

**НОВИЙ РОЗГЛЯД СПРАВИ ПІСЛЯ СКАСУВАННЯ РІШЕННЯ ВЕРХОВНИМ СУДОМ:
ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗМАГАЛЬНОСТІ ТА ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД****RETRIAL AFTER REVERSAL OF THE DECISION BY THE SUPREME COURT:
PROBLEMS OF ENSURING COMPETITION AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL**Пільков К.М., к.ю.н., старший дослідник,
суддя

Верховний Суд,

старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
та правових проблем євроінтеграції

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Стаття зосереджує увагу на проблемі обсягу нового розгляду судами першої інстанції справ, спрямованих Верховним Судом внаслідок скасування рішень через порушення норм процесуального права, пов'язаних з одержанням та дослідженням доказів, що унеможливили встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи. Аналізуючи практику так званого обмеженого нового розгляду зі схожих підстав в інших правових системах, автор піднімає питання про можливість встановлення у судовій практиці схожого підходу до обмеженого нового розгляду у господарському та цивільному процесах України. Характерними рисами обмеженого нового розгляду, спричиненого цими процесуальними порушеннями, є те, що він здійснюється з тієї стадії, де мало місце порушення, тобто є скоріше продовженням розгляду справи. При цьому він здійснюється тим самим складом суду, який ухвалив скасоване рішення, і обмежується одержанням та дослідженням доказів, які помилково були відкинута судом. Під час такого перегляду сторони, як правило, не можуть змінювати обсяг та підстави своїх вимог та заперечень, якщо обставини справи не змінилися. Автор доводить, що якщо для позивача у національних процесах цей підхід втілено в окремому правилі, що забороняє змінювати предмет і підстави позову, то для відповідача він на засадах змагальності і однакового ставлення до сторін виливається в аналогічне обмеження, за яким відповідач не може змінити обсяг та підстави заперечень, зокрема не може заявити про позовну давність, якщо він не мав процесуальних перешкод зробити це під час первісного розгляду.

Окремим аспектом нового розгляду справи у досліджених у цій статті випадках є стабільність правозастосування. Покликаючись на засади, подібні до тих, що лежать в основі розробленої у системах загального права доктрини права справи, автор обґрунтовує тезу про незмінність висновків, сформульованих судом касаційної інстанції при спрямуванні справи на новий розгляд, у випадку перегляду касаційним судом рішень, ухвалених вже із врахуванням цих висновків.

Ключові слова: доктрина права справи, естoppel, обмежений новий розгляд, однакове ставлення до сторін, позовна давність, *res judicata*.

The article focuses on the problem of limits of a new trial of cases remanded by the Supreme Court to local courts after vacating their judgments due to procedural violations in evidentiary matters, which made it impossible to establish the facts of the case material for the outcome of the dispute. Based on the analysis of the so-called limited remand on similar grounds in other legal systems, the author raises the question of applicability of a similar approach in Ukrainian national commercial and civil proceedings. Among the features of the limited remand caused by these procedural violations is that the new trial is conducted from the stage where the violation took place, which makes it rather similar to continuation of the proceeding. The trial is carried out by the same judges who issued the vacated judgment, and is limited to obtaining and examining pieces of evidence which were mistakenly rejected by the court. During such new trial, the parties, as a rule, cannot change the scope and grounds of their claims and objections, if the circumstances of the case have not changed. The author proves that for the plaintiff in national proceedings, this approach is embodied in a separate rule that limits the claimant's ability of changing the subject and grounds of the claim (cause of action). Similarly, the effect of procedural principles of adversarial procedure and equal footing before the court results in similar restrictions for the defendant, according to which the defendant cannot change the scope and grounds for objections, in particular, cannot plead affirmative defenses, e.g. the statute of limitations, if there were no procedural obstacles to do so during the initial trial.

The author raises the problem of stability of law application as a separate aspect of remanding cases for a new trial. Relying on principles similar to those that underlie the law of the case doctrine developed in common law systems, the author argues that an opinion issued by the court of cassation remanding the case for a new trial with respective instructions shall remain unchanged after the case is retried according to that opinion and a new judgment is appealed to the court of cassation.

Key words: estoppel, equal footing of parties before the court, law of the case doctrine, limited remand, *res judicata*, statute of limitations.

Вступ. Професор права Загребського університету Алан Узелац своїй відомій статті у 2010 році звертав увагу на те, що поряд з визначеними у світі правовими традиціями – континентальною та загальною права – продовжує існування соціалістична. Ця "соціалістична традиція без соціалізму" у судочинстві має такий прояв (далі варто зачитувати, аби читач мав можливість скласти власне враження про те, наскільки поданий професором Узелацом опис проблеми характерний для України):

"Навіть якщо час від часу стосовно суті справи приймалось рішення та доводилось до відома сторін, це ще не кінець процесу. У соціалістичні часи право на апеляцію було вміло піднесено соціалістичними юристами до рівня абсолютного – навіть конституційного – права. Це зустріло схвалення політичної еліти, оскільки вона хотіла зберегти ще один рівень контролю над процесом, і право на апеляцію могло б чудово впоратись з ризиком будь-яких

судових рішень, які не відповідали її очікуванням. Однак це також був зручний спосіб для суддів зняти з себе тиск прийняття рішення стосовно спірного питання, оскільки їхні неостаточні рішення вважалися лише чимось проміжним. Принаймні у цивільних справах оскаржені рішення не підлягали виконанню, доки вищий суд не ухвалив рішення, і цей процес оскарження також міг тривати декілька років. Відповідаючи за справу, судді апеляційної інстанції також мали кілька стратегій, щоб уникнути остаточності та можливості примусового виконання свого рішення. Однією з найпоширеніших було передання справи до суду нижчої інстанції для повторного розгляду – те, що повертало справу знову на круги своя. Ця карусель могла тривати стільки, скільки було потрібно, бажано доти, доки гостра соціальна потреба в прийнятті рішення не зникла" [22, с. 384-385], "...часто єдиним виправданям було те, що суд першої інстанції повинен докладніше

шукати додаткові докази, щоб знайти "об'єктивну істину" [22, с. 393].

"Карусель" з направлення справ на новий розгляд у правосудді "соціалістичної традиції без соціалізму", за термінологією А. Узелаца, призводив також до шквалу звернень до ЄСПЛ. Так, цілу категорію у практиці ЄСПЛ становлять справи вже проти Словенії про порушення права на справедливий суд (в аспекті розумної тривалості судового розгляду) внаслідок тогочасної практики касаційного суду Словенії скасовувати судові рішення у справі та скеровувати їх на новий розгляд [6, 12, 17].

Вітчизняна юриспруденція також здавна знайома з проблемами, що їх створює практика направлення справ на новий розгляд для більш ретельного з'ясування обставин справи.

Верховний Суд України з посиланням на відповідні висновки ЄСПЛ ще у 2006 році звертав увагу судів на неодноразове відправлення справи на новий розгляд як причину затягування розгляду справи, а також на те, що неодноразове направлення справи на новий розгляд у межах одного провадження виявляє серйозний недолік у судовій системі [41].

Негативний вплив практики направлення на новий розгляд справ на право сторін на справедливий суд у межах розумного строку, а також на переваження судової системи висвітлювали багато науковців та практиків, зокрема й автор цієї статті у більш ранніх публікаціях. Право вищої судової інстанції направляти справу на новий розгляд у межах різних моделей функціонування національних вищих судів (повторної апеляції, касації та ревізії) досліджувала Т. Цувіна [40, с. 54]. На негативний аспект направлення справи на новий розгляд у вигляді порушення права на розгляд справи у розумний строк вказував П. Гуйван [34, с. 37]. З посиланням на практику ЄСПЛ також У. Андрусів, С. Федик та В. Кравчук звертали увагу у своїх дослідженнях на неприпустимість нового розгляду без необхідності виправити судові помилки або недоліки судочинства [27, с. 22, 35, с. 13]. Вказуючи в контексті конвенційного права на розгляд справи упродовж розумного строку на проблему затягування процесу, також Ю. Білоусов називає однією з причин цього явища направлення справ на новий розгляд [28, с. 52].

Водночас, те, які наслідки має направлення справи на новий розгляд власне для результату нового розгляду, а не тільки для його тривалості, як правило, залишається поза увагою дослідників. Цьому сприяє сприйнятий юристами як догма постулат про те, що під час нового розгляду справа розглядається спочатку.

