

## «МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ СУСПІЛЬСВА» ЯК ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ВНЕСЕННЯ ЗМІН ТА УСУНЕННЯ ПРОГАЛИН У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

*Встановлено, що оціночні правові категорії цивільного права, зокрема «моральні засади суспільства», можуть бути легальним правовим механізмом для здійснення судової правотворчості у випадках необхідності реформування «застарілих» положень та наявності прогалин у праві. Проведено правовий аналіз чинно-го законодавства України та судової практики на предмет наявності процесуальних можливостей для здійснення судової правотворчості.*

**Ключові слова:** цивільне право, моральні засади суспільства.

### **Билан А. П. «Моральные устои общества» как правовой механизм внесения изменений и устранения пробелов в гражданском праве Украины**

*Установлено, что оценочные категории гражданского права, в частности «моральные устои общества», могут быть легальным правовым механизмом для осуществления судебного правотворчества в случаях необходимости реформирования «устаревших» положений и наличия пробелов в праве. Проведен правовой анализ действующего законодательства Украины и судебной практики на предмет наличия процессуальных возможностей для осуществления судебного правотворчества.*

**Ключевые слова:** гражданское право, моральные устои общества.

**Bilan Oleksandr. «Moral foundations of society» as legal mechanism for making amendments and eliminating gaps in the Civil Law of Ukraine**

*It was established during the study that evaluative categories of the civil law, namely «moral foundations of society», may become a legal mechanism for judicial lawmaking, should there appear a necessity to reform the «outdated» provisions and if there are any gaps in law. A legal analysis of the active legislation of Ukraine and the judicial practice has been performed for procedural opportunities for judicial lawmaking.*

**Key words:** *civil law, moral foundations of society.*

Цивільне законодавство України містить таку категорію обмеження здійснення суб'єктивних цивільних прав, як «моральні засади суспільства». Так, приписами ст. 13 Цивільного кодексу України встановлено, що при здійсненні цивільних прав особа повинна дотримуватися моральних засад суспільства. Конкретизація зазначеної норми відбувається відповідно до положень ст. ст. 19, 26, 203, 228, 300, 319, 442, 1169, 1242 Цивільного кодексу України. Зокрема, моральними засадами обмежується принцип свободи договорів, реалізація права власності, право на самозахист, опублікування творів, умови заповіту.

Слід зазначити, що обмеження здійснення суб'єктивних цивільних прав моральними засадами суспільства є традиційним правовим механізмом для континентального цивільного законодавства. Аналогічні цивільно-правові норми містить Цивільний кодекс Франції (ст. ст. 6, 1108, 1133), Цивільний кодекс Німеччини (§ 138), Цивільний кодекс Російської Федерації (ст. 169). Незважаючи на наведену «традиційність», «моральні засади суспільства» з моменту свого першого законодавчого закріплення (виникнення) і до цього часу є предметом гострих правових дискусій, в основі яких лежить розмитість критеріїв та відносність вищенаведеної категорії.

Як відомо, будь-яка правова норма закріплюється у нормативно-правових актах з певною метою, передумовою законодавчого закріплення такої норми є наявність відповідного суспільного інтересу. Як зазначав у своїх політико-правових ученнях Р. Ієрінг, «творчою силою всього права є мета», а тому, «немає жодного правового положення, яке б не було зобов'язане своїм походженням певній меті»<sup>1</sup>. У свою чергу, і В. Грибанов наголошував, що «у будь-якому суб'єктивному праві і на будь-якій стадії його існування знаходить своє вираження поєднання суспільних і особистих інтересів»<sup>2</sup> та «інтерес виникає незалежно від суб'єктивного права і до його виникнення»<sup>3</sup>, відповідно, «метою суб'єктивного права є задоволення інтересів уповноваженої особи»<sup>4</sup>.

Враховуючи зазначене, виникає питання, яку ж правову мету мав (має) на увазі законодавець, закріплюючи у відповідних цивільно-правових нормах положення про моральні засади суспільства, незважаючи на їх правову невизначеність і відносність.

