

РЯБЧЕНКО Ю. Ю.,доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри приватного права
(Державний податковий університет
України)

УДК 347.921

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2022.1.10>**СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ
ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА**

Стаття присвячена дослідженню судової правотворчості як процесуально-правової категорії у сфері дії принципу верховенства права як на рівні доктринальної, так і на рівні правозастосовчої практики цивільного процесуального права. Із вказаною метою опрацьовано роботи Я. Романюка (2016, 2017), Н. Стецька (2019), О. Кібенко (2020), Д. Ясинка (2020, 2021), С. Запари (2021), І. Кравченка (2021), П. Комар (2021) та деяких інших, що дало можливість констатувати актуальність визначення поняття судової правотворчості та здійснення всеохоплюючого системного дослідження її процесу.

Застосовано науковий підхід, відповідно до якого елементи правової новизни хоча й мають місце у правотлумачному процесі, але правотворчість суду на всіх рівнях судової системи найпотужніше розкривається при наявності законодавчих прогалин, які в свою чергу являють собою виключну правову проблему у сфері правозастосовчої практики.

Обґрунтовано, що судова правотворчість як процесуально-правова категорія має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань. Доводиться, що подолання законодавчих прогалин, обумовлених відсутністю чи неповнотою правового регулювання тих чи інших відносин має наслідком розвиток права, оскільки суди вимушені формувати ті чи інші правові формули на основі верховенства права, справедливості і розумності, логічності і добросовісності, формуючи в такий спосіб єдину правозастосовчу практику як на рівні регіону, так і країни в цілому. Саме судова правотворчість закладає основи прецедентної моделі права в нашій державі, оскільки така правотворчість на рівні Великої Палати Верховного Суду по суті набуває імперативного значення і за рахунок повторюваності у правозастосовчій практиці нижчестоящих судів формує правило «*stare decises*», відповідно до якого всі майбутні справи повинні вирішуватись як і минулі.

Ключові слова: *судова правотворчість, законодавчі прогалини, верховенство права, правозастосовна практика.*

Riabchenko Yu. Yu. Judicial lawworking as a way to ensure the rule of law

The article is devoted to the study of judicial lawmaking as a procedural category in the field of the rule of law both at the level of doctrinal and at the level of law enforcement practice of civil procedural law. The works of J. Romanyuk (2016, 2017), N. Stetsyk (2019), O. Kibenko (2020), D. Yasyuka (2020, 2021), S. Zapari (2021), I. Kravchenko (2021) were studied for this purpose, P. Komar (2021) and some others, which made it possible to state the relevance of defining the concept of judicial lawmaking and the implementation of a comprehensive systematic study of its process.



A scientific approach has been applied, according to which elements of legal novelty, although taking place in the legal interpretation process, but lawmaking at all levels of the judiciary is most strongly revealed in the presence of legislative gaps, which in turn are an exclusive legal problem in law enforcement practice.

It is substantiated that judicial law-making as a procedural-legal category takes place only within the procedural form of court hearings. It turns out that overcoming legislative gaps due to lack or incomplete legal regulation of certain relations results in the development of law, as courts are forced to form certain legal formulas based on the rule of law, justice and reasonableness, logic and good faith, thus forming a single law enforcement practice both at the level of the region and the country as a whole. Judicial law-making lays the foundations of the precedent model of law in our state, as such law-making at the level of the Grand Chamber of the Supreme Court essentially acquires imperative significance and due to repetitive law enforcement practice of lower courts forms the rule of law as in the past.

Key words: *judicial lawmaking, legislative gaps, rule of law, law enforcement practice.*

Вступ. Захист порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та законних інтересів особи сьогодні виходить за межі національного правосуддя, оскільки Україна спрямовує свої погляди в бік Європейського Союзу, де верховенство права є визначальним маркером у правозастосовчій практиці цивільного судочинства. Безумовним фактом є те, що цивільне судочинство хоча і не так швидко, але відходить від позитивістської теорії в праві, як на доктринальному, так і правозастосовчому рівнях. У зв'язку з цим положення щодо верховенства закону, як незмінної правової константи і буквальною її правозастосовчим змістом змінюється на принцип верховенства права з його індивідуалізованим підходом до кожної справи, де особа визнається найвищою соціальною цінністю, де за наявності законодавчих прогалин, під якими розуміється відсутність норм права, які регулюють спірні відносини чи їх неповнота, нечіткість чи суперечливість долається за рахунок судової правотворчості, в основі якої лежать не лише суспільні цінності, моральні принципи, а і та гіпотетична воля законодавця, яка б у безумовному порядку мала б місце і законодавець скористався б своїм правом, якби знав чи передбачав наявність таких прогалин.