Ця стаття має на меті зосередити увагу саме на цих малодосліджених аспектах наслідків прямування справи на новий розгляд, а не на негативному впливі самої практики спрямування справ для нового розгляду на дотримання розумного строку розгляду як складника конвенційного права на справедливий суд. У цій статті головна увага буде приділена також не стільки підставам для скасування Верховним Судом рішень у справі зі спрямуванням справи на новий розгляд, скільки власне наслідкам такого спрямування для меж нового розгляду.

I. Цінність *res judicata* і спрямування справ на новий розгляд

Європейський суд з прав людини неодноразово відзначав, в тому числі у справах за заявами проти України, що одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, який передбачає повагу до принципу *res judicata* – принципу остаточності рішень суду. Він виснував про це як в контексті допустимості ординарного, зокрема апеляційного, перегляду (§ 41 рішення у справі "Пономарьов проти України", заява № 3236/03 [38]), так і стосовно екстраординарного перегляду (§ 35 рішення у справі "Трегубенко проти України", заява № 61333/00 [39]). Цей принцип наголошує, що

жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду просто тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення. Повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватись для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підмінити собою апеляцію, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть мати місце лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру (§ 40 рішення у справі "Пономарьов проти України").

В Україні Верховний Суд активно застосовує ці висновки ЄСПЛ також для обґрунтування обмеженого втручання суду касаційної інстанції в рішення судів попередніх інстанцій, які таким чином розглядає як остаточні в цьому контексті.

Ця практика також підтримана Великою Палатою Верховного Суду у численних постановках у різних юрисдикціях. Так, у низці справ Велика Палата саме в контексті обмеженої ролі касації з посиланням на рішення ЄСПЛ у справі "Пономарьов проти України" відзначала, що повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватись для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду (§ 130 постанови від 18.01.2022, справа № 910/17048/17 [30], § 5.9 постанови від 18.05.2021, справа № 914/1570/20 [31], § 116 постанови від 08.06.2021, справа № 487/8206/18 [29]).

Разом з тим, у судовій статистиці категорія "скасування судом касаційної інстанції судового рішення і передання справи на новий розгляд у зв'язку з порушеннями норм матеріального та процесуального права, які унеможливають встановлення фактичних обставин справи, що мають значення для правильного вирішення спору" досі охоплює найбільшу частину підстав для скасування: питома вага таких скасувань у господарській юрисдикції становить 13,4 % від переглянутих по суті рішень у 2021 році [23, с. 40], 15,8 % у першому півріччі 2022 року [24, с. 9]. У Касаційному цивільному суді у 2021 за результатами розгляду скасовано 34,8% від переглянутих судових рішень, ухвалених місцевими чи апеляційними судами, з яких 48,1% з направленням справи на новий розгляд [26, с. 7], у першому півріччі 2022 року ці показники становили 32,2 % і 37,1 % відповідно [25, с. 12–13].

Така ситуація має місце попри те, що з 2018 року Верховний Суд послідовно відкидав "інерційну" практику абстрактних посилань скаргників на "порушення норм процесуального права, які унеможливили встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи" (це була підстава для скасування касаційною інстанцією судових рішень і направлення справи на новий розгляд за статтею 111-9 ГПК України у редакції, чинній до 15.12.2017). При цьому, зокрема у господарському процесі, суд касаційної інстанції вказував, що "[н]еобхідність доводити обставини, на які учасник справи посилається як на підставу своїх вимог і заперечень в господарському процесі, є складовою обов'язку сприяти всебічному, повному та об'єктивному встановленню усіх обставин справи, що передбачає, зокрема, подання належних доказів, тобто таких, що підтверджують обставини, які входять у предмет доказування у справі, з відповідним посиланням на те, які обставини цей доказ підтверджує" (постанови від 05.02.2019 у справі № 914/1131/18, від 26.02.2019 у справі № 914/385/18, від 10.04.2019 у справі № 904/6455/17, від 05.11.2019 у справі 915/641/18, від 13.01.2020 у справі № 908/510/19). У господарській юрисдикції Верховний Суд звертав увагу на те, що "необґрунтованим є саме лише посилання скаргника на порушення судами положень статті 86 ГПК України, яка містить

загальні норми про оцінку доказів, без обґрунтування (1) того, які саме зібрані у справі докази не були досліджені, або (2) того, що суд необґрунтовано відхилив клопотання про витребування, дослідження або огляд доказів, або інше клопотання (заяву) учасника справи щодо встановлення обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, або (3) які саме обставини, які мають суттєве значення, суди встановили на підставі недопустимих доказів, оскільки саме ці порушення можуть бути підставою для скасування судового рішення судом касаційної інстанції відповідно до частини третьої статті 310 ГПК України. При цьому, стверджуючи про недослідження зібраних у справі доказів, скажник має вказати на конкретні докази, а також на те, що під час розгляду справи судами він вказував на ці докази як на джерело доказової інформації стосовно тих важливих для справи обставин, про які він стверджував, або у своїх заявах стверджував про такі обставини, на підтвердження яких було надано ці докази. Без такого належного обґрунтування суд касаційної інстанції відхиляє посилання скажника на порушення судами статті 86 ГПК України, які і похідні від нього твердження про порушення вимог статті 236 ГПК України стосовно обґрунтованості судового рішення" (п.п. 7.15 постанови від 28.01.2020 у справі № 925/587/19 [33]).

Далі, запроваджені Законом № 460-IX від 15.01.2020 додаткові процесуальні фільтри давали можливість оскаржити рішення суду з підстав неодержання та/або недослідження доказів тільки сукупно з посиланням на інші підстави, а саме неврахування, відсутність висновку або необхідність відступити від висновку Верховного Суду (частина друга статті 287 ГПК України, частина друга статті 389 ЦПК України). Таке обов'язкове поєднання підстав було спрямоване на закладення фундаменту, який дозволяв би суду касаційної інстанції сформулювати висновок про те, чому відповідний доказ, який не було витребувано та/або досліджено, все ж належало дослідити. Саме цей висновок під час нового розгляду мав створити можливість для суду здійснити обмежений розгляд, спрямований на виправлення виявленої Верховним Судом помилки, тобто дослідити доказ і вирішити справу з урахуванням результату цього дослідження. Такий підхід мав також обмежити практику скасування Верховним Судом остаточних рішень з направленням справ на новий розгляд.

Водночас, скасування остаточних рішень з направленням справи на новий розгляд до суду першої чи апеляційної інстанції з підстав, пов'язаних з порушеннями у сфері встановлення обставин справи, продовжує займати найбільшу питому вагу у структурі всіх скасувань.

В результаті маємо парадоксальну ситуацію, коли, з одного боку, суд активно посилається на тезу ЄСПЛ про недопустимість "перегляду заради перегляду", сам у своїй обмеженій питаннями права ролі касаційного суду ніби не допускає цього повного перегляду справи, однак може передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції, де в усіх випадках вважатиметься прийнятним здійснити повний перегляд без будь-яких обмежень.

Теза ЄСПЛ про те, що "повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду" і те, як вона застосовується Верховним Судом, спонукає до пошуку відповіді на важливе питання: чи може виправлення судових помилок або недоліків судочинства без здійснення нового судового розгляду все ж мати наслідком новий судовий розгляд і в яких випадках це виправдано?

Проста відповідь зводиться до того, що положення процесуального законодавства (частини перша-третя статті 310 ГПК України, частини перша-третя статті 411 ЦПК України) передбачають випадки, коли остаточне рішення у справі може бути скасоване, а справа

направлена на новий розгляд, і хоча й розмежовують підстави для скасування, однак лише за ступенем серйозності порушення і за критерієм здатності відповідної підстави бути застосованою (судом з власної ініціативи або лише у випадку оскарження з цієї підстави), однак не за наслідками для обсягу нового розгляду, якщо вже справу спрямовано на новий розгляд.

Однак більш прискіпливий аналіз, пов'язаний з необхідністю узгодити згадані вище процесуальні повноваження Верховного Суду з визнаним ним же підходом до обмеження втручання в остаточне судові рішення, мають підштовхнути до більш ґрунтовних роздумів.

Це пов'язано з тим, що з одного боку, якщо визнано, що касаційний перегляд не повинен бути по суті новим розглядом, то він не повинен бути таким як сам, так і не повинен з легкістю відкривати можливості для такого перегляду *de novo*. Натомість, перегляд має бути обмежений саме виправленням помилок. З іншого боку, очевидно, що деякі помилки настільки істотні, що їх виправлення з необхідністю тягне за собою скасування остаточного рішення і потребу у розгляді справи наново.

