

ВСТУП ДО ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Монографія

*За загальною редакцією
доктора юридичних наук, професора,
академіка Академії наук Вищої школи України
М. М. Ясинка*

ІЄ ПРАВОВА
ЄДНІСТЬ
РЕДАКЦІЯ
ЮРИДИЧНИХ
ВИДАНЬ

Київ • Алерта • 2024

УДК 340.142(477)(02)
B85

Рекомендовано до друку Вченою радою
Сумського національного аграрного університету
(протокол № 8 від 27 грудня 2023 року)

Рецензенти:

Ю.Д. Притика – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права та процесу Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка;

М.К. Галянич – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України.

B85 Вступ до прецедентного права України : монографія / за заг. ред. доктора юридичних наук, професора, академіка Академії наук Вищої школи України М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2024. 280 с.

ISBN 978-617-566-821-4

Сьогодні серед найдискусійніших питань як в теорії цивільного, так і адміністративного та господарського процесуального права, так і у сфері судової практики є питання впровадження судових прецедентів в сучасне різногалузеве правосуддя. В даній роботі проведено дослідження теоретико-методологічних засад щодо формування в Україні прецедентного права та створення на його основі прецедентної моделі цивільного, адміністративного та господарського судочинства.

Суб'єктами такого напрямку, який є новим для правосуддя нашої держави, є Верховний Суд та його Велика Палата, а також Європейський суд з прав людини, судова практика якого вже визнана джерелом права в нашій державі. Вказані суб'єкти, по суті, створюють правовий базис для впровадження в Україні прецедентної моделі цивільного, адміністративного та господарського судочинства. В роботі зроблено крок щодо відходу від позитивістської теорії права до «живого права», де судова правотворчість, як основа судового прецеденту, спрямовується в напрямку єдиної правозастосовчої практики у сфері подібних правових випадків. Це дає можливість говорити про посилення в правосудді нашої держави верховенства права, справедливості та розумності.

УДК 340.142(477)(02)

ISBN 978-617-566-821-4

© Авторський колектив, 2024
© Видавництво «Алерта», 2024

Зміст

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ	5
ВСТУПНЕ СЛОВО	6

РОЗДІЛ І. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Глава 1. Преторські едикти римського права як обрис судових прецедентів.....	7
Глава 2. Англійська модель прецедентного права. Історія становлення, розвитку та впливу на сучасну модель цивільного судочинства	18
Глава 3. Судова практика радянського періоду та її особливості в цивільному судочинстві	30
Глава 4. Поняття та сутність судового прецеденту як моделі в сучасному законодавстві та правозастосовчій практиці України та країн пострадянської системи.....	39
Глава 5. Система джерел цивільного процесуального права та місце в ній судового прецеденту	57
Глава 6. Співвідношення понять «судовий прецедент», «судова практика», «судова правотворчість»	78
Глава 7. Сучасна доктрина про судовий прецедент та її особливості	91

РОЗДІЛ ІІ. ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЯК СИСТЕМО УТВОРЮЮЧИЙ ФАКТОР ФОРМУВАННЯ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ МОДЕЛІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Глава 1. Судова правотворчість як історично-процесуальна категорія в цивільному судочинстві	101
--	-----

Глава 2. Локальна судова правотворчість в механізмі забезпечення ефективності цивільного судочинства як підґрунтя для формування моделі прецедентного права в Україні	114
Глава 3. Судова правотворчість як пролог до прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні та її особливості в загальному праві.....	132
Глава 4. Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий фактор та їх вплив на формування прецедентної моделі цивільного судочинства.....	139
Глава 5. Поняття «виключної правової проблеми» та «забезпечення розвитку права» у правозастосовчій практиці Великої Палати Верховного Суду.....	153

РОЗДІЛ III.

СУДОВА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК БАЗИС ДЛЯ ФОРМУВАННЯ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ МОДЕЛІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

Глава 1. Міжнародно-правові стандарти у сфері охорони прав, свобод та інтересів особи шляхом зближення загального та континентального права	162
Глава 2. Європейська конвенція з прав людини та формування на її основі прецедентної моделі судових рішень Європейського суду з прав людини	174
Глава 3. Межі інтерпретаційної, тлумачної та правотворчої діяльності Європейського суду з прав людини	196
Глава 4. Вплив прецедентної практики Європейського суду з прав людини на цивільне судочинство України	223
Глава 5. Судова практика Європейського суду з прав людини та Верховного Суду як базис для формування прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні	232

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	253
--------------------------------------	-----

Авторський колектив:

- Гетманцев О. В.** – к.ю.н., доцент, Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича (розд. III гл. 3 та 5)
- Кройтор В. А.** – д.ю.н., професор, Харківський національний університет внутрішніх справ (розд. III гл. 2)
- Остафійчук Л. А.** – к.ю.н., доцент, Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича (розд. I гл. 4, розд. III гл. 1)
- Паскар А. Л.** – к.ю.н., доцент, Чернівецький національний університет ім. Ю. Федьковича (розд. I гл. 6 та 7, розд. II гл. 4)
- Феннич В. П.** – к.ю.н., доцент, ДВНЗ «Ужгородський національний університет» (розд. I гл. 5, розд. III гл. 4)
- Ясинок Д. М.** – доктор філософії в галузі права, Сумський національний аграрний університет (розд. II гл. 1, 2, 3 та 5)
- Ясинок М. М.** – д.ю.н., професор, академік АН ВШ України, Сумський національний аграрний університет (розд. I гл. 1, 2 та 3)

студатів класичної доктрини судового прецеденту, яка домінує в країнах англо-американської правової системи. Визначення поняття «судовий прецедент» повинно об'єднувати «традиційну» частину про те, що це є винесеним по конкретній справі рішенням суду, обов'язковим до застосування при вирішенні аналогічних справ з врахуванням специфіки та особливостей вітчизняної правової системи.

Утвердження судового прецеденту як джерела права в правовій системі України у найближчій перспективі можливе з визнанням прецедентного характеру актів судової влади здебільшого пов'язаних з офіційним тлумаченням Конституції та законів України, а також з тлумаченням норм права у процесі правозастосування.

Розділ ІІ.

Правові позиції Верховного Суду як системо утворюючий фактор формування прецедентної моделі цивільного судочинства

Глава 1.

Судова правотворчість як історично- процесуальна категорія в цивільному судочинстві

Історія свідчить, що всі тоталітарні режими характеризуються крайнім центризмом влади. Саме політичний центрзм зовсім недавно впливав на зміст і завдання цивільного процесуального права в нашій державі. Разом з тим, практика показує, що кожне суспільство завжди хотіло мати досконалу судову систему, побудовану на засадах прозорості, справедливості і розумності. Керуючись даним прагненням не одне покоління намагалося створити як ідеальну судову систему, так і ідеальне законодавство, розробляючи і приймаючи все нові і нові закони, але бажаний ідеал кожного разу зникав як марево, змушуючи людство кожного разу розпочинати все спочатку.

Сьогодні цивільне процесуальне право, як і інші галузі права, залишаючи в історії радянського та пострадянського періоду звуженість і обмеженість цивільного процесу з його юридикопозитивістським підходом до розгляду цивільних справ, поступово переходить на новий стратегічний курс природно-правового напрямку, де роль кожного судді суттєво зростає.

Це пояснюється тим, що право, правозастосувачем якого є конкретний суддя, спрямовується на упорядкування всієї системи суспільних відносин, і як би це не було парадоксально, але саме від того, хто його застосовує і як, залежить добробут і розвиток країни.

Разом з тим, право і його змістовно-правова суть-законодавство з юридичної точки зору, ніколи не виглядають як ідеал точності і стабільності, не дивлячись на те, що право, являючи собою звід правил, регулює поведінку всіх і кожного, а тому змістовно воно повинно відповідати тому рівню суспільних відносин, які склалися в тому чи іншому суспільстві.

