

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС;  
СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО**

УДК 347.1:340.132(091)  
DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2021.1.3>

**ЗАВАЛЬНЮК С.В.**

**ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ РОЗВИТКУ ОСМИСЛЕННЯ ЗНАЧЕННЯ ПРОГАЛИН  
У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ**

**THE HISTORICAL ASPECT OF THE DEVELOPMENT OF UNDERSTANDING  
THE MEANING OF GAPS IN CIVIL LEGISLATION**

Не існує суспільства без прогалин у законодавстві, це підтверджується історичним досвідом, еволюцією вчень, яка тривала з давньоримських часів до сьогодення. В часи Давньоримської держави була поширеною така думка: *neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt ut omnis casus qui quandoque in sediriunt comprehendatur* (ні закони, ні акти не можуть бути написані так, щоб вміщати в собі всі можливі випадки). Так, позитивне регулювання не завжди встигає за змінами суспільних відносин. Динаміка розвитку суспільства, науково-технічний прогрес, індивідуальні особистісні зміни вносять корективи в наявні суспільні відносини та ініціюють появу нових юридичних фактів, на основі яких виникають нові відносини та значно трансформуються вже наявні, що часто є причиною виникнення прогалин у цивільному законодавстві. Для того щоби проводити подальше дослідження проблематики прогалин у цивільному законодавстві, необхідно дослідити історичний шлях розвитку осмислення ролі, місця й значення прогалин у цивільному законодавстві в європейській цивілізації.

Історичні аспекти дослідження питання природи правових прогалин так чи інакше у своїх працях розглядали Л.М. Бостан, С.К. Бостан, В.П. Глиняний, Фр. Жені, В.В. Лазарєв, О.М. Калашник, І.А. Покровський, Д.Н. Рябова, В.В. Тарануха, Е.Н. Трубецький, Ф.Р. Уранський, Є.О. Харитонов, К.А. Хачатурян, Л.С. Явич. Варто зазначити, що їх більшість не досліджувала прогалини саме в цивільному законодавстві, проте певною мірою окреслювала питання щодо відсутності законодавчого регулювання цивільних правовідносин та окремих способів подолання прогалин цивільного законодавства.

У статті досліджено історичний аспект осмислення значення прогалин у цивільному законодавстві з античних часів Давньоримської держави до сьогодення європейських держав. Актуальність окресленого питання обумовлена необхідністю розуміння розвитку вчень, наукової доктрини та змін правових умов існування прогалин у цивільному законодавстві.

**Ключові слова:** прогалина в цивільному законодавстві, прогалина в цивільному праві, судовий розсуд, тлумачення законодавства, цивільне законодавство.

There is no society without gaps in the legislation; this is confirmed by historical experience, the evolution of teachings, which lasted from ancient Roman times to the present. In the days of the Ancient Roman state, the opinion was widespread: *neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt ut omnis casus qui quandoque in sediriunt*

*comprehendatur* (neither laws nor acts can be written in such a way as to contain all possible cases). Thus, positive regulation does not always keep pace with changes in social relations. The dynamics of the development of society, scientific and technological progress, and individual personality changes make adjustments to existing social relations and initiate the emergence of new legal facts, on the basis of which new relationships arise and significantly transform existing ones, which often causes gaps in civil legislation. In order to conduct further research on the issue of gaps in civil legislation, it is necessary to study the historical path of development of understanding the role, place and significance of gaps in civil legislation in European civilization.

The historical aspects of the study of the nature of legal gaps were considered in one way or another in their works: L.M. Bostan, S.K. Bostan, V.P. Glinyany, Fr. Zhenya, V.V. Lazarev, A.N. Kalashnik, I.A. Pokrovsky, D.N. Ryabova, V.V. Taranukha, E.N. Trubetskoy, F.R. Uransky, E.O. Kharitonov, K.A. Khachaturyan, L.S. Yavich and many others. It is worth noting that most of them did not study exactly the gaps in civil legislation, but to some extent considered the lack of legislative regulation of civil relations and individual ways to overcome the gaps in civil legislation.

The article examines the historical aspect of understanding the meaning of gaps in civil legislation from the ancient times of the Ancient Roman state to the present of European states. The relevance of the outlined issue is due to the need to understand the development of teachings, scientific doctrine and changes in the legal conditions for the existence of gaps in civil legislation.

