

КРАВЧЕНКО І. О.,

доктор юридичних наук,
доцент кафедри адміністративного та
інформаційного права
(Сумський національний аграрний
університет)

КОТВЯКОВСЬКИЙ Ю. О.,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правосуддя та філософії
(Сумський національний аграрний
університет)

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2023.1.9>

ЗАКОНОДАВЧІ ПРОГАЛИНИ ТА МЕХАНІЗМ ЇХ ПОДОЛАННЯ ЗА РАХУНОК СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

У статті йде мова про судову правотворчість в цивільному судочинстві України, яка має місце з підстав наявності в матеріальному праві певних законодавчих прогалин. Автори звертають увагу на те, що законодавчі прогалини у вигляді неповноти, неточності чи суперечливості норм права являють собою природну закономірність, яка завжди має місце там, де цивільні відносини набувають свого динамічного розвитку і законодавець виходячи із об'єктивності законодавчих актів, які одночасно діють в часі і просторі нашої держави об'єктивно не встигає контролювати відповідність всіх норм права рівню суспільного розвитку. Саме з цих підстав суди, які за загальним правилом розподілу влад не творять право змушені вдаватись до судової правотворчості здійснюючи по суті відновлення змісту норм права за рахунок їх доповнення, уточнення чи усунення суперечливості норм права. Метою такого процесу є оперативне урегулювання спірних відносин, які стали предметом судового розгляду. Але урегулювати їх тим законодавством, яке має певні правові неузгодженості неможливо. Зупинити ж процес правозастосування з підстав неповноти, неточності чи суперечливості норм права при відсутності правових аналогій не можливо.

У зв'язку з цим, автори приходять до висновку, що поняття «судової правотворчості» і «судового прецеденту» не дивлячись на те, що формою їх змістовного закріплення є судові рішення не є питаннями ідентичними, оскільки судовий прецедент формується на основі принципів, нових правил чи положень, які сформовані найвищим судовим органом, а судова правотворчість ґрунтується на подоланні законодавчих прогалин змістом яких є неточність, неповнота чи суперечливість існуючих норм права. Наголошується, що такий підхід дає можливість зокрема Великій Палаті Верховного Суду відступати від висновків щодо застосування норм права у подібних правовідносинах, формуючи нові положення, які за рахунок «м'якої імперативності» не набувають процесуального статусу судових прецедентів, а разом з тим вони розвивають право, оскільки урегульовують ті чи інші спірні відносини, які мають юридичну невизначеність.

Ключові слова: *судова правотворчість, законодавчі прогалини, цивільний процес, правозастосовча практика, подолання законодавчих прогалин, континентальне і загальне право.*



Kravchenko I. O., Kotvyakovsky Yu. O. Legislative gaps and the mechanism of overcoming them at the expense of judicial law-making in the civil justice system of Ukraine

The article deals with judicial law-making in the civil judiciary of Ukraine, which takes place due to the existence of certain legislative gaps in the substantive law. The authors draw attention to the fact that legislative gaps in the form of incompleteness, inaccuracy or inconsistency of legal norms are a natural pattern that always occurs where civil relations acquire their dynamic development and the legislator based on the objectivity of legislative acts that simultaneously act in the time and space of our country does not have time to objectively monitor the compliance of all legal norms with the level of social development. It is for these reasons that the courts, which according to the general rule of distribution of powers do not create law, are forced to resort to judicial law-making, essentially restoring the content of legal norms by supplementing them, clarifying or eliminating inconsistencies in legal norms. The purpose of such a process is the prompt settlement of disputed relations that have become the subject of court proceedings. But it is impossible to regulate them with the legislation that has certain legal inconsistencies. It is not possible to stop the process of law enforcement on the grounds of incompleteness, inaccuracy or contradiction of legal norms in the absence of legal analogies.

