

УДК 342.1

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.03.71>

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ АНАЛІЗУ ІНОЗЕМНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ: ПРОБЛЕМИ «СУДОВОГО АКТИВІЗМУ»

Сидорович Р.М.,
адвокат

Сидорович Р.М. Теоретико-правові аспекти аналізу іноземної юридичної практики: проблеми «судового активізму».

У цій науковій статті проведено дослідження теоретико-правових аспектів аналізу іноземної юридичної практики в контексті аналізу проблеми «судового активізму».

Вказується, що сучасна правова доктрина та практика значно відходить від класичного розуміння тріади владних повноважень, сфера публічно-владної діяльності стають більш розмитими, в свою чергу судова влада отримує ширший спектр механізмів та можливостей. Вказане зумовлено основами синергетичної системи, тому що світові правові процеси та явища не можуть мати усталений незмінний характер.

Узагальнено, що компаративістський аналіз функціонування судових систем вказує на потребу ідеї цілісності, взаємозв'язку та взаємодетермінації матеріально-духовної ідеології. Доктринальні положення мають дискусійний характер та виокремлюють позитивістські та нігелістичні факторинги судового активізму, проте вагомим є те, що унікальний досвід країн іншої системи в епоху глобалізаційних змін, міграційних процесів, розвитку інформаційного середовища потребує запозичення досвіду інших судових систем. До того звернемо увагу, що історико-правовий формат творення правового явища, його сучасне функціонування становлять основу для аналізу національної доктрини і практики. Також звернено увагу, що в контексті євроінтеграційних процесів в науці теоретико-правового та талузевого юридичного спрямування звертають увагу на позитивні еталони та стандарти функціонування правового явища. Наявність дискусійних аспектів, прогалин у застосуванні, зокрема в досліджуваному питанні в контексті нелегітимного перевищення меж судового активізму, також має становити інтерес для дослідника.

Констатовано, що судовий активізм є новим правовим явищем, що проходить адаптацію в національну правову реальність з англо-саксонської правової сім'ї та має дискусійні аспекти. Серед них визначено позитивні: захист прав і свобод громадян, активізація сучасних актуальних правових питань, стрімке вирішення проблеми, що має суттєве суспільне значення; негативні - недопустимим ідеалізація такого явища як право-

вий активізм, оскільки суддя при використанні елементів судового активізму використовує не тільки власну правосвідомість, юридичні знання, практику, але й політичні уподобання, таким чином розширюючи сферу судової влади до особливо великих обсягів та відверто потягаючись на повноваження інших гілок влади, зокрема законодавчої та виконавчої, і в контексті правової визначеності, слід вказати що така діяльність руйнує класично усталений механізм «стримування та противаг».

Ключові слова: судовий активізм, судова правотворчість, правова реформа, євроінтеграція, правова система, юридична практика, глобалізація, синергетика.

Sydorovich R.M. Theoretical and legal aspects of the analysis of foreign legal practice: problems of "judicial activism".

In this scientific article, a study of the theoretical and legal aspects of the analysis of foreign legal practice in the context of the analysis of the problem of "judicial activism" is carried out.

It is indicated that modern legal doctrine and practice significantly departs from the classical understanding of the triad of power, the sphere of public-power activity becomes more blurred, in turn, the judicial power receives a wider range of mechanisms and opportunities. This is determined by the foundations of the synergistic system, because world legal processes and phenomena cannot have a fixed and unchanging nature.

It is summarized that the comparativist analysis of the functioning of judicial systems indicates the demand for the idea of integrity, interconnection and mutual determination of material and spiritual ideology. The doctrinal provisions are of a debatable nature and distinguish the positivist and nihilistic factorings of judicial activism, however, it is significant that the unique experience of the countries of another system in the era of globalization changes, migration processes, and the development of the information environment requires borrowing the experience of other judicial systems. In addition, let's pay attention to the fact that the historical and legal format of the creation of a legal phenomenon, its modern functioning form the basis for the analysis of national doctrine and practice. It is also pointed out that in the context

of European integration processes in the science of theoretical-legal and taluz legal direction, attention is paid to positive benchmarks and standards of the functioning of the legal phenomenon. The presence of debatable aspects, gaps in application, in particular in the researched issue in the context of illegitimate exceeding of the limits of judicial activism, should also be of interest to the researcher.

