

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2022.25.03>

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В ІНФОРМАЦІЙНО-ПРАВОВОМУ ПОЛІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Арістова Ірина Василівна,
доктор юридичних наук, професор,
завідувачка кафедри адміністративного
та інформаційного права
(Сумський національний аграрний
університет, м. Суми, Україна)

Правозастосовчий процес не лише у сфері правосуддя судів загальної юрисдикції, а і судової системи взагалі, потребує наявності законодавства такої якості, яке б у безумовному порядку урегулювало всі особливості розвитку нашого суспільства. Не дивлячись на здавалося б простоту такої вимоги, її реальне втілення в життя є доволі складним. Практика показує, що уже під час законотворення частина законодавчої матерії починає «устарівати», утворюючи уже на цьому початковому етапі певні законодавчі незгодженості. Причина тут полягає у доволі ускладненій процедурі законодавчої роботи парламенту, де важливі законопроекти часто розглядаються роками, і це при тому, що над стрімкий розвиток суспільних відносин, під впливом інформаційних, технічних, технологічних, міграційних практик, дуже швидко змінюють як сам уклад життя людей, так і їх поведінку. Прийняття ж законодавства в «турборежимі» безмовно прискорює проходження законопроектів, але породжує іншу проблему – проблему законодавчих прогалин, які об'єктивно виникають у вигляді «пропусків», певних хиб чи недоліків, які сформувавшись в тому чи іншому законі проявляються лише під час правозастосовчої практики судів.

І хоча суди, не являються органами, які творять право, вони все ж вимушені в угоду справедливості права, його логічності і розумності, «усувати», «уточнювати», «розширяти», «доповнювати», а іноді і створювати право, вдаючись до судової правотворчості, і цим самим страхуючи по суті законодавця на останньому рубежі практичного правозастосування норм права, формуючи в такий спосіб: а) єдність судової практики; б) розвиваючи одночасно право; в) усуваючи із законодавчого поля правові незгодженості.

Формування такої правозастосовчої практики в правосудді нашої держави створює реальні можливості до зближення континентального права, в межах якого донедавна формувалася як радянська, так і пострадянська доктрина цивільного процесуального права, так і процесуальне законодавство, та загального права, в основі якого лежить доктрина судової правотворчості. Такий процес дає реальну можливість щодо

розширення джерельної бази цивільного процесуального права та визнати при цьому судовий прецедент джерелом права. Такий підхід до розвитку вчення про судову правотворчість є об'єктивним і завчасним, оскільки сьогодні вже третина країн цивілізованого світу визнає судовий прецедент джерелом права, і Україна, яка вже має статус кандидата на вступ до Європейського Союзу, повинна і в подальшому рухатись в напрямку вступу до Європейського Союзу, але для цього вона повинна мати сучасне законодавство, яка давало б можливість будувати громадянське суспільство.

Ключові слова: судова правотворчість, законодавчі прогалини, цивільний процес, зближення континентального та загального права, судовий прецедент.

JUDICIAL LAW-MAKING IN THE INFORMATION-LEGAL FIELD OF CIVIL PROCEDURAL LAW OF UKRAINE

Aristova Iryna Vasylivna,
Doctor of Law, Professor,
Head of the Administrative Department
and Information Law
(Sumy National Agrarian University,
Sumy, Ukraine)

The law enforcement process not only in the sphere of justice of courts of general jurisdiction, but also of the judicial system in general, requires the presence of legislation of such quality that would unconditionally regulate all features of the development of our society. Despite the seeming simplicity of such a requirement, its actual implementation is quite difficult. Practice shows that already during law-making, part of the legislative material begins to become «obsolete», creating certain legislative inconsistencies already at this initial stage. The reason here lies in the rather complicated procedure of the legislative work of the parliament, where important draft laws are often considered for years, and this despite the fact that the rapid development of social relations, under the influence of information, technical, technological, migration practices, very quickly changes the very way of life of people, and their behavior. The adoption of legislation in the «turbo mode» silently accelerates the passage of draft laws, but creates another problem – the problem of legislative gaps, which objectively arise in the form of «omissions», certain errors or shortcomings, which, having formed in one or another law, are manifested only during law enforcement practice courts.

And although the courts are not bodies that create law, they are still forced to agree to the justice of the law, its logic and reasonableness, to «remove», «clarify», «expand», «supplement», and sometimes create law, resorting to of judicial law-making, thereby essentially insuring the legislator at the last stage of practical enforcement of legal norms, forming in this way: a) the unity of judicial practice; b) simultaneously developing law; c) eliminating legal inconsistencies from the legislative field.

