

Ясинок Д. М.асистент кафедри правосуддя і філософії
юридичного факультету
Сумського національного аграрного університету

СУДОВА ПРАВОТВОРЧИСТЬ ЯК СПОСІБ ПОДОЛАННЯ ЗАКОНОДАВЧИХ ПРОГАЛИН ТА ВИКЛЮЧНА ПРАВОВА ПРОБЛЕМА В ПРАВОЗАСТОСОВЧОМУ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

Анотація. В статті проведено дослідження і розкрито поняття «судової правотворчості», «законодавчих прогалін» та «виключної правової проблеми» в правозастосовчому процесі цивільного судочинства України. Доведено, що судова правотворчість, спрямована на подолання законодавчих прогалін і з цих підстав по суті є складовою частиною поняття «виключної правової проблеми».

Визначено, що на доктринальному рівні під «виключною правовою проблемою» розуміється: а) повна або часткова відсутність норм права, що унеможлиблює урегулювання суспільних відносин, які набули спірного характеру; б) наявність змістової неузгодженості норм права щодо їх неповноти, нечіткості чи суперечливості або остаточної їх архаїчності та «застарілості».

В той же час Велика Палата Верховного Суду виходячи із практичної правозастосовчої практики визнає поняття «виключної правової проблеми» виходячи із кількісного та якісного її показників, суть яких і розкривається в даній роботі. При цьому, автор підкреслює, що виключна правова проблема виникає там і тоді, де має місце змістовна наявність законодавчих прогалін щодо окремих норм права, яка не може долатися за рахунок правових аналогій або правотлумачної практики.

При цьому «судова правотворчість» з процесуальної точки зору може мати місце лише при наявності змістовно-правових підстав, які закріплені в процесуальному законодавстві України у вигляді відсутності неповноти, неточності чи суперечливості норм права (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). З матеріально-правової точки зору це усунення правової невизначеності щодо змісту окремих норм права чи законодавчих прогалін під час правозастосовчої практики цивільного судочинства.

В роботі підкреслюється, що інститут «судової правотворчості» по суті є першим кроком до взаємозближення континентального і загального права в Україні і як наслідок в цивільному судочинстві України сьогодні по суті закладаються основи до формування прецедентної моделі цивільного судочинства. І хоча такі тенденції ще і не мають своїх чітких обрисів, але сама правова суть судової правотворчості вказує на те, що за допомогою саме такого механізму долається «виключна правова проблема», відбувається розвиток права та формується єдність правозастосовчої практики.

Ключові слова: *судова правотворчість, виключна правова проблема, законодавчі прогаліни, цивільне судочинство, розвиток права, континентальне і загальне право, правозастосування.*

Yasynok D. M. Judicial law-making as a way to overcome legislative gaps and an exceptional legal problem in the law enforcement process of civil justice of Ukraine

Abstract. The article researches and reveals the concept of “judicial law-making”, “legislative gaps” and “exceptional legal problem” in the law enforcement process of civil justice of Ukraine. It has been proven that judicial law-making aimed at overcoming legislative gaps and for these reasons is essentially a component of the concept of “exceptional legal problem”.

It was determined that at the doctrinal level, “exceptional legal problem” means: a) complete or partial absence of legal norms, which makes it impossible to settle social relations that have become controversial; b) the presence of substantive inconsistency of legal norms regarding their incompleteness, vagueness or contradiction or their final archaicism and “obsolescence”.

At the same time, the Grand Chamber of the Supreme Court, based on practical law enforcement practice, recognizes the concept of “exceptional legal problem” based on its quantitative and qualitative indicators, the essence of which is revealed in this work. At the same time, the author emphasizes that an exceptional legal problem arises where and when there is a meaningful presence of legislative gaps in relation to individual norms of law, which cannot be overcome at the expense of legal analogies or legal interpretation practice.

At the same time, “judicial law-making” from a procedural point of view can take place only in the presence of substantive and legal grounds, which are enshrined in the procedural legislation of Ukraine in the form of

the absence of incompleteness, inaccuracy or contradiction of legal norms (Part 10, Article 10 of the Code of Civil Procedure of Ukraine). From a material and legal point of view, this is the elimination of legal uncertainty regarding the content of certain legal norms or legislative gaps during the law enforcement practice of civil proceedings.