На перший погляд, через те, що процесуальне законодавство не розмежує за специфікою наслідків випадки, у яких остаточні рішення у справі підлягають скасуванню, а справа направленню на новий розгляд, може видатись, що в усіх випадках наслідок той самий – новий розгляд. Чи так це насправді і чи існує достатнє логічне підґрунтя і законодавчі підстави для розмежування цих випадків і відповідних наслідків, маємо далі розібратись.

Складно прийняти, що попри визнано загалом у світі і, зокрема в Європі, цінність остаточності судового рішення, попри визнання цієї цінності також Верховним Судом, з цим співіснує практика направлення справ на новий розгляд, за якої цей розгляд вважається таким, що розпочинається спочатку як у випадку, якщо, наприклад, судові рішення були скасовані через розгляд справи неповноважним складом суду, так і у випадках, якщо підставою для скасування було те, що суд не дослідив якийсь доказ.

II. Сучасна практика нового розгляду після скасування рішення Верховним Судом

У найбільш загальних рисах для сучасної практики нового розгляду господарських та цивільних справ після скасування Верховним Судом рішень у справі, з поодинокими винятками, характерні такі риси:

1. Розгляд здійснюється іншим складом суду, ніж той, що прийняв скасоване рішення.

2. Заяви сторін стосовно суті справи залишаються дійсними, однак сторони ними не обмежуються, хіба що позивач, як правило, не може змінити предмет та підставу позову.

3. Процесуальні рішення, спрямовані на одержання доказів, які вичерпали свою дію одержанням цих доказів (наприклад, ухвали про призначення у справі експертизи) під сумнів не ставляться, а результати їх виконання недопустимими доказами не вважаються або зі справи не вилучаються, якщо тільки суд, скасовуючи рішення, не вказав на порушення процесуального закону при прийнятті саме цих процесуальних рішень.

4. Процесуальні дії учасників справи, спрямовані на одержання доказів, також значення не втрачають. Іншими словами, подані докази зі справи не вилучаються і сторонам не повертаються.

Як бачимо, новий розгляд все ж не нівелює наслідки процесуальних дій учасників і всіх процесуальних рішень суду. За вдалих висловом юристів-практиків у США, які тієї ж думки про наслідки направлення справи на новий розгляд в рамках американського процесу, "спрямування справи на новий розгляд до суду першої інстанції не переважантажує справу з нуля" [19, с. 40].

Викладені аспекти проблеми направлення справи на новий розгляд після скасування рішення, яке набуло

значення *res judicata*, не є унікальними суто для вирішення спорів у національних судах. Характерною є ця проблема і для арбітражу як альтернативи суду. В арбітражній спільноті шукають ефективні і орієнтовані на клієнта – споживача послуг з вирішення суперечок – способи вирішення проблеми, яка виникає, коли компетентний державний суд скасовує остаточне арбітражне рішення. Одним зі способів вирішити цю проблему є відновлення арбітражного розгляду або новий арбітражний розгляд. У зв'язку з цим серед практиків арбітражу активно дебатуються питання про те, чи має такий розгляд здійснюватись тим же складом арбітражу, а також чи застосовується до раніше зроблених заяв сторін під час "нового" розгляду доктрина естопеля [15].

Для того, щоб мати свіжий погляд на проблему, стосовно вирішення якої склалась доволі консервативна практика, варто спершу звернутись до практики її вирішення в інших розвинених правових системах. Це дозволить критичніше поставитись до вже згаданого і такого, що часто сприймається без критики, постулату про те, що новий розгляд має в усіх випадках бути розглядом з початку.

III. Обмежений новий розгляд в іноземному процесі

Американська формула повноважень апеляційних судів і Верховного Суду, як вона визначена у процесуальному законі, доволі лаконічна: ці суди мають повноваження "залишити в силі, змінити, скасувати рішення або спрямувати справу для продовження розгляду, наскільки того вимагає справедливість і обставини" [1]. Вже на рівні практики судів США розмежовуються направлення вищими судами справ на новий розгляд без настанов (англ. *general remand*) і спрямування справи з настановами (англ. *remand with instructions* або *limited remand*) [4, с. 173; 7; 10]. В першому випадку справа спрямовується на розгляд спочатку (англ. *new trial*), у другому – для виправлення окремих недоліків. Так, обмежений "новий" розгляд (англ. *limited remand*) може бути застосовано у випадках, коли підставою для скасування рішення суду стало прийняття недопустимого доказу чи, навпаки, неврахування судом доказу з помилковим посиланням на його недопустимість або ж взагалі відсутність висновків суду стосовно питання допустимості доказу [11, с. 37–38]. Академічне визначення поняття "*remand*" взагалі вказує на акт спрямування справи, перш за все, для продовження провадження [3, с. 1406].

В обох випадках – обмеженого і загального нового розгляду – справа не починається з початку [19, с. 40], а наслідки здійснених сторонами процесуальних дій залишаються. При цьому за практикою судів, під час нового розгляду може бути застосований естопель, який перешкодить стороні змінити позицію стосовно питань, які вже були предметом розгляду під час першого провадження у цьому суді [16, с. 8].

Також варто відзначити, що після скасування Верховним Судом США остаточного рішення у справі і направлення справи до суду нижчої інстанції на новий розгляд, він може бути здійснений тим же складом суду, який ухваливав скасоване рішення [5, с. 515].

В інших, окрім США, юрисдикціях, які сприйняли цей підхід загального права, зокрема у процесуальному праві Індії, навіть сформульовані більш детальні правила, які не дозволяють суду прийняти до уваги нові заяви сторін стосовно суті справи, якщо тільки це не обумовлено специфікою спрямування справи на новий розгляд. Також за установленою практикою "жодна справа не може бути направлена на новий розгляд таким чином, щоб це відкривало можливість для подання додаткових доказів, крім тих випадків, коли сторона була позбавлена цієї можливості під час першого розгляду" [2, с. 62].

Отже, як бачимо у трьох важливих аспектах параметри обмеженого нового розгляду для виправлення окре-

мих процесуальних порушень, зокрема у сфері доказів, можуть бути звужені у порівнянні з повним розглядом *de novo*:

- 1) Заяви сторін стосовно суті справи, як правило, не можуть бути змінені: новий розгляд – не нова справа;
- 2) Сторони не можуть подавати нові докази;
- 3) Справа може бути розглянута тим же складом суду, що робить такий обмежений "новий" розгляд скоріше продовженням розгляду.

Тепер, коли ці важливі аспекти обмеженого нового розгляду викристалізувались завдяки невеликому експерименту у практику процесу іншої правової традиції, маємо можливість ґрунтовніше заглибитись у те, як вітчизняний процес дозволяє окреслити межі нового розгляду.

IV. Підстави та характерні риси обмеженого нового розгляду у вітчизняному процесуальному праві

4.1. Зміна заяв сторін під час нового розгляду і проблема однакового ставлення

В українських господарському та цивільному процесі з принципу змагальності, а також із необхідності справедливого вирішення спору як завдання судочинства (стаття 2 ГПК України та стаття 2 ЦПК України) виводиться як складник процесуальної справедливості *принцип однакового ставлення* до сторін, хоч він окремо не поіменований у процесуальних кодексах. Натомість, рівність у господарському та цивільному процесі за статтею 7 ГПК України та статтею 6 ЦПК України має дещо інше значення, ніж однакові процесуальні умови, тому далі в контексті рівних процесуальних можливостей ведемо мову саме про принцип однакового ставлення, а не рівності сторін.

Також ЄСПЛ звертає увагу на те, що § 1 статті 6 Конвенції гарантує "процесуальну" справедливість, яка втілюється на практиці у змагальності процедури, за якої заяви сторін мають бути почуті, а сторони мають бути в однакових умовах (англ. *equal footing*) перед судом (справа "Star Cate Epilekta Gevmata and Others v. Greece, 2010" [13, с. 83].

На які ж важливі аспекти однакового ставлення до сторін і забезпечення змагальності слід звернути увагу в контексті нового розгляду?