The formation of such law enforcement practice in the justice system of our country creates real opportunities for the convergence of continental law, within which until recently both the Soviet and post-Soviet doctrine of civil procedural law, as well as procedural legislation, and common law, which is based on the doctrine of judicial law-making, were formed. Such a process provides a real opportunity to expand the source base of civil procedural law and at the same time to recognize court precedent as a source of law. Such an approach to the development of the doctrine of judicial law-making is objective and premature, since today already a third of the countries of the civilized world recognize judicial precedent as a source of law, and Ukraine, which already has the status of a candidate for accession to the European

Union, must continue to move in the direction of accession to the European Union, but for this it must have modern legislation that would make it possible to build a civil society.

Key words: judicial law-making, legislative gaps, civil process, convergence of continental and common law, judicial precedent.

Постановка проблеми. Історично склалося так, що правозастосовча практика з точки зору цивільного судочинства поділяється на континентальну (романо-германський тип правової сім'ї), в якій домінуючим є правотлумачення змісту норм права на предмет розуміння їх лінгвістично-правової суті на основі верховенства закону та загальну (англосаксонський тип правової сім'ї) з її судовою правотворчістю, яка стаючи основною частиною судового рішення, набуває особливої імперативності – судового прецеденту і з цих підстав стає джерелом права з обов'язковим його правозастосуванням в майбутньому у сфері подібних за своїм змістом спірних відносин.

На перший погляд здається, що такі практики є рівнозначними з точки зору процесуального законодавства, але насправді це не так, оскільки право тлумачна практика не визнається законодавцем джерелом права, бо вона носить індивідуально-правовий характер, обумовлений якістю професійних знань суддів, їх особистим розумінням лінгвістично-правового змісту окремих слів, словосполучень, положень чи правил з точки зору діючих норм права. Прецедентна ж практика визнається законодавцем джерелом права, але такий процесуальний статус на сьогодні в Україні отримали лише рішення Європейського суду з прав людини (ч. 4 ст. 10 ЦПК України). Правові ж позиції Верховного Суду, які закріплюються в його постановках, хоча часто і пов'язані з судовою правотворчістю, спрямованою на подолання правових проблем у вигляді законодавчих прогалин чи інших законодавчих неузгодженостей (неповнота, неточність, суперечливість) норм права, але сьогодні вони не визнаються джерелом права і набувають лише статусу опосередкованого процесуального примусу, а не загальної обов'язковості.

В той же час, надстрімкий розвиток суспільних відносин, їх демократизація, глобалізація об'єктивно не можуть обмежуватись виключно рамками дії окремої норми права чи закону. Правозастосування сьогодні має ґрунтуватись на основі принципу верховенства права, а такий підхід повинен передбачати і можливість урегулювання спірних відносин на основі судової правотворчості, яка з одного боку осучаснює правозастосування, а з іншого – вирішує виключну правову проблему, забезпечуючи розвиток права та формуючи єдину судову правозастосовчу практику (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

Таким чином правосуддя в Україні починає характеризуватися поступовим зближенням правозастосовчої практики як континентального, так і загального права, формуючи по суті новий інформаційно-правозастосовчий простір уніфікованого характеру. Саме цим питанням судової правотворчості і присвячена дана наукова стаття.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Інститут судової правотворчості є об'єктивною необхідністю в сьогоденнісньому судочинстві. Така ситуація обумовлена стрімкими змінами, які мають місце у сфері суспільних відносин, відносин в економіці, розвитку технологій, фінансів, інформаційного суспільства тощо. Безумовно, що законодавець намагається якнайшвидше урегулювати все нові і нові відносини, які виникають в сьогоденнісньому суспільстві. Не дивлячись на таку наполегливість, законодавство об'єктивно починає «устарівати» ще на етапі його прийняття, а поспішність в його прийнятті, безумовно, приводить до численних законодавчих прогалин. При цьому, законодавець не встигає оновити і те законодавство, яке вже існує. Така ситуація, безумовно, впливає на якість правозастосовної практики в цілому і судової правозастосовчої практики зокрема. З урахуванням даних обставин, вчення про судову правотворчість починає набувати все більшої актуальності, оскільки суд на

правозастосовному етапі є єдиним суб'єктом, який здатен на подолання всіх законодавчих прогалин чи інших законодавчих неузгодженостей. Саме в цьому напрямі працює ціла низка науковців, зокрема Я. Романюк [1], Б. Малишев [2], Н. Стецик [3], С. Шевчук [4], С. Запара [5], Ю. Рябченко [6], М. Козюбра [7], П. Комар [8] та інші. Разом тим, таких робіт має бути більше, оскільки Україна, набувши статусу, кандидата на вступ до Європейського Союзу, по суті вимушена тепер наближати як своє законодавство, так і свою судову практику до європейських стандартів, в основі яких лежить верховенство права. Саме з цих підстав такі процеси потребують безумовного свого наукового осмислення.