The work emphasizes that the institution of “judicial law-making” is essentially the first step towards the convergence of continental and common law in Ukraine, and as a result, the foundations for the formation of a precedent model of civil justice are being laid in the civil justice system of Ukraine today. And although such trends do not yet have their clear outlines, the very legal essence of judicial law-making indicates that with the help of such a mechanism, an “exclusive legal problem” is overcome, law develops and the unity of law enforcement practice is formed.

Key words: *judicial law-making, exclusive legal problem, legislative gaps, civil proceedings, development of law, continental and general law, law enforcement.*

Вступ. Питання правозастосування є одним із найскладніших і найвідповідальніших процесуальних дій суду при урегулюванні спірних відносин. Практика показує, що судді все частіше і частіше мають справу з тим, що спірні відносини або неурегульовані взагалі, або урегульовані неточно чи неповно, а іноді носять виключно суперечний характер.

Таким чином в цивільному процесі у сфері правозастосування по суті виникає нова процесуальна реальність, коли урегулювати спірні відносини лише за рахунок правотлумачення норм права чи застосування правових аналогій неможливо, а інших правозастосовчих процедур законодавець не передбачив. В той же час суд не може відмовитись від розгляду справи з підстав наявності щодо тієї чи іншої правової неурегульованості відносин. Таким чином перед судом стоїть не просте питання: як подолати наявну «виключну правову проблему» і урегулювати спірні відносини?

В радянський та в пострадянський період суди рідко мали справу з правовими проблемами, оскільки законодавство в більшій мірі носило стабільний характер внаслідок суспільного «застою», а відтак окремі питання новизни щодо спірних відносин урегулювання за рахунок надмірно розширеного тлумачення окремих норм права, пленумом Верховного Суду СРСР, а в подальшому і пленумом Верховного Суду України. Саме ці установи формували єдність судової практики за рахунок позасудового накопичувально-правового методу. Сьогодні судова практика формується на принципово нових підходах, які притаманні скоріше загальному, а ніж континентальному праву.

Отже «виключна правова проблема» завжди має місце там і тоді де мають місце

законодавчі прогалини у вигляді відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи їх остаточної архаїчної «застарілості». Такі законодавчі прогалини утворюють собою розриви між реальним суспільним розвитком і правом, що унеможлиблює урегулювання тих чи інших відносин, які набули спірного характеру. Отже сучасне правосуддя вимагає введення в континентальне право, в рамках якого сьогодні і відбувається судочинство в Україні такого поняття як «судова правотворчість». Останнє, з точки зору законодавця, відіграє по суті роль «страхового» агента, оскільки за рахунок «судової правотворчості» суд усуває із правового поля ті чи інші законодавчі неузгодженості. Саме в цьому і полягає як практична так і теоретична суть такого поняття як «судова правотворчість» (загальне право) не дивлячись на те, що суд і не творить право (континентальне право).

Безумовно, процесуальну першість у сфері «судової правотворчості» відповідно до ч. 5 ст. 403 ЦПК України займає Велика Палата Верховного Суду, оскільки лише вона вирішує всі питання, які підпадають під визначення «виключної правової проблеми», якою «забезпечується розвиток права» з одного боку та формується єдина правозастосовча практика з іншого. Безумовно, механізм «судової правотворчості» є одним із найскладніших у сфері правозастосовчої практики, оскільки його змістовно-правова суть повинна узгоджуватись із наявними принципами як матеріального так і процесуального права, матеріалами справи ґрунтуючись на суспільних і моральних цінностях, справедливості та верховенстві права. Всі ці питання і досліджуються в даній статті.

Постановка завдання. Метою статті є теоретичні напрацювання щодо особливостей застосування інституту судової правотворчості в цивільному судочинстві як засобу подолання законодавчих прогалин у сфері виключної правової проблеми в правозастосовчій практиці загальних судів нашої держави.