Частина четверта статті 46 ГПК України передбачає, що "[у] разі направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції зміна предмета, підстав позову не допускаються, крім випадків, визначених цією статтею. Зміна предмета або підстав позову при новому розгляді справи допускається в строки, встановлені частиною третьою цієї статті, лише у випадку, якщо це необхідно для захисту прав позивача у зв'язку із зміною фактичних обставин справи, що сталася після закінчення підготовчого засідання, або, якщо справа розглядалася за правилами спрощеного позовного провадження, – після початку першого судового засідання при первісному розгляді справи". Частина четверта статті 49 ЦПК України містить норми такого ж змісту.

Отже, за загальним правилом зміна предмету та підстав позову під час нового розгляду справи не допускається.

Якщо предмет позову становлять вимоги позивача, то підставу позову становлять заяви (посилання) позивача на обставини, якими він ці вимоги обґрунтовує. Процесуальний закон встановлює часові межі, у яких сторони мають зробити заяви стосовно суті справи, і, як випливає з наведеного вище положення, під час нового розгляду вони, як правило, повинні залишитись незмінними.

Змагальний процес, який забезпечує однакове ставлення до сторін, вимагає застосувати аналогічний підхід до відповідача. Тобто, за загальним правилом, яке виводиться з наведених вище принципів та обмежень прав позивача, відповідач також не може змінити підстави своїх заперечень проти позову, який не зазнав змін.

Це має особливе практичне значення у тих випадках, коли відповідач заперечує проти позову засобами, які

охоплюються категорією позитивного захисту. На відміну від негативного захисту, тобто заперечення позитивних тверджень позивача, позитивний захист не презюмується, про нього треба заявити окремо. Це поняття є малоопрацьованим у вітчизняній процесуальній науці, тому для його глибшого розуміння варто звернутись до деталей цієї доктрини в інших правових системах.

Так, наприклад, у США Федеральні правила цивільного процесу (правило 8 (с)) унормовують так званий позитивний захист відповідача. Позитивний захист (англ. *affirmative defense*) – це заява у відповідь на позов, у якій стверджується про обставини, які виключають відповідальність відповідача, навіть якщо припустити, що всі твердження позивача є правдивими [9, с. 198]. Позитивний захист традиційно охоплює посилання на вплив позовної давності, естопель, *res judicata*, відмову від права та багато інших [21, с. 114].

Найбільш широкий обсяг цієї доктрини охоплює заяви про обставини, на які сторона процесу може посылатись на протипагу твердженням опонента про існування певної обставини (*F*), і при цьому таке посилання саме по собі не спрямоване на заперечення обставини ($\sim F$), однак або (1) "нейтралізує" наслідки її встановлення (позовна давність, естопель, доктрина відмови від права тощо), або (2) перешкоджає її встановленню (заперечення з юрисдикційних питань, зокрема заява про арбітражну угоду, *lis pendens, res judicata*). Так, наприклад, заявою про застосування наслідків впливу позовної давності відповідач не заперечує твердження позивача про існування обставини *F*, яка свідчить про порушення відповідачем його права, однак робить неможливим застосування правових наслідків існування цієї обставини. Позитивним цей захист є у тому сенсі, що ними сторона, яка робить відповідну заяву, не заперечує проти твердження опонента, а стверджує про щось інше, що позбавляє перше твердження опонента реального ефекту.

Категорія позитивного захисту не є чимось, притаманним процесу суто у системах загального права. Її застосовано також у Правилах транснаціонального цивільного процесу (Правило 13.1.3), які розроблялись на основі найкращих практик з найбільш розвинених систем різних правових традицій [14, с. 806]. Категорію позитивного захисту, щоправда в контексті кримінального процесу, застосовано і в аналітиці Ради Європи стосовно рішень ЄСПЛ [18, с. 63, 84]. Про позитивний захист йдеться також у виданих УНІДРУА та Європейським інститутом права Європейських правилах цивільного процесу (правило 54(5)): "Якщо відповідач посилається на позитивний захист, його відповідь на позовну заяву позивача повинна містити посилання на всі факти, які є достатніми для того, аби суд міг визначити юридичну підставність захисту, та надати засоби доказування на підтвердження посилення на факти" [8, с. 295].

Звернімо тепер увагу на те, що, наприклад якщо відповідач без наявності процесуальних перешкод для того не заявив проти розгляду справи судом через існування третейської чи арбітражної угоди під час першого розгляду, він не може зробити цю заяву під час нового розгляду. Це заперечення, дійсно, відрізняється від заперечення проти позову з підстав впливу позовної давності, адже перше є юрисдикційним і має бути здійснене до початку розгляду справи по суті, а заперечення з підстав впливу позовної давності є запереченням по суті справи. Однак обидва належать до категорії позитивного захисту і обидва мали б заявлятися до певної стадії у процесі. Тільки для заяви про існування третейської угоди закон чітко визначає стадію – не пізніше першої заяви стосовно суті спору. Натомість для заяви про вплив позовної давності це мала б бути стадія подання заяв по суті справи.

Як окремий випадок позитивного захисту, тобто підстава заперечення проти позову заява відповідача про

вплив позовної давності у вітчизняній судовій практиці не вважається несумісною з іншими підставами заперечення. Поведінка відповідача не сприймається як суперечлива, якщо він одночасно заперечує проти позову засобами негативного захисту (заперечуючи обставини, про які стверджує позивач), так і посилаючись на засоби позитивного захисту, зокрема робить заяву про позовну давність. З огляду на це нездійснення відповідачем під час розгляду справи всіх заяв стосовно суті справи, які він мав підстави і процесуальну можливість зробити, за загальним правилом, має для нього такі ж наслідки, як для позивача нездійснення ним всіх необхідних заяв стосовно підстав та предмету позову.

При цьому обсяг заперечуваних відповідачем вимог позивача кореспондує предмету позову, а право відповідача заперечити певними засобами проти всіх або частини позовних вимог, як і право позивача самостійно визначити предмет позову, є сферою дії принципу *диспозитивності*. В той час, як цариною дії принципу *змагальності* є права позивача на здійснення заяв по суті справи про підставу позову і відповідні обмеження стосовно здійснення цього права під час нового розгляду. При цьому вони "симетричні" правам відповідача робити заяви, якими ці підстави позову заперечуються або нівелюються з поданням відповідних доказів з аналогічними обмеженнями під час нового розгляду.

Звідси випливає, що новий розгляд не може в усіх випадках надавати сторонам можливість перебудувати твердження про обставини, якими вони обґрунтовують свої вимоги та заперечення. Для позивача ця можливість обмежена безпосередньо нормою процесуального закону про незмінність підстави позову, для відповідача це обмеження виводиться з тієї ж норми в силу дії принципу змагальності, яким забезпечується однакове ставлення до сторін як необхідна умова процесуальної справедливості.

Через те, що, як вже було згадано, у національному процесі застосування одночасно всіх або декількох засобів позитивного захисту разом з негативним захистом не розцінюється як суперечлива поведінка (відповідач може заперечити стверженні позивачем обставини і одночасно заявити про позовну давність), а у іншій стороні немає підстав покладатись на окремі із заяв для побудови своєї лінії аргументації, у господарському та цивільному судочинстві немає нагальної потреби для обґрунтування зазначеного вище підходу ще й дією принципу добросовісності і застосовувати в цьому випадку естопель як доктрину, у якій цей принцип втілюється.

Визнання того, що після скасування рішення з підстав процесуального порушення на певній стадії, справа розглядається з тієї стадії, на якій мало місце порушення і цим обмежується, органічно поєднується з вже існуючим підходом, що наслідки вчинених до того часу процесуальних дій і рішень зберігаються.

У зв'язку з цим видається, що є підстави поглибити розуміння стадійності цивільного та господарського процесів визнанням того, що окремими стадіями є не тільки "до" і "після здійснення першої заяви по суті справи" (що, наприклад, має значення для вчасного заперечення проти розгляду з підстав існування третейської угоди), а й вже в межах розгляду суті справи: (1) стадія висловлення тверджень про обставини, якими обґрунтовуються вимоги і заперечення; (2) одержання доказів; (3) дослідження і оцінка доказів.

4.2. Питання факту під час нового розгляду: обсяг діяльності суду з одержання та дослідження доказів

У більш ранніх публікаціях ми вже звертали увагу, що реформований господарський та цивільний процеси, як вони врегульовані процесуальними кодексами, є стадійними. Ця стадійність, серед іншого, має місце у послідовному русі справи у суді першої інстанції у напрямку "твердження про факт – право – встановлення належних

фактів – настання правових наслідків” [37, с. 168–170]. Спочатку сторона стверджує про обставини (підстава позову), які на її думку, мають потягнути певні наслідки (предмет позову). Далі суд визначає, чи мають ці обставини, дійсно, юридичне значення і, якщо мають, надає стороні процесуальні можливості довести їх (одержання та дослідження належних доказів). Врешті, останнім кроком є власне рішення – вольовий акт суду, внаслідок якого настають правові наслідки.