Метою статті є наукове дослідження інституту судової правотворчості з точки зору підстав та процесуального алгоритму його дії в цивільному судочинстві України, як майбутньої складової судових прецедентів.

Основні результати дослідження. Українська державність та її політична і економічна незалежність, підтримана європейською спільнотою демократичних держав, дає можливість надстрімкому розвитку всіх державних інститутів, в тому числі і праву як системному різногалузевому утворенню, яке отримало свій історичний шанс для свого всеохоплюючого оновлення. Право завжди було обумовлено об'єктивним розвитком суспільних відносин, оскільки останні визначають не лише конкретні напрямки розвитку права, а і зміст кожного із таких напрямків, формуючи таким чином інформаційно-правове поле, в межах якого суди і повинні урегулювати спірні відносини під час розгляду цивільних справ. Разом з тим, таке розуміння системи права, його меж і змісту обумовлювало формуванням в правосудді верховенства закону, що до недавнього часу було основоположним і безумовним в радянському цивільному судочинстві. Великий вплив на такий процес правового регулювання мало зокрема континентальне право, на основі якого і розвивалась доктрина верховенства закону, а відтак була сформована панівна роль позитивістської теорії права, яка заперечує природне право, в тому числі і право суду на судову правотворчість.

Принцип же верховенства права радянська доктрина цивільного процесуального права не сприймала, оскільки верховенство права передбачає можливість суду виходити, у своїй правозастосовчій практиці, за межі горизонту змістовно-правової суті норм права при їх неповноті, неточності чи суперечливості, а при відсутності і наявності правової проблеми, суд з метою її долання, має право на судову правотворчість, яка у свою чергу формує основи прецедентного загального права. Саме з цих підстав судові прецеденти, які формуються судом, набуваючи по суті сили закону, являються обов'язковими для їх подальшого правозастосування. Оскільки в таких випадках зменшується вплив держави на суди у сфері правозастосовчої практики, то з цих підстав прецедентне право вважалось буржуазним і таким, що не відповідає інтересам робітників і селян [9]. Така система правозастосування безумовно є прийнятною лише в тоталітарних системах управління, оскільки там суди контролюються державою, а відтак верховенство права там завжди підміняється верховенством закону.

Зміна у таких підходах остаточно настала в 2017 році, коли законодавець закріпив в Цивільному процесуальному кодексі України принцип верховенства права, зумовивши нові підходи до урегулювання спірних відносин, оскільки останні внаслідок стрімкого розвитку суспільства, все частіше і частіше почали потрапляти в «зону правової невизначеності». Такі зони у правозастосовчій практиці мають місце тоді, коли є відсутньою певна норма права чи має місце неповнота, неточність або суперечливість таких норм, що унеможливорює прямолінійне правове урегулювання спірних відносин. Таким чином, в правозастосовчій роботі судів виникає «виключна правова проблема» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України), яку і необхідно вирішувати судам за рахунок

судової правотворчості. Уникнути такої роботи суди не можуть, оскільки судам «забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). Розуміючи наявність таких проблем, а також те, що суди не є органами, які творять право, законодавець, з метою усунення таких законодавчих неузгодженостей, намагається «догнати» надшвидкий розвиток суспільних відносин за рахунок посиленого законотворчого процесу. Але як би це не було парадоксально, але саме така поспішність в законотворчій роботі породжує ще більшу кількість законодавчих прогалин. В цьому зв'язку, Голова Верховної Ради України Р.О. Стефанчук зазначає, що правотворча діяльність в Україні, нажаль, значною мірою є безсистемною: в одних випадках здійснюється поспіхом..., а в інших – навпаки дуже повільно, що...приводить до виникнення прогалин в законодавстві, неоднозначності у змісті правових норм та їх конкуренції, ускладнюючи правозастосовчу діяльність, зокрема і в судах... І це при тому, що загальна кількість чинних нормативно-правових актів в Україні набагато перевищила мільйон [10].