Результати дослідження. Судова практика показує, що судова правотворчість стає невід'ємною складовою в правозастосовчому процесі цивільного судочинства.

Цьому сприяє як цивільне процесуальне законодавство так і стрімкий розвиток суспільних відносин. Таким чином судова правотворчість з теоретичної точки зору сприяє розвитку права, а з практичної дає можливість долати законодавчі прогалини урегульовуючи наявні спірні відносини і одночасно усуваючи із правового поля виключні правові проблеми. З урахуванням даних обставин, сьогодні відбувається поступове зближення двох правових систем: континентального і загального права.

Не дивлячись на наявність таких тенденцій та можливого у зв'язку з цим розширення джерельної бази цивільного процесуального права, наукових досліджень в цьому, безумовно надскладному аспекті, доволі мало.

Серед таких робіт можна відмітити роботи Я.М. Романюка (2016), Н.М. Стецька, В.П. Косович (2020), Ю.Ю. Рябченка, С.І. Запари, М.П. Курила, Г.П. Тимченка (2021), П.А. Комар, І.В. Арістової, Ю.О. Котвяковського (2022) та інших.

Безумовним фактом є те, що питання судової правотворчості в перспективі може стати одним із провідних в правозастосовчій сфері цивільного судочинства.

Сьогодні науковці з цивільного, господарського, адміністративного процесу, теорії права, філософії права все активніше вдаються до наукових досліджень інституту судової правотворчості пропонуючи нові підходи і методології, які б давали можливість судам розглядати всі справи без виключення, навіть при наявності неповноти, неточності, суперечливості норм права чи їх відсутності. Безумовно, що такі випадки як правило містять виключну правову проблему, зміст якої

зводиться до двох правових позицій. Перша з них пов'язується з наявністю законодавчих прогалин під якими розуміються «повна або часткова відсутність в чинних законах необхідних юридичних норм» [1]. Друга, з якою суди найчастіше мають справу, це прогалини в праві у вигляді неповноти, нечіткості, суперечливості окремих норм матеріального права чи остаточної їх архаїчності та «застарілості».

В той же час Велика Палата Верховного Суду розглядає поняття «виключної правової проблеми» у двох її аспектах: кількісному і якісному [2].

Під кількісним критерієм виключної правової проблеми розуміється той факт, що вона має місце не в одній конкретній справі, а у невизначеній кількості спорів, які або вже існують, або можуть виникнути з урахуванням правового питання, щодо якого постає проблема невизначеності [3].

Під якісним поняттям розуміється такі обставини, як відсутність сталої судової практики, невизначеність на нормативному рівні правових питань, необхідність застосування аналогії закону чи права, забезпечення принципу пропорційності [4].

На перший погляд реальна судова практика не пов'язує наявність «виключної правової проблеми» з теоретико-правовим поняттям «судової правотворчості». Разом з тим під поняттям судової правотворчості з одного боку розуміється механізм заповнення законодавчих прогалин, а з іншого такий механізм завжди ґрунтується на змістовно-правовій матерії тієї чи іншої галузі матеріального права до якої належить предмет спору. Саме в такий спосіб відбуваються «ремонтно-правові» роботи суду по усуненню із правового обороту «виключної правової проблеми», якою є неповнота, неточність чи суперечність норм права або їх відсутність.

Таким чином під поняттям «виключної правової проблеми» розуміється наявна проблема правового характеру подолання якої має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань, а зміст її виключності ґрунтується на відсутності загального правила, правових аналогій чи судової практики, що вказує на наявність певних законодавчих прогалин чи іншої законодавчої

неузгодженості, які можливо усунути лише за рахунок судової правотворчості зміст якої розвиває право, заповнюючи собою ті чи інші законодавчі прогалини.

Поняття «виключної правової проблеми» має неуточнений характер і з цих підстав є оціночним поняттям. Саме з цих підстав колегії суддів Верховного Суду та об'єднанні їх палати часто оцінюють певні факти і обставини та їх юридичну кваліфікацію з точки зору наявності «виключної правової проблеми» по різному, що дає їм можливість вважати, що справа містить «виключну правову проблему», і така її передача на розгляд Великої Палати Верховного Суду є «необхідною для забезпечення розвитку права та формуванню єдиної правозастосовчої практики» (ч. 3 та 5 ст. 403 ЦПК України).

