

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2021.3.15>**Ясинок Д. М.,**аспірант кафедри правосуддя,
асистент кафедри приватного та соціального права
Сумського національного аграрного університету

УНІФІКАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЇЇ МЕЖ

Анотація. У статті проаналізовано особливості уніфікації процесуального законодавства у сфері судової правотворчості та її меж із точки зору цивільного, адміністративного та господарського права в Україні.

Автор доводить, що судова правотворчість є природною закономірністю, оскільки законодавець ніколи не зможе досягти такого рівня законотворення, за якого, з одного боку, була б абсолютна однозначність норм права, а з іншого боку, таке законодавство мало би незмінний, стабільний характер. Оскільки судова правотворчість як правова категорія має нелінійний, несистемний характер, то вона може бути лише тоді, коли наявні законодавчі прогалини (щілини), з одного боку, та неможливість їх подолання за рахунок правових аналогій, з іншого боку. Водночас така правотворчість має для суду зобов'язальний характер, хоча вона не залежить від волі законодавця, оскільки така воля не має свого закріплення в процесуальному законодавстві. Безумовним фактом є те, що судова правотворчість є характерною для загального права, але її проникнення у сферу дії континентального права поступово приводить до зближення цих правових систем та їх традицій.

Прискорення такого процесу у сфері зближення двох правових систем породжено, з одного боку, вкрай стрімким розвитком суспільних відносин і відставанням законотворчого процесу від реалій суспільного життя, через що виникає надмірне старіння поточного законодавства, а з іншого боку, наявністю законодавчих упущень внаслідок стилістичних помилок чи не врегулювання певних відносин, про які законодавець, приймаючи те чи інше законодавство, просто не міг знати. Судова правотворчість – це остання межа, де відбувається подолання законодавчих прогалин (щілин) за рахунок формування певної правової формули задля якомога точнішої юридичної кваліфікації спірних відносин, коли застосувати певний вид правових аналогій неможливо. Безумовно, судова правотворчість не є індульгенцією суду для створення підстав до упередженого розгляду справи. Це окрема процесуально-правова категорія, яка існує лише там і тоді, де виникає необхідність подолання законодавчих прогалин (щілин) чи є певна законодавча неповнота, спірність або стилістична чи правова невизначеність.

Ключові слова: *судова правотворчість, цивільне судочинство, законодавчі прогалини (щілини), межі судової правотворчості.*

Yasynok D. M. Unification of procedural legislation in the field of judicial lawmaking and its boundaries

The article analyzes the features of unification of procedural legislation in the field of judicial lawmaking and its boundaries in terms of civil, administrative and commercial law in Ukraine.

The author argues that judicial lawmaking is a natural pattern, because the legislator will never be able to reach a level of legislation at which there would be on the one hand absolute unambiguity of law, and on the other such legislation would be unchanged, stable. Since judicial lawmaking as a legal category is not linear, not systemic, it can take place only when there are legislative gaps (cracks) on the one hand and the impossibility of overcoming them by legal analogies – on the other. At the same time, such law-making is binding on the court, although it does not depend on the will of the legislator, as such a will is not enshrined in procedural law. It is an unconditional fact that judicial lawmaking is characteristic of common law, but its penetration into the scope of continental law gradually leads to the convergence of these legal systems and their traditions.

Acceleration of this process in the field of convergence of the two legal systems is caused on the one hand by the rapid development of social relations and the lag of the legislative process from the realities of public life and on these grounds excessive aging of current legislation, and on the other – the presence of legislative omissions due to stylistic errors relations, about which the legislator, adopting this or that legislation, simply could not know. Judicial law-making is the last limit where legislative gaps (gaps) are overcome by forming a certain legal formula for the purpose of the most accurate legal qualification of disputable relations, when it is impossible to apply a certain type of legal analogies. Of course, judicial lawmaking is not an indulgence of the court to create grounds for a biased

trial. This is a separate procedural category, which takes place only where and when there is a need to overcome legislative gaps (gaps) or there is a certain legislative incompleteness, controversy or stylistic or legal uncertainty.

