



ДЕКЛАРАТОРНА ТЕОРІЯ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА: МИНУЛЕ ТА СУЧАСНІСТЬ

Пушняк Олексій Віталійович,

канд. юрид. наук, доц.,

доцент кафедри теорії та філософії права,

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Харків

e-mail: pushnyak.o@gmail.com

ORCID 0000-0003-3088-1040

Досліджено сучасне ставлення до деклараторної теорії та можливе практичне застосування окремих її складових. Зокрема, проаналізовано, наскільки діяльність сучасних суддів продовжує бути та розглядається як застосування наявного права, а не як створення нового. У зв'язку з цим приділено увагу місцю принципів права в обґрунтуванні судових рішень. Окрім того простежено використання ретроспективності загального права, що за поширеним переконанням вважається спадком саме цієї теорії. Зроблено висновок про категоричність і перебільшеність тверджень про відхід у минуле деклараторної теорії. Загальне право певною мірою ще зберігає зв'язок з ідеями деклараторної теорії в переосмисленому вигляді. Цей зв'язок можна простежити в тому, що створювані судами норми є узгодженим з чинним правом його помірним розвитком, конкретизацією його засад та мають ретроспективність.

Ключові слова: деклараторна теорія судового прецеденту; судова нормотворчість; судовий прецедент; загальне право; дія в часі судового прецеденту; ретроспективність.

Вступ. Нинішній етап становлення вітчизняної правової системи відзначений сприйняттям українською правовою доктриною західного правового досвіду, зокрема у сфері судової влади, що зазнає перетворень з метою забезпечення виконання нею свого ключового призначення. Це передбачає переосмислення традиційних уявлень про її функції у правовій системі, зокрема у правотворенні та правозастосуванні. У зв'язку з цим стає особливо актуальним відповідний досвід країн англо-американської правової сім'ї, де роль суду висока та заснована на усталеній історичній традиції. Як відомо, їхні правові системи мають характерну особливість у вигляді судового прецеденту як джерела права, що разом з тим пов'язано з активною участю суду у творенні права та визнанні існування судової правотворчості. За поширеним уявленням, наявність правотворчої функції у судів країн загального

права є беззаперечно визнаною там сьогодні й цим сучасне розуміння ролі суду принципово відрізняється від того, що існувало відносно донедавна під назвою «деклараторна теорія загального права». Утім таке уявлення є дещо поверхневим, не розкриває всієї складності питання та не приділяє належної уваги нинішній долі поглядів, що були панівними тривалий час у минулому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У вітчизняній науці ця тема знайшла своє висвітлення переважно лише у загальному вигляді, побіжно в рамках аналізу суддівської нормотворчості, загального права та його історії [29]. Виняток становить дисертаційне дослідження Б. В. Малишева (B. Malyshev), де її проаналізовано в контексті англійської доктрини судового прецеденту [27, с. 95–107]. Проте природно більшу увагу вона дістала у працях англо-американських правознавців, висновки яких наразі доволі маловідомі на вітчизняних теренах [1–3; 5; 7; 15; 22].

Мета і завдання. У зв'язку з наведеним метою статті є аналіз сучасного стану деклараторної теорії загального права, а відповідними завданнями виступають вивчення трансформації поглядів на деклараторну теорію та її бачення ролі суду у правотворчості, з'ясування значення цієї теорії та її місця в доктрині та практиці загального права сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Впродовж тривалого часу в правових системах Англії та інших країн, на які вирішальним чином вплинула англійська правова традиція, панувала так звана деклараторна теорія, згідно з якою суддя лише виявляє наявне право, а не створює його. Як зазначив у XVII ст. М. Гейл (M. Hale), рішення судів не становлять права як такого, а є свідченням права і в такій ролі мають велику вагу та авторитет у поясненні, проголошенні та оприлюдненні того, чим є англійське право [8, с. 90].

За словами чи не найвідомішого представника цієї теорії В. Блекстона (Blackstone), суддя «уповноважений не проголошувати нове право, а підтримувати та викладати старе» [4, с. 64] (тут і далі переклад наш. – О. П.). В. С. Брюбейкер III (Brewbaker III) систематизував погляди В. Блекстона на завдання судді загального права у вигляді таких його основних тверджень:

1) англійське загальне право є обов'язковим, тому що це давній звичай; 2) судді – «хранителі законів; живі оракули, які повинні вирішувати у всіх випадках, коли є сумніви»; 3) судді повинні приймати рішення «не на власний індивідуальний розсуд, а відповідно до відомих законів і звичаїв країни»; 4) судді віднаходять закон країни, спираючись на «досвід і навчання; ... і на тривалу персональну обізнаність у судових рішеннях своїх попередників»; 5) судові рішення самі по собі не є правом, але є «основоположними та найавторитетнішими доказами існування такого ... звичаю, які тільки можна навести»; 6) прецедентам потрібно слідувати як заради стабільності, так і тому, що попереднє рішення врегулювало «те, що раніше було непевним і, можливо, неважливим», і зробило це «постійним правилом»; 7) єдиним виправданням для відходу від прецеденту є те, що він суперечить розуму чи божественному закону, і в цьому випадку судді не створюють нове право, а «захищають старе від викривлення»; 8) «якщо буде виявлено, що колишнє рішення є явно абсурдним або несправедливим, проголошують не те, що такий присуд був поганим правом, а що він не був правом; тобто, що він не є установленим звичаєм королівства, тому що був помилково визначений» [4, с. 67–70; 5, с. 262–263]¹.

Характерною є і теза лорда Ешера (Esher) у «Willis v Baddeley» (1892): «Насправді немає такого поняття, як створене судом право, тому що судді не творять право, хоча їм часто доводиться застосовувати чинне право до тих обставин, щодо яких раніше не було авторитетно встановлено, що таке право застосовується» [2, с. 422]. «До функцій суду не належить зміна права: їхнім обов'язком є *jus dicere*, а не *jus dare*. З цієї точки зору, судові рішення не створює право, а просто проголошує, яким воно є» [2, с. 429].

Як бачимо, доктрина виходила з ідеї заперечення правотворчої сутності діяльності суду. Зазначені положення ґрунтуються на інших засадничих ідеях, насамперед на тому, що загальне право як неписане право (на відміну від

¹ Разом з тим дослідник вказує і на певну нечіткість і непослідовність поглядів В. Блекстона, що проявляється, зокрема, в його твердженнях щодо складних справ та робить їх дещо суперечливими [5, с. 264–267].

писаного права – законодавства) – це загальний споконвічний звичай країни, доказами існування якого і є окремі судові рішення. Таке пояснення історично обґрунтовувало статус створюваних судами правил та знаходило логічне продовження у сприйнятті цих правил як несамотійних, підпорядкованих, тих, що є лише виявом справжнього права [4, с. 64].

Вважалося також, що право як таке міститься не лише у зазначених звичаях, але й у певних засадничих положеннях. Так, суддя Уїллес (Willes) у справі «*Millar v. Taylor*» (1769) заявив: «Міркування щодо громадянської справедливості, моральної відповідності та публічної доцільності, застосовні до нової ситуації, створюють загальне право без прецеденту в набагато більшій мірі, ніж коли воно було визнане і схвалене звичаєм» [25, с. 45].

Починаючи з XIX ст. набуває поширення інший підхід, який ґрунтується на визнанні того факту, що судді насправді створюють право. Ще Дж. Бентам (Bentham) зауважив: «Ніхто інший, як судді, створюють загальне право» [25, с. 48]. Зокрема, в «*In re Hallett's Estate*» (1880) було зазначено, що на відміну від правил загального права, правила права справедливості не вважають встановленими зі споконвічних часів, навпаки, їх винаходять, змінюють, вдосконалюють та час від часу покращують. Згодом так само була визнана реальність судової правотворчості й у загальному праві [13, с. 377].

«У дійсності в загальному праві, як і у праві справедливості, право підлягає розвитку суддями – зазвичай, звісно, суддями апеляції. Ми називаємо керівними прецедентами рішення, які позначають основні етапи в цьому розвитку, і ми не маємо труднощів з визначенням суддів, які несуть головну відповідальність. Загально визнано, що розвиток загального права судами неминучий. Якби він ніколи не відбувся, загальне право було б таким же, як і за правління короля Генріха II; саме через це загальне право є живою системою права, що реагує на нові події та нові ідеї і таким чином здатна забезпечити громадян цієї країни системою практичного правосуддя, що відповідає часу, в якому вони живуть», – зазначав лорд Гофф (Goff) [13, с. 377].