Судова правотворчість для нашого правосуддя є доволі новим поняттям, яке хоча і було предметом наукових досліджень цілої низки науковців, зокрема Я. Романюка (2016, 2017), Н. Стеценка (2019), О. Кібенко (2020), Д. Ясинка (2020, 2021), С. Запари (2021), І. Кравченка (2021), П. Комар (2021) все ж всеохоплюючого системного дослідження процесу судової правотворчості, його особливостей теорія цивільного процесуального права на сьогоднішній день так і не має. Незважаючи на це, судова правозастосовча практика, долаючи законодавчі прогалини у вигляді змісту виключних правових проблем розвиває право, набуваючи при цьому імперативного правозастосування в майбутніх подібних за своїм змістом відносин.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження судової правотворчості, як процесуально-правової категорії у сфері дії принципу верховенства права як на рівні доктринальної, так і правозастосовчої практики цивільного процесуального права.

Результати дослідження. Суди всіх рівнів романо-германської правової сім'ї останні півстоліття відчують складність у правозастосовчій практиці у сфері цивільного судочинства. Підставою до цього послугувало те, що законодавство у різних напрямках свого регулювання має численні законодавчі прогалини чи має місце змістовне його «старіння». Дані обставини обумовлені науково-технічним прогресом, відкритою міграційною політикою, розвитком регіональних субкультур, що привнесло в суспільні відносини небачений до цього часу різноспрямований розвиток, що безумовно не могло не вплинути на цивільні відносини. З цих підстав суспільство розвивається надзвичайно динамічно, а законодавство, яке покликане регулювати суспільні відносини, значною мірою відстає від такого розвитку.



У зв'язку з цим, суди вимушені долати такі законодавчі неузгодженості за рахунок судової правотворчості як єдиного шляху до належного, швидкого і справедливого правозастосування на засадах верховенства права. Такий підхід до урегулювання цивільних відносин, які набули спірного характеру вступає у протиріччя з правовими традиціями континентального права, які ґрунтуються на позитивістській теорії права, оскільки остання визнає норму права як правову константу, вважаючи, що за рахунок правотлумачної практики можливо урегулювати всі спірні відносини, не вдаючись до судової правотворчості, бо суди не творять право, вони його лише застосовують. Таким чином, проблема судової правотворчості в країнах континентального права, в тому числі і Україні, знаходиться лише на початковій стадії свого розвитку. Саме з цих підстав вона породжує численні наукові дискусії не лише з точки зору права але і філософії, психології, логіки, правотворчої технології тощо.

Складність даного питання полягає в тому, що процес судової правотворчості, який має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань (процесуальний аспект) в обов'язковому порядку співвідноситься з матеріальним правом (матеріально-правовий аспект) і такий процесуально-правовий синтез, при наявності законодавчих прогалин, повинен сформулювати нове уявлення по регулюванню тих чи інших цивільно-правових спорів.

Безумовно, що подолання законодавчих прогалин з підстав нечіткості чи суперечливості законодавства за рахунок застосування правових аналогій і вкраплення в таку правозастосовчу практику певних елементів новизни в більшій мірі притаманно правотлумачному процесу. Останній, на думку Д. Ясинка, має місце в межах горизонту змістовно-правової суті норми права. Судова ж правотворчість завжди ґрунтується на загальних суспільних цінностях, правилах, моралі, поваги до особи, верховенством права і справедливості [1].

Отже, правотлумачний процес необхідно розглядати з одного боку як обособлений процес, який здійснюється суддею відповідно до змістовно-правової суті норми права, а з іншого такий процес спрямований на розуміння філологічно-правової суті окремих слів чи словосполучень. В той же час, кожен із цих видів повинен співвідноситись до предмету спору з метою найточнішої юридичної кваліфікації спірних відносин. В той же час, навіть такий консервативний прийом, яким є судове тлумачення у сфері правозастосовчої практики в тій чи іншій мірі має певні вкраплення новизни.

В той же час судова правотворчість ґрунтується на цілому ряді закономірностей і умов, які є обов'язковими, не дивлячись на те, що правотворчий процес і розглядається як інтелектуально-правова робота судді. Саме суддя є суб'єктом правотворчого процесу і це є однією із закономірностей, оскільки жодна посадова чи службова особа не має права тлумачити норми права чи мати можливість на правотворчий процес.

