

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ОСНОВА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ МОДЕЛІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

JUDICIAL LAW-MAKING AS A BASIS OF PRECEDENT MODEL OF CIVIL PROCEEDINGS OF UKRAINE

Тимченко Г.П., д. ю. н.,
провідний науковий співробітник

*Інститут держави і права імені В. М. Корецького
Національної академії наук України*

Рябченко Ю.Ю., д. ю. н., професор,
професор кафедри приватного права

Національний університет державної податкової служби України

Судова правотворчість – це самостійна не лінійна аналітично-правова категорія, суб'єктом якої є суддя. Вона має місце в межах судового засідання при розгляді цивільно-правових спорів і її зміст у вигляді правової позиції завжди закріплюється в судовому рішенні. Підставою до такої правотворчої роботи суддів у сфері правозастосовчої практики є наявність законодавчих прогалин у вигляді відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства або наявності об'єктивних розривів між «застарілим» законодавством і надстрімким розвитком суспільних відносин. Саме така невідповідність між розвитком життя суспільства і статично-незмінним змістом матеріального законодавства унеможливує урегулювання нових відносин старим змістовно-нормативним змістом. Таким чином автори розглядають інститут судової правотворчості як єдине джерело розвитку права на рівні судової правозастосовчої практики. При цьому саме через судову правотворчість суд може долати як законодавчі прогалини так і «застарілість» норм права та інші нормативно-правові неузгодженості формуючи таким чином єдину правозастосовчу практику цивільного судочинства в Україні. Такі підходи до розгляду судових справ з правової їх невизначеністю закладають основи прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні, що є важливим фактором у сфері загальноєвропейських тенденцій щодо зближення загального і континентального права та Європейського спрямування України у сфері інтересів економічного, судового, фінансового, технологічного, оборонного характеру.

Безумовно, що це вимагає від суддів не просто знань законодавства, розуміння обширної судової практики Верховного Суду та Європейського суду з прав людини, а і певного креативного мислення, яке завжди повинно бути спрямоване у сферу суспільної справедливості, моральності та судовій неупередженості. Саме такий підхід дає можливість суддям при наявності тієї чи іншої законодавчої неузгодженості розвивати право за рахунок нового підходу до розуміння окремих його понять, принципів та інститутів, окремих положень та їх співмірності та розумності при урегулюванні спірних відносин.

Ці та інші питання і є предметом дослідження в даній роботі.

Ключові слова: судова правотворчість, законодавчі прогалини, межі судової правотворчості, судова практика, правова позиція.

Judicial lawmaking is an independent non-linear analytical and legal category, the subject of which is a judge. It takes place within a court hearing when considering civil disputes and its content in the form of a legal position is always enshrined in the court decision. The basis for such law-making work of judges in the field of law enforcement practice is the presence of legislative gaps in the form of absence, incompleteness, vagueness or inconsistency of legislation or the presence of objective gaps between «outdated» legislation and the rapid development of public relations. It is this discrepancy between the development of society and the statically unchanging content of substantive legislation that makes it impossible to settle new relations with the old content and normative content. Thus, the authors consider the institute of judicial lawmaking as the only source of development of law at the level of judicial law enforcement practice. At the same time, it is through judicial lawmaking that the court can overcome both legislative gaps and «obsolescence» of legal norms and other normative and legal inconsistencies, thus forming a single law enforcement practice of civil proceedings in Ukraine. Such approaches to litigation with their legal uncertainty lay the foundations of the precedent model of civil proceedings in Ukraine, which is an important factor in the field of European trends in convergence of common and continental law and the European direction of Ukraine in economic, judicial, financial, technological, defense character.

Of course, this requires judges not only to know the law, to understand the extensive case law of the Supreme Court and the European Court of Human Rights, but also to be creative, always focusing on social justice, morality and judicial impartiality. This approach allows judges in the presence of a legislative inconsistency to develop law through a new approach to understanding some of its concepts, principles and institutions, certain provisions and their proportionality and reasonableness in resolving disputes.