Як відомо, уперше категорія «основи моральності» (добрі наміри) була закріплена як імперативна підстава обмеження здійснення цивільних прав у Цивільному кодексі Франції (1804 рік). Зокрема, згідно зі ст. 6 ЦК Франції не можуть бути змінені приватними угодами закони, що стосуються добрих намірів та публічного порядку. У подальшому положення про моральні засади (добрі наміри) з певною трансформацією перейшли у цивільні кодекси інших континентальних країн Європи. Так, приписами § 138 Цивільного кодексу Німеччини встановлено, що угода, яка порушує добрі наміри – нікчемна. Спеціальним випадком аморальної угоди в розумінні § 138 є лихварство. Цивільно-правова норма, аналогічна вищезазначеним, міститься і у Цивільному кодексі Російської Федерації. Відповідно до ст. 169 ЦК РФ угода, здійснена з метою, що завідомо суперечить основам правопорядку або моральності, нікчемна.

Комплексний правовий аналіз наведених цивільно-правових норм дає підстави констатувати, що *першою і основною метою за-*

кріплення у цивільному законодавстві категорії «моральні засади суспільства» є захист норм соціальної моралі. Необхідно підкреслити, що мова йде не про всі без винятку моральні норми, а про захист саме фундаментальних основ суспільної моралі<sup>5</sup>.

Разом із тим захист норм суспільної моралі не є єдиною метою законодавчого закріплення категорії «моральні засади суспільства». Зокрема, як вказує А. Карапетов, історична місія загальних положень ЦК Німеччини про добрі наміри та добросовісність полягає в тому, що вони внесли у кодекс механізм, котрий зміг надати судовим органам значні повноваження щодо легітимної оцінки справедливості змісту договірних умов та поведінки контрагентів під час їх виконання<sup>6</sup>. «Саме ці інтегровані в ЦК Німеччини універсальні оціночні категорії стали інструментом, за допомогою якого судова практика, не змінюючи кодекс, втілювала масштабне приховане реформування цивільного права і обмеження свободи договору, і тим самим привела сферу останньої у відповідність із новими соціально орієнтованими цінностями і економічною ідеологією ХХ століття»<sup>7</sup>. У подальшому «досвід німецького права щодо впровадження у текст кодифікації «універсальних коректорів», здатних у випадку явної необхідності проводити і легітимізувати судову практику щодо зміни або скасування законодавчих норм внаслідок вагомих політико-правових причин, виявився настільки вдалим і ефективним, що був запозичений іншими країнами»<sup>8</sup>.

Таким чином, так звані загальні положення (до яких відносяться і норми про моральні засади суспільства) стали ефективним правовим механізмом заповнення судами прогалин у праві та реформування «застарілих» цивільно-правових норм з урахуванням виникнення у суспільстві нових соціально-економічних цінностей.

Слід зазначити, що існування прогалин у позитивному праві – це факт, який не можна не помічати. Основною причиною неможливості повного правового врегулювання суспільних відносин є постійний

розвиток права, останнє (як і врегульовані ним відносини) не зупиняється у момент кодифікації, воно продовжує розвиватись за допомогою судової практики, звичаїв ділового обороту, наукових праць учених. Яким би повним не був кодекс, він не може врегулювати абсолютно всі суспільні правовідносини. Життя вказує на неможливість повної монополізації законодавчим органом влади функції правотворчості і залишення для суду тільки механізму правозастосування. Наявність у позитивному праві прогалин у поєднанні з процесуальною заборорою відмови у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, обов'язково поставить суд перед фактом здійснення правотворчості, перед необхідністю пошуку нових правових шляхів вирішення конкретного судового спору.

Існує багато спірних моментів щодо здійснення судової правотворчості, зокрема, її противники зазначають, що в такому випадку відбувається привласнення судовою гілкою влади повноважень, які належать законодавчому органу, тобто порушується конституційний принцип розподілу влади. Також порушується принцип стабільності та передбачуваності права. Крім того, мають місце достатньо обгрунтовані побоювання, що право потоне у судовому суб'єктивізмі, оскільки позитивне право не буде стримувати особисте переконання суддів<sup>9</sup>. З іншого боку, прибічники судової правотворчості вказують на очевидну утопічність ідеї абсолютного законодавчого врегулювання всіх суспільних правовідносин, тобто, прогалини та протиріччя у праві будуть існувати завжди; зазначають, що повна стабільність права також шкідлива, як і хаос, оскільки абсолютна стабільність права стримує прогрес, а постійна зміна соціально-економічних та культурних умов у суспільстві вимагає відповідної гнучкості від права. Крім того, наголошують, що держави, у яких фактично узаконена судова правотворчість (Англія, США), не потонули у судовій анархії і чудово себе почувають як у правовому, так і у економічному

плані. До того ж, судовий суб'єктивізм у таких випадках може обмежуватись нормами конституції та судами касаційної інстанції шляхом впорядкування практики застосування відповідних правових положень<sup>10</sup>.

