

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2021.2.9>

## «СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ» В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ ТА ЇЇ ОСОБЛИВОСТІ

**Постановка проблеми.** Проблема судової правотворчості в адміністративному правосудді має об'єктивний характер, оскільки вона виникає там і тоді, де і коли певні факти, і обставини, які формують адміністративно-публічні відносини, або не мають свого законодавчого урегулювання, або вони врегульовані нечітко чи казуїстично. Причини такої ситуації пов'язані із стрімким розвитком науки, суспільних відносин, технологій, які всупереч волі законодавця доволі швидко вмонтовуються в усі сфери управління, фінансові, економічні потоки. Такі потоки часто не узгоджуються із занадто «застарілим» законодавством, яке, по суті, не встигає за таким розвитком подій із позиції як трудових, так і адміністративних чи цивільних правовідносин. І цьому є реальне підтвердження. Так, втілення роботизації як у виробничу, так і приватну сфери нині ускладнюється, оскільки наукова доктрина як нашої держави, так і світу не може відповісти на питання: як потрібно сприймати робота-андроїда, як дієздатну чи недієздатну особу чи лише як штучний інтелект, чи він все ж наділяється «відсилючою дієздатністю» власника щодо свого андроїда? Саме відповіді на ці, здавалося б, прості питання ускладнюють розробку і розвиток нового законодавства, хоча таке законодавство нині є нагальною необхідністю, бо світова практика показує, що роботи не завжди «слухають» людину.

Безумовною проблемою є і питання масових (групових) позовів в адміністративному правосудді, оскільки через помилки в управлінні одночасно можуть бути порушені права та інтереси великої кількості людей, які проживають у різних кінцях нашої країни. Нині такі люди можуть захищати своє порушене право лише в індивідуальному порядку, оскільки в країні немає іншого законодавства, як немає і законодавства щодо судового розгляду колективних трудових спорів. Саме в таких і подібних до них випадках судам доводиться проявляти «судову правотворчість» із тим, щоб урегулювати

такі законодавчі прогалини з метою усунення із адміністративного управління спірних питань.

Незважаючи на наявність низки законодавчо-правових проблем, які дедалі частіше виникають в адміністративному правосудді, інститут «судової правотворчості», який нині визнається на доктринальному рівні, законодавцем відкидається. Водночас Верховний Суд саме за рахунок «судової правотворчості» викристалізує змістовне розуміння нових понять чи тлумачень щодо нових правовідносин у тих чи інших публічно-правових спорах. Такий механізм і змістовну суть «судової правотворчості» Верховний Суд закріплює у своїх постановках, які мають імперативний характер, і з цих підстав є обов'язковими для нижчестоящих судів.

Такий підхід законодавця щодо невизнання реальної наявності інституту судової правотворчості в роботі Верховного Суду, а разом із цим і невизнання судових прецедентів джерелом права вказує на те, що законодавець побоюється того, що в разі визнання судових прецедентів джерелом права, судова гілка влади перебере на себе законотворення або буде сприяти певним політичним елітам, шляхом «правотворчого» процесу впливати на ключові питання державного управління, питання виборчого процесу або регулювання окремих питань суспільного життя.

Насправді це не так. Третина цивілізованого світу визнає судовий прецедент, в основі якого лежить саме питання «судової правотворчості», джерелом права. Це дає змогу державі оперативно впливати на суспільні відносини навіть і в тих випадках, коли останні не урегульовані або недостатньо урегульовані чи урегульовані нормами права казуїстично, чи суперечливо. Саме такі рішення в перспективі використовуються у вигляді певних законопроектів, впливаючи при цьому на судову практику.

При цьому суд не створює право. Він є лише правозастосовчим органом. Однак у процесі вирішення того чи іншого питання, яке не врегульоване нормами права, або в разі, якщо