В той же час це не означає того, що Велика Палата Верховного Суду завжди «йде на зустріч» колегії суддів Верховного Суду чи його об'єднаним палатам в понятті «виключної правової проблеми». В багатьох випадках вона не погоджується з тими обґрунтуваннями, які надають колегії суддів чи об'єднанні палати Верховного Суду, відмовляючи останнім у розгляді того чи іншого правового питання з точки зору «виключної правової проблеми» [4].

У свою чергу «судова правотворчість» з процесуальної точки зору являє собою процес (процедуру), яка дає узаконену можливість по подоланню законодавчих прогалин. З матеріально-правової точки зору це усунення правової невизначеності в правозастосовчій практиці цивільного судочинства. Отже поняття «судової правотворчості» потрібно розглядати як обов'язкову частину спрямовану до поняття «виключної правової проблеми», оскільки «виключна правова проблема» як і «судова правотворчість» завжди мають місце там де між стрімким розвитком і правом виникають розриви, коли дії чи події, в яких приймала участь особа не урегульовані нормами права, чи такі норми є неповними, неточними, чи носять суперечливий характер. Законодавець же не в змозі подолати всі без виключення законодавчі прогалини оскільки процедура його законотворення є доволі ускладненою. І хоча судді не

є творцями права, але саме в таких випадках, вони з метою «страхування» законотворця змушені вдаватись до «судової правотворчості» [5].

Механізм подолання законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості завжди буде ґрунтуватись на професійних знаннях, інтелектуальній складовій, знаннях судової практики та відмінній орієнтації суддів в теорії права та матеріалах судової справи. Це пов'язано з тим, що суддя долаючи законодавчі прогалини по суті запроваджує нову доктрину чи формує нове правило на основі якого урегульовується наявний цивільно-правовий спір, що дає можливість до формування єдиної правозастосовчої практики. Такий підхід дає можливість розвивати право як на доктринальному так і законодавчому рівнях, оскільки під поняттям «суд розвиває право» розуміється визначення тих чи інших правових понять, положень, правил, які викристалізовує зокрема Велика Палата Верховного Суду під час «відступу від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах» чи за наявності «виключної правової проблеми» (ч. 3 та 5 ст. 403 ЦПК України).

Отже, під поняттям «виключної правової проблеми» розуміється об'єктивна наявність правової проблеми, яка до цього часу ніколи не вирішувалася або вирішувалася в іншому її ракурсі. При цьому її виключність полягає в тому, що суд не в змозі урегулювати цивільно-правовий спір не подолавши наявну правову проблему, оскільки спірні відносини, або не урегульовані нормами права, чи урегульовані неповно, чи не точно або суперечливо, що створює правову невизначеність, яку суд може подолати лише за рахунок судової правотворчості, зміст якої розвиває не лише законодавство, судову практику але і загальну теорію права та окремі її галузі.

Разом з тим подолання законодавчих прогалин за рахунок інституту судової правотворчості розглядається сьогодні як з загально-теоретичної так і загально-прикладної точки зору, оскільки ці поняття все частіше і частіше стають властивими нашому правосуддю.

Законодавець розуміє, що суди зіштовхуючись з правовою невизначеністю спору,

можуть відмовити особі в судовому захисті її порушеного, невизнаного чи оспорюваного права з підстав правової неурегульованості предмету спору. Упереджуючи таку можливість законодавець зазначає, що він «забороняє суддям відмовляти особі у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

При цьому законодавець опосередковано дублює таке положення, чітко і остаточно визначаючи лише ті підстави на основі яких суд має право повернути позовну заяву чи залишити її без руху (ст. 185 ЦПК України), чи відмовити у відкритті провадження у справі (ст. 186 ЦПК України).

Таким чином, суди, зіштовхуючись із правовою невизначеністю законодавства, змушені вирішувати дану процесуально-правову проблему не з загально-теоретичних напрацювань доктринальної правотлумачної техніки, а створювати нову змістовно-правову конструкцію, яка б узгоджувалась із принципами матеріального та процесуального права, нормами моралі та суспільною розумністю, доцільністю та здоровим глуздом.