Зовсім недавно ми вважали, що судова правотворчість є скоріше виключенням із правил, аніж постійною наявністю. Водночас в останні роки процес судової правотворчості має посилену тенденцію до її збільшення, а тому класична форма правозастосування якою є тлумачний процес, як щодо окремих норм права, так і застосування правових аналогій починає поступатись судовій правотворчості. У цьому зв'язку С. Шевчук зазначає: «Важко провести чітку межу між тлумаченням та судовою правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності» [2].

Саме наявність нової правової реальності, яка зіштовхується із цілим рядом законодавчих неузгоджень є сьогодні однією із найгостріших проблем нашої держави, оскільки більшість кодексів, норми яких сьогодні застосовуються судами, прийняті або ще за радянських часів, або не переходило до ринкових відносин, від радянського нормативізму з його верховенством закону до демократичних основ з його верховенством права як в суспільному житті, так і в правосудді. Саме на цьому фоні Кодекс законів про працю (1971 р.), Житловий кодекс України (1983 р.), Лісовий кодекс України (1991 р.), Повітряний кодекс України (1993 р.), Кодекс законів про надра (1994 р.), Водний кодекс України (1995 р.), Земельний, Житловий кодекси України (2001, 2002 рр.) явно не відповідають реаліям сьогодення.



Законодавець, намагаючись усунути такі негаразди замість оновлення існуючого законодавства, пішов по шляху ухвалення нових законів, що ще більше ускладнило правозастосовчу практику судів всіх рівнів. Так, у трудових відносинах щодо вирішення колективних трудових спорів було прийнято ЗУ «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» [3]. У сфері оплати праці було прийнято ЗУ «Про оплату праці» [4]. Щодо оренди землі – ЗУ «Про оренду землі» [5], а при продажі земель сільгоспризначення – ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» [6], кредитування сільгоспвиробництва, ЗУ «Про Фонд часткового гарантування кредитів у сільському господарстві» [7], збереження навколишнього середовища – ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища» [8], лісів, водних артерій. Безумовно, всі ці та інші питання законодавець намагається вирішити не за рахунок прийняття нових кодексів, де б всі питання були закріплені в одному законодавчому акті, а вирішує цілий ряд питань за рахунок прийняття нового законодавства. В той же час, історія свідчить, що занадта деталізація і розширення праворегулюючого діапазону законодавчих актів по відношенню до одних і тих же правовідносин, лише ускладнює правозастосовчий процес як з точки зору різної їх юридичної термінології, так і з точки зору різної правозастосовчої практики. Безумовно, що принцип *jura novit curia* («суд знає закон») спонукає суд до застосування належних приписів, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини [9], але така робота потребує від суду додаткових зусиль та процесуального часу.

Таким чином, чим обширніша законодавча база по відношенню до одних і тих же відносин, тим більше вона має певні неузгодженості та законодавчі прогалини. Разом з тим, такий процес повинен узгоджуватись із певними загально-правовими закономірностями. Під такими закономірностями розуміється суспільні цінності, моральні принципи, легітимізовані суспільством звичаї та події. Такі дії суду набувають законності, а судові рішення обґрунтованості оскільки суд в таких випадках виходить із змісту принципу верховенства права. Саме верховенство права з еластичністю його змісту формує поняття справедливості. При цьому, «справедливість завжди має перевагу над суворим розумінням права» («*Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*») [10].

Разом з тим практика показала, що мало закріпити принципи верховенства права, ввести принципи процесуальної безмежності у сферу доступу до правосуддя, зробити реверанс в напрямку розвитку права за рахунок судової правотворчості Верховного Суду. Потрібно відійти від «позитивістської методології» [11] коли суддя у всіх випадках надає перевагу не справедливості, а виключно правовому змісту норми права, яка уніфікує всі подібні випадки, нехтуючи при цьому обособленим відношенням до конкретного випадку. Ось чому цінною є та роль суду, яка визначається не формальним дотриманням позитивного законодавства по відношенню до цілого ряду подібних відносин, а у індивідуальному правотлумачному чи правотворчому підході до кожної окремо взятої справи. Такий підхід не вимагає від суддів буквального правозастосування норм права. В цьому зв'язку ще юристи Давнього Риму говорили, що занадто точне виконання норм права породжує найвищу несправедливість (*sumnum ius summa injuria*) [12].

Отже, справедливість в правосудді забезпечується практичним втіленням в судову практику суті і духу принципу верховенства права. Але це має місце там, де суд не просто формально виконує регламентовані йому процесуальним законодавством функції, але і здатен бути самостійним і безумовно компетентним. Отже, самостійність суду полягає не у тому, щоб у безумовному порядку виконувати все те узагальнене законодавство, сприймаючи його зміст як мірило виключної справедливості, а бути відповідальним перед суспільством в частині розумної правозастосовчої практики навіть до найпростіших відносин, які набули спірного характеру.