Таким чином, суспільство і право є взаємозалежними суспільно-правовими категоріями, і якщо між ними виникають розриви (прогалини), які завжди мають місце під час революцій чи об'єктивного надстрімкого розвитку суспільних відносин, то право природно починає відставати у своєму розвитку і з цих підстав воно не в змозі урегульовувати все нові і нові відносини, внаслідок чого виникають так звані «законодавчі прогалини». «В узагальненому розумінні прогалина являє собою «пусте», «незаповнене місце», «пропуск»; у переносному – це хиба, недогляд, недолік».¹⁰² Такі випадки можна ще назвати «розривами» в праві, які не мають своєї правової визначеності.

Історія свідчить, що у разі наявності таких неузгодженостей в законі суди вдаються до судової правотворчості долаючи в такий спосіб законодавчі прогалини. Отже, питання судової правотворчості та її межі мають глибокі об'єктивні історичні корені, які ігнорувати ми не можемо, оскільки вони несуть в собі великий науково-інформаційний матеріал, який є підґрунтям для розуміння не лише правової природи правосуддя, а і розуміння підстав для судової правотворчості.

Цивільне судочинство нашої держави сьогодні об'єктивно не може обійтись без судової правотворчості, незалежно від того, хто і як відноситься до цього непростого процесуального

інституту. При цьому, судова правотворчість не є проявом упередженості суддів при урегулюванні суспільних відносин, які з тих чи інших причин набули спірного характеру. Це скоріше є об'єктивною реальністю, яка обумовлена з одного боку швидкістю суспільного розвитку життя людей, а з іншого – реальною неможливістю законодавця відразу змінити більшість застарілого законодавства, оновивши норми права в іншій його частині, хоча законодавець і намагається це зробити.

Історія свідчить, що судова правотворчість то сприймалася суспільством, то відкидалася з мотивів її незаконності, то її практика прирівнювалася до норм закону, формуючи таким чином основи прецедентного права.

Сьогодні інститут судової правотворчості в різній формі його прояву має місце в третині країн світу, оскільки за рахунок судової правотворчості долається весь комплекс законодавчих прогалин, які об'єктивно мають місце майже в усіх законодавчих актах, оскільки створити виключно ідеальний закон, який би регулював всі правовідносини раз і назавжди неможливо в силу нестабільності суспільного розвитку. Саме наявність такого інституту як судова правотворчість дає об'єктивне розуміння природного права та його застосування при урегулюванні спірних відносин при наявності неповноти, нечіткості, суперечливості норм права або їх відсутності. При цьому, як би це не було дивно, але навіть у сфері правотлумачення норм права суди незалежно від їх волі об'єктивно привносять в такий процес певну долю правової новизни, що дає можливість розглядати такий процес як симбіоз статутного і природного права. Такі ж процеси притаманні і при застосуванні правових аналогій. Безумовно, інститут судової правотворчості вже сьогодні закладає основи прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні, що є об'єктивним розвитком такого спрямування.

Історія цивільного судочинства показує, що всі питання правозастосування можуть функціонувати оперативно і якісно лише тоді, коли держава вчасно оновлює своє поточне як мате-

¹⁰² Капцова І. Прогалини в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Господарське право і процес*. 2021. № 3. С. 90–97.

ріальне, так і процесуальне законодавство. Така закономірність носить об'єктивний характер, а відтак вона притаманна всім судовим процесам, незалежно від виду правосуддя.

Правозастосування, як процес юридичної кваліфікації спірних відносин, яке здійснює суд під час розгляду кожної справи за останні сто років, не дивлячись на суттєву зміну норм матеріального права, радикально не змінилося, хоча як світ, так і Україна пережили і переживають цілий ряд глобальних потрясінь. Безумовно, розвиток науки, техніки, технологій вплинули не лише на якість життя людей, але і на їх поведінку. Такі процеси, безумовно, потягли за собою формування нових суспільних відносин, урегулювання яких вже потребувало свого оновленого як матеріального, так і процесуального законодавства. Разом з тим, таке оновлення у свою чергу вимагає нових понять, принципів та положень, оскільки останні є тими основами, яких ґрунтуються не лише теорії, а і сучасні практики. В цьому плані Цивільний процесуальний кодекс України поповнився принципами верховенства права, пропорційності, а принципи законності, змагальності, диспозитивності, рівності всіх перед законом і судом розширили і закріпили свій вплив на правосуддя в цілому.

В цьому напрямку розвивалося і цивільне право. Його принципи справедливості, розумності, здорового глузду тощо по суті наповнили природно-правовим змістом процесуальні принципи верховенства права, пропорційності, змагальності, диспозитивності. Таким чином, відбувся по суті правовий симбіоз принципів матеріального та процесуального права, що дало можливість комплексного формування як суспільних, так і моральних цінностей у сфері сучасного правосуддя.

Не дивлячись на такі кардинальні зміни, спрямовані на розвиток як матеріального, так і процесуального права, сама процедура цивільного судочинства, процес судового розгляду та правозастосування не змінилися. Здається, що час не вплинув на цивільне судочинство, хоча час і є категорією неблаганною. Саме час поглинув в собі десятки наймогутніших держав

світу і в цьому хаосі цивільне судочинство не загубилося в його історії. Така живучість правосуддя пояснюється декількома причинами. По-перше, судова процедура і її правозастосовча частини відточувалися і шліфувалися століттями вбираючи в себе найкращі зразки судової практики, які випробовувалися на території різних держав, створюючи стабільність процесуальних правил, положень та процесуальних інститутів. По-друге, жодне суспільство так і не напрацювало кращої альтернативи на заміну по суті універсальних правил щодо судового розгляду цивільних справ, які культивувались, «переходячи» від однієї країни до іншої. Безумовно держави привносили в цей процес свої напрацювання, як теоретичного так і практичного характеру, уточнюючи окремі положення, адаптуючи їх до реалій своєї судової практики.

Звісно, кожна судова система за рахунок тих чи інших методів правозастосування прагне до стабільності своєї судової практики. Однією із складових такої стабільності є стабільність державного законодавства. Здається, що це і є той вихід, який дає стабільність судової практики. Але тут ми зіштовхуємося із природно-правовим парадоксом. Якщо законодавство в країні є стабільним і малозмінним, то така стабільність вказує на застій у сфері суспільних відносин, а це означає, що право в такій системі не розвивається. Саме з подібним парадоксом зіштовхнулися англійські суди в XII столітті, коли розвиток суспільних відносин стримувався за рахунок місцевих звичаїв, які характеризувалися своєю незмінною стабільністю, що змусило суддів вдаватися до судової правотворчості, поєднуючи зміст розумних і справедливих місцевих звичаїв із державним правом і його принципами. Водночас, такий механізм у сфері правозастосування давав можливість суддям виходити за межі статутного права, формуючи нові правила та положення, які в подальшому почали набувати такого ж значення, як і діючі закони¹⁰³, що

¹⁰³ Ясинок М.М. Введення в прецедентне право України. Цивільне процесуальне право України: підручник для магістрів та аспірантів. К.: Алерта, 2016. С. 546.

поступово сформувало основи загального права, яке сьогодні діє в третині країн світу.

Україна ж, являючись суверенною, незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою¹⁰⁴, сьогодні розвивається настільки стрімко, що суспільні відносини, а з ними і поведінка людей по відношенню до своєї держави, землі, армії, управління, економіки набувають статусу найвищої суспільної цінності. Така направленість суспільного розвитку безумовно потребує надшвидкого оновлення поточного законодавства. В той же час, практика законотворення характеризується своєю повільністю. Така повільність обумовлена поступовістю щодо усвідомлення тих нових процесів, які уже відбуваються в суспільстві чи їх виникнення є настільки очевидним, що ті чи інші факти чи обставини, дії чи події потребують свого нового урегулювання або зміни чи уточнення окремих норм права, або їх доповнення. Особливої актуальності такі процеси набувають під час судового розгляду у сфері правозастосування щодо окремих норм права з метою урегулювання тих чи інших спірних відносин.