Необхідно підкреслити, що наведені аргументи за/проти здійснення вільної судової правотворчості не є предметом зазначеної статті і наводяться виключно з метою більш повного висвітлення ситуації. Зокрема, для цілей цієї статті важливо те, що вищезазначена дискусія встановлює факт, згідно з яким, законодавець, переслідуючи мету захисту фундаментальних основ суспільної моралі, свідомо або ні, але створив умови, за яких категорія «моральні засади суспільства» (поряд з іншими оціночними правовими категоріями) використовується судами для заповнення прогалин та вирішення протиріч у цивільному праві.

Таким чином, можна констатувати, що *другою метою* законодавчого закріплення категорії «моральні засади суспільства» у континентальних цивільних кодексах є створення каучукових норм для надання судовим органам можливості заповнювати прогалини у праві та здійснювати легальне реформування цивільного права.

З урахуванням наведеного спробуємо дослідити наявність реальної процесуальної (правової) можливості для здійснення правотворчості судовими органами України, оскільки тільки оціночних матеріальних норм для досягнення певної законодавчої мети замало, потрібні ще й відповідні процесуальні механізми її втілення.

Згідно з преамбулою Закону України «Про судоустрій і статус суддів» останній визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» система судів загальної юрисдикції відповідно до Конституції України будується за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності. Систему судів загальної юрисдикції складають

місцеві, апеляційні, вищі спеціалізовані суди та Верховний Суд України, який є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції. При цьому єдність системи судів загальної юрисдикції забезпечується у т.ч. і єдністю судової практики.

Суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. З метою підвищення якості судочинства в судах загальної юрисдикції, за рішенням зборів суддів відповідного суду може запроваджуватися спеціалізація суддів із розгляду конкретних категорій справ (ст. 18 Закону).

*Повноваження місцевого суду* визначаються положеннями ст. 22 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», згідно з якою місцевий суд є судом першої інстанції, основним завданням якого є розгляд цивільних, кримінальних, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення у випадках та порядку, передбачених процесуальним законом.

*Повноваження апеляційного суду* визначаються положеннями ст. 27 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», згідно з якою суд апеляційної інстанції, крім здійснення правосуддя, також вивчає та узагальнює результати судової практики, інформує місцевий та суд вищого рівня про результати такого узагальнення, надає місцевим судам методичну допомогу в застосуванні законодавства.

*Повноваження вищого спеціалізованого суду* визначаються положеннями ст. 32 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», згідно з якою суд касаційної інстанції здійснює правосуддя; вивчає та узагальнює судову практику; надає методичну допомогу судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики; дає спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової спеціалізації.

Крім того, відповідно до ст. ст. 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» у вищому спеціалізованому суді діє відповідний колегіальний орган – пленум. Пленум вищого спеціалізованого суду діє у складі всіх суддів суду для вирішення ряду питань. Зокрема, з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ відповідної судової спеціалізації пленум узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій вищого спеціалізованого суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані. До того ж, за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики пленум дає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової спеціалізації.

*Повноваження Верховного Суду України* визначаються положеннями ст. 38 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», згідно з якою Верховний Суд України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції України, який забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. Верховний Суд України здійснює правосуддя, здійснює аналіз та узагальнення судової практики, забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій.

Згідно зі ст. ст. 39, 45 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» у Верховному Суді України діють судові палати в адміністративних, господарських, кримінальних та цивільних справах, до повноважень яких відноситься аналіз судової статистики, вивчення та узагальнення судової практики.