In this regard, the authors come to the conclusion that the concepts of «judicial law-making» and «judicial precedent», despite the fact that the form of their meaningful consolidation is a court decision, are not identical issues, since the judicial precedent is formed on the basis of principles, new rules or regulations, which are formed by the highest judicial body, and judicial law-making is based on overcoming legislative gaps, the content of which is the inaccuracy, incompleteness or contradiction of existing legal norms. It is emphasized that this approach makes it possible, in particular, for the Grand Chamber of the Supreme Court to depart from conclusions regarding the application of legal norms in similar legal relations, forming new provisions that, due to «soft imperativeness», do not acquire the procedural status of judicial precedents, but at the same time they develop the law, as they settle certain disputed relations that have legal uncertainty.

Key words: *judicial law-making, legislative gaps, civil process, law enforcement practice, overcoming legislative gaps, continental and general law.*

Постановка проблеми. Вчення про судову правотворчість в Україні лише набирає свого наукового потенціалу, оскільки воно починає впливати не лише на правозастосовчу практику судів всіх рівнів різної підвідомчості, а і на публічну практику адміністрування, бо тепер правові позиції Верховного Суду відповідно до Закону України «Про адміністративну процедуру» стають обов'язковими в правозастосовчій практиці адміністративних органів нашої держави.

Все це у своїй сукупності зумовлює науковців до наукових досліджень щодо підстав за якими судова правотворчість стає процесуальною необхідністю, оскільки її механізм дає можливість суду долати законодавчі прогалини, які являють собою природну закономірність відповідно до якої кожен, навіть найбільш досконалий закон у своїй перспективі завжди буде мати певні законодавчі прогалини у вигляді неповноти чи неточності норм права, а то і взагалі наявності правових пустот. Подолання таких прогалин (пустот) є обов'язком суду як правозастосовчого органу, який зобов'язаний урегулювати спірні відносини, які стали предметом судового розгляду. Оскільки законодавчих актів, які діють в Україні, з кожним роком стає все більше і більше, а їх зміст з точки зору якісних його показників, постійно має певні законодавчі неузгодженості, обумовлені як «турборежимом» законодавця так і пришвидшеною динамікою суспільного розвитку, то з цих причин суди постійно починають зіштовхуватися як з «законодавчими прогалинами» так і «виключними правовими



проблемами», які потребують свого вирішення на різних рівнях судової системи як загальних так і адміністративних та господарських судів.

Таким чином, проблема «судової правотворчості» на рівні правозастосовчої практики набуває комплексного характеру, оскільки вбирає в себе як питання матеріального так і процесуального права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання судової правотворчості у сфері цивільного процесуального права до недавнього часу не були предметом наукових досліджень, оскільки джерелом права в романо-германській правовій сім'ї (континентального права) до якої належить і правосуддя України є закон. З цих підстав про правотворчість судів, якщо і згадувалось, то лише в контексті питань, які стосувалися загального розвитку права. Сьогодні потужна динаміка суспільного розвитку вимагає від законодавця постійного контролю над всією доволі обширною і структурованою законодавчою базою з метою вчасного її корегування з чим законодавець об'єктивно справитись не в змозі.

Саме з цих підстав «судова правотворчість» набуває все більшого і більшого правового значення у сфері загального судочинства, оскільки вона робить перші кроки до зближення загального і континентального права.

Всі ці питання та інші були предметом наукових досліджень Б. Малишева (2011), М. Козюбри, Я. Романюка (2016), Н. Стеценка (2019), В. Косович (2020), П. Комар, С. Запари (2021), Г. Тимченка, Д. Ясинка, І. Арістової, Ю. Рябенка (2022) та інших.

Метою дослідження є питання впливу «судової правотворчості» на правозастосовчий процес в цивільному судочинстві нашої держави та впливу даного процесу на механізм зближення загального і континентального права.

Виклад основного матеріалу. Право в усі часи виконувало і виконує регулятивну роль у сфері суспільних відносин, а відтак воно розвивається в тому напрямку і в тих межах, які визначені законодавцем. Таким чином законодавство по суті стає суспільною стенограмою, знайомлячись з якою ми можемо з легкістю визначити рівень суспільного розвитку тієї чи іншої держави в той чи інший період її існування.