Key words: *judicial lawmaking, civil proceedings, legislative gaps (cracks), boundaries of judicial lawmaking.*

Вступ. Судова правотворчість, являючи собою процесуально-правове явище, має локальний, нелінійний, несистемний характер. Водночас вона наявна у сфері не лише цивільного, але й адміністративного та господарського судочинства. Саме з цих підстав науковці заговорили про формування на теренах українського правосуддя різнопідвідомчих основ прецедентного права, джерелом якого є правотворчий процес суддів. Судова практика Великої Палати Верховного Суду показує, що за наявності виключної правової проблеми процес її подолання можливий лише за рахунок судової правотворчості, яка не лише вирішує практичні завдання правосуддя, але й забезпечує розвиток права та формує єдину правозастосовну практику в державі. Така тенденція дає можливість говорити про наявність процесу зближення загального і континентального права та їх взаємопроникнення.

Таким чином, визнання наявності судової правотворчості, яка притаманна загальному праву, але в межах правових традицій континентального права дає можливість стверджувати, що в Україні в усіх видах цивілістичного судочинства фактично наявне прецедентне право, дає змогу визнавати судові прецеденти джерелом права.

Питання судової правотворчості в цивільному, адміністративному та господарському правосудді стає одним із найактуальніших питань сьогодення, і з цих підстав воно є предметом цілої низки наукових досліджень, які здійснюють вчені нашої держави, зокрема Н. Гураленко (2010 рік), Б. Малишев (2011 рік), Ю. Меляков (2012 рік), Р. Сабодаш (2013 рік), Я. Романюк (2016 рік), М. Козюбра (2017 рік), І. Балюк (2019 рік), Н. Стецик (2019 рік), О. Кібенко (2020 рік), М. Курило (2020 рік), П. Комар (2021 рік), С. Запара (2021 рік), І. Кравченко (2021 рік). Незважаючи на це, питання судової правотворчості, її особливості, форми і межі, як і саме поняття судової правотворчості, так і не отримали ні свого законодавчого закріплення, ні доктринально сталого розуміння. Це означає, що дослідники знаходяться лише на першому

етапі пізнання природи судової правотворчості, умов її виникнення, тих принципів і засад, на яких може формуватися правотворчий процес.

Виклад основного матеріалу. Розвиток українського суспільства в питаннях цивільних, адміністративних, господарських правовідносин на фоні новітніх технологій в інформаційній, технічній, технологічній, енергетичній та інших сферах спонукає юридичну спільноту до пошуку нових оптимальних моделей у питаннях захисту прав, свобод та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб, які б дали можливість на рівні цивільного, адміністративного та господарського судочинства відійти від радянського нормативізму з його верховенством закону та перейти на рівень природного права, в основі якого лежать принципи верховенства права, справедливості, розумності та логічності.

Це питання має не просто технічний чи процесуально-правовий характер. Воно є більш складним, оскільки потребує як нових поглядів у сфері доктринальних досліджень, так і нових підходів до правозастосовної практики, яка потребує нової генерації суддів.

Однією з глобальних проблем, з якою сьогодні мають справу не лише судді загальних судів України, але й судді континентальної Європи, – це поступове зближення континентального і загального права на основі судового правотворчого процесу, який донедавна був «водорозділом» між англосаксонською і романо-германською правовими сім'ями. Підставами такого зближення послугувало те, що вкрай стрімкий розвиток новітніх технологій породив велику кількість нових правовідносин у кібернетичній, космічній, медичній, роботизаційній, андроїдній та інших сферах. Такі зміни уже відбуваються не в проміжку року чи місяця, а навіть днів. З цих підстав законодавець із його ускладненою і розтягнутою в часі процедурою законотворення просто не встигає урегулювати всі ті чи інші питання новизни, які вже встигли набути спірного характеру і з цих підстав потребують судового розгляду. Незважаючи на це, ст. 124 Конституції України

