

Запара С.І.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри адміністративного та інформаційного права
Сумського національного аграрного університету

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2021.4.5>

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЇЇ МЕЖІ

Постановка проблеми. Судова правотворчість як процесуально-правова категорія є новим поняттям у цивільному судочинстві нашої держави, і з цих підстав воно відразу стало проблемним питанням для нашого правосуддя. Основна проблема полягає в тому, що воно не має свого закріплення в жодному із процесуальних кодексів. Законодавець лише окреслює загальні підстави до формування процесуально-правового механізму судової правотворчості та її меж. Відсутні і фундаментальні дослідження з цього питання. Незважаючи на це, практика показує, що саме судова правотворчість є єдиним шляхом до подолання законодавчих прогалин чи неможливості буквального застосування застарілого законодавства щодо тих чи інших спірних відносин, які набули нового характеру. І хоча суд не є законодавчим органом, а отже, він і не творить право, але нині без локального правотворчого процесу, який по суті відіграє роль страхування законодавця від наявних законодавчих прогалин, неможливо втілити принцип верховенства права та справедливості в практику цивільного судочинства. На останній межі правозастосовчого процесу нині виступає Велика Палата Верховного Суду. Водночас судова правотворчість на рівні районної та апеляційної ланок загальних судів стає нині правозастосовчою проблемою.

Саме ці питання і стали предметом наукового дослідження в цій статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Єдність правозастосовчої практики є однією з фундаментальних засад світового правосуддя. Україна в цьому переліку не є виключенням. Постає доволі складне завдання: як перейти від практики радянського нормативізму до практики, функціональним елементом якою є судова правотворчість? Нині вже мало проголосити і закріпити в процесуальних кодексах принцип верховенства права, принцип справедливості, розумності як загальних засад матеріального та процесуального права. Є потреба втілювати

ці положення в практику сучасного правосуддя. Безумовно, це можливо, але за умови визнання як на доктринальному, так і законодавчому рівнях судової правотворчості як правового поняття, з розумінням його процесуально-правового механізму, його меж, умов та особливостей його втілення в реальність правозастосовчого процесу, що дасть змогу розвиватись як теорії, так і практиці цивільного судочинства. Нині в цьому напрямі наукових досліджень виділяються роботи Я. Романюка (2016), І. Пахомової (2018), Д. Ясинка (2018–2021), І. Балюк (2019), Н. Стеценка (2019), О. Мартиненко (2019), О. Кібенко (2020), П. Комар (2021), І. Кравченка (2021) та інших науковців. Разом із тим таких робіт бракує, оскільки саме через судову правотворчість нині відбувається зближення як континентального, так і загального права на ґрунті саме практичного правосуддя, що породжує низку як теоретичних, так і практичних питань, які потребують обов'язкового наукового осмислення.

Метою статті є дослідження особливостей формування процесуально-правового механізму судової правотворчості та її меж у цивільному судочинстві України як основи майбутньої моделі прецедентного права.

Основні результати дослідження. Правосуддя – це складна процесуально-правова система, на яку, з одного боку, впливає держава за рахунок своєї правотворчої роботи, внаслідок якої приймається, уточнюється чи скасовується певне законодавство, а з іншого – це процесуально-правова та правозастосовча робота суддів у сфері дії як матеріального, так і процесуального права, що ґрунтується на їхніх професійних знаннях, життєвому досвіді, моральних принципах та суспільних цінностях.

Нині така робота суддів ускладнюється з підстав наявного, але застарілого законодавства, яке не відповідає тому рівню суспільних відносин, що склалися в суспільстві. Дедалі частіше мають місце законодавчі прогалини, які

зумовлюються надстрійкою появою нових відносин, які або неурегульовані нормами права, або мають різного роду «законодавчі дефекти». Судді ж не можуть відмовити особі в правосудді за відсутності, нечіткості, спірності чи неповноти законодавства (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). За наявності таких ускладнень вони мають долати такі неузгодженості як із погляду матеріального, так і процесуального законодавства за рахунок застосування з одного боку правових аналогій, а за наявності законодавчих прогалин – за рахунок судової правотворчості.

