

УДК 347.97

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.03.13>

СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ТА МІСЦЕ В НІЙ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТА

Феннич В.П.,

доцент, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»
<https://orcid.org/0000-0003-2649-1322>

Феннич В.П. Система джерел цивільного процесуального права та місце в ній судового прецедента.

Дана стаття присвячена аналізу джерел галузі цивільного процесуального права України та окреслення ролі судового прецедента серед них. Проводиться схематичний аналіз нормативно-правових актів, міжнародних договорів, звичаїв та судових актів в якості джерел цивільного процесуального права України. Відзначається важливість нормативно-правових актів, де найбільше розташовані норми цивільного процесуального права, які системно регламентують порядок розгляду і вирішення цивільних справ. Проводиться аналіз кодифікованих та некодифікованих законів, вказується, що останнім притаманний міжгалузевий характер. Визначається співвідношення міжнародних договорів та нормативно-правових актів як джерел цивільного процесуального права України, звертається увага на особливість їх застосування в цивільному процесі.

Багато уваги приділяється так званім «судовим джерелам» цивільного процесуального права України, під якими розуміються рішення Конституційного Суду України, постанови Пленумів Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Рішення Верховного Суду, судові рішення місцевих та апеляційних судів, рішення Європейського суду з прав людини. Останній судовий акт офіційно визнається в Україні джерелом права, а щодо інших ведуться гострі дискусії серед вчених та практиків щодо можливості їх визнання в якості джерела права, яке покликане зафіксувати нову норму права, у тому числі й цивільного процесуального права. Вказується, що у більшості випадків, коли говорять про прецедентний характер судових актів вітчизняних судів, йдеться насамперед про прецедент-тлумачення, який формально не може бути визнано джерелом права, так як роз'яснювальна робота по застосуванню норми права не може бути зрівняна з нормотворенням. З іншого боку, наводяться випадки, коли рішення Верховного Суду де-факто може стати судовим прецедентом

у його класичному розумінні із-за змін ЦПК України в жовтні 2017 року. Зокрема, якщо Верховний Суд під час розгляду цивільної справи обере такий спосіб захисту, який не передбачено законом, але і не суперечить йому, якщо це потрібно для ефективного захисту. Правда, таке рішення не може вважатися джерелом цивільного процесуального права, оскільки «спосіб захисту» повинен стосуватися матеріальних, а не процесуальних прав учасників справи.

Ключові слова: цивільне процесуальне право України, джерела, система, судовий прецедент, правотворчість.

Fennych V.P. The system of sources of civil procedural law and the place of judicial precedent in it.

This article is devoted to the analysis of the sources of the field of civil procedural law of Ukraine and the outline of the role of court precedent among them. A schematic analysis of normative legal acts, international treaties, customs and judicial acts as sources of civil procedural law of Ukraine is carried out. The importance of normative legal acts is noted, where the norms of civil procedural law, which systematically regulate the procedure for consideration and resolution of civil cases, are located the most. An analysis of codified and non-codified laws is carried out, it is indicated that the latter have an interdisciplinary character. The ratio of international treaties and normative legal acts as sources of civil procedural law of Ukraine is determined, attention is drawn to the peculiarity of their application in the civil process.

A lot of attention is paid to the so-called «judicial sources» of the civil procedural law of Ukraine, which are understood as decisions of the Constitutional Court of Ukraine, resolutions of the Plenums of the Supreme Court of Ukraine and the Higher Specialized Court of Ukraine on consideration of civil and criminal cases, decisions of the Supreme Court, court decisions of local and appellate courts, decision of the European Court of Human Rights. The last judicial act is officially recognized as a source of law in Ukraine, while there are heated discussions

among scientists and practitioners regarding the possibility of their recognition as a source of law, which is intended to record a new norm of law, including civil procedural law. It is indicated that in most cases, when they talk about the precedent nature of judicial acts of domestic courts, they are primarily talking about precedent-interpretation, which formally cannot be recognized as a source of law, since explanatory work on the application of a rule of law cannot be equated with rule-making. On the other hand, there are cases when the decision of the Supreme Court de facto can become a judicial precedent in its classical sense due to changes in the Civil Code of Ukraine in October 2017. In particular, if the Supreme Court, during the consideration of a civil case, chooses such a method of defense, which is not provided for by law, but does not contradict it, if it is necessary for effective defense. True, such a decision cannot be considered a source of civil procedural law, since the «method of protection» should refer to material, not procedural rights of the parties to the case

Keywords: civil procedural law of Ukraine, sources, system, judicial precedent, law-making.

Постановка проблеми. Цивільне процесуальне право як галузь права складається з правових норм, які зафіксовані в певних джерелах права, під якими прийнято розуміти правові акти, в яких закріплені норми цивільного процесуального права. Фактично таке визначення зводить розуміння джерел цивільного процесуального права до джерел у їх формальному значенні, де джерело права пов'язується із зовнішнім вираженням (оформленням) правової норми. Хоча в теорії права поняття «джерела права» та «форми права», зазвичай, розмежовують [1, с. 270-271]. Багатозначне розуміння джерел права у сфері цивільного процесу притаманне деяким процесуалістам [2].

