МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

СУМСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ АГРАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

ЯСИНОК ДМИТРО МИКОЛАЙОВИЧ

УДК 340.142

ДИСЕРТАЦІЯ
СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ЇЇ МЕЖІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Спеціальність 081 – «Право»
Галузь знань 08 – «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело _____ Д. М. Ясинок

Науковий керівник: **КУРИЛО Микола Петрович**, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України

Суми – 2023

АНОТАЦІЯ

Ясинок Д. М. Судова правотворчість та її межі в цивільному судочинстві України – кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 – «Право» у галузі знань 08 «Право». – Сумський національний аграрний університет; Суми, 2023.

Дисертація є одним із перших комплексних наукових досліджень, присвячених сутності й особливостям судової правотворчості та її меж в правозастосовчій практиці цивільного судочинства України.

В роботі сформовано позицію про те, що жоден закон не в змозі охопити всі найдрібніші особливості суспільного життя людини, яке за рахунок надстрімкого науково-технічного, технологічного, інформаційного розвитку постійно змінюється, а з цим змінюється і поведінка людей.

В дослідженні зазначається про те, що судова правотворчість являє собою сукупність процесуальних дій судді, які завжди мають місце лише в межах процесуальної форми судових засідань і спрямовані на подолання законодавчих прогалин, які у свою чергу проявляються при наявності правових розривів, які виникають між надстрімким розвитком суспільних відносин і правом, яке «не встигає» за таким розвитком, а відтак зміст таких розривів має вигляд неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи їх відсутності, або остаточної їх архаїчності, що унеможливлює урегулювання спірних відносин.

На основі проведеного дослідження визначено історико-правові етапи щодо становлення і розвитку інституту судової правотворчості в цивільному судочинстві, який веде свій відлік з формулярного процесу Древнього Риму, в якому правотворчий процес, який продукували претори, давав можливість усувати із цивільного обороту і одночасно із правосуддя «застарілі» та казуїстичні норми права, що давало можливість розвивати право, а відтак воно повинно було відповідати тому рівню суспільних відносин, які склалися в той чи інший час розвитку Риму.

Найбільш яскравий прояв судової правотворчості відбувся в Англії в XIII-XVII століттях, де вперше було сформовано основи прецедентної моделі правозастосування на основі принципу верховенства права, де інститут судової правотворчості став і сьогодні є основоположною частиною прецеднтного права. На третьому етапі відбулося розповсюдження правозастосовчої практики, в основі якої знаходиться інститут судової правотворчості у сфері прецедентної моделі права в багатьох країнах світу. Сьогодні така модель правозастосування притаманна не лише Англії, а і США, Канаді, Австралії та іншим країнам, що дало можливість вченим сформулювати теорію природного права, в основі якого лежить правотворчий процес.

При цьому, в роботі звернуто увагу на жорстке дотримання норм права у сфері правозастосовчої практики як радянської, так і пострадянської епохи України, оскільки саме в цей період остаточно було сформовано принцип верховенства закону, де лише норма права визнавалася його джерелом. Таке виключно технологічне правозастосування сформувало позитивістський тип праворозуміння та правозастосування. Це призвело до того, що в радянський і пострадянський періоди наукових досліджень у сфері судової правотворчості взагалі не проводилось, оскільки спочатку вважалося, що судова правотворчість є буржуазною течією в соціалістичному цивільному судочинстві, а потім, що судова правотворчість підриває основи законодавчої влади. Таким чином, судді були поставлені у жорстку залежність від закону, що у свою чергу потягло за собою формування теорії замкнутого права.

В роботі доводиться, що абсолютизація позитивного права, не дивлячись на проголошення і закріплення в Цивільному процесуальному кодексі України принципу верховенства права, і сьогодні гальмує розвиток правозастосовчої практики та застосування судової правотворчості, особливо в судах районної ланки, і це при тому, що країна вкрай потребує «натуралістичного» правосуддя, де поняття справедливості, моральності, розумності, верховенства права стало б вище за застаріле законодавство, де

суд в угоду справедливості, може відійти від абстрактного змісту норм права, які часто не враховують новизну конкретного змісту цивільно-правових спорів, зобов'язуючи суд за рахунок правотлумачного процесу «підганяти» їх предмет під загальні законодавчі засади чи аналогію права. Саме ці питання, на основі обширної судової практики судів загальної юрисдикції, і досліджуються в дані роботі. На основі такого дослідження автор приходить до висновку про те, що судова правотворчість – це не просто примха українських судів чи науковців. Сьогодні це по суті необхідний напрямок модернізації правосуддя в нашій державі, оскільки розвиток цивільних, земельних, сімейних, трудових, житлових правовідносин є настільки стрімким, що законодавець з його повільністю та ускладненням законодавчих процедур просто не встигає за порядком денним суспільства, яке оновлюється майже кожного дня.

Постійна неузгодженість між надстрімким розвитком суспільних відносин та повільним законотворенням створює правовий вакуум, який неможливо подолати простим адмініструванням. Саме дані причини являються проблемними для суду у сфері правозастосовчої практики, оскільки при розгляді і дослідженні певних фактів і обставин у конкретній справі проявляються неузгодженості в законодавстві у вигляді або законодавчих прогалин, або у застарілості і невідповідності існуючих норм права тим суспільним відносинам, які уже склалися в суспільстві.

Отже, змістовна нечіткість чи суперечливість норм права, неповнота або їх відсутність – це і є тими видами законодавчих прогалин, які з тих чи інших технічних, технологічних чи філологічних причин законотворчого процесу «проникають» у зміст окремих норм права, деформуючи їх суть, а іноді спотворюючи і увесь дух закону, що в подальшому і проявляється на стадії правозастосовчої практики судів.

В роботі досліджується механізм «судової правотворчості» з точки зору судової практики. При цьому, автор приходить до висновку, що суд має право на судову правотворчість, але жодним чином не вважає, що судова

правотворчість повинна превалювати над офіційно діючим законодавством. Навпаки, в роботі зазначається, що єдиним законним джерелом права в державі є законодавець. Суд же не є творцем права, оскільки він має зовсім інші завдання. Разом з тим у сфері правозастосовчої практики суд є єдиним правозастосувачем в розумінні юридично-змістовної суті норми права і при її неповності, суперечливості, нечіткості або відсутності суд є єдиним органом, який має як право, так і обов'язок за рахунок судової правотворчості долати такі законодавчі прогалини. Саме від такого підходу у правозастосовчій практиці залежить справедливість, розумність та законність судового рішення.

Проведене дослідження дало змогу сформувати поняття «судової правотворчості», «законодавчих прогалин», «виключної правової проблеми», «розвиток права», «формування єдиної правозастосовчої практики».

При цьому, в роботі досліджуються і намагання законодавця за рахунок процесуальних норм права вирішити такі об'єктивно існуючі процесуально-правові проблеми у правозастосовчій сфері. Саме з цих підстав в роботі акцентується увага на тому, що законодавець, хоча і опосередковано, але все ж надав можливість Верховному Суду при наявності «виключної правової проблеми» з метою «розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України) вдаватись до судової правотворчості з метою долання тих чи інших законодавчих прогалин.

В роботі розвивається положення щодо кількісного і якісного показників, які містить в собі поняття «виключної правової проблеми», яке має оціночний характер. Що ж стосується всіх нижчестоящих судів загальної юрисдикції, то і вони отримали опосередкований законодавчий сигнал щодо права на правотворчий процес, оскільки судам «забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). Проведене дослідження дало змогу зробити висновок про те, що законодавець зробив крок від позитивістської теорії права з її верховенством

закону в бік «живого права», де судова правотворчість спрямовується на конкретний індивідуально-правовий випадок, що дає можливість говорити про посилення в цивільному судочинстві дії верховенства права, верховенства справедливості та розумності.

На основі судової практики Великої Палати Верховного Суду в роботі було досліджено механізм судової правотворчості, який з одного боку ґрунтується на виключній змістовно-правовій локальності, а відтак спрямований на подолання судом законодавчих прогалин (пустот) у вигляді неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права або їх відсутності. З іншого боку визначаються межі судової правотворчості, якими є «горизонт» змістовно-правової суті норм права». При цьому, автор розкриває взаємозалежність цих правових положень. Так, він розкриває поняття «горизонту» змістовно-правової суті норми права», під яким розуміється та межа правового змісту норми права за яким закінчується певний сегмент правового регулювання, оскільки за його межею починається горизонт змістовно-правової суті іншої норми права. Такий висновок автора є доволі важливим для розуміння меж судової правотворчості в континентальному праві, в межах якого діє цивільне судочинство нашої держави. Це пов’язано з тим, що судова правотворчість при наявності неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права чи їх відсутності завжди носить локальний характер, оскільки судова правотворчість в цивільному судочинстві по перше, має місце лише в межах статутного права, а по друге, вона носить локальний характер, оскільки має місце по відношенню лише до проблемної норми права, оскільки виключно спрямована на заповнення конкретної правової прогалини в її змісті, а відтак вона не може виходити за горизонт змістовно-правової суті такої норми права.

Таким чином, в дослідженні доводиться, що під локальністю судової правотворчості розуміються конкретні процесуально-правові дії суду спрямовані на подолання лише певної законодавчої прогалини (пустоти), яка має місце у змісті певної норми права і з цих підстав така правотворчість не

може виходити за межі «горизонту змістовно-правової суті норми права». З цих підстав автор зазначає, що потрібно говорити про те, що суд доповнює, уточнює право, розвиваючи його певні локальні сегменти. З цих позицій автор критикує позиції окремих науковців про те, що судова правотворчість призведе до «суддівського свавілля», дасть можливість суддям творити «суддівське право» тощо.

На основі судової практики Верховного Суду досліджено і розкрито особливості судової правотворчості та її меж у справах, що містять виключну правову проблему, яка є підставою для розвитку права та забезпечення цілей сталого розвитку правосуддя в Україні. Зокрема, в роботі зазначається, що судова правотворчість Великої Палати Верховного Суду за своєю дією характеризується: а) імперативністю; б) вертикальністю своєї дії по відношенню до судової практики нижчестоящих судів; в) горизонтальністю своєї дії по відношенню до правозастосовчої практики самого Верховного Суду; г) подоланням виключної правової проблеми; ґ) розвитком права та формуванням на цій основі єдиної правозастосовчої практики.

В той же час, в роботі підкреслюється те, що судова правотворчість неможлива:

а) за межею процесуальної форми судового засідання;

б) при виключенні з цивільного обороту тих чи інших матеріальних об’єктів, які з тих чи інших причин були втягнуті у неправові види життєвих відносин;

в) при наявності прямих заборон закону.

Відповідно до усталених в практиці Європейського суду з прав людини та регламентованих Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод принципів правової визначеності та легітимних очікувань досліджено особливості впливу судової правотворчості Європейського суду з прав людини на судову практику національного правосуддя України.

В роботі аргументовано доводиться про те, що судова правотворчість, яка сьогодні має форму локальності, є по суті тим першим кроком, який дає

можливість щодо формування в майбутньому прецедентної моделі цивільного судочинства в нашій державі. На цій основі в роботі проведено порівняльний аналіз інститутів судової правотворчості в загальному і континентальному праві. При цьому, автор доводить, що судова правотворчість в континентальному праві, завжди носить локальний характер. Судова ж правотворчість в загальному праві ґрунтується на природному праві, а відтак вона не ґрунтується на нормах статутного права. Суть такої правотворчості завжди буде спрямована на подолання правового казусу, під час якого формується нова правова доктрина, принцип чи нове правило або положення. З цих підстав, судова правотворчість в континентальному праві ніколи «не перейде» у сферу загального права.

Автор доводить, що вчення про судову правотворчість не має своїх усталених меж. На цій основі в роботі зазначається, що вчення про судову правотворчість вбирає в себе як класику цивільного процесуального права, яка ґрунтується на законах і кодексах, судовій практиці та наукових концепціях і дослідженнях, легітимізується на національному рівні законодавцем в ЦПК України і спрямована на оперативність, розумність, законність та обґрунтованість судових рішень на принципах верховенства права та справедливості.

В роботі доводиться, що судова правотворчість, зміст якої закріплено в судовому рішенні, постанові чи ухвалі в подальшому стає по суті судовою практикою, оскільки судова практика – це вид накопичувально-правової інформації, яка почерпнута із судових рішень, уже розглянутих справ і сконцентрована в аналізах, узагальненнях, висновках Верховного Суду,за результатами розгляду касаційних скарг по окремих категоріях цивільних справ, де сформульовані правові положення (правові позиції), зміст яких заповнює, доповнює, розширяє, змінює змістовно-правову суть норми права з метою постійного її застосування в майбутньому невизначеним колом осіб.

В результаті здійсненого дослідження дисертантом запропоновано внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України, які

спрямовані на законодавче закріплення судової правотворчості в цивільному судочинстві.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що висновки та пропозиції, викладені в дисертаційній роботі, можуть бути використані в подальшій науково-дослідницькій роботі – для подальших наукових досліджень у галузі цивільного процесуального права України. В правотворчій роботі при розробці проєктів нормативно-правових актів; правозастосовчій практиці судів загальної юрисдикції при подоланні законодавчих прогалин; освітньому процесі при викладанні дисциплін: «Цивільне процесуальне право», «Теорія доказового права», «Актуальні проблеми в цивільному процесуальному праві України» тощо.

Ключові слова: судова правотворчість, законодавчі прогалини, межі судової правотворчості, подолання законодавчих прогалин та його механізм, виключна правова проблема, розвиток права, цивільний процес, цивільне процесуальне право, прецедентне право, принципи цивільного процесуального права, верховенство права.

Yasynok D. M. Judicial law-making and its limits in the civil justice system of Ukraine – qualifying scientific work on manuscript rights. Dissertation for obtaining the scientific degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 – "Law" in the field of knowledge 08 "Law". – Sumy National Agrarian University; Sumy, 2023.

The dissertation is one of the first comprehensive scientific studies devoted to the essence and features of judicial law-making and its limits in the law enforcement practice of the civil judiciary of Ukraine.

In the work, the position is formed that no law is able to cover all the smallest features of human social life, which is constantly changing due to the rapid scientific and technical, technological, and informational development, and with it, people's behavior is also changing.

The study notes that judicial law-making is a set of procedural actions of a judge, which always take place only within the procedural form of court sessions and are aimed at overcoming legislative gaps, which in turn manifest themselves in the presence of legal gaps that arise between the extremely rapid development of social relations and law, which "does not keep up" with such development, and therefore the content of such gaps has the appearance of incompleteness, vagueness, inconsistency of legal norms or their absence, or their final archaicness, which makes it impossible to settle disputed relations.

On the basis of the conducted research, the historical and legal stages of the establishment and development of the institution of judicial law-making in civil proceedings are determined, which is based on the formulary process of Ancient Rome, in which the law-making process produced by the praetors made it possible to remove from civil circulation and at the same time from justice. outdated" and casuistic norms of law, which made it possible to develop law, and therefore it had to correspond to that level of social relations, were formed at one or another time of the development of Rome.

The most vivid manifestation of judicial law-making took place in England in the 13th-17th centuries, where the foundations of the precedent model of law enforcement were first formed based on the principle of the rule of law, where the institution of judicial law-making became a fundamental part of precedent law even today. At the third stage, there was a spread of law enforcement practice, which is based on the institution of judicial law-making in the field of the precedent model of law in many countries of the world. Today, this model of law enforcement is characteristic not only of England, but also of the USA, Canada, Australia and other countries, which gave scientists the opportunity to formulate the theory of natural law.

At the same time, the work draws attention to the strict observance of legal norms in the field of law enforcement practice of both the Soviet and post-Soviet eras of Ukraine, since it was during this period that the principle of the supremacy of the law was finally formed, where only the rule of law was recognized as its

source. Such exclusively technological law enforcement formed a positivist type of legal understanding and law enforcement. This led to the fact that in the Soviet and post-Soviet periods, scientific research in the field of judicial law-making was not carried out at all, since it was initially believed that judicial law-making is a bourgeois trend in socialist civil justice, and then that judicial law-making undermines the foundations of legislative power. Thus, judges were placed in strict dependence on the law, which in turn entailed the formation of the theory of closed law.

The paper proves that the absolutization of positive law, despite the proclamation and enshrining in the Civil Procedure Code of Ukraine of the principle of the rule of law, even today inhibits the development of law enforcement practice and the application of judicial law-making, especially in the courts of the district level, and this despite the fact that the country desperately needs "naturalistic" justice, where the concept of justice, morality, reasonableness, the rule of law would be higher than the outdated legislation, where the court, in the agreement of justice, can depart from the abstract content of the norms of law, which often do not take into account the novelty of the specific content of civil legal disputes, obliging the court to "adjust" their subject to general legal principles or analogy of law at the expense of the legal interpretation process. It is these questions, based on the extensive judicial practice of courts of general jurisdiction, that are explored in this work. On the basis of such a study, the authors come to the conclusion that judicial law-making is not just a whim of Ukrainian courts or scientists. Today, this is essentially a necessary direction for the modernization of justice in our country, since the development of civil, land, family, labor, and residential legal relations is so rapid that the legislator, with his slowness and the complication of legislative procedures, simply cannot keep up with the agenda of society, which is updated almost every day.

The constant inconsistency between the rapid development of social relations and slow legislation creates a legal vacuum that cannot be overcome by simple administration. It is these reasons that are a problem for the court in the

field of law enforcement practice, since when considering and investigating certain facts and circumstances in a specific case, inconsistencies in legislation are manifested in the form of legislative gaps, or in the obsolescence and inconsistency of existing legal norms with those social relations that have already developed in society.

Therefore, substantive vagueness or inconsistency of legal norms, incompleteness or their absence are those types of legislative gaps that, for one or another technical, technological, or philological reason of the law-making process, "penetrate" the content of individual legal norms, deforming their essence, and sometimes distorting the whole spirit of the law, which later manifests itself at the stage of law enforcement practice of the courts.

The work examines the mechanism of "judicial law-making" from the point of view of judicial practice. At the same time, the author comes to the conclusion that the court has the right to judicial law-making, but in no way believes that judicial law-making should prevail over officially effective legislation.

On the contrary, he proves that the only legitimate source of law in the state is the legislator. The court is not the creator of law, as it has completely different tasks. At the same time, in the field of law enforcement practice, the court is the only law enforcer in the understanding of the legal substantive essence of the rule of law, and in the event of its incompleteness, inconsistency, vagueness or absence, the court is the only body that has both the right and the duty, at the expense of its capabilities, to overcome such legislative gaps due to judicial law-making. It is from such an approach in law enforcement practice that the justice, reasonableness and legality of a court decision depends.

The conducted research made it possible to form the concepts of "judicial law-making", "legislative gaps", "exclusive legal problem", "development of law", "formation of unified law enforcement practice".

At the same time, the work also examines the legislator's efforts to solve such objectively existing procedural and legal problems in the law enforcement sphere at the expense of procedural norms of law. It is for these reasons that the

work focuses on the fact that the legislator, albeit indirectly, still gave the opportunity to the Supreme Court in the presence of an "exceptional legal problem" for the purpose of "developing the law and forming a unified law enforcement practice" (Part 5 of Article 403 CPC of Ukraine) resort to judicial law-making in order to overcome certain legislative gaps.

The article develops a provision regarding quantitative and qualitative indicators, which includes the concept of "exceptional legal problem", which has an evaluative nature. As for all lower courts of general jurisdiction, they also received an indirect legislative signal regarding the right to a law-making process, since courts "are prohibited from refusing to consider a case on the grounds of the absence, incompleteness, vagueness, inconsistency of legislation regulating disputed relations" (Part 10 Article 10 of the Civil Code of Ukraine).

The conducted research made it possible to conclude that the legislator took a step from the positivist theory of law with its supremacy of law towards "living law", where judicial law-making is directed to a specific individual legal case, which makes it possible to talk about the strengthening of the supremacy in civil proceedings rights, the supremacy of justice and reasonableness.

On the basis of the judicial practice of the Grand Chamber of the Supreme Court, the work investigated the mechanism of judicial law-making, which, on the one hand, is based on exclusive content-legal locality, and therefore is aimed at overcoming legislative gaps (vacuities) in the form of incompleteness, vagueness or inconsistency of legal norms or their absence On the other hand, the limits of judicial law-making are determined, which are the "horizon" of the content-legal essence of the norms of law. At the same time, the author reveals the interdependence of these legal provisions. Thus, he reveals the concept of the "horizon" of the content-legal essence of a norm of law, which means the limit of the legal content of a norm of law beyond which a certain segment of legal regulation ends, since beyond its limit the horizon of the content-legal essence of another norm of law begins. This conclusion of the author is quite important for understanding the limits of judicial law-making in continental law, within which

the civil judiciary of our country operates. This is due to the fact that judicial law-making in the presence of incompleteness, ambiguity or inconsistency of legal norms or their absence always has a local character, since judicial law-making in the civil proceedings of our country, firstly, takes place only within the limits of statutory law, and secondly, it has a local character, since it takes place only in relation to the problematic legal norm, as it is exclusively aimed at filling a specific legal gap in its content, and therefore it cannot go beyond the horizon of the content-legal essence of such a legal norm.

Thus, the study proves that the locality of judicial law-making means specific procedural and legal actions of the court aimed at overcoming only a certain legislative gap (void) that exists in the content of a certain rule of law, and for these reasons such law-making cannot go beyond the limits " the horizon of the content-legal essence of the rule of law". For these reasons, the author notes that it is necessary to talk about the fact that the court supplements and clarifies the law, developing certain local segments of it. From these positions, the author criticizes the positions of individual scientists that judicial law-making will lead to "judicial arbitrariness", will enable judges to create "judicial law", etc.

On the basis of the judicial practice of the Supreme Court, the peculiarities of judicial law-making and its limits in cases containing an exclusive legal problem, which is the basis for the development of law and ensuring the goals of sustainable development of justice in Ukraine, have been researched and revealed. In particular, the work notes that judicial law-making of the Grand Chamber of the Supreme Court is characterized by its effect: a) imperativeness; b) the verticality of its action in relation to the judicial practice of lower courts; c) the horizontality of its action in relation to the law enforcement practice of the Supreme Court itself; d) overcoming an exclusive legal problem; e) the development of law and the formation of a unified law enforcement practice on this basis.

At the same time, the work emphasizes that judicial law-making is impossible:

a) outside the procedural form of the court session;

b) in case of exclusion from civil circulation of certain material objects, which for one reason or another were involved in illegal types of life relationships;

c) in the presence of direct prohibitions of the law.

In accordance with the principles of legal certainty and legitimate expectations established in the practice of the European Court of Human Rights and regulated by the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the peculiarities of the influence of judicial law-making of the European Court of Human Rights on the judicial practice of the national justice of Ukraine were investigated.

The work argues that judicial law-making, which today has the form of locality, is essentially the first step that provides an opportunity for the formation of a precedent model of civil justice in our country in the future. On this basis, a comparative analysis of judicial law-making institutions in common and continental law is carried out in the work. At the same time, the author proves that judicial law-making in continental law always has a local character. Judicial law-making in common law is based on natural law, and therefore it is not based on the norms of statutory law. The essence of such law-making will always be aimed at overcoming a legal case, during which a new legal doctrine, principle or new rule or provision is formed. For these reasons, judicial law-making in continental law will never "pass" into the sphere of common law.

The author proves that the doctrine of judicial law-making does not have its established boundaries. On this basis, the paper notes that the doctrine of judicial law-making incorporates as a classic of civil procedural law, which is based on laws and codes, judicial practice and scientific concepts and research, is legitimized at the national level by the legislator in the Civil Code of Ukraine and is aimed at efficiency, reasonableness , legality and validity of court decisions based on the principles of the rule of law and justice.

The work proves that judicial law-making, the content of which is fixed in a court decision, resolution, or resolution in the future essentially becomes judicial practice, since judicial practice is a type of cumulative legal information that is

gleaned from court decisions, already considered cases and concentrated in analyzes , generalizations, conclusions of the Supreme Court, based on the results of consideration of cassation appeals in certain categories of civil cases, where legal provisions (legal positions) are formulated, the content of which fills, complements, expands, changes the content-legal essence of the legal norm with the aim of its permanent application in the future undefined circle of people.

As a result of the conducted research, the doctoral student proposed amendments to the Civil Procedure Code of Ukraine, which are aimed at the legislative consolidation of judicial law-making in civil proceedings.

The practical significance of the obtained results is that the conclusions and proposals presented in the dissertation can be used in further scientific research - for further scientific research in the field of civil procedural law of Ukraine. In law-making work during the development of projects of regulatory and legal acts; law enforcement practice of courts of general jurisdiction when overcoming legislative gaps; the educational process in the teaching of disciplines: "Civil procedural law", "Theory of evidentiary law", "Actual problems in the civil procedural law of Ukraine", etc.

Key words: judicial law-making, legislative gaps, limits of judicial law-making, overcoming legislative gaps and its mechanism, exclusive legal problem, development of law, civil process, civil procedural law, precedent law, principles of civil procedural law, rule of law.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Ясинок Д. М. Судові прецеденти Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права. *Приватне та публічне право*. 2019. № 3. С. 44–48. DOI : 10.32845/2663-5666.2019.3.10

2. Прецедентне право та наукові дослідження щодо його становлення та розвитку. *Приватне та публічне право*. 2019. № 2. С. 55–60. DOI : https://doi.org/10.32845/2663-5666.2019.2.10

3. Ясинок Д. М. Уніфікація процесуального законодавства у сфері судової правотворчості та її межі. *Київський часопис права*. 2021. № 3. С. 98–102. DOI: 10.32782/klj/2021.3.15.

4. Dmytro Yasynok. The concept of judicial lawmaking and its limits in civil proceedings of Ukraine. *Entrepreneurship, Economy and Law*. 2021. № 11. С. 48–53 (*Поняття судової правотворчості та її межі у цивільному судочинстві України*). DOI : 10.32849/2663-5313/2021.11.06

5. Ясинок Д. М. Стандарт доказування, судова правотворчість та їх особливий процесуальний взаємозв'язок. *Право України*. 2021. №. 5. С. 228-237. DOI : 10.33498/louu-2021-05-228

6. Ясинок Д. М. Судова правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин та виключна правова проблема в правозастосовному процесі цивільного судочинства України. *Київський часопис права*. 2023. № 1. С. 100–106. DOI : https://doi.org/10.32782/klj/2023.1.15.

7. Ясинок Д. М. Судова правотворчість судів та правотворчість органів державного управління і місцевого самоврядування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 2. С. 210–214. DOI : http://www.lsej.org.ua/2_2023/48.pdf

8. 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. Том 1. С. 142–148. DOI : https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.75.1.23

9. Курило М. П., Ясинок Д. М., Категорія «судова практика» та «судова правотворчість» у сучасній доктрині цивільного процесуального права України. *Право України*. 2020. № 11. С. 142–157. DOI : 10.33498/louu-2020-11-142 (співвідношення авторських прав: 10% на 90%).

10. 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. 9–14. DOI : 10.32845/2663-5666.2022.1.2 (співвідношення авторських прав: 10% на 90%).

11. Курило М. П., Ясинок Д. М. Законодавчі прогалини та судова правотворчість: взаємозв'язок понять. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2022. № 1. С. 77-82. DOI : 10.32782/392246 (співвідношення авторських прав: 10% на 90%).

12. TAMARA CHERNADCHUK, DMYTRO YASYNOK, VITALII GORDIEIEV, NATALIIA KLIETSOVA, VITALII BOIKO. The European Court of Human Rights its judicial lawmaking and its impact on the case law of national courts. *AD ALTA: Journal of interdisciplinary research*. 2022. (12(1)). pp. 176–180. (*Європейський суд з прав людини, його судова правотворчість та її вплив на судову практику національних судів*). (співвідношення авторських прав: перший співавтор – 5%, другий – 80%, третій, четвертий і п'ятий – по 5% кожен).

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Ясинок Д. М. Прецедентне право: його правова природа та процесуально-правова суть. *Особливості нормотворчих процесів в умовах адаптації законодавства України до вимог Європейського Союзу*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Херсон, 3-4 червня 2016 року). Херсон. 2016. С. 89–94.

2. Ясинок Д. М. Судовий прецедент як самостійне джерело процесуального права. *Право як ефективний суспільний регулятор*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 16-17 лютого 2018 р.). Львів. 2018. С. 54–57.

3. Ясинок Д. М. Судові прецеденти в праві Античного Риму. *Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16-17 лютого 2018 р.). Харків. 2018. С. 61–64.

4. Ясинок Д. М. Проблемні питання на шляху визнання судового прецеденту джерелом процесуального права. *Актуальні проблеми прав людини, держави та вітчизняної правової системи*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро 6-7 квітня 2018 р.). Дніпро. 2018. С. 30–33.

5. Ясинок Д. М. Судова практика як спосіб забезпечення верховенства права в правосудді України. *Development of legal science: choice mechanisms and priorities implementation*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Snina, the Slovak Republic, June 7–8, 2019). Snina. 2019. С. 211–213.

6. Ясинок Д. М. Поняття справедливості та законності в цивільному процесуальному праві України. *Правовий вимір конституційної та кримінальної юрисдикції в Україні та світі*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 10 квітня 2020 р.). Одеса. 2020. С. 57–59.

7. Ясинок Д. М. Судова правотворчість Верховного Суду як невід'ємна складова судової практики. *Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності:* матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 2-3 квітня 2021 р.). Харків. 2021. С. 16–19.

8. Ясинок Д. М. Європейський суд з прав людини як модератор «судової правотворчості» в правовому просторі Європи. *Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у XX ст.:* матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Запоріжжя, 23-24 квітня 2021 р.). Запоріжжя. 2021. С. 49–52.

9. Ясинок Д. М. Сучасні тенденції «судової правотворчості» в правосудді України. *Сучасний вимір держави і права:* матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 14-15 травня 2021 р.). Львів. 2021. С. 111–113.

10. Ясинок Д. М. Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі. *Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні:* матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16-17 липня 2021 р.). Харків. 2021. С. 73–76.

11. Ясинок Д. М. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості : матеріали всеукраїнської науково-практичної

конференції студентів та аспірантів, присвяченої міжнародному дню студента (м. Суми, 14-18 листопада 2022 року). Суми. 2022. С. 420.

12. Ясинок Д. М. Суд як суб'єкт правозастосовчого процесу в континентальному та загальному праві. *Сімдесят другі економіко-правові дискусії. Серія: Соціальні та гуманітарні науки* : матеріали міжнар. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Львів, Україна – м. Переворськ, Польща, 21-22 лютого 2023 р.). Львів. 2023. С. 68–72.

Зміст

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ……. 23

ВСТУП……..... 24

РОЗДІЛ 1. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ЇЇ МЕЖІ У СФЕРІ НАУКОВОЇ ДУМКИ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ З ТОЧКИ ЗОРУ ЗАГАЛЬНОГО ТА КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА……..... 39

1.1. Огляд наукових праць за темою дисертації та вибір напрямку наукового дослідження……..... 39

1.2. Зародження та еволюція судової правотворчості у цивільному судочинстві: наукова думка та законодавство……..... 54

1.3. Світоглядні уявлення про судову правотворчість у світлі принципів верховенства права, справедливості та розумності……..... 70

1.4. Судова правотворчість та її межі з точки зору загального та континентального права……... 93

РОЗДІЛ 2. ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ «ЗАКОНОДАВЧІ ПРОГАЛИНИ» ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА СУДОВА ПРАКТИКА, ЇХ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ У СВІТЛІ ЦІЛЕЙ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ…… 109

2.1. Процесуально-правові категорії «судова правотворчість» та «судова практика» в сучасній доктрині та судовій практиці України…..... 109

2.2. Процесуально-правовий механізм судової правотворчості, її умови та межі в цивільному судочинстві у світлі цілей сталого розвитку України……..... 129

2.3. Межі та умови судової правотворчості у сфері доступу до правосуддя в цивільному судочинстві за наявності законодавчих прогалин ……..... 145

РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЇЇ МЕЖІ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ…… 164

3.1. Особливості судової правотворчості Верховного Суду та її межі у справах, що містять виключну правову проблему з метою забезпечення розвитку права та цілей сталого розвитку України……..... 164

3.2. Судова правотворчість та її межі в правозастосовчій практиці Європейського суду з прав людини, та її вплив на судову практику національного правосуддя України ……..... 179

3.3. Судова правотворчість та її межі в умовах перспектив щодо формування в Україні прецедентної моделі цивільного судочинства у світлі цілей сталого розвитку України …… 196

ВИСНОВКИ…….. 206

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ…….... 209

ДОДАТКИ…… 240

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ЦПК України – Цивільний процесуальний кодекс України

ЗУ – Закон України

ЦК України – Цивільний кодекс України

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

СК України – Сімейний кодекс України

ВП Верховного Суду – Велика Палата Верховного Суду

ЗК України – Земельний кодекс України

ТОВ – Товариство з обмеженою відповідальністю

КМУ – Кабінет Міністрів України

ЄС – Європейський союз

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Захист прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина становить собою визначальну конституційну функцію судової влади, а відтак є однією з передумов забезпечення дотримання верховенства права та законності. У цьому контексті судова правотворчість у сфері правозастосовчого процесу є об'єктивно природною процесуально-правовою категорією, яка має місце в цивільному судочинстві України. При цьому, суд в такому процесі переходить на новий рівень – рівень об'єктивного правосуддя, яке ґрунтується на принципах верховенства права, справедливості, розумності та здорового глузду, що дає можливість судам долати законодавчі прогалини у вигляді неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права або їх відсутності. При цьому такий процес має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань. Судова практика показує, що процес такого правозастосування є надзвичайно складним для суддів всіх рівнів як з точки зору теоретичного розуміння процесуально-правової суті судової правотворчості та її меж, так і з точки зору практичного застосування механізму судової правотворчості при подоланні законодавчих прогалин, оскільки правовими наслідками таких процесуально-правових дій суду є по суті хоча і локальний, але все ж таки розвиток права. Саме з цих підстав в роботі зроблено акцент на дослідженні правової реальності «живого» права та його меж, коли правотворча роль суду не є виключенням із правил, а сприймається як природна функція суду. При цьому, ми виходимо з того, що особа завжди повинна мати такий механізм судового захисту порушених прав, свобод та законних інтересів, який би давав їй можливість здійснювати таких захист не лише за наявності норм права, але і тоді, коли в таких нормах, в силу об'єктивного розвитку суспільних відносин утворюються певні законодавчі прогалини. При цьому, особа не повинна навіть усвідомлювати того, що норми права мають певні «проблеми», оскільки вони спокійно повинні долатися судом за рахунок судової правотворчості.

Саме ці питання і стали предметом даного наукового дослідження.

Загальнонауковим підґрунтям проведеного дослідження послужили праці: Б.В. Малишева («Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект)», дис. к.ю.н.), О. І. Косаренко («Проблеми аналогії в контексті реформування цивільного судочинства», дис. к.ю.н.), В. В. Корольова («Аналогія закону в цивільному судочинстві», дис. к.ю.н.), Д. Д. Луспеника («Проблеми аналогії в ЦПК» дис. к.ю.н.), О. М. Калашник («Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення», дис. к.ю.н.), П. А. Комар («Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права, дис. докт. філос.).

Статті І. В. Арістової, С. С. Бичкової, Ю. В. Білоусова, Й. Г. Богдана, О. В. Гетманцева, К. В. Гусарова, Н. Гураленко, О. І. Дашковської, С. І. Запари, Н. С. Кузнєцової, І. О. Кравченка, А. Ю. Калініна, О. О. Кармаза, В. М. Коссака, М. Козюбра, В. В. Комарова, О. М. Калашник, В. А. Кройтора, П. А. Комар, М. П. Курила, В. М. Косович, Р. А. Майданика, В. В. Маслова, Л.А. Луць, Ю. Ю. Рябченка, Я. М. Романюка, О. В. Петришина, Т.О. Подковенко, Ю. Д. Притики, Р. Є. Стоцького, О. Д. Святоцького, Р. О. Стефанчука, Г. П. Тимченка, С. Я. Фурси, Є. О. Харитонова, С. В. Шевчука, Б. І. Шацької, М. М. Ясинка. Проте більшість таких досліджень значною мірою торкаються як історичних, так і теоретичних проблем щодо тлумачної правозастосовчої практики, практики застосування правових аналогій тощо. Питання ж судової правотворчості як процесуально-правового механізму, який має місце в правозастосовчій сфері цивільного судочинства і спрямований на подолання законодавчих прогалин, ще не були предметом наукових досліджень.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження здійснювалося на основі Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», Цілей сталого розвитку України на період до 2030 року (підтриманих Указом Президента України №722/2019 від 30.09.2019 року), проголошених резолюцією Генеральної Асамблеї ООН, а

також науково-дослідної тематики кафедри правосуддя та філософії Сумського національного аграрного університету: «Науково-прикладні проблеми цивільного, адміністративного, кримінального, господарського права та процесу» № державної реєстрації НДР в УкрІНТЕІ 01.2021 р. 0121U107740.

Мета і завдання дослідження. *Метою* дисертаційного дослідження є розробка нових теоретичних положень та систематизація вже накопичених наукових знань про правову природу судової правотворчості, з'ясування її змісту та меж в цивільному судочинстві України, розкриття процесуально-правового механізму судової правотворчості при подоланні законодавчих прогалин, розкриття таких процесуально-правових понять як: «судова правотворчість», «законодавчі прогалини», «виключна правова проблема», «розвиток права», «єдність правозастосовчої практики» у тому числі і у співставленні механізму судової правотворчості у сфері континентального та загального права, впливу на процеси судової правотворчості Великої Палати Верховного Суду та Європейського суду з прав людини з точки зору розвитку права з подальшим формуванням науково обґрунтованих теоретично-правових та практичних пропозицій щодо удосконалення цивільного процесуального законодавства, спрямованих на підвищення ефективності правозастосовчої практики судів загальної юрисдикції.

Для досягнення означеної мети поставлено такі *завдання:*

- виявити історичні передумови становлення інституту судової правотворчості в цивільному судочинстві в різні історичні періоди нашої держави та інших держав світу;

- визначити змістовно-правову суть інституту судової правотворчості, її правову природу та особливості її меж при подоланні законодавчих прогалин в цивільному судочинстві України;

- розкрити процесуально-правовий механізм судової правотворчості при подоланні законодавчих прогалин в цивільному судочинстві України з визначенням понять судової правотворчості, законодавчих прогалин тощо;

- удосконалити підхід до визначення предмету та об’єкту судової правотворчості та її спрямування на розвиток права;

- з’ясувати співвідношення основних процесуальних понять та положень, пов'язаних із судовою правотворчістю та її межами в цивільному судочинстві України;

- з’ясувати особливості судової правотворчості Великої Палати Верховного Суду з точки зору наявності виключної правової проблеми, розвитку права та формування на цій основі єдиної правозастосовчої практики та її впливу на правозастосовчий процес судів загальної юрисдикції;

- виявити критерії ефективності інституту судової правотворчості та її меж в судовій практиці Європейського суду з прав людини та її впливу на правозастосовчу практику судів загальної юрисдикції в Україні;

- з’ясувати особливості процесуально-правової природи інституту судової правотворчості у сфері загального і континентального права з визначенням механізму його застосування;

- сформулювати науково-обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення норм чинного цивільного процесуального законодавства та практики його правозастосування.

Об’єктом дослідження виступають цивільні процесуальні правовідносини у сфері організації правового регулювання та правозастосування в процесі здійснення правосуддя в цивільному судочинстві.

Предметом дослідження є судова правотворчість та її межі в цивільному судочинстві України.

Методи дослідження. Для досягнення мети і вирішення задач дисертаційної роботи, з урахуванням специфіки об’єкта і предмета дослідження, за методологічну основу взято положення діалектики, як загального способу пізнання процесів і явищ, а також відомі загальнонаукові

та спеціальні методи дослідження, що випливають із філософських категорій та концепцій.

Метод діалектичного матеріалізму дозволив розкрити основні поняття з досліджуваної тематики завдяки застосуванню філософських категорій суті та явища, форми і змісту, кількості та якості, суб'єктивного і об'єктивного, а також законів переходу кількісних змін у якісні, єдності й боротьби протилежностей, закону заперечення заперечень тощо (розділи 1,2).

Застосування *формально-логічного методу* при дослідженні як національної судової практики, так і практики Європейського суду з прав людини дав можливість визначитись із цілим рядом понять: виключної правової проблеми, розвитку права, законодавчих прогалин, судової правотворчості, її меж тощо (підрозділи 1.3, 2.3, 3.3).

Науковий аналіз мав місце при дослідженні як національної судової практики, так і практики Європейського суду з прав людини з точки зору судової правотворчості, її меж та алгоритму подолання законодавчих прогалин, що дало можливість розмежувати поняття «судова практика» та «судова правотворчість» (підрозділи 2.1, 2.2, 3.3).

Системний аналіз дав можливість відобразити характерні ознаки законодавчих прогалин та сформувати механізм їх подолання за рахунок судової правотворчості в правозастосовчій практиці цивільного судочинства (підрозділи 2.2, 2.3, 3.1,3.2).

Історико-правовий метод допоміг відтворити цілісну картину минулого в різні історичні періоди та виявити цілий ряд причин, які спонукали суддів різних держав до судової правотворчості у сфері цивільного судочинства (підрозділи 1.2, 1.4).

Метод порівняльно-правового аналізу дав можливість на основі співставлення різної правової природи судової правотворчості в різних правових системах визначитись із основними підходами до правозастосовчої практики в цивільному судочинстві нашої держави (підрозділи 1.4, 3.2, 3.3).

Метод узагальнення та аналізу дав можливість дослідити доктринальні погляди на судову правотворчість та її межі, в тому числі і у сфері правозастосовчої практики судів загальної юрисдикції, що у свою чергу дало можливість сформулювати ряд теоретико-правових пропозицій щодо розвитку вчення про судову правотворчість та її межі в цивільному судочинстві та запропонувати доповнення до Цивільного процесуального кодексу України (підрозділи 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3).

Статистичний метод дослідження дав можливість відслідкувати кількісні показники щодо застосування випадків судової правотворчості на рівні національної судової практики Великої Палати Верховного Суду, що дало можливість прослідкувати тенденцію розвитку судової правотворчості та її меж в цивільному судочинстві нашої держави.

Науково-теоретичним підґрунтям дослідження стали праці фахівців у галузі цивільного процесуального права, загальної теорії держави і права, а також теорії цивільного, земельного, трудового, сімейного та житлового права.

Нормативною основою дослідження є Конституція України, Цивільний процесуальний кодекс України, Закони України, Укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України.

Інформаційною та емпіричною базою дослідження є рішення Конституційного Суду України, судові акти Верховного Суду та його Великої Палати, Європейського суду з прав людини, наукові статті вчених-процесуалістів, підручники, довідкові видання, наукові дослідження вчених-процесуалістів.

Наукова новизна отриманих результатів. Дисертацію Ясинка Д. М. присвячено розв’язанню актуальних наукових проблем з теорії та практики судової правотворчість та її меж у цивільному судочинстві України в умовах значного оновлення цивільного процесуального законодавства нашої держави та формування новітніх концептів в правозастосовчій сфері судів загальної юрисдикції.

У дисертації вперше обґрунтовано низку важливих для теорії і практики цивільного процесуального права України понять, положень і висновків, які пов’язані із судовою правотворчістю та її межами в цивільному судочинстві, одержаних особисто автором, серед яких найсуттєвішими є такі:

вперше:

- визначено те, що судова правотворчість являє собою сукупність процесуальних дій судді, які завжди мають місце лише в межах процесуальної форми судових засідань і спрямовані на подолання законодавчих прогалин, які у свою чергу проявляються при наявності правових розривів, які виникають між надстрімким розвитком суспільних відносин і правом, яке «не встигає» за таким розвитком, а відтак зміст таких розривів має вигляд неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи їх відсутності або остаточної їх архаїчності, що унеможливлює урегулювання спірних відносин;

- встановлено, що механізм локальної судової правотворчості проявляється в тому, що зміст судової правотворчості завжди спрямовується лише на заповнення правовою матерією тих пустот чи прогалин, які мають місце у змісті тієї чи іншої норми права чи закону у вигляді неповноти, нечіткості чи суперечливості їх змісту або такі норми права відсутні, що дає можливість суду за рахунок локальних правових уточнень чи доповнень змісту норм права чи закону виконати свої процесуально-правові обов’язки по оперативному урегулюванню спірних відносин;

- визначено, що під поняттям законодавчих прогалин розуміється змістовна неповнота, нечіткість чи суперечливість змісту окремих норм права або їх відсутність в певному законі, які виникли внаслідок розривів між над стрімким розвитком суспільних відносин і правом, що унеможливлює урегулювання спірних відносин без подолання таких прогалин за рахунок судової правотворчості;

- доведено, що судова правотворчість в континентальному праві ґрунтується виключно на статутному праві, в нормах якого мають місце законодавчі прогалини. В таких випадках судова правотворчість буде носити локальний характер, оскільки її зміст завжди буде спрямовано виключно на заповнення локальних законодавчих прогалин (пустот), неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права чи їх відсутності, а відтак вона не може виходити за межі горизонту змістовно-правової суті даної норми права. В той же час, судова правотворчість в загальному праві носить природний характер, оскільки не ґрунтується на статутному праві. Її суть спрямована на подолання правового казусу, під час якого формується нова правова доктрина, принцип чи нове правило або положення. З цих підстав судова правотворчість в континентальному праві ніколи не «перейде» у сферу загального права, хоча як в першому, так і в другому випадках правові формули, які створюються суддями, для урегулювання спірних відносин і носять правотворчий характер;

- з’ясовано те, що судова правотворчість не є безмежним поняттям, а відтак вона обмежується: а) при подоланні законодавчих прогалин з підстав нечітко прописаних норм права, прямою дією норм Конституції України; б) при тлумаченні норм права з точки зору суперечливості їх змістовно-правової суті – загальними засадами конкретної матеріальної галузі права; в) при тлумаченні конкретної норми права із внесенням в її зміст певної правової новизни щодо лінгвістично-правової суті окремих слів чи словосполучень та розширення у зв'язку з цим змістовно-правової суті норми права – межею горизонту змістовно-правової суті даної норми права; г) при застосуванні аналогії закону однієї і тієї ж галузі права правотворче тлумачення не повинно виходити за межі горизонту змістовно-юридичної суті загальних засад даної галузі права та тієї змістовно-правової суті норми права, за якою кваліфікуються спірні відносини; г) при застосуванні аналогії права правотворчий процес обмежується буквальним змістом загальних засад законодавства, принципів права та способів захисту; д) міжгалузева аналогія

права з точки зору правотворчого процесу обмежується змістовно-правовою суттю загальних засад як процесуального права, так і обох галузей матеріального права; е) при наявності виключної правової проблеми та забезпечення розвитку права за рахунок судової правотворчості і формування на цій основі єдиної правозастосовчої практики, межею завжди є інтерпретація змістовно-правової суті предмета спірних відносин по відношенню як до загальних засад законодавства певної галузі права, так і до загально-конституційних принципів, що дає можливість сформулювати нові правові позиції, долаючи в такий спосіб законодавчі прогалини та формуючи на цій основі нові напрямки розвитку права з метою правової визначеності спірних відносин;

- доведено, що судова правотворчість неможлива: а) за межею процесуальної форми судового засідання; б) при виключенні з цивільного обороту тих чи інших матеріальних об'єктів, які з тих чи інших причин були втягнуті у неправові види життєвих відносин; в) при наявності прямих заборон закону.

- аргументовано, що судова правотворчість Великої Палати Верховного Суду за своєю дією характеризується: а) імперативністю; б) вертикальністю своєї дії по відношенню до судової практики нижчестоящих судів; в) горизонтальністю своєї дії по відношенню до правозастосовчої практики самого Верховного Суду; г) подоланням виключної правової проблеми; ґ) розвитком права та формуванням на цій основі єдиної правозастосовчої практики;

удосконалено:

- частину 4 статті 10 ЦПК України запропоновано після слів «Верховною Радою України», доповнити словами наступного змісту: «правові позиції, викладені у постановах Великої Палати Верховного Суду у межах та у спосіб встановлений цим Кодексом»;

- статтю 403 ЦПК України запропоновано доповнити частиною 7, наступного змісту: «Постанови Великої Палати Верховного Суду, в яких

вирішено правову проблему є обов'язковими для суддів нижчестоящих інстанцій».

дістали подальшого розвитку:

- наукове положення про те, що суспільство і право є взаємозалежними суспільно-правовими категоріями, і якщо між ними виникають розриви (прогалини), які сьогодні супроводжуються над стрімким розвитком суспільних відносин, то право, яке сьогодні створюється законодавцем по доволі ускладненій процедурі, об'єктивно починає відставати у своєму розвитку і з цих підстав воно об'єктивно не в змозі урегульовувати нові відносини, внаслідок чого і виникають так звані «законодавчі прогалини», які суд може подолати виключно лише за рахунок своєї судової правотворчості;

- твердження про те, що методологічно поняття «судова правотворчість» не має своїх усталених меж, оскільки воно вбирає в себе як класику цивільного процесуального права, яка ґрунтується на законах і кодексах, судовій практиці та наукових концепціях і дослідженнях, легітимізується на національному рівні законодавцем в ЦПК України і спрямована на оперативність, розумність, законність та обґрунтованість судових рішень на принципах верховенства права та справедливості.

Практичне значення одержаних результатів. Наукове та практичне значення отриманих результатів визначається актуальністю вибраної теми, новизною положень і висновків. Викладені теоретичні положення, висновки, пропозиції і рекомендації можуть бути використані:

у науково-дослідницькій сфері – для подальших досліджень актуальних проблем науки цивільного процесуального права, а також для продовження наукової розробки доктрини судової правотворчості та її меж в цивільному судочинстві нашої держави;

у законопроектній роботі – при складанні нових процесуальних кодексів, внесенні змін і доповнень у чинний Цивільний процесуальний кодекс України;

у правозастосовчій практиці – для використання судом при трактуванні цивільних процесуальних норм або при обґрунтуванні судових рішень;

у навчальному процесі – у ході викладання навчальних дисциплін «Цивільний процес», «Теорія доказового права», «Актуальні проблеми цивільного процесуального права» при підготовці навчальної літератури і навчально-методичних матеріалів до семінарів і практичних занять із вказаної дисципліни.

