

УДК 340.1

**Т. А. Боброва**  
магістр права  
Криворізького факультету  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### «НЕГАТИВНА» ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ВІТЧИЗНЯНІ РЕАЛІЇ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Розвиток правотворчості в сучасній державі є важливою запорукою підвищення ролі законодавства, зміцнення законності, запобігання правового нігілізму. За результатами правотворчої роботи оцінюється держава загалом, ступінь її демократичності та цивілізованості. Останнім часом у сучасній юриспруденції все частіше згадується «негативна правотворчість», яка нині є малодослідженою, не говорячи вже про технологію її здійснення та роль у сучасній державі, що й зумовлює актуальність цієї теми.

Питання так званої негативної правотворчості більшою чи меншою мірою були предметом досліджень вітчизняних та зарубіжних авторів: О.Є. Амплєєвої, А.Д. Бойкова, В.В. Дудченко, Л.Я. Коритко, А.П. Мазуренка, Н.С. Нижник, Дж. Робертса, А.Б. Романюка, С.В. Шевчука, В.Д. Юрчишина.

Проте багато питань щодо поняття та ролі негативної правотворчості залишаються нез'ясованими, дискусії тривають навколо юридичної природи, невирішеною є ціла низка питань з її реалізації. Все вищевказане, а також відсутність інтерпретації цього поняття дає змогу розглядати негативну правотворчість як свого роду правовий феномен.

Метою статті є огляд негативної правотворчості судових органів, її сутності, характеристики, ролі у сучасній українській юриспруденції та країні зарубіжжя.

Перш ніж розпочати теоретичний аналіз цього поняття, варто з'ясувати суть негативної правотворчості. Якщо правотворчість у позитивному аспекті – це формування й прийняття нормативних актів уповноваженими суб'єктами в межах відповідних процедур, яку, як правило, здійснюють органи законодавчої та виконавчої влади, то «негативною» називають судову правотворчість, оскільки відбувається відміна нормативно-правових актів або окремих норм у разі визнання їх такими, що суперечать Конституції чи міжнародно-правовим актам.

На думку Л.Я. Коритко та В.Д. Юрчишина, суть негативної правотворчості полягає у винесенні судовим органом влади рішень, спрямованих на втрату чинності юридичними нормами [8, с. 107]. Так, щодо оцінки судової правотворчості Голова Верховного суду США Дж. Робертс зазначає, що правотворчість – це не повноваження, а функція з метою пристосування права до змінюваних

умов. Таким чином, суди діють функціонально із застосуванням правотворчих методів [14].

Прикладами такої правотворчості в Україні є рішення Конституційного Суду України та Європейського Суду з прав людини щодо невідповідності нормативно-правових актів Конституції України або ж європейському законодавству відповідно. Нормотворчий аспект діяльності суду проявляється в тому, що в результаті розгляду справ він постановляє рішення, яким може бути повністю або частково зупинена дія нормативно-правового акта. Скасовуючи норму права, Конституційний Суд здійснює, по суті, правове регулювання, не створюючи нову норму, тим самим спричиняє вплив на здійснювану уповноваженими органами правотворчість. Про негативних правотворців у своїх роботах згадував ще Г. Кельзен, який вказував, що, відшукуючи зміст та значення природних прав та свобод людини, конституційні судді, по суті, стануть «всесильними надзаконодавцями» [6, с. 11].

Ю.М. Оборотов слушно зазначає, що для закріплення правопорядку важливу роль відіграє ціннісне ставлення суспільства й особистості до держави, до діяльності його різноманітних інститутів [10, с. 261]. Оскільки є низький рівень довіри в суспільстві до інституту судової влади, не менш важливими є й практичні наслідки так званої негативної правотворчості судів як з точки зору захисту прав людини, так і в більш широкому соціальному контексті: підвищення культури праворозуміння, становлення правопорядку в державі, адже негативна правотворчість несе не тільки позитивні зміни для правової доктрини та практичної діяльності, але й негативні (на думку деяких науковців).