Попередня ж теорія розкритикована як абсурдна, як фікція, що не має в

нинішніх умовах жодного сенсу. Так, Дж. Остін (Austin) наприкінці XIX ст. назвав цю теорію «дитячою вигадкою» [2, с. 422]. А однією з найвідоміших критичних цитат з цього приводу є думка судді лорда Ріда (Reid) (викладена в одній з його праць 1970-х років): «Були часи, коли вважалося майже непристойним припускати, що судді створюють право, – вони лише проголошували його. Ті, хто любить казки, здається, думали, що в печері Аладіна сховане загальне право у всій його пишноті і що з призначенням судді на нього сходять знання чарівних слів «Сезаме, відчинись». Погані рішення приймаються, коли суддя переплутав пароль і відчинилися не ті двері. Але ми більше не віримо в казки» [17, с. 22].

Протягом XX ст. судді поступово офіційно визнають факт своєї правотворчості². Як зазначив Т. Бінгем (Bingham), визнання правотворчої функції суду, причому як загалом його належної функції, є найпопулярнішою точкою зору серед сучасних суддів у країнах загального права [3, с. 4]. У свою чергу Р. Кросс (Cross) в одній із своїх праць (1977 р.) зауважує: «...деклараторна теорія вже перестала існувати» [25, с. 43].

Дійсно, деклараторна теорія у своїй основі має фіктивну ідею, яка заперечує досить очевидні факти правотворчості англійських суддів [3, с. 6–7]. Справедливою характеристикою права як у минулі часи, так і сьогодні є констатація А. Бівера (Beever): «Якщо б воно не змінювалося, воно не мало б історії. Зміни у праві іноді настають завдяки ледь помітним модифікаціям та уточненням від справи до справи; в інших випадках вони відбуваються швидко і рішуче, шляхом сміливих судових рішень або реформування законодавства» [2, с. 429]. На думку А. Барака (Barak), «...Треба проводити різницю між висновком про те, що конкретне рішення приховане в системі, і нормативним

² Цікаво відзначити, що хоча визнання правотворчої ролі суду ніби мало б означати більші можливості суддів у реформуванні права, в дійсності уніфікація судової системи та запровадження надійнішої системи оприлюднення судових звітів у 2 пол. XIX ст. призвела до жорсткішої дії принципу *stare decisis* та посилення обмежень суддівського розсуду [25, с. 42, 129–130]. Ситуацію до цього у більшій мірі можна було б описати за допомогою метафори лорда Райта (Wright), який зауважив, що суддя в системі загального права здійснює провадження «від справи до справи, подібно до стародавніх середземноморських мореплавців, тримаючись узбережжя від точки до точки і уникаючи небезпеки відкритого моря системи чи науки» [3, с. 2]. Утім у питанні про винятки з принципу *stare decisis* деклараторна теорія передбачала уніфікований підхід, на відміну від сучасного, за якого вони досить невизначені та неоднорідні [25, с. 53].

змістом судового рішення, яке система приховала на шляху до вирішення конкретних справ. Оскільки деклараторна теорія зрівнює і те, й інше, її підхід помилковий і її бачення фіктивне» [23, с. 143]. Крім того, Р. Кросс зазначає: «З аналітичної позиції ця теорія не відповідає наявним правилам застосування прецеденту. Суддя зобов'язаний слідувати попередньому рішенню, а апеляційні суди можуть відкинути рішення нижчого за ієрархією суду, що відбулося в минулому, за умови, що їм в цьому не перешкоджають обов'язковий прецедент або парламентський акт. Якщо раннє рішення виступає в ролі простого доказу того, яким є право, то жоден суддя не зможе вважатися повністю ним пов'язаним і воно ніколи не буде остаточно відкинута, тому що ніколи не виключена певна можливість для наступного судді визнати за цим рішенням хоча б деяку доказову силу» [25, с. 47].

Ймовірним поясненням тривалої популярності деклараторної теорії вважають самообманну відмову суддів визнати реалії процесу прийняття судових рішень, можливо через страх перед прийняттям своєї політичної влади, або свідому спробу приховати від загалу політичну владу і відповідальність [2, с. 422]. Утім пояснення через «неумілість, боягузтво чи підступність» є швидше сучасним баченням, ближчими ж до дійсності можуть бути прихильність до традиційних переконань чи спроба виправдати певні обставини [2, с. 424]. Як зауважив Р. Кросс, «...З історичної точки зору деклараторна теорія виправдана тим, що середньовічні судді якоюсь мірою поклали на себе обов'язок оцінювати, декларувати і надавати силу звичаям і традиціям» [25, с. 47].

Разом з тим сучасні дослідники ставлять під сумнів обґрунтованість надто різкої критики деклараторної теорії, яка заперечує будь-який сенс її основних ідей. Так, А. Бівер заперечує абсурдність деклараторної теорії, апелюючи до розуміння поняття права. Він звертає увагу на те, що, зокрема, у середньовіччі це поняття охоплювало не лише позитивне право, але й право природне, справедливість, розум як фундаментальне абстрактне мірило правомірного, що є визначальним авторитетом для вирішення звичайних справ [2, с. 425].

Так, згідно з класичними положеннями загального права, як їх узагальнив В. Блекстон, «...право – це «довершення розуму <...> воно завжди прагне йому відповідати <...> те, що не є розумом, не є правом» [4, с. 70]; розумність (reason) – це життя права» [29, с. 69]. Як зазначає С. Шевчук (Shevchuk), «...Ідея природного права про розумність позитивного права знайшла своє практичне втілення в англійському загальному праві (common law), основою якого протягом англійської історії слугував принцип «верховенства розуму» (rule of reason), або «здоровий глузд», що відображав тенденцію верховенства природного права над іншими джерелами права» [29, с. 68]³.

Відтак, принаймні для англійських суддів минулого вирішення справи було відтворенням права в частині його певних фундаментальних складових, реалізацією закладених у ньому ідей, що могло передбачати й певну зміну конкретних прецедентних правил. Можливість певного оновлення визнавалася і в межах деклараторної теорії [2, с. 426–428]. Слід зауважити, що тогочасні судді, як і сам В. Блекстон, були свідомими того, що загальне право зазнає змін [1, с. 37, 42, 54]. У цьому контексті можна згадати спостереження істориків права, зокрема Ф. В. Мейтленда (Maitland), що «...Суд Канцлера діяв шляхом зміни висновків, які б продукували загальне право саме по собі. Приймаючи такі рішення, середньовічні судді не вважали, що вони адмініструють якусь іншу систему права, відмінну від права Англії. Вони утверджували право шляхом забезпечення досягнення справедливості у справах, де недоліки звичайної процедури або людські помилки заважали її втіленню через належну процедуру. Вони прийшли не щоб зруйнувати право, а щоб здійснити його» [2, с. 425].

Таким чином, під кутом зору юснатуралізму ідеї деклараторної теорії вже не постають як суто абсурдні уявлення. Більше того, якщо б ми обрали позитивістське бачення, перед нами постала б протилежна картина. Наприклад, як слушно показав позицію позитивістів щодо складних справ Р. Дворкін (Dworkin), вона передбачає, що коли обставини справи не підпадають під будь-

³ Зі свого боку, Альберт Альшулер вважає перебільшеним природно-правове прочитання поглядів того ж В. Блекстона [1, с. 54].

яку чітку норму права, суддя має винести рішення на власний розсуд, вносячи тим самим новий елемент у право [24, с. 56]. Дж. Бентам, Дж. Остін – критики деклараторних поглядів – відомі також своїм безпосереднім зв'язком з юридичним позитивізмом.

Як бачимо, дискусія щодо деклараторної теорії безпосередньо стосується питання праворозуміння, зокрема протистояння пов'язаного з нею природно-правового підходу та юридичного позитивізму, як і, до речі, школи реального права [2, с. 426; 21, с. 432; 29, с. 57]⁴.

Зі свого боку, Б. Замулінські (Zamulinski) вбачає виправданість тези про те, що судді відкривають право, з відмінних від юснатуралізму позицій етичного інтуїтивізму, характерного для поглядів XVIII ст. Він наводить слова лорда Колеріджа у справі 1893 р.: «...будь-який юридичний обов'язок заснований на моральному обов'язку. Юридичний обов'язок за загальним правом є нічим іншим як забезпеченням з боку права того, що є моральним обов'язком без правового забезпечення» [22, с. 173].