Особистий внесок здобувача. Обсяг проведених досліджень, обсяг наукового матеріалу, ґрунтовний аналіз як національної судової практики, так і практики Європейського суду з прав людини, комплекс використаних методів наукового дослідження та оцінка отриманих результатів були достатніми для обґрунтування наукових положень дисертації. Сформульовані в дисертації положення базуються як на отриманих особисто результатах своїх досліджень, так і великій кількості наукових досліджень інших учених за темою дисертації. Це дало можливість автору сформулювати цілий ряд процесуально-правових понять, розкрити правову природу і механізм судової правотворчості в цивільному судочинстві нашої держави та на основі як особистих науково-теоретичних досліджень, так і дослідження цілого ряду наукових теорій та наукових праць інших науковців провести науково-правове дослідження інституту судової правотворчості в загальному та континентальному праві і зробити висновок про їх поступове зближення у сфері правозастосовчої практики.

У виконаних у співавторстві публікаціях за темою дисертації особистий вклад автора полягає у наступному:

1) у публікації «Категорія «судова практика» та «судова правотворчість» у сучасній доктрині цивільного процесуального права України» (Курило М. П., Ясинок Д. М.). *Право України*. 2020. № 11. С. 142–157 уособлено, що суд завжди виступає посередником між правом і особою з метою точного, неупередженого і справедливого застосування права для

вирішення правового спору. При цьому, судова практика, яка змінюється у зв'язку із зміною поточного законодавства, тісно пов’язана з теоретичним осмисленням норм права. Таким чином, судова практика, а з нею і судова правотворчість поступово набувають правового звичаю щодо окремих справ – випадків з обов’язковою аргументацією застосування тієї чи іншої норми права;

2) у публікації «Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі при подоланні законодавчих прогалин» (Курило М. П., Ясинок Д. М.) *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 9–14 зазначено, що 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 передбаченим. Судова правотворчість – це той випадок, який має локальний характері проявляється у судовому засіданні під час розгляду цивільної справи через неможливість юридичної кваліфікації спірних відносин на підставі наявного законодавства, оскільки таке законодавство чи окрема його норма за своїм змістом є неуточненою, неповною, нечіткою, спірною чи казуїстичною, або взагалі відсутньою;

3) у публікації «Законодавчі прогалини та судова правотворчість: взаємозв’язок понять» (Курило М. П., Ясинок Д. М.) *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2022. № 1. С. 77-82 доведено, що під законодавчими прогалинами розуміється такий невизначений правовий простір, який має форму неповноти, нечіткості, суперечливості у змісті норми права. Подолання такого простору при відсутності ініціатив законодавця можливо лише за рахунок судової правотворчості. Таким чином, поняття «законодавчі прогалини» і «судова правотворчість» не просто взаємопов’язані між собою, вони носять взаємопроникаючий характер на локальному рівні;

4) у публікації «The European Court of Human Rights its judicial lawmaking and its impact on the case law of national courts» (*Європейський суд з прав людини, його судова правотворчість та її вплив на судову практику*

національних судів) (Tamara Chernadchuk, Dmytro Yasynok, Vitalii Gordieiev, Nataliia Klietsova, Vitalii Boiko) *AD ALTA: Journal of interdisciplinary research*. 2022. (12(1)). pp. 176–180 зазначено, що Європейський суд з прав людини інтерпретує норми Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, оскільки останні носять просторовий характер, що дає можливості ЄСПЛ вдаватись до судової правотворчості, суть якої зводить до захисту природних прав людини незалежно від держави, в якій розглядалася та чи інша справа.

Апробація результатів дисертації. Дисертація обговорена на засіданні кафедри правосуддя та філософії юридичного факультету Сумського національного аграрного університету. Основні положення, висновки і рекомендації дисертації обговорювалися на наукових конференціях, круглих столах, семінарах, зокрема на: Міжнародній науково-практичній конференції: «Особливості нормотворчих процесів в умовах адаптації законодавства України до вимог Європейського Союзу» (3-4 червня 2016 р., Херсон), Міжнародній науково-практичній конференції: «Право як ефективний суспільний регулятор» (16-17 лютого 2018 р., Львів), Міжнародній науково-практичній конференції: «Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства» (16-17 лютого 2018 р., Харків), Міжнародній науково-практичній конференції: «Актуальні проблеми прав людини, держави та вітчизняної правової системи» (6-7 квітня 2018 р., Дніпро), Міжнародній науково-практичній конференції: «Development of legal science: choice mechanisms and priorities implementation» (June 7–8, 2019, Snina, the Slovak Republic), Міжнародній науково-практичній конференції: «Правовий вимір конституційної та кримінальної юрисдикції в Україні та світі» (10 квітня 2020 р., Одеса), Міжнародній науково-практичній конференції: «Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності» (2-3 квітня 2021 р., Харків), Міжнародній науково-практичній конференції: «Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у XX ст.» (23-24 квітня 2021 р., Запоріжжя), Міжнародній

науково-практичній конференції: «Сучасний вимір держави і права» (14-15 травня 2021 р., Львів), Міжнародній науково-практичній конференції: «Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні» (16-17 липня 2021 р., Харків), Всеукраїнській науковій конференція студентів та аспірантів, присвяченій міжнародному дню студента (14-18 листопада 2022 р., м. Суми), Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції (Україна–Польща): «Сімдесят другі економіко-правові дискусії. Серія: Соціальні та гуманітарні науки» (21-22 лютого 2023 р. / www.spilnota.net.ua).

Основні елементи досліджень сьогодні вже використовуються в навчальному процесі при викладанні курсів: «Цивільний процес», «Актуальні проблеми цивільного процесуального права», «Практика доказування та правова аргументація», «Теорія доказового права» (Акт впровадження результатів дисертаційної роботи у навчальний процес кафедри правосуддя Сумського національного аграрного університету, схвалений Вченою радою юридичного факультету від 9 травня 2023 року), «Актуальні проблеми адміністративного права», «Правові засади адаптації законодавства України до права ЄС» (Акт впровадження результатів дисертаційної роботи у навчальний процес кафедри адміністративного та інформаційного права Сумського національного аграрного університету, схвалений Вченою радою юридичного факультету від 08 травня 2023 року). Результати дисертаційного дослідження були використані автором при колективному написанні підручників з цивільного процесу, монографій, науково-практичних посібників (Цивільне процесуальне право України: підручник, 2-ге вид. перероб. та доп. Т. 2 гл. 27. К.: Алерта, 2021. С. 375–389). Теорія доказового права: монографія. К.: Алерта, 2021. Гл. 16 § 17. С. 390–410.

Публікації. Основні результати і висновки дисертаційного дослідження опубліковані автором у 22 наукових працях (в тому числі і у співавторстві), з них 11 статей – у наукових фахових виданнях України (категорія Б), одна стаття – у виданні, яке індексується у міжнародній науково-метричній базі Web of Science.

Структура дисертації. Робота складається з вступу, трьох розділів, що об’єднують десять підрозділів, висновків, списку використаних джерел, додатків. Загальний обсяг дисертації становить 241 сторінку. Список використаних джерел містить 298 найменувань на 31 сторінці.

РОЗДІЛ 1. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ЇЇ МЕЖІ У СФЕРІ НАУКОВОЇ ДУМКИ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ З ТОЧКИ ЗОРУ ЗАГАЛЬНОГО ТА КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА

1.1. Огляд наукових праць за темою дисертації та вибір напрямку наукового дослідження

Законодавчі акти, як форма закріплення змістовно-правової суті державного волевиявлення, були, є і будуть основними регуляторами суспільних відносин. Проте, слід визнати, що за часів низького науково-технічного, технологічного, а з ним і суспільного розвитку, поточне законодавство змінювалося повільно і з цих підстав характеризувалося своєю стабільністю. Це давало можливість судам ухвалювати судові рішення виключно на основі закону чи практики тлумачення окремих його норм, не виходячи при цьому за межі горизонту їх змістовно-правової суті. Такий підхід у сфері правозастосовчої практики виключав будь-яку ініціативу суду щодо правотворчого підходу в питаннях тих чи інших спірних правовідносин, які все ж не були достатньо урегульованими нормами права. В таких випадках суд виходив не із індивідуального підходу у вирішенні справи на основі судової правотворчості, а із узагальненої суті діючого законодавства обумовленої право тлумачним процесом з урахуванням завдань процесуального законодавства та його принципів.

Саме такий підхід в правосудді поступово сформував теорію позитивізму, яка отримала своє розповсюдження на Європейському континенті, і на її основі було сформовано континентальне право, яке в теорії права було піднято на рівень його абсолютизації.

Кінець XX початок XXI століть ознаменувався надстрімким розвитком усіх сфер суспільного життя, що об’єктивно вимагало від законодавця швидкої зміни застарілого законодавства. Здавалося б, що дане питання для

держави буде простим, але насправді воно виявилося архіскладним, оскільки законодавство, над яким працював законодавець, враховуючи здавалося б всі життєві ситуації, ще на стадії його прийняття, об'єктивно починало «старіти» і з цих підстав навіть на цій стадії уже потребувало своїх змін чи уточнень. І проблема тут не в законодавці. Проблема у науково-технічній, технологічній, інформаційній революції, яка проявляється кожного дня, кожної години, формуючи все нові і нові відносини, які змінюють поведінку людей, а відтак урегулювання таких відносин потребує все нового і нового законодавства. Такий процес стає об'єктивно безкінечним. Така об'єктивна реальність ставить перед законодавцем цілий ряд правових проблем, в тому числі і у сфері розширення правотворчої практики за рахунок судової правотворчості під час яких долаються «виключні правові проблеми», змістом яких є законодавчі прогалини.

Саме з цих підстав законодавець вимушений розпочати поступовий відхід від позитивізму в процесуальному праві і рухатись в напрямку загального (прецедентного) права, в основі якого превалює судова правотворчість. І хоча суд не є творцем права, все ж його робота у сфері подолання законодавчих прогалин пов'язана із правотворчим процесом. Сьогодні така робота в правозастосовчій практиці, опосередковано обумовлена цивільним процесуальним законодавством, але законодавець так, і залишається поки, що на позитивістській платформі, оскільки сприймає судову правотворчість лише як засіб подолання «виключної правової проблеми» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

Не дивлячись на наявність різного роду «правових проблем», які виникають під час правозастосовчого процесу з підстав недосконалості законодавства чи його відсутності подолання таких правових проблем для судової гілки влади, стає обов'язком, оскільки судам «забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

Безумовно, що ці питання можна було б вирішити за рахунок внесення змін, доповнень чи уточнень у застарілі норми права, а у разі наявності великої кількості законодавчих прогалин – прийняти нове законодавство з більшою деталізацією норм права. Не дивлячись на логічність таких суджень практика показала, що занадто деталізоване законодавство є складним та казуїстичним, об'ємним і громіздким, а процедура його прийняття є довготривалою.

Що ж стосується законодавчих прогалин, то жодний закон, навіть найдеталізованіший завжди буде мати ті чи інші законодавчі прогалини. Такий процес відтворює природну його безмежність, а відтак є об'єктивною закономірністю. З цих підстав ми можемо зробити висновок, що створити ідеальне законодавство раз і назавжди неможливо. Виною цьому є стрімкий розвиток суспільних відносин, які урегульовувати всі без виключення вчасно, якісно і всеохоплююче законодавець об'єктивно не в змозі. Ось чому навіть найдосконаліше законодавство з часом втрачає свою «цілісність». Якщо ж цілісної єдності з часом не можна знайти в самому законодавстві, то її доводиться знаходити суду самостійно і це, звичайно, ускладнює його діяльність» [75, с. 299].

З розвитком цивільного процесуального права в України все частіше виникає наукова дискусія щодо вчення про судову правотворчість не лише у сфері право тлумачного процесу, щодо окремих норм права чи правових аналогій, а і можливостей при наявності правової невизначеності до її подолання за рахунок судової правотворчості.

Такий напрямок розвитку цивільного процесуального права вказує на поступове зближення загального та континентального права. Така тенденція з огляду на потужну ходу України до Європейського Союзу дає уже сьогодні підстави говорити про можливе розширення джерел процесуального права за рахунок розмежування судової практики та судового прецеденту в умовах нового право розуміння [168, с. 3].

Таким чином, назріла нагальна необхідність у дослідженні теоретичних питань та практики щодо судової правотворчості з метою безумовного застосування і забезпечення принципу верховенства права з точки зору природного, «живого» права.

Отже, ми говоримо про судову правотворчість як світоглядне вчення, яке формує новий напрямок розвитку цивільного процесуального права, в основі якого з одного боку лежать базові цінності суспільного розвитку, а з іншого – суспільна модель взаємодії держави і суду, права і суду на перехідному етапі судово-правової реформи, де теоретизована наявність судової правотворчості ще не набула своєї детальної якості і з цих підстав не сформувалась достатньо на доктринальному рівні [241, с. 420].

Науковою базою даного наукового дослідження є монографічні праці зарубіжних і українських вчених, публікації у періодичних, і спеціалізованих виданнях, матеріали науково-практичних конференцій, присвячених питанню тлумачення, інтерпретації, аргументації та мотивуванню норм матеріального права у сфері цивільного судочинства як суддями взагалі, так і Верховним Судом зокрема, що формує юридичну доктрину майбутньої моделі вчення про судову правотворчість у сфері цивільного процесуального права України.

Серед зарубіжних монографічних досліджень особливої уваги заслуговують роботи: Р.Давида, [46, с. 496] К. Жоффре-Спиноза, [47, с. 400], Г. Дж. Бермана [27, с. 592], Л. Дюги [52, с. 1000], Р. Кросса [80, с. 234], Х. Кьотца та К. Цвайгерта [224, с. 480], Д. Ллойда [90, с. 416], Р. Уолкера [214, с. 252], Е. Дженкса [50, с. 378], та ін., у яких автори досліджують окремі питання інтерпретації норм права за рахунок тлумачної правотворчості щодо юридичної кваліфікації спірних правовідносин як у сфері аналогії права чи закону так і формуванню прецедентної моделі правосуддя в рамках порівняльного правознавства, а також досліджують історію права та правосуддя в окремих країнах.

Так, у другій половині XIX століття відомий французький науковець компаративіст Р. Давид та французький професор К. Жоффре-Спінозі

написали роботу: «Основні правові системи сучасності». Використовуючи методи порівняльного правознавства, вони провели глибоке дослідження процесів становлення та розвитку системи джерел права різних країн і правових систем. В рамках даного дослідження науковці приділили значної уваги питанням судової правотворчості у сфері прецедентного права взагалі та судового прецеденту зокрема. Так, вченими було проаналізовано систему судоустрою Англії та США, що дозволило визначити їх вплив на формування прецедентної моделі права в світі. Вони визначили межі судової правотворчості з точки зору процесу тлумачення норм матеріального права, дослідили форму прецедентних судових рішень, та способи їх цитування в публікаціях та судових узагальненнях, збірниках судової практики. По суті вони вперше визначили співвідношення судової правотворчості з точки зору прецедентного права та загальних засад законодавства [46, с. 496], [400, с. 400].

Не менш цікавою є наукова праця відомого англійського юриста Р.Кросса: «Прецедент в Англійському праві», у якій автор визначає зміст поняття судової правотворчості у сфері прецедентного права та її межі, досліджує основні принципи та механізми функціонування англійської доктрини судового прецеденту та розглядає вплив судової правотворчості на проблему правової аргументації судових рішень, з’ясовує значення доктрини судового прецеденту для таких питань теорії права, як визначення права та відмінності між правом, фактом і судовим розсудом [80, с. 234]. Значної уваги вчений приділив дослідженню відмінностей між двома основними системами буржуазного права, – сім'єю загального (прецедентного) права, створеної суддями Англії і прийнятої також в США, Канаді, Австралії та ряді інших держав, і романо-германської правовою сім'єю, сформованою на основі римського права у Франції, ФРН, Італії та інших західноєвропейських державах. Зокрема, він звертає увагу на те, що судова правотворчість в континентальному праві ґрунтується на принципах правового тлумачення норм права та їх правозастосуванні суддями в процесі ухвалення ними своїх

рішень. Таким чином в системі, заснованій на континентальному праві, суддя при розгляді справи, зобов'язаний приймати до уваги лише наявні норми права і принципи, в той час як у іншій правовій системі вони слугують лише матеріалом, який суддя може враховувати при ухваленні власного рішення в якому він створює право відповідно до конкретного випадку. Тому, на думку Р. Кросса, вирішальна роль у формуванні судового прецеденту належить судовій правотворчості, що відрізняє систему загального права від континентальної та інших правових систем [80, с. 234].

Аналізуючи стан опрацювання теми в дореволюційній російській та українській юридичній науці слід звернути увагу на наукові праці Г.В. Демченка [48], Є. Трубецького [212], С. Пахмана [107], Л. Петражицького 108, 109], І. Покровського [114], Ф. Тарановського [207], Г. Шершеневича [236, 237].

Не дивлячись на те, що в цей час проблематиці судової правотворчості приділялося недостатньо уваги, вчені все ж зробили спробу дослідити механізм правового тлумачення норм матеріального права при створенні судового прецеденту вищими судовими органами.

Найбільш ґрунтовною науковою роботою у цей період можна вважати роботу професора Київського університету Г.В. Демченко на тему: «Судовий прецедент». В даній роботі вчений розглядає по суті правову техніку судового прецеденту на основі тлумачення норм права, визначаючи природу прецедентного рішення, пропонуючи розгорнуту класифікацію судових прецедентів. При цьому Г.В. Демченко наголошує на історичному значенні звичаєвого права як усної правотворчості при формуванні права в усіх народів. На його погляд, судові рішення мали значення джерел загальних юридичних норм не лише у давні часи, але й у періоди розвитку органів законодавчої влади. При чому це мало місце у різні епохи та у різних народів. Таку особливість автор пояснював, соціальними причинами: загальними умовами епохи, станом законодавства і права, організацією

судового процесу, якістю особового складу суду, загальним станом моралі в суспільстві [49, с. 79–142].

Огляд радянської юридичної науки дає підстави вважати, що в цей період превалювала практика тлумачної правотворчості, яка формувалася за рахунок розширення горизонту змістовно-правової суті норм права Пленумом Верховного суду СРСР та пленумами верховних судів союзних республік.

Така практика давала можливість лише Пленумам найвищих судових інстанцій вдаватись не лише до простого тлумачення змісту окремих норм права, а і створювати по суті нове розуміння права, розвиваючи в такий спосіб різні його галузі. В той же час така практика не розглядалася як джерело права, хоча її правозастосування і визнавалося обов'язковим. Думки ж про наявність прецедентного права у соціалістичному праві категорично відкидались [18, с. 21-22]. Це означало, що законодавець не визнавав ніякі посилання на наявність судової правотворчості. Негативне ставлення до судової правотворчості як вчення, і зведення цього поняття на рівень застосування лише практики правових аналогій пояснювалось тим, що процесуальна діяльність суддів, а разом з цим і тлумачення та інтерпретація норм права та загальних засад законодавства вважалося виключно підзаконною діяльністю. З огляду на це, у вітчизняній правовій літературі проводилася думка, за якої суди виступають лише як правозастосовні органи, а судова правотворчість, яка характерна для прецедентного права, веде до «відступу від основ законності і підриває роль представницьких органів держави» [187, с. 325].

Разом з тим, такий підхід не означав повного ігнорування вчення про судову правотворчість у сфері наукових досліджень. Переважно дані питання ставали об'єктом наукового опрацювання в роботах присвячених судовій практиці та правовому тлумаченню, їх ролі й місцю в соціалістичному праві. Серед таких робіт виділяються роботи С.Н. Братуся [205], І. Б.Новицького [101], С.І. Вільнянського

[39], А.Б. Венгерова [36], В.І. Леушина [87], А.С. Піголкіна [110], А.Ф. Черданцева [232] та ін.

Так, український вчений-правознавець, С. І. Вільнянський у науковій статті на тему :«До питання про джерела радянського права» досліджуючи місце судової практики у системі джерел права зазначав: «Судова практика виробляє певні правоположення, засновані на прецедентах. Вступаючи в ті чи інші юридичні відносини, учасники цих відносин не можуть не враховувати сформовану судову практику. Значення судової практики-реальний факт, який неможливо усунути упередженими судженнями, заснованими на тому формальному доводі, що судове рішення є обов'язковим лише у тій справі, по якій воно винесене» [39, с. 244-246].

І хоча цю думку вченого не слід, розглядати як пряме визнання судового прецеденту проте, надаючи повторюваним однорідним судовим рішенням значення правової норми, тобто обов'язкової сили для подальших рішень в однорідних справах, С. І. Вільнянський досить близько підійшов до суті поняття судової правотворчості у сфері судового прецеденту з точки зору його правозастосування [244, с. 55-59].

Інших поглядів у питанні існування в радянській правовій системі правотлумачної судової практики притримувався професор І. Б. Новицький. У своїй монографії на тему: «Джерела радянського цивільного права» він піддаючи критиці погляди С. І. Вільнянського зазначаючи, що: «радянське законодавство не дає підстав для твердження, про те, що стійкість судової практики у певному питанні призводить до виникнення відповідної норми права. На його думку, така стійкість судової практики, що виражається в багаторазовому повторенні однакового рішення з певного питання, надає цьому одноманітному вирішенню особливий авторитет, але не значення джерела права» [101, с. 162].

Таким чином як І. В. Новицький, так і С.І. Вільнянський приходять до висновку проте, що радянське право не може визнавати судову правотворчість як процесуальну дію суду, оскільки суд в такому випадку із

правозастосовчого органу і стража закону на основі розширеного тлумачення змісту норми права перетворюється на творця нових норм права, конкуруючи таким чином із законодавцем.

В пострадянський період у зв'язку з переглядом багатьох догматів процесуальної науки, в тому числі і в питаннях судової правотворчості як основи прецедентного права та ролі суду в тлумачній правотворчості відбулися істотні зміни. Багато в чому це було обумовлено реальною дійсністю, зокрема змінами, що відбувались в економічній, соціальній, ідеологічній та інших сферах суспільного життя. Внаслідок цього, попри офіційне заперечення судової правотворчості на законодавчому рівні, в доктрині цивільного процесуального права і серед суддів-практиків, все частіше почали підніматися питання про фактичне існування судової правотворчості.

В цьому зв'язку Я. Романюк (екс-голова Верховного Суду України), виступаючи на міжнародній конференції за темою: «Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя», яка мала місце 24-25 листопада 2016 р. в м. Києві зазначав: «Ключовим завданням для судової та правової системи України в цілому є визначення шляху, яким розвиватиметься вчення про судову правотворчість, та її прикладне застосування в державі» [168, с. 4]. Продовжуючи цю думку Я. Романюка, О. Кібенко (д.ю.н., суддя Верховного Суду) у своєму блозі від 3 березня 2020 року писала: «Суд має постійно адаптувати право до потреб реального життя, наповнювати норми новим змістом. Відступ суду від існуючих правових позицій конче потрібен для розвитку права» [70].

На сьогодні вже існує цілий ряд дисертаційних досліджень, які хоча і дотично, але зачіпають обґрунтування наявності судової правотворчості в цивільному судочинстві, історії її виникнення та становлення в різних правових системах.

Так, в дисертаційній роботі Б.В. Малишева (дисертація к. ю.н.) на тему: «Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект)» [93, с. 88, 206] було розкрито не лише ознаки, сутність і структура англійського судового прецеденту як джерела (форми) права, а і визначено особливості функціонування прецедентного права Англії з точки зору судової правотворчості. Виявлено прецедентні прояви у судовій системі України у вигляді особливого стилю юридичного мислення, що дає можливість суддям індивідуально підходити до вирішення конкретної ситуації. При цьому вчений підкреслює, що прецедентна форма права, яка ґрунтується на судово-тлумачній правотворчості, здатна оперативно та адекватно реагувати на всі зміни суспільного життя та у більшості випадків здійснювати більш ефективне, ніж нормативно-правовий акт, регулювання конкретних відносин.

Ідеї впровадження механізмів право тлумачної судової правотворчості, в правову систему України поділяє свою увагу і Н.А. Гураленко. У своїй дисертаційній роботі на тему: «Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект» вона здійснила наукове дослідження та обґрунтування питань судової правотворчості у сфері формування судового прецеденту за допомогою метафізичного підходу до права, в рамках якого спробувала спростувати значну кількість помилкових уявлень та стереотипів, які в ряді випадків ускладнюють розуміння цих понять. Серед основних постулатів становлення і розвитку судової правотворчості в умовах реформування правової системи України дослідниця називає такі: 1) право слід розглядати не лише як сукупність норм поведінки, а і як процес, пов’язаний із прийняттям рішення у конкретних справах; 2) у випадках, коли позитивний юридичний матеріал є недостатнім для того, щоб результат конкретної справи нарівні ухвалення рішення був визначений логічно, суддя має вирішувати правовий спір за допомогою досвіду, судового розсуду; 3) правовий порядок має бути настільки ж змінним, наскільки і стабільним; 4) між намірами законодавця та практикою застосування права часто

виявляються неузгодженості, вирішити які повинен суд; 5) основний чинник, що відображає рольову значущість функціонування прецедентного права, – специфічний (з поєднанням логічних та інтуїтивних засобів) стиль юридичного мислення суб'єкта правотворчості [45, с. 192].

Значний науковий інтерес становить і дисертаційна робота С.В. Шевчука на тему: «Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади», в межах якої вчений визначає методологічну основу судового правотворчого процесу та ролі правових принципів у його структурі.

Серед головних причин поширення нормативного впливу судової правотворчості на правосуддя є: 1) необхідність забезпечення єдності судової практики та належного застосування правових норм; 2) право здійснення суддівського тлумачення; 3) необхідність забезпечення реалізації конституційних норм як норм прямої дії; 4) безпосередній судовий захист конституційних прав та свобод; 5) заповнення прогалин та усунення колізій законодавства [234, с. 223].

Судова правотворчість як процесуально-правовий процес, який має місце у сфері правозастосовчої практики правових аналогій з точки зору подолання законодавчих прогалин у праві, була предметом дисертаційних досліджень Т. М. Карнаух («Проблеми застосування правової аналогії в цивільному судочинстві України»), О. І. Косаренко («Проблеми аналогії в контексті реформування цивільного судочинства»), Д. Д. Луспеника («Проблеми аналогії в ЦПК»), В. В. Корольова («Аналогія закону в цивільному судочинстві»), О. М. Калашник («Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення», 2016). Так, О. М. Калашник під поняттям «прогалина» в цивільному процесуальному праві розуміє об'єктивну відсутність правової норми, що спричиняє повну або часткову відсутність правового регулювання відносин, які знаходяться у сфері правового впливу та потребують правового регулювання [67, с. 5].

М.Н. Марченко у монографії на тему: «Судова правотворчість та суддівське право» дослідив форми (джерела) суддівського права, зокрема і

прецедентного права, проаналізувавши історичні корені судової правотворчості та процеси формування і розвитку ідей судового права в Стародавньому Римі, дійшовши висновку про прецедентний характер преторського права, дослідник провів історичний нарис становлення і розвитку суддівського права в країнах романо-германської правової сім'ї та в країнах, які належать до системи англосаксонського (загального) права, визначивши особливості правотворчості в наднаціональних судових інстанцій [96, с. 512].

Разом з тим дискусійним залишається питання суб'єктів судової правотворчості. При цьому, одні вчені (Є. В. Сем'янов, А. І. Норкін) висловлюють думку про те, що суб'єктами судової правотворчості є не лише Верховний Суд як найвищий судовий орган, а і інші загальні суди судової системи, які вимушені застосовувати аналогію права, аналогію закону, пряму дію норм Конституції України, тлумачачи при цьому норми права та загальні засади законодавства з метою правильної юридичної кваліфікації спірних правовідносин. Так формується судова практика на різних рівнях судової системи.

Інші ж науковці, зокрема В. В. Комаров [73, с. 624], В. В. Маслов [97, с. 61-63], С. В. Шевчук [235, с. 24–29], О. П. Гук [44, с. 205]., Н. В. Стецик [203, с. 1-6]., М. М. Ясинок [259, с. 554]. вважають, що єдиними суб'єктами судової правотворчості є лише Верховний Суд та Конституційний Суд України, оскільки їх правові позиції, які зафіксовані в їх рішеннях, набувають своєї імперативної правозастосовчості.

Аналогічний підхід в цьому питанні має і законодавець. Його позиція зводиться до того, що він надає можливість судам першої і апеляційної інстанції урегульовувати неурегульовані законом спірні відносини за рахунок застосування правової аналогії чи міжгалузевої аналогії закону (ч. 9 ст. 10 ЦПК України), в межах якої суд за рахунок правотлумачного процесу має можливість урегульовувати спірні відносини. Прояв судової правотворчості може мати місце лише тоді, коли застосування аналогії закону є неможливим.

Це може мати місце тоді, коли законодавство є нечітким, суперечливим або воно є неповним чи взагалі відсутнім (ст. 10 ЦПК України). В таких випадках правотворчий процес буде обмежуватись «загальними засадами законодавства» (ч. 9 ст. 10 ЦПК України).

Іншу позицію законодавець висловлює на рівні касаційного провадження, коли опосередковано зазначає, що судова правотворчість Великої Палати Верховного Суду може мати місце лише за наявності «виключної правової проблеми». Саме в наслідок цього відбувається «забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Під поняттям «виключної правової проблеми» розуміються випадки пов'язані або із наявністю законодавчих прогалин, або із остаточною архаїчністю норм права, які в тій чи іншій мірі уже не можуть регулювати нові відношення, які набули спірного характеру. Така обережність законодавця є виправданою, оскільки саме за рахунок якісного правотворчого процесу Велика Палата Верховного Суду формує єдність судової практики, розвиваючи право у сфері різних його галузях, формуючи при цьому єдину правозастосовчу практику і на цій основі поєднуючи теорію і практику сучасного правосуддя.

Дисертант підтримує такий напрямок, розвитку судової правотворчості, оскільки він дає реальну можливість розвивати різногалузеве право від судової практики до теорії права. І хоча судова правотворчість у сфері цивільного судочинства в Україні лише закладає основи прецедентного права, яке доволі швидко формується в національному судочинстві, все ж законодавець не поспішає визнавати його джерелом права. В цьому зв'язку, С. В. Васильєв, який є прихильником визнання правотворчої ролі суду та необхідності віднесення судової практики до джерел цивільного процесуального права, у своїй монографічній роботі: «Джерела цивільного процесуального права України: традиції й інновації» запропонував альтернативу, якою визнати джерелами цивільного процесуального права судову практику (правові позиції) Верховного Суду, Конституційного Суду

України, Європейського суду з прав людини, а також легалізувати судову практику як джерело цивільного процесуального права, з чіткою регламентацією правотворчих повноважень судових органів, та визначенням меж реалізації цих повноважень. На його думку можна вважати прецедентне право частиною судової практики, але не всяка судова практика носить прецедентний характер [33, с. 432].

Питанню судової правотворчості у сфері прецедентних судових рішень у вітчизняній правовій системі також приділив увагу і В. В. Комаров. У своєму монографічному дослідженні на тему: «Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України» він допускає наявність в українській судовій практиці судового тлумачення, яке на відміну від судового прецеденту, не веде до створення судами норми права. Рішення судів, які є зразком правильного застосування норм цивільного процесуального права, на думку В. В. Комарова, у силу своєї переконливості одержують загальновідомість, сталість і враховуються в судовій діяльності [73, с. 624].

В. В. Маслов розглядає судовий прецедент як синтез загальних принципів матеріального та процесуального права і моралі по відношенню до конкретної судової справи. При цьому через механізм судової правотворчості він розкриває процес формування судового прецеденту, зазначаючи, що під таким механізмом розуміються процесуально-правові способи та засоби, застосовуючи, які суд має можливість до формулювання правових ідей у вигляді правових формул, які можуть братися за основу іншими суддями при прийнятті ними рішень у конкретних справах сприймаючи їх з одного боку як єдиновірними, а з іншого видаючи їх за свої [97, с. 61-63].

М. М. Ясинок в цьому зв’язку розглядає судовий прецедент як продукт судової правотворчості, разом з тим зазначаючи, що не кожний результат такої правотворчості буде мати статус судового прецеденту [259, с. 555].

Отже, не буде ніякого перебільшення стверджувати про те, що цивільне судочинство, з точки зору судової правотворчості і її меж, не

дивлячись на його великий історичний досвід, і на сьогодні залишається одним із найдискусійніших питань в наукових дослідженнях.

Саме проблематика світоглядних уявлень щодо судової правотворчості на доктринальному, законодавчому та практичному рівнях цивільного процесуального права та цивільного судочинства і обумовили науковий напрямок даного дослідження.

1.2. Зародження та еволюція судової правотворчості у цивільному судочинстві: наукова думка та законодавство

Історія свідчить, що всі тоталітарні режими характеризуються крайнім центризмом влади. Саме політичний центризм 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 юридико-позитивістським 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» [262, 90-97]. 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. В цьому зв'язку ми звернемось до найдавнішої та найвідомішої системи суспільних відносин перехідного періоду від додержавної до державної форми правління, які мали місце в Древньому Римі. Рим уже на той час визнавався центром світу. Особливу славу Риму спочатку місту – державі, а потім і як римській імперії принесли не лише військові походи, якими Рим славився завойовуючи все нові і нові території, але і право, яке геніально формувалося великою кількістю як відомих так і невідомих нам юристів того часу.

Історія римського судового процесу поділяється на три самостійні періоди. Так в перехідний період від додержавної до державної форми правління в Римі існувала легісакційна форма судового процесу. В період дії класичного права Рим мав формулярний процес, а у постклассичному праві діяв екстраординарний процес [145, с. 332].

Виходячи з цих підстав та з метою стабільності судових вердиктів, які ґрунтувалися на звичаях різних місць, однотипного їх праворозуміння та правозастосування римські юристи, кодифікували звичаї звівши їх воєдино в Законах XII таблиць. Саме звід цих законів став джерелом звичаєвого права

як за часів дії республіки так і часів принципату. В свою чергу це дало можливість до формування едиктної практики в якій особливе місце відводилося преторам. Претори формували правові позиції позовів займаючись по суті правотворчою діяльністю на стадії підготовки справ до їх розгляду в суді [255, с. 62], оскільки відповідачі часто не визнавали позов, то з цих підстав, преторам кожного разу необхідно було трактувати їх поведінку в руслі предмету спору та тих чи інших доказів.

Особливого розквіту преторське право набуло за часів дії формулярного процесу, оскільки правові формули, які складали претори по суті були не лише правовими позиціями, які розкривали юридичну сутність спору, але і правовими інструкціями для суддів, які зазначали яким чином повинен був діяти суд при вирішенні конкретної справи. Поступово претори «починають формувати основи приватно – правової політики в державі» [255, с. 62], оскільки едикти «заповнюючи існуючі правові прогалини, постійно осучаснювались і таким чином служили гарантом справедливості» [111, с. 79]. Безумовно, що процес постійного оновлення правових позицій за рахунок правотворчого процесу сприяв розвитку існувавшого на той час як законодавства так і права в цілому.

Отже, едикти римських преторів за своїми рисами мали правотворчий характер і переходячи на стадію судового розгляду були обов'язковими для їх застосування, що прискорювало не лише зміни в застаріле законодавство, а і давали можливість усувати із правового простору ті звичаї, які вже не відповідали суспільному розвитку. Не дивлячись на те, що претори і не були суддями, але сформульовані ними «правові позиції у вигляді правових формул» ґрунтувалися на «здоровому глузді» [245, с. 90]. Саме з цих підстав вони мали системну повторюваність при розгляді однотипних правових спорів.

Такий підхід сприяв тому, що претори почали формувати по суті нові правила майнового обігу, намагаючись у такий спосіб привести правові звичаї первісно – общинного періоду, які ще були поширені на той часу у

відповідність до потреб життя. При цьому, для впровадження нових правових положень претори тлумачили велику кількість, часто не писаних, але маючих значення звичаїв, у відповідність до нових норм права, таким чином розширяючи їх зміст, створюючи по суті новий правовий простір.

Отже, преторськими едиктами формувалося не лише нове розуміння матеріального права, а і поступово закладалися основи процесуального права. Судові ж рішення, які ухвалювались на основі едиктів по суті були першими рішеннями в яких формувалися майбутні основи судових прецедентів та формувався процес застосування правових аналогій. Разом з тим претори за наявності виключних обставин мали можливість відійти від положень раніше оголошених едиктів. Проте згодом було встановлено правило (Закон Корнелія – lex Cornelia), за яким претор не міг відступати від своїх едиктів протягом всього часу перебування на посаді [242, с. 61]. Безумовно, що така ситуація сприяла стабільності судової практики з одного боку, а з іншого давала можливість враховувати досвід своїх попередників, а тому зміст едиктів по аналогічних справах починав повторюватись із едикту в едикт [242, с. 61], оскільки вони вже були апробовані судовою практикою, при вирішенні судами однотипних справ.

Ще одним характерним, елементом преторських едиктів, була формальна їх визначеність, що давало можливість преторам подавати едикти до різних, але однотипних справ, що в свою чергу приводило до їх накопичення та відповідної систематизації. Така ситуація слугувала не лише гарантією законності, а і справедливості судових рішень, оскільки один і той же едикт однотипно застосовувався на протязі довгого часу до одних і тих же правовідносин, а їх систематизація давала наглядну можливість до їх постійного удосконалення за рахунок розширеного тлумачення як норм права, так і судової практики. Таким чином велика кількість звичаїв систематизувалася, а інша, ще більша їх кількість відкидалася, що сприяло «очищенню» правового поля від застарілого звичаєвого права [255, с. 64].

Таким чином, історія розвитку преторського права в Древньому Римі заклала основи судової правотворчості, мета якої була спрямована на більш ефективний і кваліфікований розгляд судами конкретних справ з одного боку, а з іншого – саме едикти преторів показали шлях сучасним юристам як за рахунок заповнення прогалин в законодавстві, античні юристи вирішували спір у конкретних випадках, формуючи таким чином стабільність судової практики [255, с. 64].

З падінням Римської імперії практика судової правотворчості зникає, і молоді держави, які почали утворюватись на теренах сучасної Європи по суті продовжували користуватись своїм звичаєвим правом, яке з часом почали кодифікувати та уніфікувати.

В XI–XII століттях на землях Київської Русі було вперше кодифіковано норми звичаєвого права у вигляді кодексу, який отримав назву «Руська Правда». Саме тут ми спостерігаємо нормативне закріплення зародків судової правотворчості у вигляді тлумачної практики по застосуванню «Руської Правди». «И отложиша убиение за голову, но кунами ся выкупати, а ино все якоже Ярослав судил, такоже и сынове его уставиша» (ст. 2 Руської Правди (Розширена редакція) [172, с. 27]. Таким положенням, суть якого зводилась до того, що всі майбутні справи будуть вирішуватися як і минулі фактично закріплявся принцип повторюваності правових позицій, сформульованих судом на теренах Київської Русі [245, с. 90]. Не дивлячись на це, ні в Київській Русі, ні в майбутній Російській Імперії тлумачна судова правотворчість не отримала свого розвитку. Так, у Вступі Соборного уложення 1649 р. зазначалося: «Чтобы то все Уложение впредь было прочно и недвижно…Во все приказы и в городы напечатать многие книги, и всякая дела делать по тому Уложению» [184, с. 313]. Таким чином було покладено початок принципу верховенства закону.

Аналогічна думка про верховенство закону була закладена і в «Правах, по которым судится малороссийский народ» 1793 р. в гл. 3 арт. п. 1 зазначалося «Монарх или самодержець и правительствующий государь есть

власть…над всеми верховная..то уставы и указы его…и оные по всяким почетаниям и повиновением исполнять должон…никто, кроме его повеления, никаких законов вводить и прав устанавливать не силен» [142, с. 417].

Принцип верховенства закону було закладено і в Положення про судово-правову реформу 1864 року, в якому зазначалось: «Закони повинні бути виконані за точним та буквальним змістом оних, без усякої зміни та поширення» [103]. Таким чином, на теренах Російської Імперії, куди частково входили і східні території України, було сформовано виключне право закону.

В цей час в Європі закладалися основи прецедентного права, яке надавало право суддям застосовувати правотворчість з метою комплексного тлумачення звичаїв та норм права, що давало можливість формувати і одночасно розвивати загальне право. Загальне право, як класичний спосіб розгляду цивільно-правових спорів, досягло найвищого свого розквіту в Англії, де судова правотворчість судів була закріплена в їх рішеннях, і такі рішення по суті ставали частиною національного законодавства. Судові прецеденти, які були створені судами, характеризувалися своєю новизною, задовольняючи потреби суспільства на нове законодавство, яке обслуговувало нові економічні, політичні, фінансові еліти, формуючи новий клас – клас буржуазії, яка лише зароджувалася в утробі середньовіччя. Саме з цих підстав в англійській феодальній державі в XII ст. відбулася централізація судової влади. Королівські суди за судової реформи короля Генріха (1154–1189 рр.) стали розглядати справи на території всієї Англії. З цих підстав вони отримали назву роз'їздних. Роз'їздні, або як ще їх називали королівські (коронні) суди у своїй судовій практиці зіштовхнулися з тим, що на місцях шерифи розглядали справи на основі місцевих звичаїв. З метою стабілізації судової практики, роз'їздні суди почали поєднувати місцеві звичаї з діючим законодавством, оскільки в правосудді часто виникали розбіжності між судовою практикою місцевих судів, яка ґрунтувалася на місцевих

звичаях, і діючим законодавством [91, с. 16; 204, с. 55]. З цих підстав, повертаючись у Вестмінстер між роз'їздами, королівські судді почали узагальнювати та кодифікувати місцеві звичаї, поступово відпрацьовуючи єдині принципи та підходи до розгляду однотипних цивільно-правових спорів [91, с. 16; 204, с. 55]. Таким чином механізм судової правотворчості коронних судів Англії полягав в тому, що при неурегульованості тих чи інших відносин нормами права суди заповнювали такі законодавчі прогалини за рахунок тих чи інших місцевих звичаїв, які характеризувалися розумністю, логічністю та справедливістю. З метою формування єдиної правозастосовчої практики коронні суди проголосили правило «stare decises», відповідно до якого «всі майбутні справи повинні вирішуватись як і минулі» [93, с. 229]. Таким чином в правосуддя вводилося поняття судового прецеденту. Такі рішення відігравали подвійну роль. По-перше, такими судовими рішеннями вирішувався конкретний спір, а по-друге у їх змісті закріплювалися певні правові положення, які не були урегульовані законодавством [259, с. 576].

Таким чином, англійське прецедентне право дало можливість ввести в науковий оборот поняття «судове право», під яким розуміється «право, створене в судовому рішенні» [230, с. 82-92]. При цьому, повноваження суддів на створення норм права не було закріплено жодним законодавством [8, с. 309]. Не дивлячись на це, судді за рахунок правотворчого процесу формували все нові і нові правові позиції. Це по суті носило і носить сьогодні безперервний характер. В цьому зв’язку І. Ю. Богдановська зазначає, що на початку 80-х років XX століття в Англії були чинними близько 800 тис. судових прецедентів [29, с. 95, 103], а в США «вони обчислюються мільйонами» [181, с. 335]. А. Барак в цьому зв’язку стверджує, що за умови відсутності закону чи прийнятого прецеденту, англійські суди своїм рішенням створюють нову норму права, керуючись при цьому принципами справедливості, раціональності, здоровим глуздом, розумінням добра і зла [25, с. 13]. Таким чином, англійське прецедентне право – це право, яке

створене на основі актів судової правотворчості суддями вищої судової інстанції і закріплене в їх судових рішеннях.

При цьому, судова правотворчість, яка має форму тлумачення наявних норм права або деталізує їх, має назву деклараторної. Якщо ж мова йде про судову правотворчість, якою усувається прогалина в правовому регулюванні і на цій основі створюється нова норма права, то така правотворчість є креативною [5, с. 681]. Безумовним фактом є те, що судова правотворчість англійських судів ґрунтується на двох складових: а) детальному пізнанні і фіксуванні всіх обставин справи, і б) погляді на дані обставини із суспільної, соціальної, правоохоронної тощо точок зору. Таким чином судді, захищаючи суспільне право особи, аргументують свою позицію пропонуючи «конструктивні ідеї та поняття, які становлять онтологічну цінність і з цих підстав стають частиною юридичної науки, оскільки вони носять виключно прагматичний характер і мають прямий зв'язок з практикою» [150, с. 19].

В той же час, Л. Фулер зазначає, що лише парламент «встановлює» право. Суди лише його тлумачать. При цьому, акт тлумачення не є тотожним акту створення, оскільки він лише надає існуючій нормі права нової форми [221, с. 106]. Саме з цих підстав англійські юристи не користуються терміном «судова правотворчість». Вони зазначають, що суддя «розширив», «розвинув» або «удосконалив» право [221, с. 104]. Такий підхід є оперативним в подоланні законодавчих прогалин, чим це ж зробив би сам законодавець.

Безумовно, що судді, покладаючись на свій життєвий досвід, професіоналізм, судову практику, розуміючи суспільні та моральні цінності, принципи верховенства права, справедливості та гуманізму, мають можливість більш якісного заповнення законодавчих прогалин, більш оперативніше це робити, чим це зробив би парламент.

За часів радянської влади судова правотворчість проголошувалася буржуазною течією, оскільки вважалося, що єдино встановлений державою закон є основою для правосуддя [18, с. 20-25].

Відповідно до розділу 1 ст. 5 та 6 Цивільного процесуального кодексу УРСР 1929 р. суд зобов'язаний був «розв'язати справу на підставі чинних законів робітничо-селянського уряду». «Суд не може відмовити розв'язати справу під приводом неповноти, неясності або суперечливості закону і розв'язує справу, керуючись загальними засадами радянського законодавства і загальною політикою робітничо-селянського уряду» [229, с. 176]. Таким чином, законодавець з одного боку надавав можливість судам право на правотворчий процес, але з іншого вимагав того, що в основі такої правотворчості в обов'язковому порядку повинна лежати «загальна політика робітничо-селянського уряду». І хоча дане поняття носило більш політичний, аніж правових характер, воно все ж давало можливість судам того часу право на «судову правотворчість», яка часто переростала у політичну розправу, оскільки поняття «загальна політика робітничого-селянського уряду» не мало ніяких обмежень. Розуміння суті судової правотворчості того часу з її правовою необмеженістю та неурегульованістю її меж з позицій сьогоднішнього дня, дає нам урок про те, що «судова правотворчість» не є безмежним поняттям як з теоретичної, так і прикладної точок зору.

Безумовним фактом є те, що в радянський період, хоч судова правотворчість і не визнавалась ні на законодавчому, ні на доктринальному рівнях, але це не означало того, що вона взагалі була відсутня. Практика показує, що Пленум Верховного Суду СРСР, хоча і не являвся судовою інстанцією, але його тлумачення у сфері правозастосовчої практики щодо окремих норм права, принципів чи положень по суті мали правотворчий зміст, набуваючи імперативного характеру для нижчестоящих судів і з цих підстав фактично виконували роль прецедентів, які розвивали право в тій чи іншій його галузі.

Так, в п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 24.03.1959 року № 1 «Про судову практику за позовами про стягнення винагороди за складання проектів і кошторисів по капітальному будівництву» зазначалось: «Якщо буде встановлено, що особа, виконавша роботу по складанню

проектів і кошторисів по капітальному будівництву була введена в оману з приводу законності укладеної угоди, суд має право стягнути на користь позивача, виконавшого роботу, винагороду за ставками і розцінками, встановленими для оплати відповідних проектно-кошторисних робіт». Таке положення розвивало право як у сфері капітального будівництва так і у сфері цивільного права, а в окремих випадках це стосувалося і кримінального права.

В п. 5 постанови № 10 цього ж пленуму від 18.12.1961 р. із змінами, внесеними 19.10.1971 р. «Про деякі питання судової практики по цивільних справах про майнову відповідальність робітників і службовців за спричинену ними підприємству, установі, організації шкоду» зазначалося: «Розглядаючи справу в порядку цивільного судочинства, суд вправі покласти на робітника повну матеріальну відповідальність і в тих випадках, коли відносно нього не було постановлено обвинувального вироку, оскільки робітник у встановленому законом порядку був переданий на поруки громадській організації або колективу працівників для виправлення та перевиховання» [176, с. 209-212].

Як бачимо, Пленум Верховного Суду СРСР по суті даючи «керівні роз'яснення» [176, с. 2]. судам по суті обґрунтовує нові погляди на право, з метою вирішення конкретного цивільно-правового спору, оскільки окремі моменти тих чи інших правовідносин не були урегульовані нормами права. При цьому, Пленум Верховного Суду СРСР кожного разу викладаючи свою правову позицію, яку ним було узагальнено, застосовує твердження: «якщо буде встановлено», «суд вправі», «судам потрібно мати на увазі» [176, с. 209-212]..

Разом з тим, стаття 8 Цивільного процесуального кодексу УРСР, прийнятого в 1963 році, зазначала: «При відправленні правосуддя по цивільних справах судді…підкоряються тільки закону…у відповідності до соціалістичної правосвідомості» [43, с. 199].

За дотриманням закону і соціалістичної правосвідомості за судами районної ланки здійснювався «нагляд вищестоящими судами» (ст. 12 ЦПК УРСР 1963 р.) та «прокуратурою» (ст. 13 ЦПК УРСР 1963 р.).

Таким чином, на законодавчому рівні було закріплено, що ухвалення рішень здійснюється лише на основі діючого закону, і навіть очевидні недоліки нормативних актів у сфері прав і свобод особи, суд усувати не мав права. В той же час, Пленум Верховного Суду України у своїй постанові від 29.12.1976 р. із змінами 1992 р. «Про судове рішення» зазначав: суд повинен вирішувати справу «у відповідності з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин, а при їх відсутності – на підставі закону, що регулює подібні правовідносини, або виходячи із загальних засад і змісту законодавства України» [136, с. 214]. Таким чином, Пленум Верховного Суду України, хоча і обережно, але по суті давав нові правові ідеї, які не отримали ще свого законодавчого закріплення, ґрунтуючись на принципах справедливості, розумності, хоча дані принципи і не мали свого нормативного закріплення. По суті, не законодавець, а найвищий судовий орган розвивав право з точки зору застосування аналогії закону чи права, з метою заповнення законодавчих прогалин тощо.