Тепер, пам’ятаючи цю логіку процесу, варто зосередитись на тому, що докази подаються і витребуються не абстрактно “у справу”, а для доведення тверджень, якими сторони обґрунтовують свої вимоги або заперечення проти них.

Якщо процесуальне порушення, яке стало підставою для скасування у справі судових рішень і направлення справи на новий розгляд, полягало у недослідженні якогось доказу, на належність якого вказав суд касаційної інстанції, то це має означати, що скаргник (1) робив заяву стосовно певної обставини (F), яка мала значення для правильного вирішення спору, а також (2) посилався на доказ (E_F , англ. *evidence*), який, однак не було досліджено.

Виправити це процесуальне порушення можна і потрібно тільки створенням умов, у яких суд дослідить цей доказ E_F і оцінить його у сукупності з іншими доказами, які стосуються цієї ж обставини F .

В умовах, коли обставини справи не змінилися, сторони не можуть змінити свої заяви стосовно суті спору, подавати інші докази на підтвердження чи на спростування інших обставин, крім F і похідних (якщо суди, рішення яких були скасовані, помилково вважали обставину F такою, що не стосується справи, і відповідно не дослідили доказ через те, що вважали його неналежним), а також доказів обставин, якими обґрунтовується недопустимість E_F або його дискредитація, тобто твердження про його недостовірність.

Оскільки вирішення питань прийняття та оцінки доказів судом здійснюється у послідовності “належність – допустимість – достовірність – вага (достатність у ЦПК України, вірогідність у ГПК України)” [36], то й стадія, на якій виправляється помилка суду через не дослідження доказу, залежатиме від того, на якій стадії мало місце порушення:

1. Якщо порушення полягало в тому, що суд навіть не прийняв доказ, вважаючи його неналежним, тобто таким, що не стосується справи, або з цих же підстав відмовився витребувати, то в процесі виправлення цієї помилки сторони можуть висловити заперечення стосовно допустимості доказу і, відповідно надати докази, які підтверджуватимуть або спростовуватимуть ці твердження. Те саме стосується наступних стадій доказування, які вже стосуватимуться оцінки доказу на предмет його достовірності та ваги у сукупності з іншими доказами.

2. Якщо доказ не було прийнято чи витребувано через помилковий висновок суду про його недопустимість, то при правильному підході питання про належність вже не виникатиме (адже не потрібно вирішувати, допустимий чи не допустимий доказ, з допомогою якого доводиться обставина, яка не стосується справи (неналежний доказ)). В цьому разі, якщо касаційний суд скасував судові рішення, визнавши неправильним неприйняття доказу через помилковий висновок про його недопустимість, новий розгляд починається з того, що доказ *prima facie* допустимий (оскільки допустимість презюмується). Відповідно сторони можуть заперечити його допустимість з інших підстав. Якщо заперечень проти допустимості немає або вони відхилені, залишається оцінка цього доказу на предмет достовірності та ваги. Відповідно можливим залишається подання доказів, спрямованих на заперечення достовірності E_F (дискредитація доказу).

3. Схожим чином має розвиватись ситуація у тому випадку, якщо суд не відмовляв у прийнятті чи витребу-

ванні доказу через його неналежність або недопустимість, однак відмовився цей доказ оцінити. У цьому разі, знову ж таки, процес починається звідти, де мала місце помилка. Тобто інші сторони, за загальним правилом, не можуть заявляти про неналежність доказу (суд касаційної інстанції не скасовував би рішення зі спрямуванням справи на новий розгляд для дослідження доказу, який не стосується справи), а також про існування обставин, які вказують на його недопустимість (на відміну від заяв по суті справи, тут мова йде про користування процесуальними правами в процесі доведення, а принцип добросовісності у користуванні процесуальними правами вимагає, аби такі заяви сторона зробила ще під час першого розгляду, якщо тоді доказ було прийнято як допустимий, а якщо доказ є недопустимим в силу норми права без необхідності встановлювати факти (наприклад мова йде про свідчення свідків як доказ укладення правочину, для якого встановлено письмову форму), то такі заяви мали б бути зроблені у суді касаційної інстанції, який здатен прийняти стосовно них рішення, адже йтиметься про питання права, яким є питання про допустимість доказу).

Спірним залишається питання про те, чи слід у двох останніх випадках 2 і 3 (неприйняття доказу через помилковий висновок про його недопустимість і недослідження одержаного судом доказу) визнавати за іншою стороною право надати докази на протипагу E_F . Натомість, для першого випадку у переліку вище (якщо доказ не прийнято з мотивів його неналежності) це питання не виникає, адже якщо обставину F суд під час першого розгляду вважав такою, що не стосується справи, а E_F не прийнято чи не витребувано через неналежність, то можливості подавати докази як на підтвердження існування цієї обставини, так і на її спростування були позбавлені обидві сторони. Не викликає сумнівів те, що якщо цей висновок виявився помилковим, а обставина F – такою, що стосується справи, іншій стороні повинна бути надана можливість заперечувати цю обставину (негативний захист) або спростовувати наслідки цієї обставини для справи (позитивний захист) з поданням відповідних доказів.

У ситуаціях 2 (помилковий висновок про недопустимість) і 3 (доказ одержано, однак не досліджено) сторонам було відомо під час першого розгляду, що обставина F стосується справи, тому вони мали можливість подавати докази на її підтвердження або спростування. Тому слід було б виходити з того, що сторони мали добросовісно подати всі докази на підтвердження чи спростування обставини F .

Водночас, можливий також інший погляд на ситуацію 2, який зводиться до того, що якщо суд помилково визнає доказ E_F недопустимим і без цього доказу тягар доведення залишається невиконаним навіть *prima facie* (іншими словами твердження про існування обставини F залишаються зовсім бездоказовими), інша сторона, на яку в такому разі навіть не перейшов тягар доказового заперечення, добросовісно не зобов’язана була реагувати поданням доказів на протипагу бездоказових тверджень. Ця логіка схиляє до висновку про те, що у випадку якщо суд касаційної інстанції скасовує рішення судів і направляє справу на новий розгляд для дослідження доказу E_F , який помилково визнано недопустимим, то іншій стороні має бути надана можливість повноцінно заперечити.

У ситуації 3 доказ E_F був судом прийнятий, однак не оцінений, а інша сторона несла тягар спростування і мала можливість доказово заперечувати, тому під час нового розгляду не повинна мати додаткові можливості, якими не скористалась під час першого розгляду.

Як проміжний висновок варто узагальнити, що “новий” розгляд, спричинений процесуальною помилкою суду у сфері одержання, дослідження та оцінки доказів, має бути, як правило, зосереджений на виправленні саме цих помилок. Відповідно, одержання нових доказів

можливе лише в тому випадку, коли їх одержання обумовлене новими твердженнями, які тепер стосуються справи, а раніше не могли бути заявлені (не було підстав їх заявляти або сторона не мала процесуальної можливості це зробити).

4.3. "Право справи": послідовність правозастосування під час нового розгляду

Третім важливим аспектом нового розгляду є стабільність правозастосування і незмінність висновків у питаннях права під час нового розгляду.

Процесуальний закон передбачає, що "[в]исновки суду касаційної інстанції, у зв'язку з якими скасовано судові рішення, є обов'язковими для суду першої чи апеляційної інстанції під час нового розгляду справи" (частина п'ята статті 310 ГПК України, частина п'ята статті 411 ЦПК України), а "[в]казівки, що містяться у постанові суду касаційної інстанції, є обов'язковими для суду першої та апеляційної інстанції під час нового розгляду справи" (частина перша статті 316 ГПК України, частина перша статті 417 ЦПК України).

Висновки та вказівки, про які йдеться у цих нормах, найбільшою мірою стосуються саме випадків скасування рішень судів з направленням на новий розгляд з підстав помилок у сфері доказів. Адже, наприклад, у випадках обов'язкового скасування рішень через дефекти складу суду, як у випадку якщо справу розглянуто і вирішено неповноважним складом суду, якихось специфічних висновків чи вказівок суд касаційної інстанції не надає. Вказівка здійснити новий розгляд повноважним складом суду у цьому випадку буде зайва, оскільки очевидна, а новий розгляд має бути здійснений і без таких "інструкцій".