Безумовно, що суд не може відмовити особі в правосудді з підстав неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи їх відсутності¹⁰⁵. В цьому зв'язку ми знову зіштовхуємося із процесуальним парадоксом, суть якого полягає в тому, що судді не творять право, і в той же час законодавець хоча, і опосередковано, але «підштовхує» суддів до судової правотворчості. Безумовно, що такі правозастосовчі процеси породжують часто нові правові рішення і саме такими рішеннями суди «нав'язують суспільству свою точку зору з певного питання»¹⁰⁶.

Отже, для цивільного судочинства України важливим процесуальним інститутом стає інститут судової правотворчості. Безумовно, даний інститут не виникає спонтанно на основі суддів-

¹⁰⁴ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 27.04.2023)

¹⁰⁵ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 27.04.2023)

¹⁰⁶ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К.: Україна, 1999. С. 47.

ської упередженості. Він не є і штучним утворенням, оскільки це є однією із об'єктивних природних закономірностей, мета якої з одного боку спрямована на оперативність судового розгляду, а з іншого – на його адаптацію до нинішніх суспільних потреб.

Практика показує, що суб'єктом такої правотворчості завжди є суддя. Саме судді починають «творити право» в реальному часі судового засідання, оскільки вони не можуть чекати, коли законодавець змінить, уточнить чи доповнить законодавство тією чи іншою нормою права¹⁰⁷.

Безумовно, суди, зіштовхуючись із правовою невизначеністю законодавчих норм права, доволі часто вдаються до тлумачення їх правового змісту. Іноді вони розширено тлумачать норми права з метою охопити їх змістом спірні відносини. Але, як в першому, так і другому випадках судді ніколи не виходять «за межі горизонту змістовно-правової суті такої норми права»¹⁰⁸, оскільки за такими межами має місце «матерія» іншої норми права. Не дивлячись на здавалося б обмеженість правотворчого компоненту у сфері правового тлумачення, все ж кожен суддя привносить в такий процес певну частину правової новизни, що дає можливість говорити про те, що кожен суддя під час правотлумачення, по суті займається судовою правотворчістю, хоча зміст такої правотворчості і не виходить за горизонт змістовно-правової суті норми права¹⁰⁹.

Аналогічний підхід до інституту судової правотворчості у сфері цивільного судочинства має місце і при застосуванні правових аналогій. Інше питання, що об'єм такої правотворчості за рахунок об'ємного тлумачення аналогічних норм права як у сфері однієї і тієї ж галузі права чи на міжгалузевому рівні (аналогія закону) буде мати більш виражену індивідуальність.

¹⁰⁷ Кройтор В. А. Суд як суб'єкт судової правотворчості в цивільному судочинстві України. Аналітично-порівняльне правознавство. 2023. № 2. С. 376.

¹⁰⁸ Ясинок Д. М. Судова правотворчість як спосіб подолання «виключної правової проблеми» в континентальному та загальному праві. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2023. Том 1. № 75. С. 147.

¹⁰⁹ Ясинок Д. М. Там же.

При застосуванні ж аналогії права, зміст судової правотворчості буде наближатись до правотворчості загального права, оскільки така правотворча та правозастосовча діяльність завжди буде ґрунтуватись на ідеї соціальної справедливості, рівності, пропорційності, моральності, здорового глузду, традицій та звичаїв, зумовлених історично-культурним рівнем суспільства¹¹⁰. Отже, судова правотворчість – це не лінійне поняття, а відтак воно не має системного характеру і з огляду на це не може бути якимось чином запрограмованим чи непередбаченим¹¹¹.

Не дивлячись на те, що судова правотворчість як предмет наукового дослідження набуває все більшої і більшої популярності як в країнах Європи, так і в Україні, доктрина ж континентального права не сприймає інститут судової правотворчості як природну закономірність вважаючи, що судова правотворчість носить скоріше виключний, аніж природний характер, оскільки суди не творять право вони його лише застосовують.

При цьому, одні науковці зазначають, що судова правотворчість «може порушити принцип поділу влад» та «розбалансує систему її поділу»¹¹², оскільки у нас ще «недосконала судова система, немає об'єктивності в підборі кадрів на посади суддів»¹¹³. Таким чином «судова правотворчість не є прийнятною, оскільки спільнотою мають керувати особи, обрані більшістю, які відповідальні перед нею. Оскільки судді не обираються, то на відміну від законодавців не є відповідальними перед електоратом. Отже, творення суддями закону йде всупереч принципу демократії»¹¹⁴. Всупереч таким поглядам на ін-

¹¹⁰ Кройтор В.А. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. Вид. 3-тє, перероб. та доп.; За заг. ред. д.ю.н., проф. М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2023. С. 33.

¹¹¹ Курило М.П., Ясинок Д.М. Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі при подоланні законодавчих прогалин. *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 9.

¹¹² Шафарчук В. Судові прецеденти в Україні. *Юридична газета* (від 03 вересня 2013 р.). С. 43.

¹¹³ Пархоменко Н. Джерела права: проблеми теорії та методології. Київ: Юридична думка, 2008.

¹¹⁴ Дворкін Р. Серйозний погляд на права; переклад з англ. А. Фоміна. К.: Основи,

ститут судової правотворчості М. Марченко зазначає, що судова правотворчість не тільки не суперечить парламентській, а тим більше не підміняє її, а навпаки – доповнює та збагачує її»¹¹⁵. В цьому зв'язку М. Козюбра зазначає, що «судова правотворчість – це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя, яка хоча і має свої межі проте вилученою із діяльності суду бути не може, оскільки вона закладена в самій природі правосуддя»¹¹⁶.

Таким чином, на думку С. Погребняка визнання існування судової правотворчості як законодавчого принципу «гармонізувало б правову систему, визначаючи нечинними норми права, що суперечать законодавчим положенням і принципам природного права»¹¹⁷.

Не дивлячись на це, судді у сфері дії континентального права поставлені в жорстку залежність від закону¹¹⁸.

В той же час, особливістю загального права, яке формується за рахунок судової правотворчості полягає в тому, що саме за рахунок судової правотворчості найвищих судових органів урегульовується дійсна правова реальність, яка при цьому характеризується високим рівнем своєї визначеності. Ось чому такі рішення самі прирівнюються до законів і не містять норм статутного права.

Не дивлячись на це, такий механізм урегулювання спірних відносин доволі часто критикується прихильниками континентального права. Підставою до цього є безсистемність такого урегулювання. Прихильники ж судової правотворчості, яка лежить в основі прецедентного права зазначають, що судді «творять» загальне право, виходячи із своїх уявлень про те, що є

2000. 519 с.

¹¹⁵ Марченко М. *Источники права*. М.: Проспект, 2008. С. 367.

¹¹⁶ Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.

¹¹⁷ Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. № 4. С. 92–99.

¹¹⁸ Лилак Д.Д. Судочинство і проблеми суддівської правотворчості. *Вісник Верховного Суду України*. 2003. № 3. С. 61–71.

прийнятним з суспільної точки зору¹¹⁹. Безумовно, що такими рішеннями судді формують нове уявлення про право, розвиваючи його як з теоретичної точки зору, так і з точки зору його прикладного характеру. Саме з цих підстав створене в такий спосіб право називають «живим»¹²⁰, «природним»¹²¹, або «судовим»¹²².

