

**ВОЛІК В. В.,**  
доктор юридичних наук,  
професор кафедри права  
(Маріупольський державний  
університет)

**ШАМАРА Р. П.,**  
аспірант кафедри права  
(Маріупольський державний  
університет)

УДК 340.142

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2024.5.2>

### СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ПРИ ПОДОЛАННІ ЗАКОНОДАВЧИХ ПРОГАЛИН

У статті «Судова правотворчість при подоланні законодавчих прогалин» досліджується важлива роль судової правотворчості у заповненні правових прогалин, що виникають через відсутність або недосконалість нормативно-правових актів. Автори розглядають проблеми, які виникають у правовій системі через неповноту законодавства, і підкреслюють необхідність участі судів у створенні нових правових норм, що забезпечують гнучкість правозастосування та справедливості у суспільстві.

Зокрема, аналізуються основні механізми судової правотворчості: прецедентне право, інтерпретація норм і застосування аналогії. Через ці механізми суди можуть вирішувати складні правові ситуації, де відсутні конкретні норми. У статті також наведено приклади з різних правових систем, що дозволяє розглянути переваги та недоліки судової правотворчості у порівняльній перспективі. З одного боку, вона сприяє стабільності правозастосування та узгодженості у судовій практиці, а з іншого – може стати джерелом правової невизначеності та суб'єктивізму в інтерпретаціях.

Особлива увага приділяється балансу між законодавчою та судовою правотворчістю, який є важливим для ефективного функціонування правової системи. Автори наголошують, що судова правотворчість має адаптивну функцію, дозволяючи правовій системі реагувати на соціальні зміни, науковий прогрес і нові суспільні виклики. Проте така діяльність повинна ґрунтуватися на принципах правової визначеності та відповідати інтересам суспільства, щоб уникнути ризиків суб'єктивності у судових рішеннях.

Стаття містить висновки щодо важливості розширення правового значення судової правотворчості у національному праві України. Підкреслюється, що впровадження судової правотворчості сприятиме встановленню справедливого правового порядку, особливо у випадках, коли наявне законодавство не може забезпечити достатній захист прав і свобод громадян. Автори закликають до створення більш гнучких норм права та підкреслюють роль судової правотворчості як одного з головних засобів забезпечення сталості та розвитку національної правової системи.

**Ключові слова:** *судова правотворчість, прогалини у законодавстві, законодавство, норми права.*



**Volik V. V., Shamara R. P. Judicial lawmaking in overcoming legislative gaps**

The article «Judicial Lawmaking in Bridging Legislative Gaps» examines the important role of judicial lawmaking in filling legal gaps arising from the absence or imperfection of legal acts. The authors examine the problems that arise in the legal system due to incomplete legislation and emphasise the need for courts to participate in the creation of new legal norms that ensure flexibility of law enforcement and justice in society.

In particular, the author analyses the main mechanisms of judicial law-making: case law, interpretation of norms and application of analogy. Through these mechanisms, courts can resolve complex legal situations where there are no specific rules. The article also provides examples from different legal systems, which allows us to consider the advantages and disadvantages of judicial lawmaking in a comparative perspective. On the one hand, it contributes to the stability of law enforcement and consistency in judicial practice, and on the other hand, it can become a source of legal uncertainty and subjectivity in interpretation.

Particular attention is paid to the balance between legislative and judicial lawmaking, which is important for the effective functioning of the legal system. The authors emphasise that judicial lawmaking has an adaptive function, allowing the legal system to respond to social changes, scientific progress and new social challenges. However, such activities should be based on the principles of legal certainty and meet the interests of society in order to avoid the risks of subjectivity in court decisions.

The article draws conclusions regarding the importance of expanding the legal significance of judicial law-making in the national law of Ukraine. It is emphasised that the introduction of judicial lawmaking will contribute to the establishment of a fair legal order, especially in cases where existing legislation cannot provide sufficient protection of the rights and freedoms of citizens. The authors call for the creation of more flexible rules of law and emphasise the role of judicial lawmaking as one of the main means of ensuring the sustainability and development of the national legal system.

**Key words:** *judicial lawmaking, legislative gaps, legislation, rules of law.*

**Постановка проблеми.** Судова правотворчість відіграє важливу роль у сучасних правових системах, забезпечуючи гнучкість і адаптивність права в умовах постійно змінюваного суспільного контексту. Цей процес особливо важливий при подоланні законодавчих прогалин, які виникають через недостатність або недосконалість нормативно-правових актів. У таких ситуаціях суди, через свої рішення, створюють нові правові норми або уточнюють існуючі, забезпечуючи тим самим ефективне правозастосування.

