

Рябченко Ю.Ю.,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Університету державної фіскальної служби України

Кравцова Т.М.,
доктор юридичних наук,
професор кафедри правосуддя
Сумського національного аграрного університету

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2022.1.3>

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ТА ЇЇ ПРАВОВА ПРИРОДА

Постановка проблеми. Стаття присвячена дослідженню правової природи одного із найскладніших питань в цивільному, адміністративному та господарському судочинстві, яким є судова правотворчість.

Не дивлячись на те, що суд і не є законотворцем, але в правосудді виникають випадки, коли спірні правовідносини не мають свого нормативного урегулювання чи таке регулювання є неуточненим, чи має місце спірність між нормами однієї і тієї ж галузі права. Саме з цих підстав суд оперативно може дати найточніше і найякісніше правове визначення тим чи іншим поняттям у сфері тих чи інших спірних відносин, які виникли як між фізичними, так і юридичними особами у сфері приватного, публічного чи господарського права.

Безумовним фактом є те, що кожне правове явище, до якого відноситься і судова правотворчість, має свою історичну платформу, на основі якої виникають, і розвиваються ті чи інші правові теорії. Такою платформою є історичні традиції, які мали місце в цивільному судочинстві на різних етапах суспільного розвитку. Такий підхід дає можливість визначити як правові наслідки теоретичного так і практичного спрямування та можливість зрозуміти причини виникнення того чи іншого правового явища, в тому числі і такого правового явища як судова правотворчість. В роботі зачіпаються питання судової правотворчості в контексті становлення і розвитку прецедентного права в цивільному судочинстві. В статті досліджується правова природа та механізм судової правотворчості, процесуально-правові складові, які співвідносяться між собою, дають можливість подолати законодавчі прогалини під час розгляду судових справ.

Разом з тим, в роботі звертається увага на те, що судова правотворчість не є безконтрольним процесом, оскільки безмежність, а відтак і невідзначеність в праві – це шлях до правого хаосу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Судова правотворчість як правове явище в цивільному судочинстві України є питанням малодослідженим, хоча сьогодні, на фоні стрімкого розвитку суспільних відносин і одночасно застарілого, ще часом радянського законодавства, воно є доволі актуальним. Саме з цих підстав питання судової правотворчості та її меж були предметом наукових досліджень цілого ряду науковців, зокрема Я. Романюка (2016), Н. Стеценка (2019), П. Комар (2020), Д. Ясинка (2020–2021), С. Запари (2021), І. Кравченка (2021), Н. Рябченка (2021).

Незважаючи на це, питання судової правотворчості, які набули сьогодні міжгалузевого характеру, є одними із найдискусійніших у сфері цивільного процесуального права України і з цих підстав вони потребують свого наукового дослідження.

Метою статті є дослідження підстав та шляхів розвитку судової правотворчості в різні історичні епохи та розуміння правової природи такого процесуально-правового явища, яким є судова правотворчість.

Основні результати дослідження. Конфлікти, спори між людьми, які вступають в цивільні, сімейні, земельні, трудові, житлові правовідносини завжди мали, мають і будуть мати місце в майбутньому. Таким чином, мова йде про цілі блоки цивільно-правових спорів, які постійно виникають в житті людей. Суспільство не може існувати стабільно, якщо між його членами немає злагоди. Таку закономірність люди помітили доволі давно. Навіть в такому

примітивному суспільстві, яким був первіснообщинний устрій, де спори між членами роду були звичною справою. З цих підстав старійшинам роду доводилось доволі часто залагоджувати конфлікти з тим, щоб в роді існував спокій і злагода. Таким чином, старійшини по суті були першими суддями, які на основі свого життєвого досвіду та звичаїв роду визначали, що є справедливим, а що ні. Протягом тисячоліть такі правила оновлювались, розширялись, а відтак і тлумачилися в рамках наявності реальних фактів та обставин, передаючись із покоління в покоління. Отже, саме старійшини роду були першими інтерпретаторами та тлумачами родових звичаїв, розвиваючи в такий спосіб їх змістовну суть в контексті реального життя. Безумовно, що за рахунок такої творчої інтерпретації та тлумачної практики, існуючої в розумінні успадкованої змістовної суті того чи іншого звичаю, старійшини не лише розвивали звичаєве право, а і змінювали суть звичаїв з підстав нового розуміння інтересів родового суспільства.

