

УДК 340.1

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2021.2.2>

## **ВПЛИВ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ НА СТАНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОЇ МОДЕЛІ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ**

**Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.** Судова практика Європейського Суду з Прав Людини (далі – ЄСПЛ) – це перш за все поглиблені правові узагальнення, в основі яких лежить «судова правотворчість», спрямована на уніфікацію понятійно-правового апарату на теренах Європейського Союзу та за його межами у сфері захисту прав, свобод та інтересів людини відповідно до Європейської конвенції з прав людини. Оскільки така практика є джерелом національного процесуального права, виникає науковий інтерес до механізму «судової правотворчості» ЄСПЛ. У цьому зв'язку правові висновки Верховного Суду – це правові позиції, в основі яких лежить розширене тлумачення національних норм права з метою правової визначеності щодо тих чи інших спірних правовідносин, оскільки їх юридична кваліфікація не завжди є очевидною. Ці питання і є предметом дослідження в цій статті.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання судової правотворчості в цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя і впливу на ці процеси рішень ЄСПЛ та судової практики Верховного Суду були предметом наукових досліджень цілої низки науковців, зокрема І. Ананіної (2008), В. Кононенко (2009), Р. Сабодаш (2013), Я. Романюка (2016), Т. Кагановської та І. Пахомової (2018), Д. Ясинка (2018–2019), І. Балюк (2019), О. Черницької (2019), Н. Стецик (2019), О. Кібенко (2020).

Незважаючи на це, питання судової правотворчості ЄСПЛ та її впливу на національне правосуддя України, як і судової практики Верховного Суду, є настільки складними і багатогранними, що ще не одне покоління вчених буде звертатись до їх дослідження. У цій праці сфокусовано увагу на механізмі становлення і розвитку вчення про судову правотворчість на підставі судової практики ЄСПЛ і Верховного Суду та його впливі на правосуддя України.

**Метою статті** є дослідження шляхів впливу судових рішень Європейського суду з прав людини та Верховного Суду на судову практику України та формування на цій основі прецедентної моделі у сфері цивільного судочинства України.

**Основні результати дослідження.** Наукова полеміка щодо визнання судового прецеденту джерелом права як в Україні, так і в усьому світі то затухає, то знову набуває своєї актуальності [1]. Основні дискусії виникають навколо одного основоположного питання: чи є суд творцем права та якщо так, яке його правотворення визнається джерелом права? Чи суд є лише державним механізмом із неухильного застосування текстів законів щодо конкретних спірних правовідносин, не маючи таким чином права на свою правотворчість? Для України ці питання не є новими, оскільки національне цивільне процесуальне законодавство неодноразово зазнавало змін. При цьому в літературі висловлюються погляди «за» і «проти» визнання позицій Верховного Суду судовими прецедентами, а отже, і джерелом права. Одні науковці здебільшого аналізують природу та історичні аспекти виникнення судового прецеденту, досліджуючи часто зарубіжну практику країн загального права, пропонуючи при цьому свої підходи щодо законодавчих запозичень із метою офіційного визнання судового прецеденту джерелом права. Інші ж дослідники, навпаки, вважають судовий прецедент помилкою, оскільки він може нашкодити державі [2, с. 43].

Таким чином, як законодавець, так і наукова доктрина то схиляються до того, що Україна потребує прецедентного права, то заперечують таку необхідність.

Загальна теорія права визначає судовий прецедент як одну із зовнішніх проявів форми права. Саме форма забезпечує дієвість кожного судового прецеденту, дозволяючи в такий спосіб відмежовувати його від інших соціальних регуляторів. Останні ж, маючи різні способи

формалізації та їх фіксації, породжують різні джерела права. Разом із тим судовий прецедент як джерело права формується не парламентом, а судом, хоча він і не наділений спеціальними правотворчими повноваженнями. Суд, здійснюючи правосуддя, є лише одним з органів застосування права, результат якого викладається в його рішеннях.

Судові органи України, незважаючи на відсутність нормативно-правової регламентації щодо можливостей судового правотворення і офіційного невизнання правових прецедентів джерелом права, здійснюють нормотворчий процес шляхом тлумачення та застосування аналогії права чи аналогії закону (ч. 9 ст. 10 ЦПК України). Таке тлумачення не є судовим прецедентом. Це лише можливість суду через мотивування подібних правовідносин урегулювати більш прийнятними нормами закону чи права конкретні правовідносини.