**Key words:** *gap in civil legislation, gap in civil law, judicial discretion, interpretation of legislation, civil legislation.*

**Вступ.** Більшість цивільно-правових норм спрямована на позитивне регулювання особистих немайнових та майнових відносин їх учасників. Однак позитивне регулювання не завжди встигає за змінами суспільних відносин. Виникненню конкретних цивільно-правових відносин передують юридичний факт, під яким розуміють такі життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну чи припинення правових відносин. Динаміка розвитку суспільства, науково-технічний прогрес, індивідуальні особистісні зміни вносять корективи в наявні суспільні відносини та ініціюють появу нових юридичних фактів, на основі яких виникають нові відносини та значно трансформуються вже наявні. Для того щоби проводити подальше дослідження проблематики прогалин у цивільному законодавстві, необхідно дослідити історичний шлях розвитку осмислення ролі, місця та значення прогалин у цивільному законодавстві в європейській цивілізації.

Історичні аспекти дослідження питання правової природи правових прогалин так чи інакше у своїх працях підіймали Л.М. Бостан, С.К. Бостан, В.П. Глинаний, Фр. Жені, В.В. Лазарев, О.М. Калашник, І.А. Покровський, Д.Н. Рябова, В.В. Тарануха, Е.Н. Трубецький, Ф.Р. Уранський, Є.О. Харитонов, К.А. Хачатурян, Л.С. Явич. Варто зазначити, що більшість зазначених науковців не досліджувала прогалини в цивільному законодавстві, проте певною мірою окреслювала питання щодо відсутності законодавчого регулювання правовідносин та окремих способів подолання прогалин цивільного законодавства.

**Постановка завдання.** Метою статті є дослідження історичного погляду на питання ролі, місця та значення прогалин у цивільному законодавстві в парадигмі регулювання цивільних правовідносин.

**Результати дослідження.** Не існує суспільства без прогалин у законодавстві, що підтверджується історичним досвідом, еволюцією вчень, яка тривала з давньоримських часів до сьогодення. В часи Давньоримської держави була поширеною така думка: *neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt ut omnis casus qui quandoque in sediriunt comprehendatur* (ні закони, ні акти не можуть бути написані так, щоб вмщати в собі всі можливі випадки) [6, с. 15]. Протягом тривалого розвитку римського права задля зменшення випадків відсутнього правового регулювання було створено низку інституційних механізмів, зокрема процедуру доповіді. У першій книзі «Інституцій» Юстиніана передбачалась можливість умисного усунення всіх можливих суперечливостей і неточностей писаного права. При цьому в разі виникнення проблем із тлумаченням чи застосуванням актів, які мають неоднозначне сприйняття, судді мали можливість звернутись до імператора, який мав виняткове повноваження приймати і тлумачити закони [1, с. 139].

Після занепаду Римської імперії тривалий час у Європі панувало звичаєве право, яке знайшло своє відображення у прийнятті варварами так званих правд. Однак зі зміцненням політичної влади монархів Європи з'являється необхідність уніфікації загальнодержавних правових норм. Зокрема, велике значення у зміні ролі королівської влади середньовічної Франції мав процес витіснення уніфікованих місцевих звичаїв шляхом створення загальнодержавного права за допомогою рецепції римського права й державного законотворення. З часом закріплюється твердження священного походження королівської влади, король починає відігравати роль джерела права. Саме роль короля як вищої інстанції судової влади є передумовою одержання королівською владою публічно-правових ознак, а також є основою її політичної сили. Такі тенденції було започатковано у Франції після проведення реформ Людовіком IX, які поступово перетворили населення королівства на підданих короля. В подальшому королівський суд створив систему інституцій судочинства в державі, яка витіснила міську, провінційну, сеньйоральну та церковну юрисдикції. Паризький парламент очолював королівський суд і був вищою судовою інстанцією держави, і така ситуація не змінювалась до кінця XV ст. [10, с. 27].

