

Teismo sprendimas *contra legem* ar proporcingumo kontrolė *in concreto*?

Asta Dambrauskaitė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Privatinės teisės katedros profesorė
socialinių mokslų daktarė
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius, Lietuva
Tel.: (+370 5) 236 6170
El. paštas: asta.dambrauskaitė@vu.tf.lt; ad_asta@yahoo.com

Straipsnyje, pasitelkiant dviejų kontinentinės teisės tradicijos valstybių (Lietuvos ir Prancūzijos) kasacinių teismų priimtų sprendimų analizę, tiriama situacija, kai civilinė byla kasacine tvarka nagrinėjantis teismas netaiko ginčui išspręsti taikytinos nacionalinės teisės normos, kai ji, teisėjų vertinimu, konkrečioje situacijoje pažeistų proporcingumo principą ir Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją. Nacionalinei teisei patiriant vis didėjančią supranacionalinių teismų jurisprudencijos įtaką, keliamas tokių sprendimų, kuriuose atliekama teisės normos taikymo proporcingumo kontrolė *in concreto*, legitimumo klausimas besikeičiančio teisėjo vaidmens kontekste.

Pagrindiniai žodžiai: kasacinis teismas, proporcingumo principas, *contra legem*, teismo sprendimas, interesų pusiausvyra.

Court Decision *Contra Legem* or an Application of the Principle of Proportionality *in Concreto*?

The article analyses cases of non-application of a national legal rule by cassation court judges hearing civil cases where, based on the analysis of concrete circumstances, the application of such a rule, in the opinion of judges, would lead to an infringement of the principle of proportionality and the European Convention on Human Rights. Decisions of two courts of cassation belonging to the continental law tradition (the Lithuanian Supreme Court and the French Court of Cassation) illustrate such a control of the application of the principle of proportionality *in concreto*. While national law is subject to an increasing impact of the case law of supranational courts, the legitimacy of such national court decisions is discussed also in the context of the transformations taking place in regard to the role of a judge.

Keywords: court of cassation, principle of proportionality, *contra legem*, court decision, balance of interests.

Įvadas

Šiame straipsnyje analizuojama situacija, kai civilinėje byloje priimto teismo sprendimo peržiūrėjimas kasacine tvarka grindžiamas bendrųjų teisės principų (visų pirma proporcingumo ir teisėtumų lūkesčių) pažeidimu ir ieškoma atsakymo į klausimą dėl kasacinio teismo teisėjo diskrecijos netaikyti ginčui išspręsti taikytinos teisės normos (kurios turinio aiškinimo klausimo byloje nekyla), motyvuojant proporcingumo principo pažeidimu. Straipsnyje keliamas klausimas, ar, viena vertus, tokiais atvejais kasacinio teismo, kaip teisės vienodintojo, vaidmuo neužleidžia vietos teisėjo, analizuojančio faktines

Received: 26/06/2021. Accepted: 04/10/2021

Copyright © 2021 Asta Dambrauskaitė. Published by Vilnius University Press

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

aplinkybes konkrečiam ginčui išspręsti, vaidmeniui, ir, kita vertus, ar tokiais atvejais teisėjas *de facto* netampa įstatymų leidėju ar bent jau įstatymų leidėjo konkurentu.

Straipsnyje analizuojamą problematiką iširti paskatino dviejų kontinentinės teisės tradicijos valstybių (Lietuvos ir Prancūzijos) kasacinių teismų sprendimai, priimti skirtingose pagal faktines aplinkybes bylose, kurias vienija teisėjų pasirinkimas netaikyti tiems ginčams taikytinų teisės normų, nors ir buvus visoms faktinėms ir teisinėms prielaidoms jas taikyti. Pirma, tai Lietuvos kasacinio teismo išnagrinėta byla (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. birželio 22 d. nutartis civilinėje byloje), kurioje teismas, konstatavęs, kad formaliai yra visos būtinos sąlygos Lietuvos Respublikos civilinio kodekso (toliau – CK) 4.96 straipsnio 2 dalyje įtvirtintai teisės normai taikyti, konkrečioje situacijoje šios normos netaikė, motyvuodamas proporcingumo principu ir papildomai remdamasis Europos Žmogaus Teisių Teismo (EŽTT) praktika bylose dėl nuosavybės teisės ribojimų. Antra, tai Prancūzijos kasacinio teismo nutartis (Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis civilinėje byloje), kuria buvo palikta galioti santuoka, sudaryta pažeidžiant Prancūzijos CK 161 straipsnyje eksplicitiškai įtvirtintą draudimą sudaryti santuoką tarp tiesiosios (aukštesnės ir žemesnės) linijos giminaičių ir svainystės ryšiais su jais susijusių asmenų, t. y. draudimą, kurio pažeidimas įprastai turėtų lemti santuokos pripažinimą negaliojančia. Šie aukščiausių teisminių instancijų priimti sprendimai kelia bendresnio pobūdžio klausimą, kaip kinta kasacinio teismo teisėjo vaidmuo, atsižvelgiant į teisės kūrimo elementą kasacinio teisėjo veikloje ir į vis stiprėjančią supranacionalinių teismų jurisprudencijos įtaką nacionalinės teisės taikymo procese. Tyrimo objektas – kasacinio teismo teisėjo atliekamas nacionalinėje privatinėje teisėje įtvirtintos taisyklės taikymo įvertinimas proporcingumo principo požiūriu *in concreto*, siekiant iširti tokio teismo sprendimo legitimumo klausimą besikeičiančio teisėjo vaidmens kontekste.

Kalbant apie nagrinėjamos problemos iširtumo laipsnį, pažymėtina, kad Lietuvos teisės doktrinoje analizuojant klausimus, susijusius su pagrindinėmis teisėjo funkcijomis vykdamas teisingumą, jo vaidmeniu interpretuojant ir kuriant teisę, ypač daug dėmesio skiriama teismo precedento klausimui (Vasiliauskas, 2004; Ambrasienė, Cirtautienė, 2009; Kūris, 2009; Baranauskas, 2009; Sagatys, 2009; Mikelėnas, 2012; Vėgėlė, Kazakevičiūtė, 2017; Baltrimas, 2017 ir kt.). Tačiau šiame straipsnyje analizuoti pasirinktu aspektu (t. y. teisės normos, kurios turinys aiškus ir interpretavimo klausimo byloje nekyla, netaikymo atvejais, buvus visoms teisinėms ir faktinėms prielaidoms ją taikyti, siekiant išvengti neproporcingų padarinių) doktrininį šaltinių pasigendama. Ar tokie iš pirmo žvilgsnio *contra legem* teismo sprendimai gali įgyti teismo precedento galią, yra atskiras klausimas, kuris plačiau šiame straipsnyje nebus analizuojamas.

Teisės literatūroje daug dėmesio skiriama proporcingumo principui taikyti administracinėje teisėje, administracinių aktų teisminės peržiūros kontekste (Ranchordas, de Waard, 2015; Danėlienė, 2009; Danėlienė, 2005), taip pat supranacionalinių teismų praktikoje žmogaus teisių apsaugos srityje (Leonaitė, 2013; Leonaitė, 2010). Proporcingumo principo taikymas privatinės teisės srityje analizuojamas taip pat dažniausiai lygiagrečiai su žmogaus teisių klausimais (Human Rights and the Private Sphere, 2007; Collin, 2014; Barak, 2001). Doktrinoje (Bubnytė, 2013), analizuojant Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos taikymą galutinės instancijos Lietuvos teismų praktikoje, teigiama kol kas pasigendant suvokimo, kad konvencijos inkorporavimas į vidaus teisę savaime nereiškia automatinio visų ją aiškinančių EŽTT praktikos nuostatų perkėlimo, neatsižvelgiant į nacionalinės teisės savitumą. Doktrinoje (Smits, 2006; Cirtautienė, 2013) analizuojamas taip pat ir privatinės teisės konstitucionalizacijos klausimas, t. y. žmogaus teisių doktrinos poveikis privatinei teisei ne tik vertikaliame santykių žmogus–valstybė, bet ir horizontaliu lygmeniu tarp privačių teisės subjektų. Reiškiami nuomonė, kad, nesant konceptualaus doktrininio požiūrio į žmogaus teisių įtakos privatinei teisei problematiką, kyla reali grėsmė teisiniam stabilumui ir apibrėžtumui bei didelė teismo klaidų, sprendžiant civilines bylas, tikimybė arba dėl pernelyg liberalaus žmogaus teisių doktrinos taikymo civiliniuose santykiuose, arba,

atvirkščiai, pernelyg griežto ir separatistinio požiūrio į bylas, kuriose kyla aktualių žmogaus teisių apsaugos klausimų (Cirtautienė, 2013).

Analizuojant teisės principų reikšmę aiškinant teisę, doktrinoje nurodoma, kad be teisės principų analizės ir taikymo nebūtų įmanoma taikyti teisę pagal analogiją, užpildyti teisės spragų, be to, tik taikant teisės principus galima priimti ir *contra legem* sprendimus (Mikelėnienė, Mikelėnas, 1999, p. 227). Analizuojant teismų teisėkūros įgaliojimus, pažymima, kad pritaikę teisę *contra legem* teismai iš dalies gali įsiskverbti į teisėkūros funkciją (Baltrimas, 2017, p. 74). Moksliniuose tyrimuose teisėjo vaidmens aiškinant teisę klausimu argumentuojama, kad turiningasis teisės aiškinimo būdas, apimantis teisės aiškinimą remiantis teisės principais ir teisės ginamomis vertybėmis, suteikia galimybę įveikti pozityvistinio teisėjo vaidmens aiškinant teisę modelio nepakankamumą, kartu užtikrinti apibrėžtą ir prognozuojamą teisėjo atliekamo teisės aiškinimo rezultatą (Latvelė, 2010). Ieškant atsakymo į klausimą, ar teismai netampa įstatymų leidėjo konkurentu, doktrinoje pažymima, kad, viena vertus, „kūrybiškas teisės aiškinimas, kaip mechaniško teisės taikymo priešybė, reikalauja neapsiriboti vien taikomo įstatymo tekstu, bet taip pat remtis teisės principais, moralinėmis vertybėmis“, tačiau, kita vertus, yra išreiškiamas ir nuogaštavimas, kad teisės principai neatsakingo interpretatoriaus rankose gali dar labiau padidinti teisės neaiškumą ir neapibrėžtumą (Mikelėnas, 2012, p. 80, 86). Tyrimai rodo, kad Lietuvos teismų praktikoje yra nemažai pavyzdžių, kai aukščiausiųjų teisminių instancijų sprendimai, aiškindami atskiras statutinės teisės normas, toli peržengdavo statutinės teisės normose įtvirtintas teisinių santykių sureguliuavimo ribas (Vasiliauskas, 2004, p. 171).