Судова правотворча діяльність є досить новою для національного права категорією, яка наразі лише формується в українському цивільному судочинстві як на законодавчому, так і на правозастосовному рівнях. Оскільки Україна знаходиться в процесі поступового переходу від континентального до загального права, відповідно і теорія та практика цивільного процесуального права на сьогодні переживає трансформаційний процес. На думку багатьох національних науковців це досить природний і об'єктивний рух від радянського державного нормативізму з укоріненим у ті часи принципом верховенства закону в напрямку демократичного суспільства, в якому панує принцип верховенства права, спрямований на судову і суспільну справедливість, а права і свободи людини є найвищою суспільною цінністю. На нашу думку, слід наголосити на тому, що судова правотворчість на думку як провідних дослідників, так і практикуючих юристів безпосередньо сприяє утвердженню класичної моделі правової держави, адже є одним із найефективніших механізмів захисту прав людини.

**Стан дослідження.** Варто відмітити, що на доктринальному рівні питанням судової правотворчості, зокрема у сфері цивільного права національні науковці почали приділяти увагу починаючи з 21 століття, оскільки в Україні було проголошено національну доктрину,



спрямовану на впровадження та акцентування на демократичних стандартах та цінностях, зокрема таких як права, свободи та інтереси кожної особи. Відтак, у досліджуваному нами напрямку працювали такі науковці як В.В. Волік, Р. Сабодаш, В. Кононенко, Я. Романюк, І. Балюк, Н. Стецик, І. Пахомова, Д. Ясинок, І. Кравченко, Ю. Рябченко.

**Мета дослідження.** Метою цієї статті є аналіз механізмів судової правотворчості та їхньої ролі у вирішенні проблем, пов'язаних із законодавчими прогалинами. Особлива увага приділяється практичним прикладам з різних правових систем, що дозволяє висвітлити переваги та недоліки судової правотворчості в сучасному праві.

**Виклад основного матеріалу.** Слід виокремити, що, на нашу думку, судова правотворчість сама по собі є явищем складним та багатогранним та з огляду на свою природу не може бути запрограмованим або ж передбаченим. Судова правотворчість носить локальний характер і головним чином проявляється в судовому засіданні під час розгляду справи через неможливість юридичної кваліфікації спірних відносин базуючись на актуальному законодавстві, оскільки таке законодавче підґрунтя або ж його окрема норма за своїм змістом є неуточненою, спірною, казуїстичною чи взагалі відсутньою. За таких обставин суд в правотворчому процесі вимушений долати таку наявну правову невизначеність, при цьому створюючи для цього індивідуальну правову формулу, яка здатна закрити законодавчу прогалину. Ще однією підставою для судової правотворчості про яку не можна не згадати є невідповідність застарілих норм матеріального права сучасним суспільним відносинам, які з певних тих чи інших обставин набули спірного характеру.

Слід наголосити і на тому, що на сьогодні поняття судової правотворчості, її межі та особливості нормативно не зафіксовані. На думку окремих науковців це викликає значні труднощі як на рівні теоретичних досліджень, так і на рівні правозастосовної практики [1, с. 9].

Без сумнівів право розвивається одночасно з суспільством та відповідає рівню його розвитку. Право саме по собі не може випереджати суспільний поступ та регулювати відносини, які ще не виникли у суспільстві. Варто зазначити і те, що законодавча влада не може передбачити наперед напрям розвитку суспільства, не дивлячись на наявність суспільних наук, які надають загальне уявлення щодо закономірностей вищезгаданого розвитку. На думку окремих дослідників це відбувається через надстрімкий розвиток суспільних відносин, який насамперед зумовлений науково-технічним прогресом. Саме через це наука не надає якісного і точного розуміння питання перспектив розвитку таких складних і комплексних систем як держава, право тощо. Тож, цілком справедливо можна зазначити, що щодня право і суспільство «змагається» у своєму розвитку. При цьому національний законодавець має намагатися виписати норми права якомога ширше та точно, аби такі норми були актуальними впродовж тривалого часу, а законодавство було більш стабільним, що стане однією з гарантій сталих суспільних правовідносин [1, с. 10].