зазначає, що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі». Розвиваючи цю тезу Конституції у сфері процесуального законодавства, законодавець заборонив судам відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини (ч. 10 ст. 10 ЦПК України, ч. 4 ст. 6 КАС, ч. 11 ст. 11 ГПК України). Таким чином, законодавець фактично створив єдину процесуально-правову матрицю щодо доступу до правосуддя і одночасно опосередковано надав право судам різної підвідомчості на судову правотворчість, оскільки за наявності неповноти чи нечіткості, чи суперечливості або відсутності законодавства єдиним шляхом подолання таких законодавчих прогалин є правотворчий процес, який повинні вчиняти судді.

Цей процес має об'єктивний характер, оскільки континентальна модель правосуддя, яку успадкувала Україна від радянського судочинства, сьогодні зазнає кардинальних змін, бо Україна все більше і більше вторгається у правовий простір Європейського Союзу не лише у сферах торгівлі, відкритого неба чи єдиних енергосистем, але й у питаннях прав людини, прецедентного правосуддя, через що вимушена сприймати той міжнародний правопорядок (в тому числі, у сфері судочинства), який сьогодні уже сформований. З цих підстав Україна сприймає судову практику Європейського суду з прав людини як джерело права, а законодавець хоча і опосередковано, але все ж таки надає судам усіх рівнів право на судову правотворчість. У зв'язку з цим голова Верховного Суду В. Данішевська підтримує такий підхід, називаючи таку практику «нормальною, оскільки вона відповідає Конституції і навіть є необхідною. Без цього судова практика не зможе нормально існувати» [1].

М. Козюбра, посилаючись на роботу Євгена Ерліха «Теорія суддівського (nichterlichen) знаходження права», констатує той факт, що суддя не є простим «копіювальником приписів закону. Він має зважати на безліч не лише юридичних, але й політичних, моральних, психологічних та інших чинників, перебуваючи в постійному контакті з потребами правового життя» [2, с. 38]. М. Коппеллеті звертає увагу на роль судді у правотворчому процесі, зазна-

чаючи, що суддя, без сумніву, є центральною проблемою будь-якої системи цивільного судочинства (“undoubtedly the central problem of any system of civil procedure”) [3, с. 252].

Водночас ми розуміємо, що суди не є законотворцями, отже, вони не творять право. Однак практика показує, що суд не може відкласти справу до того часу, коли законодавство зміниться. Завданнями правосуддя у різній його підвідомчості є оперативний розгляд і вирішення судових справ задля ефективного захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів сторін спору. Саме такі завдання законодавець ставить перед судами різної підвідомчості (ч. 1 ст. 2 ЦПК України, ч. 1 ст. 2 КАСУ, ч. 1 ст. 2 ГПК України). Хоча в континентальній правовій сім'ї, до якої належить Україна, джерелом права є нормативний акт [4, с. 23], тенденція щодо руху судочинства в бік загального права з його судовою правотворчістю, яка лежить в основі судового прецеденту, лише посилюється.

Так, у Франції є наявною думка про те, що судова влада наділена функцією законотворчості [5, с. 1351]. В Україні хоча роль законодавства проголошується провідною, проте як на доктринальному, так і на правозастосовному та законодавчому рівнях Україна переходить фактично до централізованого правосуддя, коли законодавець опосередковано дає сигнал через своє процесуальне законодавство щодо можливої судової правотворчості і формування на цій основі прецедентного права, не відштовхуючись від традицій континентального права.

