

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ, ЯК СПОСІБ ПОДОЛАННЯ «ВИКЛЮЧНОЇ ПРАВОВОЇ ПРОБЛЕМИ» В КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ТА ЗАГАЛЬНОМУ ПРАВІ

Ясинок Д.М.,
*аспірант кафедри правосуддя та філософії
юридичного факультету
Сумського національного аграрного університету
<https://orcid.org/0000-0003-0862-999X>*

Ясинок Д.М. Судова правотворчість, як спосіб подолання «виключної правової проблеми» в континентальному та загальному праві.

В статті досліджується питання, пов'язані із правозастосовним процесом у цивільному судочинстві як у сфері континентального, так і загального права. В роботі зокрема, звертається увага на те, що сьогодні в цивільному судочинстві України по суті виникла нова процесуально-правова реальність, коли урегулювання спірних відносин здійснюється за рахунок судової правотворчості при наявності законодавчих прогалин.

В той же час, автор підкреслює, що хоча суди і не творять право, але при наявності правової незгодженості норм права чи їх невизначеності щодо спірних відносин суд вимушений вдаватись до судової правотворчості при наявності неповноти, нечіткості чи суперечливості норм права або їх відсутності.

Інститут судової правотворчості має місце і у сфері загального (прецедентного) права. На відміну від континентального права підставою для такого правотворчого процесу є правовий казус, який долається за рахунок правотворчого процесу, на основі уявлення судді про справедливість, наявних суспільних і моральних цінностей, звичаїв чи традицій.

В роботі розкривається різна юридична природа судової правотворчості, яка притаманна як континентальному, так і загальному праву. В роботі зокрема стверджується що судова правотворчість в континентальному праві ґрунтується виключно на поточному законодавстві, в межах якого мають місце законодавчі прогалини. Таким чином, судова правотворчість в континентальному праві завжди буде носити локальний характер, оскільки спрямована виключно на заповнення локальних законодавчих прогалин (пустот), а відтак вона не може виходити за межі певної галузі статутного права. В той же час, судова правотворчість в загальному праві носить загальний характер і не ґрунтується на статутному праві, оскільки спрямована на подолання правового казусу під час якого формується нова правова доктрина, принцип чи нове правило чи положення. З цих підстав судова правотворчість в континентальному праві ніколи не «перейде» в сферу загального права, хоча як в першому, так і в другому випадках правові формули, які створюються суддями, для урегулювання спірних відносин і можуть носити імперативний характер для правозастосовної практики і тих чи інших судів.

Таким чином, наявність саме інституту судової правотворчості в обох цих правових сім'ях дає підстави для ствердження того, що континентальне і загальне право, хоча і повільно, але починають своє зближення і проникнення в процесуальну матерію одне-одного.

Ключові слова: судова правотворчість, законодавчі прогалини, континентальне право, загальне право, цивільний процес.

Yasynyok D.M. Judicial law-making as a way to overcome the “exceptional legal problem” in continental and general law.

The article examines issues related to the enforcement process in civil proceedings both in the field of continental and common law. In particular, the work draws attention to the fact that today a new procedural and legal reality has essentially emerged in the civil justice system of Ukraine, when the settlement of disputed relations is carried out at the expense of judicial law-making in the presence of legislative gaps.

At the same time, the author emphasizes that although courts do not make law, but in the presence of legal inconsistency of legal norms or their uncertainty regarding disputed relations, the court is forced to resort to judicial law-making in the presence of incompleteness, vagueness or contradiction of legal norms or their absence.

The institution of judicial law-making also has a place in the field of general (precedent) law. Unlike continental law, the basis for such a law-making process is a legal case, which is overcome at the expense of the law-making process, based on the judge's perception of justice, existing social and moral values, customs or traditions.