Наголосимо, що органи законодавчої влади мають можливість врегульовувати лише ті конфлікти, які йому відомі на день прийняття того чи іншого нормативно-правового акту. Отже, у випадку, коли нові правовідносини, які ще не врегульовані на законодавчому рівні, набувають спірного характеру, перед суддею постає питання щодо швидкого та якісного врегулювання спору на базі єдиних уявлень щодо системи суспільних цінностей, принципів та звичаїв. При цьому, вважаємо доречним зупинитися на тому, що відповідно до чинного національного цивільного законодавства суди не мають права на відмову в захисті порушених прав, свобод або інтересів фізичних та/або юридичних осіб з підстав відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства. Саме тому, незважаючи на наявність певних законодавчих прогалин, суди зобов'язані розглядати цивільні справи по суті з метою своєчасного та ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, та інтересів держави, що задекларовано статтею другою чинного Цивільного процесуального кодексу України [2].

Виходячи з цього, постає логічне питання щодо значення терміну «законодавча прогалина». Оскільки це явище комплексне та багатогранне, у науковців немає єдиного підходу щодо його визначення. Відтак, дехто з дослідників описує законодавчі прогалини



як нерегульовані нормами права цивільно-правові відносини, які в свою чергу, не можуть бути усунені іншими джерелами цивільного права [3]. Інші науковці стверджують, що під законодавчою прогалиною слід розуміти дефект волі держави при її оформленні законодавцем [4]. Також серед представників юридичної наукової спільноти існує думка, що прогалина в праві – це повна або часткова нерегульованість нормами права суспільних відносин внаслідок відсутності, неповноти чи суперечливості норм права. Існує і підхід розуміння прогалин у праві як пропуску у правовому регулюванні конкретного виду суспільних відносин. Також дехто з науковців вказує на те, що під прогалиною у законодавстві слід розуміти ситуацію, коли має місце факт, який потребує правового вирішення, однак норма права, що має його передбачати, відсутня [5]. Отож, підсумовуючи, варто зазначити, що за загальним правилом, під законодавчою прогалиною можна розуміти нерегульовані нормами права цивільно-правові відносини, які виникають у зв'язку з дефектом волі національного законодавця.

На нашу думку, задля більш комплексного та повного дослідження питання судової правотворчості, слід детальніше зупинитися на ретроспективному огляді становлення та поступу зазначеної юридичної категорії. Відтак, правотворчий процес, який наразі здійснюється судами, є притаманним не лише сучасному правосуддю. Слід зазначити, що окремі його складові були характерними і для звичаєвого права, яке в свою чергу формувалося тисячоліттями. Таке право носило казуїстичний характер, адже супроводжувалося рядом ритуальних рухів та слів, які поступово із плином часу змінювалися, уточнювалися або взагалі створювалися заново старійшинами роду чи окремого племені. На нашу думку, слід наголосити на тому, що базове правило звичаєвого права склалося саме внаслідок прийняття подібних рішень, які в свою чергу зводилися лише до єдиного питання: справедливо це чи ні? Разом з появою державності, письма, поступом торгівлі та ремесел почали формуватися міста, які в свою чергу були заселені членами десятків, а подекуди і сотень родів, де панували свої звичаї. Відтак, з однієї сторони, різноманітність звичаїв, обрядів, переконань та вірувань ускладнювали відносини між людьми, але з іншої – через поступовий відбір та подальшу уніфікацію звичаїв розпочалося формування нового суспільства, об'єднаного загальними прийнятими для всіх правилами поведінки. Так, поступово людство піднімалося на нові шаблі розвитку і досягло рівня державності, де з'явилася бюрократія, поліція, суди та інші невід'ємні складові держави [1, с. 10].