У першому випадку це підтверджується тим, що «негативні» правотворці (в Україні так називають суддів Конституційного Суду України) розвивають основні принципи Конституції і вдосконалюють законодавство шляхом пристосування його до життєвих умов, які постійно розвиваються і потребують правового регулювання. Причому суб'єкти негативної правотворчості існують як у країнах з континентальною системою права, так і в країнах з англосаксонською правовою системою. Верховний суд США також виконує правотворчу функцію, яка йому не властива і Конституцією не закріплена.

Значну роль у визнанні судових правотворчих функцій зіграв і домінуючий тип праворозуміння, який затвердився в американській правовій доктрині, – соціологічна юриспруденція. Як основних «творців» права соціологічна юриспруденція розглядає насамперед не законодавчі органи, а суддів, які покликані на пошук «живого» права в надрах самого суспільства. Під впливом концепцій «соціологічної юриспруденції» судді стали виступати відкрито як активні учасники правотворчого процесу, а не як «автомати», які «механічно» вилучають відповідну правову норму зі створеної правової системи й так же «механічно» докладають її до конкретної справи [11, с. 37]. Так, за результатами правотворчих функцій Верховного суду США в процесі тлумачення складаються прецеденти, які містять обов'язкові для всіх суб'єктів права вимоги.

С.В. Шевчук зазначає, що судовий прецедент за своїм змістом є складником мотивувальної частини акта судової влади. Схожі тенденції починають складатися і в українській правовій системі саме у частині визнання за актами судової влади їх нормативної характеристики за аналогією з прецедентним правом. Хоча правові позиції в актах судової влади мають ознаки нормативності, при цьому вони залишаються актами застосування права, а не нормативно-правовими актами [13, с. 14].

Очевидним є те, що рішення Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини виступають джерелом права. Так, відповідно до ст. 151-2 Конституції України рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України, є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені. Окрім того, згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування права Європейського суду з прав людини» суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Так, В.В. Дудченко слушно зазначає, що джерела права охоплюють не лише волю законодавця, але також розум і совість суспільства, його звичаї і звички [4], які суд може врахувати під час винесення рішень у процесі здійснення «негативної правотворчості», таким чином вдосконалюючи правове регулювання суспільних відносин.

Щодо негативних змін А.Д. Бойков стверджує, що через «негативну» правотворчість правова система «підправляється» не шляхом позитивних змін, пов'язаних з доповненням і вдосконаленням норм права, а шляхом вилучення з неї окремих норм та інститутів через констатацію їх неконституційності [2], що веде не до вдосконалення правової системи, а до фрагментарного, невдалого її латання з явним привласненням повноважень законодавця. Так, право поступово втрачає значення абсолютної цінності, адже з його приписами можна не погоджуватися в процесі правозасто-

совної практики, надавати їм критичну оцінку та оскаржувати їх конституційність.

Негативне ставлення до правотворчої функції судових органів в основному будується на принципі поділу влади, відповідно до якого в сферу компетенції судам віднесено правозастосування, а не правотворчість [1, с. 108]. Створення Конституційним Судом України норми права є неможливим згідно з вимогами статті 6 Конституції України стосовно цього ж принципу. Проте слід констатувати, що *de-facto* правотворчість судової влади існує і здійснюється з іншими її функціями, закріпленими на законодавчому рівні. Так, С.М. Гусаров зазначає, що правотворчість не можна зводити до законотворчості, адже законотворчість є виключною монополією представницьких вищих органів держави (в Україні – Верховної Ради). Законотворчість є одним із різновидів правотворчої діяльності, який слід розглядати як діяльність уповноважених органів з прийняття, зміни, призупинення дії й скасування законів і підзаконних нормативно-правових актів. Отже, законотворчість є складовим елементом правотворчості [5, с. 57].

Окрім того, судова правотворчість базується на принципі практичної спрямованості правотворчої діяльності. Тобто має своїм завданням орієнтуватися на практику застосування правових актів, усувати наявні прогалини у чинних законах та інших нормативно-правових актах, постійно відстежувати суспільні процеси. Рішення і висновки КСУ є допоміжними джерелами права, тому що не містять первинних правил поведінки, однак мають нормативний характер, оскільки можуть повністю або частково зупинити дію нормативно-правового акта.