The work reveals the different legal nature of judicial law-making, which is inherent in both continental and common law. In particular, the work claims that judicial law-making in continental law is based exclusively on current legislation, within which there are legislative gaps. Thus, judicial law-making in continental law will always have a local character, as it is aimed exclusively at filling local legislative gaps (vacuities), and therefore it cannot go beyond a certain field of statutory law. At the same time, judicial law-making in common law is of a general nature and is not based on statutory law, as it is 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, although in both the first and second cases, legal formulas created by judges to settle disputed relations may be of an imperative nature for law enforcement practice and those other courts.

Thus, the presence of the institution of judicial law-making in both of these legal families gives grounds for asserting that continental and common law, albeit slowly, are beginning to converge and penetrate each other's procedural matter.

Key words: judicial law-making, legislative gaps, continental law, common law, civil process.

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

Таким чином в цивільному процесі у сфері правозастосування по суті виникає нова процесуально-правова реальність, коли урегулювати спірні відносини лише за рахунок правотлумачення норм права чи застосування правових аналогій неможливо, а інших правозастосовчих процедур законодавець не передбачив. В той же час суд не може відмовитись від розгляду справи з підстав наявності щодо тієї чи іншої правової неурегульованості. Отже, перед судом стоять не прості питання: як подолати наявну «виключну правову проблему» і урегулювати спірні відносини?

Постановка саме такого питання вказує на те, що в Україні сьогодні формується судова практика на принципово нових підходах, які притаманні скоріше загальному, аніж континентальному праву [1].

Стан опрацювання проблеми у науці. Як в Україні, так і континентальній Європі в ХХ столітті доволі тривалий час передувала класична концепція юридичного позитивізму, відповідно до якої право обмежувалося змістом норми того чи іншого законодавства. Таким чином, суди механічно застосовували «текст закону, що виключало будь-яку правотворчу роль суддів» [2, с. 39]. Таким чином, в континентальній правовій сім'ї джерелом права завжди був нормативний акт.

Сьогодні науковці з цивільного, господарського, адміністративного процесу, теорії права, філософії права все активніше вдаються до наукових досліджень інституту судової правотворчості пропонуючи нові підходи і методології, які б давали можливість судам розглядати всі справи без виключно, навіть при наявності неповноти, неточності, суперечливості норм права чи їх відсутності. Безумовно, що такі випадки, як правило, містять виключну правову проблему, зміст якої зводиться до двох правових позицій. Перша з них пов'язується з наявністю законодавчих прогалів під якими розуміються «повна або часткова відсутність в чинних законах необхідних юридичних норм» [8, с. 118]. Друга, з якою суди найчастіше мають справу, це прогалини в праві у вигляді неповноти, нечіткості, суперечливості окремих норм матеріального права чи остаточної їх архаїчності та «застарілості».

Разом з тим, континентальне право, в рамках якого і функціонує судова система України, починає все частіше і частіше мати справу з тим, що між суспільним розвитком і правом виникають розриви (пустоти) у вигляді не лише неповноти, неточності, нечіткості чи суперечливості норм права, а і наявності цілого ряду правових казусів, які потребують нового правового розуміння і свого урегулювання за рахунок ексклюзивної інтерпретації як загальних засад законодавства, так і принципів права та

його інститутів. Так формується нове уявлення про право з одного боку, а з іншого – розуміння того нового, яке з'явилося в житті суспільства.

Метою статті є дослідження інституту судової правотворчості в загальному і континентальному праві та його ролі у подолання виключної правової проблеми.

Вклад основного матеріалу. Безумовно, законодавець, займаючись законотворчістю, обговорює кожен норму права, намагаючись передбачити всі можливі навіть ексклюзивні випадки в житті людини, які пов'язані з тими чи іншими правовідносинами. Але навіть при такій скрупульозній роботі, в практичній площині виникає доволі багато або певної казуїстики, або загальної невизначеності змісту норм права, а то і просто законодавчих прогалин. І питання тут не в законодавці. Питання тут в об'єктивному природному розвитку суспільних відносин, обумовлених постійними новаціями в економіці, технологіях, майновій, фінансовій, інформаційній сфері, новаціях навіть у самій поведінці людей. Право ж розвивається відповідно до нових суспільних відносин, і з цих підстав воно не може перебувати у статичному стані.

