

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.02.18>

ДО ПИТАННЯ ПРО СУДОВУ ПРАВОТВОРЧІСТЬ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Тимченко Г.П.,

доктор юридичних наук,
провідний науковий співробітник
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
м. Київ, Україна
ORCID: 0000-0003-4263-9948

Котвяковський Ю.О.,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правосуддя
Сумського національного аграрного університету,
м. Суми, Україна
ORCID:0000-0003-4684-4623

Тимченко Г.П., Котвяковський Ю.О. До питання про судову правотворчість в цивільному судочинстві.

У статті проводиться дослідження інституту судової правотворчості та її зв'язок з інститутом законодавчих прогалін в історико-правовому розрізі розвитку цивільного судочинства. Поряд з цим визначаються підстави виникнення законодавчих прогалін, їх видів та шляхів їх подолання під час правозастосовчої практики загальних судів. Автори проводять порівняльний аналіз особливостей континентального і загального права у сфері як законодавчих прогалін, так і їх подолання за рахунок судової правотворчості. При цьому, звертається увага на те, що суди не мають права відмовляти особі в правосудді з підстав відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права, що є ключовим положенням, спрямованим в бік судової правотворчості. В цій частині автори звертають увагу на судову правотворчість Великої Палати Верховного Суду та імперативність її правових позицій, якими розвивається право в нашій державі. При цьому, в роботі зазначається, що європейські країни, в тому числі і Україна поступово наближаються до конвергенційного правосуддя, де широко застосовуються норми права, але поряд з цим суди не позбавлені права на судову правотворчість. Зокрема, в таких країнах як Німеччина суди навіть зобов'язані до правотворчого процесу, безумовно, при наявній щодо цього необхідності. Отже, судова правотворчість не є безмежним поняттям. Вона завжди може мати місце лише там, де мають місце законодавчі прогаліни з одного боку, а з іншого, там де є спір про право, оскільки саме під час урегулювання такого спору нормами права проявляються всі недоліки законодавства, як то нечіткість, суперечливість чи неповнота, а то

і відсутність норм, якими б суд міг урегулювати спірні відносини.

Ключові слова: судова правотворчість, законодавчі прогаліни, цивільний процес, спір про право, тлумачення норм права

Timchenko G.P., Kotvyakovsky Yu.A. On the issue of judicial law-making in civil proceedings.

The article studies the institution of judicial law-making and its connection with the institution of legislative gaps in the historical and legal context of the development of civil justice. Along with this, the grounds for the emergence of legislative gaps, their types and ways to overcome them during the law enforcement practice of general courts are determined. The authors conduct a comparative analysis of the features of continental and common law in the field of both legislative gaps and their overcoming through judicial lawmaking. At the same time, attention is drawn to the fact that the courts do not have the right to deny a person justice on the grounds of the absence, incompleteness, vagueness or inconsistency of the rules of law, which is a key provision directed towards judicial lawmaking. In this part, the authors pay attention to the judicial law-making of the Grand Chamber of the Supreme Court and the imperativeness of its legal positions, which develop law in our state. At the same time, the paper notes that European countries, including Ukraine, are gradually approaching convergence justice, where the rules of law are widely applied, but along with this, the courts are not deprived of the right to judicial lawmaking. In particular, in countries such as Germany, the courts are even obliged to legislate when necessary. Therefore, judicial law-making is not an unlimited concept. It can always take place only where there are legislative gaps

on the one hand, and on the other, where there is a dispute about the law, since it is precisely when such a dispute is settled by the rules of law that all the shortcomings of the legislation appear, such as vagueness, inconsistency or incompleteness, otherwise and the lack of rules by which the court could resolve disputed relations.