These and other issues are the subject of research in this paper.

Key words: judicial law-making, legislative gaps, limits of judicial law-making, court practice, legal position.

Постановка проблеми. Україна як частина Європейського Союзу повинна мати не лише конкурентну економіку ринкового спрямування, але і відповідно високий рівень правової захищеності як бізнесових структур, так і конкретної людини. Саме з цих підстав як цивільне, так і господарське та адміністративне судочинство, у сфері правозастосовчої практики, повинно ґрунтуватись на передових апробованих судовою практикою правових позиціях як правотлумачного процесу, так і процесу застосування правових аналогій та судової правотворчості, які поступово закладають основи прецедентної моделі сучасного правосуддя в Україні. Безумовно, такий підхід вимагає від суддів не лише високого рівня теоретичних знань, знань законодавства та судової практики, але і вміння орієнтуватись у випадках наявності законодавчих прогалин, якими є неповнота, нечіткість, суперечливість чи взагалі

відсутність норм права. Подолання таких законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості сьогодні є завданням всіх загальних судів (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). В той же час, такі випадки доволі часто містять виключну правову проблему і її розв'язання судом, зокрема і Великою Палатою Верховного Суду забезпечує як розвиток права, так і формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Такі правові позиції набувають імперативного статусу і по суті стають обов'язковими у правозастосовчій сфері цивільного судочинства (ч. 5 ст. 394 ЦПК України) Таким чином, в Україні поступово формується прецедентна модель цивільного судочинства. Цим та іншим питанням процесуального характеру і присвячена дана стаття.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вчення про судову правотворчість та його історико-правове дослід-

дження у сфері цивільного судочинства зовсім недавно стало предметом наукових досліджень. Підставою щодо такого наукового інтересу стало те, що «об’єктивний розвиток права вимагає розширення джерел права» [1, с. 44].

Судова ж правотворчість є складовою частиною прецедентного права, яке сьогодні поступово формується в правосудді України. Такий процес в перспективі безумовно призведе до зміни в цивільному процесуальному законодавстві і визнанню судових прецедентів джерелами права. Саме в цьому спрямуванні лежать науково-дослідні роботи Я. Романюка, Н. Стеценка, С. Запари, М. Курила, Ю. Котвяковського, О. Кібенко, П. Комар, І. Кравченка, Т. Кравцової, Д. Ясинка та інших науковців, які розвивають вчення про судову правотворчість як процес подолання законодавчих прогалин.

Метою статті є дослідження питань щодо підстав виникнення та подальшого історичного становлення прецедентного права у світі та формування прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні, в основі якої лежить судова правотворчість.

Основні результати дослідження. Кожна теорія, до якої б галузі науки вона не відносилась, проходить складний етап свого становлення та визнання. У цьому зв’язку про судову правотворчість не є виключенням із цього загального правила. Здавалося б, що судова правотворчість давним-давно є відомою і дослідженою в багатьох країнах загального права, історія якого бере свій початок від англійських коронних судів XII століття, коли вперше відбулося поєднання державного законодавства і звичаєвого права, положеннями якого заповнювалися законодавчі прогалини, утворюючи в такий спосіб новий праворегулюючий симбіоз, зміст якого і регулював спірні відносини на основі справедливості, розумності та природної вираженості.