Уже у ті часи завданням судів був розгляд не тільки злочинів у сфері недоторканості людини, але і майнові спори, які виникали внаслідок стрімкого розвитку торгівельних право-відносин, фінансової системи та ремісництва. Проте разом із цим розвитком, настали часи, коли ані претори, ані консули, ані судді вже не могли врегульовувати спори лише за використання звичаєвого права, адже такі знання вже не носили абсолютного та однозначного характеру. З огляду на такі обставини, суди поступово почали вводити судову правотворчість з різним розумінням змісту тих чи інших звичаєвих норм. Так, суспільство вперше зіткнулося з поняттям судової правотворчості, базисом якої стало розумне тлумачення осучаснених звичаїв. Такий новітній у ті часи підхід до розгляду справ зумовлював розвиток права, але водночас призводив до зловживань з боку окремих суддів, які в свою чергу могли тлумачити правові звичаї на користь тієї чи іншої людини. Розділяємо думку окремих дослідників, які стверджують, що такий стан речей сприяв дестабілізації судової практики. Звідси стало зрозумілим, що суди мають розглядати спори спираючись не на оціночні судження окремих суддів, а на зафіксовані, а отже незмінні та постійно діючі правила, які б були єдиними для будь-кого без винятку. Саме це і стало причиною появи перших писаних законів у різних державах світу. Говорячи про писані зводи правил, варто згадати Закони XII таблиць, Закони Хамурапі, Ману, Руську правду та інші. Варто зауважити, що значна частина подібних законів складалася саме з місцевих звичаїв, проте логіка суджень тих, хто кодифікував такі правила поведінки у формі єдиного писаного закону у поєднанні із суспільним розумінням поставлених завдань, приводили до того, що такі закони вперше мали письмово-зафіксований та статичний зміст, що в свою чергу забезпечувало можливість їх подальшого вивчення,



однотипного тлумачення, а також застосування. Варто наголосити на тому, що такі писані правила все одно відрізнялися своєю недосконалістю та наявністю законодавчих прогалів. Тому судді були змушені наново вдаватися до судової правотворчості, при цьому вирішуючи спори по суті, спираючись на власний життєвий досвід, знання та розуміння справедливості. Незважаючи на це, поява подібних писаних законів – безумовний та суттєвий крок вперед на шляху до розвитку права та правосуддя [1, с. 11]. Вважаємо доречним пригадати едикти преторів, які ще у II столітті до нашої ери у Давньому Римі визнавалися джерелом права, саме вони стали характерною особливістю на тому етапі розвитку суспільства, правосуддя та судової правотворчості. За допомогою таких едиктів претори створювали для суддів нові правові позиції, які набували форми певних правових формул. У такий спосіб заповнювалися наявні законодавчі прогалини [6, с. 62].

Правозастосовна практика продемонструвала, що досягнення узгодженості між правом і реальним життям неможливо через постійний та стрімкий розвиток усіх галузей людського буття: економіки, сільського господарства та інші. Окрім цього, постійні військові походи з подальшим розширенням кордонів створювали умови для створення нових правовідносин та інших складних життєвих ситуацій, які не були враховані, а отже і врегульовані законодавцем. У такому випадку на допомогу законодавчій владі знов прийшла правотворчість суддів, яка доповнювала діюче законодавство, при цьому усуваючи наявні законодавчі прогалини та змістовні помилки. Безумовно, ми розділяємо думку науковців, що ретроспективний огляд генезису поняття суддівської правотворчості дає підстави стверджувати, що зазначене явище є природною закономірністю, оскільки не втрачати актуальності та необхідності навіть при найдетальнішій роботі законодавця [1, с. 11–12]. В Україні, зважаючи на укладену правову традицію щодо виключного права держави на законотворчий процес, на сьогодні не визнається наявність судової правотворчості.

Вважаємо доречним пригадати досвід англійських судів. У 1170 році королівські коронні судді домовилися про поєднання місцевих звичаїв із чинним королівським законодавством, при цьому беручи із звичаєвого права розумні, справедливі та логічні положення, і за допомогою правотворчого процесу здійснювали «вкраплення» в правозастосовну практику окремих звичаїв, доповнюючи та уточнюючи в такий спосіб чинне національне законодавство, що робило правозастосовчу практику гнучкою, прийнятною та зрозумілою. При цьому, вважаємо доречним зазначити, що за відсутності норм права, які б могли врегулювати спір у правовідносинах, судді створювали нові правові формули, які відповідали духу того часу, а також рівню суспільного розвитку. Деякі науковці акцентують увагу на тому, що задля того, аби кожного разу не вдаватися до судової правотворчості при розгляді справ однотипного характеру, до таких рішень було прийнято застосовувати формулу «*stare decisis*», яка зазначала «слідувати вже вирішеному у минулому і не змінювати встановленого» [7]. Таким чином і з'явилося розуміння так званого «живого права», яке в свою чергу і стало базисом для формування судових прецедентів. Суди за наявності тих чи інших прогалів у чинному законодавстві мали можливість усунути казуїстичність та спірність норм права через трактування загальних засад законодавства, розуміння суспільних цінностей, цінностей права та моралі [1, с. 12].