В той же час Велика Палата Верховного Суду розглядає поняття «виключної правової проблеми» у двох її аспектах: кількісному і якісному [9].

Під кількісним критерієм виключної правової проблеми розуміється той факт, що вона має місце не в одній конкретній справі, а у невизначеній кількості спорів, які або вже існують, або можуть виникнути з урахуванням правового питання, щодо якого постає проблема невизначеності [10].

Під якісним поняттям розуміється такі обставини, як відсутність сталої судової практики, невизначеність на нормативному рівні правових питань, необхідність застосування аналогії закону чи права, забезпечення принципу пропорційності [11].

Отже, поняття «судової правотворчості» донедавна було більш характерним для прецедентного права, яке зародилось в англійській судовій системі і поширилось зокрема в США, Канаді та інших країнах, що дало можливість сформувати англосаксонську правову сім'ю, правозастосовчий процес у якій здійснюється суддею на основі загальних уявлень суспільства про справедливість, моральні цінності, звичаї та традиції. З цих підстав таке право отримало назву загального, а його творчим компонентом став суддя. Саме судді в загальному праві творять право. В основі такої правотворчості лежать не норми статутного права з точки зору їх неповноти, нечіткості чи суперечливості, що є характерним для континентального права, а уявлення самих суддів про те, що наявний той чи інший правовий казус потрібно урегулювати на основі свого уявлення про те, «що є прийнятним з точки зору громадськості» [3, с. 54]. Саме з цих підстав таке право називається «живим» [4, с. 24], «природним» [5, с. 64] або «судовим» [6, с. 94]. Безумовно, що поняття «судової правотворчості» з точки зору теорії континентального права є правовою фікцією, оскільки як в Україні, так і Європейських країнах правотворчістю займається парламент. Суди ж не творять право. В той же час, вони за рахунок своїх правових позицій по суті «нав'язують суспільству свою точку зору з певного питання. Саме це і дає підставу вважати, що судді «творять» право або певним чином беруть участь у процесі його творення та розвитку» [7, с. 54].

На перший погляд реальна судова практика у сфері континентального права не пов'язує наявність «виключної правової проблеми» з теоретико-правовим поняттям «судової правотворчості». Разом з тим, під поняттям судової правотворчості з одного боку розуміється механізм заповнення законодавчих прогалин, а з іншого – такий механізм завжди ґрунтується на змістовно-правовій матерії тієї чи іншої галузі матеріального права до якої належить предмет спору. Саме в такий спосіб відбуваються «ремонтно-правові» роботи суду по усуненню із правового обороту «виключної правової проблеми», якою є неповнота, нечіткість, неточність чи суперечність норм права або їх відсутність.

Таким чином, під поняттям «виключної правової проблеми» розуміється наявна проблема правового характеру подолання якої має місце лише в межах процесуальної форми судових засідань, а зміст її виключності ґрунтується на відсутності загального правила, правових аналогій чи судової практики, що вказує на наявність певних законодавчих прогалин чи іншої законодавчої неузгодженості, які можливо усунути лише за рахунок судової правотворчості зміст якої розвиває право, заповнюючи собою ті чи інші законодавчі прогалини [1].

Отже під поняттям «виключної правової проблеми» розуміється об'єктивна наявність правової проблеми, яка до цього часу ніколи не вирішувалася або вирішувалася 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 чітко 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.

Поняття «виключної правової проблеми» має неуточнений характер і з цих підстав є оціночним поняттям. Саме з цих підстав колегії суддів Верховного Суду та об'єднанні їх палати часто оцінюють певні факти і обставини та їх юридичну кваліфікацію з точки зору наявності «виключної правової проблеми» по різному, що дає їм можливість вважати, що справа містить «виключну правову проблему», і така її передача на розгляд Великої Палати Верховного Суду є «необхідною для забезпечення розвитку права та формуванню єдиної правозастосовчої практики» (ч. 3 та 5 ст. 403 ЦПК України).