Отже, право і держава є невід'ємними складовими, які утворюють державно-правову систему в межах якої і існує суспільство. І хоча право є похідним від держави, але саме право обумовлює і регулює всі сфери його життя і розвитку.

В той же час право є однією із найскладніших суспільних систем, оскільки воно виникло, розвивалось і функціонувало, а відтак і «мігрувало» від одних національних кордонів до інших, удосконалюючись та відточуючи на основі природного відбору свої кращі зразки, принципи, певні правила та положення, які задовольняли суспільство на шляху його природного, науково-технічного чи технологічного розвитку [1, с. 103]. Це і є однією із головних причин суспільної цінності права.

Саме з цих підстав науковці різних країн на протязі тисячоліть намагалися пізнати його закономірності, принципи та правила функціонування, практичне правозастосування, та механізм впливу на ті чи інші суспільні відносини з точки зору як з матеріального так і процесуального права. В той же час практика показує, що всі правові положення з часом нівелюються, оскільки незалежно від їх науковості, практичності та логічності, вони завжди будуть мати певні неточності чи неузгодженості або суперечливості.

Така об'єктивна закономірність завжди пов'язується із динамікою суспільного розвитку зміст якої полягає у розвитку науки, техніки, виробництва, численних відкриттів, які змінюють не лише рівень і якість життя людей, але змінюють і їх суспільну поведінку. З цих підстав вся система законодавчих норм, в той чи інший період часу, безумовно потребує свого оновлення, уточнення чи доповнення. Це є об'єктивним процесом розвитку природного права яке не дивлячись на постійний процес накопичення різномірних теорій та прийняття різнонаправленого законодавства завжди буде характеризуватись певною своєю неповнотою.

Вже сьогодні практика показує, що при функціонуванні в Україні великої кількості законодавчих актів, а їх на сьогодні налічується більше мільйона [2, с. 13], законодавець



об'єктивно не має реальної можливості відслідковувати всі законодавчі акти на відповідність їх реальному суспільному розвитку країни в тих чи інших сегментах її економіки, права чи фінансів.

Така ситуація безумовно приводить до того, що в нормативно-правових актах починають виникати спочатку певні законодавчі неузгодженості, а потім і законодавчі прогалини, розширення яких призводить до правових розривів між суспільним розвитком і правом [3, с. 420].

Під «правовими розривами» розуміється наявність тих чи інших дій, подій, фактів чи обставин, які впливають на поведінку людей у суспільному житті, але останні або неурегульовані нормами права, або такі норми, є неточними, неповними чи носять суперечливий характер, а відтак при наявності спірних відносин, які стали предметом судового розгляду суд не має можливості до прямого правозастосування таких норм права, оскільки останні мають змістовно-правову невизначеність або такі норми права взагалі відсутні. Саме в таких випадках мова завжди йде про судову правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин. І хоча суд не є творцем права, але Конституція України гарантуючи особі судовий захист (ст. 8) фактично зобов'язує суд вдаватися до судової правотворчості.

Отже, ми говоримо про судову правотворчість як нову процесуально-правову реальність, яка змінює підходи в правозастосовчій практиці цивільного судочинства, основі якої з одного боку лежать базові цінності суспільного розвитку, а з іншого суспільна модель взаємодії держави і суду, права і суду на перехідному етапі судово-правової реформи, де теоретизована наявність судової правотворчості ще не набула своєї деталізованої якості, оскільки її положення достатньо не сформовані на доктринальному рівні [3, с. 420]. Законодавець, розуміючи і допускаючи наявність таких об'єктивних обставин, які обумовлюються тим, що законодавство може мати певні законодавчі прогалини, а більш того воно доволі швидко «застаріває», то з цих підстав зміст норм права починає «відставати» від суспільного розвитку. Саме з цих підстав законодавець заборонив судам відмовляти особі у розгляді її справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

Таким чином законодавець з одного боку не визнає того, що судді творять право, з іншого опосередковано «підштовхує» суди до судової правотворчості.

