



Микола Курило

доктор юридичних наук, професор,
почесний працівник прокуратури України,
перший проректор Сумського національного
аграрного університету
(Суми, Україна)
kurylosumy@gmail.com



Дмитро Ясинок

аспірант кафедри правосуддя
Сумського національного аграрного університету
(Суми, Україна)
supernova1605@gmail.com

УДК 347.91

КАТЕГОРІЇ “СУДОВА ПРАКТИКА” ТА “СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ” У СУЧАСНІЙ ДОКТРИНІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Анотація. Останніми роками в наукових колах учених-процесуалістів України точиться жвава наукова дискусія щодо питання: чи є судова практика взагалі та висновки Верховного Суду зокрема джерелом права? Якщо така практика та висновки Верховного Суду як результат судової правотворчості не є джерелом права, то в чому їхня суть із правової точки зору?

15 січня 2020 р. законодавець вніс зміни до Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України), де питання судової практики на тлі обов'язковості постанов Верховного Суду стає критично актуальним, оскільки тепер нам необхідно визначитися, чи ми залишаємося в зоні дії континентального права, де правозастосування здійснюється згідно зі змістом норм права, чи все ж правосуддя у нашій державі прямує до сфери прецедентної англосаксонської сім'ї права, де лише Верховний Суд має можливість виходити за межі горизонту безпосереднього змісту норми права і його висновки (правові позиції) по суті є обов'язковими для нижчестоящих судів.

Оскільки судова практика і висновки (правові позиції) Верховного Суду сьогодні значно посилили свій вплив на доказову складову правосуддя, то є необхідність у більш глибокому науковому дослідженні цих концептуальних понять як і

доктринальної, так і процесуально-правової точок зору з метою подальшого розвитку цивільного процесуального права в нашій державі.

Метою статті є дослідження теоретико-прикладних аспектів, якими є судова практика та висновки Верховного Суду з точки зору можливостей визнання їх джерелами права та формування на їх основі прецедентного права в Україні.

Насамперед ми повинні сказати, що поняття “судова практика” є поняттям загальним, а то і багатопредметним, що зумовило застосування методів системного аналізу та системного підходу до його дослідження як в історичному минулому, так і сьогодні. Поняття “судова правотворчість” є комплексним поняттям із точки зору нашого дослідження, оскільки воно є одночасно і судовою практикою, і індивідуалізованою правовою позицією Верховного Суду, яка наділена законодавцем імперативністю. Таким чином, ми маємо як загальне, так і конкретне уявлення та розуміння сьогоденних тенденцій розвитку цивільного процесуального права.

Ключові слова: висновки Верховного Суду; судова практика; судовий прецедент; суддівська правотворчість.

Сьогодні питання судової правотворчості, з одного боку, та судової практики – з другого, викликають значний як науковий, так і практичний інтерес, оскільки об’єктивний розвиток права вимагає розширення переліку джерел права.

Ці питання нині є предметом наукової дискусії, що ведеться не лише на рівні окремих науковців¹, а й Верховного Суду, який із 2016 р. по суті став провідником у цих доволі складних як теоретичних, так і практичних питаннях². Кожне питання, яке переноситься із простого загальнолюдського спору у сферу судового розгляду, передбачає не просто його розгляд із точки зору захисту порушених прав, свобод чи інтересів особи, а й ухвалення законного, обґрунтованого рішення на принципах верховенства права і справедливості. Поняття “судова практика” і “судова правотворчість” вбирають у себе такі процесуально-правові форми, які розвивають практику суддівського правозастосування норм права, надаючи цьому процесу стабільності, моральності, оперативності та об’єктивності. Безумовно, питання “судової практики” і “судової правотворчості” не є остаточно стабільним. Їхня змістовна частина

¹ М Ясинюк, ‘Судове рішення в позовному та окремому провадженні цивільного процесуального права України (теоретичний аспект)’ (2008) 5 Бюлетень Міністерства юстиції України 51–6; О Стрельцова, ‘Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект)’ (2004) 10 Право України 136–40; Н Гураленко, ‘Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект’ (автореф дис канд юрид наук, 2009); Р Майданик, ‘Прецедентні рішення вищих судів і система права України’ (2009) 4 Юридичний вісник України 7–11; А Мельник, ‘Судовий прецедент як джерело процесуального права’ (2014) 8 Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету 28–31.

² Я Романюк, ‘Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України’ (2016) 12 Вісник Верховного Суду України 2–14; Д Хорошковська, ‘Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження’ (автореф дис канд юрид наук, 2006); ‘Перспектива введення в Україні судового прецеденту як джерела права’ (*Правовий тиждень*) <<http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120594>> (дата звернення: 30.11.2020); А Дрішлюк, ‘Судовий прецедент як джерело права та його види’ (2006) 28 Актуальні проблеми політики 141–50.

перебуває у постійному розвитку, що, безперечно, потребує постійного як теоретичного, так і прикладного дослідження цих занадто складних процесуально-правових категорій.