Судовий же прецедент є класичним джерелом права, який переважно має місце в англо-американському типі правової системи, де судові нормотворення визнається як юридичною доктриною, так і юридичною практикою. В юридичній літературі, зокрема, висловлюється думка, згідно з якою рішення ЄСПЛ можуть вважатися судовими прецедентами міжнародного характеру, що є, безумовно, виправданим підходом.

Для України, яка хоча і повільно, але інтегрується в європейську спільноту, такі рішення фактично стають частиною національного законодавства. Саме на підставі такої міжнародної судової практики ми формуємо нові правові поняття та принципи щодо розвитку як окремих правових інститутів, так і окремих галузей права.

Особливе місце в правовій системі сучасної Європи займають рішення Європейського Суду з прав людини. Такі рішення ухвалюються на підставі та в межах дії Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) та протоколів до неї. Конвенція, маючи статус міжнародно-правового законодавства, усе ж діє лише в тих країнах, які її ратифікували. Україна ж ратифікувала цю Конвенцію у 1997 р., і з цього часу Конвенція є частиною національного законодавства, що передбачено ст. 9 Конституції України. ЄСПЛ, ухвалюючи свої рішення, діє лише на підставі порівняльної відповідності рішень національних судів Конвенції з її захистом природних прав людини на підставі принципів верховенства права та справедливості. Водночас

в юридичній літературі висловлюється думка, згідно з якою такі рішення ЄСПЛ не відповідають класичній доктрині прецедентного права (case law) і є більш близькими до континентального поняття «судова практика» (jurisprudence) [3, с. 45], оскільки судова практика континентального права тісно пов'язана з чинними джерелами права. Отже, ці рішення є уподібненою, послідовною позицією судів із тих чи інших питань правозастосування. Суд же під час розгляду конкретної справи має право посилаючись на попередні рішення, проте він не зобов'язаний дотримуватися їх в обов'язковому порядку [4, с. 34–41].

Рішення ЄСПЛ, в яких висловлені правові позиції, користуються особливим авторитетом і використовуються цим судом та національними судами як типові критерії щодо ефективного застосування конвенційних норм та відповідності цим критеріям національних норм права. Таким чином, рішення ЄСПЛ є своєрідними процесуально-правовими стандартами у сфері захисту прав, свобод та інтересів як громадян Європи, так і України. І хоча правові позиції, сформульовані цим судом, є переважно «практико-правовими» засобами, проте їх вплив на вирішення справ національними судами, зокрема і в Україні, досить значний.

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 щодо порушення природних прав людини під час розгляду як цивільних, так і адміністративних та кримінальних справ, а також строків виконання таких рішень.

Нині суди в Україні відіграють дедалі важливішу роль у побудові демократичного, правового суспільства, бо саме вони можуть безпосередньо впливати на поліпшення захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів людини в державі. З огляду на це Я.М. Романюк, говорячи про умови нового праворозуміння в Україні, звертає увагу на «об'єктивний розвиток системи джерел права» і можливе «застосування у правосудді квазіпрецедентів різного рівня при об'єктивно існуючій сьогодні, і судовій практиці, і судовому прецеденті» [5, с. 6]. У цьому контексті постає питання про можливість переходу в Україні від теоретичних дискусій із питань судової правотворчості до практики його праворозуміння і практичного застосування.

Верховенство права, справедливість, сумлінність, розумність, прозорість, гласність, повага до права – це ті принципи, на яких ґрунтуються прецедентна практика Європейського Суду з прав людини та судова практика Верховного Суду. Саме на підставі такої практики в Україні, хоча і поступово, але починає розвиватися вчення про судову правотворчість.

Судова правотворчість – це не примха українських суддів. Це об'єктивно природний процес, який може мати місце під час розгляду як цивільно-правових, так і господарсько-правових та адміністративно-правових спорів. Це, по суті, необхідний напрям розвитку правосуддя в Україні, оскільки розвиток цивільних, земельних, сімейних, трудових, житлових правовідносин є настільки стрімким, що законодавець із його повільністю та ускладненням законодавчих процедур просто не встигає за порядком денним суспільства, який оновлюється майже кожного дня. Зміна ж навіть незначних уточнень у нормі права на законодавчому рівні потребує значного часу, якого в суддів немає.