законодавство має певні нормативні прогалини (що є об'єктивною ситуацією, оскільки законодавство дедалі частіше починає «відставати» від тих правовідносин, які або лише зароджуються, або настільки стрімко входять в життя, що суд вимушений «підстраховувати» законодавця), саме інститут «судової правотворчості» стає тим запобіжником, який оперативно, розумно й раціонально усуває із суспільного обороту спірність у правовідносинах.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Життя людини в суспільстві завжди переповнене великою кількістю правових відносин, які іноді заходять у тупик і з цих підстав набувають спірного характеру. Оскільки всі права, свободи та законні інтереси як фізичних, так і юридичних осіб захищаються судом, для суду потрібно, щоб матеріальне і процесуальне законодавство було настільки наближене законодавцем до реальностей життя, щоб суд міг без проблем визначити юридичну кваліфікацію тих чи інших спірних правовідносин. Досягти такого рівня законодавчого урегулювання законодавець об'єктивно не в змозі, оскільки законопроекти мають доволі тривалий час «проходження» їх у парламенті. З урахуванням цих обставин світ напрацював можливості для правових запобіжників, які б «страхували» законодавця від тих питань, які законодавець не зміг оперативно чи не в змозі об'єктивно доповнити чи уточнити. Таким чином, в адміністративному процесуальному праві, як і в інших галузях процесуального права, з'являється поняття «судова правотворчість», де суд у разі неврегульованості тих чи інших спірних правовідносин міг би оперативно вирішувати судові справи, не відкладаючи їх до «кращих часів», і цим самим усувати із суспільних правовідносин ті спірні питання, які не мають на день розгляду справи правової визначеності. Питання судової правотворчості та дотичних до нього правових понять «судова практика», «тлумачення норм права», «правові позиції» в комплексі дають підґрунтя для формування в Україні прецедентної моделі як у сфері цивільного, так і адміністративного та господарського правосуддя. У цьому напрямі помітними є наукові роботи Л. Данилової, Г. Василевича (Республіка Білорусь), Р. Норітса (Естонська Республіка), Е. Куріса (Литовська Республіка), Я. Романюка, Л. Луць, Н. Кузнєцової, Р. Малишева, П. Рабіновича, С. Запарі, М. Ясинка (Україна).

**Метою статті** є аналіз наукової думки у сфері розвитку інституту «судової правотворчості» як передумови до моделі прецедентного права.

**Виклад основного матеріалу.** Якщо поставити перед аудиторією судді питання: «Чи завжди право є справедливим?», то ми, безумовно, отримаємо відповідь, що це питання не є однозначним. Незважаючи на, здавалося б, простоту цього питання, насправді воно є складним і неоднозначним. Ось чому з цих підстав виникне безкінечна науково-практична дискусія, оскільки право і справедливість, з одного боку, є взаємопов'язаними поняттями, а з іншого – вони є відносними категоріями, оскільки право як система справедливостей ввібрало в себе весь історичний досвід звичаєвого права, яке існувало в того чи іншого народу. При цьому право завжди тяжіло до справедливості як кінцевого результату його правозастосування. Разом із тим правозастосування в кожній судовій справі залежить не лише від правильного та розумного застосування норм права суддями, але і рівня їх добросовісності та добропорядності, що й визначає суть справедливості. Саме від суддів, які повсякденно застосовують норми права, розглядаючи тисячі справ, і залежить питання: чи є той чи інший закон справедливим, а отже, і корисним для суспільства?

З такими питаннями кожного разу мають відносини і сторони адміністративно-правового спору. Разом із тим як позивач, так і відповідач підходять до взаємозалежності права і справедливості відособлено, оскільки вони як заінтересовані особи трактують зміст норм права на основі своєї приватної справедливості. Незважаючи на це, сторони розуміють, що норми права завжди зумовлюють законність тих наслідків, які вони самі породжують. Справедливість же є поняттям відносним і більш соціальним. Незважаючи на це, законність норм права і справедливість їх правозастосування і формують систему морально-правових цінностей у суспільстві. Саме з цих підстав сторони завжди виходять із того, що під справедливістю розуміється певний порядок, який встановлений державою на основі норм права, і саме такий порядок підтримується на рівні державного управління, і тих публічно-правових правовідносин, які виникають між фізичними та юридичними особами та суб'єктами владних повноважень щодо прийнятих ними рішень, дій чи бездіяльності.

Незважаючи на це, сприйняття права, а відповідно, і справедливості у вигляді законів, постанов, положень, інструкцій тощо щодо публічно-правових спорів після ухвалення судового рішення психологічно в кожній сторони такого

спору буде різним. Це є об'єктивно природним наслідком кожного спору, оскільки жодній із сторін не хочеться визнавати свою неправоту, бо кожна із сторін вважає себе правою, формуючи на цій основі своє внутрішньо-психологічне переконання. Але ще більшої проблеми ці обставини набувають у разі законодавчих прогалин чи застарілості змісту норм права, їх казуїстичності, внутрішньої неузгодженості, і з цих підстав дати однозначну юридично виважену юридичну кваліфікацію тому рівню соціального розвитку правовідносин, які і формують нинішній публічно-правовий порядок управління, неможливо.