По багатьом джерелам цивільного процесуального права вже склалися усталені погляди щодо їх природи, порядку застосування судами при розгляді та вирішенні цивільних справ і співвідношення з іншими джерелами. Разом із тим найбільш запеклі дискусії викликають судові прецеденти в якості джерел цивільного процесуального права, оскільки в дане поняття різні вчені намагаються включити акти різноманітних судових органів, існують проблеми на практиці щодо їх застосування та ведуться дебати щодо їх місця в системі джерел галузі, норми якої регламентують цивільне судочинство.

Стан опрацювання. Теоретичною основою для написання даного матеріалу стали наукові праці таких вчених як Ю.В. Білоусов, В.В. Бобрик, О.Т. Боннер, Є.П. Євграфова, В.В. Комаров, А.А. Марченко, П.Ф. Немеш, З.В. Ромовська, С.Я. Фурса тощо.

Метою статті є визначення системи джерел галузі цивільного процесуального права України та місця в ній судовим прецедентам.

Виклад основного матеріалу. Види джерел цивільного процесуального права залежать від форми закріплення змісту норми цивільного процесуального права. Не оспорується жодним вітчизняним науковцем приналежність до джерел цивільного процесуального права України нормативно-правових актів та міжнародних договорів, оскільки нормами ЦПК прямо визначається, що цивільне судочинство здійснюється відповідно до законодавства України та міжнародних договорів (ч. 1 ст. 3). Стосовно інших джерел цивільного процесуального права України («судові джерела», звичаї), ведуться гострі дискусії і питання, далекі від свого однозначного вирішення. Важливо те, що правильне вирішення питання про систему джерел цивільного процесуального права України має не тільки академічне значення, але прямо пов'язане з важливими практичними задачами: правовим обґрунтуванням вчинення судом або учасником процесу певної процесуальної поведінки.

Правова система України належить до романо-германської правової сім'ї, де важливим джерелом будь-якої галузі права виступає **нормативно-правовий акт**. Серед нормативно-правових актів важливе значення в якості джерел цивільного процесуального права України відіграють Конституція України, закони України та підзаконні акти. Указані нормативні акти мають не однакову юридичну силу, що має важливе значення при виборі правової норми, яка регламентує цивільні процесуальні відносини. Так, в ч. 7 ст. 10 ЦПК передбачено, що «у разі невідповідності правового акта правовому акту вищої юридичної сили суд застосовує норми правового акта вищої юридичної сили». Тому огляд нормативно-правових актів як джерел цивільного процесуального права варто здійснити у порядку їх ієрархії, починаючи з нормативно-правового акту найвищої юридичної сили. Причому, юридична сила нормативно-правового акту – це така властивість, яка показує його пріоритетність перед іншими нормативними актами або підпорядкованість їм.

Конституція України як джерело цивільного процесуального права є визначальною для всього процесуального законодавства, оскільки вона очолює всю систему джерел процесуального права, у тому числі й цивільного процесуального права України. Конституція України як програмний документ пронизує своїми положеннями все галузеве законодавство, яке повинно у своєму змісті розвивати конституційні засади організації суспільства та держави. Нормотворча робота, яка проходить у різноманітних органах державної влади повинна продовжувати ок-

реслені Конституцією України найбільш загальні засади організації та функціонування судової системи України, у тому числі й у сфері цивільного процесу.

Серед базових принципів, які мають відношення до цивільного процесу в Конституції України, названі такі, як законність, гласність, змагальність, незалежність суддів, рівність перед законом та судом, розумні строки розгляду справи, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження судових рішень тощо (ст. 129). Названі Конституцією України норми-принципи, які визначають засади побудови та функціонування судової системи у сфері цивільного судочинства, змістовно розкриваються в статтях ЦПК та інших законів. Зокрема, зміст принципу гласності цивільного процесу в Конституції України не розкривається, натомість ст. 7 та ст. 8 ЦПК послідовно розкривають зміст гласності у широкому (для публіки) та вузькому (для учасників процесу) значенні, а також вказують підстави та порядок їх обмеження. Отже, конституційне положення щодо відкритого розгляду всіх судових справ отримало своє продовження та конкретизацію у положеннях ЦПК.

Поряд з цим в Конституції України закріплюються основні права та свободи громадян України, а також гарантії їх реалізації. Однією такою гарантією визнається право особи на судовий захист. Як випливає з положень Конституції України, судова форма захисту визнається найбільш визначною формою перед усіма іншими. Підтверджується це правилом, що в Україні юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір (ст. 124 Конституції України). Тому порядки розгляду певної категорії цивільної справи, які передбачені в положеннях ЦПК, виступають конкретизацією конституційно-правової гарантії права на судовий захист.

Відповідно до ч. 3 ст. 8 Конституції України передбачено, що норми Конституції є нормами прямої дії. «Пряма дія норм Конституції України означає, що ці норми застосовуються безпосередньо» [3]. Дане правило показує, що положення Конституції України не просто якісь декларативні гасла, підтвердження яким треба знаходити виключно в галузевому законодавстві, а *будь-яка* конституційна норма у прив'язці до конкретної ситуації може стати нормою прямої дії, яку суд може застосувати безпосередньо. Для юристів, які практикують, дане правило важливо тим, що дає їм можливість будувати правову позицію у справі з використанням конституційно-правових норм як норм найвищої юридичної сили.