В Україні є розуміння цих питань на рівні доктринального підходу, але не на законодавчому рівні. Причина цього полягає в тому, що законодавець просто не бажає втрачати контроль над судовою системою, надаючи можливість лише для автономної правотворчості суддів (аналогія права, аналогія закону), оскільки законодавці розуміють, що за імперативної наявності судового прецеденту судді зобов'язані будуть діяти лише за його аналогом. З огляду на це суддя не зможе задовольнити прохання чиновника, бо він буде зобов'язаний вирішувати справу в розрізі правової позиції Верховного Суду. Такий підхід, безумовно, підривав би корупційну складову у правосудді. Саме це становить небезпеку для чиновників, які не бажають втрачати можливість домовитись. Такий консерватизм зумовлюється тим, що як радянська, так і пострадянська системи правосуддя в Україні характеризуються виключно жорстким нормативним підходом, за яким норма права має лише вертикальний напрям своєї дії, впливаючи на конкретне коло суб'єктів та їх правовідносини, не надаючи при цьому жодного «творчого підходу» суддям для їх тлумачення. Судовий же прецедент характеризується горизонтальністю своєї дії «від прецеденту до прецеденту», що як радянській, так і пострадянській системі не притаманне, оскільки судовий прецедент характеризується низьким рівнем системності, і саме це для сьогоденної України поки що є неприйнятним.

Безумовним фактом є те, що судова правотворчість не повинна мати місце в усіх без винятку справах. Це не є самоціллю правосуддя. Вона може мати місце там і тоді, де виникає потреба в забезпеченні стабільності права. Забезпечити ж таку стабільність часто неможливо у зв'язку з відсутністю чи неточністю або «закам'янілістю» чинних норм права. Така ситуація нині – не рідкість. І проблема полягає не в тому, що судді несумлінні чи схильні до затягування судових процесів, просто вони звикли працювати виключно в межах норм права та тієї тлумачної практики норм права, які викладалися в постановах Пленумів Верховного Суду України. Самостійно ж приймати рішення без таких правових позицій більшість суддів не звикла. Водночас практика показує, що судді, які часто розглядають однотипні нескладні справи, досить легко кваліфікують спірні правовідносини, оскільки їх кваліфікація, а відповідно й аргументація, однотипно повторюються від справи до справи. Таким чином, судді формують «свою внутрішню» судово-прецедентну практику, яка характеризується однією і тією ж послідовністю однотипного мотивування судових рішень. Інша справа, якщо йдеться про розгляд складних справ. Хоча вони і займають незначну частину судової практики в Україні, судді не завжди можуть із такою ж легкістю підходити до аналізу і кваліфікації правовідносин, як це вони роблять у нескладних справах [6, с. 120]. Фактично судова практика, яку формує нині Верховний Суд, об'єднує в собі формальні, не обов'язкові для суду першої інстанції правові позиції, оскільки «при виборі норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду» (ст. 263 ЦПК України) Таким чином, ця норма не має виключної імперативності. Вона дає лише змогу враховувати висновки Верховного Суду. І хоча така практика не визнавалася в Україні джерелом права, але вона і не відкидалася; донедавна вона, навпаки, стимулювалася апеляційними судами, а тому в багатьох рішеннях судів районної ланки були посилення на постанови Пленумів Верховного Суду України. З огляду на це судова система з легкістю і розумінням сприйняла Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 22 лютого 2006 р. № 3477-IV. Стаття 17 цього Закону спрямовує суддів на застосування судової практики та судових прецедентів ЄСПЛ. Проте такий

оптимізм мав місце лише на початку, оскільки в практичній роботі судді зіштовхувалися з не схожою для них структурою судових рішень, які викладаються у вигляді окремих, змістовно не пов'язаних між собою параграфів, в яких дається юридична оцінка окремих фактів справи. При цьому в таких параграфах часто мають місце посилення на інші, розглянуті раніше цим же судом, справи, що за умови відсутності системного підходу до вивчення судової практики ЄСПЛ ускладнюють розуміння суті судових рішень та окремих його понять. Усе це вказує на слабкий підготовчий процес на юридичних факультетах, де обмежено вивчають прецедентну практику ЄСПЛ, як і прецедентне право взагалі, що зумовлює надалі ситуацію, коли суддям доволі складно орієнтуватися у великій кількості прецедентних рішень ЄСПЛ.