Світ сьогодні переходить до усталеної, багатоповторюваної судової практики (судових прецедентів), в основі яких все частіше має місце судова правотворчість. Консультативна рада європейських суддів в цьому зв'язку зазначає, що такий підхід породжує «чіткі, послідовні та надійні правила, які можуть скоротити потребу залучення суддів для



вирішення спорів» [13]. З цих підстав перед судами, як єдиними правозастосовчими органами в державі стоять архіскладні завдання: як подолати ту чи іншу правову невизначеність чи наявну законодавчу прогалину і сформулювати певну правову позицію за рахунок правотлумачного процесу чи створити нову правову формулу за рахунок судової правотворчості, які б мали якісний зміст. В цьому і проявляються гарантія суддівської незалежності.

Сьогодні норма права сприймається судами як постійна змістовно-правова величина, яка регулює чітко визначене те чи інше коло суспільних відносин, чи урегулює якусь його частину або окреме положення, чи дію, формуючи в такий спосіб певне про них уявлення. Такий підхід, безумовно, потребує стабільно-сталих суспільних відносин. Але ж зупинити розвиток суспільних відносин за рахунок навіть самої значимої норми права неможливо. В той же час, змінювати, доповнювати чи уточнювати кожен норму кожного дня у надзвичайно розгалуженому законодавчому полі законодавець об'єктивно не в змозі.

Розуміючи таку складність законодавець з метою забезпечення доступу до правосуддя, заборонив судам відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства (ч. 10 ст. 10 ЦПК України), пропонуючи судам певний алгоритм правозастосування: при відсутності прямої норми права необхідно застосовувати аналогію закону, а при неможливості такого застосування – аналогію права (ч. 9 ст. 10 ЦПК України). В той же час, законодавець не розкриває і не закріплює в нормах права даних понять, сподіваючись на те, що судді самостійно розберуться з цими поняттями і їх практичним втіленням у правозастосовчу практику цивільного судочинства. Безумовним фактом є те, що при застосуванні правових аналогій визначальним положенням завжди буде наявність змістовно-правової визначеності того чи іншого поняття по відношенню до тих чи інших спірних відносин. У цьому плані самого тлумачення змісту норм права замало. Такий процес тією чи іншою мірою завжди буде виходити за межі правового змісту норми права і мати вкраплення правотворчого характеру як під час правозастосування норм права за аналогією в межах однієї і тієї ж галузі права і особливо на міжгалузевому рівні, оскільки тлумачення – це завжди «домішки» до основного змісту в більшій чи меншій мірі певної новизни. Ще більшого відхилення в бік правотворчого процесу буде мати місце процес застосування аналогії права. Оскільки аналогія права ґрунтується на «загальних засадах законодавства» (ч. 9 ст. 10 ЦПК України), до яких, наприклад, в цивільному праві відносяться принципи справедливості, добросовісності, розумності, захист прав та інтересів особи, свобода договору тощо (ст. 3 ЦК України). В сімейному ж праві до таких засад відносяться: рівність прав і обов'язків чоловіка та жінки, дитина має право на забезпечення її можливістю на здійснення своїх прав; самі сімейні відносини регулюються...відповідно до моральних засад суспільства (ст. 7 СК України). Таким чином, саме в цьому напрямку розвивається практична суть верховенства права. І дане поняття не обмежується національними рамками [14]. В епоху глобалізації, науково-технічних революцій, роботизації, інформаційних технологій законодавець з його неповоротливістю та повільністю у сфері законотворчого процесу не встигає за процесом змін в суспільстві, і саме суд як єдиний орган в державі, який безпосередньо займається правозастосовчою практикою має можливість «страхувати» законодавця, оскільки він по суті виступає на останньому правозастосовчому рубежі і від того як він сформулює свою правову позицію по відношенню до спірних відносин, так останні і будуть сприйматися в суспільстві. Якщо ж говорити про судову правотворчість, то вона може мати місце лише за умови, що урегулювати спір на основі діючих норм права чи правових аналогій неможливо. В таких випадках потрібні нові правові цінності. Під ними розуміються правові феномени, що визначають зміст, мету та сутність правової проблеми та виступають засобами пояснення правової реальності [15]. Отже, принцип верховенства права, на думку П. А. Комара встановлює зв'язок між системою правових нормативів та системою правових цінностей [16]. Таким чином, як принцип верховенства права, так і процес судової правотворчості являють собою багатоаспектну категорію, яка єднає ці два процесуально-правові феномени. У цьому зв'язку Венеціанська комісія, проводячи аналіз і дослідження принципу верховенства права в різних європейських правових системах з точки зору