Такий підхід до правозастосовчої практики суттєво відрізняється від тлумачення норм права як з філологічної так і правової точки зору, оскільки в останньому випадку «право (закон) не змінюється, суддя лише розкриває справжнє значення тієї чи іншої норми, а попереднє тлумачення визнає помилковим» [6].

При «судовій правотворчості» (якою долається «виключна правова проблема»), виникає нова правова реальність, яка порушує чи розвиває нову правову доктрину в праві як на теоретичному так і правозастосовчому рівнях.

Разом з тим в правозастосовчій практиці мова завжди йде про «судову правотворчість» з точки зору локальної її форми, оскільки законодавчі прогалини, це не суцільна пряма, це завжди локальні розриви чи пустоти в законодавстві, які об'єктивно мають свої межі. В той же час законодавчі прогалини, мають місце у всіх законодавчих актах, оскільки як право в цілому так і його законодавство ніколи не характеризу-

ються своєю остаточною, бо вони об'єктивно не є статичними категоріями. Це є природною закономірністю, яка є характерною для суспільно-правового розвитку всіх держав і Україна в цьому плані не є винятком. Право розвивається щохвилини, а від так воно «тягне» за собою зміну законодавства, урівнюючи таким чином їх зміст із наявним суспільним розвитком країни. Така закономірність змушує законодавця постійно змінювати, уточнювати, доповнювати, скасовувати ті чи інші норми права, але останній, у зв'язку з великою кількістю законодавчих актів, та занадто ускладненою законодавчою процедурою, оперативного цього зробити не в змозі. Ось чому судова правотворчість являє собою процесуально-правову цінність, яка дає можливість суддям в режимі реального судового засідання урегульовувати всі ті суспільні відносини, які мають проблеми з правовою визначеністю.

Методична ж суть таких процесів завжди ґрунтується на принципах як матеріального так і процесуального права, та тих чи інших звичаях цивільного обороту, чи суспільно-історичних традиціях. Саме такий підхід дає можливість створювати нову цивільно-правову конструкцію, змісту якої було б достатньо для урегулювання того чи іншого суспільного відношення, яке набуло спірного характеру. Таким чином, як поняття «судової правотворчості», так і поняття «виключної правової проблеми» передбачають переведення об'єктивно існуючої правової неузгодженості в площину суб'єктивного права, яке суд захищає при його порушенні, невизнанні чи оспорюванні.

З цих підстав, ми говоримо про «судову правотворчість» як світоглядне вчення, яке формує новий напрямок розвитку цивільного процесуального права, в основі якого з одного боку лежать базові цінності суспільного розвитку, а з іншого-суспільна модель взаємодії держави і суду, суду і права [7].

Сьогодні в Україні загальноприйнятою концепцією, з точки зору континентального права залишається правило про те, що судді не творять право, а лише тлумачать зміст його норм в межах їх змістовно-правової суті.

Не оспорюючи загально-концептуальну суть континентального права ми все ж таки

вважаємо, що таке положення все частіше і частіше починає вступати в протиріччя з реальністю сьогодняшнього правосуддя, а відтак – і з догматикою континентального права.

Континентальне право завжди перебуває у виключному процесуально-правовому полі статутного права. Але сьогодні ми спостерігаємо процес поступового розриву такого процесуально-правового простору за рахунок проникнення в його «матерію» судової правотворчості, яка є більш характерною для загального права.