Key words: judicial law-making, legislative gaps, civil process, dispute about law, interpretation of the law

Постановка проблеми. Законодавчі прогалини є об'єктивною закономірністю, яка завжди супроводжує законотворчий процес в усіх парламентах світу. Україна в цьому переліку не є виключенням. Безумовно, такі прогалини створюють певні проблеми у сфері судового правозастосування. Класичними законодавчими прогалинами, які постійно мають місце під час законотворчого процесу є неповнота, нечіткість чи суперечливість норм права, а в окремих випадках цивільні відносини взагалі не мають свого нормативного урегулювання. Незалежно від причин виникнення таких законодавчих неузгоджень, урегулювання спірних відносин, під час розгляду цивільних справ є обов'язком для суду. Практика показує, що частина таких законодавчих прогалин як неповнота, нечіткість або суперечливість норм права часто долається за рахунок правотлумачного процесу або застосування правових аналогій. Якість такого процесу залежить від рівня професійних знань суддів, вміння їх точно, логічно та зрозуміло формулювати свою правову позицію по відношенню до спірних відносин з можливістю подолання законодавчих прогалин за рахунок не лише теоретичного обґрунтування певної правової новизни, яка б давала можливість долати ті чи інші законодавчі прогалини, але і створити таку правову формулу, яка б органічно заповнювала б ту чи іншу таку законодавчу прогалину. Безумовно, що така правотворча робота вимагає від суддів не лише знань національної судової практики з проблемного питання, а і знань практики Європейського суду з прав людини.

Відповідно до ч. 10 ст. 10 ЦПК України, законодавець забороняє судам відмовляти особі у розгляді її справи «з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини». Таким чином, законодавець хоча і опосередковано, але все ж надає право судам вдаватись до судової правотворчості з метою подолання виявлених законодавчих прогалин. Такий підхід сприяє подальшому розвитку права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Судова правотворчість завжди має місце там, де мають місце законодавчі прогалини. Такий їх взаємозв'язок сягає вікових традицій. Саме взаємозалежність між наявністю законодавчих прогалин

і процесом їх подолання під час правозастосування в судових засіданнях за рахунок судової правотворчості і стало однією із підстав формування прецедентного права в Англії.

Сьогодні така взаємозалежність набула своєї актуальності і в правосудді України. З цих підстав в останні десять років питання судової правотворчості стали предметом наукових досліджень цілої низки науковців. Зокрема, наукові статті Я. Романюка [1], Д. Ясинка [2], Т. Шевченко [3], Н. Стеценка [4], С. Запари [5], І. Кравченка [6], Ю. Рябченка [7], та інших науковців закладають основи вчення про судову правотворчість в цивільному судочинстві нашої держави. Дана робота також є певним вкрапленням в цей науковий потік, а відтак і вкладом в науково-теоретичне дослідження, в тому числі і історично-правової складової, якою є інститути законодавчих прогалин і судової правотворчості.

Метою статті є дослідження причин виникнення законодавчих прогалин та шляхів їх подолання за рахунок судової правотворчості в цивільному судочинстві.

Основні результати дослідження. Право є однією із найдавніших і найскладніших суспільних систем. Його фундаментальні основи формувалися на основі різноманітних звичаїв, які мали не лише різноманітний зміст, а і різну форму свого існування та застосування. При цьому, дотримання таких звичаїв ніхто спеціально не контролював. Отже, вся суть звичаєвого права ґрунтувалася на вірі людей у ті чи інші ритуали, слова та предмети, з якими пов'язувалися дві діаметрально протилежні речі: добро і зло. При цьому, як добро, так і зло завжди обумовлювалися наявністю певної фізичної сили, і з цих підстав силою визначалося право особи, сім'ї, племені. Зло ж завжди пов'язувалося з певними покараннями. Особливої уваги в цей період приділяється питанням захисту права власності особи. Саме з цих підстав перші кодифіковані законодавчі акти (Закони XII таблиць, Закони Хаммурапі Царя Вавилону, Руська Правда, Закони Ману тощо) в більшості своїх норм визначали певні покарання за посягання на власність іншої особи. Ось чому в період державних утворень і збільшенням контрольованих територій та їх населення, суспільство вже потребувало певних правил поведінки, які з появою писемності, як способу передачі інформації, почали кодифікувати, визначаючи, що вважається на даній території законним, а відтак і справедливим, а що – ні. Відтак, все, що не було заборонено, вважалося прийнятним, а відтак і законним. Такий підхід до управління суспільством уже в період рабовласницького ладу показав свою неабияку ефективність.