Згідно Постанови Пленуму ВС України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. №9, суд безпосередньо застосовує Конституцію України у разі [4]:

1) коли зі змісту норм Конституції не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом. Так, посилаючись на ст. 63 Конституції України, яка вказує, що «особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом», свідки у цивільній справі можуть відмовитися давати показання щодо певної сторони, якщо вона, наприклад, виступає його чоловіком, тобто є членом сім'ї. Разом із тим, більшість прав і свобод, передбачених у Конституції України, поставлено у залежність від їх законодавчого регулювання, що, звичайно, ускладнює пряму дію норм Конституції України. Зокрема, якби свідок посилався на наявність родинних стосунків зі сторонами справи, в такому випадку треба було б звертатися додатково до галузевого законодавства для визначення кола «близьких родичів», щодо яких особа може безкарно відмовитися давати показання. Так, коло таких «близьких родичів» для цивільної справи випишує ч. 1 ст. 71 ЦПК. Проте, застосовуючи ч. 1 ст. 71 ЦПК, суд повинен все-рівно перевіряти, чи ґрунтується таке положення на Конституції України та чи не суперечить їй;

2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй;

3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою або Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суперечить Конституції України;

4) коли укази Президента України, які внаслідок їх нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами при вирішенні конкретних судових справ, суперечать Конституції України.

У трьох останніх випадках суд може застосувати безпосередньо норму Конституції України, якщо закони чи вищевказані правові акти суперечать Конституції України. Але, застосовуючи безпосередньо норму Конституції України та не застосовуючи закон чи правовий акт, які їй суперечать, суд не має право визнати закон чи вищевказані правові акти неконституційними, оскільки вирішення даного питання належить до юрисдикції КС України. Разом з тим, суд може на підставі ст. 144 Конституції України визнати такими, що не відповідають Конституції чи законам України, рішення органів місцевого самоврядування, а на підставі ст. 124 Конституції – акти органів державної виконавчої влади: міністерств, відомств, місцевих державних адміністрацій тощо. Звернення до КС України в такому разі не вимагається.

Відповідно до ч. 6 ст. 10 ЦПК, якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий

акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. І тільки після ухвалення рішення у справі суд повинен звернутися до ВС для вирішення питання стосовно внесення до КС України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта. Указане питання розглядає Пленум ВС.

Наступним важливим джерелом цивільного процесуального права виступає такий нормативно-правовий акт як закон. Для галузі цивільного процесуального права у плані ієрархії не має значення кодифікований закон чи ні: як ЦПК, так і закони у сфері цивільного процесу (наприклад, Закон України «Про судовий збір», Закон України «Про судову експертизу» тощо) мають однакову юридичну силу. Натомість для галузі цивільного права ЦК України має вищу юридичну силу порівняно з іншими актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 4). Але у будь-якому разі, не зважаючи на відсутність юридичної ієрархії між ЦПК та іншими законами цивільного процесуального характеру, ЦПК виступає основним джерелом цивільного процесуального права.

Цивільний процесуальний кодекс України був прийнятий 18 березня 2004 року, проте його дія була відкладена більше ніж на один рік: вступив у силу 1 вересня 2005 року, поки не набрав сили КАС України. З моменту своєї дії отримав близько 70-ти редакційних правок, але в новій редакції весь Кодекс був викладений тільки один раз: 3 жовтня 2017 року. Саме тоді він був настільки істотно змінений як по змісту, так і по структурі, що багато науковців та практикуючих юристів до цих пір говорять про новий процесуальний кодекс [5, с. 160-172; 6; 7]. З формальної точки зору, це, звичайно, не так, оскільки новий кодекс та нова редакція старого кодексу не тотожні поняття. У жовтні 2017 року до ЦПК 2004 року були внесені зміни найбільшим за обсягом в історії вітчизняного законотворення законом: Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» обсягом майже 800 сторінок. Даний Закон оформив результати чергової судово-правової реформи, направленої на вдосконалення вітчизняного правосуддя відповідно до європейських та міжнародних стандартів.

ЦПК не відповідає структурі галузі цивільного процесуального права: він не ділиться на Загальну та Особливу частини. Його структурними підрозділами є розділи, глави та параграфи, що викликано детальністю правового регулювання цивільних процесуальних відносин та складністю кодексу. Структура ЦПК показує, що він формується як система проваджень: з тринадцяти

розділів ЦПК десять (з другого по одинадцятий) присвячено різного роду провадженням. Але, як зазначалося вже раніше, не у всіх випадках термін «провадження», що використовується у ЦПК, відповідає сутності досліджуваного поняття, яке позначає певну категорію цивільної справи. Так, не відповідає природі цього поняття апеляційне провадження, касаційне провадження тощо. У цьому відношенні законодавцю потрібно більш виважено підходити до обрання правильних термінів, щоб не сплутувати провадження та стадії цивільного процесу, які однаково виступають його структурними елементами, але у різних площинах. Найбільшим за обсягом матеріалу виступає Розділ I ЦПК «Загальні положення», норми якого згруповані у різних загальних інститутах, які притаманні всім видам проваджень: цивільна юрисдикція, склад суду, відводи, учасники справи, представники, докази, процесуальні строки, судові виклики та повідомлення, судові витрати тощо. Повністю випадає із природи першого розділу ЦПК його остання глава, яка присвячена забезпеченню позову: даний правовий інститут притаманний тільки справам позовного провадження і позбавлений загального характеру. Варто пам'ятати, що правильно побудована структура ЦПК полегшує належне тлумачення його норм та їх застосування судами. ЦПК не має додатків у якості структурних підрозділів, які колись були притаманні аналогічному кодифікованому акту до 2004 року.