Вважаємо доречним пригадати позицію національних науковців, яка зумовлена наступним твердженням: суд не є законотворцем, він лише інтерпретує природні права та обов'язки людини та громадянина щодо принципів моралі, суспільних цінностей, розуміння справедливості, яка лежить в основі принципу верховенства права, співвідносячи все це з конкретними фактами і обставинами, які підтвержені змістом тих чи інших доказів, що були досліджені судом в судовому засіданні. Водночас, деякі науковці стверджують, що безконтрольність у правотворчому процесі може зумовити правовий хаос. Саме тому, дослідження питань судової правотворчості не втрачають своєї актуальності. Також, нагальним постає питання щодо суб'єктного статусу суддів, які мають право на судову правотворчість, а саме відповідність судді винятковому професіоналізму, життєвому та професійному досвіду та застосування системного підходу до зазначеного правотворчого процесу [1, с. 12].



Слід пригадати і той факт, що за радянських часів на території України діяло континентальне право, яке сприймалося як правова традиція і базувалося на твердженні, що окрім національного законодавця джерелом права є норма права. Саме такий вузький підхід вплинув на усталення принципу верховенства закону та формування в Україні жорсткого та малорухомого правосуддя, де суддя виконував роль лише механічного виконавця закону, при цьому незважаючи на конгруентність норми права конкретному випадку. До того ж, вважаємо доречним зацентувати увагу на тому, що за загальним правилом суди здебільшого не враховували інтереси окремої особи щодо певних фактів чи обставин, особливо, у випадках, коли справа стосувалася захисту політичного та/або економічного устрою радянської держави. На противагу цьому, із здобуттям незалежності у нашій країні відбулися певні позитивні зрушення, які призвели до укорінення у національній системі права та законодавства принципу верховенства права. Іншими словами, після здобуття незалежності, Україна поступово почала відходити від жорсткого радянського нормативного підходу, при цьому імплементуючи нову традицію природного права, де права та свободи людини та громадянина визнаються найбільшою цінністю, а також активно розвивається вчення про судову правотворчість.

**Висновки.** Підсумовуючи викладене, слід прийти до наступних висновків. Судова правотворчість є важливим механізмом у подоланні законодавчих прогалин, забезпечуючи динамічну адаптацію правової системи до змін у суспільному розвитку. Найвні дослідження демонструють, що суди, використовуючи прецеденти, інтерпретації та аналогії, можуть ефективно заповнювати прогалини в законодавстві, забезпечуючи справедливість та послідовність у правозастосуванні. Відтак, суди виконують не лише функцію правозастосування, а й активну правотворчу роль, особливо у випадках, коли законодавство не надає чітких відповідей на певні питання. На нашу думку, прецедентне право є ключовим інструментом при подоланні законодавчих прогалин, адже дозволяє судам використовувати попередні рішення як основу для нових правових норм. Судова правотворчість сприяє гнучкості правової системи, дозволяючи їй оперативно реагувати на нові виклики та потреби суспільства. При цьому, вважаємо доречним зазначити, що незважаючи на позитивні аспекти, судова правотворчість може нести ризики суб'єктивізму та правової невизначеності. Важливо, щоб суди діяли в рамках правових принципів та з урахуванням загальних інтересів суспільства.

Судова правотворчість є необхідним та ефективним інструментом для подолання законодавчих прогалин, що дозволяє забезпечити стабільність та розвиток правової системи. Однак для досягнення оптимальних результатів необхідне збалансоване поєднання законодавчої та судової правотворчості, що буде сприяти підвищенню якості та ефективності правових норм.

#### Список використаних джерел:

1. Курило М. П., Ясинок Д. М., Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі при подоланні законодавчих прогалин. *Приватне та публічне право*. № 1. 2022. С. 9–14.
2. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 №1618-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>
3. Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. 1. Вступ у цивільне право. Київ : Алерта, 2012, 472 с.
4. Шевченко Т. В. Прогалини в законодавстві: способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 23–26.
5. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (енциклопедичний курс): Підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.
6. Ясинок Д. М. Судові прецеденти в праві Античного Риму. *Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 16-17 лютого 2018 р. м. Харків. Харків, 2018. С. 61–64.
7. Carner B. A. Dictionary of Modern Legal Usage –New York. Oxford University Press, 1995. 953 p.