Аналогічну практику застосовував Верховний Суд України і за часів незалежності нашої держави. Так, у своїй постанові від 27.02.2009 р. Пленум Верховного Суду України зазначав: «поширення про особу недостовірної інформації не виключається і в разі, якщо особа, яка поширила таку інформацію, невідома (наприклад: поширення інформації в мережі Інтернет)» [137, с. 9].

18 грудня 2009 року Пленум Верховного Суду України прийняв нову постанову №14 «Про судове рішення у цивільній справі», де у п. 2 даної постанови зазначав: «При встановленні суперечностей між нормами права, які підлягають застосуванню при розгляді та вирішенні справи, суду необхідно враховувати роз’яснення Пленуму Верховного Суду України, що містяться в постанові від 1 листопада 1996 року «Про застосування

Конституції України при здійсненні правосуддя» [138, с. 5]. Тобто, такі роз'яснення сприяли розвитку положень ч. 7 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України в редакції 2004 р., де зазначалося: «Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)» [225]. Таким чином, законодавець вперше надав можливість судам тлумачити не лише норми права, а і інтерпретувати загальні засади і принципи як матеріального, так і процесуального законодавства з метою зміцнення правової стабільності та передбачуваності своїх рішень. Отже, розвиток цивільного процесуального права, внаслідок демократизації правосуддя, поступово давав можливість суддям не в автоматизованому, чи виключно нормативному режимі застосовувати закони держави по відношенню до спірних відносин, які часто не відповідали рівню суспільних відносин, а вдаватись до правових аналогій як «м'якої» форми судової правотворчості для урегулювання спірних відносин на основі принципів справедливості, розумності та логічності. Все це давало можливість судам розвивати право, в різнопредметних галузях матеріального права. Така широка демократизація в правосудді підняла рівень довіри до судів нашої держави і як наслідок це сприяло росту цивільних справ в судах загальної юрисдикції. Так, в 2004 році до судів районної ланки надійшло 2 476 475 цивільних справ [21, с. 29]. Через десять років в 2014 р. кількість таких справ зменшилась до 1282.700. Така тенденція вказує на зниження довіри населення до судової системи. Ця теза підтверджується і на рівні апеляційного провадження. Так, в 2004 році в апеляційному порядку було скасовано 24500 судових рішень, а в 2014 році при суттєвому зменшенні справ вже було скасовано 35700 рішень [263, с.14-29.]. Статистика засвідчує, що країна безумовно потребувала проведення судово-правової реформи, яка б внесла стабільність в правосуддя. Законодавець, намагаючись сформувати єдність правозастосовчої практики, 11.02.2010 р. вніс зміни до ЦПК України, зокрема в розділ 5 глави 3

«Перегляд судових рішень Верховним Судом України», відповідно до якого п. 7 ст. 360 ЦПК України було викладено у слідуючій редакції:

«1. Рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України.

Невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, установлену законом.

3. Рішення Верховного Суду України, прийняті за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстав, передбачених статтею 355 цього Кодексу, підлягають опублікуванню на офіційному веб-сайті Верховного Суду України не пізніш, ніж через десять днів з дня їх прийняття».

Здавалося, що в Україні був відкритий шлях до функціонування судової правотворчості, а відтак і формування судових прецедентів Верховним Судом України, які характеризувалися б своєю імперативністю. Разом з тим, не дивлячись на те, що законодавець задекларував новий шлях розвитку процесуального права, але ніяких інших кроків в цьому напрямку не зробив. В подальшому така невизначеність призвела до того, що законодавець відмовився від ідеї запровадження прецедентного права в Україні. Саме з цих підстав було змінено всю главу 3 п'ятого розділу і зокрема ст. 360-7 ЦПК України. Тепер замість того щоб суди привели свою судову практику до правових позицій, ухвалених Верховним Судом України, їм надавалося право відступати від правових положень Верховного Суду України (ч. 1 ст. 360-7 ЦПК України в редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 р.) [58]. Така

практика привела: а) до розбалансованості судової практики; б) до зловживань та корупційної складової з боку окремих суддів, оскільки останні при «необхідності», тепер могли за рахунок своєї «правотворчості» відступати від правових позицій Верховного Суду; в) до наявності не навмисних судових помилок при застосуванні в першу чергу норм матеріального права.

Безумовно, ми не говоримо про те, що судова правотворчість є панацеєю від судових помилок при застосуванні аналогії закону чи права, подолання законодавчих прогалин за наявності виключної правової проблеми. В той же час, практика показує, що саме «судова правотворчість» дає можливість долати не лише «виключні правові проблеми» у вигляді наявних законодавчих прогалин, але і розвивати право. Завданнями нашої роботи є дослідження поняття судової правотворчості, її системності, підстав її затребуваності, її змісту та меж в розрізі цивільного судочинства з можливістю в подальшому на цій платформі розвитку різногалузевої моделі судових прецедентів, які в кінці-кінців набули б правового статусу – джерела права.

Отже, ми хочемо створити таку процедуру цивільного судочинства, яка б була простою, але ефективною, оперативною але стабільною, діяла на принципах верховенства права, законності, але враховувала б і рівність всіх перед законом, і судом, була б гуманною та справедливою.

Безумовним фактом є те, що суспільство завжди прагне до свободи і справедливості. Разом з тим поняття справедливості є поняттям відносним, оскільки те, що є справедливим для одного, для іншого є несправедливим [243, с. 108] Саме з цих підстав категорія справедливості носить відносний характер і не характеризується виключною стабільністю і остаточність [240, с. 60].

Розглянемо проблему внутрішнього переконання суддів, як процесуально-психологічного базису у сфері дії принципу справедливості та функціонування на цій основі судової правотворчості. У зв'язку з цим

потрібно зазначити, що жоден суддя, приймаючи рішення у справі, не спрямовує своє внутрішнє розуміння справедливості у бік несправедливості. Ось чому судді, тлумачачи норми права в межах горизонту їх змістовно-правової суті, чи застосовуючи правові аналогії привносять у зміст свого рішення певні елементи новизни, оскільки всі судді регулюючи спірні відносини тій чи іншій мірі мають своє внутрішнє розуміння змістовно-правові суті норм права. Саме з цих позицій кожен суддя і розглядає питання: чи охоплюється тією чи іншою нормою права предмет спору чи ні? Якщо це так, то виникає наступне питання: чи відповідають ці дві складові змісту тим засобам доказування, які були досліджені в судовому засіданні? Безумовно, що таке внутрішньо-правове співставлення потребує не лише професійних знань у сфері матеріального законодавства але і знань судової практики. Співставлення цих складових до внутрішньо – правової оцінки, і формує індивідуальне поняття справедливості в правосудді. Ось чому всі подібні за своїм предметом спору справи та їх юридичне урегулювання, оцінюються, а від так і обґрунтовуються суддями по різному. Якщо ж ми говоримо про судову правотворчість з точки зору континентального права, то перш за все ми маємо на увазі ті випади, при яких суд не має можливості належним чином урегулювати спірні відносини з підстав відсутності, неповноти, нечіткості чи спірності норм права. При таких обставинах судді завжди намагаються, або через процес тлумачення розширити горизонт змістовно-правової суті тієї чи іншої норми права з тим щоб охопити спірні відносини і урегулювати їх, або сформувати по суті нову правову позицію, якою можна було б заповнити наявну законодавчу прогалину і на цій підставі урегулювати спірні відносини. Більш детально питання судової правотворчості буде розглянуто у наступних розділах даної роботи. Тут ми можемо лише зазначити, що суд є єдиним органом, який уповноважений відновлювати справедливість в суспільстві. Саме для цього він повинен мати такий набір процесуально-правового інструментарію, який би давав йому всі можливості добиватись безумовної справедливості судових рішень на всіх

стадіях цивільного судочинства. Саме такий підхід спонукає Україну до визнання судової правотворчості легітимним процесом процесуальних дій суддів на всіх рівнях судової системи, оскільки принцип верховенства права, який закріплено в ст. 8 Конституції України не передбачає щодо цього ніяких обмежень. Навпаки, природна справедливість постійно опробовується судовою практикою на предмет її законності, обґрунтованості, доцільності, здорового глузду та добросовісності.

1.3. Світоглядні уявлення про судову правотворчість у світлі принципів верховенства права, справедливості та розумності

Питання справедливості взагалі, і у правосудді зокрема, в різні періоди існування людської цивілізації завжди породжували цілий спектр проблем як політичного, так і правового та морального спрямування [247, с. 85]. В цьому плані Марк Тулій Цицерон (106–43 рр. до н. е.) зазначав, що справедливість має місце там і тоді, коли ваші дії нікому не завдали шкоди [41, с. 14]. При цьому, він підкреслював, що справедливість є вічною, незмінною, невід'ємною властивістю як природи, так і людини [220, с. 11]. Радник Марка Аврелія Антонія (161-180 рр. до н. е) Марцел, доповідаючи імператору про необхідні зміни правопорядку в державі зазначав: «Хоча й важко змінювати встановлений порядок, але там, де цього вимагає явна справедливість, необхідно надати допомогу» (Дигест 7.1.7. Титул 1, книга 1 «Про справедливість і право») [223, с. 283].

Таким чином, ідея справедливості з одного боку є вічною, а з іншого відносною, оскільки її зміст завжди залежить від правосвідомості як самих громадян, так і політичних еліт, демократичних інститутів, а в правосудді від правосвідомості, незалежності та чесності самих суддів [246, с. 51].

Безумовно, що скептики можуть говорити про те, що поняття справедливості є поняттям відносним, оскільки те, що на думку однієї особи є справедливим, для іншої така справедливість є неприйнятною. Саме така логіка суджень лежить в основі цивільно-правових спорів. Ось чому справедливість у правосудді потрібно сприймати не з точки зору сторін, де поняття справедливості для кожної сторони є індивідуалізованим, а з точки зору суспільно-природного її сприйняття. Такий підхід законодавець намагається закріпити в усіх законодавчих актах, які він приймає. Але як уже було зазначено вище, об'єктивно-суспільні чинники не дають на сьогодні реальної можливості законодавцю сформувати та прийняти таке законодавство, яке у незмінному його змісті могло б регулювати суспільні

відносини у найближчі сто чи навіть п’ятдесят років. Вище ми уже звертали увагу на те, що проблема тут не у законодавці. Проблема пов’язана із надстрімким науково-технічним розвитком, який безупинно рухає суспільство вперед, утворюючи все нові і нові відносини, які у свою чергу потребують все нового і нового законодавства. На жаль, процес щодо такого оновлення законодавства має складну і доволі розтягнуту в часі процедуру.

В цьому зв'язку, Р. О. Стефанчук зазначає: «На жаль, правотворча діяльність в Україні значною мірою є безсистемною: в одних випадках здійснюється з поспіхом (у зв'язку з цим, 80% законопроектів не можуть бути рекомендованими до взяття навіть за основу), а в інших навпаки, дуже повільно…Усе це…впливає на якість та ефективність нормативно-правових актів, призводить до виникнення прогалин в законодавстві, неоднозначності у змісті правових норм та їх конкуренції, ускладнення правозастосовчої діяльності, зокрема і судової» [201, с. 12-13].

Таким чином, саме постійна неузгодженість між надстрімким розвитком суспільних відносин і ускладненим, і повільним законотворенням створює правовий вакуум, який неможливо подолати простим адмініструванням. Саме дані причини являються проблемою для суду у сфері правозастосовчої практики, оскільки при розгляді і дослідженні певних фактів і обставин у конкретній справі проявляються неузгодженості законодавства у вигляді або законодавчих прогалин, або у застарілості і невідповідності існуючих норм права тим суспільним відносинам, які уже склалися в суспільстві. Таким чином, саме суд має можливість, при наявності законодавчих прогалин, долати такий правовий вакуум за рахунок судової правотворчості.

Отже, змістовна нечіткість чи суперечливість норм права, неповнота або їх відсутність – це і є тими видами законодавчих прогалин, які з тих чи інших технічних, технологічних чи філологічних причин законотворчого процесу «проникають» у зміст окремих норм права, деформуючи їх суть, а

іноді спотворюючи і увесь дух закону, що в подальшому і проявляється на стадії правозастосовчої практики судів [85, с. 77-82].

Отже, в правосудді право взагалі, і кожна його норма зокрема, розглядаються як законодавцем так і правозастосувачем як еталон справедливості і розумності. Саме з цих підстав сторони в цивільному процесі їхні представники і самі судді, досліджуючи зміст засобів доказування, в судовому засіданні, намагаються обособлено сформувати свій, логічно вмотивований висновок, який при співставленні із безпосереднім змістом норми права, як правового «лекала», дає можливість визначати ступінь законності чи незаконності тих чи інших дій чи бездіяльності кожної із сторін цивільно-правового спору.

Разом з тим звертає на себе увагу і той факт, що зміст кожної норми права являє собою незмінну, змістовно-правову формулу, яка накладаючись на фактичні обставини справи, як правило, не може ідеально охопити буквальний зміст всіх фактів і обставин. Така ситуація має місце тому, що норма права визначає лише загальні межі поведінки особи, не вбираючи в себе зміст різних фактів та обставин, особливостей тієї чи іншої поведінки окремих учасників спірних відносин. Безумовним фактом є те, що кожен спір починається однаково, з підстав внутрішнього незадоволення поведінкою, діями чи бездіяльністю іншої сторони. В той же час, в своїх деталях жоден цивільно-правовий спір ідеально не є схожим один на одного, хоча предмет спору і може мати схожий зміст і назву.

Така ситуація змушує суддів кожного разу тлумачити зміст засобів доказування у відповідності до внутрішньо-правового змісту норм права. Такий підхід у сфері правозастосовчої практики притаманний всім інстанційним рівням судової системи і є найпоширенішим видом правотлумачної практики, яка хоча і не є судовою правотворчістю, але все ж має окремі дотичні сторони, які притаманні як одному, так і іншому поняттю. Так правотлумачний і правотворчий процес в першу чергу ґрунтується на розумінні судом суті тих чи інших спірних відносин. При цьому, творчий

процес як в першому, так і другому випадку має місце лише в межах необхідності щодо юридичної кваліфікації спірних відносин в межах однієї і тієї ж галузі права. Таким чином, ні правотлумачний, ні правотворчий процеси не виникають заради таких процесів. Предметом правотлумачного процесу завжди виступає норма права, а це означає, що такий процес може мати місце лише в межах горизонту змістовно-правової суті такої норми. Правотворчий же процес може мати місце лише там і тоді, де і коли спірні відносини виходять за межі горизонту змістовно-правової суті норми права внаслідок її неповноти, суперечливості чи неточності, або такі відносини взагалі неурегульовані нормами права. В цьому зв'язку С. В. Шевчук зазначає: «Важко провести чітку межу між тлумаченням та суддівською правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент вибору та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності» [264, с. 640]. Таким чином кожній із цих категорій (тлумачній і правотворчій) притаманний єдиний концепт, суть якого кожного разу зводиться до формування суддями нової правової реальності на основі верховенства права, розумності, логічності та справедливості.

Безумовним фактом є те, що право як суспільна категорія розвивається в напрямку його новації, модернізації, деталізації, уніфікації і такий розвиток є безкінечним [259, с. 554]. В цьому і полягає суть діалектичного розвитку законотворення, яке не носить догматично-сталого характеру. Практика показує, що в умовах наявності великої кількості законодавчих актів, останні потребують як своєї узгодженості, так і постійного свого оновлення [208, с. 103]. В цьому зв'язку, Р. О. Стефанчук зазначає, що сьогодні «кількість чинних нормативно-правових актів в Україні набагато перевищила мільйон» [201, с. 13].

В основі зміни законодавства, внаслідок його «старіння» завжди лежать зміни в економічній, технологічній, соціальній та інших життєво значимих сферах, на підставі яких змінюються права, інтереси, обов'язки як фізичних, так і юридичних осіб, і самої держави. Таким чином, якщо законодавство

змінюється, уточнюється чи доповнюється, то це означає, що законодавець з одного боку намагається урегулювати суспільні відносини в різних його сферах, а з іншого – щоб норми права не «відставали» від природного розвитку суспільних відносин. Але в кожному випадку такі зміни, доповнення чи уточнення повинні відповідати тому еталону чи моделі поведінки людини, яка визнається суспільством як допустима, справедлива та розумна.

Розглядаючи принцип справедливості в цивільному судочинстві з точки зору судової правотворчості, ми безумовно звертаємо увагу на те, що «гарантом справедливості… в цивільному процесі… завжди виступає суд» [234, с. 108]. Саме суд і лише суд є єдиним правозастосовчим органом, якому Конституцією України надано право здійснювати правосуддя незалежно ні від кого і, ні від чого (ст. 129 Конституції України).

Таким чином, справедливість у сфері судової правотворчості ґрунтується на правосвідомості суддів, їх життєвому і професійному досвіді, суспільній і соціальній моралі, і оскільки законодавство узгоджується із реаліями життя, то саме «правосуддя виконує завдання з пошуку права в конкретному випадку передусім шляхом застосування і тлумачення закону, а також із дотриманням певних передумов – шляхом подальшого розвитку права» [32, с. 2].

Безумовно, досягти справедливості нормами права в їх абсолюті доволі складно, оскільки при прийнятті законодавства Верховною Радою на його юридичну суть і зміст «тиснуть» різні політичні еліти, лобіюючи в такий спосіб питання щодо захисту своїх економічних чи політичних інтересів, чи інтересів окремих промислово-фінансових груп, які сьогодні нажаль мають значний вплив на більшість законодавців нашої держави.

Іншою об’єктивною проблемою з точки зору верховенства права є високотехнологічне, інформаційно-розвинене суспільство, яке розвивається щохвилини, що об’єктивно приводить до протиріч між застарілим законодавством і реальністю. Процес подолання такого «конфлікту» є

обов’язком суду, який за рахунок судової правотворчості здійснює обґрунтування певних правових формул, на основі суспільних і моральних цінностей як складових принципів верховенства права, розумності та справедливості. Ми виходимо з того, що «судді є продуктом суспільства, тому їхні думки та вчинки відображають не тільки особисті переконання, а й суспільні цінності» [28, с. 50].

Таким чином, судова правотворчість по суті є живим організмом, який дає можливість судам усувати протиріччя між статутним (писаним) правом з одного боку та реальністю суспільного життя на основі верховенства суспільних та маральних цінностей. В той же час, створити ту чи іншу правову формулу для урегулювання тих чи інших спірних відносин на основі раціональності, логічності, розумності та справедливості з одного боку та домінуючих правових поглядах суспільства та його цінностей з іншого, доволі складно. Саме з цих підстав, суди першої та апеляційної інстанцій доволі боязно відносяться до судової правотворчості, віддаючи перевагу застосуванню правових аналогій, правотлумачній роботі, які хоча і ґрунтуються на творчому підході але не точно чи не повно урегульовують спірні відносини.

Так, ухвалою Деснянського районного суду м. Києва від 22 квітня 2021 року у справі № 754/3351/19 було задоволено скаргу стягувача у виконавчому провадженні до державного виконавця Деснянського районного відділу державної виконавчої служби у місті Києві Центрального міжрегіонального управління Міністерства юстиції (м. Київ) Горбатовського І. А. та визнано протиправною та скасовано постанову державного виконавця про закінчення виконавчого провадження, а також зобов`язано державного виконавця розглянути клопотання стягувача від 25.02.2021 р. про залучення поліції для проведення дій щодо фактичного володіння квартирою. Скаржник обґрунтовував скаргу тим, що 19.03.2021 р. державним виконавцем було винесено постанову про закінчення виконавчого провадження, яке було відкрите на підставі виконавчого листа № 754/3351/19, виданого 11.06.2020

р. Деснянським районним судом міста Києва, про витребування від ОСОБА_2 , ОСОБА_3 на користь стягувача квартири. Підставою закриття провадження стала інформація з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно від 19.03.2021 р., згідно з якою державним реєстратором 24.12.2020 р. було зареєстровано право власності на спірну квартиру за стягувачем, а отже стягувач фактично володіє даною квартирою і рішення суду виконано [217].

Однак, постановою Київського апеляційного суду від 08 червня 2021 року вищевказану ухвалу суду було скасовано та ухвалено нове судове рішення про відмову в задоволенні скарги. Суд апеляційної інстанції констатував неправильне застосування норми матеріального права судом першої інстанції, зокрема ч. 4 ст. 67 Закону України «Про виконавче провадження», згідно з якою примусове вселення стягувача здійснюється у присутності понятих за участю працівників поліції. В той же час, предметом спору у даній цивільній справі було не вселення стягувача у квартиру, а витребування її з чужого незаконного володіння і внесення державним виконавцем до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно запису про державну реєстрацію за позивачем права власності на квартиру свідчить про повне виконання рішення суду [135].

Дана правова позиція суду апеляційної інстанції повністю узгоджується із висновками Великої Палати Верховного Суду, викладеними в її постанові від 14.11.2018 р. по справі № 183/1617/16, де у п. 116 зазначено про те, що: «…у разі задоволення позовної вимоги про витребування нерухомого майна з чужого незаконного володіння суд витребовує таке майно на користь позивача, а не зобов'язує відповідача повернути це майно власникові. Таке рішення суду є підставою для внесення до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно запису про державну реєстрацію за позивачем права власності на нерухоме майно, зареєстроване у цьому реєстрі за відповідачем» [122].

Таким чином, незважаючи наявність чіткого і зрозумілого тлумачення Великою Палатою Верховного Суду механізму практичної реалізації статті 387 ЦК України, суд першої інстанції, постановляючи свою ухвалу, не прослідкував очевидну різницю між віндикаційним позовом (про витребування майна) та негаторним (про вселення), які регулюються різними статтями ЦК України.

За радянської пори судді десятиліттями «виховувались» на керівних роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР.

Саме з цих підстав як наукова доктрина так і викладацька методика із цих підстав і самі судді «втратили» навички до судової правотворчості. Особливо це помітно в роботі районної ланки судів. Суди сьогодні просто копіюють витяги із правових позицій Верховного Суду чи Європейського суду з прав людини навіть тоді, коли в цьому немає жодної потреби, оскільки предмет спору повністю охоплюється наявною нормою права і хоча законодавець сам спрямовує роботу суддів в цьому напрямку, зазначаючи, що «при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин» судді повинні враховувати «висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду» (ч. 4 ст. 263 ЦПК України). Разом з тим така практика посилань повинна носити розумний характер.

Так рішення Болградського районного суду Одеської області від 19 серпня 2021 року у справі № 497/955/2021, предметом у якій були позовні вимоги про розірвання шлюбу. Відповідач на адресу суду подав заяву, якою визнав позовні вимоги та просив справу розглядати у його відсутності. Однак, незважаючи на визнання позову відповідачем, суд, вирішуючи дану справу, обґрунтував своє рішення, положеннями Європейського суду з прав людини у справі «Фернандес Мартінес проти Іспанії» від 12 червня 2014 року в якому було наголошено на важливості для осіб мати можливість вільно приймати рішення з приводу того, як вести своє приватне та сімейне життя, а також висновками, викладеними у рішенні по справі «Пек проти Сполученого Королівства» від 28.01.2003 року, заява № 44647/98, згідно з

яким поняття «приватного та сімейного життя» не є чітко визначеним, і охоплює широкий спектр питань, серед яких, зокрема, є права особи на приватний простір, право визначати своє приватне життя [265].

В іншому судовому рішенні, ухваленому 20 липня 2021 року Приморським районним судом міста Одеси у справі № 522/23889/20, в обґрунтування можливості розгляду справи за відсутності відповідача, який відмовився від отримання судової повістки (докази чого були наявними в матеріалах справи) суд послався на правову позицію Верховного Суду від 01 квітня 2021 року по адміністративній справі № 826/20408/14 (провадження № К/9901/16143/20), згідно з якою врученою судова повістка вважається день проставлення у поштовому повідомленні відмітки про відсутність особи за адресою місцезнаходження, місця проживання чи перебування [266].

В той же час, Європейський суд з прав людини, розглядаючи справу «Сокуренко і Стригун проти України» в п. 27 свого рішення зазначив, що ухвалення рішення, яке не було чітко визначено законом, повинно бути аргументованим і мати виключний характер, а не бути звичайною практикою [164].

Таким чином законодавець знову повторює радянську практику, надаючи правовим позиціям Верховного Суду статусу імперативності і водночас не визнаючи таку практику прецедентною, а від так і не визнаючи її джерелом права (ст. 10 ЦПК України). Такі положення є нелогічними, неприродними і з цих підстав є доволі дискусійними.

Розкриваючи механізм «судової правотворчості» з точки зору судової практики ми жодним чином не вважаємо, що судова правотворчість повинна превалювати над офіційно діючим законодавством. Навпаки, ми вважаємо, що єдиним законним джерелом права в державі є законодавець. Суд не є творцем права, оскільки він має зовсім інші завдання. Разом з тим у сфері правозастосовчої практики суд є єдиним тлумачем щодо розуміння юридично-змістовної суті норми права, а при її відсутності, неповності, суперечливості чи нечіткості суд є єдиним органом, який має як право так і

можливості долати такі законодавчі прогалини за рахунок судової правотворчості. Саме від такого підходу у правозастосовчій практиці залежить справедливість, розумність та законність судового рішення.

Епоха стабільності законодавчих актів ХХ століття мала успіх тому, що суспільство і його економічно-фінансовий, технологічно-інформаційний розвиток знаходилися лише на початковій стадії свого революційного розвитку, і з цих підстав мали по суті рівновагу.

Проблеми із моделлю суспільно-правової рівноваги, в тому числі і в правосудді, виникли в першій половині ХХІ століття, коли науково-технічна революція у сфері комп'ютеризації, роботизації, інформаційних технологій вивела суспільство на новий рівень його розвитку. При чому, такий технологічний стрибок відбувся настільки стрімко, що законодавець не встиг і сьогодні не встигає оперативно реагувати на появу все нових і нових суспільних відносин. З цих підстав застосування правових аналогій з точки зору тлумачення їх складових, які в більшій мірі притаманні континентальному праву, вже не вирішують питання суспільно-правової рівноваги.

Сьогодні правозастосовча практика потребує від суддів нової інтелектуальної та професійної складової у сфері застосування як матеріального так і процесуального законодавства, що у свою чергу потребує якісно іншого підходу до наукових програм, де б превалювали практичні навички побудовані на теоретичних компонентах, принципах та загальних засадах теорії права. Саме на цій основі розвиток навичок у сфері судової правотворчості в подальшому дає можливість розкривати положення як матеріального так і процесуального права з точки зору верховенства права, розумності, здорового глузду та справедливості.

Прихильники континентального права не заперечують даний факт, але виступають проти визнання вчення про судову правотворчість, посилаючись на те, що суди мають достатньо законодавчих можливостей щодо вирішення спірних відносин в межах національного законодавства, а у виключних

випадках – застосувати аналогію права чи аналогію закону, як додаткових процесуальних гарантій щодо безумовного захисту судом прав і свобод людини чого і вимагає ч. 1 ст. 55 Конституції України. [66, с. 61; 267, с. 334-341].

Прихильники ж вчення про судову правотворчість, критикують аргументацію своїх опонентів зазначаючи, що їх підхід потребує наявності постійно-стабільного законодавства. В той же час вони погоджуються з тим, що, тлумачення норм права залишається процесуальною необхідністю, як і наявність правових аналогій, оскільки при наявності законодавчих прогалин у вигляді суперечливості, неповноти чи нечіткості норм права суд за рахунок право тлумачного процесу має можливість урегулювати спірні відносини. При неможливості такого урегулювання суди не можуть відмовити «у розгляді справ з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). Таким чином, законодавець хоча і опосередковано але сам зумовлює суддів на шлях судової правотворчості, оскільки саме такий алгоритм дає можливість долати такі законодавчі неузгодженості (законодавчі прогалини) з метою найточнішого урегулювання спірних відносин.

Прикладом цьому є знамените рішення судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 3 грудня 2004 року про скасування рішення Центральної виборчої комісії про результати виборів Президента України від 21 листопада 2004 р. (скарга довіреної особи кандидата на пост Президента України В. А. Ющенка). Верховний Суд України виходив з того, що законодавством України не було урегульовано питання щодо способів, які б давали можливість достовірно встановити результати голосування після повторного голосування. Аргументуючи свою правову позицію щодо застосування аналогії права, судова палата у цивільних справах послалась на дію принципу верховенства права як у сфері правосуддя, так і у сфері виборчого права, що давало можливість на основі справедливої і розумної судової правотворчості «поновити права суб'єкта виборчого процесу шляхом

проведення у строк, встановлений ч. 1 ст. 85 ЗУ «Про вибори Президента України» повторного голосування» [151, с. 15]. Таке рішення дало можливість розв'язати суспільно-соціальний конфлікт та заспокоїти суспільство.

Сьогодні в Україні спостерігається протиріччя між судовою практикою, яка формується виключно в руслі верховенства закону і судовою практикою, яка все більше і більше схиляється до судової правотворчості, яка по суті стає складовою принципу верховенства права. Розуміючи такий дисбаланс, частина науковців говорить про фактичну дію в правосудді так званої «м'якої форми виправлення істотного розриву між буквою закону та вільним правом» (А.В. Заварський, С.А. Муровцев, Ю. С. Гамбаров), які формуються Верховним Судом. Дану тенденцію не заперечує і сам Верховний Суд [168, с. 2-7]. Таким чином в Україні хоча і боязко, але визнається наявність «судової правотворчості» у сфері правосуддя.

Сьогодні ж, не дивлячись на прийнятий законодавцем цілий ряд змін до цивільного процесуального законодавства, останнє, нажаль, так і залишається в «історичній розщелині» радянського правосуддя з його надмірною зарегульованістю, бездіяльністю цілого ряду процесуальних норм, верховенством закону тощо. Разом з тим, можливість Верховного Суду за рахунок судової правотворчості створювати по суті нові правові положення за наявності «виключної правової проблеми» дає можливість Верховному Суду розвивати право на основі справедливості, розумності, здорового глузду, філологічної точності, логічності суджень, життєвого досвіду та правової свідомості суддів формуючи таким чином єдність правозастосовчої практики. Отже ми говоримо про зміст прецедентної моделі судової практики як набір усталених та обов'язкових правових позицій (формул), сформульованих Верховним Судом, Європейським судом з прав людини, які мають своє закріплення у їх рішеннях і ухвалюються на основі верховенства права, справедливості, розумності, правових традицій та звичаїв.

Отже, ми знову говоримо про те, що судову правотворчість як світоглядне вчення, формує новий напрямок розвитку цивільного процесуального права в основі якого з одного боку лежать базові цінності суспільного розвитку, а з іншого суспільна модель взаємодії держави і суду, права і суду на перехідному етапі судово-правової реформи, де теоретизована наявність судової правотворчості ще не набула достатньої якості і з цих підстав не сформувала на достатньому рівні того правового кроку якого було б достатньо для визнання в нашому правосудді судових прецедентів як джерел права [241, с. 241].

Сьогодні судова практика, яку фактично модерує Верховний Суд з точки зору судової правотворчості, робить лише перші кроки у цьому напрямку – в напрямку справедливого та розумного захисту прав, свобод та інтересів людини, оскільки людина є найвищою соціальною цінністю.

Говорячи про судову правотворчість Верховного Суду з точки зору розвитку права та Європейського суду з прав людини з цього ж питання, ми звертаємо увагу на спільні їх особливості. Так, Верховний Суд є найвищим національним судовим органом. Європейський суд є найвищим міжнаціональним судом Європейського Союзу. Кожен із цих судів має відношення до судової правотворчості на основі верховенства права, справедливості і розумності. Таким чином, їх правові позиції, які закріплені в їх рішеннях носять імперативний характер як для сторін, так і для всіх інших як державних, так і недержавних органів управління. При цьому, обидві судові інстанції кожного разу діють в межах своїх повноважень. Як постанови Верховного Суду, в яких мова іде про розвиток права, так і рішення ЄСПЛ в цілому мають високий рівень правової визначеності, і з цих підстав також розвивають право. На доктринальному рівні сьогодні вже говорять про наявність такого поняття як «судове право» [178, с. 6] з можливістю створення судового кодексу [83, с. 278]. Не дивлячись на цілий ряд уніфікаційних положень, все ж судова правотворчість в першому і другому випадках має різну процесуальну направленість. В першому випадку «судова правотворчість» Верховного Суду набуває статусу національної судової практики, і з цих підстав її висновки «враховують» нижчестоящі суди (ч. 4

ст. 263 ЦПК України), хоча така практика і не визнається в Україні джерелом права. В іншому випадку судова правотворчість ЄСПЛ набуває статусу наднаціонального джерела права (ч. 4 ст. 10 ЦПК України), а відтак є «обов'язковою» в правозастосовчій практиці всіх судів, як нашої держави так і країн Європейського Союзу, і таку практику сприймають як прецедентну.

Разом з тим віктимологічно-змістовна суть понять «обов'язковість» і «врахування» є різною, хоча в даному випадку вона спрямовується до одного і того ж суб'єкта: суду. Як перший вид судової практики, так і другий, мають чітке вертикальне спрямування. І хоча така практика ґрунтується на різних вихідних положеннях, все ж вона носить довготривалий характер і може змінюватись за рахунок відступу цих же судів від своїх же правових позицій у разі подальшого розвитку суспільних відносин.

В основі судової практики і судового прецеденту лежить «правова позиція». Під поняттям «правова позиція» розуміється коротка «словесно-правова формула», яка «створюється» найвищим судовим органом (Верховним Судом в Україні і Європейським судом з прав людини на Європейському просторі) по відношенню до певних спірних правовідносин, і є по суті зразком для подальшого правового застосування у подібних спірних правовідносинах. Таким чином, в обох випадках мова йде про «судову правотворчість», яка сьогодні по суті зближує континентальне і загальне право.

Такий розвиток теорії цивільного процесуального права і її практичної складової – цивільного судочинства на сьогодні є об'єктивно-природним. Така практика відкриває можливості відійти від «верховенства закону» і реально наблизитись до «верховенства права», оскільки верховенство права – це не лише законність, захист моральних і демократичних цінностей людини, а і справедливість, та розумність судової правотворчості. Під справедливістю у сфері «судової правотворчості» розуміється суспільна мораль та моральна правосвідомість суддів як модераторів правотворчого процесу. Під

розумністю у сфері судової правотворчості розуміється професіоналізм суддів, їх життєвий досвід та знання матеріалів справи. Не дивлячись на це, українська процесуальна доктрина сьогодення з пересторогою відноситься до «судової правотворчості», посилаючись на історизм деклараторної теорії права за якою наші суди повинні лише проголошувати право в межах його безпосереднього змісту не виходячи за межі горизонту змістовної його суті, оскільки джерелом права може бути лише нормативний акт [11, с. 23]. Такий підхід до судового правозастосування є прийнятним лише там і тоді, де державна влада не бажає того, щоб хтось, навіть суд, мав би можливість працювати в умовах правової визначеності та розумного прагматизму «судової правотворчості», яка сприяє появі нових покращених правил по урегулюванню тієї чи іншої категорії цивільно-правових спорів. Таким чином, цивільне судочинство в країнах континентального права вважається інквізиційним [4, с. 3], оскільки законодавець не дає жодних можливостей для суду урегульовувати спір, навіть при наявності законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості.

Інша теза противників щодо судової правотворчості в Україні полягає в тому, що судова система дискредитована, а тому вона має низький рівень довіри суспільства до судів. На жаль, ми повинні визнати, що дані факти сьогодні мають місце, але їх витоки не мають ніякого відношення до судової правотворчості, оскільки вони обумовлені недосконалістю системи судоустрою, процедури підбору кандидатів на посади суддів, низьким рівнем їх теоретичних знань та практичних навиків, з невідповідною їх моральністю і культурою. Такі недоречності в поведінці суддів держава не може змінити лише за рахунок прийняття нового законодавства. Виходячи саме з цих позицій існує необхідність у впровадженні широкої судово-правотворчої практики Верховного Суду, який є складовою частиною як однієї із гілок державної влади, яка за рахунок прецедентно-внутрішньої сили судових рішень привнесла б в цивільне судочинство судово-прецедентні практики, які унеможливили б свавілля нижчестоящих судів в судочинстві з одного боку, а

з іншого зробили б крок до подолання корупційної складової в правосудді, оскільки судові принципи на яких ґрунтується судова правотворчість, а від так і судові прецеденти не підлягають тлумаченню з точки зору відступів від їх процесуально правового змісту. І хоча, в практичній сфері цивільного судочинства поступово і втілюється теорія конвергенції, суть якої зводиться до поступового зближення як політичних систем, так і континентального та загального права [69], але цей процес є доволі повільним. І в цьому напрямку правотворчість Верховного Суду відіграє суттєву роль, оскільки вона не залежить ні від кого, і ні від чого, бо містить лише логічно-правове обґрунтування правової ідеї, яка витікає із загальних засад, як матеріального, так і процесуального права та можливостей до найточнішого юридичного мислення по відношенню до конкретного спірного випадку, який або неурегульований законодавчо, або носить казуїстичний характер, чи не в повній мірі охоплюється діючим законодавством. Настав час визнавати судово-правотворчу практику Верховного Суду джерелом права як з доктринальної так і прикладної точок зору. З прикладної (юридичної) точки зору, класичним її змістом є правова формула «sta re clecisisy» відповідно до якої суд повинен «слідувати вирішеному раніше» [115]. Отже дана формула повинна стати обов'язковим правилом, якого повинні дотримуватись всі судді всіх судів при ухваленні судових рішень в однотипних цивільних справах. З цих підстав ми вважаємо, що є необхідність доповнити ч. 4 ст. 10 ЦПК України слідуючими словами: після слів «суд застосовує при розгляді справ» словами «практику Великої Палати Верховного Суду та» і далі по тексту.

З доктринальної точки зору, змістом судово-правової практики є уявлення і розуміння суддів щодо реального змісту принципів верховенства права, справедливості, розумності, добросовісності, які обумовлені повсякденним життям суспільства, і які ґрунтуються на моральності суддів, їх життєвих та практичних навиках, професійних знаннях, добропорядності та доброчесності. Таким чином, справедливість в судочинстві взагалі і в

цивільному судочинстві зокрема завжди мала і буде мати як моральний, так і правовий аспекти [247, с. 87].

Отже, судово-правотворча практика Верховного Суду по суті є джерелом цивільного процесуального права, яка вбирає в себе теоретико-прикладний досвід суду та реалії життя суспільства і права, ґрунтуючись на моральності, добропорядності та доброчесності суддів, суспільних цінностях. З урахуванням даних обставин, Консультативна рада європейських суддів зазначила, що «судові прецеденти та усталена судова практика, які встановлюють чіткі, послідовні та надійні правила, можуть скоротити потребу залучення судів для вирішення спорів» [38, с. 17-18].

Нажаль, сьогодні судова практика на рівні судів першої інстанції, особливо у сфері скороченого позовного провадження, є розбалансованою, але не дивлячись на це вона «покривається» суддями апеляційних інстанцій і не сприяє можливостям до формування усталеної національної судової практики, відкриваючи поле для зловживання правом з боку окремих суддів і в цьому є недопрацювання, як законодавця, так і Верховного Суду. Верховний Суд усунувся від систематизованого аналізу судової практики, нижчестоящих судів, як це мало місце раніше, обмежуючись лише своїми дайджестами. З цих підстав кожна судова інстанція стала по суті самоізольованою. Апеляційні інстанції не цікавлять факти незаконності судових рішень судів першої інстанції, які вступають в законну силу. Така ситуація поступово приведе до того, що правовий простір нашої держави наповниться незаконними рішеннями, що вносить в судову практику дисгармонію і правову невизначеність. Так, ухвалою Недригайлівського районного суду Сумської області від 31.08.2020 р. було відкрито провадження у цивільній справі № 582/832/20 за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про стягнення пені за прострочення сплати аліментів на утримання дитини, за період з 01.07.2016 р. по 13.08.2020 р. у розмірі 54094,31 грн. [219]. Даний позов було пред’явлено матір’ю дитини до свого колишнього чоловіка за його місцем реєстрації. Однак, 27 жовтня 2020 року

у справу надійшло клопотання представника позивача про передачу даної справи до Зарічного районного суду м. Суми за підсудністю, тобто за місцем реєстрації позивачки. Його правовою підставою була норма ч. 1 ст. 28 ЦПК України, за якою позови про стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів можуть пред`являтися за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача.

Ухвалою від 28.10.2020 року суд задовольнив дане клопотання, пославшись на норму пункту 1 частини 1 статті 31 ЦПК України, за якою суд передає справу на розгляд іншому суду, якщо справа належить до територіальної юрисдикції (підсудності) іншого суду [218]. Однак, вищевказана ухвала суду була постановлена всупереч ч. 2 ст. 31 ЦПК України, за якою справа, прийнята судом до свого провадження з додержанням правил підсудності, повинна бути ним розглянута і в тому випадку, коли в процесі розгляду справи вона стала підсудною іншому суду, за винятком випадків, коли внаслідок змін у складі відповідачів справа належить до виключної підсудності іншого суду. При цьому, Недригайлівським районним судом Сумської області були проігноровані і встановлені ч. 3 даної статті процесуальні строки, в межах яких закон дозволяє передати справу на розгляд іншого суду за встановленою цим Кодексом підсудністю з підстав, передбачених пунктом 1 частини першої цієї статті. Вищевказана ухвала набрала законної сили, хоча і є незаконною.

Деякі вчені вважають, що англосаксонська система процесуального права, (де суттєве місце відводиться судовій правотворчості – авт. Д. Я.) є чужою для континентального права [7, с. 587–602]. З такою позицією погодитись дуже важко, оскільки в жодній країні світу в тому числі і в Україні не існує правосуддя, яке б ґрунтувалося виключно на судовій правотворчості чи виключно на буквальному застосуванні різногалузевого законодавства. Це завжди є певний синтез, при якому судді самостійно обирають той чи інший найдоцільніший шлях для розгляду і ухвалення судового рішення з одного боку та можливістю застосування тих чи інших

норм права, правових аналогій чи судових прецедентів або судової правотворчості при подоланні законодавчих прогалин з іншого.

Судова ж правотворчість Верховного Суду при умові набуття нею статусу джерела права стала б спеціалізованою правовою категорією, яка б характеризувалася: а) наявністю свого оригінально-правового змісту; б) імперативністю у сфері подібних спірних відносин; в) вертикальністю своєї дії по відношенню до судової практики нижчестоящих судів; г) горизонтальністю своєї дії по відношенню до правозастосовчої практики самого Верховного Суду з можливістю відступу від раніше сформованих правових позицій; д) розвитком права та формуванням єдиної правозастосовчої практики.

Не дивлячись на те, що судова правотворчість завжди носить вузьконаправлений характер, оскільки її зміст кожного разу характеризується виключною обособленістю, і з цих підстав впливає лише на аналогічну за своїм змістом сферу спірних відносин, не поширюючись при цьому на інші спірні відносини. Отже, кожен напрямок судової правотворчості в межах її форми: судовий прецедент, судова практика, правова позиція, право тлумачення проектується лише на певну вертикальну лінію спірних відносин. Якщо ж ми говоримо про сферу різних галузей права, що регулюють цивільні, земельні, сімейні, трудові, житлові правовідносини, то їх судова практика не пересікається, створюючи таким чином систему паралельних правозастосовчо-обособлених ліній. Не дивлячись на обособленість таких ліній вони створюють собою судово-галузеву практику в якій механізм судової правотворчості характеризується однотипністю.

З цих підстав судді вдаючись до судової правотворчості, розширяють трактування норм права, як в межах горизонту їх змістовно-правової суті, так і за їх межами. Разом з тим судова правотворчість не може виходити за межі Конституції України та процесуально-матеріальних принципів, як правових ідей, на яких ґрунтуються всі галузі як матеріального, так і процесуального права. Саме принципи права, завдання правосуддя, способи захисту прав,

свобод та інтересів особи і є тією міжклітинно-правовою матерією, яка «зшиває» і спрямовує логіку обґрунтування правової позиції, створюючи по суті базисний фундамент для визнання судової правотворчості як судовою практикою, так і джерелом права.

Безумовно, можна довго критикувати судову правотворчість та її межі, але ігнорувати існуючу його природну об'єктивність неможливо, оскільки вона є невід'ємною складовою цивільного судочинства.

У свій час критикуючи догматику англійського прецедентного права Джонатан Свіфт писав: «В судейском сословии установилось правило, что все однажды совершенное может быть законным образом совершено вновь. На этом основании суды с великой заботливостью сохраняют все старые решения, попирающие справедливость и здравый человеческий смысл. Эти решения известны у них под именем прецедентов; на них ссылаются как на авторитет для оправдания самых несправедливых мнений, и судьи никогда не упускают случая руководствоваться этими прецедентами» [54, с. 150]. Не дивлячись на таку здавалося б нищівну критику судових прецедентів, в основі яких лежить правотворчий процес, останні набувають все більшої популярності не лише в Україні, а і світі. В цьому зв'язку, ми ще раз говоримо про те, що стрімкий розвитком технічного, технологічного, інформаційного, правового, кібернетичного, космічного простору у сфері людської цивілізації приводить до нових форм правосуддя, де права і свободи людини являють собою основу для стабільності, і мирного співіснування людей, людей і роботів, людей і андроїдів тощо. В цьому плані як національні судові прецеденти, так і міжнародні (рішення Європейського суду з прав людини) будуть посідати одне із провідних місць з точки зору судової практики не лише у сфері тлумачення норм права, а і формуванню нових понять, положень і правил, які уже сьогодні носять наднаціональний характер відіграючи роль міжнародного уніфікатора тих чи інших правових понять. В цьому зв'язку Європейський суд з прав людини дав тлумачення поняття «цивільні права і обов'язки» у контексті ст. 6 § 1 Європейської

конвенції з прав людини зазначаючи у своєму рішенні, що «поняття цивільні права і обов'язки повинні розумітися виключно у контексті внутрішнього права держави» [152]. Розвиваючи цю правову позицію Європейський суд з прав людини у справі Рінчейзена від 16 липня 1971 р. і Кьоніга від 28 червня 1978 року, формулу «цивільні права і обов'язки» трактує як «будь-яку процедуру…по відношенню до прав та обов'язків приватного характеру» [157]. В подальшому ЄСПЛ поняття «цивільних прав і обов'язків» пов'язує «не лише із підтвердженням…наявності цього права як такого, але і необхідності визначити сферу його дії і умов, якими особа, яка наділена цим правом, може користуватись» [154].

Розвиваючи концепцію – «цивільні права і обов'язки» у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини напрацював обширну судово-понятійну практику у сфері цивільного права. Зокрема, прав і обов'язків приватних осіб у відносинах між собою у сфері контрактного, комерційного, страхового, спадкового, сімейного права [159], деліктного права [161], земельного, житлового [160] права тощо.

Як бачимо, вчення про судову правотворчість не має своїх усталених меж. З цих підстав ми можемо говорити, що судова правотворчість вбирає в себе як класику цивільного процесуального права, яка ґрунтується на законах і кодексах, судових прецедентах і наукових концепціях, легітимізується на національному рівні законодавцем і спрямована на оперативність, розумність, законність та обґрунтованість судових рішень на принципах верховенства права та справедливості.

Розглянемо правову природу судово-правотворчого процесу, який хоча і опосередковано, але все ж має своє закріплення в Цивільному процесуальному кодексі України.

Так, відповідно до ч. 5 ст. 403 ЦПК України «Суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для

забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики» [227].

Як бачимо законодавець по суті надав право Великій Палаті Верховного Суду у разі наявності «виключної правової проблеми», «розвивати право» для «формування єдиної правозастосовчої практики». Безумовним фактом є те, що між поняттями «розвиток права» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України) та «тлумаченням закону» (ч. 3 ст. 412 ЦПК України) є суттєва різниця. Теорія нормативізму, яка характерна для континентального права передбачає, що судді є лише формальними інтерпретаторами права, яке вже існує в просторі і часі. З цих підстав вони лише підбирають відповідні норми права для розв'язання того чи іншого цивільно-правого спору, обґрунтовуючи такий підхід відповідними доказами та беручи до уваги правові позиції Верховного Суду, тлумачачи таким чином події в руслі наявних правових норм.

Тобто судді крокують за «методом дедукції – від загального до окремого» [115], де аргументація фактів і тлумачення норм права відповідно до процесуальних принципів дає найкращий результат. Але це має місце тоді, коли справа є нескладною. Набір таких рішень ми називаємо судовою практикою. Судова практика в Україні з теоретичної точки зору сприймається як «методично-правова допомога» судам нижчого рівня. В практичній же площині судова практика з її правовими позиціями, які формулює Верховний Суд у своїх постановах по суті набуває прецедентного характеру, оскільки за правилами схожості правових позицій, які мають місце у сфері судової практики нижчестоящі суди застосовують її в інших рішеннях, аргументуючи та тлумачачи свої судження в руслі аналогії судової практики. Отже, ми можемо сприймати судову практику як об'єктивне джерело права з його незмінністю та повторюваністю.

Якщо ж ми говоримо про «розвиток права», то перш за все ми розвиваємо право з точки зору його різних галузей у «світлі фундаментальних цінностей» суспільства [28, с. 417–418]. Саме з цих

підстав, Верховний Суд «розвиваючи право» не може обійтися без правотворчого процесу з метою викристалізації певної правової формули чи положення, які Верховний Суд створює на основі розумності, логічності з урахуванням своєї судової практики, життєвого досвіду суддів, формуючи таким чином такі правила для урегулювання спору, які законодавець просто не міг передбачити при прийнятті того чи іншого законодавства. Таким чином суддівська правотворчість не творить право, а розвиває його, формуючи в такий спосіб підстави для його подальшого законодавчого закріплення.

З урахуванням даних обставин ми вважаємо, що доцільно узаконити дані положення, виклавши ч. 4. ст. 10 ЦПК України, у новій її редакції: «При розгляді справ, нижчестоящі суди зобов'язані застосовувати правові позиції, викладені в постановах Великої Палати Верховного Суду в межах та у спосіб, встановлений даним Кодексом». При цьому, частину четверту вважати ч. 5 ст. 10 ЦПК України.