Змістовно ЦПК в якості джерела цивільного процесуального права містить правові норми, які визначають порядок розгляду цивільних справ. З-поміж усіх джерел цивільного процесуального права, ЦПК виділяється тим, що він складається з таких правових норм, які дають системне уявлення про цивільний процес як динамічне явище, що розвивається з першої до останньої стадії (найбільш доступно це проілюстровано на порядку розгляду справ позовного провадження), а також у ньому зібрані максимально повні процесуальні особливості розгляду окремих категорій цивільних справ. Але це не означає, що порядок вирішення тих або інших процесуальних питань не вказані в інших законодавчих актах, у тому числі й кодифікованого характеру. У цьому відношенні серед джерел цивільного процесуального права можна назвати ЦК України, СК України, ЖК України, КЗпП України тощо. Названі кодекси містять процесуальні норми, які вказують на особливість вирішення того чи іншого процесуального питання при вирішенні певної категорії цивільної справи (на кого покладається обов'язок доказування певних юридичних фактів, до кого можна подати регресний позов, за яких умов особа може звернутися з позовом до суду, хто виступає співучасником у справі, які

докази у справі не допускаються тощо). Конкретизуючі процесуальні норми містяться у матеріально-правових кодексах, оскільки законодавець намагався не тільки регламентувати права та обов'язки суб'єктів матеріальних відносин, але й показати способи та специфіку їх захисту в судовому порядку. Існування подібних норм в актах матеріального законодавства неминуче, але у випадку надання їм загального характеру, їх необхідно вилучати з актів матеріального законодавства та переміщати до ЦПК. Для прикладу, такими нормами в ЦК України є норми, які регламентують позовну давність, тобто строк, у межах якого особа може вчинити процесуальну поведінку: звернутися до суду за захистом свого порушеного права.

Джерелами цивільного процесуального права також виступають *не кодифіковані закони*. Їх особливістю є те, що майже всі не кодифіковані закони, які виступають джерелами цивільного процесуального права, регламентують процесуальні аспекти не тільки цивільного процесу, але й інших видів судочинства чи юрисдикційних процедур. До таких законів України можна віднести такі: «Про судову експертизу» (1994 р.), який регламентує судово-правові та організаційні засади експертної діяльності у цивільному процесі; «Про міжнародний комерційний арбітраж» (1994 р.), що регулює третейське судочинство з іноземним елементом, а також вимоги до рішень міжнародних комерційних арбітражів, які можуть бути оспорені або визнані та по них наданий дозвіл на примусове виконання у порядку цивільного судочинства; «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність» (2001 р.), що визначає правовий статус оцінювача, який може залучатися виконавцем для оцінки вартості майна боржника, на яке звертається стягнення; «Про електронні документи та електронний документообіг» (2003 р.), який визначає критерії допустимості електронних доказів у цивільному процесі; «Про третейські суди» (2004 р.), що визначає порядок третейського судочинства та вимоги до рішень третейських судів, які можуть бути оскаржені або за якими може бути надано дозвіл на примусове виконання у порядку цивільного судочинства; «Про міжнародне приватне право» (2005 р.), який вирішує питання цивільного процесу з іноземним елементом та питання міжнародного цивільного процесу; «Про судовий збір» (2011 р.), що регламентує порядок сплати, розміри та підстави звільнення від сплати одного з видів судових витрат у цивільному процесі: судового збору; «Про безоплатну правову допомогу» (2011 р.), що окреслює підстави та порядок надання безоплатної правової допомоги в цивільному процесі; «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (2012

р.), який визначає засади діяльності адвоката як договірного представника у цивільному процесі; «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» (2012 р.), що визначає особливість виконання судових рішень, де боржником виступає державний орган, державне підприємство, установа та організація або юридична особа, примусова реалізація майна якої забороняється; «Про прокуратуру» (2014 р.), що регулює підстави та форми участі прокурора в цивільному процесі; «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» (2014 р.), що визначає окремі питання територіальної підсудності в районі проведення антитерористичної операції (з 2018 року Операції об'єднаних сил – Авт.); «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» (2014 р.), який вирішує окремі питання територіальної підсудності цивільних справ, що мали розглядатися судами Автономної Республіки Крим та іншої тимчасово окупованої території України, а також виклику до суду учасника справи, остання відома адреса проживання (перебування) якого знаходилась на окупованій території; «Про судоустрій і статус суддів» (2016 р.), що визначає систему судоустрою України та суди, які можуть розглядати цивільні справи, а також процесуально-правовий статус суддів та зміст окремих принципів цивільного процесу; «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» (2016 р.), що окреслює статус, у тому числі й процесуальний, державних та приватних виконавців; «Про виконавче провадження» (2016 р.), який детально регламентує окрему стадію цивільного процесу: стадію виконання судових рішень у цивільних справах; «Про електронні довірчі послуги» (2017 р.), що визначає порядок використання електронних цифрових підписів, наявність яких гарантує допустимість електронних доказів у цивільному процесі тощо.