Pastaraisiais metais diskutuoja dėl proporcingumo principo taikymo kontrolės *in concreto* itin suaktyvėjo Prancūzijos teisinėje sistemoje. Doktrinoje (Jamin, 2015; Jestaz *et al.*, 2014; Desgorces, 2011; Chénéédé, 2016; Louvel, 2015) analizuojant besikeičiantį kasacinio teismo teisėjo vaidmenį, buvo atskirai aptariamasi kasacinio teismo atliekamas žemesniųjų instancijų teismų priimtų sprendimų vertinimas proporcingumo aspektu (Marguenaud, 2018; Seube, 2009; Fulchiron, 2017; Gautier, 2015; Puig, 2016; Le contrôle de proportionnalité, 2020), dėmesio sulaukė ir mažai tyrinėtas fenomenas, kurį apibendrintai būtų galima įvardyti teisės normos netaikymu (Renard, Pechillon, 2020). Tam tikri Prancūzijos kasacinio teismo sprendimai (Prancūzijos kasacinio teismo 2020 m. gegužės 26 d. nutartis baudžiamosiose bylose Nr. 20-81.910, Nr. 20-81.971), priimti COVID-19 pandemijos kontekste, suteikė papildomą pagrindą diskutuoti dėl teismo diskrecijos ir besikeičiančio teisėjo vaidmens¹. Taikant lyginamąjį metodą, Prancūzijos autorių išvalgomis bus remiamasi ir atliekant šį tyrimą, taip papildant sisteminio, loginio, teleologinio ir kitų mokslinio tyrimo metodų naudojimą.

Daugiau nei prieš dešimtmetį Lietuvos teisės doktrinoje buvo atkreiptas dėmesys į tai, kad yra reikalinga „išsami mokslinė besikeičiančio teisėjo vaidmens demokratinėje visuomenėje analizė, tam, kad, siekiant vieningos ir prognozuojamos teismų praktikos formavimo, būtų išlaikoma pusiausvyra tarp teisinio stabilumo ir teisės plėtojimo bei nebūtų pažeisti teismo nepriklausomumo ir pasitikėjimo teise

¹ Šis aspektas šiame straipsnyje plačiau nebus analizuojamas, tačiau trumpai paminėsime, kad Prancūzijos teisingumo ministro 2020 m. kovo 25 d. priimto *ordonnance* n° 2020-303 16 straipsnyje buvo numatyta, kad karantino laikotarpiu, esant tam tikroms sąlygoms, laikino sulaikymo (pranc. *détention provisoire*) terminas galėjo būti pratęsimas automatiškai, nepristačius sulaikytojo asmens teisėjui. 2020 m. Prancūzijos kasacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyrius 2020 m. gegužės 26 d. priėmė nutartis bylose Nr. 20-81.910 ir Nr. 20-81.971, kuriose, iš esmės priešingai nei numatė *ordonnance*, nusprendė, kad, siekiant pratęsti sulaikymo terminą, sulaikytasis asmuo turi būti pristatytas teisėjui, o to nepadarius, jis turi būti paleidžiamas į laisvę. Tiesa, minėtų nutarčių priėmimo metu Prancūzijos įstatymų leidėjas jau buvo priėmęs 2020 m. gegužės 11 d. įstatymą LOI n° 2020-546, kuriuo *ordonnance* n° 2020-303 buvo papildytas 16-1 straipsniu, numatančiu būtiną teisėjo dalyvavimą sprendžiant dėl sulaikymo termino pratęsimo, tačiau ši aplinkybė nesumažina kasacinio teismo priimtų nutarčių ypatingumo, nes jomis buvo sprendžiamas klausimas dėl sulaikytųjų asmenų statuso laikotarpiu tarp *ordonnance* n° 2020-303 ir LOI n° 2020-546 priėmimo.

bei šalių teisėtų lūkesčių principai“ (Ambrasienė, Cirtautienė, 2009, p. 77). Šiuo straipsniu siekiama bent iš dalies prisidėti prie tokios analizės ir diskusijos.

1. Proporcingumo principo taikymo kontrolė *in concreto* – atvejų analizė

1.1. Proporcingumo principo taikymo kontrolė *in concreto*

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo praktikoje

Šiame straipsnyje analizuojamoje Lietuvos kasacinio teismo nagrinėtoje byloje (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014 m. gegužės 30 d. nutartis civilinėje byloje) (toliau vadinama *UAB Litpirma byla*) ieškovas (prokuroras, ginantis viešąjį interesą) prašė panaikinti administracinius aktus dėl nuosavybės teisių atkūrimo fiziniam asmeniui A. P. į šešis žemės sklypus bei pripažinti negaliojančiomis nuo sudarymo momento žemės sklypų pirkimo–pardavimo sutartis, pagal kurias fizinis asmuo A. P. perleido sklypus UAB „Litpirma“, be kita ko, įpareigojant UAB „Litpirma“ grąžinti ginčo sklypus valstybės nuosavybėn. Ieškovo teigimu, atkuriant nuosavybės teises A. P. į buvusių savininkų žemę, buvo pažeistas Lietuvos Respublikos piliečių nuosavybės teisių į išlikusį nekilnojamąjį turtą atkūrimo įstatymas, valstybė turtą (šešis žemės sklypus) prarado dėl asmenų nusikalstamų veikų.

Ši byla Lietuvos Aukščiausiąjį Teismą pirmą kartą pasiekė 2014 m., po to, kai pirmosios ir apeliacinės instancijos teismų sprendimais buvo apgintos UAB „Litpirma“, kaip sąžiningo nekilnojamojo daikto įgijėjo, teisės, pripažinus, kad jo sąžiningumo prezumpcija nepaneigta, o nusikaltimo faktas, dėl kurio pradinis savininkas (valstybė) prarado turtą, bylos nagrinėjimo metu (dar) nebuvo konstatuotas, dėl to CK 4.96 straipsnio 2 dalies nuostatos, leidžiančios išreikalauti nekilnojamąjį daiktą iš sąžiningo įgijėjo, netaikytinos. Prokuroro kasacinis skundas buvo patenkintas (iš esmės dėl to, kad nebuvo tinkamai išnagrinėtas atsakovo A. P. prašymas sustabdyti civilinės bylos nagrinėjimą atsižvelgiant į ikiteisminio tyrimo stadiją) ir byla grąžinta iš naujo nagrinėti apeliacinės instancijos teismui, kuris, atsižvelgdamas į Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014 m. gegužės 30 d. nutarties išaiškinimus, bylą sustabdė, kol bus išnagrinėta baudžiamoji byla, kurioje kaltinimai pareikšti atsakovui A. P. ir valstybės tarnautojai A. V. Po to, kai atsakovas A. P. įsiteisėjusiu teismo nuosprendžiu buvo nuteistas pagal Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso 182 straipsnio (sukčiavimas) 2 dalį ir 300 straipsnio (dokumento suklastojimas ar disponavimas suklastotu dokumentu) 1 ir 3 dalis, apeliacinės instancijos teismas priėmė naują sprendimą, kuriuo ieškinį patenkino, pripažino negaliojančiais *ab initio* atsakovų A. P. ir UAB „Litpirma“ sudarytus pirkimo–pardavimo sandorius; taikė vienašalę restituciją – iš atsakovo A. P. atsakovei UAB „Litpirma“ priteisė 86 711,08 Eur; taikė vindikaciją – žemės sklypus iš atsakovės UAB „Litpirma“ grąžino valstybės nuosavybėn.

Antrą kartą ši byla dėl materialiosios teisės normų, reglamentuojančių daikto išreikalavimą iš sąžiningo įgijėjo, aiškinimo ir taikymo Lietuvos Aukščiausiąjį Teismą pasiekė 2017 m. (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. birželio 22 d. nutartis civilinėje byloje). Kasacinį skundą UAB „Litpirma“ grindė iš esmės vieninteliu argumentu², t. y. kad teismas, išreikalaudamas sklypus valstybės

² Paminėtina, kad kasacinis skundas buvo grindžiamas ir tuo, kad teismas į bylą kaip trečiųjų asmenų neįtraukė ginčo žemės sklypų hipotekos turėtojo ir nuomininko (visi ginčo žemės sklypai, kuriuos įgijo UAB „Litpirma“, nuo 2013 m. gruodžio 5 d. buvo suvaržyti hipoteka, o vienas iš sklypų nuo 2016 m. rugpjūčio 22 d. buvo išnuomotas), ir kad tai, kasatoriaus nuomone, pažeidžia Lietuvos Respublikos Konstitucijoje ir Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvųjų apsaugos konvencijos 6 straipsnio 1 dalyje nustatytą teisę į teisingą teismą. Kasacinis teismas šios aplinkybės nelaikė absoliučiu sprendimo negaliojimo pagrindu, dėl kurio reiktų naikinti apeliacinės instancijos teismo nutartį, nes dėl hipotekos kreditoriaus bei nuomininko teisių šioje byloje nebuvo nuspręsta, juo labiau, pakeitus bylos procesinę baigtį, buvo nuspręsta, kad ginčo žemės sklypai lieka UAB „Litpirma“ nuosavybė.

naudai, pažeidė kasatorės (atsakovės UAB „Litpirma“) teisėtą lūkesčių apsaugos principą. Kasatorė nurodė ginčo žemės sklypus iš atsakovo A. P. įgijusi veikdama sąžiningai ir teisėtai, neturėdama pagrindo įtarti, jog nuosavybės teisės į šiuos sklypus A. P. buvo atkurtos nepagrįstai, neturėdama pareigos abejoti valstybės institucijų veiksmais atkuriant nuosavybės teisę ginčo žemės sklypų pardavėjui A. P. Kasatorė rėmėsi Europos Žmogaus Teisių Teismo (toliau – EŽTT) jurisprudencija, kurioje yra pripažinta, kad „teisėti lūkesčiai turėtų būti ginami, neatsižvelgiant į tai, ar atitinkama valstybės institucija veikė *ultra vires* (už suteiktą teisių ribą)³.

Šioje byloje nekilo ginčo dėl to, kad UAB „Litpirma“ yra sąžiningas nekilnojamojo daikto įgijėjas, o ši daiktą savininkas (valstybė) prarado dėl nusikaltimo, t. y. dėl kitų asmenų, tarp jų ir valstybės pareigūnų, neteisėtų veiksmų nepagrįstai atkuriant nuosavybės teises į išlikusį nekilnojamąjį turtą⁴. Tai yra aplinkybės, svarbios CK 4.96 straipsnio 2 daliai taikyti. Kasacinio teismo teisėjų kolegija pripažįsta, kad „nagrįnėjama atveju, nustačius, jog ginčo žemės sklypus valstybė prarado dėl kitų asmenų padaryto nusikaltimo, *formaliai egzistuoja visos sąlygos taikyti* CK 4.96 straipsnio 2 dalyje įtvirtintą ribotos vindikacijos institutą, nustatantį, kad iš sąžiningo įgijėjo negali būti išreikalautas nekilnojamasis daiktas, išskyrus atvejus, kai savininkas tokį daiktą prarado dėl kitų asmenų padaryto nusikaltimo, ir išreikalauti nekilnojamąjį daiktą iš UAB „Litpirma“ (*paryškinta aut.*) (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. birželio 22 d. nutartis civilinėje byloje). Tačiau teisėjų kolegija iš karto nurodo, kad, atsižvelgiant į konstitucinę jurisprudenciją (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2008 m. spalio 30 d. nutarimas) ir EŽTT jurisprudenciją (*Pyrantienė prieš Lietuvą* (2013); *Bogdel prieš Lietuvą* (2013); *Žilinskienė prieš Lietuvą* (2015-12-01); *Kopecky prieš Slovakiją* (2004); *Gladysheva prieš Rusiją* (2011)) ir siekiant sąžiningo įgijėjo ir savininko interesų pusiausvyros, sprendžiant, ar taikant tokį savininko teisių gynimo būdą nebus pernelyg suvaržytos sąžiningo įgijėjo teisės ir ar nebus pažeisti jo teisėti lūkesčiai. Tam, kasacinio teismo kolegijos nuomone, būtina įvertinti: konkrečias daikto praradimo aplinkybes⁵, sąžiningo įgijėjo valdymo tęstinumą ir trukmę, kiekvienai iš šalių tenkančius padarinius ir kitas reikšmingas aplinkybes. Pavyzdžiui, kasacinio teismo teisėjų kolegija vertina tokias papildomas faktines aplinkybes, susijusias su ginčo žemės sklypais: a) žemė, kurioje yra ginčo sklypai, nėra priskiriama išimtinai valstybės nuosavybei, kurios nebūtų galima įsigyti privačion nuosavybės, taigi, anot teismo, UAB „Litpirma“ ši nuosavybės objektą gali turėti nuosavybės teise; b) ginčo žemės sklypams nėra ir visuomenės poreikio, kurį valstybė galėtų tenkinti tik jei sklypai būtų jos nuosavybė; c) UAB „Litpirma“ žemės sklypus yra įgijusi dar 2009 m., naudoja juos pagal paskirtį. Mūsų manymu, nėra aišku, kodėl „griebiamasi“ šių argumentų ir kaip minėtos faktinės aplinkybės (pvz., terminas, nuo kada įgijėjas naudoja sklypus, ar konstatavimas, kad naudojimas atitinka sklypų paskirtį) galėtų nusverti teismo pasirinkimą netaikyti teisės normos. Be to, sprendžiamas dėl sąžiningo įgijėjo ir savininko interesų pusiausvyros, kasacinis teismas analizuoja ir faktines aplinkybes, susijusias su atsakovo A. P. (t. y. asmens, kurio vardu atkurtos nuosavybės teisės ir kuris turtą yra perleidęs sąžiningam įgijėjui) turtine padėtimi (tokie kasacinio teismo teisėjų kolegijos argumentai stebina): „byloje nustatyta, kad atsakovas A. P. neturi turto, turi kitų kreditorių, todėl išieškojimas iš jo būtų sudėtingas. Taikant vindikaciją, sąžininga įgijėja UAB „Litpirma“ netektų