Незважаючи на те що судові прецеденти все активніше застосовуються у правосудді України, все ж цьому надскладному питанню науковці приділяють недостатньо уваги. Праці Б. Малишева “Судовий прецедент у правовій системі Англії”³, Г. Власова “Прецедентне право Англії”⁴, І. Богдановської “Прецедентне право”⁵, Д. Вербицького “Теоретико-правові аспекти формування прецедентного права”⁶ стосуються здебільшого історичних закономірностей розвитку прецедентного права у країнах загального права. У працях Т. Анакіної “Судовий прецедент у праві Європейського Союзу”⁷, І. Бойка “Сучасна теорія сутності та класифікації судових прецедентів органів міжнародного правосуддя”⁸ розглядається міжнародна сутність прецедентного права в сучасних умовах. Праці К. Савченко “Судова практика як елемент правової системи України”⁹, В. Мігашко “Вплив практики Європейського суду з прав людини на розвиток судової практики в Україні”¹⁰ вказують на джерельну базу запровадження прецедентного права в Україні і лише праці Н. Стеценка “Прецедентна судова практика: аналіз етапів запровадження та розвитку в Україні”¹¹, Л. Луць “Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України”, Ю. Попова “Прецедентне право у контексті загальнообов’язковості судових рішень та українські перспективи”¹², М. Ясинка “Процесуально-правовий механізм судових прецедентів”¹³, “Введення в прецедентне право України”¹⁴ стосуються перспектив впровадження прецедентного права в правосуддя нашої держави.

Метою дослідження є вивчення теоретико-прикладних аспектів, якими є судова практика та висновки Верховного Суду з точки зору мож-

³ Б Малишева, *Судовий прецедент у правовій системі Англії* (Праксіс 2008).

⁴ Т Власова, *Прецедентное право Англії* (ІГУ 2004).

⁵ І Богдановская, *Прецедентное право* (Наука 1993).

⁶ Д Вербицький, ‘Теоретико-правові аспекти формування прецедентного права’ (2019) 4 *Юридичний науковий електронний журнал* 12–15.

⁷ Т Анакіна, ‘Судовий прецедент у праві Європейського Союзу’ (автореф дис канд юрид наук, 2008).

⁸ І Бойко, ‘Сучасна теорія сутності та класифікації судових прецедентів органів міжнародного правосуддя’ (2019) 2 *Порівняльно-аналітичне право* 267.

⁹ К Савченко, ‘Судова практика як елемент правової системи України’ (автореф дис канд юрид наук, 2019).

¹⁰ В Мігашко, ‘Вплив практики Європейського суду з прав людини на розвиток судової практики в Україні’ [2019] 2 (1) *Молодий вчений* 184–8.

¹¹ Н Стеценко, ‘Прецедентна судова практика: аналіз етапів запровадження та розвитку в Україні’ 2019 (68) *Вісник Львівського університету. Серія юридична* 35–49.

¹² Ю Попов, ‘Прецедентне право у контексті загальнообов’язковості судових рішень та українські перспективи’ 2010 (3) *Форум права* 351.

¹³ М Ясинок, ‘Процесуально-правовий механізм судових прецедентів’ в Ясинок М (заг ред), *Теоретичні проблеми цивільного процесуального права: підручник* (Алерта 2016).

¹⁴ М Ясинок, ‘Введення в прецедентне право України’ в Ясинок М (заг ред), *Теоретичні проблеми цивільного процесуального права: підручник* (Алерта 2016).

ливостей визнання їх джерелами права та формування на їхній основі прецедентного права в Україні.

Прагнення людей до справедливості було завжди. Навіть за радянських часів, коли соціалістична “справедливість” і “законність” формувалися постановами пленумів Верховного Суду Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР) і дублювалися постановами пленумів верховних судів усіх тодішніх республік. Саме з цих документів давалися керівні вказівки судам щодо практики застосування радянських законів, спрямованих насамперед на захист державного устрою СРСР, його соціалістичної системи господарювання та соціалістичної власності на принципах соціалістичної законності¹⁵. Прецедентне право вважалося правом буржуазним, а отже, воно “має реакційний характер”¹⁶, а звідси – і неприйнятним, без жодних щодо цього правових роз’яснень. У подальшому, з огляду на неоднорідність судової практики, а часом – і нерозуміння норм права та механізму його застосування, судова система все одно продовжувала наслідувати ту судову практику і ті правові позиції, які, як і за радянських часів, формувалися постановами Пленуму, але вже нового Верховного Суду України (далі – ВСУ).

У 1997 р. Україна ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)¹⁷. Але сама її ратифікація, яка вважається тепер ‘частиною національного законодавства України’ (ч. 1 ст. 9 Конституції України¹⁸), не набула свого практичного правозастосування одразу. Це було новим для пострадянської України законодавством, яке, з одного боку, було декларативним і несхожим на чітко визначені критерії національного законодавства, а з другого – застосовувало нові незрозумілі з погляду судової практики поняття. З урахуванням цих обставин 23 лютого 2006 р. було прийнято Закон України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, де у ст. 17 зазначається, що суди під час розгляду справ повинні застосовувати Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерело права¹⁹.

Таким чином, державі знадобилося дев’ять років, щоб визначитися, чи є все ж таки рішення ЄСПЛ, який ухвалює свої рішення лише відповідно до Конвенції, джерелом права.

¹⁵ КЮдельсон (общ ред), *Советское гражданское процессуальное право: учебник* (Юридическая литература 1965).

¹⁶ С Абрамов, *Советский гражданский процесс* (Госюриздат 1952).

¹⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on 04.11.1950 <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> (accessed: 28.02.2020).

¹⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 30.11.2020).

¹⁹ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>> (дата звернення: 30.11.2020).

Незважаючи на, здавалося б, можливий розквіт прецедентного права в Україні, такого дива не сталося. Для суддів, які в більшості здобули юридичну освіту побудовану на фактичному радянському підході до вивчення теоретичних основ як матеріального, так і процесуального права, рішення ЄСПЛ були незрозумілими внаслідок їхньої структури та тих положень, понять і принципів, які для пострадянської судової системи, з її ще по суті радянським законодавством і принципами його побудови щодо цілої низки положень і були ще неприйнятними. Таким чином, судову практику ЄСПЛ судді засвоювали не у студентських аудиторіях, а під час своєї юридичної практики через спроби і помилки.