Розвиваючи ідею природно-правового підґрунтя теорії, А. Бівер та інші дослідники розглядають її в дещо іншому, конкретнішому ракурсі – через зв'язок деклараторної теорії і принципів права. Відповідно оновлення прецедентних правил по суті виступає послідовнішим втіленням наявних правових принципів [2, с. 426–428]⁵.

⁴ Утім зв'язок визнання судової правотворчості та праворозуміння є складним та багатоплановим. Так, С. Шевчук (Shevchuk) проводить і дещо інші, місцями протилежні до наведеного, паралелі. Він відзначає, що позитивістське праворозуміння швидше перешкоджає становленню судової правотворчості, а природно-правове навпаки сприяє [29, с. 40–51, 73, 75]. Природно-правовий підхід не лише «переконує в тому, що судді «відкривають право», яке завжди існувало у суспільстві та було «надпозитивним», він же і легітимізує судову правотворчість, надаючи підстави для більшої та самостійної ваги судових рішень – в силу того, наприклад, що в англійській правовій системі основою права визнається розум [29, с. 73, 75]. У свою чергу судова правотворчість зворотно підтримує юснатуралізм. Права людини, неписані принципи права, що становлять основу природного права, одержують своє визнання та застосування саме у судовій правотворчості, «...рецепція природного права прямо пов'язана з дією прецедентного права, особливо у галузі прав людини...» [29, с. 73]. Більше того, автор називає судову правотворчість ідеальним способом «синтезу та примирення» юснатуралізму та позитивізму [29, с. 74]. Утім, можливо, найвідповіднішим теоретичним підґрунтям судової правотворчості є соціологічні теорії, які виявляють реальну значну творчу роль суддів у функціонуванні права [29, с. 74–88]. Поширення ідей правового реалізму в значній мірі сприяло визнанню судової нормотворчості. Водночас, як зазначає А. Бівер (Beever), перешкодою для сучасного сприйняття деклараторної теорії є, зокрема, домінування властивих правовому реалізму поглядів, згідно з якими все право існує в окремому – «в окремих статтях закону, конкретних формулюваннях судових рішень або навіть лише у результатах справ (як сказав лорд Рід (Reid), слідуючи іншим, «право – це те, чим воно є на думку судді»)» [2, с. 442].

⁵ Щодо поглядів представників деклараторної теорії на те, наскільки діяльність судді спрямована на пошук неписаних принципів права, див., напр. [20, с. 271].

Як наголошував у XVIII ст. Менсфілд (Mansfield), «...загальне право складається не з окремих судових справ, а з загальних принципів, ілюстрованих та пояснених цими справами» [27, с. 64]. Дослідники наводять певні підтвердження цьому в англійській судовій практиці. Так, обґрунтовуючи свою позицію у «Donoghue v Stevenson» (1932), де було визнано створення нового по суті правила, лорд Аткін зазначив: «В англійському праві має бути і є якась загальна концепція відносин, що породжує обов'язок дбайливості, щодо якої конкретні справи, які можна знайти в книгах, є лише випадками» [6, с. 580].

З огляду на це можна зрозуміти сформульоване англійським суддею XVII ст. М. Гейлом (Hale) образне порівняння кількасотлітньої історії англійського права з кораблем аргонавтів, який був таким самим, коли він повертався додому, як і коли вирушав, хоча в тому довгому плаванні до нього були внесені послідовні виправлення, і який навряд чи зміг би повернутися без цього [2, с. 429].

Дж. Бейкер (Baker) з цього приводу вказує: «Юристи загального права до XIX століття любили вважати своє право незмінним масивом здорового глузду та розуму, який був частиною спадщини англійського народу. Якщо людський розум не змінюється, право не може змінитися; видимість змін породжена лише застосуванням старих ідей до нових обставин. Функція суддів полягає не в тому, щоб змінювати право: «їхнім обов'язком є *jus dicere*, а не *jus dare*». За цією точкою зору, судові рішення не створює право, а просто проголошує, яким воно є; і прогрес історії права – це повільне розкриття та вдосконалення незмінних в сутності ідей» [2, с. 429].

При цьому своєрідне підтвердження своїм поясненням А. Бівер знаходить і у критиків деклараторної теорії. Так, згаданий вище лорд Рід зазначив: «...ми повинні позбутися ідеї, яка, як видається, рухає деякими нашими пересічними колегами, що право є купою незв'язаних правил. Її наслідком є одноманітний аргумент, що справа схожа на *A. v. B.* і *C. v. D.*, але відрізняється від *X. v. Y.* та *In re Z.* Це шлях до плутанини і невизначеності. Ми повинні спробувати зрозуміти, в чому полягали принцип або причина, чому *A. v. B.* – це одне, а *X.*

v. Y. – інше». Таким чином, створюючи нове право, судді мають керуватися принципами та обґрунтуваннями, які лежать в основі вирішених справ [2, с. 430].

Аналізуючи позицію лорда Гоффа в одній справі, А. Бівер звертає увагу на практику аргументації, де прецеденти запропоновано відхилити як «неправильні», а необхідність змін викладена як така, що впливає з чинного права, зокрема з певних його засадничих положень [2, с. 440]. У зв'язку з цим слушно згадати слова Р. Кросса: «Принаймні в одному аспекті деклараторна теорія виявилася корисною. Вона забезпечила суду можливість за наявності будь-якої надпереконливої причини не послідувати або не погодитися з прецедентом, який він явно не схвалює. У той час, коли ця доктрина діяла, було цілком природним казати, що якщо загальне право містить в собі принципи розуму, справедливості та зручності, то більш раннє рішення може бути відкинуте, якщо воно нерозумне, несправедливе або незручне. <...> Можна навести цілий ряд прикладів, які стосуються початку ХІХ століття, коли судді ухилялися від того, щоб слідувати прецеденту, тому, що він був «абсурдний», тому, що він «не може бути підтриманий у принципі», або тому, що він «не переконує» [25, с. 52].

Приклади обґрунтування судових рішень принципами права в американській практиці ХХ ст. наводить і Р. Дворкін у своїй відомій праці «Серйозний погляд на права» [24, с. 46–47]. А Р. Кросс зазначав: «Навіть зараз досить не рідко судді застосовують загальновідомі принципи без посилання на прецедент або посилаються на принципи, які не можуть бути спростовані судовим рішенням» [25, с. 130].

Отже, у світлі наведеного деклараторна теорія постає вже не як щось позбавлене сенсу, більше того, у логіці міркувань сучасних англійських суддів та їхніх рішень можна простежити ідеї, які живили цю теорію. Існують й інші приклади фактичного використання деклараторної теорії. Загалом, як зазначив П. С. Атія (Atiyah), на деклараторну теорію «...все ще часто покликаються англійські судді, особливо викладаючи свої позиції у справах, незважаючи на

погану інтелектуальну славу, якої вона загалом зажила» [2, с. 443].

Інший момент, який є досить красномовним щодо сучасного сприйняття деклараторної теорії, – це ретроспективність прецедентного права⁶. За деклараторною теорією суд не створює нове право, а лише відкриває наявне, тому правило, виявлене його новим рішенням поширене на наявну в минулому розв'язану ним ситуацію. Воно по суті є ретроспективним, хоча точніше було б сказати, що питання про ретроспективність тут навіть не постає: вважають, що право, визначене новим рішенням, таким і було до цього. Р. Кросс серед причин того, що ця теорія «продовжувала зберігатися протягом певного часу» називає приховування ретроспективності, яка піддавалася гострій критиці [25, с. 47].

Відхід від деклараторної теорії мав би призвести до необхідності чи принаймні можливості надавати новоствореним прецедентним правилам так званої проспективної дії в тій чи іншій формі. І дійсно, під впливом таких змін використання проспективності набуло достатнього поширення у прецедентному праві США у ХХ ст. на рівні штатів, і протягом деякого часу (згодом від неї здебільшого відмовилися) – і на рівні федерації. А от, наприклад, англійське прецедентне право і досі переважно не використовує проспективність⁷. Зокрема, у «Deutsche Morgan Grenfell Group plc v Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue» Палата лордів чітко визнала, що судді дійсно змінюють право, при цьому підтвердивши, що такі зміни мають зворотну силу [15, с. 232].