Отже, продуктивність роботи законодавця та вже існуюча велика кількість законодавчих актів ще не гарантує простоти у сфері правозастосовчої діяльності та її безумовності. Практика показує, що суспільство об'єктивно розвивається набагато швидше, ніж право. Така ситуація призводить до «розривів» між об'єктивним розвитком права і реальним життям суспільства. Такі «розриви» утворюють законодавчі прогалини у вигляді правових пустот. Є. Харитонов в цій частині зазначає, що наявність законодавчих прогалин є нормальним явищем [11], яке повинно долатися на думку О. Ф. Скакун за рахунок аналогії права або за рахунок застосування міжгалузевої аналогії [12]. Безумовно, що є необхідність підтримати думку колег. Разом з тим, необхідно виходити із того, що не завжди правові аналогії, в тому числі і субсидіарні (міжгалузеві) мають місце в матеріальному чи процесуальному законодавстві.

На сьогодні, держава має дуже велику кількість законодавчих актів, які і морально, і змістовно є застарілими, оскільки вони були прийняті ще за радянських часів (наприклад, Кодекс законів про працю України 1971 р.), а тому їх зміст не в змозі урегулювати суспільні відносини, які розбудовуються на зовсім інших демократично-ринкових засадах. Таким чином, така реальність потребує нових підходів з точки зору правозастосовчої практики суду. Саме з цих підстав держава покладає на суд свої надії на справедливий, розумний та законний розгляд спірних відносин на основі верховенства права та судової правотворчості як процесуально-правових інструментів, які дають можливість розвивати право, усуваючи із інформаційно-правового поля законодавчі неузгодженості та застарілі правові поняття та положення. При цьому, ми виходимо з того, що інститут судової правотворчості, являючись природним, а відтак і невід'ємним правом суду, по суті дає можливість на створення такої об'єктивної реальності, при якій особа, звертаючись до суду за захистом свого порушеного, невідомого чи оспорюваного права, свободи чи інтересу, навіть не усвідомлює того, що нові спірні відносини, в яких вона є стороною, ще не урегульовані нормами права, чи такі норми за своїм змістом є неточними, неповними чи суперечливими, але вона завжди переконана в тому, що суд має такий механізм судового захисту, який незважаючи на певні правові неузгодженості, завжди здатен урегулювати спір на основі законності, справедливості, та розумності.

Не дивлячись на те, що інститут судової правотворчості на сьогодні і не має свого розширеного та поглибленого закріплення в цивільному процесуальному законодавстві, як не має і своєї масштабності в правосудді, судів першої та апеляційної інстанцій, але значимість цього інституту є настільки вагомою і важливою, як з точки зору

правозастосовчої практики, так і з точки зору розвитку права, що жодна судова система світу не може обійтись без даного інституту. І проблема тут полягає не в тому, щоб поступово посилити судову гілку влади, а в тому, щоб принцип верховенства права із своєї віртуальності трансформувався б у реально-правовий свій прояв, при якому урегулювання спірних відносин завжди відбувалося б тут і зараз на основі виключної справедливості. Саме з цих підстав суд завжди повинен мати право на судову правотворчість, яка сьогодні починає відігравати по суті роль страхового випадку для законодавця.

Разом з тим, такий процес не повинен бути безмежним. Його межі повинні обумовлюватись правовою необхідністю, в основі якої завжди повинна мати місце виключна правова проблема, яку і повинен вирішувати суд як за рахунок своєї правотлумачної, так і правотворчої діяльності.

Під поняттям «виключної правової проблеми» необхідно розуміти явну невідповідність змісту норм матеріального права тим спірним відносинам, які підлягають урегулюванню через їх неповноту, неточність чи суперечливість або їх відсутність, чи їх зміст не відповідає рівню розвитку суспільних відносин. Таким чином, парадокс судової правотворчості полягає в тому, що суд як суб'єкт правотворчого процесу, не знає де і коли він буде мати справу із законодавчими прогалинами чи правовим вакуумом, який утворюється при відсутності норм права чи їх застарілістю. Ось чому такий механізм судової правотворчості завжди охоплюється креативно-правовим мисленням суддів, логікою їх суджень, які через право тлумачний та правотворчий процес, розширяють межі норм права, прилаштовуючи їх до нових умов спірних відносин [13].

Сьогодні саме так формується судова практика в нашій державі, яку формує і спрямовує Верховний Суд. Разом з тим, така практика з юридичної точки зору є слабкою, оскільки вона не визнана законодавцем джерелом права, а відтак і не наділена статусом імперативності. Розуміючи слабкість правових позицій Верховного Суду, законодавець намагається їх посилити, за рахунок хоча і опосередкованого але реального правозастосовчого процесу щодо подібних за своїм змістом спірних відносин. З урахуванням даних обставин, законодавець в ч. 4 ст. 263 ЦПК України зазначає: «При виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду».