З урахуванням даних обставин, доречно було б доповнити ст. 403 ЦПК України ч. 7, виклавши її у наступній редакції: «Постанови Великої Палати Верховного Суду, в яких вирішено правову проблему у сфері розвитку права, є обов'язковими для судів нижчих інстанцій, всіх посадових та службових осіб держави».

1.4. Судова правотворчість та її межі з точки зору загального та континентального права

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

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 [242, с. 62]. 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.

Така система застосовування судових рішень, які ухвалювалися королівськими суддями отримала назву «stare decises» («стояти на вирішеному»), чи як з латинської «stare decisis et non quita movere» – «триматися прецедентів і не порушувати вже встановленого» [242, с. 62]. Такі різнонаправлені підходи до правосуддя були обумовленні фактичним історизмом, в першому випадку «рецепцією римського права», що мало вплив на розвиток права на території континентальної Європи де вимога закону, не дивлячись на справедливу чи несправедливу його дію по відношенню до всіх однотипних правовідносинам застосовувалися без ніяких щодо цього обговорень, тлумачень чи інтерпретацій. В Англії римське право не сприймалося, оскільки Король Вільгельм та його наступники, намагаючись здобути прихильність місцевого населення протягом майже століття не змінювали англосаксонські звичаї і традиції, що давало можливість королівським суддям поєднувати місцеві звичаї з державним законодавством, що дало змогу закласти основи загального права

на території Англії, а в подальшому і США формуючи таким чином основи прецедентного права. У значній мірі популярність прецедентному праву придавало те, що судді могли розглядати справи не за трафаретом існуючої норми права, а на основі справедливості, як основи суспільних і моральних цінностей, а оскільки «судді є продуктом суспільства, то їхні думки та вчинки відображають не тільки особисті переконання, а і суспільні цінності» [28, с. 50]. Таким чином можна сказати, що загальне право ґрунтується на існуючих традиціях та загальноприйнятих нормах моралі. Так було сформовано прецедентне право, яке зводилось «до того, що судові рішення, які визнавалися прецедентними відігравали подвійну роль: По-перше – вирішували спір. По-друге в їх змісті залишалися певні правові формули, які не були обумовлені законом, оскільки всі без винятку випадки людських стосунків передбачити законодавством неможливо» [261, с. 67], а оскільки прецедентне право сьогодні існує у третині країн світу, то «судовий прецедент є правовим явищем світового рівня незалежно від того, яке б відношення у науковців чи законодавців до нього не було» [254, с. 54-57].

Характерною особливістю прецедентного права є «судова правотворчість». Не дивлячись на здавалося б простоту цього питання, останнє є одним із найдискусійніших питань сьогодення. Ще більшої дискусійності ці питання отримали в наслідок поступального зближення континентального («статутного права») і загального права («живого права») на основі судової правотворчості. Таке зближення носить об'єктивний характер, оскільки обумовлюється доволі стрімким і взаємопов'язаним розвитком суспільних відносин як в континентальній Європі так і в Англії, США та інших державах.

Разом з тим прецедентне право, в основі якого має місце судова правотворчість, з її імперативним статусом, а від так і повторюваністю в правозастосовчій практиці не є панацеєю для світу і України. Верховенство закону, яке також є класичною правовою традицією завжди буде мати місце в правосудді, оскільки дія даного принципу, який донедавна мав навіть своє

конституційного закріплення, сьогодні є основою у правозастосовчій практиці майже всіх країн світу. Ні на доктринальному, ні на правозастосовчому рівнях не можливо розділити верховенство закону і верховенство права на окремі чітко визначені частини, оскільки ці поняття об'єктивно поєднуються в єдиний правозастосовчий симбіоз, і лише за рахунок правового розуміння і оцінки змісту норм права, по відношенню до тих чи інших фактів та обставин, змісту доказів та їх оцінки, такий симбіоз починає діяти як трансформер, то схиляючись до прямолінійно-тлумачного правозастосування норм права в межах горизонту їх змістовно-правової суті, то вдається до судової правотворчості, за рахунок якої долаються законодавчі прогалини ґрунтуючись на правосвідомості суддів, їх розумінні суспільних і моральних цінностей, принципів справедливості, розумності, логічності, пропорційності та верховенства права. В той же час як один так і другий правозастосовчий спосіб в тій чи іншій мірі завжди буде пов'язаний із наявністю елементів судової правотворчості, оскільки, якби це було б не так, то всі справи розглядалися б суддями однотипно, чого об'єктивно бути не може. Правотворчий процес є не просто якимось процесуально-правовим елементом правосуддя. Він є, ексклюзивною, правотворчою роботою суддів, яка характеризується своєю індивідуальністю, яка завжди спрямована на правову визначеність спірних відносин, оскільки останні не завжди урегульовані нормами права, або мають суперечливий характер, не чіткість чи неповноту. Формуючи судову практику, в основі якої лежить судова правотворчість, суд по суті усуває із правозастосовчої практики ту чи іншу правову невизначеність. Якщо це має місце в суді першої інстанції, то таку правову невизначеність суд долає за рахунок судової правотворчості Таку практику можна назвати «місцево-прецедентною», оскільки судді цього суду будуть орієнтуватись саме на її зміст. Якщо це має місце на апеляційному рівні, то таку практику можна назвати «регіонально-прецедентною», оскільки судді даного регіону будуть орієнтуватись саме на таку практику правозастосування. Як уже зазначалося вище така процедентна практика не є

остаточною, оскільки вона може бути визнана незаконною, а відповідно і скасована чи змінена Верховним Судом. Якщо ж вона сприймається Верховним Судом, чи останній формує на її основі свою правову позицію, то саме така практика набуває своєї остаточності вирішуючи при цьому «виключну правову проблему», якою розвивається право та формується єдина правозастосовча практика.

Саме в такому ключі законодавець вводить в практику правосуддя, якщо так можна назвати імперативно-опосередкований судовий прецедент, який хоча прямо і не зобов'язує нижчестоящі суди дотримуватись постанов Верховного Суду, але жорстка процесуально-правова імперативна лінія, яку сьогодні проводить законодавець пронизує все цивільне процесуальне законодавство. Такий висновок слідує із аналізу процесуальних норм Цивільного процесуального кодексу України.

Так, «при виборі і застосуванні норм права до спірних правовідносин суд (першої інстанції – авт. Д.Я.) враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладених в постановах Верховного Суду» (ч. 4 ст. 263 ЦПК України). Таким чином на цьому етапі цивільного процесу мова йде лише про врахування висновків Верховного Суду. Такий, здавалося б не прямолінійний формат у вигляді «врахування» чи не «врахування» правових позицій Верховного Суду, в послідуючому набуває виключної імперативності, яка впливає на правозастосовчий процес. Так, п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України зазначає : «Якщо суд апеляційної інстанції, в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду», то у сторін чи третіх осіб виникає право на касаційне оскарження такого рішення. І хоча постанови Верховного Суду не визнані джерелом права, але як бачимо законодавець активно, проводить думку про те, що такі постанови є обов'язковими для нижчестоящих судів, обумовлюючи це тим, що така необхідність потрібна для «формування єдиної правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Отже мова

фактично, йде про те, що постанови Верховного Суду і його Великої Палати по суті набувають статусу судових прецедентів.

Таким чином, відбувається поступове зближення двох правових систем: загального і континентального права, що яскраво ілюструє як цивільне процесуальне законодавство України, так і судова практика [252, с. 146]. Якщо поглянути на даний процес з точки зору загальних положень і принципів цивільного процесуального права, то ми знаходимо напрями такого зближення. Так:

а) судова практика Європейського Суду з прав людини є джерелом права в обох правових системах;

б) судові прецеденти загального права і правові висновки континентального права не дивлячись на різну їх назву є обов'язковими у сфері правозастосовчої практики їх судів;

в) як судові прецеденти загального права, так і правові висновки в континентальному праві формуються найвищими судовими органами і в подальшому перебувають у часі і просторі в режимі автономності, набуваючи своєї активності лише під час їх затребуваності, і з цих підстав характеризуються незмінністю та повторюваністю;

г) як судові прецеденти загального права, так і правові висновки в континентальному праві характеризуються наявністю судової правотворчості, яка має місце в першому випадку при наявності правового казусу, а в другому – за наявності законодавчих прогалин у вигляді неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права або їх відсутності, що є подібністю, але не тотожністю;

ґ) як судові прецеденти з одного боку, так і правові висновки – з іншого, з часом можуть змінюватись шляхом відступу найвищих судових інстанцій від раніше закріпленого їх змісту в судових рішеннях. Це має місце в першому випадку з підстав зміни суспільних і моральних цінностей, а від так і поведінки людини в суспільстві, що впливає на зміну судової практики, яка ґрунтується на вимогах принципу верховенства права в епіцентрі якого

знаходиться людина як найвища суспільна цінність, яка прагне до справедливості, розумності та добросовісності. В другому випадку – у зв'язку із зміною законодавства;

д) судові прецеденти в загальному праві і правові висновки в континентальному праві формуються найвищими судовими органами і по суті стають правовими законами, які є обов’язковими в подальшій правозастосовчій практиці судів. Таким чином, вони розвивають право за рахунок судової правотворчості, а з іншого формують єдність такої практики.

Безумовним фактом є те, що континентальне право є правом статутним, а його джерелом завжди виступає його норма права. Правотворчий процес тут завжди виникає тоді, коли мають місце розриви між надстрімким 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 заповнюють законодавчі прогалини. В той же час природа такої правотворчості її механізм і межі не дають можливостей «перейти» у сферу загального права, оскільки судова правотворчість в загальному праві має іншу природно-правову якість. Її механізм спрямований не на подолання локальної правової неузгодженості норм права того чи іншого законодавства, а на урегулювання певного правового казусу, який має місце при урегулюванні тих чи інших суспільних відносин, які не мають свого нормативно-правового визначення. Таким чином, судова правотворчість в загальному праві спрямовується на формування нової доктрини, нових правил, принципів, понять чи положень, які дають можливість урегульовувати спірні суспільні відносини на основі природного права та

загально-правових принципів суспільних та моральних цінностей [248, с. 68-69].

І хоча континентальне право в більшій своїй мірі ґрунтується на право тлумачній практиці правозастосування, все ж його практика показує, що за рахунок судової правотворчості, яка хоча і носить локальний характер, континентальне право Німеччини, України, Грузії, країн Прибалтики тощо починає зближуватись з загальним правом, а загальне право в окремих випадках починає діяти на основі «верховенства закону» (Англія, США, Канада).

Таким чином, в правосудді відбувається не просто зближення двох правових традицій, а і поступово формується певний правозастосовчий конгломерат, який при необхідності доволі активно застосовує у своїй практиці, то принцип «верховенства закону», то принцип «верховенства права». Така тенденція в подальшому буде лише посилюватися, оскільки країни Європи, Північної Америки, Австралії хоча і дуже повільно але зближаються на основі політичних, економічних, правових, технологічних зв'язків, а від так їхні правові традиції поступово починають змінюватись. Такий процес правової глобалізації є об'єктивним. Він не залежить від волі політичних еліт, оскільки розвиток суспільних відносин слідує своїм найдоцільнішим шляхом обумовленим економічним, технічним, технологічним спрямуванням.

В радянський період наукові погляди в бік судових прецедентів з їх правотворчою основою визнавалися буржуазними. Постулат «верховенство закону» для країн з тоталітарними режимами і сьогодні є просто необхідним, (Росія, Куба, Північна Корея), оскільки прийняті в таких країнах закони в першу чергу спрямовуються на захист політичного, економічного управління, і про судову правотворчість з її верховенством права в таких випадках мова не йде.

Аналогічний підхід до судової правотворчості, довгий час мав місце і в Західній Європі, де вважалося, що вчення про судову правотворчість

суперечить теорії «поділу влади» [235, с. 25]. Якщо ж говорити, про Україну, яка входила до Радянського Союзу, то в Україні мова йшла про соціалістичну законність, яка досягалася за рахунок «революційної правосвідомості народного суду». Дане положення було закріплено в Декреті: «Про введення народного суду на Україні» [206, с. 8] і введено в дію Постановою Народного Комісаріату від 4 січня 1918 р. «Про введення народного суду на Україні» [206, с. 8]. Поняття «революційна правосвідомість» було настільки оціночним і неуточненим, що це давало можливість до народної правотворчості в правосудді. Це був перехідний період від народної правотворчості в правосудді до буквального застосування «загальних засад радянського законодавства та загальної політики робітничо-селянського уряду [228]. В подальшому наукова і законодавча доктрини поступово відійшли від понять соціалістичної доцільності та революційної правосвідомості, вимагаючи від суддів дотримання норм законодавства, оскільки «соціалістичні держави не визнають такого джерела права, як судовий прецедент, який відступає від засад законності і підриває роль представницьких органів держави [94, с. 352].

Саме така точка зору стала превалюючою на довгі роки. Не дивлячись на це, керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду СРСР і пленумів верховних судів республік на думку В. М. Жуйкова, фактично «визнавалися джерелами права, оскільки в судових рішеннях допускалися посилання на них як на правову основу вирішення справи» [53, с. 78-90]. І не дивлячись на те, що в Україні суди і сьогодні доволі часто діють за принципом: «Закон понад усе», все ж правосуддя хоча і повільно, але перелаштовується на рейки верховенства права. І не дивлячись на те, що, принцип верховенства закону усуває із правозастосовчої практики таке поняття як «судова правотворчість», але остання все частіше і частіше проявляється особливо в роботі Великої Палати Верховного Суду. З цих підстав ми можемо сказати, що ми і сьогодні продовжуємо знаходитись в полоні позитивістської ідеології радянського нормативізму [76, с. 3], хоча і намагаємося відійти від її

ідеології. Нажаль, судді як районної ланки так і апеляційної ще побоюються судової правотворчості, уникаючи такого процесу за рахунок «розтягнутого» право тлумачення норм права, застосування правових аналогій, які часто носять проблемний характер, роблячи вигляд, що жоден закон не має законодавчих прогалин. З цих підстав суди тлумачать норми права часто за межами горизонту їх змістовно-правової суті, не розуміючи, що саме за цими межами лежить простір судової правотворчості. В той же час, навіть у самих здавалося б простих справах, судді з метою придання своїм рішенням переконливості, без ніякої щодо цього необхідності, починають посилатись на висновки Великої Палати Верховного Суду чи рішення Європейського суду з прав людини, цитуючи з них цілі абзаци.

З урахуванням даних обставин необхідно розглянути поняття «тлумачення права». При тлумаченні права, за словами В. І. Синайського «законодавець оновлює волю закону» [268, с. 89-90]. Таким чином говорячи про тлумачення, норм права ми говоримо про роз'яснення змісту як окремих слів так і словосполучень, які містяться в нормі права з точки зору як юридичного так лінгвістичного їх розуміння. При цьому таке тлумачення ніколи не виходять за межі горизонту змістовно-правової суті норми права і спрямовується лише у сферу відносин, які вони регулюють. Таким чином через тлумачення суд по суті відповідає на питання, чому він регулює ті чи інші спірні відносини на підставі даної норми права. Безумовно, що тлумачення потребує певних навиків і знань щодо застосування даної норми права у сфері правозастосовчої практики. З метою уникнення самостійної правотлумачної роботи судді продовжують цитувати постанови Пленумів Верховного Суду України, як переконливий аргумент свого рішення. Такі постанови свого часу дійсно носили допоміжний характер у правозастосовчій практиці судів, але це не означає того, що такою практикою потрібно користуватись і сьогодні, оскільки на сьогодні Верховний Суд має свою доволі обширну судову практику.

Так, у своєму рішенні від 03 вересня 2021 року суддя Ковпаківського районного суду в м. Сумах, розглядаючи цивільну справу про стягнення грошової компенсації за автомобіль, який було нажито за час спільного життя сторін, які не перебували між собою в шлюбі не звернув уваги на те, що відповідач посилався на висновки Верховного Суду у справі № 201/14044/16ц від 18.04.2018 р. та у справі № 523/8542/15-ц від 30.08.2019 р. про необхідність визначення вартості автомобіля не на дату його відчуження, а на дату розгляду справи в суді, оскільки з того часу минуло чотири роки. В той же час, відповідач просив відмовити позивачці у позові з підстав ч. 3 ст. 267 ЦК України (пропуску строку позовної давності, який на день подання позову 14.04.2021 р. давно сплив). Суд, задовольняючи позов позивачки, в обґрунтування своєї позиції послався у своєму рішенні на п. 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2017 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя», мотивуючи своє рішення тим, що «у зв`язку з відчуженням майна одним із подружжя проти волі іншого та неможливістю встановлення його дійсної (ринкової) вартості експерт у своєму висновку визначив ринкову вартість подібного за своїми якостями (технічними характеристиками) майна станом на 15.09.2015, а не на час розгляду даної справи. Такий підхід є гарантією справедливої сатисфакції особі у зв`язку з припиненням її права на спільне майно» [269].

Таким чином, суд відкинув постанови Верховного Суду, пославшись у своєму рішенні на постанову Пленуму іншого суду, який на сьогодні не діє. В той же час, Р. Майданик зазначає, що частина рішень Верховного Суду має юридичну силу норми права [92]. І це дійсно так, оскільки як в загальному, так і континентальному праві законодавчі неузгодженості (колізії) доволі часто усуваються за рахунок аналогії закону як галузевого, так і міжгалузевого спрямування, або аналогії права, якщо неможливо застосувати аналогію закону.

Якщо говорити про правозастосування норм права по аналогії закону, то потрібно мати на увазі, що це повинен бути такий випадок, коли суддя розуміє, що йому потрібно ухвалювати судове рішення, але прямої норми права, яка б безпосередньо і повно регулювала наявні спірні відносини немає. Безумовно, що судді, дотримуючись принципу законності, починають відшукувати подібні за своїм змістом норми права, як в межах даної галузі права так і на міжгалузевому рівні, і за рахунок правотлумачення змісту такої норми починають «розширяти» горизонт її змістовно-правової суті з тим, щоб охопити її змістом спірні відносини, а від так і урегулювати їх. Такі випадки мають місце завжди там, де існує «прихована» неповнота закону. І хоча правозастосування норм права за аналогією, за своєю формою і носить виключно правотлумачний процес, але в ньому завжди буде мати місце певні вкраплення правової новизни, які формуються за рахунок інтерпретації змісту таких норм. Такий методико-правовий механізм правозастосування безумовно розвиває право як на доктринальному, так і правозастосовчому рівнях, формуючи при цьому єдність судової практики. І хоча, правозастосовча практика, правотлумачного характеру і, не має своєї офіційно затвердженої методики, тому вона завжди буде мати індивідуальний характер і залежатиме від професійно-юридичного та філологічного досвіду кожного судді.

При застосуванні аналогії права, межі судової правотворчості на відміну від аналогії закону, є більш розширеними, оскільки правозастосування в такому випадку завжди виходить за межі норм права, як галузевого, так і міжгалузевого рівня, вторгаючись у сферу загального права, де урегулювання спірних відносин відбувається на основі інтерпретації принципів права, окремих загально-правових положень та висновків. Не дивлячись на те, що суд і інтерпретує зміст процесуально-правових чи матеріально-правових принципів чи положень, цитуючи практику Великої Палати Верховного Суду, але все це слідує в режимі аналогії права, що дає можливість отримати, загально-правовий висновок по урегулюванню спірних

відносин, який буде мати нові положення чи нові поняття. Таким чином, суд, не бажаючи того, по суті є втягнутим в правотворчу діяльність. Отже, як в континентальному, так і загальному праві застосування правових аналогій ґрунтується на правотлумачному синтезі не прямих норм права з одного боку та логіки загального права, підкріпленої життєвим та професійним досвідом суддів з іншого, що дає в обох випадках можливість привнести в методику такого правозастосування нові правила та положення, якими розвивається право та долаються законодавчі прогалини та певні правові казуси чи неузгодженості.

Таким чином, можливість розпочати правотворчий процес у сфері правових аналогій «завжди пов'язується з наявністю непереборних умов, які і є початковою межею в понятті «судова правотворчість» [249, с. 75] На законодавчому рівні не дається розуміння єдиного поняття та механізму з реалізації правових аналогій, що обумовлено недосконалістю законодавчої регламентації, що у свою чергу тягне за собою і неоднозначне розуміння такого механізму на рівні судової практики [78, с. 159-166].

Таким чином, завданням цивільного судочинства є не лише справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ч. 1 ст. 2 ЦПК України), але і пошук судом такого права, яке б через правотлумачний процес закону чи загальних засад законодавства з привнесенням в такий процес правотворчої складової, може найточніше най об'ємніше охопити спірні правовідносини та урегулювати їх. Таким чином, судова правотворчість по суті стає обов'язком суду на всіх рівнях, де має місце правозастосування. У цьому зв'язку, Р. Бюнгер (суддя Федеральної судової палати ФРН) зазначає, що в Німеччині, ще в рішенні Федеральної судової палати від 30 жовтня 1951 р., та від 18 грудня 1953 р., і в рішенні Федерального конституційного суду було зазначено, що «судова

правотворчість…є функцією правосуддя і в сучасній правовій державі…вона стає…суддівським завданням» [32, с. 2-6].

Вище ми уже зазначали, що судді не завжди вдаються до правотворчої чи тлумачної аргументації та інтерпретації норм права. Замість цього вони просто посилаються на постанови Великої Палати Верховного Суду як стверджуючий фактор щодо їх правової позиції.

Так, Літинський районний суд Вінницької області у своєму рішенні від 02.06.2021 р. (справа № 137/288/21), у заключній його частині, серед переліку норм права, якими він керується при ухваленні даного рішення, вказав і постанови Великої Палати Верховного Суду від 11.09.2019 у справі № 810/2732/18, та від 29.05.2019 р. у справі № 398/4017/18 [165]. В іншому судовому рішенні, ухваленому 12.05.2021 р. Коломацьким районним судом Харківської області у цивільній справі № 625/61/21, суд першої інстанції, задовольняючи позов про визнання трудових відносин позивача з відповідачем припиненими за п. 4 ч. 1 ст. 36, ст. 38 КЗпП України на підставі заяви позивача про звільнення за власним бажанням з посади обліковця реєстрації бухгалтерських даних Товариства з обмеженою відповідальністю «МЛК Трейд», в мотивувальній частині зазначив: «…суд зобов`язаний враховувати правовий висновок, викладений Верховним Судом в постанові від 24 грудня 2019 року у справі № 758/1861/18, оскільки право на відступлення від її правового висновку має лише суд касаційної інстанції, шляхом передачі такої справи на розгляд палати, об`єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду» [60]. Як бачимо, судді перестраховуються навіть на рівні тлумачного правосуддя.

Це має місце тому, що суддів доволі часто притягували до дисциплінарної відповідальності за змінені чи скасовані судові рішення, (позбавляли премій, обговорювали їх на зібраннях суддів, критикуючи їх роботу в оглядах обласних, а згодом і апеляційних судів тощо). Ось чому сьогодні доволі складно впроваджувати в судову систему правотворчу

індивідуальність, яка б викликала довіру до суду, формуючи при цьому безумовну правову визначеність.

На доктринальному рівні сьогодні мова йде про домінуючу методологічну платформу, якою є судова практика, яка формується Верховним Судом і його Великою Палатою, оскільки саме на цьому рівні можливо помітити те нове у сфері судової правотворчості, яке вже визріло в нашому правосудді. Прикладом цьому є ухвала Верховного Суду у складі колегії Другої судової палати Касаційного цивільного суду, яка з мотивів наявності виключної правової проблеми, обумовленої забезпеченням розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики передала справу ТОВ «Ратіо Інвест» до Великої Палати Верховного Суду з підстав вимог, передбачених ч. 5 ст. 403 ЦПК України. Проблема полягала в тому, що ТОВ «Ратіо Інвест» здійснив продаж іпотечного майна боржника, який не сплачував кошти по іпотечному кредиту. При цьому, ТОВ «Каунт-про» не повідомивши про це боржника. Скарга ґрунтувалася на невиконанні іпотеко держателем вимог ст. 33 та ст. 35 та 38 Закону України «Про іпотеку». Велика Палата Верховного Суду, виходячи із принципів верховенства права, справедливості по суті відмовилась від «застарілих» вимог законодавства і вказала, що «повідомлення іпотекодавця про конкретний спосіб задоволення вимог іпотекодержателя шляхом укладення договору купівлі-продажу предмета іпотеки будь-якій особі-покупцеві не має наслідком настання нікчемності такого правочину та не є підставою…для визнання такого договору недійсним». Направлення вимоги іпотекодавцю «про усунення порушення основного зобов'язання (ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку») з одночасним повідомленням про обраний спосіб задоволення вимог іпотекодержателя відповідно до ч. ст. 38 Закону України «Про іпотеку» (єдиним документом)» це і є дотримання вимог ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку» [131].

Таким чином, як країни загального, так і континентального права в умовах надзвичайно швидкої зміни суспільних відносин постійно

зіштовхується з тим, що вони не в змозі забезпечити всі наявні спірні відносини на основі абсолютної ефективності свого поточного законодавства, оскільки в основі великої кількості таких спорів знаходяться нові предмети, які законодавець не встиг урегулювати, або урегульовував їх неповно, нечітко чи суперечливо. Намагання ж законодавця вирішити частину цих питань за рахунок правових аналогій не вирішує проблему в цілому, оскільки сьогодні юрисдикція судів в усіх демократичних країнах світу поширюється на всі відносини, які мають місце в державі. Ось чому зближення і взаємопроникнення традицій загального і континентального права набули об'єктивного характеру і в подальшому на тлі економічного, політичного, інформаційного, правового зближення країн цей процес буде лише посилюватись.

РОЗДІЛ 2. ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ «ЗАКОНОДАВЧІ ПРОГАЛИНИ» ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА СУДОВА ПРАКТИКА, ЇХ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ У СВІТЛІ ЦІЛЕЙ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

2.1. Процесуально-правові категорії «судова правотворчість» та «судова практика» в сучасній доктрині та судовій практиці України

Поняття «судова правотворчість» і «судова практика» за своїм змістом і правовою природою є різними, але за своєю кінцевою сутністю вони поєднуються, оскільки судова правотворчість в історичному майбутньому також стає судовою практикою. Судова практика є накопичувально-правовим процесом, сукупність якого формує єдність правозастосовчої практики у сфері регулювання спірних відносин нормами матеріального права. Такий підхід давав можливість судовій практиці, модератором якої зовсім недавно був Пленум Верховного Суду України, набувати усталених позицій з їх повторюваністю із справи в справу, що вказувало на її стабільність. Судова практика, як і сформульовані судами нові правові позиції, положення чи правові формули, отримані за рахунок судової правотворчості при наявності законодавчих прогалин з часом переходять в стадію судової практики, а в подальшому – відходять в історію правосуддя. Це пов’язано з природним (об’єктивним) розвитком суспільних відносин, в якому право відіграє роль регулятора поведінки людей, яка змінюється під впливом нових технологій у сфері виробництва, інформації, фінансів, економіки, культури, освіти тощо. На цьому фоні право потребує свого постійного оновлення, якого законодавець сьогодні забезпечити не в змозі, оскільки суспільні відносини розвиваються настільки швидко, і з цих підстав їх об’єм збільшується кожного дня, а від так і збільшується кількість тих відносин, які набувають

спірного характеру. З метою безумовного забезпечення доступу до правосуддя, законодавець змушений покладатись на суд як суб'єкт правотворчого процесу, який би навіть при відсутності прямої норми права чи іншої законодавчої неузгодженості, урегульовував би спірні відносини, надаючи їм в такий спосіб правової визначеності.

Не дивлячись на єдино кінцевий результат судової практики і судової правотворчості, до якого прямують ці два поняття в історико-правовому майбутньому все ж кожне із цих понять належить до різних правових традицій. Так поняття «судова правотворчість» є характерним для англосаксонської правової сім'ї (загального права), де правотворчий процес суддів спрямований на урегулювання певного правового казусу. Судова ж правотворчість в континентальному праві спрямована на заповнення локальних правових пустот, які мають місце в нормах права, формуючи нормативні положення, які розвивають теоретичні основи матеріального права, відіграючи при цьому роль страхової інстанції для законодавця. Судова правотворчість, наприклад, в Англії не була заборонена для нижчестоящих судів, але прецедентного характеру, вона набувала лише тоді, коли правова новизна мала своє закріплення в рішеннях Верховного Суду. Так формувалася правова традиція загального права, а разом з нею і механізм судових прецедентів, в основі яких мала місце судова правотворчість. Поняття ж «судова практика» є правовою традицією романо-германської правової сім'ї (континентального права), куди входить і Україна. В основі такої традиції завжди знаходиться норма права, яка приймається законодавцем у доволі абстрактній змістовно-правовій формі, що дає можливість судам (це має місце і сьогодні) не лише широко тлумачити її зміст, але і можливість до безкінечного її однотипного правозастосування. В цій частині Я. М. Романюк зазначає, що в «країнах континентального права більшість законів – це абстрактні норми розраховані на невизначену кількість їх застосування. Цим і забезпечується універсальність закону» [166, с. 7].

Таким чином, традиція континентального права передбачає не індивідуалізований підхід до кожної окремо взятої цивільної справи, кожного життєвого випадку чи ситуації, як це сповідує традиція загального права, а спрямована на правозастосовчу масовість, яка в разі ускладнень може тлумачитись в межах горизонту змістовно-правової суті кожної норми права. Така правова традиція завжди дає можливість «підганяти» ті чи інші обставини, факти, дії чи події як і сам зміст предмету спору під розширене тлумачення тих чи інших норм матеріального права, навіть не вдаючись до правових аналогій, які все ж потребують хоча і мінімальної долі, але все ж судової правотворчості.

Ось чому для континентального права наявність судової практики просто є об'єктивною необхідністю, оскільки для нього важливим є принцип: «закон понад усе». З цих підстав цивільний процес в країнах континентального права вважається інквізиційним [3, с. 3], оскільки така система правозастосування не передбачає відступу від закону, який некоректно регулює спірні відносини і в цьому плані жорстко контролюється з боку вищестоящих судів на предмет виключного дотримання норм права. Донедавна такий контроль здійснювався не лише за рахунок процесу оскаржень судових рішень нижчестоящих судів, а і безпосередніх перевірок, які здійснювали судді апеляційних судів на місцях, вивчаючи судову практику районних судів на предмет єдиного підходу до правозастосування норм права. Опосередкований контроль за цими процесами здійснювався також за рахунок узагальнень щодо окремих категорій справ, листів вищестоящих судів нижчестоящим, постанов Пленумів Верховного Суду України. Таким чином, під поняттям судової практики в радянський та пострадянський періоди необхідно розуміти «позасудовий аналіз певної групи однотипних цивільних справ з метою напрацювання єдиного підходу до юридичної кваліфікації подібних правовідносин, системи доказів та правових понять» [256, с. 45].

На відміну від такого підходу, який характерний для «позитивіської методології радянського нормативізму» [76, с. 3], судова правотворчість являє собою з одного боку природну інтелектуально-правову роботу суддів, яка має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань і спрямовується індивідуалізовано на юридичну визначеність конкретного цивільно-право спору. Не дивлячись на різну правову природу цих понять, останні поступово зближуються, оскільки в останні роки в країнах загального права поширюється тенденції до підвищення ролі закону, тоді як в системі континентального права de facto підвищується роль судово-правотворчої практики [105, с. 18]. В цьому зв'язку Я. М. Романюк зазначає, що ми маємо нарешті констатувати, що відбувається об'єктивне розширення системи джерел права як за рахунок застосування квазі прецедентів різного рівня, так і питань розмежування судової практики і судового прецеденту в умовах нового право розуміння [168, с. 2-14].

Таким чином зближення загального і континентального права обумовлено зближенням країн англосаксонської правової сім'ї з країнами континентальної Європи (Європейського Союзу), і не лише в політичній, військовій, фінансовій сферах, але і у сфері міжнародного права, яке безумовно має вплив на національну правозастосовчу практику та національний розвиток права. На фоні індивідуальної свободи людини, особистої її розкутості, суспільний розвиток швидко модернізується, а це потребує виваженого підходу до правосуддя, яке повинно бути розумним, передбачуваним, логічним, яке ґрунтувалося б на принципах верховенства права та справедливості як найвищих суспільних цінностях, які об'єктивно супроводжують життя людей в суспільстві.

З цих підстав, сьогодні виникає цілий ряд дискусійних питань, в який мова йде про швидкість проникнення судової правотворчості із загального права в континентальне право, оскільки «населення бажає бачити в суддях носіїв справді правової (а не юридико-догматичної) свідомості, тобто носіїв

тих самих демократичних цінностей, серед яких найважливішим є розуміння гідності людини як найвищої цінності» [100, с. 25-30].

Саме з цих підстав загальне право є цінним, оскільки судді, забезпечуючи доступ до правосуддя, навіть і при неурегульованості нормами права спірних відносин починають «творити» право, виходять із життєвих уявлень про те, що є прийнятним та справедливим з точки зору суспільства. «З цих підстав… визначення шляху, яким розвиватиметься вчення про судову правотворчість та її приклади застосування в державі є питанням надзвичайно важливим» [168, с. 2-7].

Якщо ж ми говоримо про судову практику, радянського та пострадянського періоду, яка формувалася на концепції позасудового вивчення і аналізу судових рішень, які вступили в законну силу, то наша свідомість повертає нас в минуле до класичної концепції законодавчого позитивізму, який доволі тривалий час мав місце на території як континентальної Європи, так і України [16, с. 48-53]. Саме з цих підстав, науковці почали говорити про необхідність «усталеної судової практики», яка хоча і носить рекомендований характер, але судді враховують її при вирішенні аналогічних справ, оскільки це скорочує час судового процесу за рахунок наявності готового рішення, або ж надає більше часу суддям розібратися детальніше з тими чи іншими фактами чи обставинами [68].

Не дивлячись на здавалося б крайній погляд на судову практику з боку окремих науковців, все ж ради справедливості потрібно зазначити, що судова практика, яка набувала статусу керівної, модератором якої зовсім недавно являвся пленум Верховного Суду України мала і значний рівень позитивності. Його «керівні роз’яснення» [139, с. 4], ґрунтуючись на накопичувальному методі щодо уже розглянутих справ, в яких рішення вступило в законну силу. застосовували апробовану судову практику на рівні всіх інстанцій. Таким чином така практика відігравала декілька функцій. Це був чудовий «лікбез» для молодих суддів, і в той же час це були правові зразки з точки зору розуміння змістовно-правової суті норм права та їх

практичного правозастосування. При цьому, судді Верховного Суду України намагалися в таких постановах провадити тлумачення норм як матеріального, так і процесуального права, виходячи іноді за горизонт їх змістовно-правової суті, усуваючи в такий спосіб із законодавчого поля певні правові неузгодженості, які мали місце в різних галузях як матеріального так і процесуального законодавства. Таким чином досягався єдиний правозастосовчий процес, а відповідно і єдина судова практика. Розуміючи, що життя потребує нових підходів до судового розгляду справ на основі природного права, коли справедливість в окремих випадках повинна стати вищою за застарілий закон, а принцип верховенства права давав би можливість судам за рахунок судової правотворчості долати абстрактність норм права, які навіть при таких обставинах уже не в змозі дати точну юридичну кваліфікацію все новим і новим відносинам, які набули спірного характеру. Ось чому судді Верховного Суду України у своїх аналізах судової практики по окремих категоріях справ, спрямовували процесуально-правову роботу нижчестоящих судів у напрямку можливої судової правотворчості. Так, проводячи аналіз законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна, Верховний Суд зазначав: «крім спеціальних норм, потрібно керуватися у тому числі й загальними засадами цивільного судочинства (ст. 3 ЦК України), щодо справедливості, добросовісності та розумності» [23, с. 16].

В той же час, судовою практикою вважалися і висновки, викладені в судових рішеннях Верховного Суду України, які на думку Я. М. Романюка (першого заступника голови Верховного Суду України в 2012 р. та І. В. Бейцун (нач. упр. вивчення та аналізу судової практики Верховного Суду України в 2012 р.) належить кваліфікувати як застосування норм закону, що має обов’язковий характер, а не створення нових норм права як обов’язкових правил [170, с. 39].

Окремі науковці і сьогодні говорять про необхідну наявність постанов Пленуму Верховного Суду «з точки зору їхнього практичного призначення в

діяльності суддів. Такі постанови повинні мати статус обов'язкових, а матеріали пленумів із узагальнення судової практики – обов'язковим для вивчення та дослідження суддями, в тому числі під час їхньої підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації» [175, с. 19].

Безумовно, що судова практика є цінним суспільно-правовим явищем як з теоретико-правової точки зору, так і з точки зору консультативно-правозастосовчого характеру, який спрямований в першу чергу на єдність правозастосування норм права та формування єдиної правозастосовчої практики. Отже, судова практика – це вид накопичувально-правової інформації, яка почерпнута із судових рішень, уже розглянутих справ і сконцентрована в аналізах, узагальненнях, висновках Верховного Суду,за результатами розгляду касаційних скарг по окремих категоріях цивільних справ, де сформульовані правові положення (правові позиції), зміст яких заповнює, доповнює, розширяє, змінює змістовно-правову суть норми права з метою постійного її застосування в майбутньому невизначеним колом осіб.

В цьому зв'язку ще на початку ХХ ст. Є. Васьковський говорив про необхідну єдність судової практики, відсутність якої руйнує державний правопорядок. У зв'язку з цим, необхідно встановити нагляд за діяльністю всіх судів з метою забезпечення однакового тлумачення і застосування ними законів [34, с. 174].

Безумовно, ностальгія за постановами пленумів Верховного Суду є очевидною, бо це було зручно, оскільки пленум тлумачив норми права, даючи при цьому певні рекомендації, а судді не вдаючись в процес аналізу щодо юридичної кваліфікації спірних правовідносин автоматично спрямовували зміст таких постанов у свої рішення придаючи їм помпезності, не вдаючись при цьому до обґрунтування своєї правової позиції. Разом з тим правова позиція вказує не лише на внутрішню переконаність судді у справедливості прийнятого ним рішення, а і говорить про його якість. На ці обставини звернула увагу судів України і Консультативна рада Європейських суддів у своєму Висновку №11 [64, с. 3].

Разом з тим, поняття «судова практика» є поняттям не уточненим з точки зору законів логіки, оскільки це поняття є багатогранним. Так, існує судова практика окремого судді, практика районних та апеляційних судів, практика Верховного Суду, судова практика Європейського суду з прав людини. З цих підстав ми говоримо про судову практику з точки зору широкого розумінні її суб'єктів. В той же час, судова практика за часом її формування ґрунтується на аналізі судових рішень по окремих категоріях цивільних справ, і з цих підстав її називають узагальнюючою. Такі узагальнення є цінними, оскільки в них відбуваються тлумачення змісту не однієї конкретної норми права, а охоплюється цілий блок норм права, які регулюють ті чи інші правовідносини, проводячи тлумачення кожної норми права по відношенню до змісту іншої норми, і відповідно до встановлених судами тих чи інших фактів чи обставин.

Так, відповідно у постанові Верховного Суду України від 13 березня 2017 р. (справа № 6-2195цс16) Суд зазначив, що згідно до ч. 1 ст. 15 Закону України «Про оренду землі» однією з істотних умов договору оренди землі є орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, форм платежу, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальності за її несплату. Частиною 1 ст. 13 Закону України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р. № 1378-IV передбачено, що для визначення розміру орендної плати для земель державної та комунальної власності обов'язково проводиться та використовується нормативна грошова оцінка земельних ділянок. Крім того, за змістом статті 93 ЗК України особа набуває право використовувати земельну ділянку та обов'язок сплачувати орендну плату не з моменту прийняття рішення компетентним органом про передачу цієї ділянки в оренду, а з моменту укладення договору оренди землі.

Частиною 5 статті 5 цього Закону передбачено, що нормативна грошова оцінка земельних ділянок використовується для визначення розміру земельного податку, державного мита при міні, спадкуванні та даруванні земельних ділянок згідно із законом. Орендна плата за земельні ділянки

державної та комунальної власності, сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, сплачується відповідно до вартості земельних ділянок площею понад 50 гектарів для розміщення відкритих спортивних і фізкультурно-оздоровчих споруд, а також при розробці показників та механізмів економічного стимулювання раціонального використання та охорони земель.

Згідно із частиною третьою статті 201 ЗК України нормативна грошова оцінка земельних ділянок використовується для визначення розміру земельного податку, втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, економічного стимулювання раціонального використання та охорони земель тощо.

Аналіз наведених правових норм дає підстави для висновку, що нормативна грошова оцінка – конкретна вартісна характеристика, яка містить низку етапів, передбачених чинним законодавством. Зокрема, це прийняття уповноваженим органом влади рішення щодо проведення нормативної грошової оцінки земель, розробка технічної документації, грошової оцінки спеціальною установою, погодження технічної документації органами влади, прийняття відповідною радою рішення про затвердження технічної документації» [140, с. 21].

Разом з тим, поняття «судова практика» може сприйнятись і у вузькому її розумінні, коли мова йде про правову позицію Верховного Суду в його постанові по відношенню до конкретної справи.

Так, постановою Великої Палати Верховного Суду від 29 вересня 2020 р. (справа № 688/2908/16-ц) вирішувалося питання щодо правомірності поведінки органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, який надав дозвіл на розроблення проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки кільком особам, залежить від оцінки такої поведінки як добросовісної чи недобросовісної, і ця оцінка має здійснюватися у кожній справі окремо з огляду на конкретні обставини справи.

За наявності двох і більше осіб, що бажають отримати земельну ділянку державної або комунальної власності для ведення фермерського господарства, підлягають застосуванню загальні положення статті 135 Земельного кодексу України про проведення земельних торгів у формі аукціону, за результатами яких укладається відповідний договір (у редакції Земельного кодексу України до 18 лютого 2016 року).

Якщо земельна ділянка зареєстрована в Державному земельному кадастрі, а право власності на неї зареєстроване в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, то положення статті 123 ЗК України та статті 7 Закону України «Про фермерське господарство», якими передбачено одержання дозволу на розроблення проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки та його затвердження, не підлягають застосуванню [132].

В той же час, ми можемо сказати, що зміст кожного виду судової практики в кінцевому результатів є нестабільним, оскільки він обумовлений швидкоплинністю поточного законодавства і з цих підстав судова практика вимагає все нових і нових правових позицій, які часто не є бездоганними [253, с. 211].

Так, Верховний Суд у своїх постановах від 26 листопада 2014 року (справа № 6-75цс14) від 03 лютого 2016 року (справа № 6-2017цс15), та від 06 липня 2016 р. (справа № 6-1199цс16) висловив правову позицію про те, що судове рішення, що набрало законної сили, є обов'язковим до виконання відповідно до положень статті 129 Конституції України, статей 553, 559 ЦК України. При ухваленні судом рішення про задоволення вимог кредитора до поручителя, стягнення з останнього кредитної заборгованості, необхідно встановлювати обставини щодо дійсності поруки, що є підставою для задоволення таких вимог. Оскільки рішенням суду, що набрало законної сили, задоволені вимоги кредитора до поручителя, тому підстав для застосування положень частини четвертої статті 559 ЦК України при новому позові до поручителя немає.

Разом з тим, Верховний Суд України у своїй постанові від 18 листопада 2015 року (справа № 6-1779цс15) у справі за позовом кредитора до поручителя про стягнення заборгованості за кредитним договором по суті відійшов від зазначеної вище правової позиції та зробив висновок, що у зв'язку з порушенням боржником виконання зобов'язання за кредитним договором кредитор відповідно до частини другої статті 1050 ЦК України та умов кредитного договору використав право дострокового стягнення з позичальника та поручителя заборгованості за кредитним договором, тобто змінив строк виконання основного зобов'язання, а тому позивач повинен був пред'явити позов до поручителя протягом строку, встановленого договором поруки, починаючи від дати судового рішення про задоволення вимог кредитора до поручителя. Проте кредитор з даним позовом звернувся до поручителя поза межами трирічного строку, встановленого договором поруки, тому відповідно до положень частини четвертої статті 559 ЦК України порука припинилась.

Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду в своїй ухвалі про передачу справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду вказав про те, що ухвалюючи зазначене вище судове рішення, Верховний Суд України не зазначив про відступлення від раніше прийнятої правової позиції (частина перша статті 360-7 ЦПК України), що призвело до того, що правові позиції Верховного Суду України у наведених вище постановах при однакових фактичних обставинах і подібних правовідносинах зводяться до протилежних висновків [133].

І хоча судова практика Верховного Суду України подавалася у вигляді різноманітних форм: постанов, роз’яснень, інформаційних листів, узагальнень і застосовувалася судами майже до 2017 року все одно вона так, і не була визнана джерелом права, і мала рекомендований характер відіграючи роль, як і було зазначено вище «правового лікбезу». Таким чином судова практика і сьогодні не належить до нормативних джерел, хоча і має щодо цього певні ознаки. При постійному ж застосуванні такої право-

рекомендаційної практики, остання по суті набуває статусу правового звичаю.

Разом з тим на доктринальному рівні судова практика не розглядається комплексно, хоча вона і займає значне місце в кожному правозастосовчому процесі, як з точки зору матеріального, так і процесуального права. Не дивлячись на те, що сьогодні судова практика ґрунтується як на основі тлумачного, так і правотворчого процесу, але її зміст в кінцевому результаті не є остаточним [84, с. 143], оскільки життєві ситуації в суспільстві часом розвиваються у непередбачуваний спосіб, а тому сформувати єдину судову практику раз і на завжди неможливо. Навіть у радянські часи за дії виключного імперативно-нормативного правозастосування в практиці, яку формували пленуми Верховного суду СРСР та союзних республік з'являлися нові поняття і правові позиції.

Наприклад, у своїй Постанові № 5 «Про практику розгляду судами Української СРСР цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» від 16 травня 1975 р. Верховний Суд УРСР у п. 9 зазначив нову правову позицію: «на потерпілих які не досягли 15-річного віку, правило ст. 454 Цивільного кодексу УРСР про врахування вини потерпілого не поширюється» [116, с. 59]. В подальшому вже в незалежній Україні Верховний Суд України продовжував спрямовувати судову практику як за рахунок постанов свого пленуму так і своїх висновків, [37, с. 31] інформаційних листів, аналізу судової практики за певними напрямками [23, с. 16]. Все це було обумовлено єдиним розумінням правової суті норм права, а від так і єдиного правозастосування як матеріального так, і процесуального права формуючи таким чином єдине поняття судова практика. Разом з тим Я. Романюк (екс голова Верховного Суду України 2014-2017 р.) говорячи про питання нового правотворення пропонував розмежувати поняття судова практика і судовий прецедент [168, с. 3]. Якщо сьогодні судова практика як уже зазначалося вище, набуває статусу правового звичаю, то безумовно, що її

правова визначеність повинна бути настільки переконливою, щоб не можна було б заперечувати питання щодо її справедливості.

Таким чином, судова практика постійно ставить перед суддями питання щодо надійних і якісних знань як у сфері теоретико-правових основ, як матеріального, так і процесуального права, що дає можливість тлумачити норми права не лише в межах горизонту їх змістовно-правової суті, а при законодавчих неузгодженостях – виходити за їх межі, спрямовуючи свої знання у сферу загального права з метою правотворчого підходу для урегулювання нових спірних відносин.

Таким чином, якщо судова практика по суті має статус підсумково-рекомендаційно-правового матеріалу, то судова правотворчість є наслідком швидкоплинності суспільного розвитку, де наявність законодавчих прогалин з підстав старіння законодавства чи його неузгодженості стає звичною справою, а тому подолання законодавчих прогалин стає професійним обов'язком суду. Саме така ситуація і такий підхід для її вирішення все частіше і частіше вказують на формування в Україні основ прецедентного права, де судова правотворчість по суті стає його стержневою основою. В цій частині Р. Ван Каєдем зазначає: «Перевага прецедентного права над судовою практикою полягає у тому, що воно перебуває у постійному зв'язку з наявною реальністю» [13, с. 170]. Таким чином, питання життєвої реальності та створення на його основі ефективного правотворчого процесу і є підставами для подальшого розвитку правосуддя та сталого суспільного розвитку України [213].

Як уже зазначалося вище, судова правотворчість, як складова загального і континентального права, в перспективі завжди стає судовою практикою. З цих підстав обидві правові сім'ї спрямовані на усунення із правового поля законодавчих неузгодженостей (казуїстики, неточності, звуженості, спірності, неповноти тощо), але рівень поки, що судової практики і прецедентної практики є дещо різним. Безумовно, що судова практика, не являючись джерелом права, залежить повністю від стабільності

законодавства, а відтак її зміст завжди буде залежати від якості тексту норм права, що дає можливість до однотипності тлумачного процесу. Судова ж правотворчість з точки зору континентального права – це живе право, яке формується суддею тут і зараз з підстав наявності законодавчих прогалин, у сфері матеріального законодавства. В основі такої правотворчості завжди лежить аналіз і оцінка змісту засобів доказування, оцінка певних фактів та обставин, загальних засад та принципів права з метою якнайточнішого заповнення наявних законодавчих прогалин.

Судова ж правотворчість з точки зору загального права – це подолання суддею правового казусу шляхом створення нових правових понять, положень чи правил, які дають можливість нового розуміння щодо тих чи інших суспільних відносин, які набули спірного характеру, на основі яких і відбувається урегулювання наявного спору.

Таким чином, існуючі принципові питання, що є першим – судова практика чи судова правотворчість, поступово будуть нівелюватись, що ми спостерігаємо вже сьогодні. І така тенденція говорить про те, що реально існує можливість, навіть у середньостроковій перспективі зближення на теренах українського правосуддя традицій різних правових систем.

Якщо про судову практику ми уже виклали свої судження вище, то потрібно більш детальніше зупинитись на понятті судової правотворчості. У зв'язку з цим виникає законне питання: в чому полягає її процесуально-правова суть? Та чи є правові межі такої правотворчості? Яким чином такий процес впливає на цивільне судочинство? Та чи може локальна судова правотворчість, яка має місце в правосудді України стати джерелом права?