Проспективність в її різних формах потрапила під критику, зокрема через її ніби неприховано нормотворчий характер, перебування поза компетенцією

⁶ «...Рішення, що скасовує попередній прецедент, має діяти до певної міри ретроспективно: як тільки вищий суд у окремій справі встановив змінене право, це право застосовують не лише до цієї справи, але також до усіх справ, які згодом надійдуть до судів, навіть якщо події, про які йдеться в таких випадках, відбулися до того, як рішення апеляційного суду було скасовано» [13, с. 358].

⁷ З одного боку, те, що тепер прийнято визнавати ту саму діяльність судді правотворчою, при тому, що фактичний характер самої діяльності по суті ніяк не змінився, напевно не обов'язково має автоматично передбачати інший напрямок дії в часі створюваних таким чином правил. Утім дія права в часі торкається ключових складових верховенства права – законності, правопевності. Тому це має наслідком дивну невідповідність між одночасним визнанням правотворчості суддів та загальним невизнанням актуальності для них вимог верховенства права, яким суперечить ретроспективність суддівського права. Проте, наприклад, Р. Кросс (Cross), як, судячи з усього, і досить багато інших юристів, не вбачає проблему в ретроспективній правотворчості (окрім певних ситуацій установлення відповідальності), яка є «неминучим злом» і має бути просто відкрито визнана [25, с. 49].

суду (суду не належить повноваження відкрито створювати право, яке регулюватиме майбутні випадки, як і повноваження спеціально встановлювати два різних правила: одне – для розглянутої судом справи, інше – для регулювання подібних справ у майбутньому), практичну неефективність (суб'єкти не зацікавлені у зміні старого правила, бо це не принесе їм ніякої користі), встановлення випадкових відмінностей у підходах за деяких умов, загрози для дотримання *stare decisis* та через те, що в силу особливостей функціонування прецедентного права вона зумовлюватиме для проспективного правила статус *dictum*, а не *ratio* [9, с. 416; 10, с. 105; 14, с. 11, 17]⁸.

Хоча суди стикаються з низкою труднощів, пов'язаних з відходом від обов'язкової ретроспективності судових рішень, здебільшого ці труднощі, як і така критика, можуть здаватися перебільшеними. Особливу дивну невідповідність можна вбачати у наданні такої ваги переліченим обставинам при одночасному запереченні зв'язку сучасного загального права з деклараторною теорією. У цьому плані зазначена теорія дає фундаментальніше обґрунтування ретроспективності прецедентів, аніж зазначений перелік аргументів проти використання проспективності.

Отже, ретроспективність продовжує бути єдиним чи основним напрямком дії в часі англо-американського прецедентного права. Показовими тут є слова лорда Ріда, написані ним на початку 1970-х років: «Коли Парламент видає Закон, завжди існують заперечення проти будь-яких планів зробити його ретроспективним. Але суддівське право завжди ретроспективне. Ми не можемо говорити, що право до вчорашнього дня було одним, а відзавтра воно буде чимось інакшим. Це було б справжнім законодавством» [2, с. 432]. Подібним чином звучить і фраза лорда Девліна (Devlin) щодо можливості запровадження проспективності: «Це переходить той Рубікон, який розділяє судову і законодавчу влади. Це перетворює суддю на явного законодавця» [25, с. 225].

Як бачимо, питання дії в часі прецедентного права – про традиційну для загального права ретроспективність та труднощі у використанні судами такого

⁸ Щодо дискусій з цього приводу див., зокрема: Пушняк О. В. Дія у часі судового прецеденту: досвід США. *Теорія і практика правознавства*. 2019. Вип. 1 (15). С. 12–18.

інструмента законодавця, як проспективність, – знову повертають нас до дискусії щодо актуальності деклараторної теорії – в аспекті, наскільки суд дійсно творить право. Судді в системі загального права прагнуть підкреслювати відмежування своєї діяльності від класичної нормотворчості законодавця. Як відомо, за поширеним там переконанням, судова правотворчість має власну специфіку порівняно із законотворчістю, з цією специфікою пов'язана і ретроспективність прецедентів.

Як зазначив лорд Рід, судова правотворчість має бути ретроспективною, беручи до уваги способ, в який функціонує загальне право [2, с. 432–433]. Або, як наголосив у «James M. Beam Distilling Co. v. Georgia» американський суддя А. Скалія (Scalia), апелюючи до природи та місця судової влади в системі поділу державної влади, «...це влада «говорити, що є право» («Marbury v. Madison»), а не влада змінювати його. Я не настільки наївний (і не думаю, що такими були наші попередники), щоб не знати, що судді в реальному сенсі «створюють» право. Але вони роблять це так, як це роблять судді, а це означає, що вони ніби «знаходять» його – виявляючи, чим право є, а не постановляючи, на що змінилося воно сьогодні або чим воно буде завтра» [12, с. 549]. У цих словах зв'язок з деклараторними поглядами досить очевидний.

У певному сенсі спирається на деклараторну теорію і Палата лордів у знаковій справі «Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council» (1999 р.), яку аналізує проф. А. Бівер [2, с. 433–441; 13]. Так, позивач у цій справі сплатив відповідачам гроші за угодою, яку всі сторони вважали юридично дійсною – виходячи з тогочасного правового регулювання. Однак після цього Палата лордів в іншій справі визнала такі угоди недійсними ab initio. Позивач звернувся з вимогою повернути кошти, мотивованою тим, що вони сплачені відповідачам унаслідок помилки у праві, тобто помилкового переконання, що угоди юридично дійсні.

В окремій думці лорд Брауні-Вілкінсон (Browne-Wilkinson) вказав, що позивач сплатив гроші на основі переконання, що угода дійсна, і вона й справді була такою на той момент. Отже не було помилки, безпідставного збагачення, а

відтак не може бути й повернення коштів. Проте більшість дійшла протилежних висновків, визнавши наявність помилки у праві, безпідставного збагачення, та присудила повернути кошти [13, с. 357–358]. Такої думки дотримувався і лорд Гофф. Викладаючи свою позицію у цьому рішенні, він серед іншого наголосив на необхідності відкинути деклараторну теорію і разом з тим «переглянути її у світлі того, як всі судді ... в дійсності вирішують справи сьогодні». Він вважав, що хоча ця теорія була фікцією, проте вона означає, що коли судді постановляють, яким є право, їхні рішення ... мають ретроспективну дію, і це неминуче [13, с. 378–379].

У свою чергу Верховний Суд США у рішенні у справі «James M. Beam Distilling Co. v. Georgia» (1991 р.), яке доклалося до скасування проспективності на федеральному рівні, теж визнав факт, що ретроспективність прецеденту відображає деклараторну теорію [12, с. 535].

Таким чином, коли суд у своїх рішеннях ретроспективно встановлює правила поведінки, він явно чи фактично продовжує традиційний для деклараторної теорії підхід. Як зазначив Р. Кросс, «...Коли деякі автори стверджують, що деклараторна теорія продовжує існувати, вони мають на увазі її останній пережиток – практику ретроспективного відхилення прецедентів, що лишилася незмінною» [25, с. 222]. Слід зазначити, що в цьому твердженні, яке насправді є досить типовим, наголошено на тому, що лишився єдиний пережиток теорії. Утім такий наголос ще дивніший, аніж поширеність ретроспективності в системі, де вважають, що деклараторна теорія віджила своє. Ретроспективність без підґрунтя дійсно була б реліктом на межі зникнення. Утім, як зазначено вище, здебільшого це не так. Можливим поясненням цього є інші залишки теорії в сучасності, які означають, що ретроспективність насправді існує не на голому місці. Наведена вище та нижче аргументація суддів на користь ретроспективності може якраз і вказувати на суміжні складові сучасної теорії.

Певні висновки щодо теперішнього сприйняття деклараторної теорії можна зробити і на підставі вивчення доповіді англійської Правової комісії

1994 р. з питання реституції у випадку помилки у праві, пов'язаної зі зміною права (подібного до того, яке мало місце у згаданій вище справі «Kleinwort Benson Ltd»). З одного боку, комісія рекомендує той варіант розв'язання, який ґрунтується не на деклараторній теорії («реституційна вимога щодо будь-якого платежу, послуги чи вигоди, які були надані ... внаслідок помилки у праві, не має бути дозволена лише тому, що надання зроблене відповідно до усталеного погляду на тогочасне право, від якого пізніше відійшли в майбутньому судовому рішенні») [20, с. 48].