Натомість саме у випадках спрямування справи на новий розгляд для виправлення помилок у доказовій діяльності суду касаційна інстанція має:

- спершу сформулювати висновок у питанні права (наприклад, виснувати, що застосування певної норми потребувало встановлення обставини F , а отже й дослідження поданого стороною на її підтвердження доказу E_F , який суд першої інстанції не дослідив або не одержав, помилково вважаючи його неналежним);

- далі на основі цього висновку надати вказівку дослідити E_F .

Оскільки ці висновки і вказівки є обов'язковими для судів нижчих інстанцій, надалі остаточні рішення, ухвалені за результатами нового розгляду з урахуванням таких висновків і виконанням таких вказівок, як правило, не можуть бути скасовані судом касаційної інстанції, якщо касаційний суд вирішить відступити від висновку, який він сформував, направляючи справу на новий розгляд.

Інший підхід, за якого Верховний Суд може спрямувати суди у конкретній справі в одному напрямку правозастосування, а далі змінити позицію і "покарати" їх скасуванням прийнятих відповідно до своїх же висновків і вказівок рішень, як видається, підривав би авторитет Верховного Суду і зводив би нанівець дію наведених норм про обов'язковість його висновків і вказівок.

Це є своєрідне втілення доктрини права справи, яка розроблена переважно у правових системах загального права і яка вже була предметом більш ранніх окремих досліджень автора.

Коротко розкриваючи суть доктрини права справи (англ. *law of the case doctrine*), варто відзначити, що вона є продуктом судової практики, тому встановлені нею обмеження застосовуються з певною дискрецією. Вона стосується (i) обов'язкової сили рішень суду першої інстанції для нього ж на більш пізніх стадіях судового розгляду; (ii) обов'язкового значення висновків, яких дійшов апеляційний суд, для суду першої інстанції під час повторного розгляду; (iii) правила, що апеляційний суд за звичайних умов не переглядатиме свої власні висновки у питаннях права, розглядаючи наступні апеляції в одній і тій самій справі

[20, с. 222]. Окремо слід відзначити, що обов'язковість для місцевого суду вказівки суду вищої інстанції дослідити певне питання як належне до справи із вирішенням питання про одержання відповідних доказів також визнається проявом цієї доктрини [19, с. 40].

Результатом застосування доктрини права справи є не тільки обмеження у перегляді позиції суду стосовно того, як слід тлумачити право у контексті вирішення окремих питань в межах розгляду справи, а й власне застосування розтлумаченого таким чином права до обставин справи. Тобто доктрина встановлює певні обмеження на юридичну перекваліфікацію обставин, яким у попередніх рішеннях у цій справі вже надана кваліфікація, що ріднить цю доктрину за наслідками стосовно остаточності висновків з доктриною *res judicata*, хоч вона їй не тотожна, оскільки її застосування все ж є питанням дискреції, а сама вона не стосується остаточного вирішення суті справи, а лише окремих питань права в тій самій справі.

В умовах, коли відступлення Верховним Судом від своїх власних позицій іноді з критикою сприймається юридичною спільнотою, у якій навіть висловлюються думки про те, що "нові" правові позиції не повинні застосовуватись до "старих" справ, варто принаймні забезпечити стабільність правозастосування у межах однієї справи. Якщо Верховний Суд спрямував справу на новий розгляд для дослідження доказів на підтвердження чи спростування певної обставини, яку визнав такою, що підлягає встановленню, надалі він не може без поважної причини змінити свою позицію у цій же справі і визнати цю обставину неіснуючою. Така зміна позицій, видається підпадати під кваліфікацію "існування двох точок зору на один предмет" (§ 40 рішення у справі "Пономарьов проти України"), адже якщо в одній і тій самій справі нічого істотно не змінилось, відступ від власних висновків у межах однієї справи складно виправдати.

4.4. Склад суду під час нового розгляду

Після того, як в результаті дослідження окремих аспектів нового розгляду справи ми дійшли висновку, що цей розгляд є далеко не новим, слід приділити увагу питанню складу суду, який здійснює цей розгляд. А оскільки встановлення інститутів процесуального права завжди має характеризуватись системністю, слід сперш провести деякі паралелі у досліджуваному спірному питанні з іншими інститутами, які мають схожі риси.

В українському процесуальному законодавстві декілька разів змінювався підхід до того, який склад суду – той самий чи інший – має переглядати судові рішення за нововиявленими обставинами. Зараз воно передбачає, що це той же склад, який ухвалював судові рішення (частина тринадцята статті 33 ЦПК України, частина п'ятнадцята статті 32 ГПК України). Це відповідає глибинній суті такого перегляду, яка зводиться до того, аби та ж свідомість, яка сформувала переконання стосовно певних обставин під впливом певної системи доказів, додала у цю систему ті, які стосуються нововиявленої обставини, і зважила, чи зміниться від цього її рішення. Якби щоразу це був інший склад суду, то така модель перегляду була б фікцією, адже як з, так і без нововиявленої обставини немає підстав вважати, що інший склад суду щоразу формує таке ж внутрішнє переконання стосовно фактів справи, як і склад суду, який ухвалив рішення, що переглядається.

Тепер, враховуючи модель перегляду за нововиявленими обставинами та її логіку, варто звернути увагу на те, що у важливих для нашого аналізу аспектах цей перегляд не відрізняється від "нового" розгляду з підстав недослідження доказу (пункти 1-3 частини третьої статті 310 ГПК України, пункти 1-3 частини третьої статті 411 ЦПК України). Різниця в тому, що у випадку нововиявлених обставин про ці обставини не було відомо і відповідні докази сторона подати не могла, а у випадку "нового" розгляду з підстав недослідження доказу, доказ не було одержано

та/або досліджено внаслідок помилки суду. Однак шлях виправлення обох ситуацій однаковий: суд має дослідити відповідний доказ та оцінити його у системі з уже зібраними доказами.

Звідси й ставлення до "нового" розгляду з мотивів недослідження доказу має бути як до обмеженого, тобто такого, що потребує не цілковито нового процесу, а лише виправлення помилки суду, яка полягає в тому, що суд помилково "перервав" розгляд у стадії одержання та дослідження доказів, не одержавши та/або не дослідивши доказ, і передчасно перейшов до стадії прийняття рішення. Відповідно після скасування такого рішення, справа мала б повертатись скоріше для продовження розгляду, ніж для цілком нового розгляду.

У суддівській спільноті до фраз типу "передчасний висновок", "передчасне рішення" особливе ставлення, часто негативне, оскільки такі формулювання не зустрічаються у процесуальних законах, а скасовувати потрібно незаконне рішення, а не передчасне.

Однак, можливо, що ця критика категорії передчасних висновків та передчасних рішень також передчасна, а насправді наведені вище поняття охоплюють результат інтуїтивного відмежування окремої групи рішень. Велика Палата Верховного Суду також в одному зі своїх рішень обгрунтувала направлення справи на новий розгляд для встановлення важливих обставин саме передчасністю висновків судів у цій частині (п. 80 постанови від 18.12.2018 у справі № 911/1437/17 [32]). Випадки застосування цих понять касаційними судами теж доволі численні.

Дійсно, помилково не дослідивши певний доказ, суд міг дійти саме передчасного висновку про існування або відсутність певної обставини. Якби помилки не було, суд просунувся б далі і висновки б не були поспішними. Тому ситуація, пов'язана з помилками суду у питаннях одержання та дослідження доказів, може бути, дійсно, кваліфікована як передчасне завершення дослідження доказів і перехід до стадії прийняття рішення. Відповідно, скасування рішення мало б повертати суд до тієї стадії, де мало місце порушення, а не відкривати шлях до повного перегляду справи.

Органічним наслідком такої кваліфікації є висновок про те, що продовжити передчасно перервану стадію має той склад суду, передчасне рішення якого скасовано.

Було б безпідставною фікцією виходити з того, що при новому розгляді стан свідомості у питаннях факту (тобто звичайна свідомість, а не правосвідомість) у нового складу суду ідентична тому, рішення якого скасовано, а тому новий склад суду виходитиме у питаннях факту з тих же міркувань, що й попередній, і зможе лише "додати" помилково недосліджений доказ у всю систему зібраних і раніше оцінених у справі доказів з точно таким же результатом оцінки нової сукупності доказів, які б мав перший склад суду, якби дослідив помилково відкинутий доказ.