³ Kasacinio teismo teisėjų kolegija šioje byloje pripažino, kad UAB „Litpirma“, įgijusi nuosavybės teise žemės sklypus, turėjo teisėtą lūkestį, jog išliks savininke neribotą laiką ir galės naudotis ginčo žemės sklypais.

⁴ Kaip minėta, ginčijami administraciniai aktai dėl nuosavybės teisių atkūrimo buvo priimti remiantis suklustotais dokumentais.

⁵ Šiuo atveju valstybė prarado turtą dėl nusikaltimo, o sąžiningas įgijėjas, pasitikėdamas valstybe, turėjo teisėtą lūkestį, kad išliks savininku neribotą laiką.

ne tik įsigyto turto, bet ir prarastų galimybę susigrąžinti už ginčo sklypus sumokėtus pinigus, arba tokia galimybė būtų labai apsunkinta⁶.

Išanalizavusi minėtas faktines aplinkybes, kasacinio teismo teisėjų kolegija daro išvadą, kad iš UAB „Litpirma“ paėmus šiuos sklypus ir gražinus valstybės nuosavybėn, t. y. pritaikius vindikaciją pagal CK 4.96 straipsnio 2 dalies taisyklę, „būtų pažeistas proporcingumo principas ir UAB „Litpirma“ patirtų pernelyg didelę našta“ (*paryškinta aut.*).

Taigi Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, sprenddamas šią konkrečią bylą, nustato papildomas sąlygas, būtinas CK 4.96 straipsnio 2 dalyje įtvirtintai normai taikyti, nors pati norma tokių sąlygų neįtvirtina. Susidaro įspūdis, kad egzistuoja skirtingo laipsnio sąžiningumas ir kad CK 4.96 straipsnio 2 dalies taikymo kontekste atsiranda skirtingos sąžiningo asmens kategorijos, kurios vienais atvejais turi būti ginamos, o kitais – ginamos mažiau arba neginamos apskritai. Tai kelia asmenų lygiateisiškumo prieš įstatymą klausimą. Šioje byloje konkretaus sąžiningo įgijėjo teisėms suteikiama daugiau „svorio“ nei tam tikro hipotetinio sąžiningo įgijėjo, iš kurio daiktas būtų išreikalautas nepaisant jo sąžiningumo, teisėms. Tačiau taikydami CK 4.96 straipsnio 2 dalyje įtvirtintą normą visais atvejais turėsime sąžiningą įgijėją, t. y. asmenį, turėjusį teisėtą lūkestį įgyti nuosavybės teisę ir ja nevaržomai naudotis. CK 4.96 straipsnio 2 dalies taikymo viena iš priedaidų yra būtent asmens sąžiningumas, tai yra kiekvieną kartą taikant šią normą, nepaisant konstatuoto įgijėjo sąžiningumo, turtas iš jo turi būti išreikalaujamas. Jau pačioje normoje yra užprogramuotas konfliktas tarp pradinio savininko ir paskesnio įgijėjo (sąžiningo trečiojo asmens), tačiau šiam konfliktui išspręsti reikalinga interesų pusiausvyra įstatyme pasirinkta būtent tokia. Siekdamas rasti sąžiningo įgijėjo ir savininko interesų pusiausvyrą teisės normoje, kuri įstatymų leidėjo buvo specialiai suformuluota bandant rasti tokią pusiausvyrą, kasacinis teismas galimai suabejoja pačios normos (CK 4.96 straipsnio 2 dalies) teisingumu, galbūt net jos konstitucingumu.

Tačiau, mūsų manymu, svarbi aplinkybė yra ta, kad Lietuvos įstatymų leidėjas, nustatydamas specialų tokių atvejų reglamentavimą (t. y. specialią taisyklę, tam tikrais atvejais neleidžiančią išreikalauti nekilnojamojo daikto iš sąžiningo trečiojo asmens, ir šios specialios taisyklės išimtį, leidžiančią išreikalauti nekilnojamojį daiktą net ir iš sąžiningo įgijėjo valdymo, kai daiktą savininkas yra praradęs dėl nusikaltimo), pasirinko būtent tokį teisinės politikos kelią. Šimtmečius, o gal net ir tūkstantmečius ši savininko ir sąžiningo įgijėjo teisių priešpriešos klausimą bandoma išspręsti ir, pripažinus, kad tokią pusiausvyrą yra labai sunku ar net neįmanoma rasti, tai paliekama spęsti vadovaujantis teisine politika, t. y. pasirenkant tam tikrą kompromisinį šitos problemos sprendimo būdą (plačiau žr. Dambrauskaitė, 2009, p. 292–303). Todėl diskutuotina, ar kontinentinės teisės tradicijos valstybėje tai yra teismo kompetencija keisti tokį specialų reglamentavimą remiantis teismų praktika. Pažymėtina ir tai, jog minėta norma (CK 4.96 straipsnio 2 dalis) iš tiesų buvo sukėlusį abejonių jos konstitucingumu, tačiau Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas pripažino, kad CK 4.96 straipsnio 2 dalis neprieštaruoja Konstitucijos 23 straipsniui ir 29 straipsnio 1 daliai ir kad minėtoje normoje nustatytu teisiniu reguliavimu nėra pažeidžiamas sąžiningo įgijėjo teisėtų lūkesčių reikalavimas (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2008 m. spalio 30 d. nutarimas). Taigi šiame straipsnyje analizuojamoje byloje susiklosto situacija, kai kasacinis teismas *in concreto* netaiko normos, kurios konstitucingumą *in*

⁶ Dėl tokio argumentavimo reikėtų išsakyti keletą pastebėjimų. Pirmą, manytina, kad ši norma įstatymų leidėjo buvo suformuluota puikiai suvokiant, kad dažnai sąžiningas asmuo turtą bus įgijęs iš asmens, iš kurio išieškojimas bus apsunkintas (ta, beje, pažymėjo ir UAB „Litpirma“ savo kasaciniame skunde). Antra, kyla klausimas, ar sprendimas dėl ieškinių tenkinimo pagal materialiąją teisę turi būti siejamas su procesinės teisės reguliuojamų teismo sprendimo vykdymo mechanizmų veiksmingumo analize? Trečia, aplinkybė, kad atsakovas A. P. turi kitų kreditorių ir neturi turto, nebelaikoma reikšminga, vertinant valstybės galimybes apginti savo teises susigrąžinant turto, kurį prarado dėl kitų asmenų nusikaltimo, vertę.

abstracto yra patvirtinęs Konstitucinis Teismas, laikydamas, kad ji yra suformuluota atsižvelgiant į interesų pusiausvyrą⁷.

Apibendrinant šios bylos analizę, galima teigti, kad kasacinis teismas, nutartyje įtvirtindamas papildomas CK 4.96 straipsnio 2 dalies taikymo sąlygas ir atlikdamas šios teisės normos taikymo proporcingumo kontrolę *in concreto*, prilygina sąžiningo nekilnojamojo daikto įgijėjo (kai savininkas daiktą prarado dėl nusikaltimo) statusą kitiems sąžiningo įgijimo atvejams, kai sąžiningo įgijėjo teisės ginamos prioritetiškai, palyginti su daikto savininku. Taip paneigiama pati minėtos normos esmė ir joje įtvirtintas įstatymų leidėjo ketinimas savininko teisių gynimo priemonės ir jų apimtį, taikant ribotos vindikacijos institutą, traktuoti skirtingai, atsižvelgiant į daikto praradimo kontekstą. Tokia teismų praktikos kryptis įneša sumaištį taikant ribotos vindikacijos institutą, kelia asmenų lygybės prieš įstatymą, taip pat teisinio aiškumo ir teisės prognozuojamumo klausimą. Kontinentinės teisės tradicijos valstybėje egzistuojantis teisinis reglamentavimas neturėtų būti keičiamas remiantis teismų praktika, netaikant ginčui išspręsti taikytinos aiškiai suformuluotos teisės normos, kai yra visos faktinės ir teisinės prielaidos jai taikyti.

1.2. Proporcingumo principo taikymo kontrolė *in concreto*

Prancūzijos kasacinio teismo praktikoje

Šio straipsnio 1.1 skirsnyje analizuota Lietuvos kasacinio teismo nagrinėta byla, kai proporcingumo principo taikymas ir rėmimasis EŽTT praktika lemia nacionalinės teisės normos netaikymą, nėra unikali. Prancūzijos teismus taip pat vis dažniau pasiekia kasaciniai skundai, grindžiami Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos (EŽTK) pažeidimais (arba tokių pažeidimą teismas konstatuoja *ex officio*). Kaip pažymima doktrinoje, tokiais atvejais teisėjai turi patikrinti žemesniųjų instancijų teismų sprendimus ne tik jų teisėtumo, bet ir proporcingumo požiūriu, o tai reiškia, kad, atsižvelgdamas į konkrečios situacijos faktines aplinkybes, teisėjas turi pasverti prieštarigus interesus – faktai tampa svarbia kasacinio teismo nutarties ir jos motyvavimo dalimi (Jamin, 2015, p. 878).

Prancūzijos kasacinio teismo Pirmasis civilinių bylų skyrius yra priėmęs nutartį (Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis civilinėje byloje), kurioje, pritaikius proporcingumo principą ir remiantis faktinėmis bylos aplinkybėmis, buvo netaikyta nacionalinės teisės norma, nes jos taikymas konkrečioje byloje, teisėjų vertinimu, būtų prieštaravęs Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijai. Ši nutartis buvo įvertinta kaip žyminti ryškų pokytį Prancūzijos teisinėje sistemoje, doktrinoje įvardijamą net pasitelkiant „ramiosios revoliucijos“ (pranc. *révolution tranquille*) įvaizdį (Jestaz *et al.*, 2014, p. 2061).