Таким чином, наше правосуддя сьогодні перебуває в проміжку між континентальним і загальним правом, оскільки, відійшовши від основ першого з його верховенством закону, ми не визнаємо другого, оскільки судовий прецедент не визнається джерелом права. Саме сьогодні Україна визначається, залишиться вона у сфері позитивістської теорії права чи буде розвиватися в напрямі природного, загального права, розвиваючи сутність принципу верховенства права у правозастосовній практиці, не обмежуючись лише його проголошенням, оскільки, як зазначає Р. Майданік, лише судова влада заповнює прогалини в законодавстві і дає роз'яснення, які ніхто інший надати не може [6, с. 41], хоча суд не здійснює правотворення, оскільки це є самостійною, функціональною,

колективною роботою депутатів Верховної Ради, яка спрямована на розроблення й прийняття законів, окремих норм чи певних положень. Суд має можливість лише на локальну судову правотворчість, яка виникає там і тоді, де під час розгляду цивільних, адміністративних чи господарських справ виникає невідкладна необхідність у «ремонті» певної норми права чи її окремих положень, які уже не відповідають потребам суспільства і з цих підстав деформують принципи й дух Конституції України чи її окремі положення.

Таким чином, поняття «судова правотворчість» є набагато вужчим за поняття «правотворення».

Водночас виникає питання про те, яким є алгоритм руху суду до судової правотворчості. Отже, де та межа, з якої починається судовий правотворчий процес? Так, законодавець у ч. 9 ст. 10 ЦПК України та ч. 10 ст. 11 ГПК України зазначає, що, «якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)».

Таким чином, за наявності законодавчих прогалин чи інших законодавчих неузгоджень щодо спірних відносин законодавець пропонує судам спочатку «віднайти закон, що регулює подібні за своїм змістом правовідносини». Якщо такий закон відсутній, то суд може застосувати міжгалузеву аналогію. Якщо ж аналогію закону застосувати до спірних відносин неможливо, то суд повинен обґрунтувати свою позицію на основі «загальних засад законодавства».

Здається, що правові аналогії виключають можливість суду на судову правотворчість. Насправді це не так. Потрібно розуміти те, що процедура щодо застосування правових аналогій ґрунтується на правотлумачному процесі, предметом якого є змістовно-правове значення слів чи словосполучень певної норми права. При цьому такий правотлумачний процес наявний лише в межах горизонту змістовно-правової сутності цієї норми права чи загальних засад законодавства. Він не може виходити за їх межі. Безумовно, кожен правотлумачний процес вносить у його зміст певну частку новизни, але рівень такої новизни є незначним, оскільки він стримується межами змісту норм права чи загальних засад законодавства.

Щодо цього С. Шевчук зазначає, що «важко провести чітку межу між тлумаченням та суддівською правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент вибору та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності» [7, с. 640].

Питання ж судової правотворчості наявні лише за умови законодавчих прогалин, з одного боку, та неможливості застосування до спірних відносин правових аналогій, з іншого боку. Безумовним фактом є те, що застосування такого алгоритму процесуальних дій суду з точки зору законодавця є виправданим, оскільки судова правотворчість є останнім рубежем у сфері правозастосовної практики. Уявлення про те, що на рівні позитивістського підходу «можливо ухвалити будь-яке судові рішення, є ілюзією» [8, с. 38]. Ось чому процес судової правотворчості ґрунтується на загальному праві, суспільних цінностях та моральних принципах.

Це дійсно так, оскільки чинне законодавство загалом і кожна норма права зокрема не передбачають у своєму змісті урегулювання конкретного спірного випадку. Більшість норм має абстрактно-правовий зміст, і з цих підстав вони розраховані на безмежну кількість їх правозастосування. Такий підхід не враховує індивідуально-відособлений характер спору, його підстави, докази та дії кожної зі сторін. Ось чому іманентна властивість правосуддя, яка хоча має свої межі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки вона закладена в самій природі правосуддя [9]. Саме в цьому аспекті Мелвін Арон Айзінберг говорить про те, що правотворчість у контексті вирішення конкретних суперечок підтримує розвиток права в контексті з реальністю [10, с. 224].