Отже, судово-правова реформа, яка сьогодні має місце в Україні, залежить не лише від оновлення судової системи чи зміни судоустрою, але і від сприйняття законодавством нових підходів до права як природного механізму по регулюванню суспільних процесів, але і судового правозастосування, яке сьогодні об'єктивно не може носити виключно сталу і незмінну змістовно-правову форму. З цих підстав здавалося, що законодавець розширить джерельну базу процесуального законодавства і визнає правотворчу практику, яку сьогодні модерує Верховний Суд у своїх постановах, джерелом права, оскільки наявність судової правотворчості в нашому правосудді законодавцем визнається де-факто, але не визнається де-юре, хоча перевага природного права над заскоружлим континентальним правом є очевидною, бо судовий прецедент за рахунок судової правотворчості «перебуває» у тісному взаємозв'язку з реальністю [12, с. 170].

Отже, поняття «судової правотворчості» потрібно розглядати як обов'язкову частину, спрямовану до поняття «виключної правової проблеми», оскільки виключна правова проблема як і «судова правотворчість» завжди мають місце там, де між стрімким розвитком і правом виникають пустоти чи такі норми є неповними, неточними, нечіткими чи носять суперечливий характер.

Механізм подолання законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості завжди буде ґрунтуватись на професійних знаннях, інтелектуальній складовій, знаннях судової практики та відмінній орієнтації суддів в теорії права та матеріалах судової справи. Це пов'язано з тим, що суддя долаючи законодавчі прогалини по суті запроваджує нову доктрину чи формує нове правило на основі якого урегулюється наявний цивільно-правовий спір, що дає можливість до формування єдиної правозастосовчої практики. Такий підхід розвиває право як на доктринальному, так і законодавчому рівнях, оскільки під поняттям «суд розвиває право» розуміється визначення тих чи інших правових понять, положень, правил, які викристалізовує зокрема Велика Палата Верховного Суду під час «відступу від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах» чи за наявності «виключної правової проблеми» (ч. 3 та 5 ст. 403 ЦПК України).

Таким чином суди, зіштовхуючись із правовою невизначеністю законодавства чи відсутністю норм права, змушені вирішувати дану процесуально-правову проблему не з загальнотеоретичних напрацювань доктринальної правотлумачної техніки, а створювати нову змістовно-правову конструкцію, яка б узгоджувалась із принципами матеріального та процесуального права, суспільними цінностями, нормами моралі, розумністю, доцільністю та здоровим глуздом.

Такий підхід до правозастосовчої практики суттєво відрізняється від тлумачення норм права як з філологічної так і правової точки зору, оскільки в останньому випадку «право (закон) не змінюється, суддя лише розкриває справжнє значення тієї чи іншої норми, а попереднє тлумачення визнає помилковим [13].

При «судовій правотворчості» (якою долається «виключна правова проблема»), виникає нова правова реальність, яка порушує чи розвиває нову правову доктрину в праві як на теоретичному так і правозастосовчому рівнях.

Разом з тим в правозастосовчій практиці мова завжди йде про «судову правотворчість» з точки зору локальної її форми, оскільки законодавчі прогалини, це не суцільна пряма, це завжди локальні розриви чи пустоти в законодавстві, які об'єктивно мають свої межі. Законодавчі прогалини мають місце у всіх законодавчих актах, оскільки право в цілому і його законодавство ніколи не характеризуються своєю остаточністю, бо вони об'єктивно не є статичними категоріями. Це є природною закономірністю, яка є характерною для суспільно-правового розвитку всіх держав і Україна в цьому плані не є винятком. Ось чому судова правотворчість являє собою процесуально-правову цінність, яка дає можливість суддям в режимі реального судового засідання, урегулювати всі ті суспільні відносини, які мають проблеми з правовою визначеністю [1].