Tiesa, reikia pažymėti, kad Prancūzijos kasacinis teismas proporcingumo kontrolę *in concreto* vykdė ir iki 2013 m. gruodžio 4 d. nutarties priėmimo, tačiau tai buvo daroma bylose sprendžiant žmogaus teisių konflikto situacijas, kai tokių teisių hierarchija įstatyme neaparta, pavyzdžiui, saviraiškos laisvės ir teisės į privataus gyvenimą gerbimą santykio atveju. Tokiais atvejais teisėjas, atsižvelgdamas į EŽTT jurisprudenciją, įstatymą *taiko*, nusprenddamas dėl susiduriančių teisių pusiausvyros (pranc. *la résolution des conflits de droits fondamentaux*) (Marguénaud, 2018), taigi proporcingumo principas tampa laikomų lygiaverčiais, tačiau prieštaringų privačių (horizontalių) interesų suderinimo priemone (Sanchez, 2017, p. 196). Tuo ši kontrolė skiriasi nuo mūsų aptariamo atvejo, kai atliekama konkreti įstatymo atitikties konvencijai kontrolė (pranc. *contrôle de la conventionnalité des lois*), lemianti,

⁷ Apie tokias situacijas užsimenama ir Prancūzijos teisės doktrinoje. Kaip teigia Ph. Rémy, teisėjui atliekant *a posteriori* konstitucinę kontrolę, tam tikrais atvejais gali susidaryti situacijos, kai tokia kontrolė bus atliekama dėl įstatymų, kurių konstitucingumą *a priori* jau buvo patikrinusi Prancūzijos Konstitucinė taryba (Rémy, 2013, p. 34).

kad teisėjas, atsižvelgdama į konkrečias su proceso šalies padėtimi susijusias aplinkybes, to įstatymo *netaiko* (Marguénaud, 2018).

Byloje, kurioje priimta Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis, buvo prašoma pripažinti negaliojančia daugiau kaip dvidešimt metų trukusią santuoką, sudarytą tarp moters ir jos ankstesnio sutuoktinio (su kuriuo ji buvo susilaukusi vaiko ir vėliau išsiskyrė) tėvo. Pirmosios ir apeliacinės instancijos teismai taikė Prancūzijos CK 161 straipsnyje *expressis verbis* įtvirtintą draudimą sudaryti santuoką tarp tiesiosios (aukštutinės ir žemutinės) linijos giminaičių ir svainystės ryšiais su jais susijusių asmenų ir santuoką pripažino negaliojančia⁸. Kasacinis teismas, panaikinęs žemesniųjų instancijų teismų sprendimus, priėmė naują nutartį, kuria santuoką paliko galioti, nepaisant to, kad buvo visos sąlygos taikyti minėtą Prancūzijos CK 161 straipsnyje įtvirtintą draudimą. Remdamasis Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 8 straipsniu (teisė į privataus ir šeimos gyvenimo gerbimą), Prancūzijos kasacinis teismas sprendė, kad šios santuokos pripažinimas negaliojančia sutuoktinės atžvilgiu prilygtų nepagrįstam kišimuisi į jos privatų ir šeimos gyvenimą, nes ši santuoka buvo sudaryta nesant jokių prieštaravimų ir truko dvidešimt dvejus metus⁹. Tačiau doktrinoje buvo keliamas klausimas, ar toks pats sprendimas būtų priimtas ir tuo atveju, jeigu faktinės aplinkybės būtų buvusios kitokios, pavyzdžiui, jeigu santuoka būtų trukusi ne dvidešimt, o trumpiau nei dešimt metų, ir atkreipiamas dėmesys, kad, pasveriant interesus, vertinant didelę įtaką turi skirtingas faktų traktavimas (Jamin, 2015, p. 878). Pavyzdžiui, vėlesnėje teismų praktikoje (Prancūzijos kasacinio teismo 2016 m. gruodžio 8 d. nutartis civilinėje byloje) Prancūzijos CK 161 straipsnyje įtvirtintas draudimas visgi buvo pritaikytas ir tokio pobūdžio santuoka, sudaryta tarp patėvio ir podukros, buvo pripažinta negaliojančia, išanalizavus faktines aplinkybes ir padarius išvadą, kad jos pripažinimas negaliojančia nereikštų neproporcingo kišimosi į šeimos gyvenimą.

Įdomu pažymėti, kad Prancūzijos kasacinio teismo paskelbtame oficialiame pranešime spaudai dėl 2013 m. gruodžio 4 d. nutarties, veikiausiai siekiant sušvelninti įvykusios „revoliucijos“ svarbą, buvo pabrėžta, kad šioje nutartyje priimtas sprendimas privalomą galią turi tik šioje konkrečioje išnagrinėtoje byloje ir kad principas, draudžiantis santuoką tarp tiesiosios linijos giminaičių ir jų sutuoktinių (pranc. *le principe de la prohibition du mariage entre alliés*) išlieka galioti (*Cour de cassation. Communiqué : mariage d'un beau-père et de sa belle-fille (04.12.13)*). Tačiau doktrinoje buvo pažymėta, kad šis pranešimas spaudai tik dar labiau paryškino įvykusį pokytį, nes priimta teismo nutartis iš esmės reiškė, kad net įstatymas, kuris reglamentuoja santuoką kaip viešosios tvarkos kategoriją ir kuriuo siekiama apsaugoti visuomenę nuo artimais kraujo ar giminytės ryšiais susijusių asmenų santuokų, konkrečiu atveju gali būti sušvelnintas (Jestaz *et al.*, 2014, p. 2061).

Pažymėtina ir tai, kad Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis – tai ne pirmas kartas, kai šis teismas savo drąsų sprendimą pagrindžia EŽTK 8 straipsniu – toks sprendimas buvo priimtas ir civilinėje byloje *Mel Yedei* (Prancūzijos kasacinio teismo 1996 m. kovo 6 d. nutartis civilinėje byloje) – jau tada tai galėjo būti laikoma tam tikra revoliucija, tačiau tąkart buvo netaikoma (tik) gyvenamosios patalpos nuomos sutarties sąlyga, o 2013 m. gruodžio 4 d. nutartimi netaikomas įstatymas (Jestaz *et al.*, 2014, p. 2061). *Mel Yedei* byloje buvo savininkas (nuomotojas) siekė nutraukti buto nuomos sutartį, remdamasis tuo, kad nuomininkė pažeidė savo sutartinius įsipareigojimus. Nuo-

⁸ Pagal Prancūzijos CK 184 straipsnį tokią santuoką trisdešimties metų laikotarpiu nuo jos sudarymo gali ginčyti patys sutuoktiniai, suinteresuotieji asmenys arba prokuroras.

⁹ Analizuojamoje Prancūzijos kasacinio teismo nutartyje ir pranešime spaudai yra ir nuoroda į EŽTT 2005 m. rugšėjo 13 d. sprendimą, priimtą byloje *B. ir L. prieš Jungtinę Karalystę* (Nr. 36536/02), kurioje buvo konstatuotas Konvencijos 12 straipsnio pažeidimas pareiškėjų (*father-in-law and daughter-in-law*), kuriems neleista sudaryti santuokos, atžvilgiu.

mos sutartyje buvo įtvirtinta sąlyga, numatanti, kad butas skirtas išimtinai nuomininkei ir jos vaikams gyventi ir draudžiama apgyvendinti bute kitus gyventojus. Nepaisydama šios sutartinės sąlygos, nuomininkė bute apgyvendino savo dviejų jauniausių vaikų tėvą ir savo seserį. Tiek žemesniųjų instancijų teismai, tiek ir Prancūzijos kasacinis teismas nusprendė nuomininkės naudai. Kasacinis teismas grindė savo sprendimą EŽTK 8 straipsnio 1 dalimi ir nurodė, kad nuomos sutartis minėtos normos atžvilgiu negali apriboti nuomininkės galimybės apgyvendinti jai artimų žmonių. Nuomininkės teisė į būstą yra teisė į šeimos būstą ir turi apimti teisę apgyvendinti jame artimus žmones. Doktrinoje buvo atkreiptas dėmesys į tai, kad šioje byloje Prancūzijos kasacinis teismas *expressis verbis* neatliko proporcingumo kontrolės, ir apgailėstaujama, kad nebuvo tiesiogiai aptartos buto savininko teisės ir jo teisėti interesai, dėl kurių galėjo būti ribojama nuomininkės vyro ir jos sesers teisė gyventi nuomojamame bute, tuo pačiu svarstoma, kad galbūt kasacinis teismas, nors tiesiogiai to ir nepaminėdamas, vis dėlto pasvėrė buto savininko ir nuomininkės interesus ir priėjo prie išvados, kad, neleidžiant nuomoninkei apgyvendinti artimų asmenų, jos teisės būtų suvaržytos neproporcingai (Hunter-Henin, 2007, p. 113).

Kaip minėta, Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis nėra pirmoji, kurioje šis teismas tikrina nacionalinės privatinės teisės normos taikymą proporcingumo aspektu, tačiau tai yra bene pirmasis atvejis Prancūzijos bendrosios kompetencijos teismų istorijoje, kai kasacinis teismas proporcingumo kontrolę atliko *ex officio*, t. y. toks prašymas nebuvo pareikštas nei nagrinėjant bylą žemesnės instancijos teismuose, nei kasaciniame skunde. Ir dėl šios priežasties ši nutartis laikoma tam tikra prasme „revoliucine“, nes, anot autorių, proporcingumo kontrolė buvo pasitelkta siekiant pripažinti, kad įstatymas, kurio atitiktis konvencijai *in abstracto* nekelia abejonų, gali būti pripažintas neatitinkančiu konvencijos *in concreto* (Marguenaud, 2018). Minėta, kad šiai naujai tendencijai įvardyti Prancūzijos teisės doktrinoje buvo pasitelktas „ramiosios revoliucijos“ įvaizdis, lemiantis poreikį peržiūrėti kasacinio teismo paskirtį ir funkcijas¹⁰. Kaip teigiama doktrinoje, Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis išryškino tendenciją, rodančią, kad šis teismas, įkvėptas EŽTT, vis labiau pereina į faktų sritį ir sprendimą grindžia būtent faktų vertinimu, o ne vien įstatymu. Tiesa, vėlesnėje Prancūzijos kasacinio teismo praktikoje orientuojama į tai, kad teisės normos taikymą proporcingumo aspektu turėtų analizuoti žemesniųjų instancijų teismai (pranc. *juges du fond*¹¹) ir tai turėtų būti daroma esant ginčo šalies prašymui, o kasacinis teismas turėtų atlikti tokios proporcingumo „kontrolės kontrolę“ (Fulchiron, 2017, p. 656).

Analizuojama nutartis Prancūzijos doktrinoje sulaukė labai daug dėmesio ir kritikos, ypač konservatyviosios Prancūzijos doktrinos atstovų (Capitant *et al.*, 2015, p. vi). Vieni autoriai kėlė klausimą, ar Europos žmogaus teisių konvencija tikrai diktuoja atitikties konvencijai kontrolę, ir teigė, kad EŽTT jurisprudencijoje būtų sunku rasti principą, kuris įpareigotų nacionalinius teisėjus visada ir visose srityse vykdyti atitikties konvencijai kontrolę *in concreto* (Afroukh, 2019). Kiti autoriai atkreipė dėmesį į tam tikrus su proporcingumo kontrole susijusius pavojus, kaip antai pačios proporcingumo sąvokos neapibrėžtumą, galintį lemti teisinį netikrumą ir teisės nenuspėjamumą, jei sprendimai būtų priimami remiantis konkrečioje byloje nustatyta interesų pusiausvyrą, pamirštant pačią teisės normą, o kasacinis teismas rizikuotų supanašėti su žemesniųjų instancijų teismais, nagrinėjančiais bylas iš esmės (Seube, 2009). Šis sprendimas buvo kritikuojamas ir kaip atveriantis kelią susilpninti įstatymo vaidmenį (Puig, 2016, p. 70).