Приписами ст. 244<sup>2</sup> Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 111<sup>28</sup> Господарського процесуального кодексу України, ст. 458 Кримінально-процесуального кодексу України, ст. 360<sup>7</sup> Цивільно-процесуального кодексу України встановлено, що висновок



щодо застосування норм права, викладений у постанові Верховного Суду України, має враховуватися іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Як вбачається з вищенаведеного, вивчення та узагальнення судової практики, а фактично її формування, відбувається на рівні суду апеляційної і касаційної інстанцій та Верховним Судом України. Іншими словами, чинне позитивне право є результатом роботи не тільки законодавця, але й судової гілки влади. І хоча в Україні *de jure* судова практика не є джерелом права, однак *de facto* вона в силу вищезазначених процесуальних норм має дуже важливе значення під час судового розгляду певних категорій справ. Принаймні, вивчення процесуальних документів, наявних у Єдиному державному реєстрі судових рішень України, вказує на те, що суди та сторони судового процесу доволі часто обґрунтовують правильність своєї правової позиції не тільки позитивними нормами права, але і постановами пленумів вищих спеціалізованих судів та постановами Верховного Суду України (судовою практикою).

Отже, як вже зазначалось вище, суб'єктивне цивільне право тісно пов'язане із суспільними (економічно-етичними) інтересами. Водночас економічна та культурна сфери суспільства є динамічними і з часом змінюються, що веде до необхідності відповідних змін цивільного права. Разом із тим право, яким би досконалим воно не було, не може забезпечити правове регулювання нових суспільних відносин одночасно з їх виникненням. Адже право є похідним від суспільних відносин і, відповідно, завжди відстає від останніх. Відомо, що прогалини у праві виникають якраз у тих випадках, коли право не встигає за новими суспільними відносинами. З часом спір щодо таких «нових» суспільних відносин потрапляє на розгляд судді, який постає перед ситуацією, коли, з одного боку, відсутні відповідні

позитивні нори права та судова практика вирішення подібних відносин, а з іншого, – існує процесуальна заборона відмови у розгляді судової справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини. У такому випадку для судді нічого іншого не залишається, як вирішувати справу за допомогою таких правових інструментів, як аналогія закону, аналогія права із застосуванням оціночних (каучукових) правових категорій справедливості, розумності, добросовісності, моральних засад суспільства, публічного порядку. Отримані в результаті судові рішення у таких справах і будуть початком формування судової практики. При цьому формування судової практики буде відбуватись під наглядом вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України, що є дієвим правовим механізмом обмеження суб'єктивних переконань окремих суддів. У подальшому усталена судова практика вирішення таких спорів може бути підставою для внесення до законодавчого органу відповідних законопроектів.

На жаль, аналіз судової практики не дозволяє прямо стверджувати про наявність випадків судової правотворчості із застосуванням категорії «моральні засади суспільства». Разом із тим такі оціночні категорії, як справедливість, добросовісність, розумність використовуються судом для правотворчості.

Так, в одній із своїх постанов Вищий господарський суд України звертає увагу на те, що відповідно до приписів статті 3 ЦК України загальними засадами цивільного законодавства є, зокрема, справедливість, добросовісність та розумність (п. 6) і застосування цих засад полягає в тому, що тексти законів, угод та їх застосування мають бути належними і справедливими стосовно усіх суб'єктів цивільних правовідносин та відповідати загальноновизнаним нормам обороту. При цьому концепція добросовісності може використовуватись судом у будь-якій ситуації, щоб виправити несправедливість, яка б мала місце, якщо б застосовувалися традиційні правила<sup>11</sup>.

Отже, як вбачається з наведеного, засади справедливості, добросовісності та розумності є певним лекалом для цивільно-правових норм і можуть використовуватись, у т. ч. і для судової правотворчості, «щоб виправити несправедливість, яка б мала місце, якщо б застосовувалися традиційні правила». Незважаючи на відсутність відповідної судової практики, можна допустити, що категорія «моральні засади суспільства» також може бути аналогічним легальним правовим механізмом внесення змін та усунення прогалин у цивільному праві України.

З огляду на вищезазначене можна стверджувати, що правова цінність категорії «моральні засади суспільства» якраз і полягає у її оціночності, оскільки саме такі «каучукові» категорії дозволяють судам ефективно заповнювати наявні прогалини цивільного права.