Право по суті стало державним інструментом, який регулював життя людей, їх поведінку не за

рахунок фізичної сили окремої людини чи зброї, а за рахунок розуміння тих чи інших дозволів і заборон, які ставали пріоритетними в суспільстві на тому чи іншому етапі свого розвитку.

Розвиваючись, право мігрувало від одних національних кордонів до інших, удосконалюючись та відточуючи, на основі природного відбору, свої кращі зразки, принципи чи окремі положення, які сприймалися, а відтак – легітимізувалися суспільством на шляху його природного, науково-технічного чи технологічного розвитку.

Отже, право не є винаходом якоїсь окремої людини чи групи людей, воно є надбанням людської цивілізації із своїми змістовно-правовими особливостями, які склалися в кожній державі. З цих підстав, право проявляється не лише на рівні кожної держави, а і утворює єдину суспільно-світову цінність, яка дозволяє урегулювати міжлюдські та міжнародні відносини на демократичних, загальнолюдських та загально-визнаних цінностях моралі. Саме з цих підстав, право, як суспільно-правова категорія, розвивається в напрямку своєї новації, модернізації, деталізації, уніфікації, і такий розвиток є безперервним [8].

З цих підстав науковці різних країн протягом тисячоліть намагалися дати якнайточніше визначення поняттю «права», але такі визначення з часом нівелювались, оскільки незалежно від їх об'ємності, точності і логіки суджень, вони все одно мають ту чи іншу недосконалість, а відтак і певну неточність чи певну часову неузгодженість. Сьогодні ми розуміємо, що проблема тут не в законодавці чи науковцях, а в тому, що право в своєму розвитку завжди слідує у фарватері економічного, соціального, політичного, технологічного, інформаційного розвитку суспільства, забезпечуючи його поступальність, надаючи певних контурів, закріплюючи суспільну суть окремих елементів і понять. Така його особливість завжди вносить у здавалося б хаотичну систему людських стосунків логічну їх послідовність і стабільність, а відтак воно має різнонаправлений розвиток і свої темпи щодо його зміни, уточнення та доповнення. Таким чином, кожна галузь права розвивається як вертикально, так і горизонтально, але із різною швидкістю. Швидкість їх розвитку завжди буде залежати від швидкості і глибини того чи іншого напрямку суспільного, економічного, інформаційного, технічного чи технологічного розвитку держави. Таким чином, право обслуговуючи державу, не лише ускладнюється змістовно, але і збільшується в своїх об'ємах. При цьому, практика показує, що в умовах наявності великої кількості законодавчих актів, останні потребують як своєї узгодженості, так і постійного свого оновлення. Це складний процес, оскільки з одного боку він потребує постійного контролю за

розвитком певного суспільного чи економічного напрямку, а з іншого – відповідного законотворення, яке постійно потребує змін, доповнень, уточнень чи скасування тих чи інших норм права, правових понять чи цілих законодавчих актів. Саме такий підхід урівноважує рівень суспільного розвитку держави і права, оскільки в іншому випадку норми права з їх змістовною статичністю починають «застарівати» та «відставати» від суспільного розвитку, гальмуючи такий процес. Практика показує, що законодавець з його ускладненою процедурою законотворення не завжди встигає за такими процесами, а відтак законодавчі акти починають швидко «застарівати», а нашвидкуруч прийняте законодавство залишається «сирим». З цих підстав зміст окремих норм права носить казуїстичний характер або взагалі не узгоджується з іншими законодавчими нормами, що вносить в правозастосовчу практику судів певну неузгодженість, яка обумовлюється судовою правотворчістю, спрямованою на подолання законодавчих прогалин.

Отже, судова правотворчість – це по суті вимушена міра, яка завжди спрямована на подолання законодавчих прогалин з метою урегулювання спірних відносин, оскільки правосуддя не може чекати того часу, коли законодавець самостійно усуне всі законодавчі неузгодженості. Цивільно-правовий спір підлягає розгляду тут і зараз, оскільки судовий процес обумовлений строками розгляду цивільних справ.