Така методика урегулювання спірних відносин є не просто реально живою, оскільки вона твориться тут і зараз, але і позитивно-практичною, оскільки будь-яка система з чітко встановленими правилами завжди має певні законодавчі прогалини, які оперативно можуть долатися за рахунок судової правотворчості. При цьому, право схильне до свого «старіння» оскільки законотворча процедура не є швидкоплинною. Таким чином, законодавець об'єктивно не здатен вчасно відреагувати на зміну суспільних відносин, а відтак судова правотворчість по суті стає останньою надією, законодавця на законне, справедливе, оперативне та логічне урегулювання спірних відносин. При цьому, потрібно звернути увагу на те, що суди, розглядаючи судові справи, ніколи не ставлять за мету в обов'язковому порядку розвивати право. Право за своєю природою завжди характеризується своєю системною замкнутістю, обумовленою завданнями, принципами, способами захисту, суб'єктами тощо. Ось чому «вивести (за рахунок судової правотворчості – М. Я.) будь-яке судове рішення – не більше, ніж ілюзія»¹²³.

Якщо ж поглянути на методику правозастосування у сфері континентального права (романо-германська правова сім'я, на принципах якої розвивається правосуддя в Україні), то вона здебільшого зводиться лише до технічного правозастосування

¹¹⁹ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К.: Вид-во «Україна», 1999. С. 47.

¹²⁰ Шевчук С.В. Судова правотворчість та соціальна школа права. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 1 С. 24.

¹²¹ Монтеск'є Ш. О духе законів. М., 1964. С. 64.

¹²² Капцова Т. Прогалина в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С. 94.

¹²³ Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.

ня абстрактних текстів окремих норм права, які часом за своїм змістом є неповними, неточними, нечіткими чи суперечливими, а в окремих випадках такі норми права взагалі відсутні, що і породжує таке поняття як законодавчі прогалини.

Для пересічних громадян наявність різного роду законодавчих прогалин є незрозумілою, оскільки вони звикли до того, що саме держава є їх гарантом справедливості, а від так її закони чи окремі норми права не можуть мати законодавчих ускладнень чи законодавчих прогалин. Саме таке розуміння єдності права у сфері суспільного правозастосування поклало початок формуванню теорії щодо безпрогальності права, яку виклав Ш. Монтеск'є у своїй роботі «О духу законів»¹²⁴.

Дана теорія лягла на рецепційну основу римського права, яке поширювалося на той час в Європі, що дало змогу сформувати загальновідому теорію позитивного права, яка в подальшому стала фундаментом для континентального права, де джерелом права є не судова правотворчість, а норма права яку можна лише тлумачити не виходячи при цьому за межі горизонту її змістовно-правової суті¹²⁵.

Безумовно, теорія позитивного права об'єктивно тяжіє до статутного права, яке є властивістю держави. Теорія ж незалежного права в основі якого лежить природне право завжди тяжіє до загального права. Ось чому правозастосування в континентальному праві з точки зору тлумачення лінгвістично-правового змісту окремих слів чи словосполучень завжди має певні межі, а реалізації правозастосування з точки зору загального права, незалежно від наукових концепцій ґрунтується на природі справедливості, визнаючи права, свободи та законні інтереси людини, як і її саму, суспільно-природною цінністю, незалежно від соціально-історичного і контексту¹²⁶.

¹²⁴ Монтеск'є Ш. О духе законів. М., 1964. С. 64.

¹²⁵ Ясинюк Д.М. Судова правотворчість як спосіб подолання «виключної правової проблеми» в континентальному та загальному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2023. Том 1. № 75. С. 147.

¹²⁶ Кройтор В.А. Прецедентний характер рішень Європейського суду з прав лю-

В цьому зв'язку доречно було б розглянути історію щодо світоглядних уявлень про судову правотворчість, оскільки історія людства – це перш за все історія права¹²⁷. З урахуванням даних обставин доречно було б коротко розглянути преторську епоху стародавнього римського права, де саме претори вперше застосували судову правотворчість за рахунок чого закони XII таблиць, не дивлячись на суворе дотримання їх змісту успішно застосовувались за рахунок осучаснення їх правового змісту, у відповідності до реалій суспільного життя римлян.

Саме за рахунок розширеного тлумачення норм Законів XII таблиць претори привносили в судочинство нове розуміння правової суті щодо тих чи інших суспільних відносин, формулюючи нові поняття, правила та положення. Таким чином, претори поступово усували із правосуддя цілий ряд застарілих звичаїв, які вже не виконували своєї функції, хоча і були кодифіковані в Законах XII таблиць. Безумовно, що за рахунок такого правотворчого процесу претори розвивали право, а судді надавали такій новизні законності, яка сприймалася суспільством як справедливість.

Якщо ж розглянути з цих позицій «Руську Правду» як спрощену, так і розширену її редакції, то відразу можна звернути увагу на статичну суть правозастосування. «И отложиша убиение за голову, но кунами ся выкупати, а ино все якоже Ярослав судил, такоже и сынове его уставиша»¹²⁸. Таким чином, у Київській Русі по суті закладалися основи деклараторної теорії права де норма права застосовувалась буквально, являючись по суті джерелом права. Такий же теоретичний підхід у сфері правозастосування, який виключав будь-які відхилення від буквального застосування змісту норм права, передбачало і Соборне уло-

дини в сучасному цивільному процесуальному праві України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 4.

¹²⁷ Ясинок М.М. Теорія доказового права. К.: Алерта, 2021. С. 10.

¹²⁸ Ст. 2 Руської Правди (розширена редакція). Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посіб.; Упорядник: А.С. Чайковський, О.Л. Копиленко, В.М. Кривоніс, В.В. Свистунов, Г.І. Трофанчук. К.: Юрінком Інтер, 2003. С. 27.

ження 1649 року. Зокрема, в його Вступі зазначалося: «Чтобы то все Уложение впредь было прочно и недвижно»¹²⁹. Таким чином, законодавець на теренах Київської Русі остаточно визнав і закріпив в нормах права принцип верховенства закону, а його джерелом права було визнано норму права. Саме такий підхід до правосуддя в подальшому і сформував на теренах України позитивістську теорію права, яка не визнавала судову правотворчість як законну, вважаючи її буржуазною течією в соціалістичному праві¹³⁰.

Насправді ж судова правотворчість є природно-об'єктивним комплексно-правовим явищем, яке притаманне як загальному, так і континентальному праву, яке з одного боку має місце в правозастосовчому як тлумачному процесі і при застосуванні правових аналогій. І в той же час судова правотворчість є джерелом прецедентного права. Сам же судовий прецедент є правовим явищем світового рівня, незалежно від того, яке б відношення науковців чи законодавців до нього не було¹³¹.

¹²⁹ Соборное Уложение 1649 года. *Кодифікація цивільного законодавства на українських землях*; За ред. д.ю.н., проф. Р.О. Стефанчука та к.ю.н., доц. М.О. Стефанчука. К.: Вид. «Правова єдність», 2009. С. 313.

¹³⁰ Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс: Учебник. М.: Гос. Изд-во «Юридическая литература». 1952. С. 21–22.

¹³¹ Ясинок Д.М. Судовий прецедент як самостійне джерело процесуального права. «Право як ефективний суспільний регулятор» Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 16–17 лютого 2018 р.). Львів, 2018. С. 54–57.

Глава 2.

Локальна судова правотворчість в механізмі забезпечення ефективності цивільного судочинства як підґрунтя для формування моделі прецедентного права в Україні

Історія становлення права, це історія розвитку суспільства від примітивного первіснообщинного устрою з його звичаєвим правом до сьогоденного широкоформатного, індустріально-інформаційного суспільства з його різногалузево-правовою на-правленістю.

Таким чином, одночасний взаємообумовлений розвиток суспільства і права є природною діалектикою їх розвитку, оскільки вони не лише взаємообумовлюють, але і взаємодоповнюють одне одного, не дивлячись на те, що вони, і зберігають свою обособленість.