практики його втілення зазначила, що верховенство права поєднує в собі шість самостійних, але взаємозалежних між собою елементів. До таких елементів відносяться: 1) законність; 2) правова визначеність; 3) заборона довільності у прийнятті рішень; 4) доступ до правосуддя; 5) повага до прав людини; 6) недискримінація і рівність всіх перед законом [17].

Якщо ж ми говоримо про судову правотворчість, яка ґрунтується на принципі верховенства права, то ми говоримо про законність як такого процесу, так і його змісту. Правова визначеність судової правотворчості, яка може мати форму доповнень, уточнень, неврахувань, а то і набути нової правової формули є обов'язковою умовою для суду, оскільки довільність тлумачної чи правотворчої роботи суду по урегулюванню спірних відносин нівелює таку роботу, роблячи її неефективною. Водночас наявність у суду права на судову правотворчість гарантує особі, яка звертається до суду, безумовний доступ до правосуддя незалежно від того відсутній закон, який регулює спірні відносини чи можливо він є нечітким, неповним чи суперечливим. При цьому, кожен правотлумачний та правотворчий процес повинен ґрунтуватись на повазі до прав людини з урахуванням рівності всіх перед законом. Як бачимо, всі складові частини принципу верховенства права є основою до тих закономірностей, які є притаманними для судової правотворчості у сфері прикладної правозастосовчої практики.

Таким чином, розуміння природної суті як судової правотворчості, так і тих основ, на яких вона ґрунтується, дає можливість до формування прецедентної моделі правосуддя в нашій державі і з урахуванням даних обставин можливостей до розширення джерел права.

Висновки. Судова правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин має місце на стадії правозастосовчого процесу в межах процесуальної форми судових засідань.

Зміст судової правотворчості у межах дії принципу верховенства права завжди ґрунтується на суспільних цінностях, моральних принципах і принципах теорії права.

Право на судову правотворчість всіх судових інстанцій вказує на гарантії судової незалежності з одного боку та гарантії справедливості під час подолання законодавчих прогалин з підстав «старіння» законодавства чи наявності законодавчих прогалин у вигляді відсутності, неточності, нечіткості чи суперечливості з іншого.

Список використаних джерел:

1. Ясинок Д. М. Стандарт доказування, судова правотворчість та їхній особливий процесуальний взаємозв'язок. *Право України*. 2021. № 5 С. 228–237.
2. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Реферат. Київ, 2007. 640 с.
3. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 03.03.1998 р. № 137/98-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/137/98-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 13.12.2021 р.)
4. Про оплату праці: Закон України від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 13.12.2021 р.)
5. Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/161-14#Text> (дата звернення: 13.12.2021 р.)
6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення : Закон України від 31.03.2020 р. № 552-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-20#Text> (дата звернення: 13.12.2021 р.)
7. Про Фонд часткового гарантування кредитів у сільському господарстві : Закон України від 04.11.2021 р. № 1865-IX. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68921 (дата звернення: 13.12.2021 р.)
8. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text> (дата звернення: 13.12.2021 р.)
9. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 червня 2020 року у справі № 145/2047/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90933484> (дата звернення: 13.12.2021 р.)



10. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 31 жовтня 2018 року у справі № 202/4494/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77720972>. (дата звернення: 13.12.2021 р.).
11. Костицький М. В. Філософські питання верховенства права. *Академічні читання*. 6 червня 2007. Київ, 2007. Вип. 6 С. 3.
12. Малишев Б. Судова правотворчість як спосіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1 С. 47–62.
13. Про роль суддів у забезпеченні єдності застосування закону: Висновок Консультативної ради європейських суддів від 10.11.2017 р. URL: http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1_20.pdf (дата звернення: 13.12.2021 р.).
14. Буроменський М. Європейський кодекс свободи і демократії. *Право України*. 2010. № 10. С. 89–97.
15. Горобець К. Верховенство права як ціннісно-нормативний феномен. *Філософія права та загальна теорія права*. 2013. № 2. С. 207–214.
16. Комар П. А. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права : дис. ... докт. філос., 2021. С. 137.
17. Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) – Верховенство права. Доповідь, схвалена Венеціанською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 26–26 березня 2011 року). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr).