Розуміючи такі ускладнення, ВСУ почав інтенсивно узагальнювати судову практику, даючи при цьому правові роз'яснення як щодо матеріального, так і процесуального права, але вже з позицій прецедентних рішень ЄСПЛ. Так, у період лише з 2006 по 2014 рр. Пленум ВСУ та Пленум Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ видали дев'ять своїх постанов щодо застосування цивільного процесуального законодавства з питань забезпечення позову, підсудності справ судам першої інстанції, наказового провадження, регулювання досудового розгляду цивільних справ, практики застосування норм Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)²⁰ при розгляді справ у суді першої інстанції, справ окремого провадження, судового рішення, розумних строків розгляду цивільних справ, особливостей розгляду апеляційних і касаційних справ. Крім цього, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у зазначений період широко застосовує інформаційні листи з роз'ясненнями щодо застосування окремих норм ЦПК України. У подальшому ВСУ почав практикувати формування своїх правових позицій щодо окремо розглянутих ним справ, а також здійснюючи роботу у вигляді письмових діалогів між суддями нижчестоящих судів і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у форматі запитань і відповідей щодо правозастосування норм ЦПК України.

Таким чином, ВСУ, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, починаючи з 2006 по 2014 рр., активно здійснювали роботу з формування судової практики, оскільки в 2008 р. до загальних судів першої інстанції надійшло понад 2 млн цивільних справ. У 2009 р. таких справ було 1 млн 906 тис.²¹. У 2010 р. до цих же судів надійшло вже 2 млн 478,6 тис.²², а в 2012 р. – 1,6 млн²³. Аналогічна

²⁰ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 12.10.2020).

²¹ 'Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2009 р. (за даними судової статистики)' (2010) 5 Вісник Верховного Суду України 27.

²² 'Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2010 р. (за даними судової статистики)' (2011) 5 Вісник Верховного Суду України 30.

²³ 'Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2012 р. (за даними судової статистики)' (2013) 6 Вісник Верховного Суду України 20.

кількість цивільних справ була і в 2013–2018 рр.²⁴. Така кількість справ, з урахуванням швидко плінного розвитку як матеріального, так і процесуального законодавства, зумовлювала правові помилки суддів, що призводило до скасування або зміни судових рішень.

Тоді Верховний Суд почав узагальнювати судову практику своїх правових позицій, викладених у постановках ВСУ, ухвалених за результатами перегляду ним справ цивільного спрямування²⁵, аналізів судової практики за певними напрямками²⁶. Це по суті були форми методичної роботи, яку раніше здійснював Пленум ВСУ. Водночас Голова ВСУ Я. Романюк на міжнародному правовому форумі “Судова реформа в Україні: європейський вектор” зазначав:

Нам треба насамперед спрямовувати судову практику у правильне русло й передбачати превентивні заходи, щоб запобігати випадкам неоднакового застосування однієї і тієї самої норми права. Це важливе питання майбутнього²⁷.

Уже наступного року він зауважував:

Ми маємо нарешті коментувати, що відбувається об’єктивне розширення системи джерел права. І саме щодо застосування квазіпрецедентів різного рівня та питань розмежування судової практики й судового прецеденту в умовах нового праворозуміння²⁸.

Вплив на ці процеси судової практики в розрізі різних правовідносин, безумовно, мав позитивні наслідки. Аналітичні узагальнення, правові позиції, висновки щодо окремих категорій справ – саме ця правова інформація і формує поняття судової практики, яка часто є корисною

²⁴ ‘Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2013 р. (за даними судової статистики)’ (2014) 6 Вісник Верховного Суду України 23; ‘Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2014 р. (за даними судової статистики)’ (2015) 6 Вісник Верховного Суду України 20; ‘Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2016 р. (за даними судової статистики)’ (2016) 6 Вісник Верховного Суду України 22; ‘Загальні показники стану здійснення судочинства в Україні у I півріччі та упродовж 9 місяців 2017 року: Статистичний збірник’ (Верховний Суд України) <[http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F137F88C3D532965C22581D4003A6158](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F137F88C3D532965C22581D4003A6158)> (дата звернення: 30.11.2020); ‘Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 рік’ (Судова влада України) <https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018> (дата звернення: 30.11.2020).

²⁵ ‘Висновки Верховного Суду України, викладені в постановках, які ухвалені за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за II півріччя 2014 р.’ (2015) 4 Вісник Верховного Суду України 14–24; ‘Висновки Верховного Суду України, викладені в постановках, ухвалених за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстав, передбачених пунктами 1, 2 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за I півріччя 2015 р.’ (2015) 9 Вісник Верховного Суду України 15–32.

²⁶ ‘Аналіз застосування судами законодавства, яке регулює поруку як вид забезпечення виконання зобов’язання’ (2015) 4 Вісник Верховного Суду України 25–34.

²⁷ ‘Судова реформа в Україні: європейський вектор (Міжнародний судово-правовий форум)’ (2015) 4 Вісник Верховного Суду України 4.

²⁸ Романюк (н 2) 3.

для суддів у сфері розгляду однотипних спірних правовідносин. Водночас судову практику, яка має різні правові форми, не можна вважати прецедентною, хоча як перша, так і друга мають спільну мету: стабілізацію судових рішень щодо їх законності та обґрунтованості.

