

УДК 342.130.3

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.65>

СУД ЯК СУБ'ЄКТ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Кройтор В.А.,

*професор кафедри цивільного права та процесу,
доктор юридичних наук, професор,
Харківський національний університет внутрішніх справ*

Кройтор В.А. Суд як суб'єкт судової правотворчості в цивільному судочинстві України.

Тематика наукових досліджень у сфері цивільного процесуального права показує, що науковці доволі часто спрямовують свої дослідження на окремі галузеві процесуально-правові інститути, при цьому звертають мало уваги на роботу суддів, які здійснюють не лише організаційні функції, спрямовані на дослідження доказів та їх оцінку, але і займаються правозастосовчою діяльністю з метою досягнення точності по урегулюванню спірних відносин нормами права. Це питання є одним із найважливіших і в той же час найскладнішим в сфері правосуддя.

Саме цій проблематиці і присвячена дана робота. Сьогодні правозастосовча практика судів загальної юрисдикції все частіше і частіше виходить за межі механічного застосування норм права, що завжди було характерним для позитивістської школи права. Континентальне право, яке ґрунтується на даній теорії, передбачає стабільність статутного права, яке охоплює всі без виключно законодавчі акти. Така стабільність спостерігалася в Європі з XVIII століття по кінець першої половини XX століття. З цього часу суспільні відносини, обумовлені стрімким розвитком науки, техніки, інформаційних технологій, глобалізацією економіки, міграційними процесами почали суттєво випереджати правотворчі можливості законодавця, який об'єктивно не встигає урегулювати все нові і нові відносини, які виникають в суспільстві кожного дня. Таким чином, правосуддя як в європейських країнах, так і нашій державі все частіше і частіше стикається з тим, що ті чи інші суспільні відносини неурегульовані нормами права або урегульовані неповно, нечітко чи суперечливо. Це означає, що ціла низка законодавчих актів має в наявності ті чи інші законодавчі прогалини, які оперативного усунути законодавець не має реальної можливості. Таким чином, суди, які здійснюють правозастосування, починають вдаватися до судової правотворчості, долаючи в такий спосіб наявні законодавчі прогалини.

В статті досліджується механізм правотлумачення та особливості застосування аналогії в праві, під час яких в таких процесах має місце певний

рівень правової новизни, яка характеризує судову правотворчість з точки зору судової практики.

Ключові слова: *судова правотворчість, цивільне процесуальне право, законодавчі прогалини, межі судової правотворчості, суд.*

Kroytor V.A. The court as a subject of judicial law-making in the civil justice system of Ukraine.

The practice of scientific research in the field of civil procedural law shows that scientists quite often direct their research to substantive procedural legal institutions, paying little attention to the seemingly invisible work of judges, who perform not only organizational functions aimed at researching evidence and evaluating it, but also engage in law enforcement activities with the aim of achieving accuracy in the regulation of disputed relations by legal norms. This question is one of the most important and at the same time the most difficult in justice.

This work is dedicated to this issue. Today, the law enforcement practice of courts of general jurisdiction more and more often goes beyond the mechanical enforcement of legal norms, which has always been characteristic of the positivist theory of law. Continental law, which is based on this theory, presupposes, and hence the stability of statutory law, which covers all legislative acts without exception. Such stability was observed in Europe from the 18th century to the end of the first half of the 20th century. Since that time, social relations caused by the rapid development of science, technology, information technologies, globalization of the economy, migration processes began to significantly outpace the law-making capabilities of the legislator, who objectively does not have time to regulate more and more new relations that arise in society every day. Thus, justice both in European countries and in our country is more and more often faced with the fact that certain social relations are not regulated by legal norms or are regulated incompletely, vaguely or inconsistently. This means that a number of legislative acts have some or other legislative gaps, which the legislator has no real opportunity to promptly eliminate. Thus, law enforcement courts begin to resort to

judicial law-making, thereby overcoming existing legislative gaps.

The article examines the mechanism of legal interpretation and the peculiarities of establishing legal analogies, during which a certain level of legal novelty occurs in such processes, which characterizes judicial law-making from the point of view of judicial practice.

Keywords: judicial law-making, civil procedural law, legislative gaps, limits of judicial law-making, court.