It has been established that judicial activism is a new legal phenomenon that is undergoing adaptation into the national legal reality from the Anglo-Saxon legal family and has debatable aspects. Among them, positive ones are identified: protection of the rights and freedoms of citizens, activation of modern topical legal issues, rapid resolution of a problem of significant social importance; negative - the idealization of such a phenomenon as legal activism is inadmissible, since a judge, when using elements of judicial activism, uses not only his own legal awareness, legal knowledge, practice, but also political preferences, thus expanding the sphere of judicial power to particularly large volumes and openly reaching for the powers of other branches authorities, in particular legislative and executive, and in the context of legal certainty, it should be pointed out that such activity destroys the classically established mechanism of "checks and balances".

Key words: judicial activism, judicial law-making, legal reform, European integration, legal system, legal practice, globalization, synergy.

Постановка проблеми. Судова система в світлі євроінтеграційних прагнень України потребує трансформації. Доступ до правосуддя є тим основоположним правом людини, що покликане гарантувати реалізацію інших прав та свобод. Судова влада є унікальним механізмом триєдиної системи владних повноважень. Основу діяльності судової влади складає правосуддя. Судовий розгляд передбачає вирішення спору між сторонами щодо відносин прав і обов'язків, де предмет спору має правовий характер і де виноситься судове рішення щодо питання, яке може бути вирішене шляхом застосування права. Це класичний підхід до судової системи.

Ідеологія механізму «стримування та противаг» запропонована ще де Монтеск'є (1989): поділ влади між трьома незалежними та рівноправними гілками влади – законодавчою, виконавчою та судовою — є стрижнею управління в країні. У той час як законодавча гілка влади несе відповідальність за прийняття законів, виконавча гілка влади несе відповідальність за їх виконання, а судова влада займається їх тлумаченням. Працюючи в тандемі та за допомогою системи стримувань і противаг, вони несуть відповідальність один одного за свої дії. Такий розподіл повноважень гарантує, що кожна з цих гілок наділяється окремими державними обов'язками, розподіленими між

ними, і вважається «необхідним оплотом проти тиранії»[1].

Стан дослідження. Питання правової трансформації нашої держави, євроінтеграційних тенденцій, реформування досліджували багато науковців, серед яких Ю. Бисага, Д. Белов. **Жа-ровська**, Н. Бортник, але питання правового активізму не знайшло суттєвого розвитку у правовій доктрині. Існують окремі доробки, що пов'язують дослідження визначеного поняття з судовою правотворчістю, зокрема Т.В. Комарова.

В умовах глобалізаційно-інформаційних переплетень транзитивного соціуму необхідним є аналіз практики інших держав з метою удосконалення національного практичного досвіду, чим і зумовлюється наукова цінність проблематики.

Метою статті є дослідження теоретико-правових аспектів аналізу іноземної юридичної практики в контексті аналізу проблеми «судового активізму».

Виклад основних положень. Розвиток юридичної науки на сьогодні повинен включати комплекс фундаментальних досліджень, генезу формування правових явищ, принципи їх правового регулювання, що ґрунтуються на основоположних доктринах демократичності та законності, а змістовні розвідки у сфері функціонування установлених чи нових елементів наукової доктрини. Останні мають значну дію для права, оскільки також створюють суспільні відносини, проте оновленої структуризації, з відходом від радянської «прямої» доктринального розуміння розвитку юридичної науки.