Судова практика як у радянський, так і пострадянський період не мала свого чіткого визначення як судової правотворчості. Судова практика була швидше позасудовим дослідженням судових рішень в однотипних категоріях справ, яке здійснював, як правило, один із суддів ВСУ (у Пленумі ВСУ це був секретар Пленуму Верховного Суду), щодо правозастосування різними судами одних і тих же норм права в уже розглянутих справах. При цьому перед дослідником не ставилося завдання вирішити конкретну справу по суті. Дослідник, вивчаючи декілька десятків однотипних справ, які спрямовувалися із кожного регіону України, здійснював їх узагальнення, даючи особисту оцінку фактам і перевіряючи на відповідність їх юридичній кваліфікації. Таке узагальнення у подальшому або було предметом розгляду на Пленумі ВСУ і подавалося у вигляді його постанов, або надходило у вигляді окремого документа як узагальнення судової практики певної категорії справ в апеляційні суди обласних, а ті надсилали таке узагальнення до районних судів для подальшого керівництва у судовій практиці. І хоча судова практика подавалася у вигляді різноманітних форм, вона не набувала статусу джерела права та на цій підставі мала рекомендований характер і використовувалася суддями у вигляді “правового лікбезу”, знання від якого вони в подальшому переносили у сферу реальної судової практики. Реальна судова практика – це практика, яку формує кожен суддя особисто, оскільки судді, які часто розглядають однотипні, нескладні справи доволі легко визначають юридичну кваліфікацію спірних правовідносин, бо остання, а відповідно й аргументація, щоденно повторюються зі справи у справу. Таким чином, судді формують “свою внутрішню”, можна сказати судово-прецедентну практику, у вигляді знань, які суддя сам напрацьовує за час своєї роботи, що характеризується однією і тією ж послідовністю однотипного мотивування судових рішень, тією чи іншою юридичною кваліфікацією цивільних правовідносин. Інша справа, якщо йдеться про розгляд складних справ. Хоча за статистикою вони займають і незначну частину в правосудді України, але судді не завжди можуть із такою ж легкістю підходити до аналізу та кваліфікації правовідносин, як це вони роблять у нескладних справах²⁹.

Безумовно, така практика може мати хибі через її обмеженість і відсутність “рецензування” з боку апеляційних судів чи касаційного суду. Отже, судову практику за природою її формування можна поділити на “внутрішню” і “зовнішню”.

²⁹ Д Ясинок, ‘Проблемні питання на шляху визнання судового прецеденту джерелом процесуального права’ в *Актуальні проблеми прав людини, держави та вітчизняної правової системи: матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (Правовий світ 2018) 120.

Історія свідчить, що судова практика ніколи не визнавалася в Україні як джерело права. Водночас і не відкидалася, оскільки відіграла роль тлумачного коментування окремих норм як матеріального, так і процесуального права. При цьому вона виконувала освітню роль для суддів із точки зору підвищення їхньої професійної кваліфікації. І це було важливим фактором для всієї судової системи як у радянський, так і пострадянський період існування України. Саме судова практика часто давала відповіді суддям як першої, так і другої ланки щодо можливостей застосування аналогії як закону, так і права при подальшому розгляді цивільних справ за наявності подібних спірних правовідносин. Таким чином, судова практика впливала на стабільність судових рішень і з цих позицій відіграла значну роль у правосудді України. Провідниками судової практики були обласні, а потім апеляційні суди, які вводили в ранг імперативності положення постанов пленумів, оглядів, рекомендацій, інформаційних листів, скасовуючи або змінюючи судові рішення, незважаючи на жодні обґрунтування суду першої інстанції.

З огляду на це С. Братусь ще в 1975 р. пропонував визнати постанови Верховного Суду правовими приписами³⁰, пропонуючи таким чином надати зазначеним постановам статусу джерел права. Отже, теорія і практика насправді відрізнялися, але говорити про це було не прийнято.

Такий підхід до розгляду судових справ був характерний для всіх радянських республік і це надавало можливість радянській державі через постанови пленумів верховних судів республік впливати на правосуддя в усіх судах СРСР. Таким чином, держава по суті впроваджувала заповіт В. Леніна про те, що не можна ‘випускати зі своїх рук жодної, навіть найменшої можливості розглянути втручання держави в цивільні відносини’³¹.

Можна констатувати, що судова практика не належала ні до нормативних джерел, які приймаються державою, ні до судової правотворчості через її характерні особливості, але все одно вона впливала на правосуддя. Отже, судова практика – це правовий досвід кожного судді, який підкріплений теоретико-правовим досвідом, викладеним науковцями у теорії права. Тобто це є результатом певної інтелектуальної діяльності суддів, логіка якого спрямована на законне, обґрунтоване, справедливе вирішення подібних справ у суді.

Відсутність такого поняття, як “судова практика”, у теоретичному та практичному його розумінні не сприяє укріпленню стабільності правосуддя, незважаючи на наявність найсправедливіших законів, із тієї причини, що право і закон живуть в тій якості, в якій його застосовують

³⁰ С. Братусь (ред), *Судебная практика в советской правовой системе* (Юридическая литература 1975) 328.

³¹ В. Ленін, ‘О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Д. И. Курскому. [20 фев. 1922 г.]’ в *Ленин В., Полное собрание сочинений, т 44* (5-е изд, 1977).

судді, оскільки логічне розуміння значення одного і того ж слова в різних людей може як збігатися, так і не збігатися, тому і трактування змісту норм права кожного разу буде залежати від розуміння їхнього змісту.

При постійному застосуванні такого праворекомендаційного матеріалу судова практика поступово набуває статусу правового звичаю щодо окремих справ-випадків з обов'язковою аргументацією застосування тієї чи іншої норми права. Особливо це характерно для юридичної кваліфікації дуже близьких за своїм змістом правових положень.

Так, ВСУ, коментуючи судову практику щодо застосування судами частин 1 та 2 ст. 1048 ЦК України, зазначає:

<...> у ч. 1 ст. 1048 ЦК України, яка має диспозитивний характер, установлена презумпція оплатності позики, яка діє за умов, якщо безоплатний характер відносин позики прямо не передбачений зазначеним Кодексом, іншими законодавчими актами або конкретним договором. Якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного Банку України.