Постановка проблеми. Інститут судової правотворчості є тим універсальним процесуально-правовим явищем, яке по суті обумовлює новий напрямок розвитку процесуальної науки і практики, незалежно від того чи іншого виду правосуддя. Його особливість полягає в тому, що розвиток як матеріального, так і процесуального права сьогодні відбувається насамперед за рахунок «живої» судової практики, модератором якої являються насамперед суди загальної, адміністративної чи господарської юрисдикції, і в першу чергу – Верховний Суд.

Саме таким чином сьогодні розвивається цивільне процесуальне право і в цьому полягає особливість його сьогоденного стану. Ключова роль в такому механізмі належить саме судовій правотворчості. Безумовним фактом є те, що судова правотворчість є наслідком того, що як виявляється, неможливо урегулювати безпосередньо всі існуючі відносини в суспільстві за рахунок наявних норм права, оскільки такі норми відсутні або іноді являються неповними, неточними, нечіткими чи суперечливими. Таким чином, суди під час правозастосовчого процесу доволі часто намагаються за рахунок тлумачення наявних норм права розширити горизонт змістовно-правової сутності таких норм з тим, щоб осучаснити їх зміст і в такий спосіб урегулювати спірні відносини.

В інших випадках суди для урегулювання спірних відносин застосовують аналогію в праві, яка також потребує певного роду правотлумачення. Практика показує, що в таку правозастосовчу діяльність суди привносять певного роду правову новизну, яка і характеризується як судова правотворчість. Безумовним фактом є те, що судова правотворчість набуває більшого свого змісту у випадках, коли ні за рахунок правотлумачення норм права, ні за рахунок урегулювання спірних відносин правовою аналогією не вдається урегулювати спірні відносини. В таких випадках судді починають «творити право», оскільки вони не можуть чекати коли законодавець змінить, уточнить чи доповнить законодавство тією чи іншою нормою права. Таким чином, як для правотлумачного процесу, так і для процесу судової правотворчості спільним є «творчий елемент, який дає можливість остаточну правову визначеність право-

застосування в питаннях неповноти, нечіткості, суперечливості змісту норм права, що створює нову правову реальність» [1, с. 37-40]. Зазначене й підкреслює актуальність звернення в наукових дослідженнях до розгляду проблем судової правотворчості в цивільному судочинстві України.

Стан опрацювання проблеми. На ці та інші питання судової правотворчості, причини її виникнення та механізму подолання законодавчих прогалин звертали свою увагу низка науковців, зокрема: Я. Романюк [2], С. Шевчук [3], М. Козюбра [4], Н. Стецик [5], П. Комар [6], Д. Ясинок [7], М. Ясинок [8], С. Запара [9], О. Калашник [10] та інші.

Окремі аспекти цієї проблеми досліджувались в роботах автора цієї роботи [11-13].

Разом з тим, питання судової правотворчості є настільки складними, що дослідити їх за рахунок декількох наукових статей чи навіть дисертаційних досліджень немає можливості. Ось чому ще не одному поколінню науковців правників доведеться досліджувати доволі складний правовий феномен, яким є судова правотворчість.

Викладення основного матеріалу. Кожен судовий процес – це в першу чергу процедура, яка з одного боку урегульована цивільним процесуальним законодавством, а з іншого – вона обумовлена цілим рядом не врегульованих цивільним процесуальним законодавством дій суду, оскільки саме суд здійснює всі організаційну, дослідницьку та правозастосовчу функції, які дають можливість кожному судді ухвалювати судові рішення на основі справедливості та розумності.

Якщо такі рішення вступають у законну силу, то вони по суті набувають ознак закону. Саме з цих підстав в судовій практиці існує правовий парадокс, коли «закон, на підставі якого суд ухвалив рішення, втрачає свою чинність, а судові рішення продовжують існувати в часі і просторі, не втрачаючи при цьому своєї законності та своєї юридичної сили» [14, с. 48]. Таким чином, судді, відправляючи правосуддя, по суті здійснюють державну діяльність, оскільки лише вони мають право діяти від імені України та її іменем, самостійно трактуючи та тлумачачи змістовно-правову суть всіх без виключно норм права. Якщо ж прискіпливо розглянути механізм правового тлумачення суддями норм права в цивільному судочинстві, то ми можемо відслідкувати певну закономірність, яка полягає в тому, що кожен суддя здійснює тлумачення одних і тих же норм права в однотипних справах по різному. Це має місце тому, що всі судді в тій чи іншій мірі мають різний професійний та життєвий досвід, різні знання судової практики Верховного Суду та Європейського суду з прав людини. При цьому, вони по різному оцінюють представлені в суді засоби доказування і на цій основі по різному тлумачать зміст одних і тих же норм права в однотипних справах.