Сучасна ідеологія конституціоналізму та верховенства права значно відходить від такого класичного розуміння, сфери публічно-владної діяльності стають більш розмитими, в свою чергу судова влада отримує ширший спектр дискусійних аспектів. Вказане зумовлено основами синергетичної системи. Світові правові процеси не можуть мати усталений незмінний характер. Синергетика вказує на міждисциплінарний біхевіористичний напрям розвитку правових явищ і судова система не є винятком. Синергетизм розкриває базисно нове розуміння судової гілки влади, розширює її сферу. Фактором розширення є судовий активізм, як імплеметнована з англо-саксонської системи права унікальна можливість розширення судових повноважень.

Компаративістський аналіз функціонування судових систем вказує на затребуваність ідеї цілісності, взаємозв'язку та взаємодетермінації матеріально-духовної ідеології. Доктринальні положення мають дискусійний характер та виокремлюють позитивістські та нігелістичні факторинги судового активізму, проте вагомим є те, що унікальний досвід країн іншої системи в епоху глобалізаційних змін, міграційних процесів, розвитку інформаційного середовища потребує запозичення

досвіду інших судових систем. До того звернемо увагу, що історико-правовий формат творення правового явища, його сучасне функціонування становлять основу для аналізу національної доктрини і практики. Також наполягаємо на тому, що в контексті євроінтеграційних процесів в науці теоретико-правового та талузевого юридичного спрямування звертають увагу на позитивні еталони та стандарти функціонування правового явища. Проте ортодоксальні детермінанти вимагають повної ціннісно-світоглядної парадигми процесу. Наявність дискусійних аспектів, прогаєлих у застосуванні, зокрема в досліджуваному питанні в контексті нелегітимного перевищення меж судового активізму, також має становити інтерес для дослідника. Він дає можливість уникнути помилок, що вже були зроблені судовою системою інших держав, це унікальна можливість навчання без власних недоліків, такою можливістю обов'язково необхідно скористатися представниками загальнотеоретичної юриспруденції.

Безумовним і безапеляційним є той факт, що суспільні відносини окремої держави регулюються нормотворчою системою що укладалася і функціонувала в ній роками, тобто історичні правові традиції, національний правовий менталітет та правова культура є сегментами побудови правової реальності. Проте Україна, як і інші держави, в сучасних кризових та геополітичних змінних факторах не може існувати замкнено, без запозичення з одного боку, та поширення з іншого правових атрибутів та практик. Система формування права зумовлюється серед іншого не тільки історичними константами, але й сучасними, реальними, практичними потребами унормування явищам, що з'явилися в нових умовах розвитку суспільства.

Судова система правової держави передбачає відхід від виключно легістського підходу, при здійсненні правосуддя слід розглянути всі обставини справи, оскільки ми розуміємо, що у широкому розумінні аналогічних казусів у житті не відбувається, поряд з цим норми права зобов'язані унормувати життєві ситуації і суспільні відносини в однотипну формулу за рахунок засобів та механізмів правотворчого процесу. Судочинство, навпаки з вказаної правової формули має встановити істину, що стосується окремого казусу для окремих суб'єктів права. Таких процес насправді є доволі складним, та потребує імплементації позитивних стандартів та досвіду як національного, так й іноземного. Як вказує Amanda Perry-Kessaris, в цьому якраз полягає унікальність юридичної спеціалізації, оскільки юристи можуть одночасно бути практичними, критичними та творчими [2]

В онтологічному розумінні, суддя, який виносить рішення на основі політичних або особистих міркувань, використовував судову активність.

З англо-саксонської системи права в доктрину національної школи права останнім часом впроваджуються такі не класичні для української загальнотеоретичної юриспруденції як правовий активізм. Термін судовий активізм був введений у 1947 році у статті Fortune Артуром М. Шлезінгером-молодшим. З такого твердження починаються більшість наукових доробок, що стосуються вказаної проблематики. Проте тут слід розуміти, що згаданий науковець виключно поставив на привселюдний огляд існуючу правову проблему, при цьому не подавши авторського розуміння термінопоняття, ба більше, не вказавши власне бачення та ставлення до існування такого явища.