Якщо договір позики не є безоплатним (безпроцентним) у розумінні ч. 2 ст. 1048 ЦКУ, позичальник зобов'язаний сплатити винагороду (проценти за користування позикою) й у разі якщо таким договором не передбачено право позикодавця на одержання від позичальника процентів від суми позики³².

Безумовною проблемою як для нинішніх, так і майбутніх суддів є питання правової визначеності судової практики, оскільки юридична кваліфікація правовідносин та обґрунтування свого внутрішнього переконання, яке закладається суддями у зміст судових рішень, повинні бути настільки зрозумілими кожній людині, зокрема і сторонам, щоб це унеможливило заперечення щодо їхньої законності і справедливості.

Після проголошення незалежності і спрямування свого розвитку в напрямі європейської демократії Україна почала імплементацію не лише технологічного, фінансового, управлінського досвіду європейських країн, а й досвіду дії принципу верховенства права в правосудді, коли суд, ухвалюючи судові рішення, не залежить від держави та її чиновників. У цьому аспекті виникли нові виклики не лише в питаннях судоустрою, а й у питаннях прийняття і застосування нових процесуальних принципів та закріплення їх положень у нових процесуальних кодексах із визнанням судово-прецедентної практики ЄСПЛ джерелом права в Україні³³.

³² Висновки Верховного Суду України, викладені в постановах, ухвалених за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за II півріччя 2014 р. ³ (2015) 3 Вісник Верховного Суду України 15.

³³ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини (н 19).

Віддаючи данину цьому спрямуванню, Пленум ВСУ у своїй постанові “Про судові рішення у цивільній справі” наголошував на тому, що в мотивувальній частині кожного рішення ‘у разі необхідності мають бути посилення на Європейську Конвенцію з прав людини та рішення ЄСПЛ, які є джерелом права і з цих підстав підлягають застосуванню’³⁴. Таким чином, Україна поступово почала застосовувати в судочинстві судові прецеденти ЄСПЛ. З урахуванням цих обставин виникає низка наукових дискусій щодо того, чи потрібно Україні прецедентне право? У зв’язку з цим одні науковці говорять про те, що це ‘може порушити принципи розподілу влади’³⁵ та ‘розбалансувати систему її поділу’³⁶, оскільки в нас ще ‘недосконала судова система не має об’єктивності підбору кадрів на посади суддів’³⁷. Інші ж наполягають на тому, що в демократичній Україні, і в правосудді зокрема, виникли нові умови праворозуміння системи джерел права. Тому в Україні об’єктивно можливе існування як судової практики, так і судових прецедентів³⁸.

Така наукова полеміка, фактично через десятки років, відновила дореволюційну полеміку науковців щодо сутності судової практики та судової правотворчості, на яку звертали увагу ще Є. Васьковський³⁹ і Н. Коркунов⁴⁰.

Безумовним фактом є те, що ‘судовий прецедент як результат вирішення конкретного спору за своїм змістом не може ототожнюватись із судовою практикою як сукупністю судових рішень за певною категорією справ’⁴¹. І це дійсно так, оскільки юридична природа судової практики перебуває поза межами активного правосуддя, яке урегульовано процесуальними нормами права. Судова практика, з одного боку, формується активно через цілу низку судових рішень, а з другого – узагальнюється пасивно, певним суддею або групою суддів апеляційного чи Верховного Суду, набуваючи по суті статусу підсумково-рекомендаційного правового матеріалу. Природа ж судового прецеденту ґрунтується на судовій правотворчості суду через тлумачення норм права з можливим виходом за межі горизонту офіційної дії. Р. ван Каендем зазначає: ‘Перевага прецедентного права над судовою практикою полягає у тому, що воно перебуває у постійному зв’язку з наявною реальністю’⁴².

³⁴ Про судові рішення у цивільній справі: постанова Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 14 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09#Text>> (дата звернення: 30.11.2020).

³⁵ М Козюбра, ‘Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя’ (2016) 10 Право України 38.

³⁶ В Шафарчук, ‘Судовий прецедент в Україні’ (Юридична Газета, 03 вересня 2013) 43.

³⁷ Н Пархоменко, *Джерела права: проблеми теорії та методології* (Юридична думка 2008).

³⁸ Романюк (н 2) 2–14.

³⁹ Е Васьковский, *Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов* (Юринфор 2002).

⁴⁰ Н Коркунов, *Лекции по общей теории права* (Юрид центр Пресс 2003).

⁴¹ О Дашковська, ‘Судовий прецедент і судова практика як джерела права’ (2011) 1 Вісник Академії правових наук України 35.

⁴² R. Van Caendem, *An Historical Introduction to Private Law* (Cambridge 1992) 170.

Саме такою є юридична природа рішень ЄСПЛ. Це дає можливість суду тлумачити норми Конвенції за межами горизонту їх змістовної дії щодо певних правовідносин. Незаперечним є той факт, що до цього спонукають самі норми Конвенції, які мають абстрактний, оціночний характер. З огляду на це механізм їхнього тлумачення має еластичний характер, що надає можливість застосовувати норми Конвенції в розрізі різного національного законодавства.

Сьогодні навряд чи знайдеться той, хто наважився б виступити проти методики ухвалення рішень ЄСПЛ, оскільки прецедентне право, основи якого було закладено ще римським правом із подальшим його удосконаленням англійським правом у XI–XII ст., набуло світової популярності. Не є винятком із цього процесу й Україна.