Окрім законів, до джерел цивільного процесуального права можна віднести численні *підзаконні та відомчі нормативно-правові акти*, які видаються Президентом України, Кабінетом Міністрів України та окремими міністерствами, відомствами і т.д. Указані нормативно-правові акти видаються на виконання Конституції та законів України, в них деталізуються окремі законодавчі положення. Зокрема, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Інструкції про порядок і розміри компенсації (відшкодування) витрат та виплати винагороди особам, що викликаються до органів досудового розслідування, прокуратури, суду або до органів, у провадженні яких перебувають справи про адміністративні право-

порушення, та виплати державним спеціалізованим установам судової експертизи за виконання їх працівниками функцій експертів і спеціалістів» (1996 р.) визначає підстави, порядок та розміри виплати витрат та винагороди експертам, спеціалістам та перекладачам за виконувани ними функції в цивільному процесі. Застосовуючи підзаконні та відомчі нормативні акти, треба пам'ятати, що вони мають нижчу юридичну силу, ніж закони, а тому їх використання для обґрунтування правової позиції можливе тільки в тому разі, якщо вони не суперечать законам, як правовим актам вищої юридичної сили.

Важливим джерелом цивільного процесуального права виступають **міжнародні договори**, але не індивідуальної (разової) дії, а ті, які розраховані на багаторазове застосування, тобто нормативні. На відміну від нормативно-правових актів, у яких проявляється владна воля одного суб'єкта, нормативні міжнародні договори оформлюють узгоджену волю двох і більше суб'єктів, тобто можуть мати місце двосторонні та багатосторонні міжнародні договори. Важливе значення, в якості джерел цивільного процесуального права, відіграють як двосторонні, так і багатосторонні договори. Перші, як правило, стосуються надання правової допомоги, у тому числі й у сфері цивільного процесу, які Україна укладає з окремими державами. Подібних договорів на даний момент укладено декілька десятків. Наприклад, Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 р. Багатосторонні міжнародні договори вирішують окремі процесуальні питання під егідою певних міжнародних організацій, наприклад, Конвенція по питанням цивільного процесу (1954 р.).

Міжнародний договір виступає джерелом цивільного процесуального права України тільки в тому разі, якщо згода на його обов'язковість надана Верховною Радою України (ч. 1 ст. 3 ЦПК). Тому, перед посиланням на певний міжнародний договір треба переконатися в тому, що український парламент ратифікував окремим законом даний міжнародний договір та не зробив у цьому законі певні застереження щодо дії ряду нормативних положень цього міжнародного договору.

Міжнародний договір має вищу юридичну силу ніж закон, оскільки ч. 2 ст. 3 ЦПК закріплює правило, за яким, якщо міжнародним договором передбачено інакше процесуальне правило, ніж передбачене ЦПК, застосовуються правила міжнародного договору. Наприклад, за ЦПК свідок, якого викликають до суду, повинен з'явитися, інакше він може бути підданий примусовому приводу органами Національної поліції України до суду (ст. 147) та не має права відмовитися від по-

казань, окрім ряду випадків (ст. 71) або надавати їх завідомо неправдиво під загрозою його кримінального покарання (ст.ст. 384, 385 КК України). Проте, за Договором між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах (1993 р.) передбачено інакшу процедуру допиту свідка, який проживає на території однієї Сторони та особисто з'явився за офіційним запитом іншої Сторони для надання усних показань. Зокрема, такий свідок, незважаючи на його громадянство, не несе жодної адміністративної чи кримінальної відповідальності за надані ним показання (ст. 8 Договору). Тому, на відміну від українського законодавства, у клопотанні про виклик такого свідка з території Польщі не можна вказувати заходи примусу на випадок неявки свідка, а також український суддя, що розглядає цивільну справу, перед початком особистого допиту такого свідка не повинен попереджати його про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань або за завідомо неправдиві показання, як це робиться зі свідками, що проживають на території України, оскільки притягувати такого свідка за вказані дії до кримінальної відповідальності заборонено даним міжнародним договором між Україною та Польщею. Важливо пам'ятати, що вказані правові наслідки настають тільки в тому разі, якщо виклик свідка проводиться за процедурою, описаною зазначеним міжнародним договором та свідок не втратив право на охорону (ч. 4 ст. 8 Договору).

Маючи вищу юридичну силу за закон, міжнародний договір, тим не менше, не повинен суперечити Конституції України. Проте це не означає, що не можна підписати такий міжнародний договір: можна, але тільки після того, як будуть внесені певні правки до Конституції України (ч. 2 ст. 9 Конституції України).

Доволі не однозначно вирішено у теорії цивільного процесу питання про так звані **«судові джерела»** цивільного процесуального права, де під ними розуміють багато правових актів різноманітних судових органів: рішення Конституційного Суду України (КС України), постанови Пленуму Верховного Суду України та Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (дані суди вже ліквідовано, але видані їхніми Пленумами постанови продовжують діяти – Авт.), рішення Верховного Суду (ВС) або нижчестоящих судів у конкретній цивільній справі, рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).

Рішення КС України вважати джерелом цивільного процесуального права не можна, оскільки з повноважень КС України, окреслених в ст. 7 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р., не випливають повноваження, направлені на створення норми

права. Хіба що КС України може видати нормативно-правові акти, які будуть організовувати його внутрішню роботу. Наприклад, на спеціальних пленарних засіданнях КС України можна затвердити його регламент (п. 6 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про Конституційний Суд України»). Навіть у тому разі, коли рішенням КС України визнається певне законодавче положення чи положення іншого правового акту неконституційним, нова норма права не створюється, оскільки має місце пряма дія норм Конституції, як про це вказував ВС у п. 2 постанови «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» (1996 р.). Хоча є прямо протилежна думка з цього приводу [8].

