Судова практика як джерело сучасного господарського права в Україні

У новітній час у науці господарського права все частіше ведуться дискусії щодо розширення кола джерел господарського права. Це зумовлене різноманітністю господарських відносин та неспроможністю закону, як основного джерела права, завжди швидко реагувати та передбачувати всі ситуації, що відбуваються в сучасних комерційних відносинах. Як наслідок – брак нормативного регулювання в окремих судових спорах. Тенденція щодо впровадження нових джерел простежується в останніх новелах господарського законодавства, пов'язаних передусім з судовою реформою 2010 року.

Про своє право бути хоча й допоміжними, але визнаними джерелами права чітко заявили звичай та судова практика господарського судочинства. Те, що звичай посів місце повноправного джерела господарського права відзначається багатьма вітчизняними вченими (Р. Б. Прилуцький, В. М. Гайворонський, Н. Є. Толкачова та ін.). В той же час, питання про те, чи є судова практика господарських судів джерелом вітчизняного права залишається дискусійним. Проблема визнання судової практики як джерела господарського права не є новою – зараз одночасно існують дві протилежні позиції. Одні дослідники визначають судову практику та судовий прецедент джерелами господарського права в Україні (Б. Шацька, Н. Гураленко). Інші – не надають судовій практиці такого значення (В. В. Рєзнікова).

Мета цієї публікації – показати важливе значення судової практики в системі джерел господарського права. На прикладі звичаю і нормативного акту як визнаних у вітчизняній науці, законодавстві та правозастосовчій практиці джерел права, показати необхідність наукового визнання й законодавчого закріплення за судовою практикою статусу офіційного джерела господарського права в Україні.

У доктринальній радянській теорії права список його джерел був звужений до законодавчих актів, актів органів виконавчої влади та місцевого

самоврядування. Звичай посідав незначне місце й був важливим лише настільки, наскільки це дозволялося законом. Прецедент та судова практика в якості джерел права заперечувались категорично, оскільки це мало велике принципове значення для зміцнення режиму соціалістичної законності [1, с. 412]. Але, в зв'язку із виникненням нових ринкових відносин, з'явилась очевидна суспільна потреба в розширенні кола джерел сучасного господарського права. До того ж, поява нових джерел права зумовлена зміною цілей регулювання господарських відносин. На відміну від тотального державного контролю суспільного виробництва, який був пріоритетним у радянські часи, метою господарського права сьогодні є забезпечення зростання ділової активності суб'єктів господарювання, розвиток підприємництва (преамбула до ГК України), а також вирішення господарських спорів на засадах справедливості та розумності (ст. 3 ЦК України). Це зумовлює необхідність виділення додаткових джерел господарського права.

Частиною 7 статті 4 ГПК України встановлено, що господарським судам забороняється відмовляти у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Тому, за відсутності іншого нормативного регулювання, суд має звернутися до судової практики, а за її відсутності – розпочати таку практику. Обов'язок розглянути справу навіть за відсутності нормативного регулювання примушує суд створювати нову норму, яка в майбутньому має бути запозичена подальшою судовою практикою й отримає статус юридичної норми.

Важливою рисою правової норми є відображення та закріплення типових суспільних відносин. Типовість змісту правових норм зумовлюють такі властивості права як стабільність і рівність. Вирішуючи спірні та неврегульовані правом відносини, господарський суд ухвалює рішення з власної позиції, а подальше використання цієї прецедентної позиції судами призводить до типізації регулювання нових суспільних відносин. Така

типізація судової позиції ретранслюється в нову юридичну норму, яка може бути закріплена на законодавчому рівні. Такий процес судової нормотворчості не можна ігнорувати або навмисно не визнавати з ідеологічних причин, чи посилатися на чистоту континентального права.

Щоб запобігти неоднозначному розумінню змісту публікації треба зазначити, що теорія права по-різному визначає зміст поняття джерел права: а) джерело права в матеріальному сенсі; б) джерело права в ідеальному (ідеологічному) сенсі; в) джерело права в юридичному (формальному) сенсі [2, с. 267]. У ракурсі питання, що розглядається, предметом нашого дослідження є саме останній варіант розуміння джерела права – як форми вираження та об'єктивізації державної волі. Саме в цьому розумінні джерела права мають реальну цінність для практичної діяльності правників.

Якщо ще трохи зупинитися на теорії права, можна зрозуміти, чому звичай є визнаним джерелом права в той час, коли питання щодо визнання за судовою практикою такого статусу залишається дискусійним. Розуміння поняття джерела права (форми права) в юридичному сенсі – це спосіб вираження, існування та перетворення правових норм у державі. Тобто, форма права може вважатись такою, якщо вона містить правові норми. Відомо, що найважливішими ознаками правової норми є визначення або санкціонування її з боку держави, а також забезпечення її державним примусом [2, с. 369]. З огляду на це, можна зробити висновок, що для існування форми права необхідно, щоб ця форма права (або норми права, які містить така форма) була санкціонована з боку держави. Правовий звичай безперечно визнаний джерелом господарського права чинним законодавством України, що закріплено в ст. 7 ЦК України та згадується у ст.ст. 213, 526, 527, 529 та ін. ЦК України, а також у ст.ст. 38, 193, 199, 344 та ін. ГК України. Схвалення на законодавчому рівні звичаю як одного з джерел господарського права, зводить нанівець усі сумніви щодо того, чи є він формою права в Україні.