Разом з тим, як суспільство, так і право не можуть розвиватись одночасно з однаковою швидкістю, оскільки суспільство розвивається набагато швидше, і у непередбачуваних ніким напрямках. Розвиваючись, суспільство «підтягує» за собою право, визначаючи напрямок його розвитку. Право, розвиваючись в такий спосіб, починає обслуговувати саме ті нові види відносин, які склалися в суспільстві.

Безумовним фактом є те, що суспільні, економічні, політичні, фінансові, земельні відносини у кожній державі, в різні історичні періоди їх розвитку, розвивалися по різному. Це означає, що в кожному такому судочинстві формувалися свої правові традиції, які впливали на правосуддя з точки зору правозастосовчої практики, яка стосувалась конкретних норм права з неможливістю відступу від їх юридично-правової суті. В той же час, формувалася інша правова традиція, яка давала можливість і право суддям на правотворчий процес у разі виявлення законодавчих прогалин чи іншої законодавчої неузгодженості, яка

характеризується неповнотою, суперечливістю, казуїстичністю поточного законодавства.

Так, в першому випадку правосуддя, яке формувалося в XII–XV ст., запозичило традиції римського права і було характерним для країн європейського континенту, а відтак воно отримало назву континентального права.

Інша правова традиція, яку було сформовано в Англії, характеризувалася наявністю права справедливості. Історія даного напрямку сягає 1170 року, коли королівські (коронні) суди поступово почали формувати нові підходи до розгляду справ відповідно до яких вони поєднували норми державного права, з місцевими звичаями окремих територій створюючи таким чином певний модельно-правовий кодекс.¹³² Поєднуючи ці, здавалося б несумісні положення, судді за рахунок правотворчого процесу створювали розумний правовий компроміс, який давав можливість поєднати державне законодавство з наявністю справедливих і розумних правових звичаїв певної місцевості, формуючи в такий спосіб нові правові традиції, розвиваючи право і одночасно стабілізуючи судову практику за рахунок обов'язковості таких рішень для подальшого правосуддя.

Як в радянській, а згодом і в українській доктрині права довгий час панувала думка про те, що правосуддя повинно здійснюватись виключно за наявними нормами права. Такий жорсткий підхід до правозастосування, повністю виключав можливості суддів вдаватись до судової правотворчості навіть тоді, коли норма права в юридично-правовому розумінні її змісту була неповною, нечіткою неточною, суперечливою або взагалі була відсутньою чи остаточно «застарілою» з неможливістю її безпосереднього застосування. При наявності таких випадків законодавець пропонував судам застосовувати механізм аналогії закону, а при неможливості цього зробити – застосувати аналогію права. При цьому, широко застосовувалася судова практика,

¹³² Ясинок Д.М. Історичні передумови становлення прецедентного права в світі. Мат.міжн.науково-практ.конер «Актуальні питання розвитку та взаємодії публічного та приватного права». Львів: 16–17 березня 2018 р. С. 62.

сформульована в постановах Пленуму Верховного Суду України, де шляхом роз'яснень змісту правової суті тієї чи іншої норми права з елементами її правового тлумачення як щодо окремих слів, так і словосполучень, а іноді, із застосуванням логіки суджень давались настанови як повинен діяти суд у сфері того чи іншого цивільно-правового спору з точки зору правозастосування норм як матеріального, так і процесуального права¹³³.

Такий підхід до правосуддя в основі якого лежить принцип верховенства закону, дає можливість політичним елітам опосередковано впливати на правосуддя шляхом невизнання інших форм застосування права, окрім того статутного права, яке прийнято такими елітами. Безумовно, такий завчасно сформований однобокий механізм правозастосування робить судову систему по суті технічною із заздалегідь визначеними «правовими лекалами». І хоча ми підтримуємо теорію незалежного існування права, виходячи з того, що статутне право є власністю держави, а природне права належить суспільству, в основі якого лежать норми моралі, звичаї. В цій частині необхідно пояснити, що ми говоримо не про те, що статутне право є поганим, а судова правотворчість у сфері правозастосування є кращою. Ми говоримо і пропонуємо теорію всеосяжності в праві, відповідно до якої суддя повинен мати можливість самостійно обирати ту чи іншу форму (статутну чи правотворчу) у своїй правозастосовчій практиці, а не залишатись в полоні «позитивістської ідеології радянського нормативізму»¹³⁴. Поширеність такої ідеології обумовлена перш за все тим, що всі правові системи історично схилиються до того, що суди повинні приймати рішення лише відповідно до наявного законодавства, не привносячи в цей процес своїх правотворчих ідей. Така система правозастосування у сфері правосуддя допускала лише можливість тлу-

¹³³ Ясинок Д.М. Судова правотворчість як спосіб подолання «виключної правової проблеми» в континентальному та загальному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2023. № 75.

¹³⁴ Костицький М.В. Філософські питання верховенства права. Академічні читання (6 червня 2007 р). Вища школа. С. 3.

мачення судами норм права, але лише з точки зору їх лінгвістично-змістовної суті щодо окремих слів та словосполучень і на цій основі формувати певні правові висновки, які ніколи не могли виходити за межі горизонту змістовно-правової суті такої норми права.

Саме на цій методичній основі формувалася вся судова практика як в радянський, так і пострадянський періоди нашого правосуддя.

Такий підхід давав можливість говорити про стабільність судової практики, оскільки такий позитив ґрунтувався на заздалегідь передбачуваній спрямованості змістовно-правової суті кодифікованих норм права. Методика ж судової правотворчості не привносить в правозастосовчу практику своєї системності, оскільки такий правозастосовчий механізм не охоплюється статутним правом, Така методика урегулювання спірних відносин більш схильна до загального, аніж континентального права.

Виходячи з теорії всеосяжності, процес правозастосування має як внутрішній, так і зовнішній свій прояв. Внутрішня суть судової правотворчості характеризується своєю локальністю, а відтак вона не може виходити за межі горизонту змістовно-правової суті норми права. Зовнішня її суть ґрунтується на формуванні судами нової доктрини, правил, принципів чи положень.

Таким чином, внутрішня суть судової правотворчості по суті формується в межах національного статутного права і може мати місце лише тоді, коли мають місце розриви між надстримким розвитком суспільних відносин і статутним правом (законодавством), які об'єктивно і утворюють законодавчі прогалини (пустоти). Практика показує, що суд може подолати їх лише за рахунок локальної судової правотворчості, оскільки природа такої правотворчості ґрунтується на законодавчих нормах, які з тих чи інших причин мають певну змістовно-правову неузгодженість у вигляді неповноти, нечіткості або суперечності норм права чи їх відсутності. І хоча за рахунок такої правотворчості формуються нові нормативні положення, але вони лише запо-

Глава 4.

Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий фактор та їх вплив на формування прецедентної моделі цивільного судочинства

Верховний Суд України відіграє ключову роль у розвитку системи правосуддя в Україні. Він є найвищим судовим органом країни і забезпечує здійснення судової влади відповідно до законів та Конституції України.

Згідно законодавчим положенням Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. У вітчизняній правовій системі повноваження даного суду не зводяться лише до здійснення правосуддя. Очолюючи систему судів у державі, Верховний Суд покликаний забезпечувати удосконалення існуючих судових процедур та створення моделі справедливого судочинства. Серед основних функцій Верховного Суду є забезпечення однакового застосування законів на всій території країни, забезпечення захисту прав та свобод людини і громадянина, правової стабільності та розвитку системи правосуддя. Виконанню даних функцій сприяє закріплення на законодавчому рівні таких повноважень Верховного Суду як аналіз судової статистики, узагальнення судової практики; надання висновків щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою; забезпечення однакового застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом; забезпечення апеляційних та місцевих судів методичною інформацією з питань застосування права тощо.