Таким чином, вважаємо, що суддя привносить в кожен правотлумачний процес певну частку правової новизни. Це означає, що сутність тлумачення може мати різний зміст щодо одних і тих же слів (словосполучень), але правова логіка суджень при цьому буде наближеною одна до одної. Різниця ж буде критися саме в тій ледь помітній долі правової новизни, яку привнесе кожен суддя у правозастосовчу сферу за рахунок саме своїх правових суджень. Таким чином, кожен суддя під час правотлумачення норм права по суті займається судовою правотворчістю, хоча зміст такої правотворчості завжди буде обмежуватись «горизонтом змістовно-правової суті кожної норми права» [15, с. 142–148] та тими процесуальними принципами, які посилюють їх змістовно-правову суть.

Разом з тим, процес правотлумачення має місце і при застосуванні правової аналогії. Це є доречним тоді, коли необхідно за рахунок застосування правової аналогії (аналогії закону) охопити предмет спірних відносин, які неурегульовані «прямими» нормами права, але в наявності є подібні за своїм правовим змістом норми права як в межах однієї і тієї ж галузі права, так і на міжгалузевому рівні. Практика проказує, що в такий процес правотлумачення судді доволі часто привносять певну кількість «удосконалених» ними правових понять за рахунок яких вони намагаються розширити «горизонт змістовно-правової суті» таких норм права з тим, щоб змістовно охопити предмет спору і в такий спосіб урегулювати спірні відносини [15, с. 146–147]. Звісно, такий процес не може характеризуватись своєю безмежністю, оскільки не дивлячись на привнесення в його зміст можливо і нових уніфікованих понять, але їх зміст не може виходити за межі визначених процесуальними принципами, завданнями правосуддя, способами захисту та Конституцією України.

В цьому плані аналогія права має більш ускладнений механізм правозастосування, оскільки вона може мати місце лише при неможливості застосування як «прямої» норми права, так і відсутності подібних за своїм змістом норм права (застосування аналогії права чи аналогії закону). Такий правозастосовчий процес, безумовно, потребує більшої частки правотворчої матерії, яку повинен продукувати суддя, оскільки такий вид правозастосування потребує не лише теоретико-прикладного аналізу процесуальних та матеріальних принципів права, способів захисту, завдань правосуддя, а і певних нових правових положень чи правил за рахунок яких суддя мав би можливість заповнити ті чи інші законодавчі прогалини, які з тих чи інших причин допустив законодавець. При цьому, суд не має можливості відмовити особі в праві на судовий захист з тих підстав, що в системі законодавчих норм права ті чи інші спірні відносини неурегульовані нормами

права. В цій частині законодавець зазначає, що судам «забороняється відмовляти особі у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України) [16].

Безумовно, що наявність законодавчих прогалин у вигляді відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права або остаточній їх застарілості у зв'язку із змінами, які постійно відбуваються у цивільних, трудових, житлових, земельних відносинах, останні потребують постійного свого оновлення. Законодавець же, не дивлячись навіть на «турбо» режим у сфері правотворення, не має реальної можливості вчасно відновити, змінити чи доповнити поточне законодавство, яке на сьогодні за словами Р.О. Стефанчука налічує більше одного мільйона законодавчих актів [17, с. 11–12]. Це означає, що на суд покладається доволі складна правозастосовча (у вигляді судової правотворчості) робота, яка потребує професійного законотворчого процесу з тим, щоб оперативно подолати ті чи інші законодавчі прогалини, які виникають під час правозастосовчої практики. Звісно, що суди не творять право, оскільки це не є їх функцією. Але судова практика показує, що настав час з цієї правової аксіоми зробити певні виключення, оскільки таке положення добре працювало в радянський та пострадянський періоди, коли верховенство закону в правосудді було настільки безспірним, що навіть незначний натяк на судову правотворчість, яка до речі лежить в основі прецедентного права, вважалось «буржуазно-реакційною теорією, яка не має місця в соціалістичному цивільному процесі, як процесі нової соціалістичної формації» [18, с. 20–21].