Так, протягом тисячоліть формувалося звичаєве право, яке безумовно було казуїстичним, мало в собі цілий ряд ритуалів і особливостей, які ускладнювали процес розгляду різнопредметних спорів та конфліктів, які супроводжували, і до того не просте життя людей. З появою державності, письма, поступовим розвитком торгівлі, ремесел почали формуватись міста, де проживали вже члени не одного роду, а десятків, а то і сотень родів, які привносили в це життя свої звичаї. З одного боку це ще більше ускладнювало відносини між людьми, а з іншого за рахунок поступової їх уніфікації та відбору почало формуватись нове суспільство. Таким чином, людство поступово піднімалось на новий рівень свого розвитку – рівень права і державності, де уже мала місце чиновницька бюрократія, поліція, суди, які стали невід'ємними атрибутами держави. Суди були призначені розглядати не лише злочини проти людини і її власності, оскільки останні виникали доволі часто, а і формувати нові уявлення про суспільство на фоні стрімкого розвитку торгівлі, фінансів та виробництва. Настав час, коли ні претори, ні консули, ні навіть самі суди вже не могли урегулювати цивільно-майнові спори лише за рахунок знань звичаєвого права чи привносити в судочинство своє їх розуміння. Заявилось право у вигляді законів, які урегулювали спірні відносини в автоматизованому режимі. Разом з тим, законодавець не міг урегулювати всі без виключно спірні відносини. Не див-

лячись на це, вони постійно виникали з того чи іншого приводу. Таким чином суспільство вперше зіштовхнулось з таким поняттям як «судова правотворчість», оскільки суди зобов'язані були розглядати будь-які спори незалежно від того, були вони урегульовані нормами права чи ні. Разом з тим, в основі такого законодавства хоча і лежала розумна кодифікація осучаснених звичаїв, але все одно це були звичаї, які не мали свого остаточного статичного змісту. Безумовно, що такий підхід давав можливість суддям за рахунок тлумачення вводити в правосуддя нові поняття і положення, які розвивали права, але одночасно це був шлях і до зловживань з боку окремих суддів, які могли тлумачити «правові звичаї» з позицій різного роду інтересів, що не сприяло стабільності судової практики. Таким чином, стало зрозумілим, що суди повинні розглядати цивільні спори не на основі оціночних суджень тих чи інших звичаїв, а на основі зафіксованих, а відтак і незмінних та постійно діючих правил, які були б єдиними для всіх без виключень. Саме з цих підстав в різних державах світу почали з'явитися перші писані закони. До таких законів відносяться Закони XII таблиць, Закони Хаммурапі царя Вавілону, Закони Ману, Руська Правда тощо. Не дивлячись на те, що ліву частину таких законів продовжували складати місцеві звичаї, все ж логіка суджень тих людей, які кодифікували дані звичаї у формі єдиних законів та суспільне розуміння тих завдань, які вони ставили перед собою, зводилась до того, що такі закони повинні мати статичний зміст, який досягався за рахунок письмового закріплення норм права, що давало можливість до їх вивчення і однотипного їх правозастосування, оскільки перед такими законами всі були рівні. І хоча юридична основа таких законів, як і родових звичаїв знову ж зводилась до питання: що вважалося справедливим, а що ні, але тепер не на рівні оціночного судження старійшини роду, а на рівні погляду суспільства, обумовленого нормами права, що безумовно змінювало підходи до правосуддя. Звісно, що недосконалість таких законодавчих актів, численні та обширні законодавчі прогалини змушували суддів знову і знову вдаватись до суддівської правотворчості, вирішуючи спори по суті на основі свого життєвого досвіду, своїх знань та розуміння справедливості, але все ж це був суттєвий крок людства на шляху розвитку права та судочинства. Характерною особливістю на цьому етапі розвитку суспільства та розвитку правосуддя і судової правотворчості