З іншого боку, комісія говорить про деклараторну теорію як про правову фікцію, яка все ще зберігає свій вплив, а також і надалі може призводити до присудження відшкодування на підставі помилки у праві, обґрунтованої зміною судом усталеного розуміння права [20, с. 43–44]. Хоча й, як вона зазначає, «...здається, що деклараторна теорія загального права навряд чи може призвести до того, що суди дозволять відшкодування у разі, коли відбулася очевидна судова зміна права» [20, с. 45].

Показовою є і доповідь Шотландської правової комісії: «Там, де право чи загальне розуміння права змінене судовим рішенням ... позиція є незрозумілою через зіткнення двох конкуруючих теорій» [19, с. 53]. За словами комісії, йдеться про деклараторну теорію та теорію зміни, кожна з яких, взята за основу, призводить до різних висновків щодо згаданої проблеми відшкодування [19, с. 53–54].

І хоча Шотландська правова комісія погодилася з думкою англійських колег, що деклараторна теорія є просто фікцією, якій не має бути дозволено зачіпати основоположні права, разом з тим вона визнає сенс і в коментарі одного із суддів, який відзначив, що деклараторна теорія не може бути відхилена так просто, назвавши її не теорією, а фундаментальним робочим припущенням або основою правової системи. Так само, на їхню думку, має рацію і твердження, що питання про те, чи мала місце зміна права, не є чи не завжди є юстиціабельним [19, с. 55].

Також комісія відзначила, що вона не береться стверджувати, наскільки

деклараторна теорія правильна чи помилкова, і що це складне суперечливе питання, яке вона не може вирішити. На її думку, помилково стверджувати і те, що судді ніколи не змінюють право, і те, що суди ніколи не проголошують право. Поміж цими крайніми позиціями є багато перехідних варіантів і способів описати, що роблять судді (наприклад, виправлення попередніх помилкових судових рішень, уточнення права, розв'язання розбіжностей, заповнення прогалів у праві тощо) [18, с. 9]⁹.

Як видно, деклараторну теорію тут не відкидають як щось беззаперечно минуле, вона все ще береться певним чином до уваги, якщо не більше.

Відтак можна говорити, що ця теорія чи певний її варіант зберігають своє значення в сучасній практиці країн загального права. Можливо щодо такого варіанту і висловився лорд Гофф у «*Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council*», де він погоджується з тим, що деклараторна теорія є фікцією, і водночас говорить про певну її актуальність: на його думку, визнання того факту, що судді змінюють право, вимагає переосмислення деклараторної теорії у світлі того, як насправді сьогодні судді вирішують справи.

Його міркування, викладені далі, напевно можна розуміти як варіант того, що можуть вкладати в деклараторну теорію тепер. Так, лорд Гофф зазначає, що суддя вирішує справи на основі свого розуміння, чим має бути право, сформованого на підставі різних джерел права. «Під час вирішення справи, яку він розглядає, він може в окремих випадках розвивати загальне право у виявлених інтересах правосуддя, хоча за загальним правилом він робить це «лише інтерстиційно», говорячи словами О. В. Голмса (молодшого) у «*South Pacific Co. v. Jensen*» (1917) <...> Це означає не лише те, що він має діяти в межах доктрини прецеденту, але й що зроблені таким чином зміни мають виглядати як розвиток, зазвичай дуже помірний розвиток наявних принципів і відтак можуть зайняти своє місце як узгоджена частина загального права як цілого. У цьому процесі те, що Майтланд назвав «суцільною тканиною», і я сам

⁹ Наприклад, Т. Бінгем (Bingham) виділив чотири основні варіанти ставлення до аналізованого питання з боку юридичної спільноти: деклараторна концепція; приховане від широкого загалу визнання правотворчої ролі суддів; визнання судді правотворцем, але в певних межах; визнання судді в ролі активного правотворця [3, с. 1–4].

... назвав «мозаїкою», загального права, підтримується в постійному стані пристосування та виправлення, [а] доктрина прецеденту, «цемент правового принципу», забезпечує необхідну стабільність.

... Іноді розвиток права судом матиме радикальніший характер, що полягатиме у відході, навіть істотному відході від того, що раніше вважали усталеним принципом, і призводитиме до перебудови підпорядкованих принципів у межах відповідної галузі права.

... Саме до такої категорії належить ця справа; але, тим не менше, це слід розглядати як розвиток права і реалізовувати як такий.

Зважаючи на це, право, яке в такому разі суддя заявляє як застосовне до справи, що він розглядає, є правом, яке, розвинене таким чином, сприймається ним як застосовне не лише до справи, яку він розглядає, але до всіх інших подібних справ як узгоджена частина системи права. Більше того, заявляючи застосовні принципи права, суддя проголошує їх такими, що становлять право, яке має значення для його рішення. Підлягаючи розгляду апеляційними судами та (у відповідних межах) суддями, що мають таку саму юрисдикцію, те, що він вважає правом, буде, кажучи загалом, застосовне не лише до справи, яку він розглядає, але, як частина загального права, і до інших аналогічних справ, що надходять до судів, коли б фактично не відбувалися події, що є предметом цих справ.

Саме в цьому контексті ми повинні переосмислити деклараторну теорію судового рішення. Ми можемо розуміти, що насправді це не передбачає існування ідеальної системи загального права, яку судді час від часу виявляють у своїх рішеннях. Історична теорія судового рішення, хоч і раніше могла слугувати своєму призначенню, насправді була вигадкою. Але це означає, що, коли судді констатують, що таке право, їхні рішення в тому сенсі, який я описав, мають ретроспективну дію. Це, на моє переконання, неминуче.

... Я не вважаю деклараторну теорію судового рішення, як я її описав, відхиленням від загального права. Через те, що я вважаю її неминучим атрибутом прийняття судових рішень, певна така теорія, на мою думку, має

бути застосовувана у країнах цивільного права, як і у країнах загального права...» [13, с. 378–379]¹⁰.

При цьому лорд Гофф вважає абсолютно помилковим уявлення про принципи як щось, що може бути відкритим як раз і назавжди дане, натомість вони є скоріше тимчасовими робочими гіпотезами [7, с. 81].

Як бачимо, запропонований переосмислений варіант теорії, хоча й можливо викладений автором недостатньо ясно, передбачає принаймні два істотні положення, так чи інакше вже згадані вище у ході її аналізу. Це, насамперед, ретроспективність правила судового прецеденту, на чому лорд Гофф неодноразово прямо наголошує. Також це специфіка розвитку права суддями, яка наводиться в контексті справи як, здається, певне обережне обґрунтування ретроспективності (хоч автор виразно і не показує цього). В основі останньої лежать особливості вироблення правової основи рішення – за словами лорда Гоффа, її відшуковують у наявному праві, іноді можливо навіть суттєво переглядаючи відповідні його положення, але залишаючись при цьому в межах діяльності з розвитку цього права. Такий стриманий варіант правотворчості передбачає, що правила нових рішень є ніби певним продовженням, уточненням, переосмисленням, трансформацією наявного права, вбудовуючись у нього¹¹. Це напевно і зумовлює можливість і необхідність однакового застосування нового правила і до минулих, і до майбутніх ситуацій і відповідно має виправдати його ретроспективність.

Оновлена в такий спосіб інтерпретація теорії не містить явно фіктивного категоричного твердження, що судді за жодних обставин не творять нового

¹⁰ Як констатувала Шотландська правова комісія, у справі «Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council» Палата лордів «відхилила теорію «усталеного розуміння» на тій підставі, що вона несумісна з деклараторною теорією судової правотворчості, згідно з якою судові рішення проголошують, яким право є і було завжди, і тому діє ретроспективно» [18, с. 9].

¹¹ У цьому контексті цікаво згадати образне порівняння А. Бараком (Barak) діяльності суддів з написанням книги колективом авторів, до якої кожний додає нову главу. «Автор однієї глави не може ігнорувати попередні глави. Вони визначили загальні рамки, і його глава повинна відповідати їм. Його глава буде непрофесійною, якщо вона раптом заговорить про абсолютно нових героїв і про новий сюжеті. Має зберігатися наступність. Але разом з тим автор цієї глави не може просто повторити зміст попередніх глав. Такий підхід був би також непрофесійним. Автор повинен розвивати сюжет. Деякі персонажі можуть постаріти і померти, нові можуть з'явитися. Іноді в сюжет цілком виправдано вноситься переломний момент, щоб використовувати потенціал, раніше прихований в цьому сюжеті. І коли ця глава написана, вона стає інтегральною частиною старого сюжету, і нові автори будуть писати нові глави, спираючись на неї» [23, с. 217–218].