Сьогодні цивільне процесуальне законодавство, яке завжди характеризувалося своїм консерватизмом, змінюється доволі швидко. Безумовно, це впливає і на розвиток доктрини цивільного процесуального права. Саме такий теоретико-правовий симбіоз дає можливість до впровадження реальних процесуально-правових новацій, які відкривають нові напрями наукових досліджень. Так, зокрема, Верховний Суд в особі Великої Палати при наявності «виключної правової проблеми» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України) має можливість «розвивати право», долаючи в такий спосіб наявність законодавчих прогалин, формулюючи при цьому «єдність правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Таким чином, законодавець в такій, поки що не уточненій формі, надає можливість Великій Палаті Верховного Суду право на судову правотворчість, яка гарантує законодавцю правову підтримку на випадок наявності «виключної правової проблеми». Це по суті є першим кроком відходу нашого правосуддя, а відповідно і наукових досліджень від виключно позитивістської теорії права, де норма права як

джерело є основою всього як регулятивного, так і правозастосовчого механізму в цивільному судочинстві, не дивлячись на те, що право в цілому не є статичною категорією. Воно розвивається, уточнюється, змінюється і за рахунок таких новацій вона «встигає» за розвитком суспільних відносин.

Не дивлячись на це, деякі науковці вважають, що надавати суддям права на судову правотворчість не можна, оскільки «надання судді права творити норму всупереч закону (*contra legem*) легко може призвести до небажаного суб'єктивізму судді при недостатній його освіченості, слабкому матеріальному забезпеченні тощо» [19]. В цьому зв'язку М.М. Пархоменко зазначає: «Ми вимагаємо від суддів справедливих рішень, але в той же час боїмося надати суддям можливостей до «творчого компоненту», ставлячи їм при цьому в приклад «творчий підхід» суддів Європейського суду з прав людини, вважаючи, що в Європі судді підготовлені, а у нас «недосконала судова система, немає об'єктивного підбору кандидатів на посади суддів» [20, с. 336]. Більше того, існують побоювання і того, що надання права суддям на судову правотворчість може «порушити принципи розподілу влади та перетвориться із верховенства права на верховенство суддів» [21].

Такий позитивістський підхід до розуміння правової природи судової правотворчості, механізму її дії у сфері континентального права вказує на нерозуміння підстав виникнення законодавчих прогалин та механізму їх подолання за рахунок судової правотворчості, яка на думку Д. Ясинка завжди має місце лише в межах горизонту змістовно-правової суті норм права, яка має певну змістовну неповноту, нечіткість чи суперечливість, що вказує на локальний характер судової правотворчості. Це означає, що судова правотворчість не може носити безпідставний, тобто вольовий характер, а відтак вона не може бути безмежною, оскільки судова правотворчість не може виходити за межі горизонту змістовно-правової суті конкретної норми права, а відтак вона (у сфері континентального права) завжди носить локальний характер [15, с. 146-147].

Таким чином, побоювання науковців щодо упередженого вольового впливу суддів на правозастосовчий процес під час судової правотворчості, що призведе до розбалансованості правозастосовчої практики, не має під собою реальної небезпеки, оскільки такий правозастосовчий процес з одного боку носить локальний характер, а з іншого – він завжди контролюється апеляційним та касаційним судом і у разі його невідповідності суспільним цінностям та нормам моралі, принципам права чи завданням правосуддя, зміст такої правотворчості може бути визнаний незаконним, а рішення суду в якому міститься таке закріплення – скасовано.

Безумовно, «істинним правотворцем, на думку професора Гарварду – Джона Чапмена Грея, є не той, хто створює позитивістські норми права, а той, хто має абсолютне право їх інтерпретувати, що ці норми означають з того чи іншого приводу» [2, с.4]. І це дійсно так, бо саме суддя як суб'єкт правотворчості в цивільному судочинстві здатен на фоні правової неурегульованості спірних відносин нормами права долати законодавчі прогалини, усуваючи із правозастосовчого процесу певні істотні розриви, які можуть мати місце між буквою закону і природним правом.