зокрема, були едикти преторів, які в Древньому Римі ще в III ст. до н. е. визнавалися джерелом права. Саме за рахунок едиктів претори створювали для суддів «нові правові позиції у вигляді правових формул... заповнюючи в такий спосіб існуючі законодавчі прогалини» [3, 61-64]. Таким чином судова правотворчість мала місце і на етапі цивілізаційного розвитку однієї із наймогутніших імперій свого часу. Разом з тим, історія довела, що преторська правотворчість також мала цілий ряд недоліків, оскільки вона не мала стабільності, а іноді, була обумовлена інтересами як однієї із сторін, так і державних чиновників та інших впливових осіб. Розуміючи негативність такої практики держава пішла на обмеження преторської правотворчості. Таке обмеження відбувалося за рахунок точності змісту норм права та обширної їх деталізації. І це ми бачимо з Інституцій Гая, а в подальшому і у феодальному праві Німеччини (Саксонське Зерцало), Англії (Велика Хартія вольностей, 1215 р.) Російській Імперії (Соборне уложення 1649 р.). Але практика показала, що досягти паритету між правом і реальним життям суспільства неможливо, оскільки суспільство за рахунок швидкого розвитку всіх галузей економіки, сільського господарства, розширення кордонів держав, постійних військових походів змінюється доволі швидко, створюючи підстави для утворення все нових і нових правовідносин, а це означає, що з'являються нові життєві ситуації, які не були враховані, а відтак і не урегульовані нормами права. І знову на допомогу законодавцю «прийшла» суддівська правотворчість, яка «страхувала» останнього як від допущених ним законодавчих прогалин так і змістовно-механічних помилок, які допускалися в наслідок відсутності досвіду та спеціалістів-правників. Таким чином, практика показала, що суддівська правотворчість по суті є природною закономірністю, оскільки вона мала, має і буде мати місце в правосудді не залежно від різних наукових поглядів, і навіть поглядів самого законодавця. Безумовно, що держава може гарантувати розвиток права та законодавства, але гарантувати розвиток судової правотворчості вона не може. Вона може лише визнати таку можливість. І навіть якщо держава цього не робить, то це не означає того, що судова правотворчість не існує. Вона об'єктивно буде мати місце в правосудді завжди. Інша мова в яких межах, формах та суб'єктах такої правотворчості.

Зрозумівши таку закономірність англійські судді ще в XII ст. прийшли до висновку: якщо

подолати таку закономірність неможливо, то чи можливо її визнати? Саме така логіка суджень привела їх до того, що в 1170 році у Вестмінстері королівські судді домовилися комбінувати місцеві звичаї і діюче королівське законодавство, що давало можливість суддям, за рахунок судової правотворчості, узгоджувати їх остаточний зміст, на основі якого і відбувалося ухвалення судових рішень. А для того, щоб кожного разу не вдаватися до судової правотворчості при розгляді однотипних справ, до таких рішень застосовували формулу «*sta re clecisisy*», що означало «слідувати вже вирішеному у минулому і не змінювати встановленого» [1, 953]. Так з'явилося розуміння «живого права», яке і проклало початок формуванню судових прецедентів, в яких суди при наявності законодавчих прогалин чи спірності норм права, казуїстичності їх змісту, мали можливість, за рахунок інтерпретації загальних засад законодавства, розуміння суспільних цінностей, цінностей права та моралі створювати «правові формули», які не були обумовлені законом. У зв'язку з цим, такі рішення суддів почали прирівнюватись до діючого законодавства.

Таким чином в Англії вперше відбулося поєднання волі держави і природних норм поведінки людей, яка фіксувалася їх звичаями, що дало можливість розкрити нове бачення та розуміння права, як уніфікованого інституту щодо регулювання суспільних відносин [5, 545]. Отже, в правосудді «прийшло живе право», яке створювалося в судових процесах за рахунок судової правотворчості.

Таким чином, судова правотворчість заклала підвалини до «правових традицій» [4, 546], які привнесли у світове правосуддя індивідуалізм верховенства права і на його основі розвиток загального права з його повторюваністю в правозастосовчій практиці правосуддя. І хоча в основі вчення про судову правотворчість «завжди має місце логіка судді, все ж у своїй більшості вона, як правило ґрунтується на життєвому його досвіді, як людини та його досвіді як юриста. Таким чином суддя являючи собою суспільний продукт, акумулює в собі моральні цінності свого часу, певну суспільну поведінку, вчинки, рівень розвитку суспільства, що його оточує» [2, 130-131].

Безумовно, суд не є законотворцем. Його правотворчістю лише інтерпретуються природні права і обов'язки людини по відношенню до принципів моралі, суспільних цінностей, розуміння справедливості, яка лежить в основі

принципу верховенства права, співвідносячи все це до конкретних фактів і обставин, які підтверджені змістом тих чи інших доказів, які були досліджені судом в даному судовому засіданні. Разом з тим, безконтрольність у правозастосовчому процесі – це шлях до правового хаосу. Ось чому дане питання потребує серйозного до нього відношення. В першу чергу це стосується суб'єктивного визначення того юридичного статусу осіб, які мають право на судову правотворчість, оскільки такі кроки потребують виключного професіоналізму, життєвого досвіду та системного підходу до такого творчого процесу.