права, як і уявлення про наявність права, яке відкривають судді. Такі зміни послаблюють виправданість ретроспективності порівняно з класичним варіантом теорії, хоча й специфічна обмеженість творчої ролі суддів не позбавляє остаточно її будь-якого підґрунтя.

У той же час на таку обмеженість інші дослідники вказують як на основний сенс деклараторної теорії. Так, Д. Фінніс (Finnis) вважає, що цю теорію «краще сприймати як спосіб висловлення важливого елементу судового обов'язку, елементу, підкресленого в статті лорда Ріда і добре поясненого тут лордом Гоффом при обґрунтуванні «переосмисленої» деклараторної теорії: обов'язку суддів диференціювати свої повноваження та відповідальність, а отже, і свої практичні обґрунтування, від тих, що належать законодавчим органам» [цит. за: 2, с. 434]. Таку ж думку наводить і Б. Малишев (B. Malyshev) [26, с. 103]. Самообмеження суддів у своїй ролі щодо права, їхнє прагнення залишатись у зазначених рамках, можна часто спостерігати на практиці, зокрема у стриманих формулюваннях, використовуваних ними для опису цієї ролі у своїх рішеннях [26, с. 102–104].

А. Бівер також розглядає можливість переосмисленого варіанту теорії, близького до викладеного, але з наголосом на ролі принципів права. Він не вбачає перешкоди цьому у визнанні реальних фактів судової правотворчості: «Зміна в позитивному праві цілком узгоджується з деклараторною теорією, доки ця зміна може бути сприйнята як така, що відповідає абстрактнішим правовим принципам» [2, с. 440]. Вироблення вказаного варіанту теорії можливе, на його думку, навіть в умовах певної проблематичності пошуку наявних принципів, пов'язаної з їхньою суперечливістю, дискусійністю та динамічністю. На його думку, відповідний підхід, цитуючи лорда Аткина, «...не має зосереджуватися лише на статутах і рішеннях судів: «купі незв'язаних правил» лорда Ріда, Теннісоновій «неупорядкованій безлічі прецедентів <...> хащі одиничних випадків <...> через які ведуть деякі з них, завдяки розуму чи випадку». Натомість він повинен прагнути виробити загальне розуміння права, яке надає принципи, здатні спрямовувати (а не визначати) обговорення

розглянутого вище виду. Зважаючи на такі принципи, навіть новаторські рішення, такі як «Donoghue v Stevenson», будуть і будуть сприйматися як створені у відповідності з правом, яким воно є...» [2, с. 442].

Близькі погляди можна знайти також у Р. Дворкіна, який, на думку А. Барака, прагне надати деклараторній теорії оновленого звучання та чітку концепцію Д. Паннік назвав її складною версією [16, с. 36; 23, с. 41, 141]. Як відомо, Р. Дворкін вважає принципи частиною права поряд з нормами. На його думку, право слід сприймати як «безшовне сплетіння», де правила обґрунтовані системою узгоджених абстрактних та конкретних принципів [24, с. 164–166]. У зв'язку з цим Р. Дворкін, наприклад, виділяє у прецеденту, поряд з «нормативною силою» (його впливом на майбутні справи, охоплені його точними словами), «силу тяжіння», яка визначає його застосовність та залучення до обґрунтування майбутнього рішення і яка може бути зумовлена не формулюванням цього прецеденту, а принципами та відповідними засадничими міркуваннями, що стоять за ним [24, с. 161–162]. Відтак застосування зазначених принципів, у тому числі у складних справах, де норм недостатньо, як і надання юридичних прав і покладання юридичних обов'язків на їхній підставі, є не створенням нових елементів права, а використанням наявних [16, с. 36–37; 24, с. 74]¹².

При цьому сам Р. Дворкін дистанціюється від так званої механістичної юриспруденції, де під правом розуміється «якась множина позачасових норм, що зберігаються на певному концептуальному складі й очікують, коли їх відкриють судді», а під юридичним обов'язком – «невидимі ланцюги цих містичних норм, що обплутують нас», визнаючи справедливим її висміювання

¹² Відповідно до позитивістської теорії, «юридичний обов'язок існує тоді (і лише тоді), коли його накладає встановлена правова норма. Звідси випливає, що в складних випадках - коли не можна знайти такої встановленої норми юридичного обов'язку не існує до тих пір, поки суд не створить нової норми на майбутнє. Суд може застосувати цю нову норму до розглядуваної ним справи, але це законотворчість *ex post facto*, а не забезпечення дотримання наявного обов'язку. Позитивістське вчення про судовий розсуд (в сильному сенсі) вимагає саме такого розуміння юридичних обов'язків, бо якщо суддя вирішує на власний розсуд, то не може існувати юридичного права або обов'язку, дотримання яких він має забезпечити. Однак якщо ми відмовляємося від цього вчення і тлумачимо принципи як частину права, то з'являється можливість того, щоб юридичний обов'язок накладала не лише встановлена норма, а й сукупність принципів. Ми могли б сказати, що юридичний обов'язок існує завжди, коли доводи на користь його існування, засновані на обов'язкових правових принципах різного роду, сильніше, ніж доводи проти» [24, с. 74].

номіналістами. Однак, продовжує він, критикам такого підходу «досить важко знайти тих, хто заслуговує осміяння. До сих пір мало вдавалося виявити представників механістичної юриспруденції (всі спіймані екземпляри – навіть такі, як Блекстон і Джозеф Біл, – були відпущені після уважного прочитання їхніх текстів)». Р. Дворкін додає, що більшість правознавців не дотримується таких механістичних поглядів, що підтверджує наша практика, утім не до кінця відомо, чи не містить використовуване нами поняття права згаданих недоліків механістичної юриспруденції. Самі ж погляди номіналістів, на його думку, не сильно відрізняються від позитивізму, який він критикує [24, с. 37–38].

П. Труп (Troop) показує закономірну логічність ідей деклараторної теорії у світлі доктринального формалізму. З позицій останнього, судді при вирішенні справ взаємодіють з певною доктриною, при цьому доктриною єдиною (за інших підходів може вважатися, наприклад, що різні судді можуть формулювати різні доктрини) [21, с. 433]. Формалісти припускають, що доктрина є повною у тому, що завжди існує правильна відповідь на питання про те, як суддя реагуватиме на конкретний фактичний сценарій [21, с. 429]. Це означає, що існує можливість передбачити результат справи за допомогою добре обізнаного юриста [21, с. 433]. Більше того, на думку дослідника, доктринальний формалізм і деклараторна теорія пояснюють взаємозв'язок між доктриною і писаним прецедентним правом у спосіб, що уникає багатьох суперечностей, які ускладнюють інші пояснення [21, с. 439].

Таким чином, сучасним переосмисленим варіантом теорії можна розглядати щось близьке до наведених підходів, в яких новостворені правила тісно прив'язані до вже наявних, засновані на правових принципах і мають зумовлену цим ретроспективність.

Висновки. Розглянуте переосмислення функцій суду в аспекті його ролі щодо права, що відбувається протягом приблизно останнього століття, уможлиблює певні висновки. Насамперед воно засвідчує недоліки деклараторної концепції, її застарілу консервативність, яка й зумовила гостру критику та певний відхід від неї. Заперечення наявності досить очевидних

фактів правотворчості у судовій діяльності вказує на фіктивність ключового положення теорії про судові рішення як лише доказ існування чинного права та пояснює поширення альтернативної правотворчої теорії загального права.