Більшість національних правових систем Європи, зокрема й Україна, визнають пряму дію прецедентів ЄСПЛ, сприймаючи це як унікальне явище, яке не має аналогів у сучасному міжнародному праві. Європейський суд, ухвалюючи свої рішення, хоча і визнає рішення національних судів несправедливими внаслідок їх невідповідності Європейській Конвенції з прав людини, але не може «підміняти національні суди» [7], скасувати той чи інший суперечливий національний закон, на підставі якого ухвалено рішення, або його анулювати. Суд може лише нагадати [8], пропонувати чи рекомендувати або вжити всіх необхідних правових заходів [9, с. 163] щодо узгодження національного законодавства із судовими рішеннями ЄСПЛ. Таким чином, практика ЄСПЛ спонукає країну-відповідача до уніфікації юридичних понять та зміни окремого національного законодавства, яке не відповідає Конвенції з прав людини. Така практика ЄСПЛ не загрожує «суддівським свавіллям» ні країнам Європи, ні Україні; не пов'язана з будь-яким примусовим нормотворенням.

Водночас загальновідомо, що прийняті норми права починають «старіти» відразу після їх прийняття. Саме з цих підстав писані закони не можуть оперативного враховувати всі життєві ситуації, навіть якщо такі норми і сформульовані законодавцем доволі чітко. Є. Ерліх у своїй роботі «Теорія суддівського правознаходження» зазначив, що суддя, ухвалюючи рішення, нерідко «просто виконує те, що йому доручено законодавцем». Разом із тим суддя не є простим «копіювальником» приписів закону. Він має зважати на безліч не лише юридичних, а й політичних, моральних, психологічних та інших

чинників, перебуваючи в постійному контакті з потребами правового життя. Отже, судові рішення (за Є. Ерліхом) завдяки творчій роботі судді є результатом не стільки діяльності законодавця, скільки самостійної праці самого судді. З методологічного погляду така праця у вигляді «подальшого розвитку права з боку судів закінчується там, де закінчується можливості тлумачення закону» [2, с. 9].

На нашу думку, слід очікувати в Україні розвитку прецедентного права, оскільки кожен суддя, незалежно від його місця в різномірній системі правосуддя, так чи інакше інтерпретує право під час ухвалення судових рішень з урахуванням прецедентної практики ЄСПЛ та застосування Європейської Конвенції про захист права людини. Трансформація суспільної свідомості, уявлення про справедливість, певні цінності та ідеали швидко змінюються, а з ними змінюються й уявлення суддів про правозастосування норм права. Якщо змінюються підходи до норм права, змінюється світогляд суспільства в контексті праворозуміння і особливості суспільного життя, в якому це право функціонує. «Писане ж право» є «неповоротким», тому часто є неефективним у світі сьогоденних, доволі стрімких інформаційних, технічних, технологічних, суспільних потоків. Україні потрібно відходити від приховувань наявної судової правотворчості, оскільки істинним правотворцем, на думку професора Гарварду Дж. 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 із того чи іншого приводу [6, с. 6]. З огляду на ці положення, в нас немає сумнівів із приводу того, що суд є істинним правотворцем. Разом із тим суд не є безмежним правотворцем, оскільки він лише інтерпретує норми чи певні прогалини в законі, але не приймає самі закони.

**Висновки.** Зовнішній вплив судових прецедентів, які формуються ЄСПЛ та постановами Верховного Суду у сфері розширеного тлумачення норм Європейської конвенції з прав людини, фактично впливає на законотворення та судову практику України. Така ситуація в перспективі призведе до того, що кількість рішень ЄСПЛ та постанов Верховного Суду та їх правових позицій досягне такого критичного рівня, що Україна вимушена буде визнати «де-факто» і «де-юре» наявність і функціонування прецедентного права на своїй території та його судової правотворчості як основи такої моделі правосуддя.

Право без правотворчості суддів являє собою жорстку вертикальну системність, яка дає змогу в будь-який необхідний для політичної еліти час коригувати поточне законодавство в потрібному для неї напрямі. Судовий прецедент унеможлиблює таку ситуацію, створюючи стабільність правових понять та практики конкретних правовідносин, які, з одного боку, перевірені судовою практикою і самим життям, а з іншого – сприйняті суспільством як справедливі.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Бондаренко Є.І. Судовий прецедент як джерело права в країнах романо-германської правової сім'ї. URL: [http://www.rusnauka.com/4\\_SWMN\\_2010/Pravo/58923.doc.htm](http://www.rusnauka.com/4_SWMN_2010/Pravo/58923.doc.htm) (дата звернення: 23.04.2021).
2. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.
3. Шафарчук В. Судовий прецедент в Україні. *Юридична газета*. 2013. № 35-36. С. 43.
4. Пушкар П.В. Короткий огляд ієрархії судової практики Європейського суду з прав людини, її джерел та юридичної сили. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 6. С. 45.