Сьогодні переважна більшість науковців переконана в тому, що суб'єктами судової правотворчості можуть бути лише вищі судові органи [4, с. 2]. Безумовно така позиція витікає із нашої історичної традиції, коли всю судову практику в Україні формував і спрямовував Верховний Суд України в особі свого Пленуму. Сьогодні Верховний Суд не лише формує правозастосовчу практику в країні але і долає «виключні правові проблеми» за рахунок судової правотворчості забезпечуючи в такий спосіб розвиток як матеріального так і процесуального права (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

Разом з тим судова правотворчість за діючим Цивільним процесуальним кодексом України може мати місце на різних рівнях судової системи, оскільки законодавство щодо цього немає ніяких обмежень чи заборон. Безумовно, що такий підхід не узгоджується ні з загальним правом, де судові прецеденти формують виключно найвищі судові інстанції, ні з континентальним правом, яке взагалі не визнає судову правотворчість, допускаючи лише можливість тлумачення норм права, оскільки в континентальному праві джерелом права є нормативний акт [5, с. 23]. В той же час, «в Україні, і в правосудді зокрема, виникли нові умови щодо розширення системи джерел права» [6, с. 151]. В цій частині Я.М. Романюк зазначає, що об'єктивно в Україні може існувати як судова практика (континентального права-авт.) так і судові прецеденти (загального права –авт.) [7, с. 12].

З цих підстав ми можемо говорити, що судова практика сьогодення вбирає в себе як класику матеріального так і процесуального права, яка ґрунтується на статутному праві з одного боку так і класику судових прецедентів Європейського суду з прав людини, та фактичних прецедентів Великої Палати Верховного Суду з іншого, і все це легітимізується законодавцем на рівні національного законодавства, і спрямовується на оперативність,



розумність, законність та обґрунтованість судових рішень, які ухвалюються на принципах верховенства права та справедливості [3, с. 420].

Як висновок можна зазначити, що інститут судової правотворчості по суті починає відігравати зв'язуючу роль між загальним і континентальним правом, у сфері правозастосовчої практики цивільного судочинства, що вказує на тенденцію до їх поступового зближення, що в майбутньому дасть «можливість до формування загальних принципів цивільного судочинства, які будуть об'єднувати традиції різних правових систем» [8, с. 145].

Таким чином, інститут судової правотворчості поєднує в собі особливості як загального так і континентального права, які набувають однотипних ознак, що означає те, що судова правотворчість з одного боку може ґрунтуватись на тлумаченні норм права з точки зору розширення, уточнення, осучаснення змістовно-правової суті норм права, а з іншого, судова правотворчість являє собою ефективну форму правозастосування з майбутньою передбачуваністю правозастосовчої практики, не являючись при цьому джерелом права. При цьому такі правові положення можуть мати певні ознаки імперативності у формі процесуального врахування, які притаманні і судовим прецедентам. Такі положення сьогодні займають правові позиції Великої Палати Верховного Суду. Виходячи саме з цих позицій, законодавець зазначає, що «при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд врахує висновки, щодо застосування відповідних норм права, викладених в постановках Верховного Суду» (ч. 4 ст. 263 ЦПК України). Разом з тим, законодавець словом «врахує», послаблює суть «українських прецедентів» створених Верховним Судом з тим щоб його не звинувачували у запровадженні в Україні прецедентного права.

Отже, слабкість цієї позиції полягає у відсутності виключної імперативності на місці якої запроваджується по суті «м'яка» імперативність, відповідно до якої суд сам визначає враховувати чи не враховувати ту чи іншу правову позицію Верховного Суду.