Безумовно, можна говорити про наявність адміністративно-процесуального виходу з цієї достатньо неурегульованої нормами права ситуації. Так, відповідно до ч. 2 ст. 5 КАСУ «захист порушених прав, свобод чи інтересів особи, яка звернулася до суду, може здійснюватися судом також в інший спосіб, який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист прав, свобод, інтересів людини, і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень», оскільки в нашій державі «забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини» (ч. 4 ст. 6 КАСУ)<sup>1</sup>.

Такі вказівки закону, по суті, є застереженнями законодавця. Вони спрямовані на адресу суду з тим, щоб останній зміг самостійно на свій розсуд, навіть за наявності законодавчих прогалин, невчасного внесення змін чи доповнень до норм поточного законодавства, суд зміг би належним чином захистити порушене право в «інший спосіб, який не суперечить закону», щоб «справедливо, неупереджено та своєчасно вирішити <...> спір у сфері публічно-правових відносин» (ч. 1 ст. 2 КАСУ). Безумовно, «іншим способом» є спосіб розгляду адміністративно-правових спорів шляхом застосування інституту «судової правотворчості». У цій частині потрібно зауважити, що поняття «судової правотворчості» полягає не лише в тому, щоб дати якусь ексклюзивну юридично-правову кваліфікацію, що, безумовно, важливо, але ще важливіше навести у зв'язку з цим певне логічне, розумне та справедливе обґрунтування такої правової позиції. Саме цьому питанню законодавець сьогодні приділяє особливу увагу, оскільки більшість суддів, на жаль,

мають проблеми саме в питаннях обґрунтування судових рішень. У цьому зв'язку суддя Великої Палати Верховного Суду Д. Гудима зазначає, що якість судового рішення залежить головним чином від якості його обґрунтування<sup>2</sup>. Саме з цих підстав нині в Верховну Раду України внесено законопроект № 4637 «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та низки інших законодавчих актів, які спрямовані саме на підвищення якості обґрунтування судових рішень судами України, в тому числі і адміністративними судами. Без такої роботи, яка б охоплювала правову оцінку кожного факту і обставини, на основі досліджених судом засобів доказування, але і з належним, логічним, розумним обґрунтуванням такої оцінки, наша держава не зможе підвищити якість адміністративного правосуду. На ці обставини неодноразово звертав увагу України і Європейський суд із прав людини. Так, у своїх рішеннях від 22 січня 2021 року, які стосуються подій на Майдані у 2014 році, ЄСПЛ у справі «Луценко та Вербицький проти України» (скарга № 12482/14 та № 39800/14), «Дубовцев та інші проти України» (скарга № 21429/14 та 9 інших) зазначав, що органи державної влади умисно завадили мирним протестам, які мали місце на Майдані в Україні, обравши стратегію надмірного насильства та незаконних утримань, але аналізу цих фактів, з урахуванням інституту субсидіарної відповідальності і належного обґрунтування цих фактів, судові рішення не мали<sup>3</sup>. Тобто суди лише констатували наявну ситуацію, перевіряли її доказами, «копіюючи» відповідно до цього зміст норм права, не звертаючи уваги на обґрунтування як елемент «судової правотворчості». Але ж саме мотивувальна частина рішення (ч. 4 ст. 246 КАСУ), яка нині об'єднує сім категорій процесуальних питань і дає відповідь на питання «Чи справедливим є рішення?», оскільки в кожній із таких категорій йдеться саме про мотиви, з яких суд приймає чи відхиляє ті чи інші докази (п. 2 ч. 4 ст. 246 КАСУ). Саме мотиви щодо оцінки кожного доказу, факту чи аргументу потребують філологічних, процесуально-правових знань і навичок, розуміння філософії права та логіки таких суджень, щоб створити таку переконаність, яка б давала безумовний висновок про те, ким і коли були порушені або невиконані чи оспорені права чи інтереси та мотиви таких висновків (п. 4 ч. 4 ст. 246 КАСУ).

<sup>1</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 20.04.2021)

<sup>2</sup> Гончар І. Звіт Верховного Суду. *Судовий вісник*. 2021. № 1-2. С. 3.

<sup>3</sup> Стуліна А. Судочинство. *Судовий вісник*. 2021. № 1-2. С. 12.