¹⁰ Teisėjo vaidmens peržiūrai skirtas, pvz., specialus 2018 m. leidinio *Revue des droits et libertés fondamentaux* (RDLF) numeris, kuriame teisės doktrinos atstovai išsakė įvairias nuomones dėl Prancūzijos kasacinio teismo vykdomos įstatymų atitikties Konvencijai kontrolės (proporcingumo kontrolės, atitikties Konvencijos nuostatoms kontrolės).

¹¹ Prancūzišku terminu *juges du fond* įvardijami teismai, kurie bylas nagrinėja tiek dėl faktų, tiek dėl teisės taikymo, t. y. teismai, kurių sprendimai remiasi ir faktų analize (iš esmės tai pirmosios ir apeliacinės instancijos teismai).

2. Teismo sprendimų *contra legem* problematika teisės aiškinimo ir teisės kūrimo kontekste

Analizuojant šio straipsnio 1.1 ir 1.2 poskyriuose aptartas Lietuvos ir Prancūzijos kasacinių teismų nutartis, kuriose teisėjai nusprendžia netaikyti nacionalinės teisės normos, ir siekiant atsakyti į klausimą, ar tokie sprendimai laikytini *contra legem*, reikėtų kalbėti apie teisėjo vaidmenį vykdant teisingumą, interpretuojant ir taikant teisę, užtikrinant jos raidą ir (ar) ją kuriant. Reikėtų kelti galbūt ir paradoksaliai skambantį klausimą, ar teismo sprendimas *contra legem* gali būti legitimus? Kada tai galėtų būti laikoma legitimu? Kokios sąlygos turi būti įvykdytos, kad galėtume sakyti, jog toks teismo sprendimas gali būti pateisintas (spragos užpildymas, teisinio reglamentavimo nepakankamumas, teisės normos aiškinimas ir pan.)? Tokiame kontekste kyla klausimas, ar teisėjai, pasirinkdami kitokį sprendimo variantą, nei numatytas teisės normoje, analizuojamose bylose netampa *de facto* naujos teisinės taisyklės kūrėjais? Koks galimas tokio teismo sprendimo poveikis tolesnei teisinės sistemos raidai?

Lietuvos Respublikos Konstitucijos 109 straipsnio 1 dalyje iš teismo reikalaujama vykdyti teisingumą. Laikantis tradicinio požiūrio, vyraujančio kontinentinės teisės tradicijos šalyse, teismo vaidmuo¹², visų pirma, yra taikyti teisę, o ne kurti naujas teisės normas¹³, pripažįstant, kad teisės spragos turi būti užpildomos taikant įstatymo ir teisės analogiją, kaip tai numatyta Lietuvos CK 1.8 straipsnyje. Prancūzijos CK 4 straipsnyje numatoma, jog teisėjui, atsisakiusiam priimti sprendimą tuo pretekstu, kad įstatymas tam tikro klausimo nereguliuoja, yra neaiškus ar nepakankamas, gali kilti atsakomybė už atsisakymą vykdyti teisingumą (pranc. *déni de justice*, angl. *denial of justice*). Kita vertus, pagal Prancūzijos CK 5 straipsnį draudžiama teisėjui spręsti jam pateiktas bylas nustatant bendro ir reglamentuojančio pobūdžio nuostatas / taisykles, t. y. teisėjas negali sukurti bendrų taisyklių, kurios būtų visuotinai taikomos už konkrečios bylos ribų.

UAB Litpirma byla ir prancūziškoji byla dėl santuokos galiojimo nelaikytinos teisės spragos atveju, kai, nesant tam tikrą santykį reguliuojančio įstatymo (*absence de la loi*), teisėjams būtų tekę priimti novatoriškus sprendimus. Kaip minėta, straipsnyje analizuojamos *UAB Litpirma* bylos atveju Lietuvos CK yra įtvirtinta norma, skirta daikto savininko ir sąžiningo įgijėjo teisių pusiausvyrai, t. y. įstatymų leidėjas šį klausimą reglamentuoja priimdamas būtent tokį teisinės politikos sprendimą¹⁴. Tas pats pasakytina ir apie analizuotą prancūziškąjį atvejį – Prancūzijos CK tiesiogiai įtvirtina draudimą sudaryti tokio pobūdžio santuoką ir nustato trisdešimties metų terminą, per kurį tokią santuoką gali būti prašoma pripažinti negaliojančia.

Šios bylos, mūsų manymu, taip pat nepriskirtinos atvejams, kai esamas teisinis reglamentavimas nėra pakankamas (*l'insuffisance de la loi*) ir kai priimtas sprendimas galėtų būti kvalifikuojamas kaip sprendimas *praeter legem*, kuris yra iš principo galimas ir pripažįstamas, nes tam tikro klausimo teisė

¹² Kaip minėta straipsnio įžangoje, teismo precedento klausimas šiame straipsnyje plačiau neanalizuojamas.

¹³ Laikantis tokios pozicijos, nėra paneigiamas teismų praktikos kaip teisės šaltinio vaidmuo (Teisės teorijos įvadas, 2012, p. 424; Vasiliauskas, 2004, p. 127–128). Įdomu pažymėti, kad Šveicarijos civilinio kodekso 1 straipsnio 2 dalyje yra įtvirtinta nuostata, susiejanti teismo uždavinį su įstatymų leidėjo uždaviniais. Šioje normoje įtvirtinta, kad tais atvejais, kai teisės akte (*statute*) nėra taikytinų reikiamų (atitinkamų) nuostatų, teisėjas sprendžia vadovaudamasis paprotine teise (*le droit coutumier, customary law*), o tokios teisės (tokio papročio) nesant, vadovaudamasis taisyklėmis, kurias jis, veikdamas kaip įstatymų leidėjas, priimtų.

¹⁴ Tam tikrais atvejais bendrosios kompetencijos teismo teisėjas galėtų netaikyti teisės normos, pripažindamas negaliojančiu teisės aktą, kaip tai numatyta Lietuvos CK 1.3 straipsnio 5 dalyje: teismas turi teisę pripažinti negaliojančiu Civiliniam kodeksui ar kitam įstatymui prieštaraujantį teisės aktą ar jo dalį, jeigu šio akto ir Konstitucijos ar įstatymų atitikties kontrolė neįeina į Konstitucinio Teismo kompetenciją. Kitais atvejais (įskaitant ir mūsų analizuojamą atvejį) kilus abejonei bylą nagrinėjantis teisėjas turi kreiptis dėl normos konstitucingumo į Konstitucinį Teismą arba taikyti normą tokią, kokia ji yra suformuluota įstatymų leidėjo.

apskritai nereglamentuoja (tuo šis atvejis skirtusi nuo *contra legem*, kai priimtas sprendimas yra tiesiogiai prieštaraujantis įstatymui).

Dar vienas svarbus teisėjo vaidmens vykdamas teisingumą aspektas yra teisės normos interpretavimas. Kartais teisės norma yra netaikoma arba priimamas sprendimas *contra legem* būtent dėl jos aiškinimo (Lotti, 2020, p. 106–108). Aiškindamas teisės normos turinį, teismas gali susiaurinti normos taikymo sritį, ją išplėsti arba apskritai jos netaikyti. Tačiau kiltų klausimas, ar šiame straipsnyje analizuojamose Lietuvos ir Prancūzijos kasacinių teismų nagrinėtose bylose apskritai buvo kilęs teisės normos interpretavimo klausimas. Būtinybė aiškinti teisę sietina su susiformavusios ir sukurtos teisės savaiminiu neaiškumu (Baublys *et al.*, 2012, p. 416), teisės aiškinimas *sensu stricto* reiškia neaiškių, vienas kitam prieštaraujančių įstatymų ar teisės normų tikrosios prasmės ir tikslo nustatymą taikant teisę (Mikelėnienė, Mikelėnas, 1999, p. 139). Prancūzijos CK 161 straipsnyje draudimas sudaryti santuoką tarp artimais kraujo ar giminytės ryšiais susijusių asmenų suformuluotas labai aiškiai, nepaliekant erdvės interpretacijai¹⁵. Prancūzijos kasacinio teismo teisėjai šios normos netaiko vertindami faktines aplinkybes (pvz., santuokos trukmę), nes ją taikant, teismo nuomone, būtų neproporcingai apribota EŽTT konvencijos garantuojama teisė į šeimos gyvenimo gerbimą. Lietuvos CK 4.96 straipsnio 2 dalis taip pat gali būti laikoma aiškiai ir nedviprasmiškai suformuluota taisykle ir *UAB Litpirma* byloje pats normos turinys nėra interpretuojamas. Nėra ginčo ir dėl faktų. Kaip minėta, Lietuvos Aukščiausiojo Teismo teisėjų kolegijos nuomone, formaliai yra pagrindas taikyti CK 4.96 straipsnio 2 dalyje įtvirtintą normą, tačiau dėl proporcingumo principo ir EŽTT jurisprudencijos poveikio ji šioje konkrečioje situacijoje yra netaikoma. Taigi šiuo požiūriu manytume, kad, atsižvelgiant į aiškiai ir nedviprasmiškai suformuluotą normų turinį, jų interpretuoti nebuvo poreikio. Tačiau pozicijai, kad aiškios teisės normos nereikia aiškinti (*lex clara non sunt interpretanda*), oponuoja kitas požiūris, pagal kurį „teisės aiškinimas, kaip teisinis argumentavimas, teismo procese visada būtinas, skiriasi tik jo apimtis“ (Mikelėnienė, Mikelėnas, 1999, p. 143). Viena iš priežasčių, anot autorių, dėl kurios reikia aiškinti teisę, yra teisės internacionalizavimasis – nacionalinės teisės normas būtina taikyti ir aiškinti atsižvelgiant į tarptautinės teisės šaltinius ir tarptautinę praktiką (Mikelėnienė, Mikelėnas, 1999, p. 163). Mūsų manymu, tai, ką šiose bylose atlieka kasaciniai teismai paklusdami tokiam internacionalizavimosi imperatyvui, yra teisės normos išaiškinimas pasitelkiant vieną iš interpretavimo metodų – vadinamąjį bendrųjų teisės principų metodą (Mikelėnienė, Mikelėnas, 1999, p. 226) – arba, kitaip tariant, atlieka proporcingumo principo taikymo kontrolę *in concreto*.