Термін активізм використовується як у політичній риторичі, так і в академічних дослідженнях. В академічному вживанні активізм зазвичай означає лише готовність судді скасувати дії іншої гілки влади чи скасувати судовий прецедент, без прихованого судження щодо того, чи правильне рішення активіста чи ні.

Первинно, судовий активізм розумівся як певного роду легітимна діяльність з метою обмежити неправомірні дії інших гілок влади, досягти справедливості у визначеній ситуації, часто враховуючи політичні тенденції розвитку соціуму.

В національну правову дискусію питання судового активізму ввів професор В. Лемак, як суддя Конституційного Суду України від висловив окрему думку з приводу прийнятності чи неприйнятності застосування цього явища. Зокрема вказуючи, що судовий активізм може діяти в таких формах: 1) вирішення справи безпосередньо на підставі виявленого розуміння Судом принципів Конституції України; 2) еволюційного розвитку Конституції України в світлі сьогодення, зокрема виведення „нових прав людини“; 3) покладення на державу нового позитивного обов'язку, яке тягло би значні фінансові збитки; 4) відступу від попередніх юридичних позицій Суду; 5) ухвалення рішення за відсутності чітких правових стандартів судового розгляду, тобто всупереч класичному змісту доктрини „політичного питання“ [3].

Отож в сучасному розумінні правовий активізм не є виключно питанням діяльності суду в контексті політичної доцільності, сфера корисного застосування значно розширилася. В першу чергу за рахунок потреби оновлення суспільних відносин. Характерним вказане є для національної та міжнародної системи, проте остання підлягає трансформації значно повільніше. Тому для урегулювання актуальних проблем сучасності окрім нормотворчого органу, можливим є використання потенціалу судової системи.

Для прикладу, «судовий активізм у практиці Суду ЄС став наріжним інструментом інституційної динаміки ЄС, створивши нерозривний зв'язок між правовою та політичною інтеграцією. Очевидно, що рішення Суду ЄС дуже часто використову-

ються як основа не лише для актів первинного чи вторинного права ЄС, а і як певні межі для формування національної політики. Це цілком природно, оскільки інтеграційні процеси та відносини ЄС доволі складні за своєю природою і являють собою широкий консенсус між політиками, законодавцями, соціальними суб'єктами тощо» [4, с. 229].

Вказане розглядаємо як суттєвий позитив судового активізму, поряд із класичними факторами подолання прогалів у правовому регулюванні, зокрема використання аналогій права та закону, слід розуміти що доречним буде використання правового активізму як засобу оновлення швидкоплинної правової системи.

Проте, звернемо увагу на те, що є недопустимим ідеалізація такого явища як правовий активізм, до нього слід ставитися з особливою обережністю, оскільки негативних наративів для суспільних відносин він може привнести стільки ж багато, скільки корисних практик. Зокрема, суддя, суд при використанні елементів судового активізму використовує не тільки власну правосвідомість, юридичні знання, практику, але й політичні уподобання, таким чином розширюючи сферу судової влади до особливо великих обсягів та відверто посягаючись на повноваження інших гілок влади, зокрема законодавчої та виконавчої, і в контексті правової визначеності, слід вказати що така діяльність руйнує класично усталений механізм «стримування та противаг», про що йшлося раніше. Противники судового активізму описують цю діяльність як активність судді, котрий вирішує справи на основі власних політичних уподобань, а не точного тлумачення закону таким чином відмовляючись від ролі неупередженого судді та «виробляючи закони з лави суддів».

Критики вважають, що судовий активізм дозволить суддям отримати більше повноважень і їх діяльність може завдати шкоди демократії. Якщо судова гілка влади отримає більше влади, це схилить силу стримувань і противаг до цієї гілки влади, дасть можливість узурпації та корупціоналізації.