Такий підхід вимагав від суддів не лише високого рівня професійної підготовки у сфері правотлумачної практики, але і вміння створювати нові правила урегулювання цивільно-правових спорів, які були б реалістичними, враховували б суспільні і моральні цінності, і в той же час узгоджувалися б із принципами справедливості, а відтак і законності. Оскільки король Англії з різних питань видавав велику кількість своїх указів, то суддям для їх правозастосування довелося їх кодифікувати і видавати у вигляді «Реєстру указів». Поєднуючи правовий зміст таких указів із суттю місцевих звичаїв, англійські судді, за рахунок судової правотворчості, змогли «вперше поєднати волю держави і природної норми поведінки людини, що давало можливість королівським суддям контролювати рішення місцевих суддів на предмет однозначності їх судових рішень» [2, с. 66]. Так поступово формувалася обособлена судова практика, в якій судова правотворчість відіграла ключову роль. Отже, англійськими суддями було віднайдено особливий процесуально-правовий механізм, який давав можливість судам застосовувати окремі правові позиції, які ґрунтувалися на правотворчому підході до урегулювання спірних відносин і при їх закріпленні в судових рішеннях такі правові позиції набували імперативності, і з цих підстав повинні були застосовуватися в довгостроковій перспективі судової практики, оскільки така практика вже була апробована діючим правосуддям.

На затвердження такої методології Вестмінстерським з’їздом суддів, було запропоновано теоретико-правову формулу: «*stare decises*» (всі майбутні справи повинні вирішуватися як і минулі) [3, с. 130]. Не дивлячись на те, що це була прикладна процесуально-правова формула, але саме вона узаконувала судову правотворчість як процесуально-правовий інститут, який давав можливість і право суддям заповнювати наявні законодавчі прогалини шляхом усунення законодавчої неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи взагалі їх відсутності. Такий процесуально-правовий підхід давав можливість з одного

боку створювати індивідуалізовану правову позицію для урегулювання спору, а з іншого – можливість для розвитку права з послідовним застосуванням такого правового висновку у подібних спірних відносинах.

Такий підхід до правозастосовчої практики сформував певні правові традиції правотворчим суб’єктом, яких був і сьогодні залишається лише суд, оскільки лише суд має право, під час правозастосування норм права, на тлумачення їх змісту, їх інтерпретацію та правотворчий процес. В цій частині судді неминуче зіштовхуються з тим, що потрібно приймати рішення, але урегулювати спір на підставі наявного законодавства неможливо внаслідок невідповідності змісту норм права (їх «старіння») оновленим суспільним відносинам, що обумовлюється розривами між суспільним розвитком і наявним, часто відсталим законодавством з наявністю цілого ряду законодавчих прогалин.

Отже, коли в теорії права мова йде про характерні особливості судових прецедентів, їх зміст та процес формування, то їх завжди пов’язують із процесом судової правотворчості, який вбирає в себе правові, моральні та суспільні цінності та принципи, пов’язані з неупередженістю суддів, їх справедливістю та чесністю. І це дійсно так, оскільки судді в процесі судової правотворчості «неодмінно нав’язують суспільству свою точку зору з певного питання» [4, с. 47], формуючи в такий спосіб нове бачення суспільного розвитку, а відтак і нове розуміння щодо правового урегулювання спірних відносин, які виникають в такому суспільстві.

З практичної точки зору, ми говоримо про те, що суд у своїх рішеннях проголошує істину, яка є результатом урегулювання цивільно-правового спору. Не дивлячись на це, така істина доволі часто критикується тією чи іншою стороною у справі, вимоги якої не були задоволені судом. Особливо нищівній критиці сторін піддаються судові рішення, де суд проявляє судову правотворчість, оскільки він часто пропонує нові підходи і розуміння щодо тих чи інших правових положень, виходячи часом за межі горизонту змістовно-правової суті норм права.