Таким чином, як поняття «судової правотворчості», так і поняття «виключної правової проблеми» передбачають переведення об'єктивно існуючої правової неузгодженості в площину суб'єктивного права, яке суд захищає при його порушенні, невизнанні чи оспорюванні.

З цих підстав, 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, суду і права [14, с. 420].

Сьогодні в Україні загальноприйнятою концепцією, з точки зору континентального права, залишається правило про те, що судді не творять право, а лише тлумачать зміст його норм в межах горизонту їх змістовно-правової суті.

Не оспороюючи загально-концептуальну суть континентального права ми все ж таки вважаємо, що таке положення все частіше і частіше починає вступати в протиріччя з реальністю сьогоденного правосуддя, а відтак і з догматикою континентального права. Такий висновок ґрунтується на тому, що континентальне право завжди перебуває у виключному процесуально-правовому полі статутного права. Але сьогодні ми спостерігаємо процес поступового розширення такого процесуально-правового простору за рахунок проникнення в його матерію «судової правотворчості».

У зв'язку з цим виникає законне питання: чи впливають такі процеси на стабільність континентального права? Ми вважаємо, що методологічна суть таких процесів завжди ґрунтується на принципах як матеріального, так і процесуального права, та тих чи інших звичаях цивільного обороту чи суспільно-історичних традиціях. Саме такий підхід дає можливість створювати нову цивільно-правову конструкцію, змісту якої було б достатньо для урегулювання того чи іншого суспільного відношення, яке набуло спірного характеру.

Саме з цих підстав науковці починають приходити до розуміння того, що континентальне і загальне право починають своє поступове зближення. В цьому процесі Україна стоїть поки що на переупутті, оскільки в Україні не визнаються судові прецеденти як джерело права, хоча рішення Європейського суду з прав людини визнаються як судові прецеденти і з цих підстав вони мають статус джерела права. В той же час в Україні де-факто визнається наявність судової правотворчості, хоча тут же проголошується базова концепція континентального права про те, що суди не творять право.

Ми говоримо про можливість у правозастосовчому процесі судів першої інстанції тлумачити норми права в межах горизонту їх змістовно-правової суті, і в той же час ми говоримо про те, що Велика Палата Верховного Суду має можливість вирішувати «виключні правові проблеми» за рахунок судової правотворчості, долаючи в такий спосіб законодавчі прогалини, розвиваючи в такий спосіб право та формуючи єдину правозастосовчу практику.

Такі взаємо-протилежності які сьогодні формуються в Україні, дають можливість говорити про те, що в Україні з одного боку можуть мати місце судові прецеденти, які де-факто формуються Великою Палатою Верховного Суду, а з іншого – має місце статутне право, з його тлумаченням норм права, а відповідно – і тлумачною судовою практикою та практикою застосування правових аналогій.

Основними предосторогами щодо закріплення судової правотворчості як процесуального інституту є боязнь законодавця надати суддям дозвіл на «творчий компонент», під час правозастосовчої практики як щодо матеріального, так і процесуального права.

Безумовно, що такі побоювання ґрунтуються на хибних уявленнях про правосуддя та тих доктринальних хибках, які мають місце у сфері сучасної доктрини процесуального права. Суть таких уявлень зводиться до того, що судді «творячи» право, у своїй правотворчості можуть вийти із під контроль інших гілок влади. Так, одні науковці заявляють, що судовий прецедент як джерело права може розбалансувати систему розподілу влади, а це буде суперечити існуючій сталій практиці державотворення і правотворення [15, с. 336]. Інші стверджують, що нам потрібна «єдність судової практики». Таку єдність не можливо створити за допомогою судового прецеденту. Причина тут полягає у недосконалості судової системи, відсутності об'єктивного підбору кандидатів на посади суддів [16]. Саме з цих підстав судовий прецедент не може бути визнаним джерелом права, а може бути визнаним тільки «правовим регулятором» суспільних відносин [17, с. 124].