Як бачимо, суди не зобов'язані в безумовного порядку слідувати постановам Верховного Суду, а лише можуть враховувати такі висновки щодо застосування відповідних норм права. Це означає, що наше правосуддя, відштовхуючись сьогодні від безумовного застосування «верховенства закону», ще не в повній мірі опанувало «верховенство права», знаходячись, таким чином, посередині правової невизначеності. Щоб все ж таки схилити суди в бік застосування правових позицій, закріплених в постановах Верховного Суду у безумовному порядку, законодавець посилює їх значимість, зазначаючи, що: «Верховний Суд може визнати касаційну скаргу необґрунтованою та відмовити у відкритті касаційного провадження, якщо: Верховний Суд вже викладав у своїй постанові висновок щодо питання правильного застосування норма права, порушеного в касаційній скарзі, і суд апеляційної інстанції переглянув судові рішення у відповідності з таким висновком» (п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України).

Розуміючи поступовість переходу правосуддя України від верховенства закону (континентального права) до верховенства права (загального права) та їх взаємодії, Венеціанська комісія у своєму висновку від 18 жовтня 2010 року № 588/2010 зазначила, що Верховний Суд надає прецедентне тлумачення норм права і в такий спосіб забезпечує однотипне тлумачення закону всіма судами [14].

Враховуючи всесвітню тенденцію до зближення загального і континентального права в правозастосовчій діяльності, спрямованої на єдність і стабільність

правозастосовчої практики, в основі якої має місце принцип *stare decisis* (стояти на вирішеному) законодавець уже у найближчій перспективі вимушений буде узаконювати судову правотворчість в цивільному процесуальному праві, під якою розуміється світоглядна система поглядів суддів на право у сфері правозастосовчої практики, яка в більшій мірі обумовлена правовою необхідністю і ґрунтується на моральних та суспільних цінностях та конституційних принципах права [15].

Таким чином, законодавець сьогодні закладає основи процентної моделі права у сфері цивільного судочинства нашої держави. Такий підхід безумовно потребує професійних знань та креативного мислення суддів, що дало б можливість за рахунок їх інтелектуальної складової долати всі законодавчі неузгодженості, «страхуючи» в такий спосіб законодавця і одночасно усуваючи із інформаційно-правового поля нашої держави ті чи інші законодавчі прогалини, при цьому даючи поштовх у розвитку матеріальних галузей права.

Висновки. Вчення про судову правотворчість та правозастосування ґрунтується на процесі поступового поєднання загального і континентального права в цивільному судочинстві. Такий процес носить об'єктивний характер і найкращим чином відповідає сьгоднішнім інтересам громадян України та стану сучасного правосуддя в нашій державі. Саме таке поєднання сприяє з одного боку подоланню законодавчих прогалин, а з іншого – розвиває право на основі принципу «від практики – до теорії», створюючи об'єктивні можливості щодо подальшого розвитку права і правосуддя у напрямку розширення джерел права.

Список використаних джерел:

1. Романюк Я. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України. *Вісник Верховного Суду України*. 2016 № 12. С. 6-10.
2. Малишев Б. Судова правотворчість як спосіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2021. № 1. С. 47–62.
3. Стецик Н. Судова правотворчість загальнотеоретична характеристика. *Часопис Академії адвокатури України*. 2010. № 8. С. 1-6.
4. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Реферат. Київ, 2007. 640 с.
5. Запара С. Вплив судової правотворчості на становлення процесуально правової моделі прецедентного права України. *Приватне та публічне право*. 2021. № 2. С. 8–13.
6. Рябченко Ю. Судова правотворчість як спосіб забезпечення верховенства права. *Право і суспільство*. 2022. № 1. С. 62–68.
7. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–40.
8. Комар П. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права.: дис... докт. філос. 2021. 242 с.
9. Абрамов С. Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат. 1952. С. 22.
10. Стефанчук Р. Про засади правового регулювання правотворчої діяльності в Україні. *Право України*. 2021. № 12. С. 12–13.
11. Харитонов Є. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. Вип 17. С. 77, 78.
12. Скаун О. Теорія держави і права енциклопедичний курс підручник Харків: «Еспада». 2006. 776 с.
13. Курило М., Ясинок Д. Категорії «судова практика» та «судова правотворчість» у сучасній доктрині цивільного процесуального права України. *Право України*. 2020. № 11. С. 142–157.

14. Спільний висновок Венеціанської комісії щодо Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживання правом на оскарження» від 18 жовтня 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a31#Text (дата звернення: 25.06.2022).

15. Ясинок Д.М. Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні»: (м. Харків, 16-17 липня 2021 року) – Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2021. С. 73–76.