Законодавець, розуміючи і допускаючи наявність таких обставин, які обумовлюються тим, що законодавство доволі швидко «старіє» і з цих підстав воно «відстає» від суспільного розвитку, заборонив судам відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності повноти, нечіткості чи суперечливості законодавства. (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

Така особливість законодавства є характерною для всіх держав світу і Україна не є виключенням з такого процесу. Частина країн, сповідуючи традиції англосаксонської правової сім'ї, яку часто називають загальним правом, надає можливості судам долати такі законодавчі прогалини за рахунок правотворчої роботи суддів, які в такий спосіб «ремонтують» законодавство, закріплюючи результати такої роботи у вигляді нових правових положень у своїх рішеннях, які через імперативність подальшого їх застосування, набувають сили закону. Такі рішення стають судовими прецедентами і їх відносять до джерел права.

На теренах континентальної Європи, де в більшості країн існувала авторитарна система управління, історично сформувалася традиція щодо безумовного, навіть суворого дотримання судами виключної вимоги норм права. Такий підхід відповідає духу авторитаризму, оскільки для

такої системи управління характерним є незмінність законодавства. Така незмінність обумовлювалася доволі повільним розвитком суспільних відносин. В цій частині показовим є приклад Радянського Союзу та країн так званого «соціалістичного табору». І хоча технічно і технологічно країни і розвивалися, але суспільство «застрявши» на певних догматично-політичних постулатах, перебувало у незмінній політико-правовій капсулі, яка не давала можливості розвиватись демократичним інститутам, ринковим відносинам, в тому числі і праву, зациклюючись на суворому дотриманні соціалістичної законності, суть якої зводилась до захисту комуністичної системи державного управління та захисту соціалістично-планової економіки тощо. Це означало, що в країні не розвивалася економічно-фінансова інфраструктура, свобода слова і самоуправління окремих територій. Країни не прагнули торити шлях в бік громадянського суспільства, де сила закону превалювала б над амбіціями політичного менеджменту, який посилював лише кримінальний блок законодавства.

В той же час, країни Європейського Союзу, серед яких по суті є і Україна, з точки зору правозастосовчої практики судів, відносяться до країн романо-германської правової сім'ї.

Особливість континентального права полягає в тому, що судді не мають права на судову правотворчість, а це означає, що прецедентне право на території континентальної Європи не визнається. І в той же час, наприклад, суддя Федеральної палати ФРН Р. Бюнгер зазначає, що в Німеччині, ще в рішенні Федеральної судової палати від 30 жовтня 1951 р. та від 18 грудня 1953 р. і в рішенні Федерального конституційного Суду визначалося, що «судова правотворчість... є функцією правосуддя і в сучасній правовій державі... вона стає... суддівським завданням» [9]. При наявності ж законодавчих прогалин судді за рахунок тлумачення наявних норм права, які дотично обумовлювали подібні випадки, «розширили» їх правозастосовчий горизонт, зокрема змістовно-правову суть норм права, намагаючись таким чином охопити ті спірні відносини, які не були урегульовані прямою нормою права чи такі норми носили суперечливий або нечітко виражений характер.

В таких випадках навіть природні права людини часто не стають правами абсолютними, оскільки правотлумачний процес, з одного боку ґрунтується на розумінні самим суддею правової суті норми права, а відтак тлумачення завжди буде схилитись в бік поглядів самого судді на поняття права, справедливості, розумності, суспільних і моральних цінностей тощо. Таким чином, такий процес завжди буде залежати не лише від теоретичних знань суддів, а і знань національної та європейської судової практики, яка є визначальною в такому випадку.

Сьогодні правосуддя в Європейському Союзі поступово починає поєднувати в собі як підходи континентального права з його точним дотриманням норм права, так і загального права, де має місце судова правотворчість в питаннях урегулювання спірних відносин. На можливість такого симбіозу звертали увагу ще юристи стародавнього Риму, які зазначали, що занадто точне виконання норм права породжує найвищу несправедливість (*summum jus, summa injuria*) [10]. І хоча Україна ще сьогодні сповідує саме традиції романо-германської правової сім'ї, де судова правотворчість прямо і не визнається, але в Україні вже зроблено перші кроки на шляху визнання судової правотворчості, як необхідного елементу сучасного правосуддя.

