюрократизированной законодательной процедуры. Очевидно, что центральным элементом такой регламентации является суд, который одновременно решает судебный спор и создает новую юридическую норму, которая применима, как для сторон в данном споре, так и для аналогичных дел в будущем, то есть такое судебное решение становится судебным прецедентом. Профессор С. Шевчук отмечает, что суд принимает участие в процессе формирования права в случае, если правовая позиция, изложенная в акте судебной власти, имеет обязательное значение не только для сторон в деле, но и для судей при решении следующих дел аналогичного характера [9, с. 26]. По нашему мнению, такую характеристику следует дополнить выводом о том, что созданная по результатам судебного правотворчества юридическая норма является обязательной не только для судей при решении следующих дел аналогичного характера, но и для всех субъектов права, которые соотносят свою деятельность с реакцией суда. Ведь если юридическая норма становится обязательной для судей, то она становится обязательной и для других субъектов, которые не хотят проиграть в суде, если по результатам их действий возникнет судебный спор.

Сущностью юридической нормы является правило поведения, то есть тот или иной вариант деяния (действия или бездействия), которого будет придерживаться лицо, желающее



действовать правомерно. Сложности начинаются при ответе на вопрос, где же юридическим прагматистам искать юридические нормы, если их еще как таковых не существует, так как не существует решения суда относительно того или иного жизненного казуса.

При ответе на этот сложный вопрос, возникает главный, по нашему мнению, недостаток юридического прагматизма – слабая определенность (детерминированность) права. В случае судебного правотворчества, когда субъект права решает, как ему действовать, то есть какой юридической нормы ему придерживаться, такой юридической нормы еще не существует в природе. Такой субъект права должен спрогнозировать, каким будет решение суда, действовать в соответствии с таким прогнозом и надеяться, что он окажется верным. В таком случае право является детерминированным только в незначительной степени, а субъект для юридической обоснованности своих действий не имеет достаточной уверенности.

Проблему недетерминированности судебного правотворчества можно проиллюстрировать на таком потенциально возможном примере законотворчества. Общеизвестным и закрепленным в т. ч. и в ст. 58 Конституции Украины является принцип, согласно которому законы и другие нормативно-правовые акты не имеют обратного действия во времени, кроме случаев, когда они смягчают или отменяют ответственность лица. Никто не может отвечать за деяния, которые на момент их совершения не признавались законом как правонарушение. Представим, что данный принцип не действует, и лицо, совершившее определенное деяние, потом со страхом будет смотреть парламентский телеканал «Рада» в ожидании того, не признает ли вдруг Верховная Рада Украины такое деяние преступлением. В случае судебного правотворчества регулирование фактически осуществляется подобным образом. Сначала лицо совершает определенное действие, а потом суд дает такому действию свою характеристику, и уже такая характеристика становится непосредственно правом. Возможны случаи, когда прогноз решения суда для сторон будет столь очевидным, что стороны спора будут стремиться урегу-

лировать его во внесудебном порядке, чтобы избежать дополнительных и ненужных расходов на сопровождение судебного процесса. В таком случае правом становится не юридическая норма, содержащаяся в судебном решении, а факт отсутствия такого решения уже является правом, поскольку побуждает лицо действовать определенным образом, то есть становится руководящим правилом для него.

Однако, по нашему мнению, такой недостаток судебного правотворчества, как слабая детерминированность права, уступает по важности его главному преимуществу – возможности приводить право в соответствие с быстроменяющимися общественными условиями и адекватно отвечать на общественные вызовы. Как отмечал Б. Кардозо, разница между реальной жизнью и законодательством, то есть должным и сущим, всегда есть и будет из-за постоянных изменений, происходящих в жизни [10, с. 144]. Судебное правотворчество и является средством приведения права в резонанс с реальной жизнью, то есть с сущим. Правотворческая деятельность суда позволяет привести юридическую систему в динамику, модифицировать ее под потребности настоящего и стать реальным инструментом решения общественных проблем.

**Выводы.** Подводя итоги, отметим, что украинская юридическая система требует неотложного реформирования и поиска новых путей и подходов. Очевидно, что основой для положительных изменений юридической системы должна стать, в первую очередь, судебная реформа. Последние законодательные изменения в Украине, которые касаются реформирования судебной системы, закладывают фундамент для внедрения судебного правотворчества и юридического прагматизма в украинскую юриспруденцию. Закон Украины «Об обеспечении права на справедливый суд» предусматривает как предоставление обязательной силы заключениям Верховного Суда Украины о применении той или иной нормы права, так и возможность судов мотивировано отступать от юридических позиций Верховного Суда Украины, что является отказом от юридического формализма.