Разом з тим О. Ф. Скаун доречно зазначає, що прецедентне право в Україні вже існує давно як де-факто, хоча воно і не має свого офіційного законодавчого закріплення [18, с. 308].

В. Шафарчук, характеризуючи судовий прецедент, звертає увагу на те, що система прецедентного права робить прозорою і передбачуваною як судову систему, так і діяльність правоохоронних органів, оскільки будь-який орган чи посадова особа не зможуть за аналогічних обставин відступити від правила, закріпленого в рішенні суду. За таких обставин втрачається сенс чинити тиск на суд чи будь-яку посадову особу, зменшується кількість скарг і зменшується рівень корупції, оскільки ніхто не зможе діяти в аналогічній справі інакше, як у попередній. Як

бачимо, в Україні є прихильники як визнання судового прецеденту джерелом права так і противники такого підходу.

В той же час перед цивільним судочинством в Україні стоять завдання щодо справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та законних інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ч. 1 ст. 2 ЦПК України). Для виконання даного завдання прийнятною є прецедентна практика Європейського суду з прав людини, яка визнана в Україні джерелом права (ч. 4 ст. 10 ЦПК України). Це ж саме стверджується і в ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року [19]. Як бачимо, в обох Законах мова йде не про судовий прецедент Європейського суду з прав людини, а про його судову практику. Разом з тим, законодавець не може не розуміти того, що між судовим прецедентом і судовою практикою є велика різниця, оскільки судовий прецедент – це подолання судом за рахунок судової правотворчості правового казусу у конкретній справі, яка завдяки своєму обґрунтуванню стає обов'язковим правилом для його застосування всією судовою системою. Тобто, судовий прецедент по суті набуває правового статусу норм права.

Судова ж практика ґрунтується на «вивченні» цілої низки цивільних справ однієї і тієї ж категорії, з критикою чи погодженням з тими чи іншими правовими позиціями, які сформульовані, наприклад, практикою певного суду. З цих підстав судова практика не носить офіційності, а тому вона більше нагадує науково-практичний коментар. Сьогодні, правозастосовча практика Верховного Суду викладається у його дайджестах (витягах із його постанов).

В національній системі права судова правотворчість може мати місце лише тоді, коли вся система права носить динамічний характер, при якій законодавець приймає певний закон як спрямовану парадигму, як правову концепцію, яка регулює певну сферу правовідносин. Ввесь же процес правозастосування лежить на судді, який за рахунок правотворчого процесу «закриває» прогалини в праві, нівелюючи в такий спосіб суперечності та колізії. Безумовно, ми не можемо піднести судову правотворчість в абсолют, оскільки право за своєю природою є похідним від розвитку суспільних відносин, а останні тяжіють до їх стабільності, що досягається за рахунок упорядкування їх базових, відправних начал, в першу чергу в управлінні. Разом з тим, ми не повинні відкидати судову правотворчість, яка безумовно лежить в основі судових прецедентів лише тому, що історично такий процес не був прийнятий як в радянському, так і пострадянському праві України. Не дивлячись на тенденцію до зближення континентального і загального права в правозастосовчій практиці України, все ж на думку автора інститут судової правотворчості за своїм механізмом і підставами все ж різниться як в загальному, так і в континентальному праві.

Так, в загальному праві судова правотворчість не пов'язується із статутним правом і може мати місце лише тоді, коли суд під час правозастосовчого процесу зіштовхнувся із певним життєвим казусом, який не урегульований правом, але останній потребує свого урегулювання і закріплення в судовому рішенні. При цьому змістовно-правова суть і механізм такого подолання ґрунтується на суспільних та моральних цінностях звичаях та традиціях, які продукують новий правопорядок чи нові нормативні положення, які ґрунтуються на основі професійного і життєвого досвіду судді.