Разом з тим, законодавець розуміє, що в епоху технологічних революцій суспільні відносини розвиваються доволі швидко, а відтак правозастосовча практика судів повинна відповідати таким процесам. З цих підстав законодавець окрім класичної правотлумачної практики норм права, при наявній «відсутності, неповноті, нечіткості чи суперечливості законодавства» пропонує судам застосовувати правові аналогії (аналогію закону та аналогію права). В той же час, навіть при відсутності таких можливостей судам забороняється відмовляти особі в правосудді (ч. 9 та 10 ст. 10 ЦПК України).

Таким чином, в правосудді починає викристалізовуватись поняття «законодавчих прогалин» при наявності яких суд не може відмовити в правосудді, а відтак останній вимушений «творити» право, тобто формулювати нові правові положення, які б давали можливість оцінити спірні відносини з правової точки зору. Самі такі випадки і являють собою зміст так званих «виключних правових проблем», про що йде мова в ч. 5 ст. 403 ЦПК України. Разом з тим, наслідки подолання таких проблем проявляються: а) у формуванні єдиної правозастосовчої практики; б) забезпеченні розвитку права.

Якщо ж ми говоримо про розвиток права, то ми маємо на увазі не лише правотворчу роботу суддів, яка має місце в процесі правотлумачення норм права чи застосуванні правових аналогій, а і судову правотворчість, яка спрямовується на подолання законодавчих прогалин з метою урегулювання цивільно-правових, адміністративно-правових господарського-правових спорів на основі принципів права, суспільних та моральних цінностей.

Висновки. Право – це продовження національної політики держави як в її середині, так і її зовні, оскільки право урегулює усі сфери суспільного життя. Оскільки суспільство розвивається, то розвивається і його право. Таким чином, це є два глобальних взаємопов'язаних між собою явища, які не можуть існувати обо-

соблено одне від одного. При цьому, такий розвиток сьогодні настільки є стрімким, що законодавець не встигає змінювати, доповнювати, уточнювати та узгоджувати наявні норми права між собою, що призводить до постійних розривів між станом розвитку суспільства і правом, яке має постійну змістовно-правову форму. Таким чином, між цими спрямуваннями виникають певні пустоти, які ми називаємо правовими прогалинами, з якими і зіштовхуються суди в процесі своєї правозастосовчої практики по урегулюванню спірних відносин. Законодавець, розуміючи, цю об'єктивну правову неузгодженість, зобов'язує суддів як за рахунок розширеного правотлумачення норм права, так і за рахунок застосування правових аналогій урегульовувати спірні відносини, а в окремих випадках при неможливості таких процесуальних дій – вдаватись до судової правотворчості. Всі ці три правореґулюючі процеси в тій чи іншій мірі привносять в цивільне судочинство певну частину новизни, за рахунок якої і розвивається право. Таким чином, законодавчі прогалини і судова правотворчість є взаємопов'язаними між собою поняттями.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Романюк Я. М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України (доповідь) 24–25 листопада 2016 р. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 12. С. 4.
2. Yasynok, Dmytro (2021). The Concept of Judicial lawmaking and its limits in civil proceedings of Ukraine. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 11, 48–53, doi <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.11.06>.
3. Шевченко Т. В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 24–29.
4. Стецик Н. В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика. *Часопис Академії адвокатури України*. 2010. № 8. С. 1–6.
5. Запара С. І. Вплив судової правотворчості на становлення процесуально-правової моделі прецедентного права в Україні. *Приватне та публічне право*. 2021. № 2. С. 8–13.
6. Кравченко О. І. Судова правотворчість в адміністративному судочинстві та її особливості. *Приватне та публічне право*. 2021. № 2. С. 50–56.
7. Рябченко Ю. Ю. Судова правотворчість як спосіб забезпечення верховенства права. *Право і суспільство*. 2022. № 1. С. 62–68.
8. Ясинок М. М. Теорія доказового права: науково-практичний посібник; за заг. ред. д.ю.н., проф. М. М. Ясинка. К.: Алерта, 2021. С. 10.
9. Бюндгер Р. Подальший розвиток права суддями та його наслідки для судової практики на прикладі сенатів у цивільних справах Федеральної судової палати. *Вісник Верховного Суду України*. 2017. № 2. С. 2–6.
10. Малишев Б. Судова правотворчість як спосіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1 С. 47–62.