Завдяки своєму статусу у судовій системі України та ролі у забезпеченні єдності правових питань, Верховний Суд сприяє вдосконаленню законодавства, яке відповідає вимогам сучасного суспільства. У межах наданих законом повноважень він вирішує складні правові питання, які виникають на різних етапах розгляду судових справ і сприяє однаковому застосуванню законодавства усіма судами України. У той же час, утвердження єдності судової практики – це не лише статутна функція касаційної інстанції та не лише внутрішня справа судів, насамперед, це одна із найважливіших складових розвитку правової системи. Належне виконання Верховним Судом своїх повноважень сприяє підтриманню довіри громадян до судової системи та підвищує рівень правової культури українського суспільства в цілому.

Прискіплива увага до діяльності Верховного Суду, як найвищого судового органу в державі, який повинен бути взірцем правосуддя наповнює особливим значенням вимогу щодо суворого дотримання ним норм законодавства під час виконання своїх повноважень. Адже, як було зазначено Європейським судом з прав людини у справі «Сокурєнко і Стригун проти України» фраза «встановленого законом» поширюється не лише на правову основу самого існування «суду», але й дотримання таким судом певних норм, які регулюють його діяльність. Саме у цій справі Європейським судом з прав людини було встановлено порушення п. 1 ст. 6 Конвенції. Рішення було мотивоване тим, що оскільки Верховний Суд перевищив свої повноваження, які були чітко викладені у Господарському процесуальному кодексі, він не може вважатися «судом, встановленим законом» у значенні п. 1 ст. 6 Конвенції відносно оскаржуваного провадження. Необхідність суворого дотримання законодавства всіма судами під час здійснення правосуддя впливає, в першу чергу, з конституційних положень про те, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України). Суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права

Глава 4. Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий фактор...
(ч. 1 ст. 129 Конституції України). Аналогічний припис закріплений у частині першій статті 10 ЦПК України.

Для розвитку системи правосуддя та утвердження вітчизняної моделі справедливого судочинства вагому роль відіграють правові висновки Верховного Суду. Містячи тлумачення і висновки щодо правових питань, які виникають у судовій практиці, основна роль правових висновків Верховного Суду полягає у вирішенні складних правових питань з метою забезпечення єдності і узгодженості судової практики. Вони допомагають судам на різних рівнях вирішувати подібні справи. Крім того, правові висновки Верховного Суду є важливим джерелом правової інформації для судів та інших учасників судового процесу. Вони надають можливість отримати професійну оцінку правових питань, що виникають у судовій практиці, та забезпечують однакове застосування законодавства в усіх судових рішеннях.

Правові висновки Верховного Суду визначаються як загальнообов'язкові правові настанови, які формуються даним судом у процесі здійснення ним офіційного казуального тлумачення нормативно-правових актів, здійснюваного при перегляді судових рішень та містяться у мотивувальній частині рішення. За загальним правилом, правові висновки Верховного Суду містять роз'яснення, тлумачення тих правових питань та понять, які викликають труднощі на етапі правозастосування або, щодо яких наявні випадки неоднакового застосування у схожих правовідносинах. Наприклад, у справі про порушення законодавства про доступ до публічної інформації Верховний Суд вирішив спочатку надати роз'яснення, що саме слід розуміти під публічною інформацією. Зокрема, у правовому висновку наголошується на тому, що «визначальною ознакою публічної інформації є те, що вона по своїй суті є заздалегідь готовим зафіксованим на певному носії продуктом. Отримувати та/або створювати такий продукт може виключно суб'єкт владних повноважень у процесі здійснення ним своїх владних управлінських функцій. У подальшому володіти цим продуктом

може будь-який розпорядник публічної інформації, навіть якщо він не є суб'єктом владних повноважень. Дане роз'яснення допоможе у майбутньому судам, при розгляді справ, пов'язаних з питаннями доступу та поширення публічної інформації орієнтуватися у тому, яка саме інформація охоплюється поняттям «публічна інформація» і підпадає під регулювання відповідного закону. Іншим прикладом може бути роз'яснення Верховного Суду щодо критеріїв кваліфікації оспорюваного правочину як фраздаторного на прикладі конкретної справи. З наведених прикладів правовий висновок Верховного Суду уявляється як тлумачення, роз'яснення змісту певних норм права, яке надається ним під час розгляду і вирішення конкретної судової справи. Така правова позиція найвищого судового органу держави має обов'язкову юридичну силу для суду та інших суб'єктів правозастосування під час розгляду та вирішення у майбутньому подібних справ з аналогічними обставинами. При цьому, спрямованість діяльності суду щодо роз'яснення і тлумачення визначена у Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів де звертається увага на те, що визнаючи повноваження судді тлумачити закон, слід пам'ятати також і про обов'язок судді сприяти юридичній визначеності, яка гарантує передбачуваність змісту та застосування юридичних норм, сприяючи тим самим забезпеченню високоякісної судової системи (п. 47).

У той же час, слід брати до уваги, що враховуючи обсяг спірних ситуацій та кількість справ, які надходять до Верховного Суду складно напрацювати єдині незмінні висновки і роз'яснення, які будуть актуальними для кожного спірного випадку у майбутньому. Саме тому, орієнтуючись на правові реалії, Верховний Суд може змінювати, конкретизувати, переглядати і відступати від своїх попередніх правових висновків. Прикладом цього може бути скасування правової позиції щодо обрахування строків у разі переривання строку пред'явлення виконавчого документа до виконання у зв'язку з його пред'явленням

до виконання. Даний правовий висновок був сформульований у постанові від 22 вересня 2021 року Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду і полягав у тому, що після переривання строку пред'явлення виконавчого документа до виконання у зв'язку з його пред'явленням до виконання перебіг строку починається заново з наступного дня після його повернення. При цьому, час, що минув до переривання строку, до нового строку не зараховується. Разом з тим, з приводу цього ж питання існував протилежний висновок, викладений у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у подібних правовідносинах, який проголошував, що у випадку повернення стягувачеві виконавчого документа без прийняття до виконання строки пред'явлення виконавчого документа до виконання не перериваються. Таким чином, за однакових обставин і подібних спірних правовідносин висновки судів касаційної інстанції у наведених вище постановках є протилежними. З огляду на існування виключної правової проблеми дане питання було передано на розгляд Великої Палати Верховного Суду з метою формування єдиної правозастосовної практики та узгодження практики різних підрозділів Верховного Суду щодо застосування норм щодо переривання строку пред'явлення виконавчого документа до виконання. За результатами розгляду даної справи Велика Палата Верховного Суду зробила новий правовий висновок з даного питання, зазначивши, що приписи законодавства для ефективності їхнього застосування слід тлумачити з урахуванням вимоги розумності (розсудливості). У випадку повернення виконавчого документа стягувачеві без прийняття до виконання можливість переривання строку пред'явлення виконавчого документа до виконання зазначеній вимозі не відповідає. З огляду на це було зроблено новий правовий висновок, що строки пред'явлення виконавчого документа до виконання перериваються у разі: 1) пред'явлення виконавчого документа до виконання; 2) надання судом, який розглядав справу як суд першої інстанції, відстрочки або роз-

строки виконання рішення. У разі повернення виконавчого документа стягувачу у зв'язку з неможливістю в повному обсязі або частково виконати рішення строк пред'явлення такого документа до виконання після переривання встановлюється з дня його повернення, а в разі повернення виконавчого документа у зв'язку із встановленою законом заборобою щодо звернення стягнення на майно чи кошти боржника, а також проведення інших виконавчих дій стосовно боржника – з дня закінчення строку дії відповідної заборони.

Право Верховного Суду відступати і змінювати власні правові висновки не повинно допускати надмірного і неконтрольованого його використання та зловживання ним, адже це призводить не тільки до появи суперечливих позицій зі схожих правових питань, але й до підриву довіри суспільства до суду. Європейським судом з прав людини наголошено на тому, що у разі розвитку конфліктної практики в межах одного з найвищих судових органів країни, цей суд сам стає джерелом правової невизначеності, тим самим підриває принцип правової визначеності та послаблює довіру громадськості до судової системи.