У зв'язку з чим виникає законне питання: що впливає на такі процеси, які порушують стабільність континентального права? Ми вважаємо, що причиною всьому є суспільні відносини, які в останнє десятиліття розвиваються настільки стрімко, що законодавець не встигає їх належним чином урегулювати нормами права. Таким чином швидкість такого розвитку породжує розриви між реальністю життя і правом. Нові технології, матеріали, якість життя змінюють суть і зміст суспільних відносин, які мають вплив на нашу роботу, пересування, спілкування, нашу поведінку, нашу свідомість тощо. Ми не помічаємо того, що суспільство розвиваючись щохвилини рухається вперед. Матеріальне ж і процесуальне право починають відставати, «старіти», оскільки зміст їх норм, перебуваючи у статичному стані, об'єктивно починає «відставати» від швидких змін суспільного життя. Поступове накопичення таких відставань, об'єктивно породжує неточність, неповноту чи нечіткість норм права, а в окремих випадках урегулювати спірні відносини взагалі не можливо, оскільки закон не має такої норми права, якою б можна було б урегулювати нові спірні відносини. Такі процеси вимагають переосмислення ролі методології континентального права, яке не сприймає судову правотворчість як реальну об'єктивність, оскільки «судова правотворчість» є більш схильною до загального права.

Саме з цих підстав науковці починають приходити до розуміння того, що континентальне і загальне право починають своє поступове зближення. В цьому процесі Україна стоїть поки що на перепутті, оскільки в Україні не

визнаються судові прецеденти як джерело права, хоча рішення Європейського суду з прав людини визнаються як судові прецеденти і з цих підстав вони мають статус джерела права. В той же час в Україні де-факто визнається наявність судової правотворчості, хоча тут же проголошується базова концепція континентального права про те, що суди не творять право. Ми говоримо про можливість у правозастосовчому процесі судів першої інстанції тлумачити норми права в межах їх змістовно-правової суті, і в той же час ми говоримо про те, що Велика Палата Верховного Суду має можливість вирішувати «виключні правові проблеми» за рахунок судової правотворчості, долаючи в такий спосіб законодавчі прогалини, розвиваючи право та формуючи єдину правозастосовчу практику.

Такі взаємо-протилежності вже сьогодні дають можливість говорити про те, що в Україні з одного боку можуть мати місце судові прецеденти, які вже сьогодні де-факто формуються Великою Палатою Верховного Суду, а з іншого має місце статутне право, з його тлумаченням норм права, а відповідно і тлумачною судовою практикою.

Висновки. Законодавчі прогалини є природною закономірністю, яка об'єктивно виникає в усіх галузях як матеріального, так і процесуального права. Така закономірність є притаманною не лише для законодавства України, вона є характерною для всього статутного права всіх країн світу. Правові розриви, які об'єктивно виникають між надстрімким розвитком суспільних відносин і правом породжують правові пустоти, які заповнюються найвищими судовими органами за рахунок їх судової правотворчості долаючи таким чином «виключні правові проблеми», зміст яких полягає у неповноті, нечіткості чи суперечливості норм права, або їх відсутності. Таким чином сьогодні в Україні право розвивається від судової практики до теорії права. Така концепція дає підставу говорити про поступове взаємопроникнення загального і континентального права в правозастосовчу практику загальних судів України, що у свою чергу дає підстави вважати, що в Україні формується комбінована правозастосовча практика.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт космического исследования. М.: Статут, 1999. С. 118.
2. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 3 листопада 2021 р. (справа № 643/21749/19, провадження № 14-175цс21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 20.01.2023).
3. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 17 березня 2020 р. (справа № 761/42728/18, провадження № 14-41 цс 20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 20.01.2023).
4. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 28 квітня 2022 р. (справа № 759/20550/18, провадження № 14-284с22). URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=104251626&red=100003afb582714a19ee64553a40d208423428&d=5> (дата звернення: 20.01.2023).
5. Ясинок Д.М. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості. Мат. всеукр. наук.-практ. конф. СНАУ 14–18 листопада 2022 р. м. Суми. 420 с.
6. Кібенко О. «Перспективна дія правового висновку (позиції) Верховного Суду: чи доцільно запровадити в Україні» Судово-юридична газета, 3 березня 2020 р. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/162411-perspektivna-diya-pravovogo-visnovku-pozitsiyi-verkhovnogo-sudu-chi-dotsilno-zaprovaditi-v-ukrayini> (дата звернення: 01.02.2023).
7. Ясинок Д. М. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості. Матеріали всеукраїнської наук.-практ. конф. СНАУ 14–18 листопада 2022 р. м. Суми. 420 с.