Чому така фікція заслуговує негативної оцінки? Якщо у питаннях права презюмується однакове тлумачення та застосування права всіма суддями, тому з погляду процесуального права немає значення, який склад суду розглядає питання права, то у питаннях факту такої презумпції немає. У питаннях факту існує внутрішнє переконання судді, яке формується під впливом сукупності доказів і є унікальним щоразу.

Тому новий склад суду, який розглядає справу під час нового розгляду, з необхідністю матиме інше внутрішнє переконання, навіть якщо в результаті прийме по суті таке ж рішення.

В такому разі як може неврахування одним судом якогось доказу призводити до результату іншого, ніж виправлення цієї помилки шляхом покладання на цей же суд обов'язку врахувати цей доказ? Як ця помилка може

потягти уповноваження іншого складу суду зробити власні судження про факти справи в цілому? Це теж буде "існуванням двох точок зору" на проблемне питання, а не виправленням помилок, тобто тим, від чого застерігає ЄСПЛ у своїх рішеннях, присвячених цінності *res judicata* та ризикам втручання у нього.

З огляду на це логічним видається відмежувати скасування з означених підстав (доказ помилково не витребувано та/або не досліджено) від інших випадків скасування і направлення на новий розгляд, і ставитись до цих підстав подібно до того, коли суд перериває процес на більш ранній стадії, ніж належить. Тобто у таких випадках слід повернути справу для продовження розгляду і, як це передбачено для таких випадків у процесуальному законі, повернути її тому ж складу суду, який її розглядав.

Навіть за відсутності детального економічного аналізу цього підходу можна стверджувати, що він може розраховувати на прихильне ставлення також в аспекті економії ресурсів, оскільки продовження розгляду справи тим же складом суду після скасування його рішення з мотивів недослідження доказу є менш витратним шляхом, ніж новий розгляд іншим складом суду.

Також на користь цього підходу вказує його простіше узгодження із ситуаціями, коли на момент направлення справи на новий розгляд скасоване рішення не вирішувало справу у всій повноті. Наприклад, до Верховного Суду було оскаржено залишене без змін апеляційним судом рішення суду першої інстанції, яким вирішено тільки частину позовних вимог. Решта вимог або ще знаходиться на розгляді у місцевому суді, або в апеляційному суді. В цьому разі, якщо касаційна інстанція дійде висновку про необхідність скасувати рішення і спрямувати справу на "новий" розгляд для дослідження доказу і такий розгляд має здійснюватись іншим складом суду, виникає або (1) вимушена і навряд чи виправдана невластива процесу біфуркація, коли два суди розглядатимуть частини однієї справи (неприродною вона є в тому сенсі, що замість розбиття процесу на стадії в межах одного юрисдикційного органу, вся справа "розщеплюється" між двома судами одного рівня), або (2) припинення мандату іншого суду, який все ще розглядає справу, що, на нашу думку, робить ситуацію ще гірше.

Натомість, у випадку скасування рішення з підстав неповноважності складу суду описана вище ситуація матиме принципово інший вигляд. Припинення мандату суду, який досі розглядає частину позовних вимог за таких обставин видається цілком закономірним наслідком.

Це ще раз підштовхує до висновку про те, що наведені у статті 310 ГПК України та статті 411 ЦПК України підстави для скасування судових рішень і направлення справи на новий розгляд не є однопорядковими категоріями і повинні тягнути за собою різні наслідки.

Однак налагодження моделі розмежування спрямування касаційною інстанцією справи для нового розгляду і для продовження розгляду (для одержання та/або дослідження доказу) потребує внесення змін до процесуального законодавства шляхом відмежування у статті 310 ГПК України та статті 411 ЦПК України зазначених випадків від інших підстав направлення на новий розгляд.

Варто відзначити, що питання про внесення таких змін не є нерозривно пов'язаним з іншими аспектами направлення справи на новий розгляд, а саме з проаналізованим вище підходом до обмеження прав сторін на зміну своїх заяв стосовно спору (предмету і підстав позову для позивача, обсягу і підстав заперечень для відповідача), обмеження сторін у поданні доказів, а також з підходом до забезпечення стабільності правозастосування під час нового розгляду. Ці три аспекти можуть бути вирішені на рівні судової практики, оскільки норми, на яких може бути побудований такий підхід, вже закладені у процесуальні кодекси.

Висновки

Якщо намагатись узгодити з постулатом "у випадку направлення Верховним Судом справи на новий розгляд її розгляд здійснюється спочатку" постійні нагадування Верховного Суду учасником процесу про те, що касаційний перегляд має здійснюватись для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду, то можна дійти висновку, що складно втриматись в межах виправлення помилок та недоліків, якщо результатом скасування через окреме процесуальне порушення буде спрямування справи на цілковито новий розгляд іншим складом суду, результат якого втілюється у висновках, сформованих цілком іншою свідомістю, ніж та, чії помилки взыались виправити.

Здійснене під кутом зору розвиненої практики обмеженого нового розгляду (*limited remand*) в інших правових системах дослідження принципів змагальності і однакового ставлення до сторін у вітчизняних господарському та цивільному процесі дозволило дійти таких висновків:

– Направлення справи на новий розгляд після скасування Верховним Судом рішень у справі з підстав процесуального порушення, яке полягало у тому, що суд не витребував чи не дослідив певний доказ, слід відокремлювати з-поміж інших підстав для направлення справи на новий розгляд, оскільки воно не пов'язано із загальним дефектом процесу, а лише з необхідністю усунути окремий недолік, що також визначає обмежений обсяг нового розгляду;

– Під час розгляду в суді першої інстанції після скасування Верховним Судом рішень у справі відповідач не може, за загальним правилом, змінити обсяг заперечень проти позову та підстави своїх заперечень проти позову, зокрема заявити про вплив позовної давності, крім випадку, коли під час первісного розгляду він був позбавлений можливості це зробити. В цьому підході втілюється застосування на засадах змагальності і однакового ставлення до сторін тих же обмежень, які встановлені стосовно позивача щодо зміни предмета та підстав позову;

– Новий розгляд, спричинений помилкою суду, яка полягала у відмові витребувати або дослідити доказ, як правило, має бути обмежений одержанням та/або дослідженням цього доказу;

– Рішення судів, прийняті за результатами такого обмеженого нового розгляду, з урахуванням висновків суду касаційної інстанції, зокрема, про значення певних

обставин для застосування певних норм права, а отже і про належність певних доказів, та з виконанням вказівок дослідити певні докази, не можуть надалі бути скасовані касаційним судом лише з тих підстав, що він вважає за необхідне відступити від свого висновку у цій же справі, якщо це не виправдовується іншими змінами, зокрема встановленням інших важливих обставин у справі;

– Такий обмежений новий розгляд підставно може бути кваліфікований як продовження розгляду зі стадії одержання та/або дослідження доказів, де мало місце порушення, і здійснювати його може той же склад суду, що ухвалював скасоване рішення, за умови внесення змін до процесуальних кодексів стосовно персонального складу суду для таких випадків.

Однак незалежно від прийняття запропонованих вище змін стосовно складу суду під час нового розгляду, пласт проблем, про які вже йшлося, а саме, недопущення повторного проходження тих стадій процесу, у яких порушень не було, і проблема послідовності правозастосування в межах справи можуть бути вирішені судовою практикою. Водночас зміни, пов'язані з розмежуванням випадків направлення справ на новий розгляд і формуванням складу суду, дозволи б реалізувати підхід системно.

Звичайно, це дослідження не охоплює всіх аспектів і навіть всіх підстав направлення справ на новий розгляд, зокрема й через порушення, пов'язані з доказами. Окремого дослідження потребує з'ясування підстав для кваліфікації у цій системі координат випадків скасування рішення, прийнятого на підставі недопустимого доказу. Ця підстава може видатись подібною до тієї, якій присвячена ця стаття, однак має ключову відмінність. Хоча в обох випадках має місце порушення, яке, вочевидь, потягло для суду, рішення якого скасовується, помилку у питанні факту (в одному випадку суд помилково взяв до уваги недопустимий доказ і з його врахуванням дійшов висновку про певний факт, а в іншому суд не взяв до уваги доказ, який, можливо, слід було дослідити), однак якщо суд помилково не дослідив доказ, він може його "доврахувати". У ситуації ж із прийняттям рішення на підставі недопустимого доказу, його свідомість зазнала впливу доказового матеріалу, який не повинен був би впливати на неї. Тому не можна обмежитись простим екстраполюванням на цю ситуацію всіх висновків цього дослідження. Натомість, є потреба в окремому вивченні цього питання.