Lietuvos teisės doktrinoje ribines teisės aiškinimo ir kūrimo situacijas analizavęs E. Baranauskas greta atvejų, kai teisės spragos šalinamos taikant įstatymo ar teisės analogiją, išskiria „išimtinį“ teismo kaip interpretatoriaus vaidmenį, kai visuomeniniai santykiai reguliuojami teismo sprendimu, kai tokius santykius *jau* reglamentuoja teisės normos – tokiais atvejais „teismas veikia kaip *de facto* naujos teisinės taisyklės kūrėjas“ (Baranauskas, 2009, p. 205). Šis autorius nurodo, kad viena iš priežasčių, lemiančių teismo sprendimą, kurį galima laikyti nustatančiu naują taisyklę, yra siekis priimti „teisingą sprendimą“: pasitaiko atvejų, kai kasacinis teismas „atlieka ne viešajam interesui prioritetą teikiančio ir vienodą teismų praktiką formuojančio, bet „teisingą sprendimą“ priėmusio teismo, tiesiog konkrečioje byloje įvykdžiusio teisingumą, vaidmenį“ (Baranauskas, 2009, p. 205). Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. priimta nutartis, kurioje jis atlieka žemesniosios instancijos teismams būdingą vaidmenį, taip pat ir analizuota *UAB Litpirma* byla, mūsų manymu, taip pat galėtų būti priskiriamos šiai kategorijai, kuri doktrinoje įvardijama kaip „nukentėjusios šalies gynimo bet kokia kaina atvejai“ (Baranauskas, 2009, p. 208).

UAB Litpirma byloje kasacinio teismo suformuluotą taisyklę būtų galima glaustai apibūdinti taip: net ir tais atvejais, kai formaliai egzistuoja sąlygos taikyti CK 4.96 straipsnio 2 dalyje įtvirtintą

¹⁵ Tiesa, pagal Prancūzijos CK 164 straipsnį konkrečiu atveju esant svarbioms priežastims Prancūzijos Respublikos Prezidentas gali CK 161 straipsnyje įtvirtintą draudimą panaikinti, jeigu vienas iš situoktinių yra miręs.

ribotos vindikacijos institutą, atsižvelgiant į Konstitucinio Teismo ir Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudenciją ir siekiant sąžiningo įgijėjo ir savininko interesų pusiausvyros, sprendžiant, ar taikant tokį savininko teisių gynimo būdą nebus pernelyg suvaržytos sąžiningo įgijėjo teisės ir pažeisti jo teisėti lūkesčiai. Tam būtina įvertinti konkrečias daikto praradimo aplinkybes, sąžiningo įgijėjo valdymo tęstinumą ir trukmę, kiekvienai šaliai tenkančius padarinius ir kitas reikšmingas aplinkybes. Administracinių teismų praktikoje (Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. rugsėjo 25 d. nutartis administracinėje byloje) tokia situacija įvardijama kaip „nuosavybės neliečiamumo ir teisėtų lūkesčių apsaugos principų konkurencijos“ situacija, kuriai išspręsti kiekvienoje konkrečioje byloje būtina vertinti reikšmingas faktines aplinkybes, sudarančias sąlygas nustatyti tinkamą saugotinių vertybių pusiausvyrą. Kalbant apie tokios suformuluotos teisės aiškinimo taisyklės poveikį teisei sistemai¹⁶, pažymėtina, kad į tokį išaiškinimą kasacinėje byloje ilgainiui turės atsižvelgti žemesniųjų instancijų teismai, nagrinėdami analogiškas bylas. Jeigu vėlesnė kasacinio teismo ar kitų teismų praktika laikysis tokios krypties, ar tai neįgis precedentinio sprendimo reikšmės? Ar taip nebus sukurta nauja ir paneigta esama teisės norma? Į klausimą, ar konkrečioje civilinėje byloje priimtas kasacinio teismo sprendimas įgis bendrosios taisyklės formą ir įsitvirtins tiek bendrosios kompetencijos, tiek administracinių teismų praktikoje, bus galima atsakyti žvelgiant iš laiko perspektyvos, tačiau jau šiandien galime numatyti, kad tokios jurisprudencijos poveikis teisei sistemai neabejotinai bus.

3. Nacionalinės teisės normos netaikymas besikeičiančio teisėjo vaidmens kontekste

Aptariant atvejus, kai teisėjas konkrečiam ginčui išspręsti netaiko nacionalinės teisės normos, ir peržengiant konkrečių analizuotų bylų ribas, keltinas ir bendresnis klausimas dėl besikeičiančio teisėjo, ir konkrečiai kasacinio teismo teisėjo, vaidmens.

Tokiame kontekste pacituotinas prancūzų doktrinos atstovas Ph. Rémy, išskyręs trejų teisėjo vaidmenį skirtingais istoriniais laikotarpiais: 1) teisėjas, paklūstantis įstatymo raidei, 2) teisėjas, užimantis vietą greta įstatymo, ir pagaliau 3) teisėjas, tampantis subjektu, kuriam tenka taikyti europines normas ir būti žmogaus teisių sergėtoju, ir kuris tam tikra prasme atsiduria virš įstatymo (Rémy, 2013, p. 22–35).

Kalbant apie pirmąjį aspektą, galima paminėti, kad Prancūzijos kasacinio tribunolo (pranc. *le Tribunal de cassation*) įsteigimo metu (1789) jam buvo keliamas pagrindinis uždavinys – tarnauti įstatymui, tačiau šiandien doktrina pažymi, kad situacija yra pasikeitusi ir kad tai yra teismų praktika, kuri suteikia kryptį teisei (Oppetit, 1991, p. 159). Kasacinio teismo, kuris pagal savo prigimtį yra šis tas daugiau nei teismas ir šis tas mažiau nei įstatymų leidėjas (Desgorces, 2011, p. 25–34), priimami sprendimai atlieka teisės kuriamąjį vaidmenį (Oppetit, 1991, p. 159) ir atėjo metas Prancūzijos kasaciniam teismui tai pripažinti (Molfessis, 2004, p. 160). Doktrinoje pažymima ir tai, kad realybėje

¹⁶ Galime paminėti, kad Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. birželio 22 d. nutartyje Nr. 3K-3-278-248/2017 suformuluota teisės taikymo ir aiškinimo taisykle remiamasi ir vėlesnėje šio teismo praktikoje (Žr., pvz., Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2021 m. sausio 29 d. nutartį civilinėje byloje Nr. 3K-3-7-611/2021; Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018 m. spalio 4 d. nutartį civilinėje byloje Nr. 3K-3-338-695/2018; Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. sausio 18 d. nutartį civilinėje byloje Nr. 3K-3-76-916/2019), žemesniųjų instancijų bendrosios kompetencijos teismų sprendimuose (2021-06-16 INFOLEX duomenimis, ši LAT nutartis cituojama kitose 50 bylų, citavimo kontekstas daugiausiai susijęs su bylos sustabdymu ir restitucijos taikymu atsižvelgiant į konkrečios situacijos ypatumus), taip pat Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo praktikoje (žr., pvz., Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. rugsėjo 25 d. nutartį administracinėje byloje Nr. eA-330-1062/2018. *Administracinė jurisprudencija*, 2018, 36, p. 218; Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. rugsėjo 5 d. nutarties administracinėje byloje Nr. eA-404-415/2018 95 punktą).

kasacinio teismo praktika gali būti prilyginama tam tikrai įstatymų leidybos rūšiai (Zenati, 2003, p. 3; Desgorces, 2011, p. 29).

Kalbant apie antrąjį aspektą, turimi omenyje reikšmingiausi ar įtakingiausi Prancūzijos kasacinio teismo sprendimai, vadinamieji *grands arrêts*¹⁷, kuriais sukuriamos naujos taisyklės, pavyzdžiui, Civiliniame kodekse tiesiogiai nereglamentuojamiems atvejams. Tai, kad kasacinio teismo jurisprudencija turi tam tikrą normatyvinį pobūdį, rodo, pavyzdžiui, Prancūzijos kasacinio teismo praktika, kurioje buvo įtvirtinti tokie bendrieji principai, kaip antai nepagrįsto praturtėjimo principas (Cass. req. 15 juin 1892)¹⁸. Doktrinoje nurodoma, kad kai kurie iš šių principų gali būti laikomi *contra legem* ir kad praktikoje yra buvę atvejų, kai įstatymų leidėjas vėliau pakeičia teismų praktiką, kuriai jis nepritaria (Desgorces, 2011, p. 29–30).

Kalbant apie trečiąjį Ph. Rémy išskirtą aspektą, nacionalinis teisėjas tam tikrais atvejais gali (ir turi) netaikyti įstatymo, jei tas įstatymas prieštarauja europinei ar žmogaus teisių tvarkai. Pavyzdžiui, remiantis Europos Sąjungos Teisingumo Teismo suformuota jurisprudencija, pagal Sąjungos teisės viršenybės principą reikalaujama, kad nacionaliniai teismai, įpareigoti taikyti Sąjungos teisės nuostatas pagal jiems suteiktą jurisdikciją, turėtų pareigą užtikrinti visišką šių nuostatų veiksmingumą, prireikus savo iniciatyva netaikydami bet kurios joms prieštaraujančios nacionalinės teisės nuostatos, ir neprivalo prašyti, kad ši nacionalinė nuostata būtų panaikinta teisėkūros arba kitokiomis konstitucinėmis priemonėmis, arba laukti, kol tai bus padaryta (*The Minister for Justice and Equality ir The Commissioner of the Garda Síochána prieš Workplace Relations Commission* (2018); *SEGRO ir Horváth* (2018); *Simmenthal* (1978)). Lietuvos CK 1.3 straipsnio 3 dalyje įtvirtinta taisyklė, pagal kurią Civilinio kodekso nuostatos, įtvirtinančios kitokią reglamentaciją nei Europos Sąjungos teisę įgyvendinantys įstatymai, netaikomos (arba tiksliau, taikomos tiek, kiek tie kiti įstatymai nenumato kitaip). Tačiau šiame straipsnyje analizuojamos situacijos nepriskirtinos tokiems atvejams, todėl plačiau jų neanalizuosime.

Aktualesnis klausimas šio straipsnio kontekste yra Europos Žmogaus Teisių Teismo (EŽTT) jurisprudencija kaip nacionalinės teisės nuostatų taikymą ribojantis veiksnys. Tiek Lietuvos, tiek Prancūzijos kasacinis teismas analizuotose nutartyse remiasi Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija ir EŽTT jurisprudencijoje suformuluotais argumentais, kurie iš esmės ir lemia sprendimą šiose konkrečiose bylose netaikyti Civilinio kodekso nuostatų. Kaip minėta, Prancūzijos kasacinis teismas konstatuoja, kad, taikant Prancūzijos CK 161 straipsnį, būtų neproporcingai kišamasi į privatų sutuoktinės šeimos gyvenimą ir tai lemtų EŽTK 8 straipsnio pažeidimą. Lietuvos kasacinio teismo nutartyje išdėstyti argumentai taip pat orientuoja į tai, kad CK 4.96 straipsnio 2 dalyje suformuluotos normos taikymas šioje konkrečioje byloje, teisėjų kolegijos nuomone, lemtų neproporcingą rezultatą sąžiningo įgijėjo atžvilgiu¹⁹.

¹⁷ Sąvoka „*grands arrêts*“ apibūdinami Prancūzijos kasacinio teismo sprendimai, kuriais sprendžiami kontroversiniai teisės klausimai arba naujai interpretuojamos teisės normos (Capitant, H., 1934)), kartais vadinami „sprendimais-principais“ (*arrêts de principe*), sprendimais, kuriais išsprendžiami naujai iškile klausimai arba kuriais teismų praktikai (joje jau anksčiau išspręstoms problemoms) suteikiama nauja kryptis (Capitant, H., Terre, F., Lequette, Y. (eds.), 2015, p. VI).