На практиці багато разів судді для обґрунтування правової позиції у цивільній справі посиляються на рішення КС України. Це не означає, що такі рішення виступають джерелами права, просто в них викладені інтерпретаційні висновки щодо тлумачення конституційно-правових норм. КС України, здійснюючи офіційне тлумачення Конституції України, забезпечує однакове розуміння її положень на практиці. Оскільки рішення КС України є обов'язковими для виконання на території всієї держави, суди, при аналізі певних матеріальних чи цивільних процесуальних відносин, де вже дана правова позиція КС України, повинні його застосувати. Справа в тому, що КС України, тлумачачи конституційно-правову норму, часто робить такі дії в контексті відповідних норм матеріального чи процесуального права (до 2016 року КС України міг тлумачити не тільки норми Конституції України, але і законів України – *Авт.*). Указані норми мають бути приведені у відповідність з положеннями норм Конституції України та їх тлумаченням КС України, тобто його правовою позицією. Так, свого часу ст. 136 ЦПК УРСР, що діяв до 2005 року передбачала відмову в прийнятті позовної заяви, якщо не буде додержана процедура попереднього позасудового вирішення справи (трудові спори, страхові спори, спори, що впливають із договорів перевезення тощо). КС України рішенням від 9 липня 2002 року вказав, що процедура обов'язкового досудового вирішення спорів не відповідає ст. 124 Конституції України, яка містить таке нормативне положення: «Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі». Указана процедура, як зауважив у своєму рішенні КС України, «порушує право особи на судовий захист» (п. 3) [9]. В подальшому як загальні, так і господарські суди припинили незаконну практику відмови у прийнятті позовних заяв або їх поверненні відповідно. Але це не означає, що вказане рішення КС України створило нову норму права. Як загальні, так і господарські суди, просто неналежним чином застосовували ст. 124 Конституції України, бо не розуміли закладену в

ній правову ідею щодо можливості самому вільно обирати спосіб захисту, зокрема судовий. Мало того, із ст. 124 Конституції України (в редакції на 2002 р. – *Авт.*) жодним чином не впливало, що судовий захист допускається тільки після досудового врегулювання спору і неможливості здійснення правосуддя без цієї процедури. Нерозуміння даного нормативного положення Конституції України вітчизняними судами викликало інтерпретаційну діяльність КС України, де він надав необхідне роз'яснення. Нову норму права суд не створив: пояснив як треба розуміти навіну.

Хоча є науковці, які подібні рішення КС України називають допоміжними джерелами права. Так, А.А. Марченко інтерпретаційні акти КС України називає прецедентами тлумачення, де відбувається уточнення, деталізація та конкретизація конституційно-правових норм [10, с. 31-32]. М.В. Савчин вказує, що «Конституційний Суд ніби встановлює попередні правові, легітимні рамки врегулювання певного правовідношення на рівні законодавчої влади», але самі рішення КС України називає квазіпрецедентами, оскільки даний суд не зобов'язаний слідувати своїм рішенням в аналогічних справах [11, с. 89, 86].

Постанови пленумів вищих судових органів, які здійснюють касаційний перегляд судових рішень у цивільних справах, також не можна визнати джерелом цивільного процесуального права. Спочатку в незалежній Україні таким судовим органом, що здійснював касаційний перегляд судових рішень виступав Верховний Суд України, потім Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ, тепер Верховний Суд. Наразі Пленум ВС здійснює судові тлумачення норм права, тобто має місце роз'яснення змісту норми права, але нова норма права таким роз'ясненням не створюється. Правда, на практиці Пленум ВС України неодноразово виходив за межі своїх повноважень і фактично створював нову правову норму, про що неодноразово вказували вітчизняні науковці [12, с. 5; 13, с. 68].

Свого часу роз'яснення Пленуму ВС України з питань застосування законодавства при вирішенні цивільних справ, яке він формував за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики, носило обов'язковий характер (до 2002 р. – *Авт.*). Пізніше термін «обов'язковий» прибрали, оскільки це не пов'язувалося із принципом незалежності суддів під час розгляду судових справ. Тепер у базовому законі чітко вказано, що роз'яснення Пленуму ВС носять «рекомендаційний характер» (п. 10² ч. 2 ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Не зважаючи на характер таких роз'яснень Пленуму ВС, – обов'язковий чи рекомендаційний – вони не можуть бути джерелом права, оскільки викладені в

них правоположення хоча і мають певний ступінь узагальнення фактичного матеріалу, направлені на роз'яснення неясних, неповних чи суперечливих положень законодавства, яке застосовується судом.