Що ж являє собою судова правотворчість? Судова правотворчість, на думку О. Мартиненка, – це процес, який формує правову визначеність, коли норма права не дає однозначної відповіді на складну правову проблему як із погляду наявності законодавчих прогалин та колізій у законі або абстрактності законодавчого врегулювання [1]. Отже, судова правотворчість – це процес логічно-правового мислення суддів, яке не залежить ні від кого і ні від чого. Предметом такого мислення є обґрунтування правової ідеї судом, яка спрямована на подолання законодавчих прогалин і витікає із загальних засад як матеріального, так і процесуального права, норм Конституції та можливостей до ексклюзивного юридичного висновку, яким формулюється нове або уточнене те чи інше поняття чи положення. Безумовно, що судді за рахунок судової правотворчості не створюють нових законів. Вони лише уточнюють, розширяють чи доповнюють окремі не враховані законодавцем положення в окремих нормах права. Це скоріше страхування законодавця від виявлених у процесі судового засідання «законодавчих колізій», які потребують свого виправлення, вчасного реагування. Ось чому за наявності законодавчих прогалин судді змушені шляхом розширеного тлумачення загальних засад (принципів) матеріального чи процесуального права, природних положень загального права, по суті, якомога точніше надавати юридичні кваліфікації спірних відносин.

Таким чином, словосполучення «судова правотворчість» скоріше означає форму процесуально-правового механізму, на основі якого і вирішується конкретний цивільний спір, аніж саму методику правотворчого процесу. Водночас процесуально-правовий механізм судової правотворчості можна розділити на інтелектуально-правову та процесуально-правову його складові частини. В основі першого складника – логіко-правові судження і обґрунту-

вання, що дають змогу сформулювати нові чи вдосконалені правові формули, зміст яких дає би можливість суду долати ті чи інші законодавчі прогалини у сфері матеріального права. Іншою ж складовою частиною такого процесу є наявність процесуальної форми судових засідань, відсутність якої нівелює законність судової правотворчості.

Третьою такою складовою частиною є доказовий процес, в якому суд у межах судового засідання на основі дослідженого ним змісту всіх засобів доказування отримує відповідь на низку важливих для судової правотворчості питань: у чому полягає цивільно-правовий спір? Який предмет спору лежить в його основі? Якими нормами матеріального права могли б регулюватися такі спірні правовідносини та чи є такі норми? Чи такі норми відсутні, або є нечіткими, спірними або неповними?

Нині судді загальних суддів, у разі наявності законодавчих прогалин у вигляді, нечіткості чи неповноти законодавства або воліють трактувати спірні правовідносини в межах чинних норм права, або виходять за межі юридичного змісту цієї норми.

Згідно з висновком, сформульованим Великою Палатою Верховного Суду у постанові від 12.06.2019 року при розгляді справи № 487/10128/14-ц, принцип *jura novit curia* («суд знає закони»), неправильна юридична кваліфікація позивачем чи відповідачем спірних правовідносин не звільняє суд від обов'язку застосувати для вирішення спору належні приписи юридичних норм [2].

Однак не всі суди дотримуються вищевказаного висновку.

Так, Полтавський апеляційний суд, скасовуючи рішення Глобинського районного суду Полтавської області від 10 лютого 2021 року та ухвалюючи нове рішення про відмову в задоволенні позову про визнання договору оренди земельної ділянки поновленим на новий строк, виходив із невірної кваліфікації спірних правовідносин відповідно до чинних норм права. Зокрема, в судовому засіданні було встановлено, що орендар (позивач) повідомив відповідача про свій намір продовжити договір оренди спірної земельної ділянки, пропустивши встановлений договором строк щодо письмового повідомлення про це орендодавця (не пізніше ніж за 90 днів до закінчення строку дії договору оренди землі). Суд першої інстанції вважав, що є всі правові підстави для визнання укладеною додаткової угоди до Договору оренди землі