Конечно, консервативное юридическое сообщество Украины может

принять юридический прагматизм и судебное правотворчество с опаской, усматривая в них инструмент нарушения принципа законности и путь к судейскому произволу. Однако, как показывает практика украинского судопроизводства, для судейского произвола и коррупции в сфере судопроизводства не нужны никакие дополнительные инструменты, кроме уже существующих. Поэтому путь реформирования, направленный на качественное изменение судейского корпуса, принципов организации судебной системы, должен быть также направлен и на отказ от восприятия судьи, как институционального приложения к закону. Осознание как самими судьями, так и обществом тех огромных возможностей, которыми обладает судья для конструирования социальной реальности, приведения правового поля в соответствие с состоянием и требованиями общества, обеспечения результативности и эффективности права, является неременным залогом успеха судебной реформы в Украине и восстановления доверия к судебной власти.

#### Список использованной литературы:

1. Герасіна Л.М. Проблема правової конфліктології: феноменологічний, гносеологічний та праксеологічний аналіз / Л.М. Герасіна, М.І. Панов. – Х. : Прапор, 2004. – 112 с.
2. 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.
3. Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження / Ж.О. Дзейко. – К., 2007. – 360 с.
4. Козюбра М.І. Юридичне тлумачення: проблеми методології / М.І. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. – 2014. – Т. 155. – С. 3–8.
5. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Х. : Право, 2002. – 328 с.
6. Малишев Б.В. Судова правотворчість як засіб досягнення



мети правосуддя / Б.В. Малишев // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 47–62.

7. Мартиненко О.О. Поняття судової правотворчості в контексті її характерних ознак / О.О. Мартиненко // Альманах права. Правовий світогляд: людина і право. – 2014. – № 5. – С. 484–489;

8. Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. Учебное пособие. – М.: Институт государства и права РАН, 2003. – 204 с.

9. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. ... д-ра наук: 12.00.01 – Х., 2009. – 38 с.

10. Cardozo B. The Growth of the Law / B. Cardozo. – New Haven: Yale University Press, 1963. – 145 с.

11. Dworkin R. Law's Empire / R. Dworkin. – Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. – 470 с.

12. Green L. The Duty Problem in Negligence Cases (pt. 2) / L. Green // Columbia Law Review. – 1929. – № 29. – С. 255–284.

13. Pound R. Mechanical Jurisprudence / R. Pound // Columbia Law Review. – 1908. – № 8. – С. 605–623.

## ABOUT THE ESSENCE AND CONCEPT OF EXECUTIVE POWER

Vladimir MARCHENKO,

PhD, Associate Professor of the Department of State and legal disciplines and International Law Faculty of the Kharkiv National Pedagogical University named by G.S. Skovoroda

### Summary

The specificity of the models of the executive power in the modern countries largely depends on the government, while the classification of the last one determines the place and the role of the state's head and the government in the political system, the state mechanism. However, in any form of the government the executive power usually plays an important role in the state mechanism. In the article the author analyzes the essence and features of executive power in modern countries from the point of view of the conception of the division of power; the concept of the executive power is defined.

**Key words:** executive power, the mechanism of executive power, power division.

### Анотация

Специфика моделей исполнительной власти в современных странах в значительной мере зависит от формы правления, поскольку классификация последней определяет место и роль главы государства и правительства в политической системе, государственном механизме. Тем не менее, при какой-либо форме правления исполнительная власть, как правило, играет важную роль в государственном механизме. В статье анализируется сущность и признаки исполнительной власти в современных странах с точки зрения концепции разделения власти; определено понятие исполнительной власти.

**Ключевые слова:** исполнительная власть, механизм исполнительной власти, разделение власти.

**T**he executive power is the most visible institution of the political system of society, whose activity is directly related to daily life of the citizens. "It not only implements political decisions in life, but also often initiates and organizes the adoption of them, gaining a dominant role in society. Party-political struggle in society takes place mostly around the obtaining of the executive power or the determining influence on it. The degree of the democracy of society is determined by the effectiveness of this power and how society controls it" – O.V. Khomenko notes rightly [1, p. 84]. As it is emphasized in the monograph of the German constitutionalist Carl Verlag, the activity of the executive power was an object of the rapt attention of society, that caused the need for the continuous control of its activity, including the constitutional control [2]. So the problems of the executive power are being traditionally studied by scientists-jurists, but it should be noted that the fragmentary elucidation of them doesn't help to determine the patterns of the functioning of higher bodies of the state executive power and to reveal the main trends of the development

of legal support, the creating of them and their activity.

However, the study of the formation and the development of the higher bodies of the executive power would be incomplete without the clarifying of the essence of the concept "the executive power". As this concept usually is not fixed in constitutions, the logic of the scientific search causes the need to turn to theoretical sources.

Some experts on a state noted that the executive branch was one of the branches of the single government, the functioning of which was possible only under the conditions of the realization of the principle of the separation of powers [3, p. 243]. In other words, the talking about the existence of the executive power until the rise and the implementation of such separation is not warranted. Of course, we can talk, in our opinion, about the legislative, executive and judicial power (functions) of the monarch, using in the description of the government in classical monarchies conceptual apparatus of the theory of the separation of power. But the existence of such functions does not mean the actual, real existence of the legislative,