Це дійсно так. Сьогодні наше галузеве процесуальне законодавство закріплює цю тезу, зазначаючи, що Велика Палата Верховного Суду може взяти до свого розгляду справу, яка «містить виключну правову проблему, і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики». Така правова формула є сьогодні уніфікованою, і з цих підстав має своє ідентичне закріплення як у ч. 5 ст. 403 ЦПК України [11], так і в ч. 5 ст. 436 КАСУ [12] та ч. 5 ст. 302 ГПК України [13].

Такий підхід законодавця щодо уніфікації одних і тих же положень до різних процесуальних

кодексів не лише має теоретичний напрям щодо розвитку права в різних сферах суспільного життя, але й створює єдиний фундамент у сфері правозастосовної практики, з одного боку, та дає можливість найвищому судовому органу нашої держави «добудувати» право за наявності законодавчих прогалин, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства, з іншого боку.

Отже, якщо йдеться про судову правотворчість як інтелектуально-правовий процес, який дає можливість сформулювати суду певну правову формулу задля подолання законодавчих прогалин (щілин), то така формула буде конкретизована щодо конкретного закону та конкретного предмета спору. Вона змістовно повинна узгоджуватися з наявною ідеологією суспільства з урахуванням ідеї певної галузі права, у сфері правозастосовної практики щодо конкретного предмета спору, що в синтезованій сукупності принцип верховенства права формує поняття справедливості. Таким чином, судова правотворчість не може мати плановий, системний характер, а, навпаки, є непостійною, несистемною категорією [14, с. 66].

Незважаючи на це, саме судова правотворчість поступово створює уніфіковану систему

міжгалузевого прецедентного права в Україні, поєднуючи в такий спосіб різні процесуальні моделі світового правосуддя.

Висновки. Судова правотворчість як процесуально-правове явище являє собою комплексну процесуально-правову категорію, у якій поєднуються професійні знання й навички суддів, їх інтелектуально-правовий досвід, практичне мислення та наявний філософсько-правовий погляд на проблему з точки зору суспільних та моральних цінностей, логіки суджень, що дає можливість створити таку процесуально-правову формулу, зміст якої міг би заповнити законодавчу прогалину, яка б дала можливість розглянути цивільну, адміністративну чи господарську справу по суті. Безумовним фактом є те, що така правова формула, якщо вона сформована судом першої інстанції під час розгляду цивільної, адміністративної чи господарської справи, має можливість пройти перевірку як на змістовно-правову, так і на суспільно-правову якість на рівні як апеляційного, так і касаційного провадження.

Звісно, право на судову правотворчість – це не дозвіл на безмежність права. Це наявність певних умов та неможливості застосування правових аналогій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Виступ голови Верховного Суду В. Данішевської з доповіддю «Правові позиції Великої Палати Верховного Суду та стандарти Ради Європи». *Забезпечення єдності судової практики: правові позиції Великої Палати Верховного Суду та стандарти Ради Європи* : матеріали міжнародної онлайн-конференції. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Praktika_VPVS_vustyp.pdf (дата звернення: 22.11.2021).
2. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.
3. Cappelletti M. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. 1989. 252 p.
4. Merryman J.H. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 1985. 23 p.
5. Lasser M. de S.-O-I'E. *Judicial (Self) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, 104.1325. *Yale Law Journal*. 1995. P. 1351–1355.
6. Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України. *Юридична Україна*. 2012. № 12. С. 41–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2012_12_9 (дата звернення: 23.11.2021).
7. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Реферат. Київ, 2007. 640 с.
8. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.
9. Eisenberg. Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. 1st Harvard University Press / pbr. ed. Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1991. 224 p.
10. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 15.11.2021).
11. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV. *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 15.11.2021).
12. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року № 1798-XII. *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 15.11.2021).
13. Комар П. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права : дис. ... докт. філос. наук. Вінниця, 2021. 66 с.