5. Дашковська О.В. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 1. С. 34–41.

6. Романюк Я.М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя, роль Верховного Суду України. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 12. С. 6.

7. Ясинок Д.М. Проблемні питання на шляху визнання судового прецеденту джерелом процесуального права. *Актуальні проблеми прав людини, держави та вітчизняної правової системи* : матер. наук.-практ. конф., 6–7 квітня 2018 р., м. Дніпро. Дніпро : ГО «Правовий світ», 2018. С. 120.

8. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мельниченко проти України» Заява № 17707/02 від 19 жовтня 2004 р. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 2005. № 3(27).

9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Матушевський і Матушевська проти України» Заява № 59461/08 (остаточне) від 23 вересня 2011 р. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 2013. № 1(10). С. 90.

10. Комюніке Секретаря Суду на Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Гуттен-Чапська проти Польщі» Заява № 35014/97 від 22.02.2005 р. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 2005. № 3(27). С. 163.

#### Запара С.І. ВПЛИВ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ НА СТАНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОЇ МОДЕЛІ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Судова практика Європейського Суду з прав людини є джерелом цивільного процесуального права України і характеризується високим рівнем судової правотворчості з погляду правозастосування Європейської конвенції з прав людини та тих правових понять, які мають місце при цьому. Європейська конвенція з прав людини по суті являє собою матеріальне право уніфікованого зразка, оскільки за наявності широкого законодавства в кожній з європейських країн ця Конвенція має застосовуватися і тлумачитися однотипно. Саме цю складну правничу роботу, яка вимагає не лише академічних знань, а і високого інтелектуального рівня, життєвого досвіду, філософського розуміння природи права, і виконують судді ЄСПЛ. Усе це дає змогу ЄСПЛ, розглядаючи скарги людей із різних країн, формулювати і розкривати суть нових правових понять та принципів. Аналогічно в цьому плані діють і постанови Верховного Суду, в яких здійснюється інтерпретація національних норм права відповідно до спірних цивільних правовідносин.

**Ключові слова:** судова правотворчість, судові прецеденти верховенство права, справедливість, Європейський Суд з прав людини, Верховний Суд.

#### Zapara S.I. THE INFLUENCE OF JUDICIAL LEGISLATION ON THE FORMATION OF THE PROCEDURAL AND LEGAL MODEL OF CASE LAW IN UKRAINE

In the countries of the Anglo-Saxon legal system, most civil relations are not governed by a large number of legislative acts, as the rules of conduct of the parties in such legal relations are often governed by court decisions, which are imperative and are binding on these grounds. to be performed on the territory of a European state. Judicial precedent as a form of interpretation of legal norms and as a safeguard for filling legislative gaps, motivation for applying the analogy of law and law in accordance with existing court precedents is reflected in both ECHR and Supreme Court rulings. It is on the basis of their court decisions in the theory of procedural law is gaining development the theory of judicial lawmaking, which is based on questions about the expanded interpretation of law. It is on these grounds at the doctrinal level that a number of questions arise regarding the limits of vertical and horizontal action of judicial precedents, rules of argumentation and motivation of such decisions, subjects of such argumentation, rules of interpretation of new concepts and principles in accordance with national legislation and peculiarities. certain legal relations in the field of civil, land, labor, housing or family issues. The article reveals the mechanism and grounds for the application of “living” (case) law, which is formed on the basis of judicial lawmaking of the European Court of Human Rights and leveled at the practice of civil proceedings in Ukraine. The paper presents scientific controversy on the maintenance and non-recognition of judicial lawmaking as a theoretical and applied content of case law, which essentially operates in Ukraine in the form of conclusions of the Supreme Court in relation to such legal relations, which have become controversial. At the same time, it is due to new substantiations and interpretations that the Grand Chamber of the Supreme Court has the opportunity to deviate from

its previous conclusions. This approach indicates that case law in general and its case law in particular are not legal dogma. Case law in the interpretation of the law provides as much operational mobility of the court in substantiating its legal position, as it is necessary for the legal certainty of a disputed legal relationship, especially those that are not sufficiently regulated by law, because such moments the legislator simply could not foresee legislation.

**Key words:** judicial lawmaking, judicial precedents, rule of law, justice, European Court of Human Rights, Supreme Court.