Безумовно, якщо на рівні апеляційного суду така істина «не проходить», то суд, скасовує таке рішення, обумовлюючи це тим, що закон, яким керувався суд, обґрунтовуючи свою правову позицію, не правильно застосований або урегулювання спору потребує іншої норми права. Отже, вчення про судову правотворчість ґрунтується не на логічній складовій, а на складовій життєвого, професійного досвіду суддів, їх орієнтації в політичному, громадянському житті суспільства, особистій моральності та тих суспільних цінностях, якими керується таке суспільство та його люди. І хоча судді, в прямому розумінні їх прав і обов’язків, не є суб’єктами у сфері законотворчого процесу, але вся архітектура сьогоденішнього правосуддя сформована таким чином, що суд зобов’язаний дати відповідь на всі без виключення правові питання з тим, щоб урегулювати цивільно-правові спори, незалежно від того, урегульовані вони нормами права чи ні. Формуючи нові правові позиції, судді по суті розвивають право, закріплюючи у своїх рішеннях те природне право, зміст якого завжди узгоджується із його суспільним сприйняттям справедливості. Приватне поняття справедливості, яке ґрунтується на виключному інтересі однієї із сторін спору, не може бути взятим до уваги, оскільки право справедливості не може бути приватизованим навіть самою чесною людиною. Воно формується об’єктивно на основі історичних, звичаєвих, економічних, технологічних, соціальних, суспільних складових. Безумовно, що в такому підході має місце певного роду формалізм, але ж цінність судової правотворчості полягає саме в тому, щоб узагальнити цінності кожного і всіх, створивши єдино розумне, зрозуміле, а відтак і прийнятне правове рішення.

В той же час, проблема законотворення кожного разу полягає в тому, що законодавець ніколи не міг, не може і не зможе в майбутньому передбачити у своїх законопроектах всі без виключення випадки, які можуть мати місце як при виникненні, так і розвитку та закінченню тих чи інших цивільних, адміністративних чи господарських відносин [5, с. 111]. В цьому зв'язку, судді, розглядаючи цивільно-правові спори і юридично урегульовуючи спірні відносини, часто і самі не усвідомлюють того, що саме вони, через правотлумачення норм права, застосування правових аналогій, правотворчий процес, роблять хай і невеликі, але відкриття в праві. І навіть якщо це б мало місце хоча б один раз в житті, то саме ця мить і є тим піком професіоналізму, якого досяг суддя. Все це говорить про те, що судді, в силу своєї самовідданої роботи, розвивають право на високому професійному рівні і це вже є зовсім іншим підходом до правосуддя, що дає можливість відійти від позитивістської теорії радянського нормативізму і вивести правосуддя на новий правозастосовчий рівень – рівень верховенства права, яке лежить в основі прецедентної моделі цивільного, господарського та адміністративного судочинства.

Такий підхід до правозастосовчої практики у сфері судової правотворчості безумовно виступає страховим законодавчо-правовим полісом, оскільки судді за рахунок судової правотворчості не лише долають законодавчі прогалини, але і формують нові правові поняття і положення, розвиваючи право та формують єдність судової практики.

Такий об'єктивний розвиток права буде мати місце і в майбутньому. Змінюватися буде лише зміст норм права та механізм їх дії, характеризуючи таким чином той чи інший етап суспільного розвитку через який проходить суспільство.

З природної точки зору правила співіснування людей в суспільстві формуються об'єктивно, незалежно від того чи визнаються вони офіційно в державі, чи ні. Такі правила ми часто називаємо природним правом. Не дивлячись на це, таке право завжди існувало, існує і буде існувати паралельно з офіційним правом, оскільки воно носить більш моральний зміст і саме в цьому аспекті воно доповнює офіційне право. Безумовно, що судді, вдаючись до правотворчого процесу, спрямованого на заповнення законодавчих прогалин в силу їх правової невизначеності, звертаються до цього уже готового права, поєднуючи його окремі положення із змістом правових принципів та змістом досліджених доказів, створюючи нові правові поняття, правові позиції чи положення, доповнюючи, уточнюючи чи змінюючи існуючі, оскільки «кодекси не диктують судових рішень» [6, с. 137]. Судові рішення створюються судом. При їх створенні судді зобов'язані урегульовувати спірні відносини на основі права, в тому числі і створеного судом. В частині останнього американські суди не люблять говорити про те, що вони створюють право. Вони говорять про те, що вони «доповнюють, уточнюють або розширяють право» [7, с. 74].