Безумовно, що судова правотворчість може мати місце там і тоді, де відсутня норма права щодо прямої дії по урегулюванню спірних відносин. При цьому, є відсутньою і змістовно-правовий її аналог на галузевому чи міжгалузевому рівнях. Це означає, що суд не має можливостей застосувати правові аналогії для урегулювання спору, а відтак в законодавчому просторі виникає правова пустота, тобто простір, який нормативно не урегульований.

Поняття «правова пустота» в праві є більш точним, ніж поняття «законодавча прогалина» [98, с. 222], оскільки це відразу дає повне уявлення про наявність неурегульованості в тому чи іншому законі. Таким чином, в подальшому ми поєднаємо два терміни і будемо використовувати термін «законодавчі прогалини (пустоти)». Заповнення таких пустот здійснюється за рахунок судової правотворчості. І хоча суди і не творять право, але процес судової правотворчості у вигляді обґрунтування правової позиції на основі загальних засад матеріально-галузевого законодавства, завжди дає можливість суду створити таку правову позицію, яка б була зрозумілою і логічною, точною і справедливою з одного боку, а з іншого – відповідала б юридичній кваліфікації щодо тієї галузі права, до якої такі спірні відносини відносяться. Такий підхід безумовно дає можливість правосуддю завжди бути передбачуваним, оперативним і неупередженим з підстав його визначеності [84, с. 153]. Саме з цих підстав, даний напрямок розвитку сучасного правосуддя відповідає цілям сталого розвитку України, оскільки гарантує особі повний доступ до правосуддя [213].

Не дивлячись на те, що сьогодні поняття судова правотворчість і не має свого закріплення в процесуальному законодавстві, а відтак і теоретичного свого визначення, але в силу надстрімкого розвитку суспільних відносин ми уже сьогодні вимушені рахуватись із цим процесуально-правовим явищем. Модератором нових підходів в цьому питанні став Верховний Суд. Саме його правові позиції щодо того чи іншого правового питання сьогодні закладаються в основу судових рішень як районної, так і апеляційної ланок загальних судів.

Як приклад, можна навести ухвалу Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 4 жовтня 2021 року, постановлену у справі № 336/6000/20, якою суд, з метою однакового застосування закону, зупинив провадження у даній цивільній справі до ухвалення рішення Великою Палатою Верховного Суду у справі № 212/5836/17, предметом якої є подібні правовідносини [270].

Сихівський районний суд міста Львова [271], Малиновський районний суд міста Одеси [272], Великоолександрівський районний суд Херсонської області [273], Білоцерківський міськрайонний суд Київської області [274] та інші суди з різних областей нашої держави при обґрунтуванні своїх рішень наводять цілу низку постанов Великої Палати Верховного Суд та Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду, посилаючись на їх правові висновки як на обґрунтування своєї правової позиції у справі.

Цьому сприяє і процесуальне законодавство. Так ч. 2 п.5 ст. 394 ЦПК України зазначає: «Суд відмовляє у відкритті касаційного провадження у справі якщо Верховний Суд уже виклав у своїй постанові висновки щодо питання застосування норм права у подібних правовідносинах, порушеного в касаційній скарзі, і суд апеляційної інстанції переглянув судове рішення відносно такого висновку (крім випадку наявності постанови Верховного суду про відступ від такого висновку, або коли Верховний Суд вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах».

Так, Велика Палата Верховного Суду своєю постановою від 26 червня 2019 р. у справі № 761/95811/15-ц відступила від правового висновку Верховного Суду України щодо порядку зменшення суми відшкодування за час затримки розрахунку при звільненні працівника визнавши, що суд, керуючись принципами співмірності, справедливості та пропорційності, може зменшити розмір середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні працівника незалежно від того, чи він задовольняє позовні вимоги про стягнення належних звільненому працівникові сум у повному обсязі чи частково [130]. Аналогічна постанова ВП Верховного Суду від 15 січня 2020 р. у справі № 367/6231/16-ц [123] та від 1 вересня 2020 року (справа № 216/3521/16-ц) [118].

Таким чином в процесуальному законодавстві України по суті у завуальованій формі визнається імперативність постанов Верховного Суду, застосування яких де-факто і де-юре стає обов’язковим. Такі положення по

суті спрямовані на формування в Україні прецедентної моделі цивільного судочинства, оскільки ч. 4 ст. 263 ЦПК України зазначає, що «при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду».

Слова «суд враховує» носять доволі м'яку форму імперативності, оскільки суд лише «враховує», але не зобов'язаний до безпосереднього підпорядкування постановам Верховного Суду.

Такий підхід законодавця обумовлений принципом незалежності суддів при прийнятті ними рішень, оскільки такий дипломатично-процесуальний відступ в бік м'якої форми імперативності лише на перший погляд дає можливість відступу від правових позицій Верховного Суду. Насправді ж такий відступ завжди веде до скасування або зміни судового рішення.

В той же час процес застосування правових аналогій хоча і не є судовою правотворчістю в повному її розумінні, але елементи правотворчого процесу безумовно мають місце в кожному разі.

Н. А. Кузнєцова в цьому зв'язку зауважує, що аналогія закону не є процесом правотворення, а є індивідуальним способом усунення прогалин в праві [82, с. 97]. С. О. Погрібний розглядає аналогію закону та аналогію права як способи подолання законодавчих прогалин у правовому регулюванні договірних правовідносин [113, с. 221-229].

Як з першою, так і другою точкою зору можна погодитись лише в тій частині, що правові аналогії є способом подолання законодавчих прогалин при наявності спірності, неточності чи неповноти норм права. Але сам механізм такого подолання і його змістовно-правовий зміст безумовно пов'язані із елементами правотворчого процесу (логічністю, розумністю, здоровим глуздом тощо), оскільки суддя не лише аналізує норми права при застосуванні аналогії закону, але і тлумачить їх зміст з метою розуміння їх змістовно-правової суті. При цьому, такому змісту часто придається або нова його якість, або розширене розуміння тих чи інших понять, або уточнюються

певні правила, положення, чи окремі процедури, що і складає в даному випадку суть правотворчого процесу. Без такої інтелектуально-правової роботи неможливо застосувати аналогію навіть в межах однієї і тієї ж галузі права.

Інше питання, що процес тлумачення конкретної норми права при її прямому правозастосуванню, не являється правотворчим процесом, оскільки тлумачачи зміст слів, словосполучень, тих правил і понять, які мають місце в нормах права, суд не створює нічого нового на заміну існуючого змісту норм права. Він лише тлумачить значення таких слів і словосполучень як з точки зору широкої їх літературно-змістовної суті, так і з юридичної точки зору, але все це має місце лише в межах горизонту їх змістовно-правової суті.

Так, Дрогобицький міськрайонний суд Львівської області у своєму рішенні від 06 квітня 2021 року дав власне тлумачення поняттю «юридичний спір». За позицією суду, дане поняття має тлумачитися широко, виходячи з підходу Європейського суду з прав людини до тлумачення поняття «спір про право» (пункт 1статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Логічно-граматичне тлумачення словосполучення «відсутність предмета спору» в контексті наведеної правової норми дає підстави для висновку про те, що предмет спору має бути відсутній, тобто не існувати на час пред`явлення позову, оскільки він уточнюється або визначається лише під час безпосереднього розгляду справи по суті [275].

У своїй постанові від 05.10.2021 р. Касаційний цивільний суд Верховного Суду розтлумачив положення статей 1265 ЦК України, роз’яснивши хто з родичів входить до п’ятої черги спадкоємців за законом. Зокрема, за позицією Суду, у п`яту чергу право на спадкування мають родичі четвертого-шостого ступеня споріднення, якщо відсутні спадкоємці перших чотирьох черг (родичі ближчого ступеня споріднення усувають від права спадкування родичів подальшого ступеня споріднення). До родичів четвертого ступеня споріднення належать діти рідних племінників та племінниць спадкодавця (двоюрідні онуки та онучки) і рідні брати та сестри

його діда та баби (двоюрідні дід та баба). До родичів п`ятого ступеня споріднення належать діти його двоюрідних онуків і онучок (двоюрідні правнуки та правнучки), діти його двоюрідних братів та сестер (двоюрідні племінниці та племінники), діти його двоюрідних дідів та бабок (двоюрідні дядьки та тітки). Родичі шостого ступеня споріднення – це діти його двоюрідних правнуків та правнучок (двоюрідні праправнуки та праправнучки), діти його двоюрідних племінників та племінниць (троюрідні онуки та онучки), діти його двоюрідних дядьків та тіток (троюрідні брати та сестри) [276].

При цьому, суд не виходить за межі горизонту змістовно-правового змісту норми матеріального права. Залишаючись в цих межах, суд співвідносить результат свого тлумачення до окремих засобів доказування та тих фактів і обставин, які викристалізовуються на основі отриманої із таких доказів доказової інформації, кваліфікуючи ті чи інші спірні правовідносини відповідно до тих чи інших норм права, зміст яких суд витлумачив.

В той же час судова правотворчість набуває свого безпосереднього змістовно-правового значення при неможливості урегулювати спірні відносини за аналогією закону ні в межах даної галузі права, ні на міжгалузевому рівні. Про це мова йде і при застосуванні аналогії права (ч. 9 ст. 10 ЦПК України), оскільки в даному випадку відбувається тлумачення загальних засад матеріального та принципів процесуального права, способів захисту щодо порушеного, невизнаного чи оспорюваного права, свободи чи законного інтересу, оскільки саме за рахунок такого процесу суд долає законодавчі прогалини. В даному випадку суд формулює нове розуміння тих чи інших спірних відносини по відношенню до загальних засад (принципів) законодавства, таких як справедливість, добросовісність, розумність, свобода вибору, свобода договору тощо (ст. 3 ЦК України), охоплюючи в такий спосіб підстави зародження, розвитку та закінчення спірних правовідносин з їх фактичними наслідками. Керуючись однією із аксіом цивільного судочинства, Велика Палата Верховного Суду в своїй постанові від 4 липня

2018 р. зазначила: «У всіх юридичних справах правосуддя, справедливість має перевагу перед строгим розумінням права» («Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem») [119].

В той же час, в плані поняття «судової правотворчості», доцільно було б звернути увагу на позицію З. В. Ромовської, яка зазначає, що справедливість в праві є категорією морально-правової свідомості, а отже моральне право має братися до уваги під час вирішення питання про те, чи має особа певне юридичне право, чи не має його [171, с. 27].

Отже, судова правотворчість – це процесуальні дії суду, які завжди мають місце лише в межах судового засідання і спрямовані на подолання законодавчих прогалин, які проявилися в законодавстві під час правозастосовної дії суду внаслідок неповноти, нечіткості, спірності норм права чи їх відсутності, що унеможливлює урегулювання спірних відносин за рахунок правотлумачення чи правових аналогій, з закріпленням правотворчого змісту в судовому рішенні.

2.2. Процесуально-правовий механізм судової правотворчості, її умови та межі в цивільному судочинстві у світлі цілей сталого розвитку України

Україна сьогодні потребує радикальних змін не лише в питаннях підбору і розстановки суддівських кадрів, змін у сфері судоустрою але, і реформуванню цивільного процесуального законодавства, яке так ще, і залишається на теренах «позитивіської методології радянського нормативізму» [76, с. 3]. Абсолютизація позитивного права гальмує сьогодні розвиток правозастосовчої практики природного права, і це при тому, що країна вкрай потребує «натуралістичного» правосуддя, де поняття справедливості, моральності, розумності, верховенства права стало б вище за давно застаріле законодавство, де суд в угоду справедливості, може відійти від абстрактного змісту норм права, які часто не враховують конкретний зміст цивільно-правових спорів, зобов'язуючи суд за рахунок тлумачного процесу «підганяти» їх предмет під загальні законодавчі засади чи аналогію права за рахунок тлумачного процесу.

Саме з цих підстав теорія цивільного процесуального права потребує розвитку вчення про судову правотворчість. Дане питання є архіскладним, оскільки судова правотворчість не мала до себе пильної уваги науковців з точки зору застосування загальних засад (принципів) як матеріального, так і процесуального законодавства, меж та умов судового правотворчого процесу, що унеможливлювало комплексне розуміння судової правотворчості як процесуально-правового явища, яке сьогодні вже є характерним для сучасного цивільного судочинства.

Заради справедливості необхідно все ж зазначити, що окремі наукові роботи, які стосувалися правових аналогій [102, с. 83-86], природи тлумачення цивільно-правових норм [24, с. 170-179], проблем суддівської правотворчості [88, с. 63-68; 168, с. 4] мали місце в теоретико-правовому просторі, але це були лише окремі епізодичні роботи. Безумовним фактом є те, що теоретичні напрацювання повинні мати практичну направленість.

Здавалося б, що саме таке поступальне поєднання теорії і практики є найбільш вдалим підходом і в питаннях судової правотворчості та її меж. Разом з тим, практика сучасного судочинства не лише у сфері цивільного процесу, а і інших видах судочинства (господарського, адміністративного) свідчить про те, що теоретичні напрацювання у сфері судової правотворчості витікають із судової практики, яка долаючи законодавчі прогалини, застарілість норм матеріального та процесуального законодавства, інші законодавчі неузгодженості, формує свій процесуально-правовий механізм по відношенню до різнопредметних цивільно-правових спорів з його індивідуалізованим підходом до кожної цивільної справи з метою найточнішого регулювання спірних відносин.

Ми уже звикли і навіть не помічаємо того, що кожного дня в нашому житті виникають все нові і нові цивільно-правові спори з новими їх предметами, які часто не мають свого нормативного регулювання, або таке регулювання є настільки узагальненим, що не враховує підстав виникнення, розвитку чи закінчення спірних відносин та їх наслідків, не придаючи при цьому уваги добросовісності, чи недобросовісності в поведінці тієї чи іншої сторони спору тощо. В той же час, не дивлячись на те, що життєві ситуації внаслідок економічної, фінансової, екологічної, технологічної та іншої складової швидко змінюється, але судді не можуть зважати на це, оскільки норми права в позитивному законодавстві запрограмовані на загальне регулювання суспільних відносин, не вдаючись у зміст природної справедливості окремої людини, оскільки правило: «закон справедливий» уніфікує суть всіх правовідносин в єдине їх нормативне розуміння. Ось чому, «верховенство закону» як принцип превалює в позитивістській теорії права, яка по суті має потужні корені в сучасному процесуальному законодавстві та судовій практиці нашої країни.

В цьому зв'язку, М. М. Пархоменко зазначає: «Ми вимагаємо від судів справедливих рішень, але в той же час боїмось надати суддям можливостей «творчого компоненту», ставлячи їм при цьому в приклад «творчий підхід»

суддів Європейського суду з прав людини, вважаючи, що у Європі судді підготовлені, а у нас «недосконала судова система, немає об'єктивного підбору кандидатів на посади суддів [106, с. 336]. Таким чином, в Україні є певні побоювання того, що судова правотворчість може «порушити принцип розподілу влади та перетворюватися із верховенства права у верховенство суддів» [71, с. 38-48].

Такий підхід до судової правотворчості сьогодні не є рідкістю. І проблема тут не в тому, що судді не добросовісні чи схильні до затягування судових процесів, просто вони звикли працювати виключно в рамках судової практики Постанов Пленумів Верховного Суду України, в яких суд тлумачив правову позицію як у сфері матеріального так і процесуального права. Судді ж, співвідносячи їх до фактичних обставин справи, посилалися на такі правові позиції як на підтвердження своєї правоти щодо правильної юридичної кваліфікації спірних правовідносин. В той же час суддя не є простим «копіювальником» приписів закону. Він має зважати на безліч не лише юридичних, а і моральних, суспільних та інших чинників, перебуваючи в постійному контакті з потребами правового життя. Тобто, судове рішення завдяки творчій роботі суддів повинно бути не стільки результатом діяльності законодавця, скільки самостійною працею самих суддів.

Таким чином, роль судді без сумніву є головною у сфері правозастосовчої практики. Більш того, таку роль суду законодавець посилює за рахунок того, що забороняє відмову «у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

Вирішити ці завдання у сфері виключної дії континентального права, в якому не культивується судова правотворчість неможливо, оскільки його джерелом є виключно нормативний акт [12, с. 145-149]. Ось чому доктрина судового рішення завжди ґрунтувалася на тому, що рішення в першу чергу повинно бути законним, а уже потім – обґрунтованим та справедливим [260 с. 60; 277, с. 10-12].

Якщо питання законності та обґрунтованості судового рішення доволі суттєво досліджено з точки зору цивільного процесуального права, то питання справедливості сьогодні трактується у сфері поняття верховенства права. Під даним поняттям В. А. Кройтор розуміє втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність ідей соціальної справедливості, рівності, пропорційності, моральності, здорового глузду, традицій та звичаїв, зумовлених історично-культурним рівнем суспільства [79, с. 33].

Таким чином, право на справедливий судовий розгляд цивільних справ в останній час стало предметом серйозного вивчення [72, с. 99].

В цьому зв'язку І. Р. Медведєв зазначає, що для розуміння сучасних тенденцій щодо розвитку цивільного процесу, цікавим може стати досвід англо-американської правової сім'ї щодо виділення загальних тенденцій розвитку цивільного судочинства у світі [99, с. 136-151]. Таким чином, ми можемо говорити про те, що в обох системах як загального, так і континентального права судова правотворчість у світі набуває все більшої популярності. Безумовно, що в загальному праві вона сприймається вже як правова традиція, а в континентальному вона більш завуальована, хоча і має місце в тій чи іншій формі. Таким чином, можна говорити про те, що судова правотворчість у світі починає сприйматись як наднаціональний процесуально-правовий інститут, який по суті зближує дві системи, дві традиції права. На підтвердження даної думки В. Вейганд, звертає увагу на те, що в останній час спостерігається тенденція до підвищення ролі судових прецедентів в країнах континентального права [15, с. 147]. Це означає, що питання судової правотворчості стає актуальним не лише в Україні, а і в країнах Європейського Союзу. І це є об'єктивним трендом, оскільки трансформація суспільної свідомості, уявлення про справедливість, певні цінності і ідеали швидко змінюються, а з ними змінюється, і світогляд суддів в їх правозастосовчій практиці. Якщо змінюються, уточнюються, доповнюються чи скасовуються певні норми як матеріального, так і процесуального права, то це безумовно означає те, що змінюються погляди

суспільства на право і те суспільне життя, в якому це право функціонує. Разом з тим, потрібно визнати, що «писане право» з точки зору механізму його прийняття законодавцем є «неповоротким», а тому воно все частіше стає неефективним. Оперативність в правосудді сьогодні пов'язується із судовою правотворчістю, тому Україні потрібно відходити від удаваних положень про відсутність в цивільному судочинстві правотворчості. Істинним право творцем права, на думку професора Гарварду Джона Лаплен Грея, є не той хто створює норми права, а той хто має абсолютне право їх інтерпретувати, і тим більше той, хто може вирішувати, що ці норми означають з того чи іншого приводу [32, с. 3]. Разом з тим, суд не є правотворцем. Він лише має право застосовувати дану форму правосуддя з метою подолання законодавчих прогалин, а тому він не творить право заради права.

Верховенство права, справедливість, добросовісність, розумність, прозорість, гласність, повага до права – це ті принципи на яких Україна хоча і поступово, але починає розвивати вчення про судову правотворчість.

Отже, судова правотворчість – це не примха українських суддів. Це об'єктивно-природний процес, який може мати місце при розгляді як цивільно-правових так і господарсько-правових та адміністративно-правих спорів. Сьогодні це по суті необхідний напрямок модернізації правосуддя в нашій державі, оскільки розвиток цивільних, земельних, сімейних, трудових, житлових правовідносин є настільки стрімким, що законодавець з його повільністю та ускладненням законодавчих процедур просто не встигає за порядком денним суспільства, яке оновлюється майже кожного дня.

Таким чином якщо донедавна ми говорили про те, що правовідносини по суті самі «обирають» для себе норму права, а від суддів залежить лише те, куди спрямовувати такий вибір, то сьогодні в епоху інформаційної, технологічної, виробничої, економічної, фінансової тощо аритмії, породжується законодавча нестабільність, що зумовлює суд до активної його ролі в цивільному судочинстві. Таким чином, роль судді зростає, але уже не з

точки зору його слідчих функцій, що мало місце за радянської епохи, а з точки зору права на судову правотворчість. І з цих позицій ми можемо говорити, що цивільне судочинство сьогодні починає вбирати в себе як окремі поняття континентального, так і загального права, і в цьому контексті безумовно підвищується роль суду. Саме на суді лежить обов'язок по скрупульозному з'ясуванню всіх обставин справи в судовому процесі. Це може мати місце як за рахунок зменшення виключної змагальної форми судочинства з наданням можливостей суду до збирання доказів з метою перевірки доказів, так і можливостей щодо судової правотворчості. Саме на цій основі сьогодні проходить реформа цивільного судочинства в Англії і Уельсі і така «практика підтвердила її ефективність» [10, с. 7]. З цих підстав, більшість англійських процесуалістів підтримали такі нововведення [17, с. 43].

Якщо говорити про процесуально-правовий механізм судової правотворчості, то потрібно говорити про роль суддів як суб'єктів правотворчого процесу. В цьому плані ми сприймаємо суддю як вченого, який по-перше розуміє змістовно-правову суть загальних засад (принципів) різнонаправленого матеріального права, в основі якого лежать суспільні, моральні, етичні цінності. Саме на цій основі судді через «правотворчий процес» мають можливість розкрити їх змістовно-правову суть по відношенню до тих спірних відносин, які або ще не урегульовані нормами права, але вони вже роблять перші кроки в суспільстві, або не достатньо урегульовані, чи мають не уточнений характер, або є спірними чи казуїстичними.

Безумовно, що в цьому плані існує доволі суттєва складність, яка полягає в тому, щоб суддя міг зрозуміти і «уловити» таку новизну, і виходячи із загальної ідеї захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів міг створити таку правову формулу, яка могла б органічно заповнити ту чи іншу законодавчу прогалину, яка має місце не лише між певними нормами права одного і того ж закону, але, і у змісті

окремої норми права. В цьому зв'язку Л. С. Явич зазначає, що під час такого процесу, за рахунок певних умозаключень та обґрунтувань можуть формуватися нові принципи права, не дивлячись на відсутність їх чіткого змістовного закріплення в законодавстві [239, 149-150].

Звісно, що суддя повинен методично правильно підійти до процесу «судової правотворчості», який має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань. При цьому, суддя повинен добре знати національну судову практику у сфері конкретних правовідносин та прецеденту практику Європейського суду з прав людини з даного питання, що дає можливість перевірити чи не зустрічалися подібні випадки в цивільному судочинстві раніше, а якщо вони мали місце, то як вирішувалися, як обґрунтовувалася правова позиція тим чи іншим судом.

В той же час, з методологічної точки зору, питання розвитку права на основі судової правотворчості починаються на етапі неможливості тлумачення судом як окремої норми права, так і застосуванню правових аналогій, оскільки останні лише опосередковано або дотично мають відношення до судової правотворчості. Це означає, що суд в таких випадках переходить на новий рівень – рівень об’єктивного правосуддя, коли розгляд справи відбувається не на основі норм права, а на основі верховенства права та загальних засад (принципів) як матеріального, так і процесуального законодавства, де обґрунтування правової позиції здійснюється на основі справедливої оцінки дій сторін, логічної їх послідовності, добросовісності при їх вчиненні та змістовної їх розумності.

Таким чином, під поняттям «судова правотворчість» розуміється процесуально-правовий процес, який має місце в межах процесуальної форми судових засідань, де суддя як провідник волі держави, яка ґрунтується на неможливості відмови у правосудді з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства з одного боку та конституційного обов’язку щодо захисту порушеного, невизнаного, оспорюваного права, свободи та законного інтересу з іншого, за рахунок аналітично-правової

роботи, яка спрямована на створення такої правової формули, яка б давала можливість до подолання законодавчих прогалин на основі аналогії закону чи права, (м'яка законотворчість), а при відсутності норми права дала б можливість до подолання такої законодавчої прогалини (виключної правової проблеми) та розвитку права з метою формування єдиної правозастосовної практики.

Досліджуючи процесуально-правовий механізм «судової правотворчості» ми приходимо до висновку, що судова правотворчість є об'єктивно-природною необхідністю в правозастосовчій діяльності суду.

Не дивлячись на критичне ставлення сьогоднішньої доктрини до такого процесуально-правового інституту, ми все ж схильні говорити і про те, що в правозастосовному процесі правових аналогій також має місце судова правотворчість, оскільки саме судова правотворчість з точки зору інтерпретації та тлумачення подібних за своїм правовим змістом норм права по відношенню до конкретного змісту спірних правовідносин потребує ексклюзивного правового обґрунтування як предмету спору, так і оцінки засобів доказування, і з цих підстав такий процес «за своїм характером потребує цивільно-правового регулювання, оскільки такі відносини не урегульовані конкретними нормами права, а відтак урегулювати спір, що виник, неможливо. В той же час, ґрунтуючись на загальних засадах законодавства при наявності закону, який регулює подібні відносини, спір може бути урегульований за аналогією закону» (такі умови застосування закону за аналогією визначила у своїй постанові Велика Палата Верховного Суду від 23 червня 2020 року у справі № 909/337/19, пункти 43-45) [127].

Безумовно, що судді тлумачачи норми права в порядку їх аналогії, повинні з повагою ставитись до юридичного їх змісту і суті. З урахуванням даних обставин, на першому етапі такого правозастосовчого процесу дійсно має місце тлумачення змістовно-правової суті тієї чи іншої норми права, яка залучається до урегулювання спірних відносин. Така необхідність полягає в тому, щоб спочатку відповісти на питання: чи вірно обрана судом така норма

права для її застосування за аналогією до того чи іншого предмета спору, чи ні?

Оскільки норма права, яка залучається у правозастосовчий процес за аналогією, прямо не регулює спірні відносини, то з цих підстав обирається до правозастосовчого процесу норма права, яка опосередковано або дотично має відношення до спірних правовідносин. На другом етапі застосування аналогії закону одного лише тлумачення, як щодо юридичного змісту окремих слів так і словосполучень, які мають місце у змісті норм права є недостатньо, оскільки правозастосовувач повинен «розширяти» діапазон змістовно-правової суті такої норми до тих меж, якими і охоплювався б зміст предмета спору. Обійтись в такому процесі без елементів судової правотворчості неможливо.

Аналогічно ми підходимо і до тих випадків, коли відсутня можливість застосування аналогії закону для урегулювання спірних відносин. В таких випадках виникає необхідність у застосуванні аналогії права. Даний процес також ґрунтується не лише на тлумаченні загальних засад (принципів) як матеріального, так і процесуального законодавства, а і на елементах судової правотворчості. Так, в кожен із тлумачних процесів загальних засад законодавства суд повинен вводити ті чи інші сформовані ним поняття, які прямо, дотично чи опосередковано на думку суду стосуються спірних відносин, а відтак допомагають у їх регулюванні. Безумовно, що такі положення можуть носити спірний характер і з цих підстав скасовуватись на рівні апеляційного провадження або навпаки вони можуть бути підтримані апеляційним судом.

Розглядаючи дію норми права за рахунок розширення горизонту її змістовно-правової суті під час тлумачної правотворчості (аналогія закону як в межах однієї галузі права, так і на міжгалузевому рівні), судді повинні розуміти, яку мету та яку ціль вони переслідують з одного боку, а з іншого розуміти, що саме так би діяв і законодавець регулюючи ті чи інші правовідносини при його законотворенні. Для України такі моменти не є

рідкістю, оскільки недосконаліть, суперечливість норм права, турбулентність в законодавстві, низький рівень законотворчої культури безумовно спонукає суддів до «тлумачної правотворчості», в ході якої уточнюються певні поняття, розширяється їх правовий зміст.

В той же час, застосовуючи аналогію права на основі загальних засад законодавства, принципів права ми можемо за рахунок судової правотворчості заповнювати не лише законодавчі прогалини, але і заповнювати такі суміжні правові явища як «законодавчі паузи». Так, ч. 2 ст. 269 ЦК України зазначає: «Особисті немайнові права фізичної особи не мають економічного змісту».

Як бачимо, законодавець використав в законі неуточнене поняття відносно немайнових прав фізичної особи зазначивши, що в їх основі відсутній «економічний зміст». При цьому, законодавець не дає законодавчого визначення поняттю «економічного змісту». Таким прийомом законодавець користується доволі часто, ставлячи неуточнені поняття на «паузу» з тим, щоб суд міг визначати їх зміст самостійно до тих чи інших спірних відносин. Такі випадки, ґрунтуючись на правотлумачному процесі завжди мають свій обособлений елемент правової новизни, яка стосується поняття «економічного змісту».

Розкриття особистих немайнових прав щодо їх видів, змісту, здійснення, забезпечення, захисту, поновлення, спростування має своє закріплення і в інших нормах Цивільного кодексу (ст.ст. 270–277 ЦК України). Разом з тим такі права постійно виникають, розширяються, змінюються і їх кваліфікаційна особливість щодо відсутності в їх суті «економічного змісту» вже сьогодні є проблемним питанням з погляду, наприклад, на тенденцію роботизації, андроїдних технологій.

Іншим суміжним явищем, яке також пов’язується із судовою правотворчістю є «правова оцінка окремих понять». Так, ч. 5 ст. 97 СК України зазначає: «Сторони можуть включити до шлюбного договору будь-які інші умови щодо правового режиму майна, якщо вони не суперечать

моральним засадам суспільства». Під такою локальною судовою правотворчістю розуміється не лише літературно-правове розуміння конкретних понять, але і їх правове формулювання та конкретизацію, наприклад, щодо словосполучення «не суперечать моральним засадам суспільства». Таке поняття потребує свого правового визначення з точки зору філософсько-правової категорії «моральні засади суспільства», та введення їх у сферу правозастосовчого процесу.

В цілому ряді норм права існують посилання на інші нормативні акти у не розвернутому вигляді. Наприклад, ст. 146 ЗК України зазначає: «Викуп земельних ділянок для суспільних потреб, …здійснюється у випадках та в порядку, встановленому законом».

Безумовно, що всі ці моменти потребують творчого суддівського підходу, який ґрунтується на правосвідомості суддів, їх розумінні економічної, фінансової, моральної складової, яка безумовно завжди має місце в сфері суспільних відносин, а відтак завжди потребує своєї індивідуалізованої оцінки при прийнятті рішення по суті справи.

При цьому кожне таке рішення завжди пов’язане не з уніфікацією поведінки сторін у сфері цивільних правовідносин, на що спрямоване позитивне законодавство, а придає кожному із елементів таких правовідносин, як на стадії початку так і розвитку та закінчення, певну ексклюзивність, яку законодавець іноді не може передбачити на стадії законотворення. У зв’язку з цим перед судом, який розглядає цивільно-правовий спір по суті виникає цілий ряд проблем з точки зору юридичного регулювання спірних відносин. У разі ж неможливості кваліфікувати спірні правовідносини у відповідності до прямої норми права у зв’язку з її відсутністю, неточністю, казуїстичністю, складністю чи неповнотою, суд не може залишити справу без розгляду, оскільки в цивільному процесуальному кодексі України міститься заборона щодо таких дій (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). Саме з цих підстав С.С. Алексєєв говорив про право як систему, яка певною мірою саморегулюється, само влаштовується, в якій у ряді

випадків суд допомагає подолати прорахунки законодавця, забезпечуючи дію юридичних норм відповідно до вимог суспільних відносин, що розвиваються [20, с. 265]. Вище ми зазначали, що суди, застосовуючи аналогію закону чи аналогію права, не можуть обійтись без локальної правотворчості, оскільки суд в таких випадках по суті відтворює волю законодавця, розширяючи горизонт змістовно-правової суті норм як галузевого, так і міжгалузевого законодавства, загальних засад цивільного, сімейного, земельного, трудового законодавства, процесуальних та матеріальних принципів права, способів захисту порушених прав, свобод та інтересів особи, формуючи по суті нові поняття та змістовно-правове розуміння як окремих правових інститутів, правових категорій, понять чи правил. З урахуванням даних обставин, доречно було б зрозуміти, як «тлумачення права», відрізняється від судової правотворчості з якою пов'язується розвиток права? Якщо ми говоримо про тлумачення, то ми говоримо про пояснення як юридичного так лінгвістичного змісту як щодо окремих слів так і словосполучень, які містяться в нормі права. При цьому такі роз'яснення ніколи не виходять за межі горизонту змістовно-правової суті норми права і спрямовані в першу чергу до тих правовідносин, які вони регулюють. Таким чином тлумачення це по суті мотивування того чому суд застосовує саме дану норму права для урегулювання даних спірних відносин. Безумовно, що тлумачення потребує певних навиків і знань, в тому числі і правозастосовчої практики окремих норм права. Саме з цих підстав суди у своїх рішеннях посилаються не лише на норми права, а і на практику їх правозастосування.

Так, у своєму рішенні від 03 вересня 2021 р. суддя Ковпаківського районного суду в м. Суми, розглядаючи цивільну справу про стягнення грошової компенсації за автомобіль як майно, нажите під час спільного життя сторін, які не перебували між собою в шлюбі, не звернув уваги на те, що відповідач у своєму відзиві посилався на постанови Верховного Суду у справі № 201/14044/16ц від 18.04.2018 р. та у справі №523/8542/15-ц від 30.08.2019 р. щодо необхідності визначення вартості автомобіля не на дату

його відчуження, а на дату розгляду справи в суді, оскільки з того часу минуло чотири роки. В той же час відповідач просив відмовити позивачеві у позові з підстав ч.3 ст.267 ЦК України (пропуску строку позовної давності, який на день подання позову 14.04.2021 р. давно сплив).

Суд, не звертаючи уваги на доводи відповідача, задовольнив позов позивача і в обґрунтування своєї позиції послався у своєму рішенні на п. 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2017 р. № 11 « Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя», зазначивши, що не дивлячись на те, що автомобіль і було відчужено в 2016 році, але кошти не пішли на потреби сім'ї, яка мала місце до 2015 року, «у зв'язку з тим, що відчуження майна одним із подружжя проти волі іншого та неможливості встановлення його дійсної (ринкової) вартості взяти за основу висновок визначення ринкової вартості подібного за своїми якостями (технічними характеристиками) майна станом на 15.09.2015 р. а не на час розгляду справи. Такий підхід є гарантією справедливої сатисфакції особі у зв'язку з припиненням її права на спільне майно» [92].

Таким чином суд відкинув правову позицію Верховного Суду, взявши за основу практику Пленуму Верховного Суду України. Відкидаючи правові позиції Верховного Суду, які по суті носять прецедентний характер, суд не навів жодних доводів чому він так робить. В той же час, Р. Майданик зазначає, що частина рішень Верховного Суду має юридичну силу норми права [92]. Безумовно, що надаючи таким постановам імперативного характеру, законодавець намагається надати допомогу суддям як з теоретичної, так і тлумачної точки зору з метою усунення законодавчих неузгоджень, які мають місце в законодавстві та правозастосовчій практиці.

У зв'язку з цим, доречно співставити судово-тлумачний процес в цивільному судочинстві у сфері правозастосовчої практики і процесуально-правовий механізм судової правотворчості, який також має місце у сфері судового правозастосування. Так, правотлумачний процес норм права у сфері

правозастосовчої практики характеризується тим, що: а) право тлумачення здійснюється відносно змісту конкретної норми права з точки зору правової і лінгвістичної її суті; б) такий тлумачний процес завжди спрямований у сферу тих чи інших спірних правовідносин та того предмету спору, який розглядається в межах процесуальної форми судових засідань.

Правотворчий же процес «завжди пов'язується із наявністю непереборних умов, які і є початковою умовою в понятті «судова правотворчість» [249, с. 75].

Однією із основ такого механізму є теорія динамічного тлумачення, коли суддя під час тлумачення положень нормативно-правового акта, який він хоче застосувати за аналогією, надає йому такого правотлумачного значення, яке відповідає вимогам сучасного життя [235, с. 24-29].

В той же час, судова правотворчість набуває свого безпосереднього змістовно-правового значення при неможливості кваліфікувати спірні правовідносини за аналогією закону ні в межах даної галузі права, ні на міжгалузевому рівні, ні за аналогією права (ч. 9 ст. 10 ЦПК України).

Саме на основі аналізу як загальних засад законодавства, так і принципів матеріального та процесуального права, способів захисту щодо порушеного, невизнаного чи оспорюваного права, свободи чи законодавчого інтересу суд долає законодавчі прогалини, заповнюючи їх новим розумінням тих чи інших спірних відносин, їх природної суті, особливостей початку, розвитку та закінчення таких відносин та їх фактичних наслідків. Таким чином, суд за рахунок судової правотворчості поступово відходить від «позитивіської методології радянського позитивізму» [76, с. 3]. Такий підхід надає можливість творчого підходу у правозастосуванні не лише на рівні судів районної та апеляційної ланки, але і на рівні Верховного Суду, який «творить право» забезпечуючи в такий спосіб його природний розвиток (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

Теорія ж правозастосування дає можливість визнати судову правотворчість, а з нею і судовий прецедент, який де-факто уже існує в

практичній площині цивільного судочинства, хоча і не визнається джерелом права.

Такий висновок носить виключно прагматичний характер, який полягає в тому, що не логічним є протиставлення Верховного Суду, Європейському суду з прав людини, оскільки судова практика останнього визначається джерелом права (ч. 4 ст. 40 ЦПК України), а постанови Верховного Суду лише «можуть бути враховані» (ч. 4. ст. 263 ЦПК України).

Безумовно, що такі наслідки можуть породити питання: чи буде відноситись судова система України до континентального права чи поступово буде схилятися до загального? Відповідаючи на це питання, ми можемо сказати, що третина країн світу застосовує прецедентне право, в основі якого має місце і судова правотворчість. Саме судова правотворчість слугує страховою гарантією для законодавця від тих законодавчих прогалин, які об'єктивно завжди мають місце у складних правових системах. Прецедентне право, на думку О. Ф. Скакун вже існує в Україні, хоча і немає свого офіційного законодавчого закріплення [180, с. 26-32].

Таким чином в Україні, на думку С. І. Запари поступово відбувається процес зближення континентального і загального права. В основі такого зближення лежить саме судова правотворчість [62, с. 35-40].

Отже, судова правотворчість являє собою світоглядну систему професійних проглядів суддів на право у сфері правозастосовчої практики. Разом з тим, така творчість не є безмежною. Вона має свій початок, який пов'язується із наявністю непереборних умов, під якими розуміється: а) судова правотворчість має місце там і тоді, коли у суду немає можливостей кваліфікувати спірні правовідносини відповідно до прямої норми права, яка регулювала б такі правовідносини; б) у суду немає можливостей застосовувати аналогію закону як в межах однієї галузі права, так і на міжгалузевому рівні; в) є наявними законодавчі прогалини і з цих підстав неможливо точно урегулювати спірні відносини без інтерпретації загальних засад законодавства, які мають місце в межах дії Конституції України; г)

наявність відносин, які не урегульовані нормами права, або урегульовані не чітко, або неповно, що створює неможливість урегулювання спірних відносин за рахунок інших джерел матеріального права.

Таким чином, судова правотворчість як процесуальна категорія, має не лише свій процесуально-правовий початок, але і свої межі. Так, при подоланні законодавчих прогалин межею є інтерпретація загальних засад законодавства, принципів права. При тлумаченні норм права, межею є горизонт змістовно-юридичної суті норми права. При застосуванні аналогії закону однієї і тієї ж галузі права, межею є горизонт змістовно-правової суті норми права, за якою кваліфікують спірні правовідносини. При аналогії права межею є буквальна змістовно-юридична суть загальних засад законодавства, принципів права, способів захисту тощо.

При наявності «виключної правової проблеми» та «забезпечення розвитку права» з метою «формування єдиної правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України), межею є інтерпретація змістовної суті предмету спірних відносин по відношенню до конституційних принципів та загальних засад законодавства певної галузі права, що дає можливість сформувати нову правову визначеність, заповнюючи в такий спосіб законодавчі прогалини та формулюючи нові напрямки розвитку права [249, с. 73-76].

2.3. Межі та умови судової правотворчості у сфері доступу до правосуддя в цивільному судочинстві за наявності законодавчих прогалин

Юристи, які в свій час вивчали цивільне процесуальне право, звикли до того, що розгляд цивільних справ розпочинається із ознайомлення суддів із суттю цивільно-правового спору, змістом наявних доказів, співвідношенням їх змісту до відповідних матеріальних норм права, і на цій основі відбувається урегулювання спірних відносин шляхом ухвалення судового рішення. Безумовно, що це спрощений підхід до цивільного судочинства. Разом з тим такий процесуально-правовий механізм щодо розгляду цивільно-правових спорів потребував від суддів професіональних знань, знань судової практики, життєвого досвіду, оригінальної логіки суджень, що, і давало позитивні наслідки при розгляді цивільних справ у судах першої інстанції. Такий класичний підхід до розгляду судами цивільно-правових спорів формувався тисячоліттями і мав місце до кінця першої половини XX століття, ґрунтуючись на стабільності національного законодавства як в країнах Європи, так, і Радянського Союзу, куди входила, і Україна.

Саме на цій основі в цивільному правосудді поступово сформувалася позитивістська теорія права, за якою суд виконував лише технічно-правову роботу у сфері правозастосовчої практики, урегульовуючи спірні відносини відповідно до наявних норм матеріального права з можливим правотлумаченням таких норм, але лише в межах горизонту їх змістовно-правової суті. Таким чином, доктринальна думка того періоду ґрунтувалася на принципі верховенства закону і зводилася до того, що суд не може відступати від норм права, а відтак судова правотворчість була поза законом.

Кінець XX – початок XXI століття ознаменувався стрімким розвитком науково-технічного прогресу, технології якого від лабораторних зразків розповсюдились в реальну практику економіки, виробництва, суспільних відносин, заповнюючи життя людей новими відносинами, які почали формувати нову поведінку людей, що привело до правового парадоксу, коли

сфера суспільного розвитку «пішла» вперед і неймовірно розширилася, а законодавчий її супровід залишився в своїй більшості незмінним. Це породило, і нажаль сьогодні породжує, численні неузгодженості між процесом внутрішнього життя держави і правозастосовчою практикою судів та законодавством, яке в більшості вже не відповідає реаліям такого життя. Саме з цих підстав була прийнята Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Рим. 4.XI.1950) та створено Європейський суд з прав людини.

В цьому контексті виник новий напрямок в правосудді, де питання верховенства права стало визначальним, а питання справедливості отримало новий імпульс, що з одного боку відкрило можливості до судової правотворчості, а з іншого – почало зближувати дві правові системи: загального і континентального права.

В той же час, законність і обґрунтованість судових рішень залишається основою сучасного світового правосуддя як у сфері загального, так і континентального права. І це ще раз засвідчує, що ці дві системи права, не дивлячись на їх принципову різницю у правозастосовчій практиці, за своїми завданнями є однотипними. Безумовно, що «творчим компонентом загального права є судді, оскільки вони «творять» загальне право, виходячи із своїх уявлень про те, що є прийнятним з точки зору громадськості… і цим самим судді неминуче нав'язують суспільству свою точку зору з певного питання» [28, с. 47]. Таким чином, теорія судової правотворчості у сфері загального права є провідною, хоча ні Англія, ні США чи Канада не є країнами, де існує виключність судових прецедентів, в основі яких лежить судова правотворчість. Безумовно, судді не є творцями законів. В більшості випадків вони лише їх тлумачать та інтерпретують, але у разі наявності законодавчих прогалин саме на суддях лежить обов'язок по їх подоланню.

Аналогічно, творчий компонент сьогодні має місце і в континентальному праві, в тому числі і в правосудді України, оскільки до цього є хоча і опосередковані, але все ж законодавчі підстави. Так,

законодавець в подолання законодавчих прогалин, встановлює свій процесуально-правовий алгоритм послідовностей, який закріплено в ч. 9 ст. 10 ЦПК України. У зв'язку з цим, законодавець спочатку пропонує так би мовити загальний підхід до подолання законодавчих прогалин, зазначаючи: «якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)». Безумовно, що такі види правозастосування ґрунтуються на правотлумачному процесі подібних за своїм регулюванням норм права як однієї і тієї ж галузі права, так і норм інших галузей права чи загальних засад законодавства. Але, як уже зазначалося вище (Розділ 1 гл. 4 даної роботи) в кожному правотлумачному процесі має місце певний елемент судової правотворчості. Безумовно, він може носити як позитивний, так і негативний характер, але це вже питання щодо його якості і законності.

В той же час, при неможливості застосування правових аналогій як логічного прийому у правотлумачному процесі подолання законодавчих прогалин відбувається за рахунок судової правотворчості, яка в таких випадках не є просто бажаною, вона є об’єктивною необхідністю.

В цій частині важко не погодитися із С. В. Шевчуком в тому, що доволі «важко провести чітку межу між тлумаченням та суддівською правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент вибору та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності» [264, с. 640].

Таким чином, сучасне цивільне судочинство нашої держави поступово відходить від радянського нормативізму у правозастосовчій практиці в бік зростання ролі суду, що означає відхід від мовчазного і безумовного застосування норм статутного права в правосудді, коли судді поставлені в жорстку залежність від закону [88, с. 61-67]. Отже, судді сьогодні набувають статусу суб’єкта правотворчого процесу, що є об’єктивною закономірністю [173, с. 64].

Не дивлячись на це, на доктринальному рівні, все ж продовжується наукова полеміка щодо належності тих чи інших судових органів до суб'єктів судової правотворчості [179, с. 74]. Так, одні вчені відносять до суб'єктів такої правотворчості всі суди нашої судової системи [203, с. 1-6]. В. Данішевська в цій частині зазначає, що це «нормально, оскільки такий підхід відповідає Конституції і по суті є необхідним. Без цього судова практика не зможе нормально існувати» [278].

В той же час, П.О. Гук, О. В. Попов, С. В. Шевчук, І. П. Зеленко дотримуються думки про те, що «суб'єктами судової правотворчості можуть бути лише вищі судові органи» [65, с. 11].

Ми вважаємо, що суб'єктивне право на судову правотворчість всіх судів нашої держави ґрунтується на вимогах ст. 124 Конституції України та ч. 10 ст. 10 ЦПК України, оскільки Конституція зазначає, що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі». При цьому, судам «забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України) і це при тому, що «кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів» (ч. 1 ст. 4 ЦПК України).

В той же час, якщо ми говоримо про правотворчість судів першої та апеляційної інстанції як форму правозастосування внутрішнього порядку, то вона не носить своєї остаточності, оскільки її положення можуть бути скасовані касаційною інстанцією. Наша судова система, в цій частині, працює в режимі самоконтролю і з цих позицій відповідає фундаментальним суспільним цінностям.

Сьогодні в теорії цивільного процесуального права немає чіткого розуміння, а відтак і розмежування таких понять як «судова правотворчість», «законодавчі прогалини», «виключні правові проблеми», «забезпечення розвитку права», «інтерпретація законодавчих актів» тощо.

Така ситуація призводить до ускладнень в практичній площині цивільного судочинства, оскільки ці питання, не дивлячись на здавалося б зрозумілість їх змісту, не дають точної відповіді, що ж є їх процесуально-правовим змістом? Де починаються і закінчуються їх межі? Яка методика їх застосування?

Якщо ж говорити про класичну систему розгляду цивільних справ, в основі якої лежить співвідношення предмета спору до змісту конкретної норми права, то при відсутності такого співвідношення ми маємо справу з аномальним явищем в законодавстві. Під аномальним явищем в законодавстві розуміється неповнота, нечіткість, суперечливість, або взагалі відсутність норми права, якою можна було б урегулювати спірні відносини. Причини таких аномальних явищ часто «ховаються» у намаганнях законодавця в «турбо режимі» приймати законодавство, що призводить до змістовної неточності окремих його норм, законодавчої неохайності при текстовому прийнятті законів, казуїстичності їх змісту, неповноти та суперечливості. Таким чином, за наявності таких законодавчих ускладнень, суддям доволі складно розглядати справи по суті. Класичною схемою по подоланню таких законодавчих неузгодженостей довготривалий час був правотлумачний процес, який мав місце в правозастосовчій практиці судів всіх рівнів. Особливо це стосувалося Верховного Суду, який через систему постанов свого пленуму не лише давав роз'яснення щодо методики розгляду тієї чи іншої категорії справ, але часто тлумачив норми права, виходячи за горизонт їх змістовно-правової суті. Безумовно, що така правозастосовча практика по урегулюванню спірних правовідносин є виправданою лише тоді, коли суду необхідно розкрити філологічно-правовий зміст окремих слів чи словосполучень з метою правової визначеності загального змісту норми права. В той же час при наявності законодавчих прогалин суд вимушений був переходити до більш ускладненого виду тлумачення, застосовуючи правові аналогії (аналогії закону чи аналогії права). Проблема тут полягає в тому, що як в першому, так і другому випадках об'єктивно, суд зіштовхується із

проблемою судової правотворчості, яку суд в більшій чи меншій мірі за рахунок інтелектуальної складової вносить у правотлумачний процес. В цій частині ще раз необхідно погодитись із С. Шевчуком, який зазначає, що «важливо провести чітку межу між тлумаченням та суддівською правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент вибору та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності» [264].

Цю думку продовжує і М. М. Ясинок, який називає правотлумачний і правотворчий процеси взаємопроникаючими процесуально-правовими субстанціями, які відкривають шлях до остаточної правової визначеності в питаннях нечіткості, суперечливості чи казуїстичної змісту норм права, що дає можливість отримати нову правову реальність при урегулюванні спірних відносин [279, с. 37-40].

Іншого підходу потребує методика розгляду цивільних справ при наявності законодавчих прогалин та заповнення таких прогалин. Перш ніж дослідити дане питання, необхідно вияснити, що являє собою законодавча прогалина в правому її розумінні. Дане питання з доктринальної точки зору не є таким простим та однозначним, як це здається на перший погляд.

Так, П. М. Рабінович зазначає, що прогалини в законодавстві вказують на те, що нормативно-правова регламентація певної групи суспільних відносин у сфері їх правового регулювання не має місця [146, с. 140]. Ю. О. Заїка також повторює дану тезу, розуміючи під прогалиною в праві випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового урегулювання, але воно відсутнє [57, с. 29-30]. Цієї ж думки дотримується і О. Ф. Скакун [182, с. 594], В. І. Труба, Р. С. Притченко [211, с. 319], С. С. Алексєєв [19, с. 118], О. Ф. Черданцев [231, с. 256]. Г. П. Тимченко і Ю. О. Котвяковський під поняттям законодавчих прогалин розуміють той проміжок, який об’єктивно виник між окремими нормами права і неурегульований правом [209, с. 29].