ЛІТЕРАТУРА

1. 28 U.S.C. § 2106 - U.S. Code - Unannotated Title 28. Judiciary and Judicial Procedure § 2106. Determination - last updated 01.01.2018 URL: <https://codes.findlaw.com/us/title-28-judiciary-and-judicial-procedure/28-usc-sect-2106.html> (дата звернення: 10.09.2022).
2. Ameen Memon M. R. Scope and Utility of Procedure of Remand - An Analysis. *International Journal of Advances in Social Sciences*. 2014. No. 2(1). P. 61–63.
3. Black's Law Dictionary, Ninth Edition. Brian A. Garner, editor in chief. St. Paul, MN :Thomson Reuters, 2009. 1920 p.
4. Bruhl A.-A. P. The remand power and the Supreme Court's role. *Notre Dame Law Review*. 2020. Vol. 96, Issue 1. P. 171–247.
5. Chemerinsky E., Miltenberg N. The need to clarify the meaning of U.S. Supreme Court remands: The lessons of punitive damages' cases. *Arizona State Law Journal*. 2004. No. 36. P. 513–526.
6. Deželak v. Slovenia (Application no. 1438/02), European Court of Human Rights, judgment of 6 April 2006. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73142> (дата звернення: 10.09.2022).
7. District Court was not Required to Conduct an Entirely new Sentencing Hearing After Remand, Where the Court Could Correct the Errors Identified by The Court of Appeals Without Conducting Such A Hearing. Seventh Circuit Criminal Case Summaries: Appellate Procedure. By Federal Public Defender for the Central District of Illinois. Feb 2, 2016. URL: <https://casetext.com/analysis/district-court-was-not-required-to-conduct-an-entirely-new-sentencing-hearing-after-remand-where-the-court-could-correct-the-errors-identified-by-the-court-of-appeals-without-conducting-such-a-hearing> (дата звернення: 10.09.2022).
8. ELI – UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure', in European Law Institute, and UNIDROIT (eds), ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 18 Nov. 2021), URL: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198866589.005.0001> (дата звернення: 10.09.2022).
9. Gambol A. The Twombly/Iqbal plausibility pleading standard and affirmative defences: geese and ganders ten years later. *Pace Law Review*. 2020. Vol. 41. P. 193–233.
10. General Remand versus Remand with Instructions URL: <https://elsterlaw.com/missouri-law-blog/general-remand-versus-remand-with-instructions/> (дата звернення: 10.09.2022).
11. Gilbreath R. B. Is limited remand required if the district court admitted or excluded evidence without a Daubert analysis? *The Journal of Appellate Practice and Process*. 2015. Vol. 16, No. 1. P. 37–46.
12. Grušovnik v. Slovenia (Application no. 38333/02), European Court of Human Rights, judgment of 27 April 2006. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75247> (дата звернення: 10.09.2022).

13. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb). Updated to 30 April 2022. Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022. 127 p.
14. Hazard G. C. Jr., Taruffo, M., Sturmer R., Gidi A. Rules of Transnational Civil Procedure. International Law and Politics. 2001. Vol. 33. P. 793–859.
15. Mehta A., Singh T., Lulla R. This Is the End: What Now? The Aftermath of an Award being Set Aside. May 5, 2021. URL: <https://corporate.cyrilamarchandblogs.com/2021/05/this-is-the-end-what-now-the-aftermath-of-an-award-being-set-aside/> (дата звернення: 10.09.2022).
16. Orsinger R. R. Activities in the Trial Court During Appeal and After Remand. Chapter 21. State Bar of Texas. 25th Annual Marriage Dissolution Institute. Austin, May 9 - 10, 2002. URL: <https://www.orsinger.com/s/Activities-in-the-Trial-Court-During-Appeal-and-After-Remand.pdf> (дата звернення: 10.09.2022).
17. Pavlovič v. Slovenia (Application no. 20543/02), European Court of Human Rights, judgment of 13 April 2006. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-73254> (дата звернення: 10.09.2022).
18. Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights. A handbook for legal practitioners, 2nd edition prepared by D. Vitkauskas. Council of Europe, 2017. P. 164.
19. Richardson A. Reversed and remanded for a new trial: a guide to retrial in civil cases. *Florida Bar Journal*. 2018. Vol. 92, No. 7. P. 40 URL: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/reversed-and-remanded-for-a-new-trial-a-guide-to-retrial-in-civil-cases/> (дата звернення: 10.09.2022).
20. Sensenbrenner E. P. A Proposal to Codify Louisiana's law of Case Doctrine. *Loyola Law Review*. 2018. Vol. 64. P. 215-238.
21. Sinai Y. The Doctrine of Affirmative Defense in Civil Cases - Between Common Law and Jewish Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 2008. Vol. 34. No.1. P. 111–178.
22. Uzelac A. Survival of the Third Legal Tradition? *Supreme Court Law Review*. 2010. Vol. 49. P. 377–396.
23. Аналіз стану здійснення правосуддя при розгляді господарських справ за 2021 рік. Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду, 2021. 72 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/sud_pract/2021_analiz_KGS.pdf (дата звернення: 10.09.2022).
24. Аналіз стану здійснення правосуддя при розгляді господарських справ за I півріччя 2022 року. Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду, 2022. 11 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Analiz_KGS_I_pivri_2022.pdf (дата звернення: 10.09.2022).
25. Аналітичний огляд стану здійснення правосуддя Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду у I півріччі 2022 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/sud_pract/Analit_oglyad_KCS_I_pivri_2022.pdf (дата звернення: 10.09.2022).
26. Аналітичний огляд стану здійснення цивільного судочинства у 2021 році. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/zvi/2021_analiz_KCS.pdf (дата звернення: 10.09.2022).
27. Андрусів У.Б., Федик С.Є. Елементи принципу юридичної визначеності. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 1. С. 19–25.
28. Білоусов Ю. В. Стратегія модернізації процесуального законодавства України. *Університетські наукові записки*. 2016. № 58. С. 48–57.
29. Верховний Суд, Велика Палата. Постанова від 08.06.2021, справа № 487/8206/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98146718> (дата звернення: 10.09.2022).
30. Верховний Суд, Велика Палата. Постанова від 18.01.2022, справа № 910/17048/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103133042> (дата звернення: 10.09.2022).
31. Верховний Суд, Велика Палата. Постанова від 18.05.2021, справа № 914/1570/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97967349> (дата звернення: 10.09.2022).
32. Верховний Суд, Велика Палата. Постанова від 18.12.2018, справа № 911/1437/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78977509> (дата звернення: 10.09.2022).
33. Верховний Суд, Касаційний господарський суд. Постанова від 28.01.2020, справа № 925/587/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87422363> (дата звернення: 10.09.2022).
34. Гуйван П. Д. Своєчасний розгляд справи як елемент права на справедливий суд. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2018. Том 29 (68), № 1. С. 36–42.
35. Кравчук В. Зміст принципу правової визначеності як необхідної складової верховенства права. *Актуальні проблеми правознавства*. – 2019. – Вип. 4. – С. 10-15.
36. Пільков К. Властивості доказів та критерії їх оцінювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 4. С. 86–99.
37. Пільков К. Питання факту та права: фундаментальне і прикладне розмежування обставин справи, їх юридичної кваліфікації і застосування права. *Право України*. 2020. № 8. С. 144-194. DOI: 10.33498/loiu-2020-08-144
38. Пономарьов проти України, заява № 3236/03. Європейський суд з прав людини, рішення від 3 квітня 2008 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_434#Text (дата звернення: 10.09.2022).
39. Трегубенко проти України, заява № 61333/00. Європейський суд з прав людини, рішення від 2 листопада 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_355#Text (дата звернення: 10.09.2022).
40. Цувіна Т. А. Роль верховних судів: у пошуках балансу приватних та публічних інтересів у цивільному судочинстві. *Проблеми законності*. 2020. Вип. 148. С. 52–65. doi: 10.21564/2414-990x.148.193522.
41. Щодо перевищення розумних строків розгляду справ. Верховний Суд України. Лист від 25.01.2006 № 1-5/45. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5_45700-06#Text (дата звернення: 10.09.2022).