Таким чином, судді при наявності законодавчих прогалин, змушені за рахунок правотворчого процесу коригувати поточне законодавство, усуваючи із правового поля суперечності чи нечіткості норм права, доповнюючи, а то навіть і змінюючи їх при неповноті чи невідповідності їх рівню суспільних відносин. Такий підхід безумовно створює нові

нормативні положення на фоні того, що єдиним узаконеним Конституцією України джерелом права є законодавець.

В той же час, правотворча діяльність суддів не може ґрунтуватись виключно на абстракції положень природного права та виходити за межі Конституції України. Змістовно правове положення судової правотворчості повинно узгоджуватись не лише із нормами Конституції нашої держави, а і Загальною декларацією прав людини [8] та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод [9].

В той же час, законодавець не має реальної можливості змінювати чи доповнювати або уточнювати той чи інший закон, чи норму права кожного дня. Це означає, що спірні відносини, які не обумовлені законодавством нашої держави, повинні регулюватись з позицій загального права, що сьогодні і обумовлюється судовою практикою, яку формує Велика Палата Верховного Суду, оскільки при наявності виключної правової проблеми (наявності законодавчих прогалин), подолання якої забезпечує розвиток права та формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Таким чином, правові позиції, які сформовані Великою Палатою по суті набувають статусу судових прецедентів, оскільки законодавець в ч. 4 ст. 263 ЦПК України зазначає, що «при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду». Якщо ж підходити до даного положення буквально, то можна говорити про те, що дані положення є характерними лише для правотлумачного процесу, який має місце в межах горизонту змістовно-правової суті норм права.

В той же час, у випадку наявності «виключних правових проблем», коли їх подолання здійснюється за рахунок судової правотворчості, то тоді положення ч. 4 ст. 263 ЦПК України якби то стають не прийнятними, оскільки в таких випадках мова не йде про норми права, а про нові правові положення, які сформульовані Великою Палатою Верховного Суду.

Отже, цивільне судочинство України сьогодні вступає в період свого ренесансу і цьому сприяє настрійкий розвиток суспільних відносин, який безумовно потягне за собою нові підходи у вирішенні економічних, технічних, технологічних, правових питань, і всі оновлені відносини в тій чи іншій мірі будуть потребувати нового підходу до їх урегулювання, в тому числі і на рівні сучасного правосуддя.

Висновки. Судова правотворчість не є обособленою процесуально-правовою категорією, яка ґрунтується виключно на професійних знаннях суддів, їх практичному досвіді та внутрішньому переконанні в правоті і істинності прийнятих ними рішень. Судова правотворчість – це процесуальна необхідність, яка вимагає від суддів урегульовувати цивільно-правові спори навіть тоді, коли норми права або взагалі відсутні, або їх правозастосування носить проблемний характер внаслідок їх правової неузгодженості з фактичними обставинами у справі, встановленими судом під час судового засідання. В той же час, така правотворчість не може носити безмежного характеру. Її змістовно-правовий зміст завжди повинен узгоджуватись як з Конституцією України, так і Загальною декларацією прав людини та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ясинок Д. М. Судові прецеденти Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України. *Правотлумачення та публічне право*. 2019. № 3. С. 44.
2. Ясинок М. М. Цивільне процесуальне право України : підручник для магістрів та аспірантів. К. : Алерта, 2016. С. 66–69.
3. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Б. Малишев. Київ, 2002. 229 с.
4. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К. : Вид-во «Україна», 1999. С. 47.
5. Ясинок Д. М. Сучасні тенденції «судової правотворчості» в правосудді України. Матер. міжнар. наук-практ. конф.: «Сучасний вимір держави і права». Львів, 14–15 травня 2021 р. С. 111–113.

6. Martin Shapiro. Courts. 136–143 (University of Chicago Press, 1981).
7. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К. : Вид-во «Україна», 1999. С. 47.
8. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена в резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 24.05.2022).
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 24.05.2022).