В цьому зв'язку важливим питанням у сфері судово-правової реформи є питання щодо шляхів розвитку доктринальних поглядів на судову правотворчість як з теоретичної, так і з практичної точок зору, оскільки від цього залежить розвиток цивільного процесуального права як науки про правосуддя.

Висновки. Норми права незалежно від об'ємності їх правового змісту, об'єктивно не в змозі охопити всі без виключно суспільні відносини та їх особливості з чітким визначенням тієї чи іншої людської поведінки правомірною чи неправомірною, оскільки норми права носять абстрактний характер і розраховані на безмежну кількість їх правозастосування. З цих підстав така абстрактність носить формальний характер, а тому зміст таких норм дає доволі легку можливість тлумачити норми права чи застосовувати правову аналогію привносячи в правозастосовчий процес певний рівень правової новизни з тим, щоб найточніше урегулювати спірні відносини за рахунок «удосконалення» існуючих норм права чи їх доповнення, уточнення за рахунок судової правотворчості.

Таким чином при наявності законодавчих прогалин суддя за рахунок своїх теоретичних знань та практичних навичок, знань судової практики як на рівні національного, так і європейського правосуддя, може професійно «творити» право, розвиваючи його на локальному рівні, і цим самим заповнювати законодавчі прогалини з метою більш ефективного урегулювання суспільних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Ясинюк М.М. Судове тлумачення та судова правотворчість : поняття та взаємодія. Мат. міжн. наук.-практ. конф. (Дніпро, 14–15 січня 2022 р.). Дніпро. 2022. С. 37–40.
2. Романюк Я.М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 12. С. 4.
3. Шевчук С.В. Судова правотворчість та соціологічна школа права. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. №1 (77). С. 25.
4. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.

5. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика. *Часопис Академії Адвокатури України*. 2010. № 8. С. 1–6.
6. Комар П.А. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права. дис... доктора філос. Вінниця, 2021. Донецький національний університет імені Василя Стуса. 242 с.
7. Ясинок Д.М. Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі. *Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні*: матер. міжнар.-наук. практ. конф. 16–17 липня 2021 р., в м. Харкові. Харків: Асоціація аспірантів-юристів, 2021. С. 73–76.
8. Ясинок М.М. Процесуально-правовий механізм судових прецедентів. Цивільне процесуальне право України: підручник. за заг. ред. д. ю. н., проф. М. М. Ясинка. К.: Алерта, 2016. С. 554–555.
9. Запара С.І. Вплив судової правотворчості на становлення процесуально-правові моделі прецедентного права в Україні. *Приватне та публічне право*. 2021. № 2. С. 9.
10. Калашник О.М. Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення: автореф. дис... канд. юрид. наук., 12.00.03. Харків, 2016. С. 5.
11. Кройтор В.А., Матат Ю.І. Шляхи усунення та подолання прогалин у законодавстві. *Право і безпека*. 2010. № 2. С. 192–199.;
12. Кройтор В.А. Шляхи усунення та подолання прогалин у цивільному законодавстві. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання)*. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професорів Г.К. Матвеева та Ю.Г. Матвеева (Київ, 10 листопада 2011 року). Київ: Алерта, 2012. С. 256–259.
13. Кройтор В.А. Принципи цивільного судочинства та їх система: проблеми сучасної теорії та практики: монографія. Харків: Право, 2020. 672 с.
14. Ясинок М.М. Психологія судового процесу (психолого-правовий аналіз): Науково-практичний посібник. К.: Алерта, 2017. С. 48.
15. Ясинок Д.М. Судова правотворчість як спосіб подолання «виключної правової проблеми» в континентальному та загальному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2023. № 75. С. 142–148.
16. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 07.04.2023).
17. Стефанчук Р.О. Про засади правового регулювання правотворчої діяльності в Україні. *Право України*. 2021. № 12. С. 11–12.
18. Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс. М.: Изд-во «Юридическая литература», 1952. С. 20–21.
19. Синайский В.М. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. 638 с.
20. Пархоменко М.М. Джерела права, проблеми теорії та методології. К.: Юридична думка, 2008. С. 336.
21. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.