Безумовно, суд має проаналізувати відповідно до спірних правовідносин і ті норми права, на які в обґрунтування своєї правової позиції посилаються сторони. Якщо ж суд сприймає таку юридичну кваліфікацію правовідносин чи відкидає її, то, безумовно, він має навести щодо цього свої аргументи. У цьому випадку суд не може обійтися без тлумачного процесу щодо безпосереднього змісту норм права, оскільки суд завжди вносить у такий процес своє бачення і розуміння правової суті норми права, свою частинку «правотворчості» щодо сфери правозастосування норм права (п. 6 ч. 4 ст. 246 КАСУ). Кожна із цих складових частин тією чи іншою мірою має у своєму аналітичному обґрунтуванні ті чи інші елементи «судової правотворчості», оскільки в основі правосуддя завжди лежить аналіз правових понять, їх взаємодія і взаємозалежність щодо вчинених правовідносин (п. 7 ч. 4 ст. 246 КАСУ). У зв'язку з цим безумовним фактом у питаннях «судової правотворчості» є питання не лише професіоналізму суддів, але і наявності в них життєвого досвіду, відповідного креативного мислення та судової практики, оскільки відповідь на вищезазначені питання потребують не формального перерахування змісту засобів доказування, а комплексної оцінки кожного з них та сукупного аналітико-правового висновку, який викладається в резолютивній частині судового рішення. Безумовно, що «судова правотворчість» на рівні окружних адміністративних судів не потребує якихось обов'язкових радикальних дій суддів у частині неодмінного і на свій розсуд трактування та розширеного розуміння змісту норм матеріального права. Судова правотворчість на цій стадії більшою мірою сфокусована на процесі ухвалення судових рішень, оскільки судові рішення є одним із найбільш чутливих індикаторів, які відображають якість національного правосуддя. Ми говоримо лише про ті виключні випадки, де очевидними є ті чи інші прогалини в законодавстві, чи наявна «застарілість» норм права. Якщо ж ми говоримо про аналогію права чи закону, то ці поняття самі потребують «суддівської правотворчості», яка своєю чергою вимагає від окружних суддів знову ж таки високого професіоналізму на рівні обґрунтування розширеної правової позиції.

Безумовно, нині світ стоїть на порозі суттєвих спрощень судових процедур. Україна також не стоїть в стороні від таких процесів. У цьому зв'язку законодавець ввів як у цивільний, так і адміністративний процеси законодавство

щодо правил спрощеного судового провадження (ст. 274 ЦПК України, ст. 262 КАСУ). Разом із тим законодавець одночасно визначив цілу низку адміністративних справ, які визнає складними (п. 1 ч. 11 ст. 264 КАСУ). До таких справ зараховано справи щодо: 1) законності (крім конституційності) постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України та постанов Верховної Ради АР Крим; 2) законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів АР Крим, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень (ст. 264 КАСУ). Крім того, до такої категорії справ належать і адміністративні справи щодо: 1) законності (крім конституційності) постанов Верховної Ради України, указів і розпоряджень Президента України; 2) законності дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; 3) законності актів Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; 4) законності рішень Вищої ради правосуддя, ухвалених за результатами розгляду скарг на рішення її Дисциплінарних палат (ст. 266 КАСУ). Справи, передбачені п.п. 1–3 цієї норми, розглядаються у спрощеному позовному провадженні Верховним Судом у складі колегії Касаційного адміністративного суду не менше ніж із п'яти суддів (ч. 2 ст. 266 КАСУ).

Таким чином, ця категорія справ ґрунтується на принципі адміністративного судочинства, яким є *in dubio pro tributario* (пріоритет суду з найбільш сприятливим для особи тлумаченням норм права). Така ситуація завжди має місце тоді, коли законодавство допускає неоднозначне або казуїстичне тлумачення прав та обов'язків особи у її взаємовідносинах з державою. Безумовно, що розгляд таких справ не можливий без «судової правотворчості», оскільки обґрунтування своєї правової позиції суд завжди буде пов'язувати з розширеним тлумаченням норм права. Такий підхід завжди буде зумовлений поняттям «верховенство права», однією із складових частин якого є принципи справедливості та правової визначеності. Суть останнього полягає в тому, щоб під час остаточного вирішення справи судами їхні рішення не викликали ніяких сумнівів. Таким чином, «судова правотворчість» має відчутний вплив на правильність вирішення справи по суті і з цих підстав характеризується процесуально-



правовою діяльністю суду, спрямованою на вирішення потенційної правової проблеми, яку містить у собі судова справа.