Оскільки в Україні, яка сповідує континентальне право, норми права набувають статусу джерел і на цих підставах судова практика, процесуальне законодавство (ч. 9 ст. 10 ЦПК України), наукова доктрина серйозно сприймають як аналогію закону, так і аналогію права. Аналогія закону – це

швидше технічний шлях щодо усунення неточностей чи уточнень казуїстичного змісту певної норми права, який одержуючи масовий та усталений характер, <...> впливає <...> на нормативне закріплення такої практики <...> з метою ліквідації правових неточностей⁴³.

Аналогія права – це фактично правотворчість суду, яка спрямована, за відсутності норм права, на обґрунтування загальних засад законодавства та принципів процесуального чи матеріального права щодо до тих чи інших правовідносин з метою розгляду справи по суті.

Таким чином, вважаємо за можливе стверджувати, що аналогія права є правотворчістю суду, яка має певні ознаки судового прецеденту, але не набуває такого статусу через відсутність імперативності.

З урахуванням цих обставин зауважимо, що така судова практика накопичується через набуття того чи іншого судового досвіду, але якість такого накопичення, безумовно, викликає певні запитання та дискусії.

Якщо ж порівнювати континентальне право з англосаксонським, то в останньому якість судової практики кожного разу визначається через зіставлення з наявним судовим прецедентом, оскільки судовий прецедент відіграє подвійну роль. З одного боку, він впливає на статику норм права з метою їхньої зміни, а з другого – впливає на динаміку розгляду цивільних справ, що є важливим при значному завантаженні судової системи. При цьому його правова позиція завжди є наслідком неод-

⁴³ І Зеленко, 'Правові передумови та методика використання юридичних аналогій' (2009) 1 Підприємництво, господарство і право 60–3.

норазового застосування, що впливає на довіру до нього як суддів, так і сторін, незважаючи на наявність критики, яка час від часу з’являється у науковій доктрині.

Безумовним фактом є те, що судовий прецедент не виникає сам собою. Він завжди має своє джерело. З одного боку, це цивільно-правовий спір і його обставини та факти, які потрібно урегулювати з обов’язковим дотриманням принципу пропорційності та розумності, а з другого – суд із його справедливістю, яка виявляється у вигляді тлумачень, які по суті суд “додає” до статичної норми права, розширяючи таким чином те, що законодавець обов’язково б передбачив, якби мав щодо цього певні факти. Отже, тільки суд має право формувати як прецедентну, так і судову практику у кожній із правових систем.

Суд завжди виступає посередником між правом та особою з метою точного, неупередженого й справедливого застосування права для вирішення правового спору. При цьому судова практика, яка змінюється у зв’язку зі зміною поточного законодавства, тісно пов’язана з теоретичним осмисленням норма права. Прецедентна ж практика має іншу природу. Її суттю є “судова правотворчість”. Така правотворчість ґрунтується на поєднанні ‘волі держави і природних норм поведінки людини <...> з метою регулювання суспільних відносин’⁴⁴. Такий конгломерат думок потребує від суддів значного життєвого досвіду та неупередженої правосвідомості з самостійним незаангажованим світоглядом. Безперечно, це питання є складним, оскільки ‘кожен судовий прецедент є аналітичним продуктом судової діяльності’, але ‘не кожен результат такої діяльності може мати статус судового прецеденту’⁴⁵.

Якщо взяти судові рішення, яке є характерним для країн континентального права, то воно складається із чотирьох частин: вступної, описової, мотивувальної і резолютивної. Не викликає сумніву той факт, згідно з яким саме резолютивна частина рішення викликає найбільший інтерес у сторін. Вони не вдаються до самого аналізу й оцінки доказів, які мають місце в мотивувальній частині рішення, хоча саме вона є основою судового висновку. Саме в цю частину суд закладає певну правову формулу. Весь залишок рішення – це “попутно сказане” (*obiter dictum*).

Беззаперечним фактом є те, що сила інформаційного потоку “правової формули”, “правової позиції” залежить від того, на якому щаблі судової системи її сформовано.

Отже, ми можемо говорити про те, що “судовий прецедент” є судовою практикою, а “судова практика” не є судовим прецедентом. Безумовно, це є фактом, хоча обидва положення спрямовані на оперативність і правову визначеність їх обґрунтувань. Водночас судова

⁴⁴ М Ясинок (ред), *Цивільне процесуальне право України: підручник* (Алерта 2016).

⁴⁵ Там само.

практика – це об'єднаний позитивний досвід суддів із розгляду тих чи інших спірних правовідносин, які вже застосовувалися судами при розгляді цивільних справ. Судова практика може поділятися за однотипними справами, які регулюються однією і тією ж галуззю права (прикладом цього були постанови Пленуму ВСУ, нині – це аналізи судової практики), та за предметом спору (сьогодні – це висновки Верховного Суду за певний період).

Така судова практика є змінною, оскільки вона дотримується тих чи інших законів і з цих підстав залежить від його змісту, зміни чи скасування. Оскільки судовій практиці не надано законодавством статусу джерела права, то вона не має і своєї імперативності. “Судовий же прецедент” як джерело права набуває статусу імперативності і з цих підстав по суті стає правилом для всієї судової системи. З огляду на це судовий прецедент фактично “цементує” судову практику у сфері тих чи інших однотипних правовідносин і пролонгує правові позиції на майбутнє. Таким чином, судовий процес стає передбачуваним, оперативним і неупередженим із підстав його визначеності.