Рішення ВС або нижчестоящих судів у конкретній цивільній справі також позбавлені ознак нормативності і тому не можуть виступати джерелами права, у тому числі й цивільного процесуального. Ще на початку внесення правок до ЦПК у жовтні 2017 року висловлювалися побоювання щодо запровадження в Україні нормотворчих повноважень суду [14] із-за їх можливості під час розгляду цивільних справ обрати такий спосіб захисту, який не передбачено законом, але і не суперечить йому, якщо це потрібно для ефективного захисту (ч. 2 ст. 5 ЦПК). Правда, механізм судових прецедентів вимагає посилання на рішення у конкретній справі як на правове обґрунтування для вирішення певного питання в іншій подібній справі. Такий механізм на практиці сформувався тільки стосовно судових рішень ВС, де викладаються його правові позиції, які він повинен оприлюднювати (п. 10¹ ч. 2 ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») і яким нижчестоящі суди повинні слідувати, окрім випадку, коли сам ВС відступає від своєї правової позиції (п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України). Проте дані позиції стосуються тлумачення правової норми, а не її створення. Разом із тим, якщо при розгляді конкретної цивільної справи ВС використає такий спосіб захисту порушеного, оспореного чи не визнаного права, який не передбачений законом, завдяки місцю ВС у судовій системі, його авторитетності та можливості як касаційної інстанції скасувати судові рішення нижчестоящих судів, його рішення набувають ознак судового прецеденту. Законодавчо це не закріплено, але фактично воно виходить таким за своєю природою. Отже, рішення ВС у конкретній цивільній справі, де він застосовує спосіб захисту, не передбачений законом, може бути джерелом права, але не може бути джерелом цивільного процесуального права, оскільки «спосіб захисту» повинен стосуватися матеріальних, а не процесуальних прав учасників справи.

Суддя ВС Д. Гудима стверджує, що коли ВС формує правову позицію, надаючи звужувальне або розширювальне тлумачення норми права, ВС створює нову норму права, яка раніше в такому вигляді формалізована не була. Такі рішення суду він називає вертикальним прецедентом-тлумачення, де Верховний Суд, виходячи з обставин конкретної справи, суті спірних правовідносин і змісту позовних вимог, надає зразок тлумачення нормативного припису. Суди нижчих рівнів при вирішенні аналогічних справ повинні йому слідувати згідно з принципом *stare decisis* («стояти на вирішеному») [15]. На нашу

думку, розширення або звуження сфери дії норми права не рівноцінно створенні нової норми права. Подібна властивість норм права впливає з їх абстрактного характеру, що надає їм певної гнучкості в регламентуванні суспільних відносин, виходячи з історичних реалій правозастосування. Нерідко розширювальне або звужувальне тлумачення правової норми здійснюється з врахуванням іншої правової норми, більш загального характеру. В такому разі має місце використання системного способу тлумачення правової норми, який не призводить до створення нової норми права.

Рішення вітчизняних судів першої та апеляційної інстанцій у цивільних справах повністю позбавлені ознак нормативності, а тому вони жодним чином не можуть виступати джерелом права. Вони є класичними актами правозастосування. Окремі вчені (Г.П. Тимченко, Ю.О. Котвяковський) стверджують, що у випадку подолання прогалини у законодавстві за допомогою правових аналогій має місце судова правотворчість, оскільки суд «вимушений «творити» право, тобто формулювати нові правові положення, які б давали можливість оцінити спірні відносини з правової точки зору» [16, с. 104]. Погодитися з таким не можна не тільки по суті, але й з технічних позицій. Напр., якщо Мурованокуріловецький районний суд у цивільній справі прийме рішення на підставі аналогії закону інші місцеві суди України в майбутньому не зобов'язані слідувати цьому рішенню в аналогічних цивільних справах. Відсутність обов'язковості вказує на відсутність нормативності, оскільки «судове правоположення» було застосоване один раз по відношенню до чітко визначених учасників справи. Загальновідомо, що норма права характеризується такою ознакою як багаторазовість застосування до невизначеного кола осіб, чим вона і відрізняється від індивідуального правила поведінки.

Ще одним «судовим джерелом» цивільного процесуального права називається *рішення Європейського суду з прав людини*. Дані рішення дійсно виступають джерелом права, оскільки є пряма вказівка закону з цього приводу. Так, відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. та ч. 4 ст. 10 ЦПК, українські суди використовують практику ЄСПЛ як джерело права. Тому дискусії з приводу можливості використання рішень ЄСПЛ в якості джерел права не ведуться, а ведуться спори: чи можна його вважати судовим прецедентом [17, с. 56].

Оскільки предметом перегляду в ЄСПЛ може бути не тільки вітчизняне матеріальне, але і цивільне процесуальне законодавство, то практика ЄСПЛ, тобто його рішення у конкретних справах, може бути джерелом цивільного процесуального

права. Подібне високе значення практики ЄСПЛ зумовлено тим, що даний орган тлумачить положення Конвенції про захист прав людини, основоположних свобод (1950 р.) та протоколи до неї всебічно, з врахуванням міжнародного досвіду та змін у світі. Враховуючи прагнення України до євроінтеграції, українські суди дедалі частіше у цивільних справах посилаються на конкретні рішення ЄСПЛ як на правове обґрунтування обраної позиції [18]. Правда, не останню роль у цій ситуації відіграє можливість ВС відступити від своїх, раніше висловлених правових позицій, що спонукає вітчизняні нижчестоящі суди шукати більш стабільні форми підтвердження законності судового рішення.

Окремі науковці вказують на існування **судових юридичних звичаїв**. Так, ще в радянські часи О.Т. Боннер говорив про звичаї, що сформувалися внаслідок сталої практики вирішення тих чи інших процесуальних питань під час розгляду цивільної справи у певному суді: додаткова позовна заява у випадку виявлення її невідповідності закону після відкриття провадження у справі або реалізації права на зміну підстави чи предмета позову; ведення протоколу допиту сторін судом під час підготовки справи до судового розгляду; порядок розміщення у залі судового засідання учасників процесу та інші питання «обрядової» сторони цивільного процесу. Проте, даний автор заперечував можливість розглядати їх як джерело цивільного процесуального права, оскільки вони не були санкціоновані законом та відсутні санкції за їх недотримання [19, с. 132-141]. Можна тільки погодитися з автором у тому, що «юридичні судові звичаї» не виступають джерелом цивільного процесуального права, але, за іншої причини, указані приклади «звичаїв» та способи їх вирішення більше нагадують конкретизацію судами на практиці норм цивільного процесуального права, що у подальшому підтверджувалося їх внесенням у відповідні постанови Пленуму ВС України.