Найбільш точніше в цьому плані висловлюється В. І. Борісова і С. Н. Приступа, які зазначають, що прогалина в законодавстві – це відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійного

випадку [31, с. 46]. Якщо при цьому мова йде про внутрішню суть законодавчих прогалин, то Т. В. Шевченко розглядає питання прогалин в праві як дефект у зовнішньому прояві волі держави та її юридико-технічному оформленні [233, с. 24].

С. Погребняк розглядає прогалини в законодавстві з точки зору загального їх розуміння, перефразовуючи прогалини як «пусте, незаповнене нічим місце», внаслідок чого суб'єкт правозастосування не може прийняти рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права [112, с. 44-56].

Таким чином, всіх науковців об'єднує одне і те ж розуміння процесуально-правової суті поняття «законодавчої прогалини». Це не можливість урегулювати судом суспільні відносини, які набули спірного характеру у зв'язку з відсутністю конкретної норми права чи змістовної їх неточності або неповноти, що вказує на наявну відсутність повної чи часткової волі держави. Це пов'язано з тим, що в кожному законі об'єктивно мають місце законодавчі прогалини, оскільки досягти безмежності закону та його ідеальності неможливо. Отже, законодавчі прогалини в праві – це той природний правовий простір, який об'єктивно існує між двома нормами однієї і тієї ж галузі права, чи в межах її розділів, або взагалі має місце неурегульованість певного сегменту чи певного відгалуження суспільних відносин і при потраплянні спірних відносин в такий простір виникає об'єктивна необхідність у подоланні законодавчих прогалин за рахунок створення відповідних нормативних положень, якими суд заповнює такий простір з метою правової визначеності спірних відносин.

Ще зовсім недавно про таку судову правотворчість ніхто із суддів не мав і гадки, оскільки «ідея абсолютного пріоритету закону і безпрогальності права», проголошеної Монтеск'є [280, с. 186-198] по суті породила теорію замкнутого права, яка ґрунтувалася на його безпрогальності, а відтак на її основі і сформувалася теорія правового позитивізму, суть якої зводиться до того, що закон для суду є компасом. Цим самим урівнюючи всіх, не

вдаючись в остаточний зміст спірних правовідносин. Таким чином, теорія правового позитивізму не допускала у свої межі питання природної справедливості, яка ґрунтується на принципі верховенства права, добросовісності та розумності.

Оскільки наявність законодавчих прогалин є об'єктивною закономірністю, то Є. О. Харитонов в цьому зв'язку не бачить ніяких проблем, оскільки на його думу така ситуація є нормальним явищем [223, с. 77-78]. Разом з тим, прогалини такого явища мають місце з підстав:

а) лобіювання тих чи інших приватних інтересів на стадії законотворення, що вносить в законодавчі акти певну їх неузгодженість, просторовість, казуїстичність, спірність, неуточненість, що в подальшому дає можливість використання таких неузгодженостей в практичній площині певних правовідносин, які не узгоджуються з поняттям верховенства права, справедливості та розумності;

б) законодавчої неохайності при змістовному відтворенні норм права, коли прийняття доповнень чи змін в проекті законів з «голосу» фіксується у зміненому трактуванні юридичної суті тієї чи іншої норми права;

в) неможливості законодавця, навіть в межах одного закону, передбачити всі без виключно випадки, які можуть виникнути в майбутньому в практичній площині суспільного життя людей;

г) надстрімкий розвиток суспільних відносин, який потребує постійного коригування всієї законодавчої маси, на що у законодавця з урахуванням доволі громіздких процедур законотворення просто немає реальної можливості, а відтак норми права «старіють», не відповідаючи реальним потребам суспільства [85, с. 77-82].

Безумовно, з цих об'єктивно існуючих причин виникають законодавчі прогалини, які в практичній площині долаються за рахунок судової правотворчості, яка ґрунтується на інтелектуально-правовій складовій життєвому, професійному досвіді судді, його суспільній позиції, кінець-кінцем це є його професійним обов'язком. Ось чому ми розглядаємо судову

правотворчість не як приватну справу судді, а як його державно-правовий обов'язок.

На доктринальному рівні існує думка про те, що правові аналогії є способом подолання законодавчих прогалин [98, с. 42-44; 281, с. 106-109]. З урахуванням даних обставин розглянемо коротко суть правових аналогій, їх природу, змістовно-правову суть та методику їх застосування.

Якщо в розмові ми можемо говорити про аналогію чогось, то ми говоримо що: «Зовсім недавно був аналогічний випадок». Таким чином знаючи ідею, предмет і напрямок розвитку обох подій ми їх порівнюємо, хоча чудово розуміємо, що ми говоримо про дві різні події, де ми можемо взагалі не знати учасників першої події, але робимо припущення, що повідомлений нам випадок є аналогічним тому випадку про який ми самі знаємо достеменно.

Безумовно, що при такому порівнянні ми завжди будемо привносити в його розуміння своє особисте бачення проблеми «підпорядковуючи» зміст останньої аналогії до першого випадку.

Якщо співвіднести наше судження до правової аналогії, наприклад аналогії закону, в межах однієї і тієї ж галузі права, то ми говоримо про єдність предмету спору, який регулювався б прямою нормою права. І якби суд розглядав таку справу він би неодмінно урегульовував спірні правовідносини за даною нормою права. Таким чином, застосовуючи аналогію закону в межах однієї і тієї ж галузі права суд по суті застосовує методику тлумачення такої норми права, розширяючи горизонт її змістовно-правової суті, і охоплюючи в такий спосіб спірні правовідносини подібною за своїм змістом нормою права. Такий методико-юридичний прийом є характерним і при застосуванні аналогії закону як на галузевому, так і міжгалузевому рівні.

А. В. Коструба, С. О. Погрібний зазначають, що аналогія закону є характерною лише для приватноправових галузей права з метою подолання

прогалин у правовому регулюванні, зокрема договірних правовідносин [77, с. 185-189; 113, с. 374].

Безумовно, що аналогія закону має більш широке застосування, оскільки в поняття аналогії закону «втягнуті» не лише окремі норми права, але і принципи права, способи захисту порушених прав, тому аналогія закону – це комплексне поняття, яке отримує своє життям за рахунок судового тлумачення. В цій частині, аналогія закону на думку І. Зеленко є лише особливим способом застосування вже існуючих норм і принципів для розгляду та вирішення конкретної, одиничної справи» [66, с. 61].

Розглядаючи аналогію права з точки зору логіки, М. Г. Проценко зазначає, що це є логічним прийомом, який діє за законами логіки [144, с. 149]. Безумовно, що застосовуючи аналогію закону чи аналогію права в правосудді як в першому, так і другому випаду ми завжди будемо мати справу з логікою суджень, яка у сфері юридичних аналогій буде виходити не із подібності предметів з однаковими їх ознаками, а із юридично-змістовної суті певної норми права чи загальних засад законодавства, які за рахунок їх тлумачення, розширяють горизонт своєї правозастосовчої суті, охоплюючи не лише юридичний зміст норми права чи загальних засад законодавства, а і сам предмет спору. Саме з цих підстав та підстав непередбачуваних моделей людської поведінки законодавець надав право судам застосовувати правові аналогії.

Поняття аналогії права чи аналогії закону не є виключною правозастосовчою прерогативою лише у сфері цивільного процесуального права України (ч. 9 ст. 10 ЦПК України). Дане поняття має місце і в ст. 8 ЦК України (Аналогія), і в ст. 10 Сімейного кодексу (Застосування аналогії закону та аналогії права). Таким чином інститути аналогії закону та аналогії права носять міжгалузевий характер і мають там однаковий свій зміст і юридичну суть. З урахуванням даних обставин виникла необхідність уніфікувати методику правозастосування юридичних аналогій. У цьому зв'язку Міністерство юстиції України своїм листом від 30 січня 2009 року

надало наступні роз’яснення щодо умов застосування аналогії закону чи аналогії права:

а) аналогія допустима лише у випадках повної чи часткової відсутності правових норм;

б) суспільні відносини до яких застосовується аналогія, повинні знаходитися у сфері правового регулювання;

в) повинна бути схожість не фактичною, а правовою відповідно до суттєвих юридичних ознак;

г) пошук норми, що регулює аналогічний випадок повинен здійснюватися спочатку в актах тієї галузі права, а у випадках відсутності – в іншій галузі права і у законодавстві в цілому;

д) ухвалене у процесі використання аналогії права, рішення не повинно суперечити нормам законодавства;

е) обов'язково повинно бути вмотивоване пояснення причин застосування правової аналогії до конкретного випадку.

є) якщо відбувається застосування аналогії закону то аналогія права застосовуватись не може [238].

З цих підстав складно не погодитись із позицією деяких вчених про те, що аналогія закону, аналогія права чи субсидіарне застосування норм права є способом подолання законодавчих прогалин [182, с. 595; 211, с. 319-320], оскільки аналогія права – це розширене тлумачення загальних засад законодавства, яке виходить за межі горизонту змістовно-правової їх суті, охоплюючи в такий спосіб спірні відносини, і в той же час в тій чи іншій мірі привносячи певні «вкраплення» законодавчої новизни. Безумовно, що такий правотлумачний процес певною мірою заповнює ті чи інші прогалини в законодавстві, які не були повно чи точно урегульовані тією чи іншою нормою права як в межах однієї галузі права, так і на міжгалузевому чи загально-правовому рівні. Отже, процесуально-правове тлумачення є доволі близьким до поняття судової правотворчості. З цих підстав, ми з очевидністю можемо сказати, що напевно немає такої норми права, зміст якої ніколи б не

тлумачився з точки зору значення певних слів, словосполучень чи змістовно-правової суті всієї норми права. При цьому таке тлумачення ґрунтується на особисто-змістовному їх розумінні кожним із суддів, оскільки одну і ту ж судову справу з правотлумачної точки зору кожен суддя буде розглядати по різному, а відтак і обґрунтування правової позиції завжди будуть мати свої особливості. Отже, тлумачення являє собою усний або письмовий спосіб, розкриття логічного розуміння змістовно-правової суті слів, словосполучень, понять чи положень. Таким чином, застосування судами методу тлумачення як норм права, так і загальних засад законодавства, у своїх рішеннях надає судовій правотворчості загальної публічності, оскільки після вступу рішення суду в законну силу, правовий результат такого тлумачення набуває своєї незмінної імперативної форми, стаючи обов'язковим не лише для сторін, а і всіх органів, посадових чи службових осіб на всіх території нашої держави. Як бачимо, тлумачення норм права може мати як приватний (тлумачення норм права сторонами, третіми особами їх представниками), так і публічний характер (тлумачення, норм права суддею, яке закріплене в судовому рішенні). Різниця між цими формами тлумачення полягає у різних цілях такої роботи і з цих підстав вона передбачає і різний правовий результат.

Разом з тим, процес тлумачення не можливо розглядати як виключно механічний процес, оскільки кожен процес тлумачення має як свої межі, так і творчий елемент. Якщо мова йде про тлумачення змісту конкретної норми права, то таке тлумачення не може виходити за межі горизонту змістовно-правової суті такої норми і в цій частині творчий елемент буде незначним, оскільки його суть буде мати своє відношення лише до змістовно-правової суті окремих слів чи словосполучень. При цьому, таке тлумачення завжди буде фокусуватись на конкретний предмет спору. Якщо ж мова йде про тлумачення загальних засад законодавства, то тут мова йде про тлумачення та інтерпретацію, як більш складний багатолінійний процес, де має місце поєднання змісту загальних положень цивільного процесуального права та загальних засад матеріального права, де перші вказують на наявність у суду

правотлумачного права, а другі – на правову визначеність спірних відносин. Безумовно, що такий процес характеризується нестандартним ексклюзивним способом правового мислення по відношенню до розуміння нової суті, чи нового виду спірних правовідносин, що в комплексі прокладає шлях до нової правової реальності.

Разом з тим, розглядаючи процес тлумачення матеріальних норм права у сфері аналогії права чи закону, судді кожного разу зіштовхуються із проблемою визначення: це тлумачення норм права, чи це правотворчий процес, чи все ж ці поняття є тотожними, чи вони носять взаємопроникаючий характер.

В цьому зв'язку І. П. Зеленко зазначає, що в юридичній літературі сформувалися два протилежні погляди на ці питання. Прибічниками того, що ці поняття є тотожними є О. Н. Верещагін, П. О. Гук, Б. В. Малишев, С. П. Чередніченко, С. В. Шевчук. Представниками того, що ці поняття є різними, є О. В. Попов, В. М. Карташов, Н. В. Стецик та і сама І. П. Зеленко [65]. Так, зокрема Н. В. Стецик зазначає, що розбіжність цих понять визначається наявністю прогалин у праві. Якщо ж існує явна невизначеність у праві, то в такому разі можна говорити про судову правотворчість. Подолати її можна не тільки правотворчістю, але й право тлумаченням [203, с. 1-6].

Складність у підходах до судової правотворчості і відокремлення її від тлумачення норм права полягає в тому, що ці поняття є близькими з точки зору методики процесуальних дій суду, але є різними за їх об'єктом та юридичною суттю. Вище ми уже говорили про те, що неможливо провести чітку межу між правотлумачним та правотворчим процесами (С. Шевчук), оскільки в кінцевому результаті в тій чи іншій мірі завжди буде мати місце нова правова реальність.

Безумовно, що аналогія права має більш наближений формат до поняття судової правотворчості, оскільки при відсутності прямої норми права, що регулює спірні правовідносини та неможливості застосування аналогії закону як в межах даної галузі права, так і субсидіарного

застосування норм права (міжгалузевої аналогії) настає можливість до застосування аналогії права, яка ґрунтується на застосуванні загальних засад законодавства, що узгоджується із ч. 9 ст. 10 ЦПК України.

Безумовно, що методологія тлумачного застосування загальних засад законодавства по відношенню до спірних відносин чи то цивільного (ст. 3 ЦК України), сімейного (ст. 7 СК України), чи то земельного законодавства (ст. 5 ЗК України) відрізняється від тлумачної методології закону, оскільки загальні засади різних галузей матеріального права – це узагальнено-неуточнені правові формули, які за рахунок їх змістовної безмежності під час безпосереднього тлумачення, підлаштовуються під конкретний спір, в якому мова йде про необхідність захисту порушених прав однієї особи з боку іншої. І хоча зміст спору свідчить про те, що він і відноситься до певної галузі матеріального права, але останнє не може урегулювати такий спір за відсутності як прямої чи опосередкованої норми права. Ось чому є всі підстави за рахунок тлумачення загальних засад законодавства та дедуктивних висновків, які отримано на підставі такого тлумачення урегулювати спірні правовідносини і вийти таким чином із правового ускладнення, формуючи в таким спосіб розширене розуміння загальних засад законодавства чи синтезований підхід до тлумачення відразу декількох загальних засад матеріального законодавства. Так, ст. 8 СК України зазначає: «Якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин». Таким чином, ми маємо наглядний приклад субсидіарного застосування аналогії закону і аналогії права (якщо це не суперечить суті сімейних відносин). Якщо це суперечить, то потрібно виходити із загальних засад (принципів) Сімейного кодексу України.

Отже, законодавчі прогалини – це особливий випадок в законодавстві, в якому відсутнє урегулювання конкретних спірних відносин, чи є наявною певна неповнота, нечіткість чи суперечливість такого законодавства.

Який же алгоритм дій суду при наявності законодавчих прогалин можливо запропонувати в практичній площині цивільного судочинства?

Вище ми уже говорили про те, що судова правотворчість не є приватною справою суддів. Це є їх державною, публічною роботою, яка має місце лише у передбаченій законом процесуальній формі судових засідань, результат якої закріпляється в судових рішеннях і, які, при їх вступі в законну силу, починають впливати на права і обов'язки сторін в реальному їх житті. Правовою платформою судової правотворчості з одного боку є Конституція України, як гарант правової безпеки людини з національної точки зору, а з іншої – Європейська конвенція з прав людини, як міжнародно-правовий акт у сфері захисту прав, свобод та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб.

Який же алгоритм правотворчого процесу при подоланні законодавчих прогалин з теоретико-методологічної точки зору? Безумовно, що такий процес повинен ґрунтуватись на хорошому знанні матеріалів цивільної справи, знанні передумов щодо виникнення таких відносин, що є важливо, оскільки саме цей об'єм знань дає можливість до розкриття істинних намірів кожної із сторін щодо тих чи інших дій та тих наслідків, яких очікувала кожна із сторін. Безумовно, що на цій стадії складно говорити про те, що самі наміри сторін не відповідають наявному законодавству чи наявне законодавство не регулює подібні їх дії та наміри. В цьому процесі важливим є досконале дослідження змісту позовної заяви, відзиву на позов, відповіді на відзив та заперечення. Такий процес змагальних паперів уже на стадії підготовки справ до судового розгляду дає можливість проаналізувати як початок, так і розвиток та закінчення тих чи інших відносин з точки зору дій кожної із сторін. Саме на цьому етапі сторони дають перші критичні зауваження щодо дій кожного із них. Це та матеріально-правова матерія, яка

підлягає скрупульозному дослідженню і співставленню як з точки зору дії кожної із сторін, так і з точки зору їх розумності, справедливості та добропорядності. В такій роботі важливо дати об’єктивний аналіз змісту письмових, речових, електронних доказів, експертиз на предмет їх відносності, допустимості та достовірності по відношенню до конкретних фактів та обставин, які мають правове значення. Така аналітико-правова робота є важливою, оскільки часто зміст позовних заяв вступає в протиріччя як з поясненнями самих сторін, так і з текстовим змістом змагальних паперів, і цю недоречність суд зобов’язаний перевірити в ході безпосереднього розгляду справи по суті.

Безумовно, що отриманий результат дослідження потребує юридичної оцінки з точки зору юридичного урегулювання певною нормою права, а при її відсутності чи неможливості застосування правових аналогій таке урегулювання можливо лише за рахунок судової правотворчості.

В цій частині потрібно зазначити, що кожна із сторін намагається дати своє тлумачення тих чи інших норм права, загальних засад законодавства. Для більшої переконливості своїх суджень сторони посилаються на практику Великої Палати Верховного Суду [282] чи постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду [283], а то і практику Європейського суду з прав людини [284]. В цьому зв'язку практика показує, що між правотлумачно-приватною практикою сторін і судовою практикою Верховного Суду чи Європейського суду з прав людини доволі часто існують певні протиріччя.

В цій частині суд повинен виходити із принципу jura novit curia («суд знає закон») [125]. Саме відповідно до даного принципу «суд самостійно здійснює пошук правових норм щодо спору безвідносно до посилання сторін; суд самостійно застосовує право до фактичних обставин спору (da mihi factum, dabo tibi jus). Активна роль суду в цивільному процесі проявляється, зокрема, у самостійній кваліфікації судом правової природи відносин між позивачем та відповідачем» [285]. Отже, при відсутності прямих норм права,

якими можуть бути урегульовані ті чи інші відносини, наприклад, у сфері визнання дітей інвалідами війни, розгляду колективних трудових спорів в загальному суді, спори по відшкодуванню майнової та моральної шкоди, спричиненої роботами, автомобілями з роботизованим управлінням, спорів у сфері інтелектуальної власності, що стосується захисту супутників на околоземній орбіті, а такі спори уже сьогодні виникають між юридичними особами навіть в межах однієї і тієї ж держави.

Ці та багато інших випадків на сьогодні взагалі не урегульовані нормами права як на міжнародному, так і національному рівнях. В цих та інших випадках суд не може відмовити особі в доступі до правосуддя, тому суд зіштовхнувшись із такими справами, вимушений за рахунок судової правотворчості долати такі законодавчі прогалини. І в цьому плані суттєву допомогу суддям може надати Єдиний реєстр судових рішень, а також дайджести Верховного Суду за певні періоди, які випускає останній. В таких практиках має місце і судова правотворчість на етапах відступу від раніше прийнятих правових позицій Верховного Суду. В той же час судді мають можливість звернутися і до провідних науковців для отримання науково-консультаційного висновку з того чи іншого питання у сфері правозастосовчої практики щодо тих чи інших спірних відносин. При цьому, є можливість звернення і до Науково-консультаційної ради, яка діє при Верховному Суді для отримання відповідної аналітико-правового висновку. Сьогодні є можливість звернення за консультаційним висновком і до Європейського суду з прав людини, якщо спірні правовідносини в тій чи іншій мірі порушують природні права людини і в цій частині потрібне точне урегулювання спірних відносин у відповідності до норм Європейської конвенції з прав людини.

Таким чином, ми говоримо про зовнішні чинники, які можуть бути задіяні суддями у сфері судової правотворчості по відношенню до прав людини, суспільних та моральних цінностей та принципів.

В. І. Синайський в цій частині писав: «Надання судді права творити норму всупереч закону (contra legem) легко може призвести до небажаного суб'єктивізму судді при недостатній його освіченості, слабкому матеріальному забезпеченні [286, с. 638].

Безумовно, що така ситуація може мати місце, але це можуть бути лише окремі, локальні випадки. Саме з цих підстав ситуація потребує нормативного визначення та формування судової правотворчості на єдиних підходах, які «повинні ґрунтуватися на суспільних цінностях, принципах права та нормах моралі. Лише такий підхід дасть можливість закласти в цивільне процесуальне законодавство нашої держави основи «живого права», яке завжди буде страхувати законодавця на випадок виявлення законодавчих прогалин» [250, с. 210-214].

Отже, судова правотворчість, як світоглядна систем поглядів суддів на право не є безмежним поняттям, а відтак вона обмежується: а) при подоланні законодавчих прогалин з підстав нечітко прописаних норм права, прямою дією норм Конституції України; б) при тлумаченні норм права з точки зору суперечливості їх змістовно-правової суті загальним засадам конкретної матеріальної галузі права; в) при тлумаченні конкретної норми права із внесенням певної новизни в окремий зміст слів, словосполучень з точки зору розширеної їх змістовно-правової суті, межею якої є горизонт змістовно-правової суті даної норми права; г) при застосуванні аналогії закону однієї і тієї ж галузі права тлумачення не повинно виходити за межі горизонту змістовно-юридичної суті загальних засад даної галузі права та тієї змістовно-правової суті норми, за якою кваліфікують спірні відносини; ґ) при аналогії права, межею є буквальний змістовно-правовий зміст загальних засад законодавства, принципів права, способів захисту, тощо; д) міжгалузева аналогія права має місце в межах змістовно-правової суті загальних засад як процесуального права, так і обох галузей матеріального права; е) при наявності виключної правової проблеми та забезпечення розвитку права і формування на цій основі єдиної правозастосовчої практики, межею є

інтерпретація змістовної суті предмету спірних відносин по відношенню як до загальних засад законодавства певної галузі права, так і до загально-конституційних принципів, що дає можливість сформулювати нові правові позиції, заповнюючи в такий спосіб законодавчі прогалини та формуючи нові напрямки розвитку права з метою правової визначеності спірних відносин.

В той же час, судова правотворчість неможлива: а) за межею процесуальної форми судового засідання; б) при виключенні з цивільного обороту тих чи інших матеріальних об'єктів, які з тих чи інших причин були втягнуті у неправові види життєвих відносин; в) при наявності прямих заборон закону.

Отже, судова правотворчість – це професійно-інтелектуальний процес судової діяльності, який має місце в межах процесуальної форми судових засідань і може виражатись: а) у тлумаченні судом норм права, в межах горизонту змістовно-юридичної суті даної норми; б) у інтерпретації спірних правовідносин по відношенню до змістовно-юридичної суті подібних за своєю юридичною суттю норм права однієї і тієї ж галузі права; в) інтерпретації подібних за своїм предметом спору спірних правовідносин, які не мають прямої норми їх регулювання та не мають кваліфікуватись відповідно до аналогії закону в межах цієї ж галузі права чи на міжгалузевому рівні; г) інтерпретації загальних засад законодавства однієї і тієї ж галузі права, спрямованих на подолання законодавчих прогалин, а при наявності виключних правових проблем і забезпеченню розвитку права, інтерпретації загальних засад законодавства однієї і тієї ж галузі права відповідно до норм Конституції України, які регулюють захист прав, свобод та інтересів людини і громадянина нашої держави» [249, с. 73-76].

РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЇЇ МЕЖІ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

3.1. Особливості судової правотворчості Верховного Суду та її межі у справах, що містять виключну правову проблему з метою забезпечення розвитку права та цілей сталого розвитку України

Сьогоднішній розвиток суспільства з його глобалізаційними процесами вимагає від кожної країни такого цивілістичного законодавства, яке не лише було б зрозумілим і простим, а і швидко оновлюваним. Якщо питання простоти і зрозумілості законодавчих текстів окремих законів і викликають певні занепокоєння, але дані проблеми, як правило, можуть усуватись за рахунок право тлумачної техніки самими судами, то питання щодо швидкого оновлення поточного законодавства, передбачення законодавцем всіх без виключно особливостей, які можуть виникати у сфері тих чи інших суспільних відносин в майбутньому, є питанням доволі складним і неоднозначним. Це пояснюється об'єктивними причинами, які полягають в тому, що процедура прийняття, зміни, доповнення чи уточнення поточного законодавства, урегульована Регламентом Верховної Ради, який передбачає доволі громіздку і довготривалу процедуру проходження, голосування і прийняття законопроектів, а оскільки сучасне життя людей є настільки інтегрованим, що зміни чи доповнення до одного законодавчого акта тягнуть за собою внесення змін та доповнень до цілої низки інших законодавчих актів, які прямо чи опосередковано взаємообумовлені між собою, то процес такого законотворення розтягується на місяці, а то і роки. Ось чому законодавець об'єктивно не в змозі оперативно реагувати на все нові і нові відносини чи їх зміни, які постійно виникають в суспільному житті людей. Більш того, не дивлячись на доволі ускладнений законотворчий процес, який

розтягнуто в часі, і з цих підстав здавалося б, що цей час давав би можливість законодавцю врахувати всі безвиключно особливості суспільного розвитку в тій чи іншій сфері суспільних відносин, але за час проходження і узгодження тексту законопроектів в різних комітетах Верховної Ради, законодавчі положення, які пропонуються до їх прийняття, починають «устарівати», а відтак вони не в повній мірі починають охоплювати ту новизну, яка об'єктивно виникла в суспільстві. Ось чому законопроекти часто повертаються на доопрацювання як самою Верховною Радою, так і Президентом України, оскільки ті чи інші норми законів не узгоджуються з реаліями життя, чи взагалі їх не враховують.

Але навіть і після такої кропіткої роботи законодавець не може передбачити у своїх законопроектах всі без виключення випадки, які можуть мати місце як при виникненні, так і розвитку та закінченні тих чи інших цивільних, адміністративних чи господарських правовідносин [257, с. 111-113]. Це пояснюється тим, що суспільство, за рахунок надзвичайно стрімкого науково-технічного розвитку змінюється не за тисячі, сотні чи десятки років, як це мало місце в історичному минулому, а за місяці, а то навіть дні і години. З урахуванням даних обставин, виникає питання: як в даних обставинах державні інститути влади і зокрема судова гілка влади, може здійснювати правозастосування в тій чи іншій сфері спірних відносин при об'єктивній неточності та не щільності законодавчих актів, а відтак і наявності все більшої і більшої кількості законодавчих прогалин.

Безумовно, що держава може гарантувати розвиток права та законодавства, але гарантувати розвиток судової правотворчості вона не може. Законодавець може визнати лише таку можливість. І навіть, якщо держава цього не робить, то це не означає того, що судова правотворчість не існує [174, с. 15-19].

Законодавець, розуміючи той факт, що він не в змозі встигати за об'єктивним розвитком суспільних відносин в 2017 році надав можливість Великій Палаті Верховного Суду за наявності виключної правової проблеми

(під якою розуміється наявність законодавчих прогалин), усувати таку проблему за рахунок розвитку права, що б забезпечило єдність правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Такий підхід до вирішення конкретної правової проблеми з подолання законодавчих прогалин є логічним, оскільки ч. 10 ст. 10 ЦПК України забороняє судам відмовляти у правосудді «з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини». Розглянемо дане питання в історичному розвитку законодавчих актів.

Так, Соборним уложенням 1649 р. в главі Х «О суде» в ст. 1 зазначалося, що «расправу делать по государеву указу въправду» [185, с. 31]. Таким чином, вже на той час судочинство здійснювалось лише на основі «государева указу», тобто лише на основі буквального змісту государевого законодавства. Такий підхід по суті закладав основи позитивістської теорії права, де судова правотворчість не допускалась.

Статут цивільного судочинства 1864 року (стаття 9) передбачав: «Все судебныя установленія обязаны решать дела по точному разуму действующихъ законовъ, а въ случае ихъ неполноты, неясности, недостатка или противоречія, основывать решеніе на общемъ смысле законовъ» [215]. Таким чином саме в цьому законодавстві вперше було закладено основи до судової правотворчості на основі правових аналогій (аналогією закону та аналогією права). Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1929 р. передбачав застосування аналогії закону та аналогії права і зазначав що «суд не може відмовити розв'язати справу під приводом неповноти, неясності або суперечності закону і розв'язує справу, керуючись загальними засадами радянського законодавства і загальною політикою робітничо-селянського уряду» (ст. 6 ЦПК УРСР 1929 р.) [229]. Таким чином, аналогія закону мала більш-менш загальні межі, а от аналогія права давала можливість судам до безмежної судової правотворчості, але лише в межах політики «робітничо-селянського уряду».

23 червня 1934 р. ВУЦВК і РНК УРСР було прийнято постанову «Про розширення прав Верховного Суду УРСР, Головного Суду АМ РСР і обласних судів щодо керівництва судовими органами на місцях» [287, с. 223], де Верховному Суду надавалося право «керувати судовою політикою і практикою всіх судів республіки» [206, с. 232].

Таким чином, відбулося укріплення процесуального положення Верховного Суду УРСР, який тепер міг не лише формувати єдність судової практики, але і направляти політику судів республіки на основі політики робітничо-селянського уряду, що означало те, що законодавець ще більше закріпив режим радянського нормативізму на всіх рівнях судової системи, не допускаючи при цьому жодних можливостей до прояву судової правотворчості при наявності законодавчих прогалин, по суті проголошуючи принцип верховенства закону, який тепер остаточно впроваджувався в цивільне судочинство Верховним Судом УРСР.

В 1961 р. в Радянському Союзі, куди входила і Україна, було прийнято Основи цивільного судочинства Союзу СРСР і союзних республік (далі – Основи), де в ст. 9 зазначалось: «Судді і народні засідателі вирішують цивільні справи на основі закону у відповідності до соціалістичної правосвідомості». При цьому, «рішення суду повинно бути законним і обґрунтованим» (ст. 37 Основ), оскільки навіть рішення, які вступили в законну силу «можуть бути переглянуті в порядку судового нагляду за протестами прокурорів, голів суддів і їх замісників, яким таке право надано законом.» (ч. 1 ст. 49 Основ) [104, с. 347-375]. Таким чином, радянський нормативізм отримав остаточне закріплення в Основах і був розповсюджений на всю територію Радянського Союзу. Ось чому в ст. 2 прийнятого в 1963 році нового Цивільного процесуального кодексу України передбачалося, що «розгляд і вирішення цивільних справ (відбувається – *авт. Я. Д.*)» у повній відповідності з чинним законодавством» [226, с. 175].

При цьому, «Верховний Суд України здійснює нагляд за судовою діяльністю судів України» (ст. 12 ЦПК України 1963 р.), які «вирішують

цивільні справи на основі закону» (ст. 8 ЦПК України 1963 р.). І хоча законодавець не передбачив застосування правових аналогій, але зазначив, що при застосуванні аналогії права «суд виходить із загальних начал і змісту законодавства України» (ч. 3 ст. 11 ЦПК України 1963 р.). Таким чином, законодавець не давав ні права, ні якоїсь можливості жодній судовій інстанції на судову правотворчість. Застосування ж аналогії права, що є однією із можливостей до судової правотворчості в тому числі і Верховним Судом, пов'язувалася лише із «загальними началами і змістом законодавства України». 07 липня 2010 р. Законом № 2453-VI було внесено зміни у главу 3 розділу V, де зокрема ч. 1 ст. 360-7 ЦПК України було викладено у слідуючій редакції: «Рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України».

Оскільки на той час мова не йшла про прецедентне право в цивільному судочинстві, бо це суперечило б принципу верховенства закону, але законодавець, формулюючи зміст ч. 1 ст. 360-7 ЦПК України, навіть не підозрював того, що по суті ввів в Україні прецедентне право, бо рішення Верховного Суду України почали діяти як норми права, оскільки були «обов'язковими» не лише для всіх судів, а і «всіх суб'єктів» владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт». Намагаючись добитися єдиної практики правозастосування, законодавець з одного боку ввів для судів прецедентне право, а з іншого окрім даної норми подальший розвиток її змісту не провів. В подальшому, розуміючи, що зміст даної норми суперечить традиціям континентального права, законодавець 12.02.2015 р. Законом № 192-VIII змінив зміст ст. 360-7 ЦПК України,

виклавши її у новій редакції, зазначаючи, що «Висновок Верховного Суду України щодо застосування норми права, викладений у його постанові, прийнятій за результатами розгляду справи…, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права». Що ж стосується судів, то такий висновок може лише «враховуватися іншими судами загальної юрисдикції…» При цьому, суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів».

Тепер законодавець не визнавав того, що висновки Верховного Суду України, викладені в його постановах носять обов'язковий характер для всіх судів. Такі висновки Верховного Суду України тепер суддями могли лише враховуватись. Оскільки зміст поняття «враховуватись» не носить виключної імперативності, то з цих підстав суди на місцях тепер мали право відступати від висновків Верховного Суду України. Такий підхід законодавця в законотворенні мав два наслідки. По-перше, це посилило корупційну складову в судовій системі нашої держави, оскільки тепер суди могли і не враховувати правові позиції Верховного Суду України, обмежуючись у зв'язку з цим своїми часто надуманими мотивами. При виявленні ж незаконності судових рішень, які протирічили правозастосовчій практиці Верховного Суду, судді завжди пояснювали, що підставами для свого відступу від судової практики вони відмотивовували у своєму рішенні. Можливо, таке мотивування було невдалим, але це було на той час їх внутрішнім переконанням, а за переконання притягувати суддів до будь-якої відповідальності не можна. Саме вільність поводження із законом, особиста надуманість у трактуванні норм права, а в окремих випадках і пряма корупція, знищують довіру до правосуддя. В цій частині М. М. Ясинок зазначає: «За даними всесвітнього соціологічного дослідження, яке було проведене інститутом Геллапа (Американський інститут суспільної думки) в 2003–2004 рр., рівень довіри громадян України до судової системи був

визнаний найнижчим, не лише серед країн колишнього СРСР, а й одним із найнижчих у світі і становив лише 16%» [288, с. 95-100].

По-друге, такий підхід хоча і доволі опосередковано, але відкривав можливість до судової правотворчості як у сфері правотлумачного процесу, так і при наявності законодавчих неузгодженостей різної їх форми та при застарілості правових позицій Верховного Суду, які були сформовані на підставі того чи іншого закону чи норми права, які було уже змінено, доповнено чи уточнено або вони взагалі були скасовані.

У зв'язку з цим, Європейський суд з прав людини оприлюднив огляд даних про свою роботу щодо звернень українців за період з 1997 по 2014 роки. За цей період українці подали до цього суду 57 тис. заяв [289, с. 5]. А за період з 2001 по 2013 роки Україна на підставі рішень Європейського суду з прав людини сплатила 199 320 317 тис. грн. моральної сатисфакції [290, с. 39-46]. Станом на 31 грудня 2021 року в реєстрі ЄСПЛ було зареєстровано 11 372 скарги, подані проти України [291].

Таким чином, намагання наблизити свою судову практику до методики роботи Європейського суду з прав людини та наблизити її до певних традицій загального права є питанням доволі складним.

Разом з тим, в жовтні 2017 року в Україні була прийнята нова редакція ЦПК України (Закон № 2147-VIII), де законодавець, зберігаючи наявність обох правових аналогій (закону і права), надав можливість Великій Палаті Верхового Суду, за умови наявності «виключної правової проблеми», змістом якої є законодавчі прогалини, здійснювати судову правотворчість з метою «забезпечення розвитку права та формуванню єдиної правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

Що ж розуміється під поняттям «виключна правова проблема»? Розглянемо дане питання на прикладах судової практики Великої Палати Верхового Суду. Так, Велика Палата Верхового Суду своєю постановою від 20 листопада 2019 р. у справі № 368/54/17 за позовом Особи_1, Особи_2 до Особи_3, третя особа – Управління Держгеокадастру в Кагарлицькому

районі, про визнання права довічного успадковуваного володіння на земельну ділянку, та за зустрічним позовом ОСОБА_3 до ОСОБА_1, ОСОБА_2, третя особа – Управління Держгеокадастру в Кагарлицькому районі, про визнання права довічного успадковуваного володіння на земельну ділянку, розглядаючи касаційну скаргу ОСОБА_1 на постанову Апеляційного суду Київської області від 20 березня 2018 року Велика Палата відступила від правового висновку Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду та Верховного Суду України, де розвиваючи положення земельного законодавства, надала юридичну оцінку ст. 6, 50 ЗК України від 18 грудня 1990 р. № 561-XII (у редакції на час його прийняття) у довічне успадковуване володіння земля надається громадянам Української РСР для ведення селянського (фермерського господарства). В той же час, Земельний кодекс України в редакції від 13 березня 1992 р. такого виду права як довічне успадковуване право володіння земельною ділянкою не закріпляв. В той же час, в п. 8 Постанови Верховної Ради України від 13 березня 1992 року № 2200 «Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі» громадяни, підприємства, установи, організації, яким було надано у встановленому порядку земельні ділянки у довічне успадковуване або постійне володіння, зберігають свої права на використання цих земельних ділянок до оформлення права власності або землекористування.

Рішенням Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. №5-рп таке право громадян було підтверджено. На цій основі Велика Палата Верховного Суду сформувала нову правову позицію, відповідно до якої особа, яка володіє земельною ділянкою на праві довічного успадковуваного володіння за законом не може бути позбавлена права на таке володіння, а отже відповідно до ст. 1218 ЦК України до складу спадщини входять усі права та обов`язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини. З цих підстав, ВП Верховного Суду зазначає «враховуючи наведені обставини, очевидну необхідність дотримання балансу індивідуального та публічного інтересу… право довічного користування

земельної ділянки може бути визнано, таким що успадковане вищевказаними позивачами за первісним та зустрічним позовом, оскільки право довічного успадковуваного володіння земельною ділянкою є спадковим майном, бо таке право не припинилося у зв'язку із смертю особи» [134].

23 червня 2020 р. Великою Палатою Верхового Суду була розглянута касаційна скарга ТОВ «Кредитні ініціативи» щодо визнання виконавчого напису приватного нотаріуса таким, що не підлягає виконанню. Перш ніж досліджувати дану постанову з точки зору наявності виключної правової проблеми, звернемо увагу на її структуру. Структура Постанови відповідає вимогам ст. 416 ЦПК України і має вступну, основну, мотивувальну і резолютивну частини. Три перші частини на кшталт рішення Європейського суду з прав людини розділені на окремі, самостійні пронумеровані абзаци. Так, в абз. 16 Велика Палата Верховного Суду визначає правову проблему, яка полягає в неоднозначному вирішенні зазначених в касаційній скарзі правових питань, які по різному вирішувалися в постановах Верховного Суду України від 04 березня 2015 року у справі № 6-27цс15, від 11 березня 2015 року у справі № 6-141цс14 та у постанові Великої Плати Верховного Суду від 27 березня 2019 року у справі № 137/1666/16-ц (провадження № 14-84цс19).

За результатами аналізу поточного законодавства, ст. 39, 50 88, ЗУ «Про нотаріат», ст. 15,16, 18 ЦК України, ч. 2 ст. 389 ЦПК України, Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженому наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 року № 296/5, Велика Плата Верховного Суду з підстав «забезпечення розвитку права», в п. 38 дала нове розуміння виконавчого напису зазначивши, що «Це нотаріальна дія, яка полягає в посвідченні права стягувача на стягнення грошових сум або витребування від боржника майна. При цьому нотаріус здійснює свою діяльність у сфері безспірної юрисдикції і не встановлює прав або обов`язків учасників правовідносин, не визнає і не змінює їх, не вирішує по суті питань права. Тому вчинений нотаріусом виконавчий напис не породжує права

стягувача на стягнення грошових сум або витребування від боржника майна, а підтверджує, що таке право виникло в стягувача раніше. Мета вчинення виконавчого напису – надання стягувачу можливості в позасудовому порядку реалізувати його право на примусове виконання зобов`язання боржником» [128].

Аналогічно побудована як структурно, так і змістовно Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 червня 2020 р. у справі № 179/1043/16-ц, провадження № 14-63цс20, де в п. 9 зазначена суть виключної правової проблеми, яка полягає в тому, що 18 березня 2020 р. Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду передав справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду обґрунтовуючи це тим, що boni judicis est ampliare justitiam (добрі судові рішення зміцнюють правосуддя), то таке передання є необхідним для вирішення в умовах земельної реформи виключної правової проблеми, а саме: забезпечення єдності судової практики щодо спадкування земельної ділянки, наданої у постійне користування на підставі відповідного державного акта засновнику фермерського господарства для ведення останнього».

В п. 60 даної постанови мова йде про розвиток права та формування єдиної правозастосовчої практики. У цьому зв'язку, Велика Палата Верховного Суду зазначає: «За змістом системного тлумачення статей 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11 Закону України «Про селянське (фермерське) господарство», статей 1, 5, 7, 8 і 12 Закону України «Про фермерське господарство», статей 7, 27, 38, 50 і 51 ЗК Української РСР від 18 грудня 1990 року, статей 31, 92 ЗК України від 25 жовтня 2001 року після отримання у постійне користування земельної ділянки, наданої для ведення селянського (фермерського) господарства, та проведення державної реєстрації такого господарства постійним користувачем цієї ділянки є відповідне господарство, а не громадянин, якому вона надавалась. Тому у такій ситуації зазначене право не може бути об`єктом спадкування, а постійним користувачем вказаної ділянки

після смерті засновника залишається селянське (фермерське) господарство» [129].

Розглядаючи касаційну скаргу особи до селянського (фермерського) господарства «Терра» 16 червня 2020 р. про визнання договорів земельних ділянок недійсними, у зв'язку з тим, що особа не підписувала з відповідачем договорів оренди, але передала останньому свої земельні ділянки в користування, Велика Палата Верховного Суду відповідно до ч. 5 ст. 403 ЦПК України, з підстав формування єдиної правозастосовчої практики щодо застосування п. 6 ст. 3 ЦК України та доктрини venire contra factum proprium (заборони суперечливої поведінки) з метою забезпечення розумної передбачуваності судових рішень, розвиваючи положення ст. 6, 203, 207, 638 ЦК України, ст. 14, 18 ЗУ «Про оренду землі», в п. 7.10 та 7.11 зазначає, що «підпис є невід`ємним елементом, реквізитом письмової форми договору. Наявність підпису має підтверджувати наміри та волевиявлення учасників правочину, а також забезпечувати їх ідентифікацію. Отже, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами)».

Таким чином, «Велика Палата Верховного Суду звертає увагу на те, що такий спосіб захисту, як визнання правочину неукладеним, не є способом захисту прав та інтересів, установленим законом» (п. 7.21 постанови). «Разом з тим суд може застосувати не встановлений законом спосіб захисту лише за наявності двох умов одночасно: по-перше, якщо дійде висновку, що жодний установлений законом спосіб захисту не є ефективним саме у спірних правовідносинах, а по-друге, якщо дійде висновку, що задоволення викладеної в позові вимоги позивача призведе до ефективного захисту його прав чи інтересів» (п. 7.22 Постанови) [125].

Разом з тим, судова правотворчість не є поняттям безмежним. Вона завжди обмежується: а) при подоланні законодавчих прогалин, їх межею є інтерпретація загальних засад законодавства в межах дії конституційних принципів права; б) при тлумаченні норм права, межею є горизонт змістовно-

юридичної суті норми права; в) при застосуванні аналогії права межею є буквальний змістовно-правовий зміст загальних засад законодавства, принципів права, способів захисту, тощо; г) при аналогії закону, за відсутності галузевої аналогії, міжгалузева аналогія права має місце в межах змістовно-правової суті загальних засад обох галузей права; ґ) при наявності виключної правової проблеми та забезпечення розвитку права, та формування єдиної правозастосовчої практики, межею є інтерпретація змістовної суті предмету спірних правовідносин по відношенню як до загальних засад законодавства певної галузі права, так і до загально-конституційних принципів, що дає можливість сформулювати нові правові позиції заповнюючи в такий спосіб законодавчі прогалини та формуючи нові напрямки розвитку права.

В той же час, судова правотворчість неможлива: а) за межею процесуальної форми судових засідань; б) при виключенні з цивільного обороту тих чи інших матеріальних об’єктів, які стали об’єктом спору; в) при наявності прямих заборон закону [249, с. 75].

Як бачимо, судова практика з точки зору розуміння виключної правової проблеми та забезпечення у зв'язку з цим розвитку права з метою формування єдиної правозастосовчої практики, вказує про наявність законодавчих прогалин в цілому ряді галузей права. Основна особливість таких прогалин полягає у: а) неузгодженості цілого ряду норм матеріального права між собою; б) різному їх тлумаченні, а відтак і неправильному їх правозастосуванні; в) відсутності розумної для конкретних випадків передбачуваності; г) цілий ряд норм мають загальні вимоги правового характеру і з цих підстав не характеризуються остаточною і правовою визначеністю. В той же час, «якість законів» повинна мати визначені і достатньо чіткі положення, які б давали особі адекватну вказівку на ті чи інші обставини чи умови, за наявності яких можна було б точно визначити права і обов’язки особи, сторони (сторін) в тих чи інших спірних відносинах. В цій частині потрібно зазначити, що формулювання норм права не завжди є

чіткими, тому їх тлумачення, а відповідно і правозастосування залежать від наявної судової практики найвищої судової інстанції, якою є Верховний Суд.

Як же відбувається процес судової правотворчості в алгоритмі судової практики? Досліджуючи постанови Великої Палати Верховного Суду було звернуто увагу на те, що судова правотворчість має місце лише там і тоді, де і коли є необхідність по урегулюванню виключної правової проблеми, яка пов'язана із забезпеченням розвитку права і на цій основі формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Що ж тоді розуміється під поняттям «виключної правової проблеми»? На дане питання законодавець сам надає відповідь, зазначаючи: «Якщо спірні відносини не врегульовані законом…то…суд» застосовує правові аналогії (ч. 9 ст. 10 ЦПК України) Але навіть у випадках коли такі аналогії застосувати неможливо, суд все одно не має права «відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

В цьому зв'язку на основі системного аналізу норм певної галузі матеріального права, в розвитку позицій Великої Палати Верховного Суду в аналогічних справах, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та її протоколів, практики Європейського Суду з прав людини, Велика Палата Верховного Суду робить правові висновки, в яких дається новий підхід до розуміння тієї чи іншої ситуації, яка виникла в житті людей. Такий алгоритм має місце і в постановах Великої Палати Верховного Суду від 15.01.2020 р. (Справа № 305/2082/14-ц, провадження № 14-554цс19) [124], від 07.07.2020 р. (Справа № 296/102117/15-ц, провадження № 14-727цс19) [120], від 01.09.2020 р. (Справа № 216/3521/16-ц, провадження № 14-714цс19) [118], від 22.09.2020 р. (Справа № 214/6174/15-ц, провадження № 14-114цс20) [126], від 13.10.2020 р. (Справа № 447/445/17, провадження № 14-64цс20) [121].

З доктринальної точки зору поняття «виключної правової проблеми» потрібно розглядати у двох її аспектах: матеріально-правому і процесуально-правовому.

Змістом «виключної правової проблеми» з матеріально-правової точки зору є наявність законодавчих прогалин, оскільки відсутність таких нівелює поняття виключної правової проблеми. Змістом «виключної правової проблеми» з процесуально-правової точки зору є судова правотворчість, за допомогою якої Велика Палата Верховного Суду долає «виключну правову проблему». Сама ж Велика Палата Верховного Суду розглядає поняття «виключної правової проблеми» з прикладної точки зору, зазначаючи, що «виключну правову проблему» потрібно розглядати з кількісної і якісної її суті.

«Кількісний критерій ілюструє те, що певна проблема постала не в одній конкретній справі, а в невизначеній кількості спорів, які або вже існують, або можуть виникнути з урахуванням питання, щодо якого постає проблема. Водночас про наявність якісного критерію виключної правової проблеми свідчать неоднакові висновки, зроблені судами при розгляді цих справ щодо суті позовних вимог» [216].

Така ситуація не свідчить про те, що теоретичні і практичні критерії щодо поняття і оцінки «виключної правової проблеми» різняться. Навпаки, вони доповнюють одна-одну, оскільки доктринальне поняття розкриває зміст «виключної правової проблеми» з точки зору наявності законодавчих прогалин та механізму їх подолання.

Прикладний же критерій дає можливість Великій Палаті Верховного Суду оцінити наявність чи відсутність виключної правової проблеми, про яку вказують у своїх ухвалах колегії суддів чи об’єднані палати Верховного Суду, які передали справу з підстав наявності виключної правової проблеми Великій Палаті.

Як доктринальне, так і прикладне розуміння «виключної правової проблеми» є важливим в розумінні як змісту, так і оцінки вищезазначеного

поняття, оскільки це дає точне уявлення про те, що ж закладено законодавцем в поняття «виключної правової проблеми».

Отже, під виключною правовою проблемою необхідно розуміти наявність неповноти, суперечливості чи нечіткості змісту норми права, а то і її відсутності, що унеможливлює безпосереднє її застосування без судової правотворчості, яка є процесуально-правовою формою подолання таких правових проблем.