**Висновки.** Стрімкий розвиток публічно-правових відносин у сфері державного управління в питаннях надання адміністративних послуг, виборчому процесі або процесі референдуму об'єктивно вказує на розбудову громадянського суспільства. В той же час однією із найскладніших проблем в цьому напрямі є проблема відставання законодавства, яке регулює ці питання, від практики життя. Ця проблема є об'єктивною, і є характерною для усіх країн, в тому числі і для України. Історично склалося так, що одним із напрямів вирішення цих питань є інститут «судової правотворчості», який має місце як у застосуванні аналогії права чи закону, так і у сфері судового прецеденту, де «судова правотворчість» по суті, є його основою. Оперативність, розумність, раціональність, справедливість, найвищий

рівень суспільного узагальнення – ось що таке «судова правотворчість», одночасно це процесуально-правовий запобіжник, який завжди має спрацьовувати у разі наявності прогалин у законодавстві, що є причиною надзвичайно рухливого і швидкозмінного світу. Таким чином, визнання «судової правотворчості» джерелом права, яка лежить в основі судового прецеденту, є лише питанням часу. Проблема «судової правотворчості» та особливості її правозастосування є питанням для подальших наукових досліджень.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 20.04.2021)
2. Гончар І. Звіт Верховного Суду. *Судовий вісник*. 2021. № 1-2. С. 3.
3. Стуліна А. Судочинство. *Судовий вісник*. 2021. № 1-2. С. 12.

#### Кравченко І.О. «СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ» В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ ТА ЇЇ ОСОБЛИВОСТІ

У статті аналізуються особливості «судової правотворчості» в адміністративному судочинстві. Розкривається місце такої правотворчості в розрізі інститутів аналогії права та аналогії закону. Звернено увагу на наявність такої «правотворчості» на стадії мотивування судових рішень, що є безумовною проблемою адміністративних судів, на що постійно звертає увагу України Європейський суд із прав людини. «Судова правотворчість» має відчутний вплив на правильність вирішення справи по суті, і з цих підстав характеризується процесуально-правовою діяльністю суду, спрямованою на вирішення потенційної правової проблеми, яку містить у собі судова справа. Оперативність, розумність, раціональність, справедливість, найвищий рівень суспільного узагальнення – ось що таке «судова правотворчість», і одночасно це процесуально-правовий запобіжник, який завжди має спрацьовувати в разі наявності прогалин у законодавстві, що є причиною надзвичайно рухливого і швидкозмінного світу. Таким чином, визнання «судової правотворчості» джерелом права, яка лежить в основі судового прецеденту, є лише питанням часу. У роботі робиться нахил на те, що «судова правотворчість» є складовою частиною прецедентного права, оскільки вона виступає процесуально-правовим запобіжником у сучасному швидкоплинному розвитку суспільних відносин, які явно перевершують «застаріле» законодавство або ті чи інші його прогалини.

**Ключові слова:** судова правотворчість, судовий прецедент, оперативність, справедливість, раціональність, найвищий рівень узагальнення.

#### Kravchenko I.O. "COURT LAW-MAKING" IN THE ADMINISTRATIVE COURT RULING AND SPECIAL FEATURES

As the history of law shows, the foundations of its formation were based on customary law, which reproduced the laws of nature, the existence of man himself, his coexistence with other people. Since customary law is the right of private interpretation of the basics of customs with the introduction of a certain novelty in their content, the emergence of written law not only enshrined certain natural rights, but even more gave the opportunity to interpret them by a large number of people. Undoubtedly, this approach has influenced the development of jurisprudence as a science, because it has always shaped and continues to shape the legal worldview of lawyers. It was the confrontation between static law and customary law in England, given the political component of that period, that formed the case law that is characteristic of a third of the world's states today. The basis of case law is formed on the basis of "judicial lawmaking" that arose where and when the court could not resolve the dispute on the basis of publicly enacted legislation. At the same time, practice shows that the development of public relations always goes ahead, even in legislation that is only adopted by the legislator. Thus, the rules of law begin to "age" even during their bills. One of the safeguards in such cases, or cases where the legislation has certain gaps, is "judicial lawmaking". "Judicial lawmaking" is a mechanism for creating a new law. This is a mechanism for moving away from the statics of classical law to the dynamics of its formation, which corresponds to the real time when there is a need to resolve a civil dispute here and now. Thus, "judicial lawmaking" is not the creation of law, it is a reasoned justification for applying the analogy of law or law in order to bring the disputed legal relationship to a certain legal standard, characterized by a high level of social generalization based on justice, reasonableness and logic. But this is

only one of its features – material. The procedural feature of “judicial lawmaking” takes its place in the motivating part of the court decision. It is in this part that the judge tries to justify his position in order to explain to the parties why he has taken or rejected the rules of law to which the parties referred in support of their legal position. The paper emphasizes that “judicial lawmaking” is the “core” of case law, which must still be recognized as a source of law, as it brings stability to justice, contributes to its efficiency, legal certainty, justice and rationality.

**Key words:** judicial lawmaking, judicial precedent, efficiency, justice, rationality, highest level of generalization.