в заявленій позивачем редакції. Однак суд апеляційної інстанції дійшов протилежного висновку, зазначивши, що дії, вчинені позивачем після закінчення строку Договору оренди землі, а саме направлення листа-повідомлення з проектом додаткової угоди та здійснення користування земельною ділянкою, не створюють правових наслідків щодо поновлення договору оренди землі, оскільки орендар вчинив повідомлення про продовження договору оренди землі на новий строк за межами строку такого повідомлення і з цих підстав в орендодавця не виникло обов'язку приймати рішення щодо поновлення договору оренди землі. Ось чому протягом місяця письмові заперечення з боку відповідача із цього приводу після закінчення договору оренди землі на його продовження не мають правового значення [3].

Як бачимо, верховенство права як вершина справедливості, в практичній його площині часто підміняється верховенством закону, оскільки вважається, що закон чи норма права, навіть якщо вона і не регулює такі правовідносини, все ж сама по собі є справедливою.

Безумовно, в основу такого механізму ухвалення судових рішень закладено правотлумачний процес щодо застосування положень договорів чи норм матеріального права, що є характерним для континентального права, яке історично пов'язується з безумовним дотриманням норм права і неможливістю відступу від змістовно-правової їх суті. На ці часом нелогічні обставини звертали свою увагу ще юристи Стародавнього Риму, які зазначали, що занадто точне виконання норм права породжує найвищу несправедливість (*summum jus, summa injuria*) [4].

Нині законодавець робить лише перші кроки з відходу від позитивістської теорії континентального права в бік загального, прецедентного права. Така тенденція є вимушеним кроком, оскільки дедалі частіше в цивільному судочинстві має місце застосування судових прецедентів Європейського суду з прав людини у сфері захисту прав та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб. І така судова практика нині визнається джерелом права (ч. 4 ст. 10 ЦПК України). В основі такої практики лежить саме судова правотворчість, механізм якої спрямований на подолання законодавчих прогалів, що мають місце в Європейській конвенції з прав людини й основоположних свобод, оскільки всі норми цієї Конвенції викладені в неуточненій змістовно-правовій формі. Це зроблено, щоб Європейський суд із прав людини завжди міг відступати

від неуточненого змісту норм права і виходити за межі її змістовно-правової суті, формулюючи в такий спосіб нові поняття та положення.

Разом із тим національна судова практика Верховного Суду, яка є, по суті, обов'язковою для нижчестоящих судів (ч. 4 ст. 263 ЦПК України) і в якій Великою Палатою Верховного Суду вирішується «виключна правова проблема», що «забезпечує розвиток права» і з цих підстав «формує єдину правозастосовчу практику» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України), являє собою правові передумови, спрямовані в бік судової правотворчості. Те, що правові позиції Великої Палати Верховного Суду через імперативну обов'язковість їх застосування щодо однотипних правових спорів (що тягне за собою їх повторення), створює собою прецедентний ефект у сфері правозастосовчої практики.

В Україні нині такий ефект досягається, з одного боку, за допомогою відступу Великої Палати Верховного Суду від правових позицій Верховного Суду України, які сформулювалися раніше, що дає змогу усувати з правозастосовчого поля застарілі законодавчі положення, а з іншого боку, такий ефект за рахунок судової правотворчості є підставою до подолання «виключної правової проблеми», що дає змогу розвивати право. Саме через такий процесуально-правовий механізм законотворчості судді закладають основи прецедентного права. Особливість прецедентної практики полягає в тому, що судді надалі у своїх рішеннях не створюють право, вони лише проголошують правові позиції, які сформульовані і закріплені в попередніх рішеннях, застосовуючи таким чином регулятивну їхню суть у сфері тих чи інших аналогічних спірних відносин.