3.2. Судова правотворчість та її межі в правозастосовчій практиці Європейського суду з прав людини, та її вплив на судову практику національного правосуддя України

Проблема судової правотворчості в Україні то затухає, то знову вирує, хоча до цього не простого для України питання неодноразово зверталися як молоді так і маститі науковці. Разом з тим, вони здебільшого аналізували зарубіжну практику прецедентного права, в основі якої лежить принцип судової правотворчості, пропонуючи свої підходи до визнання в Україні судового прецеденту джерелом права.

Якщо в країнах загального права судовий прецедент визнається джерелом права і в значній мірі дане питання вже вирішено, то в Україні воно так і не знайшло своєї остаточності. З цих підстав законодавець і доктринальні дослідження, то схиляються до того, що Україна потребує прецедентного права, а відтак і визнання судової правотворчості, як його основи, то законодавець обходить ці питання в процесуальному законодавстві, подаючи лише опосередковані сигнали на можливість судової правотворчості. При цьому, основні наукові баталії точаться навколо одного із основоположних питань: чи має право суд на правотворчість на підставі якої судові рішення прирівнюються до закону і з цих підстав визнаються джерелом права? Чи все ж суд є лише державним механізмом по неухильному застосуванню текстів законів, по відношенню до конкретних спірних відносин, не маючи таким чином права на правотворчий процес, обмежуючись лише тлумаченням тексту норм права в межах горизонту їх змістовно-правової суті. Загальна теорія права розглядає судову правотворчість як одну із зовнішніх форм розвитку як матеріального, так і процесуального права. Не дивлячись на те, що суд є лише органом правозастосування, але саме суд при наявності нечіткості чи суперечливості норм права має можливість до правотлумачної практики, яка по суті і забезпечує особі доступ до правосуддя. При наявності ж неповноти

нормативного урегулювання спірних відносин суд у своїй правозастосовчій практиці має можливість вдаватись до інтерпретації правових аналогій.

Таким чином як правотлумачний, так і інтерпретаційний процес, маючи між собою методологічну схожість спрямовуються на широке філологічно-правове розуміння змісту норм права та загальних засад законодавства по відношенню до спірних відносин. При цьому як інтерпретатор так і право тлумач намагаються охопити нормами права зміст спірних відносин та урегулювати їх. Такий процес завжди робить хоча і незначні, але вкраплення певних елементів новизни, що дає можливість судам осучаснювати певні законодавчі положення норм права за рахунок розширення горизонту їх змістовно-правової суті. В той же час при неповноті норм права чи їх відсутності суд не може відмовити особі в доступі до правосуддя, а від так суд змушений вдаватися до правотворчого процесу створюючи нові правові положення, і якщо такі положення формуються Великою Палатою Верховного Суду, то вони по суті набувають правового статусу норми права, оскільки є обов'язковими для нижчестоящих судів у їх подальшій правозастосовчій практиці. Це є важливою закономірністю в сучасному правосудді не лише для України, а і всіх національних судів світу, бо такий підхід спрямований в бік справедливості. В той же час, досягти справедливості в правосудді доволі складно, якщо вона ґрунтується виключно на законодавстві, оскільки останнє часто відстає від реалій суспільного розвитку, чи сам закон має численні як внутрішні, так і зовнішні (по відношенню до іншого законодавства) неузгодженості, чи законодавчі прогалини. Все це змушує суддів, які по суті стоять на останньому рубежі правозастосування за рахунок судової правотворчості «латати» ті чи інші законодавчі неузгодженості, чи законодавчі прогалини і в такий спосіб унеможливлювати проникнення в публічно-правовий простір тих чи інших положень, які не відповідають суспільним цінностям, справедливості та верховенству права.

Такий алгоритм правозастосовчої практики є характерним не лише для цивільного судочинства України, а по суті має місце і в судочинстві адміністративного та господарського спрямування. Правозастосовча ж практика Європейського суду з прав людини з одного боку є більш близькою до загального права, хоча сам же Європейський суд з прав людини неодноразово висловлювався з приводу того, що він не зв'язаний своїми попередніми рішеннями, але в той же час він зазначає, що «в інтересах правової визначеності, передбачуваності і рівності перед законом Суд не повинен, без поважних причин, відхилятися від своїх рішень у попередніх справах. Відмова ж Суду від динамічного і еволютивного підходу може стати перешкодою для будь-яких реформ або вдосконалень» (справа, «Маматкулов та Аскаров проти Туреччини» № 46827/99 та 46951/99, п. 121, ECHR 2005-I) та справа «Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії», заява №63235/00, рішення від 19 квітня 2007 року [156].

Рішення в яких висловлені правові позиції Європейського Суду користуються особливим авторитетом і використовуються цим Судом та національними судами як типові критерії щодо ефективності застосування конвенційних норм Європейської конвенції з прав людини та відповідності даним критеріям національних норм права. Особливість таких рішень полягає в тому, що вони не стосуються матеріально-юридичного спору, який розглядався національними судами на підставі свого національного законодавства. У них вирішуються лише питання: чи було порушено природні права людини під час розгляду цивільних…справ? [61, с. 9].

Таким чином, рішення Європейського Суду є своєрідними міжнародними стандартами у сфері захисту порушених прав, свобод та інтересів громадян Європи. І хоча правові поняття сформульовані цим судом і носять переважно міжнародно-правовий характер, але їх вплив на розв'язання справ національними судами є досить вагомим. В юридичній літературі, серед інших, висловлюється також думка, проте, що рішення Європейського суду з прав людини можуть вважатися джерелом

міжнародного права. Таким чином, право Європейського співтовариства незалежне від законодавства держав його членів, хоча і є обов'язковим для кожної особи.

Рішення Європейського суду з прав людини (далі – Європейський Суд) з точки зору правозастосовчої практики ґрунтуються виключно на правотлумачній практиці норм Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) та протоколів до неї, і з цих підстав носить міжнаціональний характер. В той же час такий процес все ж має певні свої особливості, які з одного боку обумовлюються ратифікаційною політикою кожної країни Європи по відношенню до Конвенції та її протоколів, а з іншого – створюють єдину європейську правозастосовчу практику у сфері захисту природних прав, свобод та законних інтересів як фізичних, так і юридичних осіб, яка є обов'язковою для всіх національних судів, які ратифікували таку Конвенцію, визнаючи таку практику джерелом права.

Обов'язковість судової практики сприяє її правозастосовчій повторюваності і з цих підстав такі рішення набувають прецедентного характеру.

Таким чином, Європейський суд з прав людини відіграє важливу роль не лише у застосуванні норм права Європейської конвенції з прав людини, але і створює основи для розширеного її тлумачення та втілення її суті в національне судочинство європейських країн. Саме розширене тлумачення Конвенції дає підстави для формування нових понять, оскільки останні набувають уніфікованого характеру і з цих підстав застосовуються в усіх національних судах однотипно. Таким чином право в ЄС в значній мірі набуло міжнародно-прецедентного характеру, оскільки значна частина таких рішень суду ґрунтується на правових висновках та поняттях попередніх його рішень, які були постановлені на основі звернень громадян різних держав, оскільки останні не отримали свого задоволення в національних судах. Особливість таких рішень полягає в тому, що вони не стосуються

юридичного спору, який розглядається національними судами. В таких рішеннях вирішується лише питання щодо порушення прав людини під час розгляду як цивільних так і адміністративних, господарських та кримінальних справ, а також строків виконання таких рішень. Зокрема, ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод зазначає: «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру». Ці положення для судової системи України є також актуальними, оскільки оперативність та справедливість розгляду справ та оперативність виконання судових рішень, нажаль, для нашої судової системи є питаннями, які носять проблемний характер.

На фоні того, що суди сьогодні починають відігравати все більшої ваги в побудові демократичного, правового суспільства, впливаючи на процес дотримання в державі прав та свобод людини, суд ще і формує розуміння суті норм національного законодавства в суспільстві. Таким чином, саме суд є тим джерелом, яке займаючись повсякденним відновленням порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів як фізичних так юридичних осіб через процес судової правотворчості формує нові правові поняття, положення чи правила, які ним же привносяться в правозастосовчу практику з метою правової визначеності нових відносин, які стрімко розвиваються в державі, але з тих інших причин набули спірного характеру. Саме з цих підстав Я. М. Романюк звертає увагу на те, що в праві формуються нові умови щодо об'єктивного розуміння систем джерел права, що дає підстави не лише «застосовувати квазіпрецеденти різного рівня, а і вирішувати питання щодо розмежування судової практики і судового прецеденту» [168, с. 3]. В цьому контексті постає питання про необхідність переходу від теоретичних дискусій в питаннях судової правотворчості до практики його право розуміння і застосування.

Сьогодні навряд чи знайдеться той, хто б виступав проти правозастосовчої практики Європейського Суду з прав людини та методики ухвалення ним судових рішень. Безумовно, можна говорити про те, що така методика є ексклюзивною і застосовується лише Європейським Судом, оскільки Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод сформульована на основі абстрактних, оціночних понять і категорій, які дають можливість ЄСПЛ до їх тлумачення по відношенню до здавалося б різних національних, правових систем, традицій та звичаїв. Але це здається лише на перший погляд. Доктрина природного права, не залежно від національних наукових концепцій завжди ґрунтується на природі справедливості як суспільної цінності, незалежно від історичного її контексту. Таким чином, справедливість, добросовісність, розумність, прозорість, гласність, верховенство права – це ті принципи на яких ґрунтується судова практика Європейського суду з прав людини. У свою чергу це і є тим шляхом за яким в Україні повинно розвиватись вчення про судову правотворчість, оскільки там де писані закони є статичними вони поступово втрачають свою ідеальність. «Старіючий» закон перестає бути гнучким, а відтак він починає не відповідати реаліям життя стаючи спочатку проблемою, а потім і гальмом суспільного розвитку. Консерватизм в законодавстві і правозастосовчій практиці шкодить не лише суспільству, а і конкретним людям, оскільки можливість їх звернення до суду за захистом своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та законних інтересів з підстав тих чи інших неузгодженостей закону ускладнюється. В цьому зв'язку Європейський суд з прав людини розвиваючи у своїй практиці принцип доступності особи до правосуддя, по суті гарантує, дію даного принципу громадянам Європи і України. Україна має свій досвід у Європейському суді з прав людини щодо питань доступу до правосуддя, зокрема у справі «Перетяка та Шереметьев проти України» від 21 грудня 2010 року [292], «Асмолов проти України» від 21.04.2011 року [293], «Ліпісвіцька проти України» від 12 травня 2011 року» [294] та багато інших.

Саме з цих підстав Україною було прийнято Закон «Про виконання рішень та застосуванні практики Європейського суду з прав людини» від 22 лютого 2006 р. № 3477-IV де в ст. 17 законодавець спрямовує суддів на застосування судової практики Європейського суду з прав людини. Звісно, що Україна намагається в такий спосіб привести весь понятійний апарат в різних галузях права до уніфікації його з Європейським правом. З цих підстав Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові № 14 від 18 грудня 2009 р. «Про судове рішення у цивільній справі» наголошував на тому, що «у мотивувальній частині кожного рішення … у разі необхідності мають бути посилання на Конвенцію та рішення ЄСПЛ, які є джерелом прав і з цих підстав підлягають застосуванню» [138].

Не дивлячись на те, що рішення Європейського суду по своїй суті є декларативними [1] все ж вони носять обов'язковий характер для їх виконання державами-відповідачами. І хоча рішення національних судів Європейський суд і визнає несправедливими, але даний суд все ж не може скасувати суперечливий національний закон або його анулювати [14, с. 374]. Суд може лише пропонувати або рекомендувати чи вжити всіх необхідних заходів [2] по приведенню національного законодавства у відповідність до судових рішень Європейського Суду з прав людини. Таким чином, практика Європейського Суду спонукає країну-відповідача до уніфікації юридичних понять чи окремих законодавчих положень до судової практики Європейського суду, хоча ні Україна, ні Молдова, ні Грузія, ні інші країни, які ратифікували Європейську Конвенцію з прав людини поки, що і не входять до складу Євросоюзу. І хоча таку практику часто і називають прецедентною, але вона ніяким чином не загрожує країнам Європи «суддівським свавіллям», і не пов'язана із яким би то не було для них примусовим нормотворенням.

Таким чином, Європейський Суд своїми рішеннями поступово об'єднує як загальне, так і континентальне право, утворюючи по суті такий процесуально-правовий синтез, де поряд із класикою континентального

права формується і європейське прецедентне право з його: а) правотворчістю; б) уніфікацією; в) повторюваністю; г) єдиною правозастосовчою практикою; ґ) єдиним напрямом розвитку європейського права [16, с. 48-53]. Всі ці складові спрямовуються лише в одному напрямку – напрямку справедливості.

Саме справедливість в усі століття, в усіх сферах суспільного життя, в тому числі і в правосудді, спонукала людей до чіткої визначеності як змісту норм права так і тих понять, правил чи положень, які регулюють певні суспільні відносини, оскільки немає нічого гіршого чим правова невизначеність щодо окремих дій чи бездіяльності людини. Таку закономірність люди помітили давно, бо саме змістовна невизначеність норм права по відношенню до тих чи інших спірних відносин, які мають місце між людьми, і приводить до виникнення різноманітних цивільно-правових спорів. Невизначеність законодавчих актів, яку ми сьогодні називаємо законодавчими прогалинами, люди завжди адресували не законодавцю, а судам, оскільки саме останні займаються правозастосовчою практикою, намагаючись якнайточніше урегулювати нормами права спірні відносини, а при їх неурегульованості, змістовній спірності, нечіткості чи неповноті, саме на суди покладається остання надія, на справедливий захист порушених, невизнаних, чи оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів як фізичних так і юридичних осіб.

В таких випадках суди залишаються сам на сам з правовою проблемою, не маючи можливості відмовитися від розгляду справ з підстав відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). Не дивлячись на те, що законодавець і надає право судам застосовувати аналогію закону чи аналогію права, але такі можливості існують не завжди, оскільки технологічні, технічні, наукові розробки сьогодні створюють такі можливості практичного їх втілення, про які законодавець просто не знав і не міг знати, під час законотворення а відповідно, і передбачити їх при розробці, і прийнятті того чи іншого

законопроекту. Розуміючи наявність такої проблеми, законодавець в 2017 році надав можливість Великій Палаті Верховного Суду у справах, що містять виключну правову проблему з метою забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України) за рахунок судової правотворчості долати неузгодженості окремих норм права чи їх групи. Така концепція щодо права суду на судову правотворчість не є новою. Саме з цих підстав, європейська юридична і політична спільноти, з метою втілення в життя ідеї єдиної Європи 4 листопада 1950 року в Римі прийняла Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Європейська конвенція) на кшталт Загальної декларації прав людини, проголошеної Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, прийнятої 10 грудня 1948 року [55]. Метою прийняття Європейської конвенції «є забезпечення і розвиток прав людини та основоположних свобод» на основі «спільної спадщини політичних традицій, ідеалів, свободи і верховенства права» [74].

Не дивлячись на те, що в Європейському Союзі питання судового захисту прав людини з точки зору міжнародних стандартів, національних традицій, застосуванню верховенства права мають ряд проблем обумовлених наявністю цілого ряду історичних, національних, релігійних звичаїв, та особливостей все ж Європейському Суду вдалося по суті стати єдиним міжнародним судовим органом, який на основі Європейської Конвенції з прав людини уніфікує і запроваджує міжнародні стандарти, у сфері судового захисту прав, свобод та законних інтересів людини, і за рахунок імперативності по суті його судових прецедентів формувати судову практику всієї Європи.

Саме Європейський суд з прав людини вводить певні понятійно-правові стандарти, які черпаються національними судами як країн Європейського Союзу так і України зокрема. Суть таких стандартів лежить у сфері невідчужуваності природних прав та свобод людини та справедливості щодо їх судового захисту. Таким чином Європейський суд на основі своєї

судової практики, визначає цілий ряд правових понять, зумовлюючи цим самим країни Європи, в тому числі і Україну, вводити їх зміст у своє матеріальне та процесуальне законодавство. Так, Європейський суд з прав людини у справі «Bellet v. Franse» зазначає, що «верховенство права є гарантією справедливості». В цьому зв'язку Конституційний Суд України у своєму рішенні від 2 листопада 2004р. №15-ра/2004 зазначив: «верховенство права-це панування права в суспільстві», що «вимагає від держави втілення у правозастосовчу та правовпорядковану діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті перед усім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо». Підтримуючи таку думку О.С. Ткачук зазначає, що принцип верховенства права необхідно розглядати як стандарт судового правозастосування, та як чинник ефективності судочинства [210, с. 325-326]. Враховуючи це Україна при прийнятті нової редакції Цивільного процесуального кодексу України, яку було введено в дію 15 грудня 2017 року вперше закріпила в його змісті принцип верховенства права, закріпивши його в ч. 1 ст. 10 ЦПК України. Разом з тим даний принцип є мега принципом загально-правового порядку, і з цих підстав він поєднує в собі як поняття законності так і справедливості, розумності та добросовісності. Саме цим природним складовим повинні відповідати всі національні законодавчі акти, які приймаються в державі. На дані обставини звернув увагу і Європейський суд з прав людини в своєму рішенні у справі «Крюслен проти Франції» від 24.04.1990р. №11801\85 [81]. Оскільки такі рішення визнаються в Україні одним із джерел права (ч. 4 ст. 10 ЦПК України), то з цих підстав вони наділяються імперативністю, яка є обов'язковою в першу чергу як для законодавців, які зобов'язані обґрунтовувати зміст своїх законопроектів, так і для суддів, які зобов'язані обґрунтовувати зміст своїх рішень виходячи з принципу верховенства права. Саме такий підхід дає можливість не лише розвивати суспільні відносини на основі їх законності, але і справедливості. В більшості цивільних справ, які розглядаються загальними судами України мова йде про цивільно-правовий

спір в якому здійснюється захист порушеного, невизнаного чи оспорюваного права. Поняття «спір про право» знайшло також своє відображення в рішеннях Європейського Суду зокрема у справі «Аллан Якобсон проти Швеції» від 25 жовтня 1989 р., «Густафсон проти Швеції» від 25 квітня 1996 р., «Фрідлендер проти Франції» від 27 червня 2000 року. В цих рішеннях Європейський суд підкреслює, що судовий розгляд справи в якій є наявний спір, завжди необхідний тоді, коли є потреба у встановленні фактичних обставин у справі і на цій підставі надання їм фахової правової оцінки. В цьому і полягає завдання суду [167, с. 37].

Разом з тим, рішення Європейського суду з прав людини по своїй «суті є декларативними», і з цих підстав вони «залишають державі свободу вибору засобів, які будуть використані в рамках національної правової системи для виконання своїх зобов'язань, відповідно до ст. 46(1)» І хоча такими рішеннями не можливо «анулювати або скасувати суперечливий національний закон або постанову» [195] все ж Європейський Суд здійснює влив на зміну національного законодавства держав-відповідачів роблячи це в оригінальний спосіб, у вигляді пропозицій, які спрямовуються до держави-відповідача щодо вжиття нею всіх необхідних заходів [192], або рекомендацій щодо вжиття таких заходів [191], або вжиття заходів щодо зміни національного законодавства [190], чи зобов'язань держави-відповідача по вжиттю всіх необхідних заходів [189], або закликів у пілотних справах щодо можливого ідентичного вирішення всіх аналогічних справ [198]. Ці тези Європейський суд з прав людини висловлював і у справі «Eg.Silver V. The United Kingdom» §113(d) d 1983р. та у справі «Vorlov v. Ukraine» §194, рішення від 9 січня 2013 року. Саме такий мовно-граматичний метод, який застосовує Європейський суд з прав людини не лише дипломатично звертає увагу держав-відповідачів на невідповідність їх національного законодавства Європейській Конвенції з прав людини, а і їх певної судової практики. Такий підхід безумовно сприяє ефективності судового захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та

законних інтересів кожної людини, не залежно від її громадянства, віросповідання, соціального чи майнового стану, мови чи кольору шкіри.

В зв'язку з цим законодавець приймаючи нову редакцію ЦПК України, яку було введено в дію 15 грудня 2017 року вперше зазначив, що «завданням цивільного судочинства є» не лише «справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ», але і «ефективний захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави» (ч.1 ст.2 ЦПК України). Отже одним із завдань цивільного процесу є «своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ, що зумовлює наявність в процесі розумних строків щодо вчинення всіх процесуальних дій (ч.1 ст. 121 ЦПК України). Поняття « розумних строків» щодо розгляду судових справ на міжнародному рівні вперше отримало своє нормативне закріплення в п.1 ст. 6 Європейської Конвенції з прав людини. Безумовно це поняття носить оціночний характер. Розглядаючи 28 червня 1978 року справу «Kënig проти Німеччини», 6 травня 1981 року справу «Buchholz проти Німеччини», 13 липня 1983 року справу «Цимермана і Штайнера проти Швейцарії» [163, с. 209]. Європейський суд з прав людини зазначав, що поняття «розумних строків» враховує «складність фактичних і правових підстав справи, поведінку заявників та відповідних органів влади, а також значення, яке мав для заявників розгляд їхньої справи». (дану позицію Європейський суд висвітлив і у справі «Федіна проти України» 02 вересня 2010 року. У справі «Смірнова проти України» 08 листопада 2005 року). Україна вперше ввела поняття «розумних строків» в Цивільний процесуальний процес в 2004 році. Сьогодні ч. 2 ст. 121 ЦПК України (в редакції нового ЦПК від 15 грудня 2017 року) вперше розкриває на нормативному рівні поняття «розумних строків», зазначаючи, що «строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню цивільного судочинства» (ч. 2 ст. 121 ЦПК України). Аналіз цивільного процесуального законодавства, яке діє в Україні сьогодні вказує на те, що ми отримали

правове поняття «розумних строків» абстрактно-відсилочного характеру, яке носить виключно теоретико-правове спрямування, оскільки воно жодним чином не має впливу на строки розгляду цивільних справ. Так всі процесуальні строки пов'язані із підготовчим провадженням є чітко визначеними частиною 3 ст. 189 ЦПК України, де зокрема зазначається: «Підготовче провадження має бути проведено протягом шістдесяти днів з дня відкриття провадження у справі.» Процесуальний строк щодо врегулювання спору за участі судді також має свій чітко визначений строк, оскільки ч. 1 ст. 205 ЦПК України проголошує: «Врегулювання спору за участі судді проводиться протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвалення про його провадження». Строки розгляду справ по суті також урегульовані законодавцем. Так, ч. 2 ст. 210 ЦПК України зазначає: «Суд розглядає справу по суті протягом тридцяти днів з дня початку розгляду справи по сутті». Таким чином законодавець застосовує поняття «розумних строків» лише у разі перевищення судом встановлений ним поденний строк розгляду цивільних справ.

В цивільному процесі України дійсно мають місце справи в яких судами не дотримано «розумних строків». Так із закінчених у 2015 році 722,8 тис. цивільних справ із порушенням строків було розглянуто 42.8тис. цивільних справ. В 2016 році із закінчених місцевими судами було 663.1 тис цивільних справ з порушенням процесуальних строків було розглянуто. 41.1 тис. таких справ.

Відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції при вирішені спору щодо прав і обов'язків цивільно-правового характеру «кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи»

В цій частині Європейський суд з прав людини у справі «Олюджіг проти Хорватії» від 5 лютого 2009 р. (заява №2230/05) зазначав, що публічність провадження гарантує сторонам захист від таємного здійснення правосуддя, позбавленого громадянського контролю. Це є одним із засобів довіри до суду. Забезпечуючи прозорість здійснення правосуддя, публічність

сприяє справедливому розгляду справи, є гарантією довіри до суду (§ 70 рішення). При цьому, Європейський суд послався на своє ж рішення від 22 лютого 1984 р. у справі «Зютер проти Швейцарії» §26. Рішення ж щодо провадження судового засідання в закритому режимі повинно обґрунтовуватися обставинами справи, §71 (справа Олюджіг проти Хорватії). При цьому суд послався на своє ж рішення від 12 квітня 2006р у справі «Маржіні проти Франції» § 40 Заява №5867100 [155, с. 23-31].

Звертаючись до п. 1 ст. 6 Конвенції щодо відношення спорів про цивільні права та обов'язки, які можна характеризувати як такі, що існують в національному праві, Європейський Суд зазначив, що «відповідно до практики суду поняття «цивільні права і обов'язки» не повинні розумітися виключно в контексті внутрішнього права держави-відповідача» (справа Алана Якобсана). В цьому зв'язку Європейський Суд наголошує на тому, що значна судова практика пов'язана із цивільними правами і обов'язками приватних осіб у правовідносинах, які виникають із контрактного, комерційного, страхового, банківського, медичного, спадкового, сімейного права [159], деліктного права [161], права власності, де ці права, в той чи інший спосіб було порушено, але не захищено на рівні національного законодавства, отримує свій захист на основі п. 1 ст. 6 Конвенції. Таким чином практика Європейського суду з прав людини, щодо поняття «цивільні права, і обов'язки» сприяє єдиному підходу національних судів не лише до окремих понять, прав і обов'язків, а і всієї судової практики щодо застосування п. 1 ст. 6 Конвенції в цілому.

Дане положення отримало свій розвиток і в ст. 1 Першого протоколу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод де зазначається, що «кожна фізична, або юридична особа має право мирно володіти своїм майном». Розвиваючи поняття «право власності» Європейський суд з прав людини в своєму рішенні «Марс проти Бельгії» [158] в традиційній йому манері звернув увагу не лише на «мирне володіння», але і користування та розпорядження цим майном. Ці положення Європейський Суд розвивав і в

подальшому щодо різних країн-відповідачів. Так говорячи про право на майно, необхідно говорити не лише про «наявне нерухоме майно» [158], а і рухоме, наприклад: картини [193] чи речі, що перебувають в будинку [197], а якщо говорити про орендну плату чи земельну ренту як атрибути, то їх потрібно розглядати лише у контексті «власність» [196] під якою розуміються і маєтки, оскільки це також є нерухомістю [194]. Як бачимо, Європейський суд з прав людини не лише розкрив поняття «майна», а і конкретизував це поняття по відношенню до різних розділів цивільного права, надихаючи суди до єдиного розуміння та єдиних підходів до цих питань при розгляді цивільних спорів на рівні національного правосуддя.

Розвиваючи концепцію «цивільних прав і обов'язків», Європейський суд пов'язує це із поняттям справедливості, як гарантією держави на доступ особи до правосуддя. В цій частині Європейський суд з прав людини у справі «Bellet v France» зазначав, що «стаття 6 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів якого є доступ до суду» В цьому аспекті Європейський суд зазначає, що держава не може обмежити чи відмінити право на судовий захист, ні в окремих її сферах, ні по відношенню до окремих категорій осіб. При цьому доступ в ту чи іншу судову інстанцію повинен бути не тільки теоретично дотриманим, але і реальним. В цьому зв'язку суд звертає увагу на те, що занадто дорогі витрати на судовий розгляд справи є порушенням права на доступ особи до суду [295]. Отже, права людини це об'єктивні за своєю природою положення, які не залежать від характеру відносин, що мають місце між фізичними, фізичними і юридичними особами чи між ними і державою. Безумовно, що Європейський Суд за рахунок правового втілення положень Конвенції у свою правозастосовчу практику значно розширює поняття природних прав і свобод людини. Цю тезу безумовно посилює і ст. 35 Конвенції, яка зазначає: «ніщо в цій Конвенції не може тлумачитись як таке, що порушує будь-які права людини та основні її свободи, які можуть гарантуватися законом…, або будь-якою іншою угодою тощо». Таким чином підтверджується той факт, що

передбачені, ст.1 Конвенції права і свободи, надаються всім хто перебуває під юрисдикцією держави. Такий підхід безумовно має вплив як на приватне так і публічне життя людей набуваючи неодмінної актуальності. При цьому, стаття 8 Конвенції передбачає повагу не лише до приватного, а і сімейного життя людини, недоторканності її житла та кореспонденції [296]. Разом з тим ні Конвенція, ні національне законодавство України не мають чітких регламентувань щодо меж між поняттями приватного і сімейного життя людини. Безумовно, що приватне життя людини є більш природним поняттям ніж сімейне, оскільки воно вбирає в себе захищеність персональних даних, право на усамітнення чи на підтримання стосунків з іншими людьми, право на сексуальне життя, на доступ до інформації тощо.

Сімейне ж життя у сенсі Конвенції, означає більш ширше коло питань, ніж звичайні, формальні, законно оформлені стосунки. З цих підстав Європейський суд бере до уваги суть відносин не обмежуючи при цьому лише формальними зв'язками. Під поняттям «сімейного життя» включаються певні факти: наявність в сім'ї офіційних зв'язків [148]. Разом з тим повага до сімейного життя не пов'язується лише із створенням сім'ї, через офіційне оформлення відносин чи народження дітей. Повага повинна носити всеохоплюючий характер як з боку держави, так і її органів та окремих її громадян. У разі наявності непереборних обставин, особа має право на припинення сімейних стосунків. І в цьому також проявляється повага до сім'ї. При цьому держава повинна поважати права батьків та права дітей (Справа Кіган (Keegan) проти Ірландії) [149].

В той же час Конвенцією, а від так і Європейським Судом захищаються і неформальні шлюби (Джонстон та інші проти Ірландії) [148]. В цьому зв'язку важливе місце відводиться і питанням житла. Так під поняттям «житла» Європейський Суд розуміє, не реєстрацію, людини в певному її помешканні, а бере до уваги її переважне місце, де особа мешкає на постійній основі [297].

Всі ці та інші поняття як матеріального, так і нематеріального світу, які мають місце в житті людини і з тих чи інших причин стали предметами спору, набувають уніфікованого значення в рішеннях Європейського Суду. Така їх однозначність, проникаючи в матерію національного правосуддя всіх країн Європи, дає можливість до їх правового зближення, і на цій основі формування єдиної правозастосовчої практики не лише на рівні національних судів всіх рівнів, а і європейському континенті в цілому, незалежно від того, входять чи ні окремі країни до Євросоюзу.

3.3. Судова правотворчість та її межі в умовах перспектив щодо формування в Україні прецедентної моделі цивільного судочинства у світлі цілей сталого розвитку України

Незалежне та справедливе правосуддя передбачає не лише ефективне правозастосування норм права в процесі розгляду цивільних справ, але і відкриває можливості до судової правотворчості як способу подолання законодавчих прогалин, які виникли внаслідок технічних, стилістичних помилок при прийнятті нових законопроектів, чи неурегулюванню або неточному урегулюванню тих чи інших відносин внаслідок лобіювання певних законопроектів, пришвидшеному розвитку суспільних відносин тощо.

Безумовним фактом є те, що велика частина законодавства на сьогодні є явно застарілою і з цих підстав не відповідає тому рівню суспільних відносин, які склалися на сьогодні в державі.

Є і та частина законопроектів, під час ухвалення яких законодавець не врахував перспективних змін у суспільстві, оскільки останні набули лише загальних контурів, але чіткого розуміння щодо направленості їх розвитку та їх впливу на ті чи інші суспільні відносини у законодавця не було. Як бачимо в законодавстві, з тих чи інших причин, мають місце певні законодавчі прогалини, чи окремі неузгодженості, які завжди проявляються лише тоді, коли суди зіштовхуються з тим, що спірні відносини неможливо врегулювати за тим чи іншим законом, оскільки в ньому відсутня норма прямої дії, або така норма є нечіткою, суперечливою або неповною. Не дивлячись на це суд зобов'язаний оперативно, неупереджено і справедливо, на належному рівні ефективності та професійності урегулювати спірні відносини за рахунок судової правотворчості. Не так давно, за часів дії такого поняття як «соціалістична законність», з її жорстоким радянським нормативізмом, принцип верховенства закону та тлумачна судова практика забезпечувались керівними роз'ясненнями Пленумів Верховного Суду України (далі – Пленум), який хоча і не являв собою суд, оскільки не мав такого

процесуального статусу, але його постанови носили для суддів виключну обов'язковість. Такий правозастосовчий алгоритм виправдовувався тим, що судочинство потребувало єдиної судової практики.

Якщо з цих позицій поглянути на п'ятнадцять пострадянських держав, то і сьогодні в Білорусії, Казахстані, Киргизстані, Таджикистані, Туркменістані, Узбекистані діють пленуми Верховних Судів, які продовжують тлумачити законодавство узагальнюючи судову практику, і таке регулювання носить для суддів обов'язковий характер. В Азербайджані, Молдові, Росії узагальнення пленумів Верховних судів носить рекомендований характер. Від керівних роз'яснень Пленумів Верховних Судів відмовилася Вірменія, Грузія, Естонія Латвія, Литва, Україна [202, с. 66-72]. В той же час, кожна судова система, в тому числі і в Україні, потребує стабільної та єдиної судової практики. З цих підстав, як в Україні, так і в Грузії, країнах Прибалтики, Молдові, Вірменії поступово починає формуватись судова практика Верховними Судами, постанови яких набувають прецедентного характеру, і така практика вже має своє закріплення в Цивільних процесуальних кодексах цих країн.

Таким чином, алгоритм формування в Україні судової практики через постанови Верховного Суду, під час касаційного перегляду справ колегією суддів, їх палатою чи об'єднаною палатою або Великою Палатою Верховного Суду, які мають статус суду (ст. 403 ЦПК України) привносять не лише стабільність в судову практику, але і формують правову новизну в правозастосовчому процесі. Безумовним фактом є те, що Велика Палата Верховного Суду, за рахунок судової правотворчості долає «виключну правову проблему за рахунок розвитку права і формування на цій основі єдиної правозастосовчої практики» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

Так, постанови Верховного Суду, які мають висновки щодо питань застосування норм права у подібних правовідносинах, є обов'язковими для апеляційних судів при перегляді судових рішень судів першої інстанції (п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України) і не можуть тлумачитись сторонами чи суддями на

свій розсуд. Разом з тим, право на подолання виключної правової проблеми з метою розвитку права має лише Велика Палата Верховного Суду.

Що ж розуміється під поняттям «виключна правова проблема», яка потребує «забезпечення розвитку права»? Так, Р. Бюнгер, суддя Федеральної судової палати ФРН, виступаючи в Україні в рамках міжнародної науково-практичної конференції, яку проводив Верховний Суд України в 2017 році, зазначав, що «правосуддя виконує завдання з пошуку права в конкретному випадку передусім шляхом застосування і тлумачення закону, а також – із дотриманням певних передумов – шляхом подальшого розвитку права. З методологічного погляду подальший розвиток права з боку суддів починається там, де закінчується можливість тлумачення закону» [32, с. 2-6]. Таким чином, процес тлумачення норм права та його меж, застосування правових аналогій суттєво відрізняються від процесу судової правотворчості та її меж. Не дивлячись на те, що в їх основі лежать однакові завдання, розгляд справ по суті з правильною юридичною кваліфікацією спірних відносин, але такі завдання досягаються різною правовою методологією.

Отже під поняттям «виключної правової проблеми» розуміється об'єктивна наявність правової проблеми, яка до цього часу ніколи не вирішувалась або вирішувалась в іншому її ракурсі. При цьому її виключність полягає в тому, що суд не в змозі урегулювати цивільно-правовий спір, не подолавши наявну правову проблему, оскільки спірні відносини, або не урегульовані нормами права, чи урегульовані неповно, чи не точно або суперечливо, що створює правову невизначеність, яку суд може подолати лише за рахунок судової правотворчості, зміст якої розвиває не лише законодавство, судову практику, але і загальну теорію права та окремі її галузі [251, с. 100-106].

Розуміння даної особливості дає можливість досліднику розмежувати правосуддя на правотворчу і правотлумачну діяльність суду у сфері цивільного судочинства. Саме ці два підходи характеризують різні правові сім'ї, зокрема: англосаксонську (правотворчу) та романо-германську

(правотлумачну). Остання мала місце, а відтак і формувала судову практику, яка не визнавалась джерелом права як в радянський, так і пострадянський період розвитку нашої держави. В той же час, правотворчий судовий процес у сфері цивільного судочинства ніколи не був притаманним Україні, не дивлячись на те, що «більшість норм права мала абстрактно-правовий зміст» [258, с. 101]. До 2017 року в Цивільному процесуальному кодексі України принцип верховенства права, не мав свого процесуального закріплення. Таким чином цивільне судочинство продовжувало ґрунтуватись на принципі верховенства закону та формування судової практики в позасудовий спосіб Пленумом Верховного Суду України.

Сьогодні Україна зробила лише перші кроки у наближенні до загального права, в основі якого лежить принцип судової правотворчості, сформувавши по суті змішану методологічну форму правосуддя, яка має своє процесуальне закріплення. Так, ч. 9 ст. 10 ЦПК України зазначає: «Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)». При цьому, «забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини». В той же час, «судове рішення повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим» (ч. 1 ст. 263 ЦПК України).

У разі ж наявності «виключної правової проблеми» з метою «забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики», справа розглядається Великою Палатою Верховного Суду (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Така модель правосуддя є певним відступом від позитивістської теорії права і є схильною у своїх ключових стадіях до загального права з його прецедентною практикою, в основі якої лежить судова правотворчість. Межі такої правотворчості знаходяться між початком і закінченням змістовно-правового судження, яким заповнюється

міжнормативний простір, який неурегульований чи урегульований неповно або має певні законодавчі неузгодженості.

В той же час законодавець застерігає суддів, що «при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду.» (ч. 4 ст. 263 ЦПК України).

Таким чином, законодавець по суті закріпляє принцип повторюваності застосування правових позицій Верховного Суду, викладених в його постановах. Але це лише зовнішній прояв, який є характерним для судових прецедентів. Внутрішня ж змістовно-правова їх суть полягає в обов'язковості постанов Верховного Суду для нижчестоящих судів по застосуванню норм права у подібних правовідносинах. Разом з тим, така обов'язковість має опосередковане своє закріплення спочатку в п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України [1], а потім і в п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України [2].

Разом з тим, якщо принцип повторюваності, який закріплено в ч. 4 ст. 263 ЦПК України пов'язати із п. 1 ч. 2 ст. 389 та п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України, то ми отримаємо обов'язковість судової практики для судів першої і апеляційної інстанцій, оскільки мова в даних нормах йде про питання єдиного правозастосування норм права у подібних правовідносинах, а відтак і формування єдиної правозастосовчої практики, в основі якої лежить правотлумачний метод пізнання і правозастосування.

В той же час, якщо адресувати принцип повторюваності до ч. 5 ст. 403 ЦПК України [3], то подолання правової проблеми за рахунок розвитку права,

---

[1] Підставами касаційного оскарження судових рішень …є неправильне застосування судом норм матеріального права…якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду (п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України)

[2] Суд відмовляє у відкритті касаційного провадження у справі, якщо: у разі подання касаційної скарги на підставі пункту 1 частини другої статті 389 цього Кодексу суд може визнати таку касаційну скаргу необґрунтованою та відмовити у відкритті касаційного провадження, якщо Верховний Суд уже викладав у своїй постанові висновок щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах, порушеного в касаційній скарзі, і суд апеляційної інстанції переглянув судове рішення відповідно до такого висновку (п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України).

[3] Суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову

яка ґрунтується на судовій правотворчості вказує на імперативність новосформованої правової формули з підстав формування єдиної правозастосовчої практики. Таким чином, такий підхід розкриває імперативну, внутрішню суть судового процесу «stare decisis et non guieta movere», тобто «дотримуватись прецедентів і не порушувати вже встановлене» [298].

Таким чином, законодавець опосередковано закріпив в Цивільному процесуальному кодексі України в редакції 2017 року, положення щодо судової практики, як обов'язкової для всіх судів, яка має вигляд правових позицій, закріплених в постановах Верховного Суду і одночасно відкрив зелене світло для судової правотворчості, яка є змістовною складовою судових прецедентів, але надав таке право лише Великій Палаті Верховного Суду. Безумовно, що судді за рахунок судової правотворчості не створюють нових законів. Вони лише уточнюють, розширяють чи доповнюють окремі, не враховані законодавцем положення в окремих нормах права. Це скоріше є страхуванням законодавця від виявлених у процесі судового засідання «законодавчих колізій», які потребують свого виправлення та вчасного реагування [62, с. 36].

Такий підхід законодавця до формування єдиної правозастосовчої практики на наш погляд є вдалим. Ми погоджуємося із І. Ю. Богдановською в тому, що судова практика є часом суперечливою і може уточнюватись лише у зв'язку із змінами законодавства та його тлумаченням [30, с. 30-39].

Запроваджуючи такий двоякий підхід до правозастосовчої практики у сфері цивільного судочинства, законодавець в першу чергу переслідував мету стабільності, а відтак і єдності правозастосовчої практики по всій вертикалі судової системи. В той же час, розуміючи об'єктивну закономірність, обумовлену науково-технічним прогресом і стрімким у зв'язку з цим розвитком суспільних відносин законодавець хоча і доволі

проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України).

боязно, але створив процесуальні можливості по методологічному зближенню загального і континентального права, не даючи при цьому широкого формату щодо впровадження в цивільне судочинство судових прецедентів і з цих підстав не визнає їх джерелами права.

Така комбінована стратегія у сфері розвитку цивільного процесуального права є доволі обширною. Так, в Іспанії діє так звана «загальна правова доктрина» (doctrina legal), де має місце тлумачна правозастосовча методика і судова практика, яка заснована виключно на цілому ряді судових рішень Верховного Суду [95, с. 509]. Не дивлячись на те, що в країнах Європейського Союзу роль закону є визначальною, але національна судова практика швидко наповнюється елементами прецедентного характеру, оскільки на неї мають суттєвий вплив рішення Європейського суду з прав людини, які визнаються джерелом права не лише з теоретичної, але і практичної точок зору. Якщо ж поглянути на цивільне правосуддя США, то «думка про те, що Сполучені Штати є країною виключно загального права, є помилковою» [28, с. 53]. Епоха «законодавчих актів», яка мала місце в першій половині XX ст. з точки зору федерального і місцевого законотворення підняла інститут закону на новий рівень [6].

Таку загальносвітову тенденцію щодо поступового зближення континентального і загального права підтримала і Україна не тільки у сфері цивільного процесуального законодавства, а і на рівні інших процесуальних галузей права.

Безумовним є той факт, що правотворчий процес, який має місце під час розгляду цивільних справ, не є безмежним. Він має свою специфіку і відповідні правові межі. По-перше, в нашій державі право на судову правотворчість, як процес розвитку права, надано лише Великій Палаті Верховного Суду. Разом з тим, процесуальне законодавство не містить жодних заборон щодо наявної судової правотворчості з боку суддів першої та апеляційної інстанцій. В той же час, суди повинні поважати мету і цілі та ті завдання, які ставив перед собою законодавець. Якщо ж обставини, які

досліджені суддями першої та апеляційної інстанцій потребують нового не урегульованого поточним законодавством підходу, то формуючи нову правову формулу з метою заповнення законодавчих прогалин суди повинні розуміти і ефективно реалізовувати ту волю законодавця, яку б він проявив сам при вирішенні тієї чи іншої правової проблеми.

Звісно, що питання «розвитку права» можуть виходити за межі загальних засад законодавства тієї чи іншої галузі права, але все ж таки межі такої правотворчості не можуть виходити за межі змісту Конституції нашої держави.

В той же час, правотворчий процес буде мати місце і тоді, коли розвиток права буде узгоджуватися із приписами та підходами Європейського суду з прав людини у сфері правозастосовчої практики Європейської конвенції з прав людини і основоположних свобод. Якщо ж змістовна суть судової правотворчості не узгоджується із практикою Європейського суду чи Європейської конвенції, то така правотворчість не може мати місця, хоча її змістовна суть і може узгоджуватись із національним законодавством. На нашу думку, суди першої та апеляційної інстанцій також мають право на розвиток права за рахунок свого правотворчого процесу, але такі їх положення як і рішення в цілому, можуть бути піддані правовій критиці в касаційній інстанції, де може бути прийняте остаточне рішення. Разом з тим практика показує, що судді як першої, так і апеляційної інстанції не часто схильні до того, щоб формулювати правові формули, які б долали законодавчі прогалини.

Разом з тим, кожне судове рішення повинно відповідати завданням цивільного судочинства (ч. 3 ст. 263 ЦПК України). Під такими завданнями розуміється справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ч. 1 ст. 2 ЦПК України). Ці положення є керівними, оскільки у випадку відсутності, неповноти, нечіткості чи

суперечливості законодавства розглянути справу без застосування судової правотворчості по суті неможливо. Це означає, що судді мають право діяти поза межами закону, але настільки, наскільки їм це дозволяє законодавець. Саме законодавець обмежує безмежність свободи суду у правозастосовчій практиці. Такі межі ґрунтуються на: а) загальних завданнях цивільного судочинства; б) на наявних нормах права; в) при їх відсутності межею є правові аналогії. Таким чином, судова правотворчість має місце як виняток. Але навіть в таких випадках суддя, відштовхується від загальних засад законодавства, його завдань як основ до обґрунтування та законотворчої полеміки, з метою створення нової правової формули. В той же час, С. С. Дністрянський зазначає, що «кожна свобода мусить мати свої границі – так само й свобода судді в орудуванні правничими нормами» [51, с. 233].

Не дивлячись на те, що законодавець по суті і визнає багатократне застосування судами першої (ч. 4 ст. 263 ЦПК України) та апеляційної інстанцій (п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України) у своїй правозастосовчій практиці одних і тих же правових позицій Верховного Суду, які сформовані за рахунок судової правотворчості з метою забезпечення розвитку права (ст. 403 ЦПК України), що дало можливість подолати законодавчі прогалини, все ж назвати такий процес прецедентним та визнати його джерелом права офіційно законодавець так і не зважується, хоча для цього і є всі правові та фактичні підстави.

В частині пострадянських країн (Литва, Естонія, Латвія, Грузія) поступово формується прецедентна практика у сфері цивільного судочинства на основі її обов'язковості, єдності, стабільності, судової правотворчості як способу розвитку права через судову практику. Такий напрямок розвитку цивільного судочинства узгоджується із Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН, прийнятої 25 вересня 2015 року № 70/1 про «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року», відповідно до якої кожна держава повинна «сприяти верховенству права на національному та міжнародному рівнях із забезпеченням всім рівного доступу до

правосуддя» [147]. В цьому світлі напрямок нашого дослідження узгоджується і з Указом Президента України «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» у сфері забезпечення національних інтересів щодо сталого розвитку економіки, наукових досліджень, громадянського суспільства і держави і на цій основі «сприяння побудові миролюбного і відкритого суспільства в інтересах сталого розвитку, забезпечення доступу до правосуддя для всіх» [143]. Саме з позицій сталого розвитку нашої країни у сфері цивільного судочинства щодо впровадження сучасної моделі прецедентного права, в основі якого лежить судова правотворчість, дає можливість судам завжди ухвалювати однотипні рішення у подібних справах, оскільки судова практика не терпить того, що подібні справи вирішуються по різному, бо це підриває довіру до правосуддя, деформує уявлення суспільства про справедливість. На нашу думку саме в цьому напрямку судово-правова реформа у сфері цивільного судочинства і має розвиватись, оскільки суд в цивілізованому, демократичному суспільстві не може бути пасивним спостерігачем та лише механічним правозастосувачем норм права, не маючи права на свою творчу роль в цивільному судочинстві. Таке правосуддя із плином часу буде деградувати, сповзаючи знову у сферу позитивного права, коли обґрунтування справедливості обґрунтовувалось застарілими, абстрактними та казуїстичними, а підчас – і спірними нормами права в угоду захисту соціалістичної форми господарювання та політичної доцільності.

ВИСНОВКИ

Судова правотворчість є об’єктивною закономірністю, яка обумовлена наявністю законодавчих прогалин, які можуть мати місце внаслідок технічних, стилістичних помилок законодавця при прийнятті тих чи інших законопроектів, що утворює стилістичну чи правову неточність чи неповноту норм права або їх суперечливість чи взагалі відсутність. З цих підстав їх зміст не відповідає реальному життю суспільства і при наявності спірних відносин та їх урегулюванню в цивільному процесі виникає ефект правової невизначеності, подолання якого, при неможливості застосування правових аналогій, здійснюється за рахунок судової правотворчості. Так формується поняття «виключної правової проблеми» та методика її подолання, в ході якої забезпечується розвиток права та формується єдина правозастосовча практика».

Під «законодавчими прогалинами» розуміються розриви, які об’єктивно виникають між суспільним розвитком і законодавством. Змістом останніх є неповнота, неточність чи суперечливість норм права або їх відсутність. Дані законодавчі прогалини долаються за рахунок судової правотворчості, під якою розуміється професійно-правова діяльність суддів, яка спрямована на віднайдення та закріплення в судовому рішенні нової правової формули, принципу, положення чи поняття, зміст яких був би переконливим, ґрунтувався б на принципах природного чи статутного права, суспільних та моральних цінностях, що давало б можливість заповнювати законодавчі прогалини, які виникають в тому чи іншому галузевому законодавстві.

Під поняттям «виключної правової проблеми» розуміються об’єктивна наявність правової проблеми, яка до цього часу ніколи не вирішувалась або вирішувалась в іншому її ракурсі. При цьому, її виключність полягає в тому, що суд не в змозі урегулювати цивільно-правовий спір, не подолавши наявну правову проблему, оскільки спірні відносини або неурегульовані нормами

права, чи урегульовані неповно, чи неточно, або суперечливо, що створює ефект правової невизначеності, який суд може подолати за рахунок судової правотворчості, зміст якої розвиває не лише законодавство, судову практику, але і загальну теорію права та окремі її галузі.

Отже, судова правотворчість – це вчення, яке формує новий напрямок розвитку цивільного процесуального права в Україні, оскільки ми говоримо про судову правотворчість як світоглядне вчення, яке формує новий напрямок розвитку цивільного процесуального права, в основі якого з одного боку лежать базові цінності суспільного розвитку, а з іншого – суспільна модель взаємодії держави і суду, права і суду на перехідному етапі судово-правової реформи, де теоретизована наявність судової правотворчості ще не набула своєї детальної якості і з цих підстав не сформувала на достатньому рівні правового кроку щодо визнання наявності в нашому правосудді судових прецедентів з визнанням їх джерелом права.