У процесі реалізації негативної правотворчості зникають одні правила та видозмінюються інші. Якщо розглядати правотворчість як завершальний етап правоутворення, що складається з діяльності уповноважених суб'єктів зі створення, зміни чи відміни правових норм з метою врегулювання суспільних відносин та вдосконалення наявної системи права [12, с. 11], можна зробити висновки, що негативна правотворчість подає відміною правових норм з метою врегулювання суспільних відносин та вдосконалення наявної системи права. Так звана негативна правотворчість являє собою потужний фактор, який впливає на розвиток правової системи в цілому. Саме під час здійснення правосуддя виявляються дефекти чинних нормативно-правових актів, пов'язаних з існуванням юридичних колізій і прогалин у праві, виправлення яких може позитивно позначитися на розвитку та ефективності законодавства. Рішення про визнання того чи іншого акта неконституційним або незаконним несе за собою втрату юридичної сили таких актів, що своєю чергою впливає на суспільні відносини, які у майбутньому врегульовуються завдяки рішенням судових органів.

Так, наприклад, Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України було визнано такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України.

На думку суб'єкта права на конституційне подання, стаття 368<sup>2</sup> Кодексу не узгоджується з приписами Конституції України щодо: верховенства права; відсутності зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, які не пом'якшують або не скасовують відповідальності особи; заборони притягувати до відповідальності за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення; заборони двічі притягувати особу до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення; презумпції невинуватості особи; звільнення особи від обов'язку доводити свою невинуватість у скоєнні злочину; неприпустимості обґрунтування обвинувачення на припущеннях; можливості особи не давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів; рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом; змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості [15].

Саме під час здійснення негативної правотворчості були усунуті вищезгадані порушення Основного Закону держави шляхом ухвалення Рішення Конституційним Судом України щодо визнання такої норми неконституційною.

Окрім того, в наведеному прикладі «негативні правотворці» вдало продемонстрували застосування судом під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Так, у рішенні були проаналізовані та використані такі рішення із практики ЄСПЛ:

1. Рішення ЄСПЛ у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства № 1» (The Sunday Times v. the United Kingdom № 1) від 26 квітня 1979 року;

2. Рішення ЄСПЛ у справі «Барбера, Мессеге і Хабардо проти Іспанії» (Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain) від 6 грудня 1988 року;

3. Рішення ЄСПЛ у справі «S.W. проти Сполученого Королівства» (S.W. v. the United Kingdom) від 22 листопада 1995 року;

4. Рішення ЄСПЛ у справі «Сондерс проти Сполученого Королівства» (Saunders v. the United Kingdom) від 17 грудня 1996 року;

5. Рішення ЄСПЛ у справі «Яношевич проти Швеції» (Janosevice v. Sweden) від 23 липня 2002 року;

6. Рішення ЄСПЛ у справі у справі «Яллоґ проти Німеччини» (Jalloh v. Germany) від 11 липня 2006 року;

7. Рішення ЄСПЛ у справі «Солдатенко проти України» (Soldatenko v. Ukraine) від 23 жовтня 2008 року;

8. Рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Зайченко проти Росії» (Aleksandr Zaichenko v. Russia) від 18 лютого 2010 року.

У зарубіжній практиці також трапляються приклади визнання нормативно-правових актів неконституційними. Наприклад, Федеральний Конституційний суд Німеччини здійснює навіть перевірку конституційності законодавчих прогалин і може визнати неповноту закону неконституційною. Окрім того, рішення цього суду містять нормативні положення, які є складовою частиною рішень не лише у справах про тлумачення Основного Закону Німеччини, але і основою для прийняття рішень по інших категоріях справ, віднесених до компетенції Федерального Конституційного суду Німеччини. Так, Н.А. Вересова вважає, що конституційні прецеденти можуть бути підрозділені за впливом на законодавчі акти на прецеденти, що заповнюють право, і прецеденти, що відміняють право [3, с. 10]. Саме конституційні прецеденти, які відміняють право, і здійснюються «негативними правотворцями» (суддями Федерального Конституційного суду Німеччини).