Разом із тим судді, як і інші громадяни, є суспільним «продуктом» свого часу. Саме з цих позицій їхні переконання формуються на основі суспільних цінностей, традиціях свого народу та загальноприйнятих норм моралі. Таким чином, не лише знання матеріального чи процесуального права є визначальними для правотворчого процесу. Це комплекс умов, які дають змогу суду створити нове, уточнити існуюче, змінити застаріле. Безумовним фактом є і те, що судді, ухвалюючи рішення, мають виходити не лише із загальноприйнятих норм моралі, принципів і змістовно-правової суті норм права, а й оцінювати «докази за своїм внутрішнім переконанням». При цьому «жоден доказ не має для суду наперед встановленого значення» (ч.ч. 1, 2 ст. 212 ЦК України).

Саме «внутрішнє переконання судді» є основою до генерації нових правових ідей, які, безумовно, мають узгоджуватись із домінуючою складовою частиною суспільних цінностей і були прийнятними для суспільства, оскільки «лише за допомогою такої генерації право отримує ту далекоглядність, яка необхідна для усвідомлення надійності орієнтирів. Її узагальнення та типізація в процесі розгляду конкретних випадків слугують тому, що окремі випадки стали такими, що мають значення для правових оцінок, а інші характеристики, за якими випадки відрізняються один від одного, і вважаються незначними, залишаючись поза увагою» [5, с. 131].

Водночас механізм формування судової правотворчості на рівні апеляційного провадження також має свої характерні особливості, які зумовлені завданням цієї інстанції. Так, у процесі розгляду апеляційних скарг на рішення судів I інстанції апеляційний суд має право: а) скасувати чи змінити судові рішення суду першої інстанції і сформулювати нові положення чи правові формули, які б дали змогу подолати ті чи інші нормативні неузгодженості з подальшою їхньою правовою аргументацією; б) залишити судові рішення суду першої інстанції без змін, що, по суті, дає змогу посилити його прецедентний ефект щодо аналогії застосування такої правової позиції в таких випадках. Так формується персоніфікована практика кожним суддею. Таким чином, рішення апеляційних судів щодо судової практики судів першої інстанції набувають статусу умовного «регіонального судового прецеденту», який комплексно формує судову практику у своєму регіоні.

Нині судовий прецедент, в основі якого лежить правотворчий процес, є джерелом права в системі дії загального права і має місце на третині земної суші. Україна також входить до цього числа. І хоча в Україні прецедентне право у сфері цивільного процесу лише набуває свого становлення, все ж його вплив на судову практику щороку зростає.

Такий напрям із позиції розвитку права є вірним. Суб'єктом такого напрямку в країнах загального права є найвищі судові органи. В Україні таким органом у повному розумінні цього слова є Верховний Суд. Саме Верховний Суд має всі можливості не лише до тлумачення норм як матеріального, так і процесуального права, розширяючи при цьому їхню правову суть, але й урегулювати спірні відносини на основі нових правових положень чи «нового прочи-

тання» норм права, які невдало або нечітко були сформульовані в законі. Такі правові приписи, які закріплені в постановах Верховного Суду як найвищої судової інстанції за рахунок їх імперативної повторюваності, набувають прецедентного характеру, а тому їх можна поділити насамперед на: а) нормативно-тлумачні (тлумачення норм права щодо тих чи інших спірних правовідносин із погляду їхньої правозастосовчої практики); б) загальноправові (мають місце як правотворчі з позиції застосування правових аналогій на основі загальних засад (принципів) та способів захисту); в) правотворчі (формування нових правових формул, понять чи положень Великою Палатою Верховного Суду за наявності виключної правової проблеми з метою забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики).

Незважаючи на те, що ці положення різняться за своєю суттю, але місце їх вчинення (судове засідання), процесуальне їх закріплення (судове рішення) мають однотипний характер.