В континентальному праві судова правотворчість як уже зазначалося вище, завжди ґрунтується на статутному праві, оскільки має місце лише там і тоді, де під час правозастосовчого процесу суд зіштовхується із наявністю законодавчих прогалин у вигляді неповноти, нечіткості, неточності чи суперечності норм права або їх відсутності чи остаточної їх архаїчності. Так, законодавчі прогалини завжди носять локальний характер, а відтак і судова правотворчість з точки зору уточнення, доповнення, розширення чи тлумачення норм права також буде носити локальний характер.

Висновки. Якщо інститут судової правотворчості для загального права є його об'єктивно-природною основою, то для континентального права такий інститут новим, оскільки для цього більш характерним є правотлумачний процес, процес застосування правових аналогій. І хоча ці процеси і характеризуються певним вкрапленням певної правової новизни, але така новизна не виходить за межі горизонту змістовно-правової суті тих норм права, зміст яких тлумачиться як на галузевому, так і міжгалузевому рівні. Не дивлячись на це, загальною тенденцією для правосуддя України є те, що загальне (прецедентне) і континентальне (статутне) право, через наявність в них інституту судової правотворчості, хоча і повільно, але мають тенденцію до свого зближення. Це означає,

що у сфері континентального права, в тому числі і в Україні, може мати місце процес розширення джерельної бази, а відтак по суті судові прецеденти, які сьогодні формуються Великою Палатою Верховного Суду можуть бути узаконені, а з цих підстав набути виключно імперативного характеру.

Список використаних джерел:

1. Ясинок Д.М. Судова правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин та виключна правова проблема в правозастосовному процесі цивільного судочинства України. Київський часопис права. № 1.
2. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10 С. 38–48.
3. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США; пер. з англ. Вид-во «Україна». Київ, 1999. С. 54.
4. Шевчук С.В. Судова правотворчість та соціальна школа права. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 1. С. 24.
5. Монтеке І. О духе законів. М., 1964. С. 64.
6. Капцова Т. Прогалина в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С. 94.
7. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США; пер. з англ. Вид-во «Україна». Київ, 1999. С. 54.
8. Алексеев С.С. Право: азбука–теорія–філософія: Опыт космического исследования. М.: Статут, 1999. С. 118.
9. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 3 листопада 2021 р. у справі № 643/21744/19 (провадження № 14-175цс21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101064570> (дата звернення: 17.02.2023).
10. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 17 березня 2020 р. у справі №761/42728/18 (провадження № 14-41цс20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88376237> (дата звернення: 17.02.2023).
11. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 28 квітня 2022 р. у справі №759/20550/18 (провадження № 14-284цс22). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104251626> (дата звернення: 17.02.2023).
12. Van Caedem R. An Historical Introduction to Private Law. Cambridge. 1992. P. 170.
13. Кібенко О. Перспективна дія правового висновку (позиції) Верховного Суду: чи доцільно запровадити в Україні. *Судова-юридична газета*, 3 березня 2020 р. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/162411-perspektivna-diya-pravovogo-visnovku-pozitsiyi-verkhovnogo-sudu-chi-dotsilnozaprovaditi-v-ukrayini> (дата звернення: 17.02.2023).
14. Ясинок Д.М. Законодавчі прогалини та їх подолання шляхом судової правотворчості. Мат. всеукр. наук.-практ. конф. СНАУ 14-18 листопада 2022 р. Суми. С.420.
15. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К.: Юридична думка, 2008. С. 336.
16. Дроздовський Л. Перспективи введення в Україні судового прецеденту як джерела права. *Правовий тиждень*. № 13-24 (573-584), 16 листопада 2020 р. URL: <http://legalweehly.com.ua/index.php?id=16061show=newsnewsid=120594> (дата звернення: 17.02.2023).
17. Канашевский В.А. Прецедентная практика Европейского Суда по правам человека как регулятор гарантированных отношений в РФ. *Журнал исследовательского права*. 2013. № 4. С. 122–126.
18. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник; пер. з рос. Х.: Консум, 2009. 308 с.
19. Про застосування практики Європейського суду: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 20.02.2023).