Інститут відступу від попередньо сформованого правового висновку Верховного Суду є запорукою утвердження моделі правосуддя, яке реагує на потреби суспільства та нові виклики. Відступ від попередніх правових висновків може стати необхідним, якщо нова ситуація вимагає застосування права в іншому контексті або якщо виявлено помилку чи недолік у попередніх правових висновках. Також це може стати необхідним у разі зміни соціального середовища, в якому застосовується право, і виникнення потреби забезпечення нових прав та свобод громадян або захистити їх від нових загроз. Таким чином, причини відступу від попереднього правового висновку Верховного Суду повинні бути об'єктивними, чітко визначеними та аргументованими. Наголошується на тому, що він допускається не в інтересах правового пуризму, а з метою виправлення «помилки, що має фундаментальне значення для судової системи».

Щоб відступити від правової позиції, суд повинен мати вагомі причини та реальні підґрунтя, і не може відступати від попередніх рішень без таких підстав. Такими обґрунтованими підставами можуть бути зміни законодавства, рішення Конституційного Суду України, рішення Європейського суду з прав людини, зміни у правозастосуванні, розвиток правового середовища тощо. Важливо, що при відступі від попередніх правових висновків, Верховний Суд повинен дати обґрунтовану правову оцінку нової ситуації та пояснити, чому попередні правові висновки більше не є відповідними та застосовними до даної ситуації. Це дозволяє забезпечити стабільність правової системи та одночасно забезпечити її адаптацію до нових умов. З приводу цього справедливо відмічається, що задля гарантування юридичної визначеності Велика Палата Верховного Суду має відступати від попередніх висновків лише за наявності достатньої підстави для цього. Так, вона може замінити попередній висновок новим, більш точним, або уточнити його, застосовуючи інші методи тлумачення юридичних норм. З метою забезпечення єдності та сталості судової практики причинами для відступу від висловленого раніше висновку можуть бути вади попереднього рішення чи групи рішень (їх неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість); зміни суспільного контексту, через які застосований у цих рішеннях підхід повинен очевидно застаріти внаслідок розвитку суспільних відносин в певній сфері або їх правового регулювання. Саме це і є запорукою стабільності, певності та справедливості правосуддя та гарантією недопущення свавільної примусової адаптації права під потрібні результати.

Одноставно погоджуючись з ключовою роллю правових висновків Верховного Суду для розвитку системи правосуддя, серед науковців відкритим залишається питання чи мають ці висновки та роз'яснення ознак нормативності, тобто чи є вони судовими прецедентами. Зокрема, у науковій літературі заперечується факт того, що Верховний Суд у своїх правових висно-

Розділ II. Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий...

вках творить нові норми права. При цьому звертається увага на те, що хоча ці правові висновки наближені до норм права у своєму загальнообов'язковому характері та встановленні правил поведінки, які можуть відрізнятися від дослівного відтворення законодавчих положень, у них Верховним Судом лише викладаються результати тлумачення правових норм та визначається шлях їх конкретизації до того ступеня, який є необхідним для визначення прав та обов'язків учасників конкретних правовідносин з урахуванням їх індивідуальних особливостей. Дане твердження зводиться до того, що, визначаючи модель правильного застосування норми права Верховний Суд не наповнює це законодавче положення абсолютно новим змістом. Правові висновки Верховного Суду лише уточнюють та індивідуалізують право, не встановлюючи нові норми, тому їх не можна вважати судовими прецедентами у класичному розумінні даного поняття.

Більше того, не свідчить про правотворчий характер правових висновків Верховного Суду також те, що вони визнаються похідними від правових норм, належний порядок застосування яких вони визначають, тоді як норма права завжди є первинним правовим регулятором та не має зовнішнього джерела юридичної сили. Слід взяти до уваги й те, що правовий висновок Верховного Суду не може бути самодостатнім правовим підґрунтям для вирішення питання права. З огляду на це та з врахуванням постулатів доктрини судового прецеденту роз'яснення Верховного Суду не вважаються джерелами права за канонами класичного прецедентного права. Зазначені роз'яснення розглядаються як узагальненням судової практики із застосування певних норм законодавства, а не мотивацією суду при вирішенні конкретної справи, яка має обов'язкове значення.

Протилежно вищезазначеного, на думку прибічників теорії прецедентного характеру рішень Верховного Суду, система судової влади в Україні фактично формує прецедентне розуміння змісту правового регулювання суспільних відносин в рамках

Глава 4. Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий фактор...

підвідомчих судам категорій справ, і тим самим, як би здійснює його деталізацію, виявляє, обґрунтовує, конкретизує ті, що по суті мають конституційне значення загальні засади (принципи) законодавства; усуває з правової системи неконституційні нормативні акти з урахуванням розмежування повноважень між судами різних видів юрисдикції. Даний висновок зроблено на підставі спостереження, що на практиці наявні ситуації, коли та ж сама норма застосовується судами по-різному, зумовлюючи несприятливі наслідки для реалізації принципів єдності судової практики та правової визначеності.

Представники вітчизняної сучасної доктрини прецедентного права відмічають, що «класичного» прецедентного значення набувають рішення суду по конкретній справі або ухвала про прийнятність (відмову) позову до розгляду. У будь-якому випадку прецедентне право формується у результаті розгляду судом вищої юрисдикції конкретної справи, а не встановлюється як результат абстрактних узагальнень судової практики щодо певної категорії справ. Так, на їхню думку, до прецедентів як джерел права України слід зарахувати постанови Верховного Суду. Свої висновки вони обґрунтовують положеннями Закону України «Про судоустрій і статус суддів» відповідно до яких «висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права». Окрім того, зазначені висновки повинні враховуватися іншими судами при застосуванні таких норм права (ч. 5, 6 ст. 13 Закону). ЦПК України також містить вказівку на необхідність врахування правових висновків Верховного Суду. Наприклад, ч. 4 ст. 263 ЦПК України встановлює, що при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду. У ст. 417 ЦПК України встановлюється обов'язковість вказівок, що містяться в постанові суду каса-

Розділ II. Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий...
ційної інстанції для суду першої та апеляційної інстанції під час нового розгляду справи. Системний аналіз змісту наведених правових норм дозволяє стверджувати, що правові висновки Верховного Суду мають прецедентний характер, оскільки вони стають обов'язковими для нижчих судів, а також опосередковано обов'язковими для всіх суб'єктів правовідносин, які застосовують норми права, щодо яких вже існує узагальнена судово практика у вигляді роз'яснень. Разом з тим, такий підхід не можна вважати за докорінно новий. Як справедливо відзначається, він лишень формалізував порядок, що здавна (принаймні ще з радянських часів) неписано існував. В Україні, як і в інших країнах з романо-германською правовою системою, суди формально не обмежувалися чи не скеровувалися рішеннями вищих судових органів у подібних справах. Проте, для досягнення єдності системи права, однаковості та передбачуваності судових рішень у подібних ситуаціях, що є важливою метою для будь-якої держави, були забезпечені механізми апеляції, касації, прокурорського та судового нагляду, що гарантували відповідність рішень найвищих судових органів. Тобто, фактично рішення таких органів стали обов'язковими прецедентами для нижчих судів, хоча в законодавстві цього не зазначалося.
Додатковими аргументами на підтвердження прецедентного характеру рішень Верховного Суду є посилення на інститут адміністративного судочинства «зразкова справа» та «типова справа», які зумовили переосмислення значення зазначених рішень. Науковцями відмічається, що ці інститути покликані забезпечити ефективність, однаковість та передбачуваність у прийнятті рішень і застосуванні судової практики у визначених правовідносинах. Таким чином, судові рішення у зразкових справах набувають ознак носія об'єктивно існуючої інформації та джерела права. Їх запровадження є кроком до дій в Україні судового прецеденту та об'єднання в правовій системі нашої держави ознак і особливостей англосаксонської та романо-германської правових сімей. Також відстоюється ідея про те, що

Глава 4. Правові позиції Верховного Суду як системоутворюючий фактор...
рішення у зразковій справі Верховного Суду, в яких містяться висновки щодо застосування норм права, виступають як судовими прецедентами в адміністративному судочинстві, так і джерелами права в правовій системі України. Рішення у зразковій справі містить обставини зразкової справи, які обумовлюють типове застосування норм матеріального права і порядок застосування таких норм судами та суб'єктом владних повноважень. Крім того, рішення у зразкових справах суттєво оптимізують, удосконалюють та полегшують процедуру розгляду типових справ судом першої інстанції. З огляду на це, запровадження інституту зразкових справ та типових справ є додатковим аргументом використання судового прецеденту як джерела права у вітчизняній правовій системі.