Такі правові позиції (правові формули, положення, поняття), які отримали своє закріплення в судових рішеннях зі зміною законодавства не скасовуються. Вони просто відходять в історичну ретроспективу, залишаючись при цьому обов'язковими для тих правовідносин, щодо яких вони застосовані.

На їхнє місце формуються нові правові позиції, в тому числі і в порядку відступу від минулих судових рішень. Так, Верховний Суд змінює підходи до правозастосовчої практики тих чи інших норм матеріального права у сфері однотипних цивільно-правових спорів із метою якнайточнішої юридичної кваліфікації спірних правовідносин та формування єдиної правозастосовчої практики (ст. 403, ч. 4 ст. 404 ЦПК України).

Такий підхід сприяє створенню нового процесуально-правового механізму у сфері правозастосовчої практики з поступовим формуванням основ прецедентного права в Україні, що, безумовно, буде сприяти формуванню усталеної судової практики, з одного боку, та розвитку права – з іншого.

Якщо ж ми говоримо про суб'єктів судової правотворчості в Україні, то такими суб'єктами в Україні є:

а) суди першої та другої інстанцій із підстав подолання законодавчих прогалин та формуванню із цих підстав нових правових формул, понять чи положень відповідно до вимог ч. 1 та ч. 2 ст. 2 та ч. 10 ст. 10 ЦПК України. Разом із

тим такі положення не є остаточними, оскільки рішення цих судів можуть бути скасовані чи змінені в касаційному порядку. Водночас у процесі вступу таких рішень у законну силу вони впливають на формування судової практики в регіоні;

б) Верховний Суд, який долає законодавчі прогалини, формує нові уявлення про право, його поняття та положення, що проявляються під час перевірки скарг на судові рішення нижчестоящих судів;

в) Європейський суд із прав людини, який долає законодавчі прогалини, що проявляються у сфері прав людини в процесі застосування Європейської конвенції з прав людини, співвідносячи сформовані ним нові поняття та положення до тих спірних правовідносин, які мали місце в тій чи іншій країні та тієї невідповідності національних норм права щодо загальновищезначаних природних прав людини.

Саме на цій основі в Україні нині відбувається зближення континентального та загального права, в основі якого лежить судова правотворчість.

Висновки. Єдність правозастосовчої практики у сфері цивільного судочинства в епоху над стрімкого розвитку суспільних відносин і уповільненим законотворчим процесом законодавця є одним із найпроблемніших питань нинішнього правосуддя в нашій державі. Усунення такої дисгармонії нині досягається, з одного боку, за рахунок правотлумачного процесу, який є основою для точної юридичної кваліфікації спірних правовідносин відповідно до чинних норм права, а з іншого – судової правотворчості як єдиного способу подолання законодавчих прогалин безпосередньо в судо-

вому засіданні під час розгляду справ, відносини в яких або неурегульовані нормами права взагалі, або урегульовані неповно чи нечітко. Такі ситуації стають для суду правовою проблемою, яка потребує невідкладного вирішення за рахунок розвитку процесуально-правового механізму судової правотворчості як нового правового напрямку сучасного правосуддя. Судова правотворчість дає змогу суду створити нові правові формули (позиції), які уможливають подолання законодавчих прогалин і на цій основі розвиток права. Такі підходи формують перші кроки до створення судових прецедентів, закладаючи основи майбутнього прецедентного права як вагомого джерела цивільного процесуального права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Мартиненко О. Прагматичний механізм судочинства. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 56. Т. 1. С. 11–15. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/917933.pdf> (дата звернення: 16.11.2021).
2. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12.06.2019 р. у справі № 487/10128/14-ц / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85541621> (дата звернення: 10.11.2021).
3. Постанова Полтавського апеляційного суду від 19 липня 2021 року у справі № 527/1949/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98473871> (дата звернення: 10.11.2021).
4. Малишев Б. Судова правотворчість як спосіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1. С. 47–62.
5. Циппеліус Р. Філософія права / пер. з нім. Є.М. Причепія. Київ : Вид-во «Тандем». 2000. 299 с.