¹⁸ Šį principą (*de in rem verso*) Prancūzijos teismų praktika pirmą kartą pripažino Prancūzijos kasacinio teismo 1892 m. birželio 15 d. nutartyje (*arrêt Boudier*) (Cass. req. 15 juin 1892, GAJC, t. 2, 12^e éd., no 239).

¹⁹ LAT pirmiausia pažymėjo, kad „proporcingumo principas reiškia, kad įstatymų leidėjo ir kitų valstybės institucijų veiksmai ir taikomos priemonės (ribojimų, draudimų įvedimas) turi būti proporcingi siekiamiems tikslams ir interesų pusiausvyrai užtikrinti“. Toliau nurodė, kad „dėl proporcingumo principo yra pasisakęs ir EŽTT, nurodydamas, kad bet koks naudojimosi nuosavybe apribojimas turi būti ne tik teisėtas ir turėti tikslą, bet ir atitikti proporcingumo reikalavimą. Turi būti užtikrinta teisinga visuomenės bendrojo intereso poreikių ir atitinkamo asmens pagrindinių teisių apsaugos reikalavimų pusiausvyra, nes toks teisingos pusiausvyros siekis būdingas visai Konvencijai. Reikiama pusiausvyra neužtikrinama, jeigu atitinkamam asmeniui tenka asmeninė ir per didelė našta (žr., pvz., 2015 m. gruodžio 1 d. sprendimą byloje *Žilinskienė prieš Lietuvą*, peticijos Nr. 57675/09, par. 45; 2013 m. lapkričio 13 d. sprendimą byloje *Pyrantienė prieš Lietuvą*, peticijos Nr. 45092/07, par. 49)“.

Apibendrinant pasakytina, kad šiuo metu iš tiesų matome, kaip žmogaus teisių diskursas iš konstitucinės ir viešosios teisės transplantuojamas privatinėje teisėje (Collin, 2014, p. 6), EŽTK įtvirtintos žmogaus teisės taikomos ir horizontaliems santykiams, t. y. tarp privačių asmenų, pagrindinės žmogaus teisės skverbiasi ne tik į procesinę, bet ir į materialiąją teisę, ir Strasbūro teismo jurisprudencijos, kaip teisės šaltinio, vaidmuo taikant nacionalinę teisę negali būti ignoruojamas (Desgorges, 2011, p. 25, Vasiliauskas, 2004, p. 132). Straipsnyje analizuotos Lietuvos ir Prancūzijos kasacinio teismo nutartys rodo, kad, perimdami EŽTT naudojamą argumentavimo metodą, t. y. interesų pusiausvyros paiešką, nacionaliniai teismai konkrečiuose bylose atlieka nacionalinės teisės normos taikymo proporcingumo kontrolę, kurios metu teisės principai tampa teisės normų taikymą ribojančiu veiksmu. Tokia teismų praktika skatina diskutuoti ne tik dėl nacionalinėje teisėje įtvirtintų teisių gynimo būdų taikymo transformacijų, bet ir apskritai dėl besikeičiančio teisėjo vaidmens taikant ir kuriant teisę.

Išvados

1. Išanalizavus atvejus, kai civilinėje byloje priimtų žemesniųjų instancijų teismų sprendimų peržiūra kasacine tvarka grindžiama proporcingumo ir teisėtų lūkesčių principų pažeidimu, taip pat Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija, ir kasacinio teismo teisėjas netaiko ginčui išspręsti taikytinos nacionalinės teisės normos, motyvuodamas proporcingumo principo pažeidimu, konstatuotina, kad tokiais atvejais kasacinio teismo, kaip teisės vienodintojo, vaidmuo užleidžia vietą teisėjo, analizuojančio faktines aplinkybes konkrečiam ginčui išspręsti, vaidmeniui, ir kyla rizika, kad teisėjas *de facto* taps naujos teisės normos kūrėju, taip konkuruodamas su įstatymų leidėju.
2. Kasacinio teismo teisėjų atliekamas nacionalinėje privatinėje teisėje įtvirtintos teisės normos įvertinimas proporcingumo principo požiūriu *in concreto* ir priimami sprendimai, kuriais netaikoma konkreči ginčui išspręsti taikytina teisės norma, įneša sumaištį taikant nacionalinėje teisėje įtvirtintus pažeistų teisių gynimo būdus, kelia klausimą dėl asmenų lygybės prieš įstatymą, taip pat dėl teisinio aiškumo ir teisės prognozuojamumo.
3. Perimdami EŽTT naudojamą argumentavimo metodą, t. y. interesų pusiausvyros paiešką, nacionaliniai teismai konkrečiuose bylose atlieka proporcingumo kontrolę, kurios metu teisės principai tampa teisės normų taikymą ribojančiu veiksmu. Tačiau įstatymų leidėjui specialiai reglamentavus konkretų visuomeninį santykį (pvz., galimybę išreikalauti nekilnojamąjį daiktą iš sąžiningo įgijėjo, savininkui turta praradus dėl nusikaltimo) ir patvirtinus tokios normos konstitucingumą konstitucinės justicijos tvarka, kontinentinės teisės tradicijos valstybėje toks teisinis reglamentavimas neturėtų būti keičiamas remiantis teismų praktika, netaikant ginčui išspręsti taikytinos aiškios teisės normos, kai yra visos faktinės ir teisinės prielaidos jai taikyti.
4. Pripažįstant, kad kontinentinės teisės tradicijos šalyse kasaciniai teismai atlieka teisės kuriamąjį vaidmenį, tačiau siekiant užkirsti kelią tam, kad teisės principai nepaneigtų nacionalinėje teisėje įtvirtintos normos esmės, nepažeistų asmenų lygiateisiškumo prieš įstatymą principo ir dar labiau nepadidintų teisės neaiškumo ir neapibrėžtumo, turėtų būti apibrėžtos proporcingumo kontrolės *in concreto* ribos. Nacionalinei teisei patiriant vis didėjančią supranacionalinių teismų jurisprudencijos įtaką, nacionalinę teisės normą taikančio teisėjo diskrecija vykdyti proporcingumo kontrolę *in concreto* turėtų būti naudojama taip pat proporcingai.

Literatūra

Norminiai teisės aktai

- 1950 m. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija (2011). *Valstybės žinios*, 156-7390.
- Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, 33-1014.
- Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (2000). *Valstybės žinios*, 74-2262.
- Code civil français (1804).
- Code civil suisse (1907).
- Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.
- LOI n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

Specialioji literatūra

- Afroukh, M. (2019). Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la convention européenne des droits de l'homme ? *Revue des droits et libertés fondamentaux RDLF*, chron. n° 04 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://www.revuedlf.com/cedh/le-controle-de-conventionnalite-in-concreto-est-il-vraiment-dicte-par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/> [žiūrėta 2020 m. spalio 3 d.].
- Ambrasienė, D., Cirtautienė, S. (2009). The Role of Judicial Precedent in the Court Practice of Lithuania. *Jurisprudencija*, 2(116), 61–78.
- Baltrimas, J. (2017). *Teismo precedentas: autoritetas ir veikimas*. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01), Vilniaus universitetas. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla.
- Barak, A. (2001). Constitutional Human Rights and Private Law. In: Friedmann, D. and Barak-Erez, D. (eds) (2001). *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 13–42.
- Barauskas, E. (2009). Ar teismui lengva išlikti tik interpretatoriumi? *Jurisprudencija*, 2(116), 201–210.
- Baublys, L. et al. (2012). *Teisės teorijos įvadas*. 2 leidimas. Vilnius: MES.
- Bubnytė, K. (2013). Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija galutinės instancijos Lietuvos teismų praktikoje. *Teisė*, 87, 69–85.
- Capitant, H.; Terré, F.; Lequette, Y. (eds.) (2015). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 13 éd. Paris: Dalloz.
- Chénédy, F. (2016). Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation. *D.*, 796 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/contre-revolution-tranquille-cour-de-cassation-20160418#.YM4M2i2caF0> [žiūrėta 2021 m. gegužės 22 d.].
- Cirtautienė, S. (2013). Žmogaus teisių įtaka privatinei teisei Lietuvoje ir kitose Europos šalyse: probleminiai aspektai. *Jurisprudencija*, 20(1), 77–90.
- Collin, H. (2014). On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. In: Miklitz, H. (ed.), *Constitutionalization of European Private Law: XXII/2*. Oxford: Oxford University Press.
- Dambrauskaitė, A. (2009). *Sandorių negaliojimo teisinės pasekmės*. Monografija. Vilnius: Justitia.
- Danėlienė, I. (2009). Proporcingumo principo taikymas administracinėje ir aplinkos teisėje. *Teisė*, 72, 100–128.
- Danėlienė, I. (2005) Proporcingumo principo taikymas administracinėje teisėje. *Jurisprudencija*, 78(70), 29–38.
- Desgorges, R. (2011). La nature de la Cour de cassation. In: Desgorges, R., Aubry, H., Naudin, E. *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*. Paris: PUF, 25–34.
- Fulchiron, H. (2017). Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode, *D.*, 656.
- Gautier, P.-Y. (2015). Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux, *D.*, 2189 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/contre-balance-des-interets-hierarchie-des-droits-fondamentaux-20151113#.YM4Oai2cbLs> [žiūrėta 2021 m. gegužės 22 d.].
- Hunter-Henin, M. (2007). Chapter 3: France. Horizontal Application and the Triumph of the European Convention of Human Rights. In: Fedtke, J.; Oliver, D. (eds.) (2007). *Human Rights and the Private Sphere, Vol 1: A Comparative Study*. Routledge.
- Jamin, Ch. (2015). Motivation. Cour de cassation: une question de motivation. *La semaine juridique. Edition générale*. N° 29, 20 juillet 2015.
- Jestaz, Ph., Marguénaud, J.-P., Jamin, Ch. (2014). Révolution tranquille à la Cour de cassation, *D.*, 2061 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/revolution-tranquille-cour-de-cassation-20141024#.YM4OLy2cbLs> [žiūrėta 2021 m. gegužės 22 d.].