Безумовно, що джерелом права є законодавець, і ніхто не може його підмінити. Така закономірність є природною, і на сьогодні має своє конституційне закріплення. Разом з тим, зовсім недавно в Україні континентальне право ґрунтувалося на тому, що окрім законодавця, джерелом права є норма права. Такий підхід сформував жорстке, закостеніле правосуддя, де суддя був лише механічним виконавцем закону, не дивлячись на те, чи був закон справедливим по відношенню до конкретного випадку чи ні. Верховенство закону було понад усе. Така ситуація була характерною для всіх державних утворень на території яких мав, чи має місце, централізм влади, а це означає, що влада через своє законодавство завжди подавляє будь-яку демократію і суд в цьому плані буде виконавцем такої волі. При цьому, суд не врахував інтереси конкретної людини, по відношенню до тих чи інших фактів та обставин, які мали місце в тих чи інших правовідносинах. Достатньо було того, щоб предмет спору підпадав під конкретну главу чи розділ загальної норми права. Саме так і кваліфікувалися спірні правовідносини. При цьому поняття справедливості до уваги не бралось.

Коли ж Україна стала незалежною, демократичною державою, країна почала поступово відходити від жорсткого радянського нормативізму в праві, поступово змінюючи принцип «верховенства закону» на «верховенство права». Це дало можливість до появи і розвитку вчення про судову правотворчість, яке поступово займе місце в системі процесуального права.

Рябченко Ю.Ю., Кравцова Т.М. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУ ТА ЇЇ ПРАВОВА ПРИРОДА

У статті аналізується правова природа судової правотворчості в цивільному судочинстві в різні історичні епохи, підстави та особливості її становлення. Зокрема, звернуто увагу на те, що правотворчий процес мав місце навіть під час урегулювання різнопредметних спорів в первіснообщинному устрої, оскільки хоча і дуже повільно, але навіть примітивне суспільство все ж розвивалося, а з ним, і змінювалися родові звичаї, які з часом уточнювалися, і розвивалися старійшинами роду. Не дивлячись на те, що історія Древнього

Отже, судова правотворчість суддів може мати місце лише в межах процесуальної форми судових засідань. Це означає, що жоден адміністративний орган, посадова чи службова особа не мають права на правотворчий процес на своїй роботі. Такі органи і особи повинні у безумовному порядку дотримуватися норм права. При цьому, вони не можуть самостійно тлумачити чи інтерпретувати закони, оскільки ні Конституція України, ні жодне поточне законодавство такого права не передбачають.

Висновки

Історія первіснообщинного устрою у сфері практичного розсуду різнопредметних спорів, які виникали між членами роду, здійснювалася старійшиною роду на підставі звичаїв роду, які змінювалися, уточнювалися, а відтак і розвивалися. Епоха Древнього Риму характеризувалася преторською правотворчістю, яка змінювала судову практику у відповідності до розвитку суспільних відносин, фактично закладаючи основи судової правотворчості, які отримали реальне своє втілення в традиціях англійського права XII ст. і формування на цій основі прецедентного права. Такий напрямок в теорії права отримав назву загального права. Саме цей напрямок доволі часто превалював як традиція в радянській, так і пострадянській період нашої держави, і лише сьогодні інститут судової правотворчості починає свій розвиток в різних галузях процесуального права та судової практики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Carner B. A. Dictionary of Modern Legal Usage. – New York, Oxford University Press, 1995. – 953 p.
2. Ціппеліус Р. Філософія права: перекл.. 4-го вид. з нім. Є. М. Причепія. К.: Вид. Тандем. 2000. – С. 130-131.
3. Ясинок Д.М. Судові прецеденти в праві Античного Риму. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства». Харків - 16-17 лютого 2018 р. с.61-64.
4. Ясинок М.М. Введення в прецедентне право України Підручник: Цивільне процесуальне право України, за заг.ред.д.ю.н. проф.. М.М. Ясинка К.: Алерта.2016.-с. 546.
5. Ясинок М.М. Цивільне процесуальне право України Підручник 2016. К.:Алерта. С. 545.