Разом з цим, судова практика не має такої законодавчої підтримки в якості одного з видів форм права. Останнім часом у законодавстві спостерігається тенденція до посилення ролі судової практики при здійсненні правосуддя, але навряд чи можна стверджувати, що на сьогодні вона має який-небудь вагомий статус. Так, прийнятим 07.07.2010р. ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» за № 2453-VI було, зокрема, доповнено Господарський процесуальний Кодекс України статтею 111-28, згідно приписів якої рішення ВСУ, прийняте за наслідками розгляду заяви з мотивів неоднакового застосування судом одних і тих самих норм матеріального права у подібних відносинах, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень. Також суди зобов'язані привести свою практику у відповідність із рішеннями ВСУ. Як бачимо зі змісту наведеної норми, остання має чимало застережень щодо застосування рішень ВСУ. По-перше, прецедентий характер має позиція ВСУ відносно застосування норм лише матеріального права. По-друге, обов'язковий характер такі рішення мають лише для суб'єктів владних повноважень. Але, найголовніше, на нашу думку те, що при застосуванні окремих норм матеріального права враховується тільки правова позиція ВСУ. Процесуальний закон позбавляє можливості застосування норм, створених у процесі судочинства, наприклад, шляхом аналогії або визначення дефініцій правових понять, які відсутні в чинному законодавстві. Можна погодитися з думкою В. В. Рєзнікової, що рішення ВСУ за своєю природою є прецедентами тлумачення або прецедентами інтерпретаційного характеру – квазіпрецедентами [3, с. 99]. З цього важко зробити висновок, що судова практика, на відміну від звичаю, визнається законодавцем у якості офіційного джерела права.

Незважаючи на це, фактично господарські суди в обґрунтування своєї позиції в окремих справах часто посилаються на суди вищих інстанцій. Так, наприклад, 06.10.2011р. Господарський суд Київської області у справі № 26/148-11 відмовив у задоволенні позовних вимог та стягненні з відповідача сум тіла кредиту та відсотків за користування ним, які позивач

просив стягнути на його користь за укладеною між позивачем та відповідачем мировою угодою, затвердженою ухвалою іншого господарського суду раніше у іншій справі. Мотивуючи свою відмову в задоволенні позовних вимог, Господарський суд Київської області послався на думку ВГСУ, висловлену ним у постановах від 02.03.2010р. у справі №12/190/09 та від 21.07.2009р. у справі №31/382, відповідно до яких мирова угода, затверджена ухвалою суду не є цивільно-правовим договором та не породжує матеріально-правових зобов'язань. Чи варто буде згадувати, що практика посилання на позицію ВСУ, висловлену ним в окремих рішеннях та постановах, мала місце навіть до згаданих вище змін у ГПК України та доповнення його статтею 111-28 [4]? На сьогоднішній день в накопиченій судовій практиці господарських судів в Україні таких прикладів забагато. Той факт, що господарські суди доволі часто та добровільно звертаються до позицій судів вищих інстанції свідчить про доцільність користування судовою практикою в якості джерела права у багатьох справах.

Цей очевидний факт суперечить звуженим тлумаченням змісту ст. 129 Конституції України, відповідно до якої судді при здійсненні правосуддя незалежні та підкоряються лише закону. З буквального змісту зазначеної норми деякі вчені роблять хибний висновок про те, що лише закон в Україні є єдиним джерелом права, а встановлення обов'язковості певних судових рішень суперечить Конституції України [5 с. 360]. Так, закон не надає права обґрунтовувати своє рішення позицією іншого суду в подібній справі, але фактично таке обґрунтування має місце, як має місце правовий звичай в якості найбільш раціонального варіанту поведінки людей за відсутності безпосереднього регулювання з боку держави.

Подібно звичаю судова практика формується шляхом багаторазового повторення та узагальнення найбільш усталеного й розумного виду поведінки людей. Багаторазовий розгляд судами подібних справ та застосування одних і тих самих правових приписів при вирішенні господарських спорів формує загальну позицію судів з того чи іншого

питання та робить її орієнтиром для судів при наступному прийнятті рішень у справах за аналогічних обставин. Позиція, відповідно до якої судова практика має багато спільного зі звичаєм, має місце у багатьох країнах континентального права. В ФРН вважається, що, коли яке-небудь правило підтверджене постійною судовою практикою, воно розглядається як норма звичаю і повинне застосовуватись судами у такій якості [6 с. 104]. Тобто, в цьому випадку можливо говорити, що у ФРН має місце поняття *звичаю судової практики* (вид. автора), який може бути джерелом права, а зобов'язання суду дотримуватись такого звичаю спрямоване на узгодження судової практики та додержання судами єдиної позиції щодо вирішення аналогічних спорів, однакового застосування одних норм закону та розуміння певних правових понять.