Негативна правотворчість має місце й у Франції, де правові позиції Конституційного суду являють собою обов'язкову норму як для законодавця, так і для правозастосувача. Конституційна Рада здійснює подальший контроль за зверненнями громадян і безпосередньо звертається до судів у резолютивній частині своїх рішень. Як правило, ці звернення визначають момент втрати чинності нормою, визнаною неконституційною. Так, вона не має застосовуватися в справах, що розглядаються судом на момент визнання її неконституційною та розпочатих після цього моменту. Аналогом правових позицій у Франції є «застереження про тлумачення» – дається Конституційною Радою тлумачення Конституції, обов'язкове для інших органів. У своїх рішеннях вона самостійно визначає перелік актів, що мають вищу юридичну силу, тобто тих актів, протиріччя яким обґрунтовує неконституційність норми, що перевіряється (так званий блок конституційності). При цьому Конституційна Рада не тільки визнає вищу юридичну силу за вже наявними актами, а й самостійно виводить принципи права, «визнані законами Республіки». Таким чином був виведений, наприклад, принцип незалежності викладачів університетів [7].

Отже, такий вид правотворчості, як підтверджує практика, є стимулом безперервного розвитку і вдосконалення законодавчої бази, індикатором його змін та доповнень, а рішення та

висновки, ухвалені Конституційним Судом України та Європейським судом з прав людини становлять свого роду доктрину, яка формується на загальноєвропейських та конституційних принципах і є джерелом права.

### Література:

1. Агеева Е.А. Либеральное судебное правотворчество Верховного суда США в середине XX века. Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутрисударственное, наднациональное и международное измерения: коллективная монография / Под ред. И.Л. Честнова. Санкт-Петербург: Астерион, 2018. 532 с.
2. Бойков А.Д. Третья власть в России. Книга вторая. Продолжение реформ. Москва, 2002 г. URL: <http://www.kalinovsky-k.narod.ru/b/boikov2/index.htm>.
3. Вересова Н.А. Нормотворческая функция Федерального Конституционного суда Российской Федерации (Сравнительно-правовой анализ): автореф. дис. на соискание степени канд. наук: спец. 12.00.02 «Конституционное право, муниципальное право». Санкт-Петербург, 2008. 28 с.
4. Дудченко В.В. Плюралистична теорія джерел права: нові можливості в досягненні права. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/46798/%C2#chapter>.
5. Гусаров С.М. Поняття та сутність правотворчості в Україні. *Правова система: теорія і практика*. № 2, 2015. С. 55-59.
6. Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции. (Конституционная юстиция. Часть 2. Окончание). *Право и политика*. 2006. № 9. С. 5-18.
7. Кокотова М.А. Проверка конституционности законов по обращению граждан как вид конституционного контроля в России и во Франции. *Universum juris*. 2016. URL: <http://www.universum-juris.org/?q=ru/node/27>.
8. Коритко Л.Я., Юрчишин В.Д. Влияние «негативной» правотворчости Европейского суда на права человека и Конституционный Суд Украины на трудовое законодательство. URL: <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/KtbxLxGgJNxsVjFqBnvGpPNkgDXhgSVfbq?projector=1&messagePartId=0.1>.
9. Мазуренко А.П. Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2011. 50 с.
10. Оборотов Ю.М. Ценностно-нормативные основания стабильного правопорядка. *Актуальные проблемы державы и права*. 2009. № 9. С. 258-263.
11. Петрова Е.А. Механизм конституционного правотворчества в США как проявление конвергенции в праве. *RUDN JOURNAL OF LAW*. 2017. Т. 21. № 1. С. 28-52.
12. Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. Историко-правовое исследование: монография. Москва: Проспект, 2018. 288 с.
13. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Харків, 2008. 39 с.
14. The Rule of Law. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>.
15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України від 26.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19>.