Потрібно розуміти, що суд не приймає законодавчих актів. Суд лише через логіку своїх суджень розширює вже відомі межі норм права, прилаштовуючи їх до нових умов, в яких є спірні правовідносини, оскільки останні сьогодні стрімко розвиваються як у світі, так і в Україні. Судовий прецедент по суті страхує законодавця від наявних правових прогалин, оскільки з урахуванням затяжних процедур законотворення він не має можливості оперативно за день чи два прийняти новий закон чи змінити або уточнити чинний. Застосування судового прецеденту суддею не означає того, що таке рішення буде знеособленим, воно ‘завжди буде індивідуалізуватись із прізвищем судді’⁴⁶.

Водночас суддівська правотворчість не є безмежною. Судовий прецедент обумовлюється природною складовою законодавчих обставин, оскільки законодавець, приймаючи закон, перевіряє не лише його необхідність, а й повноту охоплення тих чи інших суспільно значущих правовідносин. Але він не може передбачити наперед, наскільки ці правовідносини зміняться у майбутньому. Суспільство розвивається настільки стрімко, що закон, який ще перебуває на стадії його прийняття, вже має тенденцію до його “старіння”. Незважаючи на це, суспільство хоче справедливості й стабільності правосуддя, коли б подібні справи розглядалися не так, як це потрібно судді тієї чи іншої області України, а за правилами: у подібних справах ухвалюються однакові рішення, оскільки вони

⁴⁶ Ясинок (н 44).

не можуть ухвалюватися по-іншому, бо в такому разі “суддя не судить, а підсуджує”⁴⁷.

Висновки. Розвиток суспільних правовідносин, а з ними і права потребують змін у правосвідомості суддів. Вбачається необхідним поступово переходити від формального, різноспрямованого правозастосування норм права та єдиного розуміння як теоретичних його основ, так і практичного тлумачення, розрізняючи при цьому загальне поняття “судова практика” як методично-заочне консультування суддів і “судова правотворчість” як джерело права, яке сьогодні по суті стає притаманним висновкам (правовим позиціям) Верховного Суду. Такі висновки, як і рішення ЄСПЛ спрямовані на стабільність й однозначність судової практики, її оперативність і справедливість, законність і точність, що є запорукою об’єктивного розвитку цивільного процесуального права в Україні.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Van Caendem R, *An Historical Introduction to Private Law* (Cambridge 1992) (in English).
2. Abramov S, *Sovetskyi hrazhdanskiy process* (Gosjurizdat 1952) (in Russian).
3. Bogdanovskaja I, *Precedentnoe pravo* (Nauka 1993) (in Russian).
4. Korkunov N, *Lektsyy po obshchei teoryi prava* (Juridicheskij prescentr 2003) (in Russian).
5. Malysheva B, *Sudovyi pretседent u pravovii systemi Anhlii* (Praksis 2008) (in Ukrainian).
6. Parkhomenko N, *Dzherela prava: problemy teorii ta metodolohii* (Yurydychna Dumka 2008) (in Ukrainian).
7. Vaskovskiy E, *Tsyvylstycheskaya metodolohiya: uchenye o tolkovanyy prymereniyia hrazhdanskykh zakonov* (Jurinfor 2002) (in Russian).
8. Vlasova T, *Precedentnoe pravo Anglii* (PGU 2004) (in Russian).

Edited books

9. Bratus S (red), *Sudebnaia praktyka v sovetskoj pravovoi systeme* (Yurydycheskaia Lyteratura 1975) (in Russian).
10. Lenin V, ‘O zadachah Narkomjusta v usloviyah novoj jekonomicheskoy politiki. Pis’mo D. I. Kurskomu. [20 fev ralja 1922 g.]’ v Lenin V, *Polnoe sobranie sochinenij*, t 44 (5-e izd, 1977) (in Russian).
11. Yudelson K (red), *Sovetskoe hrazhdanskoe protsesualnoe parvo: uchebnik* (Yurydycheskaia Lyteratura 1965) (in Russian).
12. Yasynok D, ‘Problemni pytannia na shliakhu vyznannia sudovoho pretседentu dzherelom protsesualnoho prava’ v *Aktualni problemy prav liudyny, derzhavy ta vitchyznianoj pravovoi systemy: materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii* (Pravovyi svit 2018) (in Ukrainian).
13. Yasynok M (red), *Tsyvilne protsesualne pravo Ukrainy: pidruchnyk* (Alerta 2016) (in Ukrainian).

⁴⁷ Д. Лилак, ‘Судочинство і проблеми суддівської правотворчості’ (2003) 3 Вісник Верховного Суду України 63.

14. Yasynok M, 'Vvedennia v pretsedentne pravo Ukrainy' v Yasynok M (zah red), *Teoretychni problemy tsyvilnoho protsesualnoho prava: pidruchnyk* (Alerta 2016) (in Ukrainian).
15. Yasynok M, 'Protsesualno-pravovyi mekhanizm sudovykh pretsedentiv' v Yasynok M (zah red), *Teoretychni problemy tsyvilnoho protsesualnoho prava: pidruchnyk* (Alerta 2016) (in Ukrainian).