Утім така трансформація викликає й певні закономірні труднощі в доктринальній і практичній площині. Насамперед це потенційний конфлікт нововизнаної судової та традиційної законодавчої правотворчих функцій, який зачіпає питання поділу державної влади, демократичного підґрунтя владних повноважень. Нове бачення ролі судді потребує визначення того, як далеко простягаються його правотворчі повноваження, і між прибічниками різних позицій з цього приводу триває полеміка. Інша група труднощів пов'язана з проблемою ретроспективності суддівського права. Це також дало підставу для певних критичних зауважень і дискусій. Дослідники, зокрема, звертають увагу на те, що традиційна для загального права ретроспективність в умовах правотворчої теорії втрачає у своїй обґрунтованості та вступає в явну суперечність з принципами визначеності, верховенства права. Крім того, визнання результату суддівської діяльності новоствореним правом загострює питання про його доступність для адресатів (адже нові правила мають стати відомими їм, а враховуючи множинність і складність прецедентів – це непросте завдання) [21, с. 432].

Ідеї деклараторної теорії дозволяють певним чином уникати таких труднощів, а тому зберігають сьогодні свою значущість. Як показано вище, вони продовжують своє існування у переосмисленому вигляді.

Цю тенденцію живлять різні фактори. Історія діяльності та основна правозастосовна роль судді систем загального права накладає відбиток на його правотворчу функцію. І хоча остання й існує, але, як переконана більшість юристів загального права, у варіанті, який ми могли б до певної міри вважати співзвучним з ідеями деклараторної теорії: правотворчість судді носить обмежений характер, суддя, створюючи нові правила, прагне робити це так, щоб вони були переважно помірним розвитком наявного права та перебували в узгодженості з останнім. При цьому проголошені суддями норми засновані

не лише на інших нормах, але і на принципах права. Таке розуміння суддівської нормотворчості, як і класичний варіант теорії, дає більш фундаментальне обґрунтування й полегшення наслідків ретроспективності, якої здебільшого складно уникнути сучасному прецедентному праву: нове правило логічно продовжує наявні норми та принципи, тому його справедливо застосовувати до минулих подій, а непередбачуваність запроваджуваних ним змін менша. Варто зауважити, що ретроспективність здебільшого не є довільно обраним напрямком дії загального права в часі, натомість вона має глибоку зумовленість тим, як тут традиційно розуміють характер, техніку діяльності суду зі встановлення правової основи рішення. Ці пов'язані явища зберігають для відповідних складових деклараторної теорії досить міцні позиції в сучасності.

Ідеї деклараторної теорії (і властива їй ретроспективність) також пом'якшують і посилену правотворчою концепцією проблему визначеності новостворених правил. Йдеться про особливості техніки прецедентного права, зокрема про практику уточнення прецедентів у наступних рішеннях, труднощі з виведенням єдино можливого чи єдино правильного «канонічного» формулювання прецедентної норми [24, с. 158–159]. З цим пов'язана і проблемність визначення початку чинності відповідною прецедентною нормою. Тут же можна згадати і труднощі щодо того, «чи слід взагалі визнати нормою права або принципом ту норму або принцип, на яку посилається хтось із суддів» [24, с. 160]. У будь-якому разі норми та принципи права відкриті для інтерпретації, яка відтак не створюватиме, а виявлятиме саме вже наявний їхній сенс. Межа ж між інтерпретацією та творенням норми часто є умовною і такою, яку непросто виявити. За цих умов підхід, згідно з яким судді при винесенні своїх рішень спираються на вже чинне право, до певної міри дозволяє пом'якшити ситуацію недостатньої визначеності того, яке правило, коли, в якому формулюванні та з яким змістом з'явилося.

З іншого боку, оскільки нововведення у загальному праві все-таки реально існують, деклараторна теорія зберігає своє значення і в такому важливому питанні, як обмеження судової правотворчості [11, с. 15].

Ретроспективність змін у праві, яка з неї випливає, та її негативні наслідки для визначеності та передбачуваності права змушують суддів бути більш виваженими при формулюванні правової основи своїх рішень, уникаючи, якщо не загалом змін як таких, то принаймні різких змін і віддаючи перевагу помірному розвитку наявних правил.

Також можна відзначити й те, що збереження ідей деклараторної теорії фактично відбиває прогресивну установку праворозуміння – сприйняття права не лише як зібрання законодавчих чи прецедентних норм, але і як неписаних принципів. Позитивну сторону деклараторної теорії дослідники вбачають, зокрема, в її наголосі на важливості зовнішньої даності права щодо судді [5, с. 261]. Опертя на принципи права свідчить, що новостворений прецедент не є суто результатом волевиявлення суддів, а має глибше засадниче підґрунтя, не до кінця залежне від нормотворців, до якого вони звертаються і яке легітиміє зміст та загалом владу їхніх рішень. Наявність у сучасному праві неписаної складової, насамперед у вигляді основоположних прав людини, загальних принципів права тощо, показує, що ідея існування права, яке суддя лише проголошує, актуалізуючи та конкретизуючи його через навіть створені ним правоположення, аж ніяк не є неправильною, не кажучи вже про звинувачення її в абсурдності. Слід відзначити, що відповідальність суду за впровадження названих правових цінностей є важливим фактором, що визначає його місце в системі поділу влади, зокрема надаючи підґрунтя для конституційного контролю.

Звісно, наведене не означає правильності теорії в усіх її складових. Навіть оновлені її варіанти, які вбачають продовження її ідей в обґрунтуванні судових рішень наявними принципами права, отримують критичні зауваження. Дослідники звертають увагу на відсутність абстрактних незмінних чи особливо тривалих складових права: «не лише позитивне право, але також і правові принципи постійно перебувають у процесі змін» [2, с. 430; 25, с. 213–214]. Принаймні у постійному становленні та розвитку перебувають конкретні ідеї, які деталізують певний принцип [7, с. 80–81]. Як зазначив лорд Гофф, «...У

перспективі часу всі положення права, чи то законодавчі, чи то суддівські, чи то доктринальні, є не більше ніж робочими гіпотезами. Вони є просто тимчасовими наближеннями, які деякі люди за своєю мудрістю знайшли переконливими у певні моменти часу» [7, с. 80]. Хоча це навряд чи заперечить факт наявності в змісті принципу певного достатньо сталого ядра [28, с. 31].

Тут є й інший момент: звертаючись до певних засадничих критеріїв, хибно вважати, що в них завжди закладене певне єдине готове рішення для конкретної ситуації. Часто принцип матиме не один потенційний варіант конкретизації, серед яких суддя матиме зробити свій вибір, що дасть початок саме окремому варіанту, як правилу надалі.

Окрім того, хоча судді уникають вирішення політичних питань, обґрунтовано вважаючи їх предметом законодавчого регулювання, є низка випадків, що перебувають на межі права і політики, при вирішенні яких складно не вийти за межі суто внутрішньої логіки права. У такому разі буде проблематично стверджувати, що суддя виходить суто з чинного права.

Тим не менше, тут буде доречно згадати слова Р. Кросса (Cross), хоча він і не є прихильником деклараторних поглядів: «Навряд чи хто-небудь погодиться з професором Дворкіним, який стверджував, що теоретично кожен позов, поданий сучасному судді, може бути юридично правильно вирішений, виходячи з передумованих правових принципів, що покояться в надрах права, хоча, ймовірно, багато юристів підпишеться під словами професора Гелдарта, сказаними ще в 1911 році: «Ми знаходимо, що за відсутності зрозумілих прецедентів, якими можна було б керуватися у справі, судді вдаються до допомоги позицій вчених-юристів і юристів-практиків, права інших сучасних країн, римського права, принципів природної справедливості або міркувань публічного порядку. Їх належне застосування може викликати суперечки і розбіжності, але в будь-якій справі суддя прагне знайти вихідний критерій; він демонструє, що не вільний, як буває вільний законодавець, вирішити справу за власним бажанням; він зобов'язаний вирішити її відповідно до певного принципу» [25, с. 50].

Таким чином, опис ролі судів англо-американської правової традиції за допомогою деклараторної теорії чи, навпаки, на основі твердження про відкидання деклараторної теорії є певним категоричним спрощенням. Дійсно, істотні зміни в уявленнях відбулися, ключову ідею цієї теорії відхилено, натомість визнано, що суди так чи інакше творять право. Утім загальному праву складно позбутися деклараторної теорії – цього «фундаментального робочого припущення», традиційної «основи правової системи». Воно до певної міри продовжує зберігати свій зв'язок з її переосмисленими ідеями: це можна вбачати в тому, що створювані судами норми є узгодженим з чинним правом його зазвичай помірним розвитком, конкретизацією його засад, мають зворотну дію в часі. При цьому відповідні погляди піддаються поступовим змінам настільки, наскільки правова система готова до змін.