Вирішення дискусій з приводу того чи є рішення Верховного Суду та правові висновки викладені у них судовими прецедентами пропонується за рахунок розроблення певних вимог або критеріїв, яким вони повинні відповідати. Зокрема, наголошується на тому, що практика вищих судових органів стає джерелом права лише тоді, коли в судовому акті дотриманні наступні вимоги: закріплення положень, що роз'яснюють специфіку застосування нормативних актів; вироблення нових правових правил матеріального і/або процесуального характеру; надання тлумачення правової норми; формулювання правової позиції, якою подолано прогалину, дефект або колізію в нормативно-правовому акті. Дослідниками відмічається той факт, що у майбутній перспективі існування норм щодо безумовної обов'язковості правових позицій Верховного Суду та відміни дискреції судів нижчих інстанцій з цього питання позитивно вплине на становлення єдності судової практики, сприятиме відновленню та забезпеченню довіри громадян до судової влади; встановленню передбачуваності та прогнозованості судових рішень, а у підсумку посилить незалежність судової влади, підвищить ефективність її діяльності шляхом оперативного розгляду справ та прийняття рішень.

У контексті дослідження впливу діяльності Верховного Суду на формування моделі цивільного судочинства слід звернути особливу увагу на його повноваження щодо забезпечення єдності судової практики – ключового фактору у забезпеченні стабільності функціонування судової системи в цілому. Відмітимо, що з цією метою він ухвалює обов'язкові для застосування постанови, формулює правові висновки, які слід враховувати при здійсненні правосуддя, та надає рекомендації та роз'яснення для суддів та інших суб'єктів владних повноважень.

Забезпеченні єдності судової практики досягається за допомогою таких механізмів як прийняття рішень у складі палат та колегій, що забезпечує належний рівень обґрунтованості та аргументованості висновків. Крім того, Верховний Суд може створювати тимчасові робочі групи з метою розгляду окремих категорій справ, або вирішення особливо складних правових питань.

Доступність та відкритість процесу ухвалення рішень та надання можливості використовувати ці рішення в якості зразків при ухваленні рішень у схожих справах досягається завдяки політики офіційного оприлюднення рішень Верховного Суду. Так рішення, постанови, правові висновки, узагальнення судової практики з окремих питань, статистичні дані регулярно публікуються в спеціальних виданнях та на сайті Верховного Суду. Окрім цього, судді Верховного Суду беруть активну участь у науковій та право просвітницькій діяльності через участь у роботі міжнародних та національних конференцій, де обговорюються питання щодо судової практики та розвитку правосуддя. Це дозволяє Верховному Суду ознайомлюватись з досвідом інших країн та використовувати його для вдосконалення власної практики.

З приводу ключової ролі, яку відіграє наявність узгодженої судової практики для всієї правової системи держави свідчать і висновки Європейського суду з прав людини. Зокрема,

звертається увага на те, що суперечливі рішення у подібних справах, що розглядаються одним і тим же судом, який є судом останньої інстанції у цьому питанні, можуть, за відсутності механізму, що забезпечує єдність практики, порушити цей принцип і тим самим підірвати довіру громадськості до судової влади при тому, що така довіра є однією з найважливіших складових держави, заснованої на верховенстві права. Відповідно, Договірні держави зобов'язані організувати свою правову систему таким чином, щоб уникнути прийняття суперечливих рішень. Саме тому, узгодженість судової практики та ефективність функціонування системи правосуддя залежить від мінімізації кількості суперечливих рішень, які є джерелом невизначеності та несумісним з принципом юридичної визначеності. У той же час, не слід занадто критично ставитись до роботи Верховного Суду, адже «можливість появи суперечливих судових рішень є невіддільною рисою будь-якої судової системи, яка базується на мережі судів першої інстанції та апеляційних судів, що мають повноваження на території їхньої територіальної юрисдикції».

Оцінюючі діяльність Верховного Суду щодо забезпечення єдності судової практики також слід взяти до уваги той факт, що прецедентна практика не є незмінною. За своєю суттю вона є еволюційною, і тому Європейський суд з прав людини вважає, що принцип належного здійснення правосуддя не може застосовуватися для встановлення суворих вимог щодо єдності судової практики. Необхідно дотримуватись юридичної визначеності, якої Суд прагне досягти, поважаючи автономію та незалежність ухвалення рішень національними судами, при дотриманні принципу субсидіарності, що лежить в основі правової системи Конвенції. Так, основним обов'язком Верховного суду є забезпечення єдності судової практики з урахуванням балансу між принципами належного здійснення правосуддя, верховенства права та мінливістю правових реалій. Спрямування діяльності Верховного Суду на за-

безпечення справедливого провадження та верховенства права допоможе уникнути невизначеності, яка може виникнути через різні суперечливі рішення, ухвалені різними судами щодо одного і того ж питання.

Отже, Верховний Суд, як найвищий судовий орган, має значний вплив на формування моделі цивільного судочинства через свої правові рішення, тлумачення законодавства та вирішення складних правозастосовчих питань, які виникають у судовій практиці. У своїх правових висновках Верховний Суд вирішує наявні у законодавстві суперечності, недосконалості правового регулювання надаючи роз'яснення змісту правових норм. Дані роз'яснення орієнтовані на використання в подальших рішеннях судів нижчих інстанцій та визначають, які правила застосовуються у конкретних ситуаціях.

Глава 5.

Поняття «виключної правової проблеми» та «забезпечення розвитку права» у правозастосовчій практиці Великої Палати Верховного Суду

Питання правозастосування є одним із найскладніших і найвідповідальніших процесуальних дій суду при урегулюванні спірних відносин. Практика показує, що судді все частіше і частіше мають справу з тим, що спірні відносини або неурегульовані взагалі, або урегульовані неточно чи неповно, а іноді носять виключно суперечний характер.

Таким чином в цивільному процесі у сфері правозастосування по суті виникає нова процесуальна реальність, коли урегулювати спірні відносини лише за рахунок правотлумачення норм права чи застосування правових аналогій неможливо, а інших правозастосовчих процедур законодавець не передбачив. В той же час суд не може відмовитись від розгляду справи з підстав наявності щодо тієї чи іншої правової неурегульованості відносин. Таким чином перед судом стоїть не просте питання: як подолати наявну «виключну правову проблему» і урегулювати спірні відносини? Отже «виключна правова проблема» завжди має місце там і тоді де мають місце законодавчі прогалини у вигляді відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи їх остаточної архаїчної «застарілості». Такі законодавчі прогалини утворюють собою розриви між реальним суспільним розвитком і правом, що унеможлиблює урегулювання тих чи інших відносин, які набули спірного характеру. Отже сучасне правосуддя вимагає введення в континентальне право, в рамках якого сьогодні і відбувається судочинство в Україні такого поняття як «судова правотворчість». Останнє, з точки зору законодавця, відіграє по суті роль «страхового» агента, оскільки за рахунок «судової правотворчості» суд усуває із правового