Journal articles

16. 'Sudova reforma v Ukraini: yevropeyskyi vektor (Mizhnarodnyi sudovo-pravovyi forum)' (2015) 4 *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy* 4 (in Ukrainian).
17. Boiko I, 'Suchasna teoriia sutnosti ta klasyfikatsii sudovykh pretsedentiv orhaniv mizhnarodnoho pravosuddia' (2019) 2 *Porivnialno-analitychne pravo* 267 (in Ukrainian).
18. Dashkovska O, 'Sudovyi pretsedent i sudova praktyka yak dzherela prava' (2011) 1 *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy* 35 (in Ukrainian).
19. Drishliuk A, 'Sudovyi pretsedent yak dzherelo prava ta yoho vydy' (2006) 28 *Aktualni problemy polityky* 141–50 (in Ukrainian).
20. Koziubra M, 'Sudova pravotvorchist: anomalii chy imanentna vlastyvist pravosuddia' (2016) 10 *Pravo Ukrainy* 38 (in Ukrainian).
21. Lylak D, 'Sudochynstvo i problemy suddivskoi pravotvorchosti' (2003) 3 *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy* 63 (in Ukrainian).
22. Maidanyk R, 'Pretsedentni rishennia vyshchyykh sudiv i systema prava Ukrainy' (2009) 4 *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 7–11 (in Ukrainian).
23. Melnyk A, 'Sudovyi pretsedent yak dzherelo protsesualnoho prava' (2014) 8 *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu* 28–31 (in Ukrainian).
24. Mihashko V, 'Vplyv praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny na rozvytok sudovoi praktyky v Ukraini' [2019] 2 (1) *Molodyi vchenyi* 184–8 (in Ukrainian).
25. Popov Yu, 'Pretsedentne pravo u konteksti zahalnoobov'iazkovosti sudovykh rishen ta ukrainski perspektyvy' (2010) 3 *Forum prava* 351 (in Ukrainian).
26. Romaniuk Ya, 'Sudova pravotvorchist v umovakh reformuvannia pravosuddia: rol Verkhovnoho Sudu Ukrainy' (2016) 12 *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy* 2–14 (in Ukrainian).
27. Stetsyk N, 'Pretsedentna sudova praktyka: analiz etapiv zaprovadzhennia ta rozvytku v Ukraini' (2019) 68 *Visnyk Lvivskoho universytetu. Serii yurydychna* 35–49 (in Ukrainian).
28. Strieltsova O, 'Spivvidnoshennia poniat sudovoho pretsedentu ta sudovoi praktyky (teoretychnyi aspekt)' (2004) 10 *Pravo Ukrainy* 136–40 (in Ukrainian).
29. Verbytskyi D, 'Teoretyko-pravovi aspekty formuvannia pretsedentnoho prava' (2019) 4 *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal* 12–15 (in Ukrainian).
30. Yasyniuk M, 'Sudove rishennia v pozovnomu ta okremomu provadzhenni tsyvilnoho protsesualnoho prava Ukrainy (teoretychnyi aspekt)' (2008) 5 *Biuletyn Ministerstva yustytzii Ukrainy* 51–6 (in Ukrainian).
31. Zelenko I, 'Pravovi peredumovy ta metodyka vykorystannia yurydychnykh analogii' (2009) 1 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 60–3 (in Ukrainian).

Theses

32. Anakina T, 'Sudovyi pretsedent u pravi Yevropeiskoho Soiuzu' (avtor ref dys kand yuryd nauk, 2008) (in Ukrainian).
33. Huralenko N, 'Sudovyi pretsedent v systemi dzherel prava: filosofsko-pravovyi aspekt' (avtor ref dys kand yuryd nauk, 2009) (in Ukrainian).

34. Khoroshkovska D, ‘Rol Sudovoi Praktyky V Systemi Dzherel Prava Ukrainy Teoretyko-pravove Doslidzhennia’ (avtoref dys kand yuryd nauk, 2006) (in Ukrainian).
35. Savchenko K, ‘Sudova praktyka yak element pravovoi systemy Ukrainy’ (avtoref dys kand yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).

Newspaper articles

36. ‘Perspektyva vvedennia v Ukraini sudovoho pretsedentu yak dzherela prava’ (*Pravovyi tyzhden*) <<http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120594>> (accessed: 30.11.2020) (in Ukrainian).
37. Shafarchuk V, ‘Sudovyi pretsedent v Ukraini’ (*Iurydychna Hazeta*, 03.09.2013) (in Ukrainian).

Mykola Kurylo
Dmytro Yasynok

CATEGORIES “JUDICIAL PRACTICE” AND “JUDICIAL LAW-MAKING”
IN THE MODERN DOCTRINE OF CIVIL PROCEDURAL LAW
OF UKRAINE

ABSTRACT. In recent years, scientific community of procedural scholars of Ukraine has a lively scientific discussion in the on the question: is judicial practice in general and the opinions of the Supreme Court in particular a source of law? If such practice and opinions of the Supreme Court as a result of judicial law-making are not a source of law, then what is their essence from a legal point of view?

On January 15, 2020, the legislator amended the Civil Procedure Code of Ukraine (hereinafter – the CPC of Ukraine), in which the issue of judicial practice against a background of binding opinions of the Supreme Court becomes critical, because now we need to clarify whether we remain in the realm of continental law, where law enforcement is carried out in accordance with the content of law, or yet justice in our country goes to the realm of common law, where only the Supreme Court has the ability to go beyond the direct content of law and its opinions (legal opinions) are essentially binding on lower courts.

As the judicial practice and opinions (legal opinions) of the Supreme Court today have significantly increased their influence on trial of evidence as a component of justice, there is a need for a deeper scientific study of these conceptual ideas from both doctrinal and procedural points of view, in order to further develop civil procedural law of our state.

The aim of this article is to study the theoretical and applied aspects of judicial practice and opinions of the Supreme Court in terms of their possibility to be recognized as sources of law and to become a basis for establishing of case law in Ukraine.

First of all, we must say that the concept of “judicial practice” is a general concept, and therefore multidisciplinary, which led to the use of methods of systems analysis and a systematic approach to its study in the historical past and present. The concept of “judicial law-making” is a complex concept from the point of view of our study, as it is both a judicial practice and an individualized opinion of the Supreme Court, which the legislator has made binding. So, we have both general and specific insight and understanding of current trends in the development of civil procedural law.

KEYWORDS: opinions of the Supreme Court; judicial practice; judicial precedent; judicial law-making.