Такий правовий режим «м'якої» імперативності притаманний і рішенням Федерального Верховного Суду Німеччини, де відступ нижчестоящих судів від правових позицій найвищого судового органу також є можливим. Разом з тим «суддя суду нижчої інстанції не наважиться відхилитись від судової практики вищої судової інстанції, оскільки таке рішення повинно бути скасованим і лише в тому випадку, якщо для цього є серйозні фактичні підстави й передумови, в рамках конкретного спору, які він аргументуватиме суд є вільним приймати інше рішення» [9, с. 4].

Таким чином, як процесуальне законодавство України так і Німеччини запровадило «м'яку методологію» по застосуванню фактичної судової практики, яку формують їх Верховні Суди. З цих підстав можна зробити висновок про те, що судова практика Верховного Суду не носить виключної імперативності, а відтак вона не набуває виключних ознак судових прецедентів, хоча формування змісту правових позицій, як в «м'якій методології» сьогодення континентального права так і в загальному праві має місце в судовому рішенні. Тобто в частині процесуальної форми закріплення правових позицій (прецедентів), якою є судові рішення, континентальне і загальне право зближаються долаючи по суті законодавчі прогалини і розвиваючи в такий спосіб право як з прикладної так і теоретичної точки зору.

Разом з тим, поняття «судової правотворчості» і «судового прецеденту» не дивлячись на те, що формою їх змістовного закріплення є судові рішення не є питаннями ідентичними, оскільки судовий прецедент формується на основі принципів, нових правил чи положень, які сформовані найвищим судовим органом, а судова правотворчість ґрунтується на подоланні законодавчих прогалин змістом яких є неточність, неповнота чи суперечливість існуючих норм права. Такий підхід дає можливість зокрема Великій Палаті Верховного Суду відступати від висновків щодо застосування норм права у подібних правовідносинах, формуючи нові положення, які за рахунок «м'якої імперативності» не набувають процесуального статусу судових прецедентів, а разом з тим вони розвивають право, оскільки урегульовують ті чи інші спірні відносини, які мають юридичну невизначеність.

Висновки. Під поняттям «судової правотворчості» розуміється креативно-правова робота суду по відношенню до наявних норм права, які мають певні правові неузгодженості



з точки зору неповноти, неточності чи суперечливості їх змісту. В такому випадку розвиток права, а відповідно і формування єдиної правозастосовчої практики здійснюється не від теорії до практики, а навпаки. Метою «судової правотворчості» є процес подолання законодавчих прогалин під яким розуміється наявність «виключної правової проблеми» суб'єктами подолання якої сьогодні є Велика Палата Верховного Суду.

Список використаних джерел:

1. Тимченко Г.П. Котвяковський Ю.О. До питання про судову правотворчість в цивільному судочинстві. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 2. С. 101–105.
2. Стефанчук Р.О. Про засади правового регулювання правотворчої діяльності в Україні. *Право України*. 2021. № 12. С. 13.
3. Ясинок Д. М. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості. Матер. Всеукр. наук-практ. конф. 14–18 листопада 2022. СНАУ. С. 420.
4. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загально-теоретична характеристика. *Часопис академії адвокатури України*. 2010. № 8. С. 2.
5. Merryman J.H. The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. 1985. P. 23.
6. Курило М.П. Ясинок Д.М. Категорії «судова практика» та «судова правотворчість» у сучасній доктрині цивільного процесуального права України. *Право України*. 2020. № 11. 151 с.
7. Романюк Я.М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 12. С. 2–14.
8. Малєин Д.Я. Российский тип гражданского судопроизводства. *Юридическая наука и образование*. 2009. № 2. С. 145.
9. Гальке Грегор Головуючий суддя 6-го Сенату у цивільних справах Федеральної судової палати Федерального Верховного Суду ФРН. Мат. Наук.-практ. конф.: «Верховний Суд України і демократичне суспільство: витоки та перспективи». *Вісник Верховного Суду України*. 2013. № 4. С. 4.