Поряд з цим є ряд позицій, котрі ототожнюють судовий активізм з фактором захисту прав та свобод громадян, вважаючи це додатковим особливим механізмом. Судова влада відіграє важливу роль у відстоюванні та просуванні прав громадян у країні. Індійські вчені позиціонують, що активна роль судової влади у відстоюванні прав громадян і збереженні конституційно-правового ладу країни називається судовим активізмом [5].

Слід акцентувати увагу на тому, що й у англо-саксонській правовій родині ставлення до правового активізму є доволі критичним, тому недопустимим є «сліпе» імплементація такого явища в національну практику.

Розглянемо дискусійні аспекти прискіпливіше. На початку 21 століття одним із найбільш критикованих рішень Верховного Суду Сполучених Штатів було рішення Кело проти міста Нью-Лондон (2005), у якому суд дозволив міській владі передавати власність від домовласників приватному забудовнику. У цьому рішенні судді скасували рішення уряду, що значно перевищило класичні повноваження судової системи.

Відповідно до П'ятої поправки Конституції США приватна власність є цінністю, що охороняється з боку держави Незважаючи на це, суспільні відносини не можуть бути абсолютно ідеальними і є певні ціннісно-світоглядні ідеологічні підходи, відповідно до яких індивідуальні права інколи мають поступатися суспільним правам, представницькі органи влади відповідно мають забезпечувати найбільше благо для найбільшої кількості людей. Протягом великої частини американської історії баланс між приватними і суспільними інтересами на основі справедливої компенсації власникам був основою правового регулювання і практики таких Однак у 2005р Справа «Кело проти Сіті Нью-Лондон» привнесла новий поворот у судову практику застережень про вилучення власності. У той час як до винесення рішення у справі Kelo уряд безпосередньо отримував власність для суспільного користування, у справі Kelo Верховний суд підтримав використання визначної власності для використання приватної власності для комерційного розвитку, що, як передбачалося, опосередковано забезпечить позитивний вплив на громадський розвиток [6]. Отож, використовуючи механізм судового активізму Верховний суд США розширив підстави для правомірного вилучення власності, вважаючи, що розвиток територіальної громади буде ще однією легітимною метою для порушення прав та свобод окремих учасників суспільних відносин.

Судове рішення також може прояви судового активізму процедурно-процесуального характеру. Знову ж таки спірним прикладом надзвичайної процесуальної активності є суперечливе рішення Верховного Суду США є рішення Citizens United проти Федеральної виборчої комісії (2010), яке скасувало положення федерального закону про вибори, які обмежували витрати компаній і профспілок на політичну рекламу. Після усних аргументів Суд закликав повторно аргументувати справу на основі нових запитань, оскільки він передбачив, що правильне рішення щодо первинно поданих питань залишило справу не вирішеною по суті. Казус у згаданій справі зводився до того, що Суд забороняє корпораціям і профспілкам використовувати свої загальні казначейські фонди для незалежних «передвиборчих комунікацій» (політичної реклами), порушують гарантію першої поправки щодо свободи слова. При цьому суд визнав недійсним розділ 203 федерального зако-

ну про реформу двопартійної кампанії 2002 року (BCRA), а також розділ 441(b) Федеральний закон про виборчу кампанію 1971 року (FECA), до якого BCRA внесло зміни [7]. Також суд скасував повністю або частково дві попередні постанови Верховного Суду: Остін проти Мічиганської торгової палати (1990) та МакКоннелл проти Федеральної виборчої комісії (2003).

В такому позиціонуванні видається, що Суд значно узурпував повноваження, перебравши на себе правотворчу функцію, що полягає у встановленні, зміні чи скасуванні правових норм. В попередньому прикладі норми права були скасовані у судовому порядку. Отож, в контексті загальнотеоретичної юриспруденції слід вести мову про судову правотворчість як легітимну діяльність судової влади, а також про її межі.