Поза сумнівом – звичай і судова практика в системі континентального права можуть відігравати лише вторинну роль по відношенню до закону в системі джерел господарського права. Як сторони можуть вільно ставитись до звичаєвих норм, так суд у прийнятті рішення може обрати свою власну позицію щодо вирішення конкретного спору. Надаючи визначення поняттю «звичай ділового обороту», ВГСУ у п. 2 Постанови Пленуму від 07.04.2008р. за № 01-8/211 прямо зазначає, що сторони мають право укласти договір, який суперечить звичаю. Але диспозитивність застосування звичаю не ставить під сумнів його ознаку джерела права. Тоді чому багатоманітність та суворе підкорення закону сіє сумніви відносного того, чи є судова практика джерелом права?

Існує декілька шляхів посилення ролі судової практики в системі джерел господарського права України. Зокрема, Б. Шацька пропонує розробку нормативно закріплених процесів систематизації та публікації в спеціалізованому виданні «Судові прецеденти» рішень ВСУ, прийнятих за результатами перегляду рішень ВГСУ з мотивів неоднакового застосування судом однакових норм матеріального права (ст. 111-28 ГПК) [7 с. 20]. Такі збірки існують у багатьох державах Європи на офіційному рівні. Як пише

Р. Давид: «Кількість та якість цих збірок може дати уявлення і про важливість судової практики як джерела права в романо-германських правових системах» (переклад з рос. автора) [6 с. 96]. Існування такого видання звичайно ж буде корисним в першу чергу для юристів-практиків, але важливим стає питання про те, які саме рішення будуть друкуватися в означеній збірці та який наслідок це може мати для судочинства. Після 22 грудня 2005р., коли було прийнято ЗУ «Про доступ до судових рішень» № 3262-IV, зміст господарських рішень став загальнодоступним, а позиції судів у різних категоріях справ – відомими. Ця подія значно підсилила роль авторитету позиції вищих судових інстанцій при розгляді справ у місцевих судах, проте, це не закріпило за судовою практикою статусу джерела права, оскільки за законом жодна позиція або авторитет вищих судових інстанції не може впливати на прийняття рішення у конкретній справі. Те саме чекає й на пропоновану збірку, якщо вона буде нести суто інформаційний характер. Автор цієї пропозиції можливо заперечить проти цього, посилаючись на зміст ст. 111-28, згідно з якою такі рішення ВСУ мають обов'язковий характер. Але хто застереже сам ВСУ від вибору різної позиції у подібних справах та неоднакового погляду на одні й ті самі норми права? Вочевидь для ВСУ зміст такої збірки не буде джерелом господарського права.

На нашу думку, дієвим фактором для становлення судової практики, в якості джерела господарського права, у державі має бути законодавче закріплення такого її статусу, подібно до того, як визначений у законодавстві статус правового звичаю. В ч. 2 ст. 1 Цивільного Кодексу Швейцарії закріплено, що за відсутності положення закону, суд приймає рішення у відповідності до норм звичаєвого права, а за відсутності звичаєвого права – на підставі правила, яке він встановив би, якби був законодавцем [8]. Вважаємо, що для нашої держави буде доречний більш стриманий підхід у визначенні ролі судової практики. Але вона має бути визначена допоміжним джерелом права у господарському законодавстві. Тоді посилання до позицій

судів вищих інстанцій будуть мати законний та дієвий характер. Не викликає сумнівів той факт, що позиції господарських судів у державі з того чи іншого правового питання в подальшому знайдуть відгук і в господарських відносинах поза стінами суду. Надання судовій практиці статусу форми права зробить судовий процес більш передбачуваним, а господарські відносини – стабільнішими.

Важко не погодитися з Н. Гураленко, яка зазначає, що через суперечливість та прогальність законодавства, суд не може не приймати рішень, що формулюють право положення про належне регулювання спірних відносин [9 с. 12]. Кожного дня, розглядаючи сотні або навіть тисячі господарських справ, суди виробляють правові позиції стосовно застосувань тієї чи іншої правової норми, встановлюють дефініції невизначених в законодавстві понять, створюють інші нові правові норми. Офіційних роз'яснень і узагальнень треба чекати роками, в той час коли уже зараз потрібно вирішувати нові та нові справи. У таких випадках треба звертатися до допоміжних нормативних джерел, зокрема, до звичаю та судової практики, які існують на момент розгляду справи.