- Kūris, E. (2009). Teismo precedentas kaip teisės šaltinis Lietuvoje: oficiali konstitucinė doktrina, teisinio mąstymo stereotipai ir kontrargumentai. *Jurisprudencija*, 116(2), 131–149.
- Latvelė, R. (2010). *Teisėjo vaidmuo aiškinant teisę*. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01S), Vilniaus universitetas. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla.
- Le contrôle de proportionnalité (2020). *Revue Justice Actualités*, n° 24. Ecole nationale de la magistrature.
- Leonaitė, E. (2010). Proporcingumo principas ir jo taikymas EŽTT byloje prieš Lietuvą pagal EŽTK 8 straipsnį, *Teisė*, 77, 113–125.
- Leonaitė, E. (2013). *Proporcingumo principas Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencijoje*. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01S), Vilniaus universitetas. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla.
- Lotti, B. (2020). L'inapplication de la règle de droit dans la pratique civiliste. In: Renard, S., Pechillon, E. (eds.) (2020). *L'inapplication de la règle de droit. Exploration des contours d'un phénomène mal connu*. Editions Mare & Martin, 105–116.
- Louvel, B. (2015). Réflexions à la Cour de cassation, *D.*, p. 1326 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/entretiens_presse_8216/premier_president_8217/cassation_bertrand_32203.html [žiūrėta 2021 m. gegužės 22 d.].
- Marguenaud, J.-P. (2018). L'exercice par la cour de cassation d'un contrôle concret de conventionalité. *Revue des droits et libertés fondamentaux RDLF*, chron. n°25 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://www.revuedlf.com/cedh/lexercice-par-la-cour-de-cassation-dun-controle-concret-de-conventionnalite/> [žiūrėta 2021 m. gegužės 22 d.].
- Mikelėnas, V. (2012). Teismų „interpretacinis žaismas“ ir jo doktrininės prielaidos. *Jurisprudencija*, 19(4), 79–92.
- Mikelėnienė, D., Mikelėnas, V. (1999). *Teismo procesas: teisės aiškinimo ir taikymo aspektai*. Vilnius: Justitia.
- Molfessis, N. (2004). Les revirements de jurisprudence. In: Molfessis, N. (dir.) (2004). *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*. Paris: Economica.
- Oppetit, B. (1991). Le rôle créateur de la Cour de cassation. In: *Bicentenaire de la Cour de cassation*, Paris: La documentation française.
- Puig, P. (2016). L'excès de proportionnalité, *RTD civ.*, 70.
- Ranchordas, S. and de Waard, B. (eds.) (2015). *The Judge and the Proportionate Use of Discretion – A Comparative study*. Ruthledge.
- Rémy, Ph. (2013). La part fait au juge. *Revue Pouvoir; Le Code civil*, n° 107, 22–35.
- Sagatys, G. (2009). Teismo precedentas Lietuvoje: konstitucinė maksima ir jos įgyvendinimo problemos. *Justitia*, 2(72), 2–15.
- Sanchez, Y. (2017). Origins and Presentation of the Proportionality Principle in French Case Law. In: Vogenauer, S. and Weatherill, S. (eds.) (2017). *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*. Oxford: Hart Publishing.
- Seube, J.-B. (2009). Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire: Présentation générale 46 *Les Petites Affiches* 86.
- Smits, J. M. (2006). Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View. In: Barkhuysen, T. and Lindenbergh, S. (eds) (2006). *Constitutionalisation of Private Law* 9. Leiden/Boston, 9–22.
- Vasiliauskas, V. (2004). *Teisminio precedento reikšmė romanų-germanų teisinėje sistemoje*. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01S). Vilniaus universitetas. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla.
- Vėgėlė, I.; Kazakevičiūtė, L. (2017). Teismo precedentas Lietuvos teisės sistemoje: 11 metų patirtis ir siūlomo tarėjų instituto iššūkiai. *Jurisprudencija*, 24(2), 256–270.
- Zenati, Fr. (2003). La nature de la Cour de cassation. *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 575 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.courdecassation.fr/publications_26/archives_9929/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2003_1615/n_575_1652/ [žiūrėta 2021 m. gegužės 22 d.].

Teismų praktika

Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimai

- Žilinskienė prieš Lietuvą [EŽTT], Nr. 57675/09, [2015-12-01]. ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD005767509.
- Bogdel prieš Lietuvą [EŽTT], Nr. 41248/06, [2013-11-26]. ECLI:CE:ECHR:2013:1126JUD004124806.
- Pyrantienė prieš Lietuvą [EŽTT], Nr. 45092/07, [2013-11-13]. ECLI:CE:ECHR:2013:1112JUD004509207.
- Gladysheva prieš Rusiją [EŽTT], Nr. 7097/10, [2011-12-06]. ECLI:CE:ECHR:2011:1206JUD000709710.

B. ir L. prieš Jungtinę Karalystę [EŽTT], Nr. 36536/02, [2005-09-13]. ECLI:CE:ECHR:2005:0913JUD003653602.
Kopecky prieš Slovakiją [EŽTT], Nr. 44912/98, [2004-09-28]. ECLI:CE:ECHR:2004:0928JUD004491298.

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendimai

The Minister for Justice and Equality ir The Commissioner of the Garda Síochána prieš Workplace Relations Commission [ESTT], Nr. C-378/17, [2018-12-04]. ECLI:EU:C:2018:979.

SEGRO ir Horváth [ESTT], Nr. C-52/16 ir Nr. C-113/16, [2018-03-06]. ECLI:EU:C:2018:157.

Simmenthal [ESTT], Nr. C-106/77 [1978-03-09]. ECLI:EU:C:1978:49.

Lietuvos teismų praktika

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2021 m. sausio 29 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-7-611/2021.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. sausio 18 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-76-916/2019.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018 m. spalio 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-338-695/2018.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. birželio 22 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-278-248/2017.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014 m. gegužės 30 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-297/2014.

Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2008 m. spalio 30 d. nutarimas. *Valstybės žinios*, 126-4816.

Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. rugsėjo 25 d. nutartis administracinėje byloje Nr. eA-330-1062/2018.

Administracinė jurisprudencija, 2018, 36, p. 218.

Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. rugsėjo 5 d. nutartis administracinėje byloje Nr. eA-404-415/2018.

Prancūzijos teismų praktika

Prancūzijos kasacinio teismo 2020 m. gegužės 26 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 20-81.910.

Prancūzijos kasacinio teismo 2020 m. gegužės 26 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 20-81.971.

Prancūzijos kasacinio teismo 2018 m. vasario 8 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 16-28.271.

Prancūzijos kasacinio teismo 2018 m. vasario 8 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 17-10.558.

Prancūzijos kasacinio teismo 2016 m. gruodžio 8 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 15-27.201.

Prancūzijos kasacinio teismo 2013 m. gruodžio 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 12-26.066.

Prancūzijos kasacinio teismo 1996 m. kovo 6 d. nutartis civilinėje byloje *OPAC de la ville de Paris v. Mme Mel Yedei*, D. 1997, p. 167, note B. de Lamy.

Kiti šaltiniai

Cour de cassation. Communiqué : mariage d'un beau-père et de sa belle-fille (04.12.13) Prieiga per internetą: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html [žiūrėta 2021 m. sausio 15 d.].

Court Decision *Contra Legem* or Application of the Principle of Proportionality *in Concreto*?

Asta Dambrauskaitė

(Vilnius University)

S u m m a r y

The article analyses cases of non-application of a national legal rule applicable to a dispute by cassation court judges hearing civil cases where, based on the analysis of concrete circumstances, the application of such a rule, in the opinion of judges, would lead to an infringement of the principle of proportionality and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Decisions of two courts of cassation belonging to the continental law tradition (the Lithuanian Supreme Court and the French Court of Cassation) illustrate such a control of the application of the principle of proportionality *in concreto*. The article argues that in such cases the primary role of the cassation court, which consists of the uniformisation of the law, gives way to the role of the judge analysing the factual circumstances of the case. This creates a risk of a *de facto* judge-made legal rule competing with a legislator-made rules.

The setting aside *in concreto* of a national legal rule by a court of cassation, where such an outcome is based on considerations of proportionality, introduces confusion into the application of the remedies enshrined in national law, calls into question equality before the law, and undermines the clarity and predictability of the law. By adopting the method of reasoning used by the European Court of Human Rights (search for a balance of interests), national courts carry out a

proportionality test in individual cases, whereby the principles of law become a factor limiting the application of national rules. However, where the legislator has specifically regulated a particular social relationship and the constitutionality of such a rule has been confirmed by the constitutional court, such a rule in the continental law tradition should not be subject to change by way of case law, by not applying the rule where all the factual and legal conditions for its application are met.

While national law is subject to an increasing impact of the case law of supranational courts, the legitimacy of such national court decisions is discussed also in the context of the transformations taking place in regard to the role of a judge. The courts of cassation in the continental law tradition do play a role in the creation and development of legal rules. However, the limits of proportionality review *in concreto* should be defined in order to prevent the risk of legal principles undermining the very substance of a rule laid down in national law, infringing the principle of equality before the law, and contributing to the lack of clarity and uncertainty of the law. The discretion of the national judges to carry out proportionality control *in concreto* should also be exercised proportionately.

Teismo sprendimas *contra legem* ar proporcingumo kontrolė *in concreto*?

Asta Dambrauskaitė

(Vilniaus universitetas)

S a n t r a u k a

Straipsnyje, pasitelkiant dviejų kontinentinės teisės tradicijos valstybių (Lietuvos ir Prancūzijos) kasacinių teismų priimtų sprendimų analizę, tiriama situacija, kai civilinė byla kasacine tvarka nagrinėjantis teismas netaiko ginčui išspręsti taikytinos nacionalinės teisės normos, kai ji, teisėjų vertinimu, konkrečioje situacijoje pažeistų proporcingumo principą ir Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją. Keliamas klausimas, ar tokiais atvejais kasacinio teismo, kaip teisės vienodintojo, vaidmuo neužleidžia vietos teisėjo, analizuojančio faktines aplinkybes konkrečiam ginčui išspręsti, vaidmeniui, ir ar nekyla rizika, kad teisėjas *de facto* taps naujos teisės normos kūrėju, taip konkuruodamas su įstatymų leidėju.

Kasacinio teismo teisėjų atliekamas nacionalinėje privatinėje teisėje įtvirtintos teisės normos įvertinimas proporcingumo principo požiūriu *in concreto* ir priimami sprendimai, kuriais netaikoma konkreči ginčui išspręsti taikytina nacionalinės teisės norma, įneša sumaišties taikant nacionalinėje teisėje įtvirtintus pažeistų teisių gynimo būdus, kelia klausimą dėl asmenų lygybės prieš įstatymą, taip pat dėl teisinio aiškumo ir teisės prognozuojamumo. Perimdami Europos Žmogaus Teisių Teismo naudojamą argumentavimo metodą, t. y. interesų pusiausvyros paiešką, nacionaliniai teismai konkrečiose bylose atlieka proporcingumo kontrolę, kurios metu teisės principai tampa teisės normų taikymą ribojančiu veiksniumi. Tačiau tais atvejais, kai įstatymų leidėjas yra specialiai reglamentavęs konkretų visuomeninį santykį (pvz., galimybę išreikalauti nekilnojamojį daiktą iš sąžiningo įgijėjo, savininkui turta praradus dėl nusikaltimo) ir tokios normos konstitucingumas yra patvirtintas konstitucinės justicijos tvarka, kontinentinės teisės tradicijos valstybėje toks teisinis reglamentavimas neturėtų būti keičiamas remiantis teismų praktika, netaikant ginčui išspręsti taikytinos teisės normos, kai yra visos faktinės ir teisinės prielaidos jai taikyti.

Pripažįstant, kad kontinentinės teisės tradicijos šalyse kasaciniai teismai atlieka teisės kuriamąjį vaidmenį, tačiau siekiant užkirsti kelią tam, kad teisės principai nepaneigtų nacionalinėje teisėje įtvirtintos normos esmės, nepažeistų asmenų lygiateisiškumo prieš įstatymą principo ir dar labiau nepadidintų teisės neaiškumo ir neapibrėžtumo, turėtų būti apibrėžtos proporcingumo kontrolės *in concreto* ribos. Nacionalinei teisei patiriant vis didėjančią supranacionalinių teismų jurisprudencijos įtaką, nacionalinės teisės normą taikantys teisėjai diskrecija vykdyti proporcingumo kontrolę *in concreto* turėtų naudotis taip pat proporcingai.

Asta Dambrauskaitė yra Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Privatinės teisės katedros profesorė. Svarbiausi moksliniai interesai ir tyrimų sritys – civilinė teisė, lyginamoji sutarčių teisė, sandorių negaliojimas, prievolių ir daiktinės teisės sąveika, paveldėjimo teisė.

Asta Dambrauskaitė is a professor at the Department of Private Law, Faculty of Law, Vilnius University. Her main research interests and areas of research include civil law, comparative contract law, nullity of contracts, interactions between the law of obligations and property law, and inheritance law.