Слід погодитися з тезою висловленою О.С. Копитовим у тому, що «судова правотворчість простежується і присутня під час прийняття селективних рішень (коли суддя застосовує судовий розсуд із двох альтернатив); адаптивних (коли рішення приймаються в умовах, коли правове регулювання спірної ситуації залишається незмінним, однак власне ситуація змінюється, і вимагається певна модифікація відомих варіантів дій судді з урахуванням особливостей нової ситуації); інноваційних рішень, що приймаються коли проблема не може бути вирішена за допомогою відомих правових засобів дій чи їх модифікацій і вимагає розробки принципово нових рішень, що не використовувалися раніше» [8, с.8] Однак судовий активізм це не просто судова правотворча діяльність, це певне політичне рішення особливо характеру, що розширює межі функціонування судової влади.

Принципи та гарантії демократизму, верховенства права, законності є незмінними, тому прослідковується чітка необхідність визначення критеріїв правомірного використання судового активізму в при регулюванні суспільних відносин сучасної правової реальності. Вказане повинно стати основою для наступних наукових досліджень, оскільки в межах однієї статті дослідити вказане неможливо, враховуючи практичну відсутність аналізу цієї проблеми в національній школі права. Проте вагомо відзначити, що, на нашу думку, основним концептом легітимізації правового активізму має стати аксіологічна детермінанта справедливості.

Висновок. Сучасна правова доктрина та практика значно відходить від класичного розуміння тріади владних повноважень, сфера публічно-владної діяльності стають більш розмитими, в свою чергу судова влада отримує ширший спектр механізмів та можливостей. Вказане зумовлено основами синергетичної системи, тому що світові правові процеси та явища не можуть мати усталений незмінний характер.

Судовий активізм є новим правовим явищем, що проходить адаптацію в національну правову реальність з англо-саксонської правової сім'ї та має дискусійні аспекти. Серед них визначаємо позитивні: захист прав і свобод громадян, активізація сучасних актуальних правових питань, стрімке вирішення проблеми, що має суттєве суспільне значення; негативні - недопустимим ідеалізація такого явища як правовий активізм, оскільки суддя при використанні елементів судового активізму використовує не тільки власну правосвідомість, юридичні знання, практику, але й політичні уподобання, таким чином розширюючи сферу судової влади до особливо великих обсягів та відверто потягаючись на повноваження інших гілок влади, зокрема законодавчої та виконавчої, і в контексті правової визначеності, слід вказати що така діяльність руйнує класично усталений механізм «стримування та противаг».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Arayankalam J., Khan A., Krishnan S. How to deal with corruption? Examining the roles of e-government maturity, government administrative effectiveness, and virtual social networks diffusion *International Journal of Information Management*. 2021. Vol. 58.
2. Perry-Kessaris A. Legal Design for Practice, Activism, Policy, and Research *Journal of Law and Society* 20 May 2019 Vol. 46, Is. 2 P. 185–210. URL: <https://doi.org/10.1111/jols.12154>.
3. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Ухвали про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 17 пункту 10 постанови Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2“ від 22 липня 2020 року № 641 зі змінами URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-21#Text>.
4. Комарова Т.В. Феномен судового активізму у практиці Суду Справедливості Європейського Союзу *Право України*. 2018. № 2. С. 217–232, с. 229
5. Judicial Activism [Meaning, Concept, Cases & Criticism] – *Indian Polity Notes* URL: <https://byjus.com/free-ias-prep/judicial-activism/>.
6. *Kelo v. City of New London Takings* URL: <https://www.britannica.com/topic/Fifth-Amendment/Takings#ref1089179>.

7. Citizens United v. Federal Election Commission. January 21, 2010 URL: <https://www.britannica.com/event/Citizens-United-v-Federal-Election-Commission>.
8. Копитова О.С. Судова правотворчість, судовий активізм і судове самообмеження:

взаємодія правових категорій у загальнотеоретичному аспекті *Приватне і публічне право*. 2020 № 2. С. 3–9.