### Анотація

**Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: вітчизняні реалії та зарубіжний досвід.** – Стаття.

У цій статті розглянутий такий правовий феномен, як «негативна правотворчість», який на тепер є малодослідженим, не говорячи вже про технологію його здійснення та роль у сучасній державі, що й зумовлює актуальність обраної теми. Багато питань щодо поняття та ролі негативної правотворчості залишаються нез'ясованими, дискусії тривають навколо юридичної природи, невіршеною є ціла низка питань з її реалізації. Незважаючи на велику кількість праць, в яких тією чи іншою мірою була розглянута судова правотворчість вітчизняними та зарубіжними авторами, дослідженню різних аспектів саме негативної правотворчості було приділено не досить уваги. Необхідно констатувати, що у юридичній літературі так і не сформовано усталеної, повноцінної дефініції цього поняття.

У роботі надана загальна характеристика, проаналізована суть та прояв негативної правотворчості як в Україні, так і у світовій практиці, наведені приклади її реалізації. Окреслені й практичні наслідки так званої негативної правотворчості судів з точки зору захисту прав людини і в більш широкому соціальному контексті: підвищення культури праворозуміння, становлення правопорядку в державі. Зазначено, що негативна правотворчість несе як позитивні зміни для правової доктрини та практичної діяльності, так і негативні. Зокрема, наведені позиції вчених та практичних діячів стосовно таких змін.

Охарактеризована роль «негативних правотворців» як суб'єктів судової правотворчості, які покликані відшукувати зміст та значення природних прав та свобод людини, через реалізацію правотворчої функції судових органів. Причому такі правотворці є як у країнах з континентальною системою права, так і в країнах англосаксонської правової системи.

З'ясовано, що негативна правотворчість являє собою потужний фактор, який впливає на розвиток правової системи в цілому, адже саме під час здійснення правосуддя виявляються дефекти чинних нормативно-правових актів, пов'язаних з існуванням юридичних колізій і прогалин у праві, виправлення яких може позитивно позначитися на розвитку та ефективності законодавства.

**Ключові слова:** негативна правотворчість, джерело права, судова правотворчість, неконституційність, правотворча функція, аналогія з прецедентним правом, ознаки нормативності.

### Summary

**Bobrova T. A. «Negative» lawmaking: domestic realities and foreign experience.** – Article.

This paper considers such legal phenomenon as «negative lawmaking» which is by now little-investigated, to say nothing about the technology of its implementation and its role in a contemporary state which emphasizes timeliness of this topic. A number of aspects of this notion and the negative lawmaking role remain unclear, discussions are ongoing regarding the legal nature, and still undecided are a whole series of points as how to accomplish it in practice. Despite a great number of works wherein the judicial legislation was treated by domestic and foreign authors, insufficient attention was paid just to a study of various aspects of the negative lawmaking. It is necessary to state that the legal literature still did not formulate a firmly established meaningful definition of this notion.

The paper presents a general characteristic of the negative lawmaking; it contains analysis of its essence and

manifestations both in Ukraine and in the world practice and the examples of its accomplishment. The practical consequences of the so-called negative lawmaking of judges from the viewpoint of human right protection and in a wider social context are outlined: enhancement of the legal consciousness and establishment of the law and order in the state. It is indicated that the negative lawmaking brings both positive and negative changes for the law doctrine and practical activity. In particular, opinions of scientists and practical specialists concerning such changes are given.

The role of «negative lawmakers» as the subjects of the judicial legislation who should seek the content and meaning of the intrinsic rights and human freedoms through accomplishment of the lawmaking function of the judi-

cial bodies is described. Such lawmakers exist both in the countries with the continental system of law and in the countries with the Anglo-Saxon law system.

It is concluded that the negative lawmaking is an important factor that influences the legal framework in the whole because it is in the course of administration of justice that the defects of the effective regulatory and legal enactments, connected with existence of legal conflicts and gaps in the law, which elimination may positively influence the development and effectiveness of the legislation, are revealed.

*Key words:* negative lawmaking, source of law, judicial legislation, unconstitutionality, lawmaking function, analogy with a case law, elements of normativity.