Судова правотворчість Верховного Суду при умові набуття нею статусу джерела права, стала б спеціалізованою правовою категорією, яка б характеризувалася: а) наявністю свого оригінально-правового змісту; б) імперативністю у сфері подібних спірних правовідносин; в) вертикальністю своєї дії; г) горизонтальністю своєї дії по відношенню до правозастосовчої практики самого Верховного Суду; г) розвитком права.

Вчення про судову правотворчість не має своїх усталених меж. З цих підстав ми можемо говорити, що вона вбирає в себе як класику цивільного процесуального права, яка ґрунтується на законах і кодексах, судових прецедентах і наукових концепціях, легітимізується на національному рівні законодавцем і спрямована на оперативність, розумність, законність та обґрунтованість судових рішень на принципах верховенства права та справедливості. Не дивлячись на загальну концепцію щодо безмежності судової правотворчості в часі і просторі, все ж з точки зору прикладного характеру судової правотворчості остання має локальні своєї межі.

Разом з тим, судова правотворчість не є поняттям безмежним. Вона завжди обмежується: а) при подоланні законодавчих прогалин, межею є інтерпретація загальних засад законодавства в межах дії конституційних принципів права; б) при тлумаченні норм права, межею є горизонт змістовно-юридичної суті норми права; в) при застосуванні аналогії права межею є буквальний змістовно-правовий зміст загальних засад законодавства, принципів права, способів захисту, тощо; г) при аналогії закону, за відсутності галузевої аналогії, міжгалузева аналогія права має місце в межах змістовно-правової суті загальних засад обох галузей права; ґ) при наявності виключної правової проблеми та забезпечення розвитку права, та формування єдиної правозастосовчої практики, межею є інтерпретація змістовної суті предмету спірних правовідносин по відношенню як до загальних засад законодавства певної галузі права, так і до загально-конституційних принципів, що дає можливість сформулювати нові правові позиції заповнюючи в такий спосіб законодавчі прогалини та формуючи нові напрямки розвитку права.

В той же час, судова правотворчість неможлива: а) за межею процесуальної форми судових засідань; б) при виключенні з цивільного обороту тих чи інших матеріальних об’єктів, які стали об’єктом спору; в) при наявності прямих заборон закону.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Assaniclze v. Georgia, заява № 7153/01, рішення від 8 квітня 2004 р. §202.
2. Broniowski v. Poland, заява № 31443/96 [GC], рішення від 22 червня 2004. M.D. and Other v. Malta, заява № 64791/10, рішення від 17 липня 2012 р. - §90.
3. Damaska M. R. The Faces of Justice and State Authority to the Legal Process: A. Comparative Approach. 1986. P 3.
4. Damasra M.R. The Faces of Justice and Stute Authority: A Comparative Approach to the Legal Process. 1986. P. 3.
5. Garner B. A. A Dictionary of Modern Legal Usage. – New York, Oxford University Press, 1995 – p. 681 (953 p.)
6. Guido Calibresi.A Common Law for the Age of Statutes (Yale U., Press, 1985)/
7. Hazen D.A. Book Review: Precedent in the world court // Harv. Int' L. J. – 1997. – vol. 38. – p. 587–602.
8. Kiralfy A.K.R. The English Legal System. L.:Sweet and Maxwell, 1990. – 309 p.
9. Lemosse M. Cognitio. Etude sur le roledu juge dams I'instuction du process civil antique. 1944. P. 141.
10. Lounghlin P. Gerlis S. Civil Litigation, 2004. P 7.
11. Merryman H. The Civil Law Traditions, An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America. 1985 P 23.
12. Pound R. The Spirit of the Common Law. 1999. P. 182; Bix. B. Jurisprudence: Theory and Context / 2003. P 145-149.
13. R. Van Caedem. An Histjrical Sntrodaction to Private Law (Caambridge 1992) p.170.

14. Ress, G., «The effect of Desicious, and Judgments of the ECTTLR in the Domestic Legal Onder», Texas International Law Journal, Vol. 40:359.2005, p.374.
15. Wiegand W. Americanization of Law: Reception or Convergence? in. Friedmann L. M., Seheiber H. W. (ens), Legal Culture and the Legal Profession, 1996. P. 147.
16. Yasynok D. The concept of judicial lawmaking and its limits in civil proccedings of Ukraine. *Entrepreneurship, economy and Law*. 2021. №11. P. 48-53.
17. Zukerman A.A. Civil Procedure, 2003. P. 43.
18. Абрамов С. Н. Советский гражданський процесс: учебник. Москва: Госюриздат, 1952. С. 22–23.
19. Алексеев С. С. Право: азбука–теория–философия: опыт комплексного исследования. Москва: Статут. 1999. С. 232.
20. Алексєєв С.С. Проблема теорії права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 265.
21. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2004 році (за даними судової статистики). *Вісник Верховного Суду України*. 2005. № 5. С. 29.
22. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2005 році (за даними судової статистики). *Вісник Верховного Суду України*. 2006. № 6. С. 47.
23. Аналіз судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 1. С. 16.
24. Антошкіна В. Правова природа результатів тлумачення норм. *Публічне право*. 2019. № 4 (36). С. 170–179.
25. Барак А. Судейское усмотрение ; пер. з англ. М.: Норма, 1999. 364 с.
26. Беляневич В. Е. Новітня кодифікація і судова практика. *Вісник господарського судочинства*. 2004. № 2. С. 227.
27. Берман Г. Западная традиция права: Эпоха формирования. Москва: Издательство МГУ, 1994. 592 с.

28. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. Київ: Вид-во Україна. 1999. 554 с.
29. Богдановская И. Ю. Закон в английском праве. М.: Наука, 1997. С. 143.
30. Богдановская И. Ю. Судейское право и его современная роль. *Право и демократия: межвузовский сборник научных трудов*. М., 1995. Вып. 7. С. 30–39.
31. Борісова В. І., Приступа С. Н. Цивільне право України. Т. 1: підручник: в 2-х т. / Борісова В. І. (кер. авт. кол.) Баранова Л. М.. Жилінкова І. В., за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасібо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. С. 480.
32. Бюнгер Р. – суддя Федер. суд. палати (ФРН) доповідь на міжн. конф. «Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя»: Подальший розвиток права суддями та його наслідки для судової практики на прикладі сенатів у цивільних справах Федеральної судової палати / 24-25 листопада 2016. Вісник *Верховного Суду України*. 2017. № 2. С. 2–6.
33. Васильєв С. В. Джерела цивільного процесуального права України: традиції й інновації : монографія. Харків: Еспада, 2013. 432 с.
34. Васьковский Е. В. Курс гражданського процесса. Т.1. М., 1913. С. 174.
35. Великий енциклопедичний юридичний словник ; за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка, 2-ге вид. перероб. та доп. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2012. 1020 с.
36. Венгеров А.Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис. канд. юрид. наук. Москва, 1966. 185 с.
37. Висновки Верховного Суду України, викладені в постановах, прийнятих за результатами розгляду справ із підстав передбачених пунктами 1,2,4 ч.1 ст.335 ЦПК України, за II півріччя 2016 р. *Вісник Верховного Суду України*. 2017. № 6. С. 31.
38. Висновок Консультативної ради європейських суддів № 20 (2017) про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону від 10 листопада 2017 року с.

17–18. URL: http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1_20.pdf (дата звернення: 15.08.2021).

39. Вільнянський С. І. Значення судової практики в цивільному праві. *Вчені праці ВИЮН*. Москва, 1947. Вип. 9. С. 244. 246.
40. Вышинский А. Я. Роль процессуального закона в социалистическом государстве рабочих и крестьян (лекция прочитана у Всесоюзной правовой академии в феврале 1937 г. (К положению на фронте правовой теории). Москва, 1937. С. 23.
41. Горбатенко В. П. Філософсько-правові детермінанти сучасного розуміння справедливості. *Правова держава*. 2009. № 14. С. 14.
42. Горбачев М. С. О ходе реализации решений XXVII съезда КПСС и задачах по углублению перестройки: Доклад на XIX Всесоюзной конференции КПСС 28 июня 1988. *Коммунист*. № 10. С. 41.
43. Гражданский процессуальный кодекс Украинской ССР. Киев: Изд-во «Политическая література». 1983. 199 с.
44. Гук П. Судебный прецедент как источник права: дис…канд.. юрид. наук. Саратов, 2002. 205 с.
45. Гураленко Н.А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект: дис… канд. юрид. наук. Львів: Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2009. 192 с.
46. Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва: Прогресс, 1988. 496 с.
47. Давид Р., Жоффре–Спинози К. Основные правовые системы современности; пер. с франц. Москва: Международные отношения, 1999. 400 с.
48. Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава: Тип. Варш. учеб. окр., 1903. 252с.
49. Демченко Г.В. Судебный прецедент. *Журнал Министерства юстиции*. 1903. № 3. С. 79–142.

50. Дженкс Э. Английское право. Источники права. Судоустройство. Судопроизводство. Уголовное право. Гражданское право. М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1947. 378 с.
51. Дністрянський С. С. Соціальне поняття права: академічна юридична думка; за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. К., 1988. С. 233.
52. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. / Л. Дюги; Пер. с франц. В. Краснокутский, Б. Сыромятников, А. Ященко. — М.: Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1908. – 1000 с.
53. Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права. Судебная практика как источник права. Москва: Юристъ, 2000. С. 78–90.
54. З. Д. Свіфт. Путешествие Гулливера. Москва, 2003. 150 с.
55. Загальна декларація прав людини, прийнята и проголошена в резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 15.12.2021).
56. Загальна теорія держави і права: Підручник; за заг. ред.. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петриненка. Харків: Право, 2002. С. 542.
57. Заіка О. Ю. Українське цивільне право: навч. посіб., 2-ге вид., змін. і доп. Київ: Всеукр асоц. видав. «Правова єдність». 2008. С. 368.
58. Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 р. № 192-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/192-19#Text (дата звернення: 10.12.2020).
59. Закони уряду УРСР 1919. №1 ст. 7.
60. Заочне рішення Коломацького районного суду Харківської області від 12.05.2021 р. у цивільній справі № 625/61/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96817696 (дата звернення: 15.09.2021).
61. Запара С. І. Вплив судової правотворчості на становлення процесуально-правові моделі прецедентного права в Україні. *Приватне та публічне право*. 2021. № 2. С. 9.

62. Запара С. І. Особливості формування процесуально-правового механізму судової правотворчості та її межі. *Приватне та публічне право*. 2021. № 4. С. 35–40.
63. Звід законів УРСР 1934. № 26. ст. 223.
64. Звіт Верховного Суду про роботу в 2020 р. та за минулі три роки. *Судовий Вісник. Юридична практика* 25 лютого 2021. № 1–2. С. 3.
65. Зеленко І. П. Дискусійні питання судової правотворчості на черговому етапі судової реформи. *Наукові записки. Серія «Право»*. 2020. Вип. 8. С. 9–13.
66. Зеленко І. П. Правові передумови та методика використання юридичних аналогій. *Підприємництво, господарство і право*. 2009. №1. С. 61.
67. Калашник О. М. Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення: автореф. дис. …к.ю.н., 12.00.03. Харків, 2016. 20 с.
68. Квятковська Б. І. Особливості судового прецеденту в англо-саксонській та романо-германській правових сім'ях (порівняльний аналіз). *Теорія і практика правознавства.* 2013. Вип. 1. URL: http://ubuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_1_3 (дата звернення: 07.07.2021).
69. Кирилюк Д. Чи визнається в Україні правовий прецедент? *Юридичний журнал*. URL: http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2221. (дата звернення: 15.08.2021).
70. Кібенко О. Перспективна дія правового висновку Верховного Суду: чи доцільно запровадити в Україні? URL: https://sud.ua/ru/news/blog/162411-perspektivna-diya-pravovogo-visnovku-pozitsiyi-verkhovnogo-sudu-chi-dotsilno-zaprovaditi-v-ukrayini (дата звернення: 07.07.2021).
71. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.
72. Комаров В. В. Гражданский процесс в глобальном контексте. *Юридическая наука и образование*. 2009. Вип. 2. С. 95–125.

73. Комаров В. В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків: Право, 2012. 624 с.
74. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 15.12.2021).
75. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПБ: Юрис. центр Прес. 2003. с. 299.
76. Костецький М. В. Філософські питання верховенства права. *Академічні читання*. 6 червня 2007 р. Київ, 2007. Вид. 6. С. 3.
77. Коструба А. В. Аналогія права та закону як фактична функція і спосіб «оздоровлення» механізму право припинення. *Часопис Київського університету права.* 2012. № 3. С. 185–189.
78. Кройтор В. А. Усунення прогалин у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. № 3. С. 159-166. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2016_3_30 (дата звернення: 17.05.2021).
79. Кройтор В. А. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар ; за заг. ред. д.ю.н., проф. М. М. Ясинка. Київ: Алерта, 2020. С. 33.
80. Кросс Р. Прецедент в английском праве ; под ред. Ф.М. Решетникова. Москва: Юридическая литература, 1985. 234 с.
81. Крюслен проти Франції. Рішення Європейського Суду з прав людини від 24.04.1990р.№11801\85. Офіційний сайт «HUDOC Eupopean Court of Human Rights». URL: https://hudoc.echr.coeint\eng#%22itemid%22:[%22001-102089%22]} (дата звернення: 25.12.2021).
82. Кузнєцова Н. С. Цивільне право України [Текст]: підручник в 2-х т. / Бервено С. М.. Васильєва А. В., Галянтич М. К. та ін.; за ред. О. В.

Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика – 3-е вид. переробл. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 976.

83. Курило М. П. Проект Судового процесуального кодексу України. Додаток № 1 до дис.. д. ю. н. Суми, 2014. 278 с.
84. Курило М. П. Ясинок Д. М. Категорії «судова практика» та «судова правотворчість» у сучасній доктрині цивільного процесуального права України. *Право України*. 2020. № 11. С. 142–157.
85. Курило М. П., Ясинок Д. М. Законодавчі прогалини та судова правотворчість: взаємозв'язок понять. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* 2022. № 2. С. 77-82.
86. 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. 9–14.
87. Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск: Изд-во Красноярск. ун-та, 1987. 152с.
88. Лилак Д. Д. Судочинство і проблеми суддівської правотворчості. *Вісник Верховного Суду України*. 2003. № 3(37). С. 63–68.
89. Лігман Л. Г. Значення судової практики для правозастосування у цивільному судочинстві України. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 6(130). С. 34–38.
90. Ллойд Д. Идея права. Москва: Книгодел, 2007. 416 с.
91. Лучникова В. В. Развитие английской правовой системы в конце XVII – начале XVIII вв. (на примере развития общего и статутного права): автореф. дис. …канд.. юрид. наук. Инст. гос. и права АН СССР. М., 1983. С. 16.
92. Майданик Р. Основи юридичної аргументації: особливості судової аргументації в процесі судової правотворчості». Міжнародна науково-практична конференція «*Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування*

правосуддя» (28 листопада 2016 року). URL: https://www.youtube.com/watch?v=-HIMfMj2cEg (дата звернення 10.02.2022).

93. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): дис. …канд. юрид. наук. Київ, 2002. 229 с.
94. Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право / редкол.: Лукашева Е. А., Щебанов А. Ф. М., 1973. С. 352.
95. Марченко М. Н. Источники права: учебное пособие. Москва: Велби; Проспект, 2005. 760 с.
96. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва: Проспект, 2011. 512 с.
97. Маслов В. В. Судебный прецедент в Украине: процессуально-правовой аспект. *Legea si viata*. 2015. № 3\2 С. 61–63.
98. Матай Ю. І. Застосування аналогії закону як способу подолання прогалин в законодавстві: основні вимоги та умови. Мат. міжн. наук-практ. конф. «*Актуальна юриспруденція*». (Київ, 6 грудня 2018 р.). Київ: Вид. дім «АртЕк», 2018. 222 с.
99. Медведев И. Р. Гражданский процесс Англии и США, повышение ответственности сторон за свои объяснения и действия. *Правоведение*. 2007. № 1. С. 136–151.
100. Москвич Л. М. Суспільна довіра до суду як показник ефективності судової влади. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 2(126). С. 25–30.
101. Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. М.: Юрид. лит. 1959. 162 с.
102. Орзіх В. М. Поняття аналогії закону й аналогії права в цивільному праві України. На*уковий вісник Ужгородського національного університету. 2019. Серія «Право»*. Вип. 54. С. 83–86.

103. Основныя положенія гражданскаго судопроизводства. К Уставу гражданскаго судопроизводства 1864 г. URL: https://www.pplb.ru/node/372592/source (дата звернення: 15.05.2019).
104. Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. М.: Юридическая литература. 1987. С. 511.
105. Папкова О. А. Усмотрение суда. Москва: Статут. 2005. 412 с.
106. Пархоменко М. М. Джерела права, проблеми теорії та методології. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2008. С. 336.
107. Пахман С. О современном движении в науке права. СПб., 1882. 301 с.
108. Петражицкий Л. И. Очерки философии права. СПб. 1900. Вып. 1. 308 с.
109. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С.-Пб.: Тип. С.–Пб. АО «Слово», 1907. Т. 1. 656 с.
110. Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР. Москва, Госюриздат. 1962. – 166 с.
111. Підопригора О. А. Римське приватне право. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. 440 с.
112. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України: зб. наук. праць*. Харків: Право, 2013. № 1(72). С. 44–56.
113. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України. дис. …д.ю.н.: 12.00.03. Київ, 2009. 374 с.
114. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права : Изд. 3-е, стереотип. – М.: «Статут», 2001. 354 с.
115. Попов Ю. В. Прецедент: напрямки розвитку у праві України. Тези виступу на Міжн. наук.-практ. конф. «*Розвиток цивільного законодавства: посткодифікаційний період»* (м. Київ, 8–9 жовтня 2009

р.). URL: http://www.nbuv.gov.ua./ e-jornals/FP/ 2009 – 3/ 09 xnidep.pdf (дата звернення: 15.08.2021).

116. Постанова № 5 Пленуму Верховного Суду УРСР «Про практику розгляду судами УРСР цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» від 16.05.1975 р. *Збірник постанов пленуму Верховного Суду Української РСР*. К.: Вид. Політ. літ. України 1985. С. 59.

117. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 01 вересня 2020 року у справі № 216/3521/16-ц (провадження № 14-714 цс 19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91644731 (дата звернення: 10.11.2021).

118. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 01.09.2020 р. у справі № 216/3521/16-ц (провадження № 14-714цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91644731 (дата звернення: 17.08.2022).

119. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04 липня 2018 року у справі № 310/11534/13-ц (провадження № 14-154цс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75287282 (дата звернення: 17.08.2022).

120. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 07.07.2020 р. у справі № 296/10217/15-ц (провадження № 14-727цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90458917 (дата звернення: 17.08.2022).

121. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13.10.2020 р. у справі № 447/455/17 (провадження № 14-64цс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217994 (дата звернення: 17.08.2022).

122. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 листопада 2018 року у справі № 183/1617/16, провадження № 14-208 цс 18. Єдиний

державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81574015 (дата звернення: 17.08.2022).

123. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15 січня 2020 року у справі № 367/6231/16-ц (провадження № 14-529 цс 19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87393444 (дата звернення: 17.08.2022).

124. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15.01.2020 р. у справі № 305/2082/14-ц (провадження № 14-554цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87857851 (дата звернення: 17.08.2022).

125. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 червня 2020 року у справі № 145/2047/16-ц (провадження № 14-499цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90933484 (дата звернення: 17.08.2022).

126. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22.09.2020 р. у справі № 214/6174/15-ц (провадження № 14-114цс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92270721 (дата звернення: 17.08.2022).

127. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 червня 2020 року у справі № 909/337/19 (провадження № 12-35гс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90359317 (дата звернення: 17.08.2022).

128. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 червня 2020 року у справі № 645/1979/15-ц (провадження № 14-706цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90458929 (дата звернення: 17.08.2022).

129. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 червня 2020 року у справі № 179/1043/16-ц (провадження № 14-63цс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90458957 (дата звернення: 17.08.2022).

130. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26 червня 2019 року у справі № 761/9584/15-ц (провадження № 14-623цс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87952206 (дата звернення: 17.08.2022).
131. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29 вересня 2020 р. у справі № 757/13243/17 URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/94071331 (дата звернення: 17.08.2022).
132. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29 вересня 2020 року у справі № 688/2908/16-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92137264 (дата звернення: 17.08.2022).
133. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 31 жовтня 2018 р. Справа № 202/4494/16-ц (провадження № 14-318цс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77720972 (дата звернення: 17.08.2022).
134. Постанова Великої Палати Верхового Суду своєю постановою від 20 листопада 2019 р. у справі № 368/54/17 (провадження № 14-487цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/86105173 (дата звернення: 17.08.2022).
135. Постанова Київського апеляційного суду від 08 червня 2021 року у справі № 754/3351/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97541030 (дата звернення: 17.08.2022).
136. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судове рішення» № 11 від 29.12.1976 р., зі змінами 1984 та 1992 рр. *Збірник постанов Пленумів Верховного Суду України*. К., Вид-во «Право», 1995. С. 214.
137. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також

ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 р. № 1. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 3. С. 9.

138. Постанова Пленуму Верховного Суду України від18 грудня 2009 року №14 «Про судове рішення у цивільній справі». *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 1. С. 5.

139. Постанова Пленуму Верховного Суду УРСР №5 від 22 серпня 1980 р. «Про діяльність судів УРСР по запобіганню злочинам та іншим правопорушенням при розгляді кримінальних та цивільних справ» *Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду УРСР*. Київ: Вид-во «Політвидав Україна», 1985. С. 4.

140. Постанова судових палат у цивільних та господарських справах Верховного Суду України від 13 березня 2017 р. (Справа № 5-2195цс16). *Вісник Верховного Суду України*. 2017. № 10. С. 21.

141. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 15.11.1984 г. № 22 «О применении законодательства, регулирующего отношения, возникающие в связи с открытиями, изобретениями, рационализаторскими предложениями и промышленными образцами». *Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1986)*. М.: «Известия», 1987. С. 222–231.

142. Права, по которым судится малороссийский народ 1793 года / Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. – за наук. ред. д.ю.н., проф. Р. О. Стефанчука та к.ю.н. доц. М. О. Стефанчука. Київ: Вид. «Правова єдність». 2009. С. 417.

143. Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року. Указ Президента України від 30.09.2019 р. № 722/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text (дата звернення: 16.05.2022).

144. Проценко М. Г. Логіка: підручник для студ. вузів. Суми, 2005. С. 252.

145. Пухан Иво, Поленак – Акимовская Мирьяна. Римское право (базовый учебник); Перевод с македонского В.А. Томсинова, Ю.В. Пилипова ; под ред. проф. В.А. Томсинова. Москва: ИКД «Зерцало-М», 2003. С. 332.

146. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб; вид. 5-те зі змінами. Київ: Атіка, 2001. 368 с.

147. Резолюція Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25 вересня 2015 року № 70/1 «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року». URL: https://ips.ligazakon.net/document/MU15167 (дата звернення: 16.05.2022).

148. Решение Европейского суда по правам человека от 18 декабря 1986 г. в деле «Джонстон и другие против Ирландии (Johnston and Others v. Ireland)» URL: https://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/dzhonston-i-drugie-protiv-irlandii-postanovlenie-evropejskogo-suda/ (дата звернення: 16.05.2022).

149. Решение Европейского суда по правам человека от 26 мая 1994 г. в деле «Киган (Keegan) против Ирландии (Keegan v Ireland)» URL: https://precedent.in.ua/2015/12/16/kygan-protyv-yrlandyy/ (дата звернення: 16.05.2022).

150. Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США. Москва: Городец, 1999. 284 с.

151. Рішення Верховного Суду України від 3 грудня 2004 р. *Вісник Верховного Суду України*. № 1. 2005. С. 15.

152. Рішення Європейського суду з прав людини «Алана Якобсона проти Швеції (*Allan Jacobsson v. Sweden*)» рішення суду від 19 лютого 1998 р., *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 168, § 46.

153. Рішення Європейського суду з прав людини «З. та інші проти Сполученого Королівства». Комюніке Секретаря Суду.» (Judgment in the Case of Z. and Othersv. the United Kingdom). заява № 29392/95. Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі.

2001. № 2. URL: http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=369 (дата звернення: 15.05.2022).

154. Рішення Європейського суду з прав людини «Ле Комппі, Ван Левен і Де Мейер проти Бельгії» (*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium)*, 23 June 1981, Series A no. 43 (жалобы NN 6878/75, 7238/75).

155. Рішення Європейського суду з прав людини «Олюджіг проти Хорватії» від 5 лютого 2009р. (заява №22330/05). *Вісник Верховного Суду України*. 2011. №1 С. 23–31.

156. Рішення Європейського суду з прав людини від 16 квітня 2002 р. Справа «АТ Данжвіля проти Франції». Заява №36699/97, §32.

157. Рішення Європейського суду з прав людини Рінчейзена від 16 липня 1971 р.; Справа Кьоніга від 28 червня 1978 р. Кьоніг проти Федеративної республіки Німеччини (жалоба N 6232/73) «*König v. Germany*», 28 June 1978, Series A no. 27.

158. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Марс проти Бельгії» від 27 квітня 1979р. § 63.

159. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Расмуссен проти Данії» від 17 листопада 1984 р. Серія А № 87, § 32.

160. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Скарбі проти Швеції» (Jacobsson and Skärby v. Sweden) від 1990 р. Серія А № 180-В від 28 червня 1992 р.

161. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Т.П. і К.М. проти Великобританії (GC) від 16 травня 2001р., §§93-95.

162. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Хапассон і Стуреccон проти Швеції». Серія А № 171.

163. Рішення Європейського суду з прав людини. Справа «Цимермана і Штайнера проти Швейцарії». *Рішення Європейського суду*. 2005. №1. С. 209.

164. Рішення Європейського суду з прав людини: справа «Сокуренко і Стригун проти України» (Заяви № 29458/04 та № 29465/04) від 20

липня 2006 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text (дата звернення: 14.07.2020).

165. Рішення Літинського районного суду Вінницької області від 02.06.2021 р. у справі № 137/288/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97633756 (дата звернення: 02.03.2020).

166. Романюк Я. М. Аргументація як ключовий критерій якості судового рішення. *Вісник Верховного Суду України*. 2017. № 5. С. 7.

167. Романюк Я. М. Майстренко Л. О. Масовий позов: Загальна характеристика, зарубіжний досвід і перспективи впровадження в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 3. С. 37.

168. Романюк Я. М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України (доповідь) 24-25 листопада 2016 року. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 12. С. 4.

169. Романюк Я. М. Судова реформа в Україні: погляд на ефективність правосуддя через призму соціальних потреб. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 4. С. 13.

170. Романюк Я. М., Бейцун І. В. Єдність судової практики: теоретичні засади та вдосконалення законодавчого забезпечення. *Вісник Верховного Суду України*. 2012. № 5. С. 37–42.

171. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: підручник; вид. 2-ге, доп. Київ: Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. 594 с.

172. Руська Правда (розширена редакція) / Хрестоматія з історії держави і права України: навч. посіб.; упорядники: А. С. Чайковський, О. Л. Копиленко, В. М. Кривоніс, В. В. Свистунов, Г. І. Трофанчук. Київ: Юрінком Інтер, 2003. С. 27.

173. Рябченко Ю. Ю. Судова правотворчість як спосіб забезпечення верховенства права. *Право і суспільство*. 2022. №. 1 С. 62–68.

174. Рябченко Ю. Ю., Кравцова Т. М. Судова правотворчість в цивільному процесі та її правова природа. *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 15–19.

175. Савченко К. Ю. Судова практика як елемент правової системи України. автореф. …дис. к.ю.н. 12.00.01. Київ, 2019. 19 с.

176. Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1973). Москва: Изд-во «Известия Советов нар. деп. трудящихся СССР», 1974. С. 209–212.

177. Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1986) под. общ. ред. В. И. Теребилова. М.: Изд-во «Известия Советов нар. деп. СССР». М., 1987. С. 2.

178. Селіванов А. О. Судове право: нова галузь права чи теоретична думка. *Вісник Верховного Суду України*. № 6. 2008. С. 6.

179. Сердюк В. О. Роль судової правотворчості в процесі здійснення судової реформи. *Наукові записки ТНУ ім. В. І. Вернадського*. 2017. Т. 28(67). № 1. С. 74.

180. Скакун О. Ф. Конституційний суд як учасник правової (законотворчої) діяльності в Україні. *Юридична Україна*. 2003. №1. С. 26–32.

181. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учебник. Харків: Консум, Универ. внутр. дел, 2000. 335 с.

182. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (енциклопедичний курс): підручник. Харків: Еспада, 2006. 776 с.

183. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник; пер. з рос. Харків: Консум, 2009. С. 550.

184. Соборное Уложение 1649 года / Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. – за наук. ред. д.ю.н., проф. Р. О. Стефанчука та к.ю.н. доц. М. О. Стефанчука. Київ: Вид. «Правова єдність», 2009. С. 313.

185. Соборное уложение 1649 года: текст, комментарии подчет текста Л. И.Ивинай Ленинград Из-дво «Наука». Ленинградский отдел инст. истор. СССР 1987. С. 31.

186. Соломонюк О. Я. Проблематика судової правотворчості в науковій літературі. *Yong Scientist*. № 7(59). Jul. 2018. С. 232–235.

187. Социалистическое право. М. 1973. С. 325.

188. Соціологія права: Підручник ; за ред. Л. М. Герасіної, М. І. Панова. Київ, 2003. 241 с.

189. Справа «E.g. Vassilios Athanosion and Others v Greece». Заява №50973/08. Рішення Європейського суду з прав людини від 21 грудня 2010 р. §5

190. Справа «M. and Others v. Bulgaria». Заява №41416/08. Рішення Європейського суду з прав людини від 26 липня 2011р. §138.

191. Справа «M.D. and Others v Malta». Заява №6479/10. Рішення Європейського суду з прав людини від 17 липня 2012р. §90.

192. Справа «Scordino v. Italy». Заява № 6813/07/. Рішення Європейського суду з прав людини від 29 березня 2006 р. §240.

193. Справа «Беєлер проти Італії» 158. Рішення Європейського суду з прав людини від 5 січня 2000 р.

194. Справа «Колишній король Греції та інші проти Греції». Рішення Європейського суду з прав людини від 23 листопада 2003 року.

195. Справа «Marckx v Belgium» §58. Заява №6833/74. Рішення Європейського суду з прав людини від 13 червня 1979 р.

196. Справа «Мелхер та інші проти Австрії». Рішення Європейського суду з прав людини від 19 грудня 1989 р.

197. Справа «Новоселицький проти України». Рішення Європейського суду з прав людини від 22 лютого 2005 р.

198. Справа «Соригіна В.І. проти України». Рішення Європейського суду з прав людини від 28 червня 2011 р. Заява №45344/07.

199. Справа E.g. Vassilios Athanosion and Others v Greece. Заява №50973/08 . Рішення Європейського суду з прав людини від 21 грудня 2010р. §5

200. Справа №592/4496/21, провадження №2/592/133/21 Рішення Ковпаківського районного суду м. Суми від 03 серпня 2021 р.

201. Стефанчук Р. О. Про засади правого регулювання правотворчої діяльності в Україні. *Право України*. 2021. № 12. С. 11–22.

202. Стецик Н. В. Запровадження прецедентної практики верховних судів у пострадянських правових системах. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 11. С. 66–72.

203. Стецик Н. В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика. *Часопис Академії Адвокатури України*. 2010. № 8 (3). С. 1–6.

204. Страхов Н. Н. Государство и право феодальной Англии: консп. лекций для студен. Харьковского юрид. инст. Харків, 1964. 55 с.

205. Судебная практика в советской правовой системе ; под ред. С. Н. Братуся. Москва: «Юрид. лит.», 1975. 328 с.

206. Сусло Д. С. Історія Суду Радянської України (1917–1976). Київ: Вид-во «Київський університет», 1968. 232 с.

207. Тарановский Ф. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. 534 с.

208. Тимченко Г. П., Котвяковський Ю. О. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 2. С. 103.

209. Тимченко Г. П., Котвяковський Ю. О. Місце правотворчого процесу в понятті «законодавчих прогалин» цивільного процесуального права України. *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 26–30.

210. Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади в цивільному судочинстві: Монографія. Київ: Право, 2016. 600 с.

211. Труба В. І., Притченко Р. С. Теорія держави і права: підручник; Васильєв А. С., Борщевський І. В., Канзафарова І. С. та інші. Харків: Одіссей, 2007. 448 с.

212. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права (по запискам студентов, Киев, 1906). СПб.: Юридический институт, 1998. 183 с.

213. Указ Президента України В. Зеленського від 30.09.2019 року №722/2019 «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 р. в розвитку резолюції генеральної Асамблеї ООН від 25.09.2015 р.№70/1 Про глобальні Цілі сталого розвитку до 2030 р. На основі їх адаптації з урахуванням специфіки розвитку України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text.

214. Уолкер Р. Английская правовая система; пер. с англ. Москва: Юридическая литература, 1980. 252 с.

215. Устав гражданского судопроизводства 1864 г.. Издание 1892 года : Свод законов Российской Империи. Издание в 16-ти томах. Том XVI. С.113. URL: http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?searchres= &empire=1&collection =0&volume=100020&pg=113&contentsname= %D3%F1%F2%E0%E2+ %C3%F0%E0%E6%E4%E0%ED%F1%EA%E0%E3%EE+%D1%F3%E4%EE %EF%F0%EE%E8%E7%E2%EE%E4%F1%F2%E2%E0.&sort=1.

216. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 03 листопада 2021 року у справі № 643/21744/19 (провадження № 14-175цс21). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101064570 (дата звернення: 14.12.2021).

217. Ухвала Деснянського районного суду м. Києва від 22 квітня 2021 року у справі № 754/3351/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96535064 (дата звернення: 17.08.2022).

218. Ухвала Недригайлівського районного суду Сумської області від 28.10.2020 р. у справі № 582/832/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92494821 (дата звернення: 30.12.2020).

219. Ухвала Недригайлівського районного суду Сумської області від 31.08.2020 р. у справі № 582/832/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91234264 (дата звернення: 30.12.2020).

220. Філософія права: навч. посіб.; за заг ред. О. Г. Данільян. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 11.

221. Фулер Лон Л. Анатомія права: перекл. з англ. Н. Комарова. Київ: Сфера, 1999. 144 с.

222. Харитонов Є. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції): монографія. Одеса: Фенікс, 2008. 346 с.

223. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права: теоретичний та історично-правовий аспект. Одеса: Мінресінформ України, 1997. С. 283.

224. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х тт. Т. 1. Основы. Москва: Междунар. отношения, 1998. 480 с.

225. Цивільний процесуальний кодекс України (в редакції станом на 01.01.2004 р.). Київ, 2006. 162 с.

226. Цивільний процесуальний кодекс України 1963 р. Харків: РВФ «Артіс», ЛТД 2001. 175 с.

227. Цивільний процесуальний кодекс України. Суми: ТОВ «ВВП «Нотіс», 2017. 240с.

228. Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1929 р. К.: Держлітвидав УРСР. 1949 р. 177 с.

229. Цивільний процесуальний кодекс УРСР. К.: Держвидав «Полі література УРСР». 1949. 176 с.

230. Циховский А. Прецедентное право как обективная реальность. *Научные труды. Эдилет*. 2000. № 1(7). С. 82–92.

231. Черданцев А. Ф. Теория государства и права: учебник. Москва: Юрайт, 1999. 629 с.

232. Черданцев А.Ф. Толкование советского права. Теория и практика. Москва: Юрид. лит., 1979. 168 с.

233. Шевченко Т. В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 24.

234. Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: дис. …д-ра юрид. наук. Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2008. 223 с.

235. Шевчук С. В. Судова правотворчість та соціологічна школа права. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 1. С. 24–29.

236. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910 – 1912 гг.). Москва: Юрист, 1995. 805 с.

237. Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права (по изданию 1907 года). Москва: Фирма «СПАРК», 1995. 556 с.

238. Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами: Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09#Text (дата звернення: 08.04.2020).

239. Явич Л. С. Сущность права. Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. Л.: Изд-во «Ленинградский госуниверситет», 1985. С. 149–150.

240. Ясинок М.М. Психологія судового процесу (психолого-правовий аспект): наук практ. посіб. / М.М. Ясинок, Д.М. Ясинок; за заг ред. М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2017. С. 60.

241. Ясинок Д. М. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості. Матер. наук.-прак. конф. студентів та аспірантів, присвячена міжнародному дню студента (14-18 листопада 2022 р.). Суми: СНАУ, 2022. 420 с.

242. Ясинок Д. М. Історичні передумови становлення прецедентного права в світі: Матеріали міжн. наук.-практ. конф. «*Актуальні питання розвитку та взаємодії публічного та приватного права*» (Львів, 16-17 березня 2018 року). Львів, 2018. С. 60–63.

243. Ясинок Д. М. Право на справедливий судовий розгляд в цивільному судочинстві: Матеріали міжн. наук.-практ. конф. ім. Ю.С. Червоного «*Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні*» 18 грудня 2015 р., Національний університет «Одеська Юридична академія», Одеса, 2015. С. 108.

244. Ясинок Д. М. Прецедентне право та наукові дослідження щодо його становлення та розвитку. *Приватне та публічне право*. 2019. № 3. С. 55–59.

245. Ясинок Д. М. Прецедентне право: його правова природа та процесуально-правова суть: Матеріали міжн. наук.-практ. конф. «*Особливості нормотворчих процесів в умовах адаптації законодавства України до вимог Європейського Союзу*», (Херсон, 3-4 червня 2016 р.). Херсон, Видавничий дім «Гельветика», 2016. С. 90.

246. Ясинок Д. М. Принцип справедливості в античному праві. Матер. міжн. наук.-практ. конф. «*Право як ефективний суспільний регулятор*» (Львів, 19-20 лютого 2016 р.). Львів. 2016. С. 51.

247. Ясинок Д. М. Принцип справедливості як природна складова частина цивільного процесу: історико-правовий аспект. *Jurnalul juridic national: teorie şi practică.* № 3 (25) IUINE 2017. P. 85-87.

248. Ясинок Д. М. Суд як суб'єкт правозастосовчого процесу в континентальному праві. Міжнародна науково-практична інтернет-конференція: «*Сімдесят другі економіко-правові дискусії. Серія: Соціальні та гуманітарні науки»* (м. Львів, Україна – м. Переворськ, Польща, 21-22 лютого 2023 р.). Львів, 2023. С. 68–69.

249. Ясинок Д. М. Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі. Мат. міжн. наук-практ конф. «*Особливості розвитку*

публічного та приватного права в Україні» (м. Харків, 16-17 липня 2021 р.) Харків: Асоціація аспірантів-юристів, 2021. С. 73–76.

250. Ясинок Д. М. Судова правотворчість судів та правотворчість органів державного управління та місцевого самоврядування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 2. С. 210–214.

251. Ясинок Д. М. Судова правотворчість як засіб подолання законодавчих прогалин та виключна правова проблема в правозастосовчому процесі цивільного судочинства України. *Київський часопис права*. 2023. № 1. С. 100–106.

252. 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. С. 142–148.

253. Ясинок Д. М. Судова практика як спосіб забезпечення верховенства права в правосудді України. Міжн. наук.практ.конф. « Devalopment of legal science: choice mechnisms and priorities implementation Shiha, the Slowak Republic June 7-8. 2019. P. 211.

254. Ясинок Д. М. Судовий прецедент як самостійне джерело процесуального права. Матер. міжн. наук.-практ. конф. «*Право як ефективний суспільний регулятор*». Львів, 16-17 лютого 2018 р. С. 54–57.

255. Ясинок Д. М. Судові прецеденти в праві Античного Риму: Матер. міжн. наук.-практ. конф. «*Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства*». (м. Харків, 16-17 лютого 2018 р.). Харків, 2018. С. 62-64.

256. Ясинок Д. М. Судові прецеденти Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України. *Приватне та публічне право*. 2019. № 3. С. 44–48.

257. Ясинок Д. М. Сучасні тенденції «судової правотворчості» в правосудді України. Матеріали міжн. наук.-практ. конф. «Сучасний

вимір держави і права». (м. Львів, 14-15 травня 2021 р.). Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2021. Ч. 1. С. 111–113.

258. Ясинок Д. М. Уніфікація процесуального законодавства у сфері судової правотворчості та її межі. *Київський часопис права*. 2021. № 3. С. 98–102.

259. Ясинок М. М. Процесуально-правовий механізм судових прецедентів. Цивільне процесуальне право України: підручник / М.М. Ясинок, О.О. Кармаза, М.П. Курило, С.І. Запара та інш. / за заг. ред. д.ю.н. проф. М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2016. С. 554–555.

260. Ясинок М. М. Судове рішення в позовному та окремому провадженні цивільного процесуального права України (теоретичний аспект). *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2008. № 5. С .60.

261. Ясинок М. М. Судовий процес Англії – зародження прецедентного права: Підручник ; за заг. ред. д. ю. н. проф. М. М. Ясинка. Київ: Алерта, 2016. С. 67.

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

263. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2014 р. (за даними судової статистики). *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 17 (179). С. 14-29.

264. Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Реферат. Київ, 2007. 640 с.

265. Рішення Болградського районного суду Одеської області від 19 серпня 2021 року у справі № 497/955/2021. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99079581 (дата звернення: 09.10.2021).

266. Рішення Приморського районного суду міста Одеси від 20 липня 2021 року у справі № 522/23889/20. Єдиний державний реєстр судових

рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98500242 (дата звернення: 17.05.2021).

267. Коложник О. Аналогія як спосіб подолання законодавчих прогалин у цивільному судочинстві». *Юридичний вісник*. 2014. № 6. С. 334–341.

268. Синайский В. И. Русское гражданское право: учебник 2-е изд. Москва: Статут. 2000. С. 89–90.

269. Рішення Ковпаківського районного суду м. Суми від 03 серпня 2021 року у справі № 592/4496/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98829261 (дата звернення 10.02.2022).

270. Ухвала Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 4 жовтня 2021 року у справі № 336/6000/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100086792 (дата звернення: 10.11.2021).

271. Рішення Сихівського районного суду міста Львова від 27 вересня 2021 р. у справі 464/5242/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100053249 (дата звернення: 10.11.2021).

272. Рішення Малиновського районного суду міста Одеси від 29 вересня 2021 року у справі №521/20792/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100056617 (дата звернення: 10.11.2021).

273. Рішення Великоолександрівського районного суду Херсонської області від 01 листопада 2021 року у справі № 650/1360/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100757071 (дата звернення: 10.11.2021).

274. Рішення Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 28 жовтня 2021 року у справі № 357/6282/21. Єдиний державний

реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100803416 (дата звернення: 10.11.2021).

275. Рішення Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 06 квітня 2021 року у справі № №457/77/21 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96118330 (дата звернення: 10.11.2021).

276. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 05 жовтня 2021 року у справі № 641/1082/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100109170 (дата звернення: 10.11.2021).

277. Луспеник Д.Д. Законність, обґрунтованість і справедливість судового рішення – основні чинники авторитету судової влад. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 1. С. 10–12.

278. Виступ голови Верховного Суду В. Данішевської з доповіддю: «Практика Великої Палати Верховного Суду: вплив на судову систему: Правові позиції Верховного Суду та стандарти Ради Європи : Матер. міжнар. онлайн конф. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads /supreme/Praktika_VPVS_vustyp.pdf (дата звернення: 22.11.2021).

279. Ясинок М. М. Судове тлумачення та судова правотворчість: поняття та взаємодія. Мат. міжнар. наук-практ. конф. «*Сучасні наукові дослідження представників юридичної науки – процес законодавства України майбутнього*». Дніпро. 14-15 січня 2022 р. С. 37–40.

280. Монтеск'є Ш. (1689–1755) «Дух Законов». *Зарубежная литература*. Москва, 1956. С. 186–198.

281. Карнаух Т. М. Проблеми застосування правової аналогії у цивільному судочинстві України. *Наукові записки НаУКМА*. 2010. Т. 103 : Юридичні науки. С. 106–109.

282. Апеляційна скарга Національної академії внутрішніх справ (постанова Київського апеляційного суду від 29 вересня 2020 року у справі № 367/2017/20 за позовом Національної академії внутрішніх справ до Чередніченка Дмитра Ігоровичат про відшкодування витрат, пов`язаних з утриманням у навчальному заклад). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92082737 (дата звернення: 14.12.2021 р.).

283. Позовна заява Слободяника Віталія Вікторовича (рішення Жовтневого районного суду Миколаївської області від 17 травня 2021 року у справі № 367/2017/20 за позовом Слободяника Віталія Вікторовича до приватного виконавця виконавчого округу Миколаївської області Баришнікова Артема Дмитровича, Державної казначейської служби України про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями приватного виконавця Баришнікова А.Д. та Заводського районного суду м. Миколаєва). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97057587. (дата звернення: 14.12.2021 р.).

284. Заява ТОВ «ВЕРА» про перегляд заочного рішення (ухвала Кегичівського районного суду Харківської області від 12 березня 2020 року у справі № 624/876/19 про розірвання договору оренди землі). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88189511 (дата звернення: 14.12.2021 р.).

285. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15 червня 2021 року у справі № 904/5726/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98524308 (дата звернення: 14.12.2021 р.).

286. Синайский В. М. Русское гражданское право. Москва, 2002. 638 с.

287. Постанова ВУЦВК і РНК УРСР «Про розширення прав Верховного Суду УРСР, Головного Суду АМ РСР і обласних судів щодо керівництва судовими органами на місцях» від 23 червня 1934 р. Звід законів УРСР 1934. № 26. ст. 223.

288. Ясинок М.М. До питання «ефективності» правосуддя в Україні: аналіз та перспективи. *Приватне та публічне право*. 2020. № 4. С. 95–100.

289. Романюк Я. М. Щодо здійснення функцій судової влади України в умовах судової реформи. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 11. С. 5.

290. Ярема Я. Г., Лужанський А. В. Особливості відшкодування збитків, завданих державі внаслідок виплати справедливої сатисфакції за рішеннями Європейського суду з прав людини. *Вісник Верховного Суду України*. 2014. № 2. С. 39–46.

291. Україна зберегла третє місце в Європі за кількістю скарг в ЄСПЛ. LegalHub.Online. URL: https://legalhub.online/novyny/ukrayina-zberegla-tretye-mistse-v-yevropi-za-kilkistyu-skarg-v-yespl (дата звернення: 02.02.2023).

292. Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Перетяка та Шереметьев проти України"(Заяви № 17160/06 та № 35548/06) від 21 грудня 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_657#Text (дата звернення: 15.12.2021).

293. Рішення Європейського суду з прав людини у справі у справі "Асмолов проти України" (Заява № 15045/05) від 21 квітня 2011 року. URL: https://ips.ligazakon.net/document/SOO00191 (дата звернення: 15.12.2021).

294. Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Ліпісвіцька проти України" (Заява № 11944/05) від 12 травня 2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_648#Text (дата звернення: 15.12.2021).

295. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «National Movement Ekoglasnost проти Болгарії» (заява № 31678/17) від 15.12.2020 р. URL: https://www.echr.com.ua/translation/sprava-national-movement-ekoglasnost-proti-bolgari%D1%97/ (дата звернення: 21.12.2021).

296. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Маргарета і Роджер Андерссон проти Швеції» (Заява № 61/1990/252/323) від 25 лютого 1992 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57748%22]} (дата звернення: 21.12.2021).

297. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Прокопович проти Росії» (заява № 58255/00) від 18.02.2005 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-67538%22]} (дата звернення: 21.12.2021).

298. Republic of the Philippines. Supreme Court. G.R. No. 101279 August 6, 1992. URL: https://ru.scribd.com/document/234842651/Cases (дата звернення: 22.12.2021).

Додаток А

ЗАТВЕРДЖУЮ
Проректор з науково-педагогічної
та навчальної роботи
Сумського національного аграрного
університету, д. б. н., професор
_____ *Ігор КОВАЛЕНКО*
«09» травня 2023 року

АКТ
впровадження результатів дисертаційної роботи
аспіранта 4 року навчання, асистента кафедри правосуддя та філософії
Ясинка Дмитра Миколайовича
у навчальний процес кафедри правосуддя та філософії
Сумського національного аграрного університету

Основні положення дисертаційного дослідження Ясинка Дмитра Миколайовича виконаного на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» на тему «Судова правотворчість та її межі в цивільному судочинстві України» впроваджені в навчальний процес при викладанні навчальної дисципліни «Цивільний процес», «Актуальні проблеми цивільного процесуального права», «Теорія доказового права» на кафедрі правосуддя та філософії Сумського національного аграрного університету.

Акт впровадження обговорений та схвалений на засіданні Вченої ради юридичного факультету Сумського національного аграрного університету (Протокол № 14 від 08.05.2023 року).

Зав. кафедри правосуддя та філософії
д.ю.н., професор **Микола ЯСИНОК**

Декан юридичного факультету,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри
адміністративного
та інформаційного права **Олег РОГОВЕНКО**

Додаток Б

ЗАТВЕРДЖУЮ
Проректор з науково-педагогічної
та навчальної роботи
Сумського національного аграрного
університету, д. б. н., професор
_____ *Ігор КОВАЛЕНКО*
«09» травня 2023 року

АКТ
впровадження результатів дисертаційної роботи
аспіранта 4 року навчання, асистента кафедри правосуддя та філософії
Ясинка Дмитра Миколайовича
у навчальний процес кафедри адміністративного та інформаційного права
Сумського національного аграрного університету

Основні положення дисертаційного дослідження Ясинка Дмитра Миколайовича виконаного на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» на тему: «Судова правотворчість та її межі в цивільному судочинстві України» впроваджені в навчальний процес при викладанні навчальної дисципліни «Інформаційне право», «Актуальні проблеми адміністративного права», «Правові засади адаптації законодавства України до права ЄС» на кафедрі адміністративного та інформаційного права Сумського національного аграрного університету.

Акт впровадження обговорений та схвалений на засіданні Вченої ради юридичного факультету Сумського національного аграрного університету (Протокол № 14 від 08.05.2023 року).

Зав. кафедри адміністративного
та інформаційного права
д.ю.н., професор **Ірина АРІСТОВА**

Декан юридичного факультету,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри
адміністративного
та інформаційного права **Олег РОГОВЕНКО**