Десь у чомусь така готовність більша, і визнання правотворчої ролі судів знаходить своє продовження у поширенні застосування проспективності прецедентів чи, наприклад, у визнанні за вищим судовими інстанціями повноваження відступати від своїх прецедентів, чи, навіть, у проявах так званого суддівського активізму. Десь вона менша, настільки, що може давати підстави продовжувати використовувати посилання на деклараторну теорію, ідеї якої і надалі застосовують по суті чи, можливо, згадують більше для «видимості наступності, типової для судочинства у загальному праві» [2, с. 435]. Загалом характер переходу від ідей деклараторної до ідей правотворчої теорії ілюструє добре відому тяглість, наступність прецедентного права.

References

1. Alschuler, A. (1996). Rediscovering Blackstone. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, 1, 1–55. Doi: <https://doi.org/10.2307/3312712>.
2. Beever, A. (2013). The Declaratory Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, 3, 421–444. Doi: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqt007>.
3. Bingham, T. (2000). The Judge as Lawmaker: An English Perspective. *The business of judging: selected essays and speeches*. Oxford: Oxford University Press. 25–34. URL: https://www.semanticscholar.org/paper/The-Judge-as-Lawmaker%3A-An-English-Perspective*-Bingham/18d267b33ffc3825b3fe44154ba4d222a655a5c4.
4. Blackstone, W. (1893). Commentaries on the Laws of England, vol. 1. Philadelphia: J.B. Lippincott Co. URL: http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf.
5. Brewbaker, William. (2006). Found Law, Made Law and Creation: Reconsidering Blackstone's Declaratory Theory. *Journal of Law and Religion*, vol. 22, 1, 255–286. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899103.

6. Donoghue v Stevenson [1932] AC 562 (HL Sc). URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>.
7. Goff, Lord. (2012). Judge, Jurist and Legislature. *The Denning Law Journal*, vol. 2, 1, 79–95. Doi: <https://doi.org/10.5750/dlj.v2i1.160>.
8. Hale, M. (1820). *The History of the Common Law of England*. 6th ed. London. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=rktDAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=uk#v=onepage&q&f=false>.
9. Hammer, S.J. (2018), Retroactivity And Restraint: An Anglo-American Comparison. *Harvard journal of law & public policy*, vol. 41, 1, 409–442.
10. Harper v. Virginia Dept. of Taxation, 509 U.S. 86 (1993). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/86/>.
11. Hodge Lord. (2019). The scope of judicial law-making in the common law tradition. *Max Planck Institute of Comparative and International Private Law. Hamburg, Germany*, 28 October 2019, 1–18. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191028.pdf>.
12. James M. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529 (1991). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/529/>.
13. Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council (1999) 2 AC 349 (HL). URL: https://www.trans-lex.org/310700/_/kleinwort-benson-ltd-v-lincoln-city-council-et-al%5B1999%5D-2-ac-349/.
14. Levy, B.H. (1960). Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, 1, 1–30.
15. McManus, R. (2007). Predicting the Past: The Declaratory Theory of the Common Law – From Fairytale to Nightmare. *Judicial Review*, vol. 12, 4, 228–245.
16. Pannick, D. (1980). A Note on Dworkin and Precedent. *The Modern Law Review*, vol. 43, 1, 36–44. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1980.tb01581.x>.
17. Reid, Lord. (1972). The Judge as Lawmaker. *Journal of the Society of Public Teachers of Law (New Series)*, vol. 12, 1, 22–29.
18. Scottish Law Commission (Scot. Law Com. No 169). (1999). Report on Unjustified Enrichment, Error of Law and Public Authority Receipts and Disbursements. Edinburgh: The Stationery Office. URL: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/5712/7989/6662/rep169.pdf>.
19. Scottish Law Commission. (1996). Judicial Abolition of the Error of Law Rule and its Aftermath. Edinburgh. DP No 99. URL: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/1213/1713/1950/dp99.pdf>.
20. The Law Commission (Law Com. No. 227). (1994). Restitution: Mistakes of Law and Ultra Vires Public Authority Receipts and Payments. Report on a Reference Under Section 3 (1) (e) of the Law Commissions Act 1965. London: HMSO. URL: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/lc227.pdf>.
21. Troop, P. (2018). Why Legal Formalism Is Not a Stupid Thing: Legal Formalism. *Ratio Juris*, vol. 31, 4, 428–443. Doi: <https://doi.org/10.1111/raju.12225>.
22. Zamulinski, B. (2014). Rehabilitating the Declaratory Theory of the Common Law. *Journal of Law and Courts*, 2, 171–186. Doi: <https://doi.org/10.1086/673873>.
23. Barak, A. (1999). Sudejskoe usmotrenie. Moscow: Norma [in Russian].
24. Dvorkin, R. (2004). O pravah vserez Moskva: Rossijskaja politicheskaja jenciklopedija (ROSSPEN) [in Russian].
25. Cross, R. (1985). Pretsedent v anhliyskom prave. Moscow [in Russian].
26. Malyshev, B.V. (2001). Pretsedentne pravo Anhlii: teoretychni aspekty. *Naukovi zapysky NaUKMA – NAUKMA Research papers*, vol. 19: Special issue, 1, 232–238 [in Ukrainian].
27. Malyshev, B.V. (2002). Sudovyi pretsedent u pravoviy systemi Anhliyi (teoretyko-pravovyi aspekt): *Candidate's thesis*. Kyiv: KNU [in Ukrainian].
28. Pohrebniak, S.P. (2008). Osnovopolozhni pryntsyipy prava (zmistovna kharakterystyka). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

29. Shevchuk, S. (2007). Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukraini. Kyiv: Referat [in Ukrainian].

Пушняк А. В., канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и философии права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: pushnyak.o@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3088-1040

Деклараторная теория общего права: прошлое и современность

В статье исследовано современное отношение к деклараторной теории и возможное практическое применение отдельных ее составляющих. В частности, подвергнуто анализу то, насколько деятельность современных судей продолжает быть и рассматривается как применение существующего права, а не как создание нового. В связи с этим уделено внимание месту принципов права в обосновании судебных решений. Кроме того прослежено использование ретроспективности общего права, по распространенному убеждению считающейся наследием именно этой теории. В статье сделан вывод о категоричности и преувеличенности утверждений об уходе в прошлое деклараторной теории. Общее право в той или иной степени продолжает сохранять свою связь с идеями деклараторной теории в переосмысленном виде. Эту связь можно проследить в том, что создаваемые судами нормы являются согласованным с действующим правом его умеренным развитием, конкретизацией его принципов, имеют ретроспективность.

Ключевые слова: деклараторная теория судебного прецедента; судебное нормотворчество; судебный прецедент; общее право; действие во времени судебного прецедента; ретроспективность.

Pushniak O. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: pushnyak.o@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3088-1040

Declaratory Theory of common law: past and present

The aim of the article is to analyze doctrinal views on the role of judges in lawmaking in common law systems – in terms of declaratory theory of common law, including the transformation of views on declaratory theory, clarify its current meaning and place in the doctrine and practice of common law.

The article provides the key provisions of the declaratory theory, criticism of supporters of law-making theory, as well as analysis of the views of opponents of the complete denial of the essence of this theory. Attention is paid to certain factors that contributed to the theory in the past - the role of customs and ideas of reason, justice in the history of the emergence and formation of common law. The connections of the given theories with different approaches to legal understanding are also shown.

The author explores the modern attitude towards the declaratory theory and the possible practical application of some of its constituent ideas. In particular, it is analyzed to which extent the activities of modern judges continue to be and is seen as an application of the existing law, rather than as the creation of a new one. In this regard, attention is paid to the role of the law principles in the justification of court decisions. In addition, the use of retrospectivity of common law has been traced, which is widely believed to be a legacy of this theory.

The article concludes that the statements about the attribution of declaratory theory to the past are categorical and exaggerated. Despite rejecting its key idea and acknowledging that the courts are in one way or another creating common law, it to some extent continues to retain its connection with the ideas of declaratory theory in a rethought form. This connection can be traced in the fact that the norms created by the courts are usually a moderate development of the current law, the specification of its principles, and thus have retrospectivity.

Keywords: declaratory theory of common law; judicial law making; judicial precedent;

common law; temporal effect of judicial precedent; retrospectivity.

Надійшла до редколегії 12.11.2020 р.