1. *Йеринг Р. фон*. Цель в праве / Р. фон Йеринг // Избранные труды : в 2 т. Т. I. – СПб., 2006. С. 90. 2. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав / Грибанов В. П. – М. : «Статут», 2001. – С. 240. 3. Там же – С. 241. 4. Там же – С. 242. 5. *Шапп Ян*. Система германского гражданского права : учебник / Шапп Ян / пер. с нем. С. В. Королева. – М. : Международ. отношения, 2006. – С. 282. 6. *Карпетов А. Г.* Свобода договора и ее пределы / А. Г. Карпетов, С. В. Королева. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М.: Статут, 2012. – С. 144. 7. Там же – С. 144. 8. *Карпетов А. Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. – М. : Статут, 2011. – С. 167. 9. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права / Покровский И. А. – М. : Статут, 2009. – С. 251-256. 10. *Карпетов А. Г.* Цит. работа. – С. 197-203. 11. *Постанова* Вищого господарського суду України від 26.09.2012 № 5011-71/2822-2012 ; Інформаційно-аналітичний центр «Ліга».

***Bilan Oleksandr. «Moral foundations of society» as legal mechanism for making amendments and eliminating gaps in the Civil Law of Ukraine***

This article is dedicated to the research of evaluative provisions of the Civil Law of Ukraine, namely «moral foundations of society» legal category.

Although Articles 13, 19, 26, 203, 228, 300, 319, 1169, 1242 of the Civil Code of Ukraine refer to the moral foundations of society, it does not reveal the nature and content of the latter. Thus, the moral foundations are limited to the effectuation of civil rights, freedom of contract, property rights, the right to self-defense, terms and provisions of the will, but despite such a frequent recourse to the moral foundations of society, the Civil Code of Ukraine contains no legal definition of this category.

There is no definition of the moral foundations of society in the Family Code of Ukraine either, although it refers to moral foundations in Articles 3, 7, 9, 11, 56, 97, 111, 151, 155. In particular, the Family Code of Ukraine limits moral foundations to the right to marry, the content of agreements on the settlement of marital relations, the use of local customs when conducting a trial, terms and conditions of a marriage contract in regard to legal regime of the matrimonial property, judicial measures relating to reconciliation of marriage, and parenting practices. The only clear specification of an action that violates the moral foundations of society is provided in the Part 3 of Article 155 of the Family Code of Ukraine – it is a surrender of child.

To some extent, the situation is explained by the Law of Ukraine «On Protection of Public Morality». Thus, Art. 1 suggests the term «public morality», which is understood as a system of ethical standards and rules of conduct, which developed in a society based on traditional spiritual and cultural values, concepts of the goodness, honor, dignity, social responsibility, conscience, and justice.

The existence of evaluative categories in the civil law has always been a subject of lengthy discussions.

Thus, on the one hand, a number of scientists are criticizing the given categories, because they believe that due to their evaluative character the latter take the meaning, depending on how they are understood by the participants of civil relations, that is, elements of uncertainty are being introduced to the civil law. In particular, in their opinion, the lack of clear and understandable legal provisions can eventually make the law depend on judicial subjectivity, since every judge, when considering a certain case, will put his own meaning into evaluative categories, and thus mutilate the real will of the legislator.

On the other hand, researchers point out that no matter how complete the Code is, it cannot completely resolve all public legal relations. In their opinion, the existence of gaps in the positive law is a fact, impossible to be ignored. They point to the obvious utopian nature of the idea of absolute legislative settlement of all public legal relations through modifications and developments of the latter. They also draw attention to the experience of evaluative categories enforcement in such countries as France and Germany, which states that under certain conditions rubber articles become the only legal mechanism for filling of existing gaps in the civil law.

The above discussion is currently relevant as the existence of gaps in the civil law along with procedural denial of prohibition of the proceedings on the grounds of absence, incompleteness, vagueness, inconsistency of the legislation that regulates the disputed relationships, oblige the judge to make decisions in the absence of relevant civil law. In such cases using evaluative categories of civil law may become one of the ways to resolve the dispute.

Is it reasonable and is there any need for consolidation of such «universal correctors» in the Civil Code of Ukraine that can modify or cancel legislative provisions through judicial practice? This article is aimed at answering these questions.

**Key words:** civil law, moral foundations of society.