Риму і його судочинства має декілька періодів свого розвитку, але саме в Римі преторське право, в основі якого лежав цілеспрямований правотворчий процес, отримав найвищий свій розвиток. Такий підхід усував із цивільного обороту застарілі звичаї та давав можливість долати законодавчі прогалини, які містилися в законодавчих актах того часу. Саме в такий спосіб узаконювалася в судових рішеннях новизна розвитку права та практика правозастосування.

В той же час, судова правотворчість була взята за основу в англійському праві, що дало можливість створити нову правову традицію, яка отримала назву загального права. Континентальне право не визнавало судову правотворчість, яка складала основу прецедентного правосуддя, відкидаючи її протягом всього радянського періоду і лише сьогодні законодавець заклав лише перші підвалини для поступового відходу від позитивістської теорії права до англосаксонської правової сім'ї.

В статті підкреслюється, що правотворчістю лише інтерпретуються природні права і обов'язки людини по відношенню до принципів моралі, суспільних цінностей, розуміння справедливості, яка лежить в основі принципу верховенства права.

Безумовним висновком в статті є висновок про те, що судова правотворчість має свої межі, оскільки неврахування даних обставин може привести до правотворчого хаосу в правосудді.

В статті доводиться, що інститут судової правотворчості закладає основи для розвитку прецедентного права в Україні. Важливим фактом на який звертають увагу автори роботи є те, що судова правотворчість може мати місце лише в межах процесуальної форми судових засідань, оскільки за їх межами «правотворчий процес» втрачає своє процесуальне значення, а тому не може братися до уваги.

Не дивлячись на те, що суд і не творить право, але маючи в наявності, хоча і опосередкований Цивільним процесуальним кодексом України набір процесуальних норм, які по суті дають підстави для судової правотворчості при наявності законодавчих прогалин (неповнота, нечіткість, суперечливість чи відсутність норм права, ч. 10 ст. 10 ЦПК України) суд розвиває право, формуючи єдність правозастосовчої практики.

Ключові слова: судова правотворчість, межі судової правотворчості, справедливість, подолання законодавчих прогалин.

Riabchenko Yu.Yu., Kravtsova T.M. JUDICIAL LAWMAKING IN CIVIL PROCEEDINGS AND ITS LEGAL NATURE

The article analyzes the legal nature of judicial lawmaking in civil proceedings in different historical epochs, grounds and features of its formation. In particular, attention is drawn to the fact that the law-making process took place even during the settlement of various disputes in the primitive communal system, because although very slowly, but even primitive society still developed, and with it, and changed ancestral customs, which were clarified over time. and developed by the elders of the family. Despite the fact that the history of ancient Rome and its judiciary has several periods of its development, but it was in Rome that praetorian law, which was based on purposeful law-making process, received its highest development. This approach removed outdated customs from civil circulation and made it possible to overcome the legislative gaps contained in the legislation of that time. It is in this way that the novelty of the development of law and the practice of law enforcement were legitimized in court decisions.

At the same time, judicial lawmaking was taken as a basis in English law, which made it possible to create a new legal tradition, which was called common law. The continental law did not recognize judicial lawmaking, which formed the basis of case law, rejecting it throughout the Soviet period of civil justice, and only today laid the first foundations for a gradual departure from positivist theory in law to the Anglo-Saxon legal family.

The article emphasizes that lawmaking only interprets the natural rights and responsibilities of man in relation to the principles of morality, social values, understanding of justice, which underlies the principle of the rule of law.

The unconditional conclusion in the article is the conclusion that judicial lawmaking has its limits, as failure to take into account these circumstances can lead to lawmaking chaos in justice.

The article proves that the institute of judicial lawmaking lays the foundations for the development of case law in Ukraine. An important fact that the authors draw attention to is that judicial lawmaking can take place only within the procedural form of court hearings, because outside of them "lawmaking process" loses its procedural significance and therefore can not be taken into account.

Despite the fact that the court does not create law, but having, although mediated by the Civil Procedure Code of Ukraine, a set of procedural rules that essentially provide grounds for judicial lawmaking in the presence of legislative gaps (incompleteness, ambiguity, inconsistency or lack of law, Part 10 of Article 10 of the CPC of Ukraine) the court develops the law, forming the unity of law enforcement practice.

Key words: judicial law-making, limits of judicial law-making, justice, overcoming legislative gaps.