Запара С.І. ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЇЇ МЕЖІ

Судова правотворчість як процесуально-правовий інститут є продуктом судової діяльності і здебільшого зумовлена неякісним матеріальним законодавством чи його відсутністю. З цих підстав судова правотворчість розглядається як процесуально-правовий механізм, спрямований на подолання законодавчих прогалин, які проявляються під час судового розгляду цивільно-правових спорів на рівні всіх судових інстанцій. Незважаючи на те, що суд і не є творцем права, оскільки має свої завдання в системі розподілу влад, саме суд на фоні суттєвого відставання матеріального законодавства від фактичного розвитку суспільних відносин виконує роль природного «ремонтника» права, оскільки лише суд може тлумачити норми права, розширюючи при цьому розуміння змістовно-правової суті окремих їхніх понять, слів, словосполучень. Таким чином, суд моделює нові правові ідеї, положення, поняття, доповнюючи чи уточнюючи окремі, вже сформовані раніше правові формули (позиції) по суті, залишаючись останнім рубежем, за межами якого стоїть публічний простір, що вимагає справедливих, неупереджених, розумних судових рішень, які б відповідали принципу верховенства права, були логічними, ясними і зрозумілими кожній людині, оскільки рішення, яке вступило в законну силу, набуває не лише своєї змістовної публічності, а й правової сили з обов'язковим його виконанням. І саме від того, який рівень якості правозастосовчого, правотворчого процесів, залежить і подальший розвиток права і єдність правозастосовчої практики судів сучасної України.

Безумовним фактом є те, що зближення загального і континентального права має місце саме у сфері судової правотворчості. Для України з її доволі «застарілим» законодавством як у сфері трудових, так і

земельних, сімейних, житлових правовідносин, питання судового правотворчого процесу набувають особливого значення, оскільки правотворчий процес судів дає змогу «добудовувати» право на рейках оновлених суспільних відносин, норм моралі, принципів верховенства права і справедливості з метою якнайточнішої юридичної кваліфікації спірних відносин.

Ключові слова: судова правотворчість, правосуддя, цивільний процес, судовий прецедент.

Zapara S.I. PECULIARITIES OF FORMATION OF PROCEDURAL AND LEGAL MECHANISM OF JUDICIAL LEGAL ACTIVITY AND ITS LIMITS

Judicial law-making as a procedural-legal institution is a product of judicial activity and is mostly due to low-quality substantive legislation or its absence. For these reasons, judicial lawmaking is seen as a procedural and legal mechanism aimed at overcoming legislative gaps that appear during the judicial review of civil disputes at the level of all courts. Despite the fact that the court is not the creator of law, as it has its tasks in the system of separation of powers, but the court against the background of significant lag of substantive law from the actual development of social relations plays the role of natural “adjuster” of law, norms of law, while expanding the understanding of the substantive and legal essence of their individual concepts, words, phrases. Thus, the court models new legal ideas, provisions, concepts, supplementing or clarifying certain previously formed legal formulas (positions) in essence, remaining the last frontier, beyond which there is a public space that requires fair, impartial, reasonable court decisions, which would correspond to the principle of the rule of law, were logical, clear and understandable to everyone, because the decision, which entered into force, not only acquires its substantive publicity, but also acquires legal force with its mandatory implementation. And it depends on the level of quality of law enforcement, law-making processes and the further development of law and the unity of law enforcement practice of the courts of modern Ukraine.

The unconditional fact is that the convergence of common and continental law takes place in the field of judicial lawmaking. For Ukraine, with its rather “outdated” legislation in the field of labor, land, family, housing, issues of judicial lawmaking are of particular importance, as the lawmaking process of courts provides an opportunity to “complete” the law on the rails of renewed social relations, moral norms, principles of the rule of law and justice in order to more accurately legalize the disputed relationship.

Key words: judicial lawmaking, justice, civil process, court precedent.