Свого часу звичаї виступали важливим джерелом цивільного процесуального права, особливо на ранніх етапах становлення державності в Україні. Їх вплив зберігався до поч. ХХ ст. Зокрема, в Російській імперії, до складу якої входили українські території діяли волосні суди, порядок розгляду та вирішення цивільних справ у яких регламентувався звичаями. Волосні суди розглядали справи селян і були ліквідовані в Україні в 1918 році.

Висновки. Цивільне процесуальне право України як галузь права має доволі різноманітні джерела, форми яких зумовлені приналежністю правової системи України до романо-германської правової сім'ї, історичними особливостями становленнями цивільного процесуального права України та євроінтеграційними процесами,

що відбуваються в нашій державі. Основну роль у формуванні норм цивільного процесуального права України відіграють нормативно-правові акти різноманітної юридичної сили. Не менш важлива роль відводиться міжнародним договорам, ратифікованим Україною. На даному етапі розвитку цивільного процесуального права України звичаї не відіграють жодного значення в регламентуванні цивільного судочинства, хоча раніше їх вплив був істотний. Щодо судових прецедентів, вони не виступають джерелом цивільного процесуального права України, якщо виходити з їх класичного розуміння, яке сформувалося в англо-американській правовій сім'ї. Проте, в Україні сформувалася спірна ситуація щодо нормативного характеру так званих прецедентів-тлумачення, які розглядають в якості проміжного етапу створення правової норми. За умови послідовної та не суперечливої інтерпретаційної діяльності КС України та ВС, повинні створитися *стабільні* правові форми уточнення та конкретизації правових норм (напр., правові позиції щодо юрисдикцій по земельним спорам є далекими від цього), що дасть змогу, в підсумку, сформувати остаточні висновки щодо нормативного характеру прецедентів-тлумачення та їх місця в системі джерел цивільного процесуального права України. З іншого боку, сам законодавець може офіційно ліквідувати спори з указанного питання, передбачивши в ст. 10 ЦПК України судову практику КС України та ВС як джерело права, як це було зроблено стосовно практики ЄСПЛ.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Мелехин А.В. Теория государства и права: учебник. Москва: Маркет ДС корпорейшн, 2007. 633 с.
2. Цивільний процес України: академічний курс: [підручник для студ. юр. спец. вищ. навч. закл.] : [за ред. С.Я. Фурси]. Київ: Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2009. 848 с. (Серія «Процесуальні науки»).
3. Рішення Конституційного Суду України від 8 вересня 2016 р. у справі № 1-13/2016 (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-16> (дата звернення: 21.07.2022).
4. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду України №9 від 1 листопада 1996 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96> (дата звернення: 21.07.2022).
5. Лошицький М.В., Короєд С.О. Представництво прокурорами та адвокатами інтересів громадянина в суді: зміст представницької функції

- в цивільному судочинстві за новим Цивільним процесуальним кодексом України. *Держава і право*. 2018. Випуск 79. С. 160–172.
6. Божко Ю. Новий ЦПК: коротко про головне. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011181 (дата звернення: 21.07.2022).
 7. Савчук М. Новий ЦПК: практичні аспекти перехідного періоду. URL: <http://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/noviy-cpk-praktichni-aspekti-perehidnogo-periodu.html> (дата звернення: 21.07.2022).
 8. Євграфова Є.П. Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства. *Право України*. 2001. №10. С. 62–68.
 9. Рішення Конституційного Суду України (справа про досудове врегулювання спору) від 09.07.2002 №15-рп/2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02#Text> (дата звернення: 21.07.2022).
 10. Марченко А.А. Прецедентний характер рішень Конституційного суду України. *Митна справа*. №1(91). 2014. Частина 2. Книга 1. С. 28–33.
 11. Савчин М.В. Конституційне право України : підручник / відп. ред. проф., д.ю.н. М.О. Баймуратов. Київ: Правова єдність, 2009. 1008 с.
 12. Довгерт А. Питання міжнародного приватного права у корпоративних відносинах. *Юридичний вісник України*. 2009. № 4 (708). С. 5.
 13. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. Київ: Атіка, 2005. 560 с.
 14. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (реєстр. № 6232 від 23.03.2017 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення: 21.07.2022)
 15. Гудима Д. В законодавстві України не закріплено поняття прецедент, однак це не означає, що де-факто його не існує. URL: <https://www.supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/659262/> (дата звернення: 21.07.2022).
 16. Тимченко Г.П., Котвяковський Ю.О. До питання про судову правотворчість в цивільному судочинстві. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. №2. С. 101-105. URL: <http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/07/20.pdf> (дата звернення: 21.07.2022).
 17. Стоянова Т. Практика Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. №6. С. 56.
 18. Рішення Київського районного суду м. Полтави від 29 травня 2017 р. в цивільній справі №552/1543/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66837492> (дата звернення: 21.07.2022).
 19. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. Москва: Юрид. лит., 1980. С. 132–141.