З XVI ст. монархи Франції здобули абсолютну владу, після чого нормотворчість суду сприймалась ними як загроза їхній владі. Монархи створювали правові механізми задля усунення повноважень у суддів змінювати загальний зміст актів законодавства своїми тлумаченнями, тому змушували трибунали та суди звертатись за таким тлумаченням безпосередньо до них. Для зменшення ролі французького парламенту в суспільстві французькі монархи зобов'язували реєструвати всі його рішення й централізовано тлумачити. Згідно з Ордонансом про реформування юридичної системи, Його Величність Король надає дозвіл судам вільно тлумачити едикти у випадках виникнення сумніву щодо їх змісту з подальшим повідомленням про це центральному апарату влади та про свою позицію щодо тлумачення [10, с. 46–50].

Згодом через інтенсивне законотворення, особливо у XIX – XX ст., та кодифікацію законодавства у більшості європейських країн зміцнилися тенденції до обмеження значення судді у тлумаченні законів, що було характерно для правової системи Російської імперії, у складі якої, на жаль, тривалий час перебувала велика частина України [6, с. 16]. Поняття, обґрунтування й способи подолання прогалин у праві й законодавстві були в російській науковій доктрині в період ще до Жовтневої революції. Становлення радянської держави спричинило виникнення змін у правовому регулюванні суспільних відносин на території всієї колишньої Російської імперії. В перший період існування радянської юриспруденції формулювання права виключало можливість навіть ведення дискусії про прогалини в законодавстві. В період 30–50-х років XX ст. не могло навіть йтися про критику чинного законодавства, критик міг навіть зазнати покарання. Хоча в працях західних науковців-юристів зазначеного періоду також фігурувала така сама проблема, однак у XX ст. низка західних наукових юридичних праць була присвячена проблематиці прогалин у законодавстві, які можуть частково надати певний інструментарій, знання, способи та прийоми, які необхідні для проведення дослідження та подолання такого негативного правового явища [6, с. 16].

Аналізуючи історію цивілістики, С.О. Харитонов виокремлює досвід створення безпрогалинного цивільного законодавства. Так, відповідно до § 7 Австрійського Цивільного кодексу, коли ні буква, ні дух закону не вирішують проблеми, суддя зобов'язаний звернутись до подібних випадків, у яких закон надає певне вирішення питання, а також до принципів інших законів, споріднених з ним. Коли й за цих обставин залишаються наявні сумніви, суддя повинен, «ретельно зваживши всі обставини, вирішувати проблему на основі принципів природного права» [11, с. 141–142]. Після набуття чинності цим Цивільним кодексом зазначена норма не мала великого значення, адже суди не прагнули виражати свої фактично правотворчі повноваження на фоні динамічної нормотворчої діяльності адміністрації імперії шляхом видання палацових декретів, однак Кодекс було прийнято ще у першій половині XIX ст., і в наш час базис для таких рішень має значно привабливіший вигляд, ніж в імперії того часу. У швейцарському Цивільному кодексі також міститься лише загальний опис відповідних правових інститутів. Вже суддя повинен заповнювати прогалини за власним внутрішнім переконанням і розумінням певної справи, тому, наприклад, швейцарський Цивільний кодекс присвячує 5 статей спадкуванню за заповітом, тоді як загалом спадковому праву – 192 статті. Загалом для регулювання правовідносин швейцарському Цивільному кодексу (включаючи два перші розділи закону про зобов'язальне право, яким у BGB відповідає розділ про зобов'язальне право) необхідно приблизно 1 600 статей, коли в німецькому Цивільному кодексі – 2 385 статей, до того ж зі значно більшим обсягом. Характерною рисою, притаманною швейцарському Цивільному кодексу, також є наявність частих загальних застережень. За таких умов завданням судді виступає конкретизація

норм, які ґрунтуються на загальних правилах і принципах, як і типізація прецедентів та узагальнення різних точок зору [9, с. 78].

Відомий цивіліст І.О. Покровський на початку ХХ ст. писав, що закон, як і будь-яка справа людської діяльності, часто страждає пороками думки й пороками редакції. Будь-яке законодавство, навіть найбільш широка кодифікація, нерідко виявляє прогалини просто тому, що в момент свого видання закон ще не мав перед собою тих життєвих явищ, які розгорнулися згодом [4, с. 65, 66].

Французький учений Ф. Жені ще у 1922 р. за результатами свого дослідження наполягав на прямій та остаточній відмові від ілюзії, що писаний закон може містити все чинне право [12, с. 37]. Таке твердження конкретизується також у тогочасній вітчизняній юриспруденції [2, с. 36–38].

Основною ж тенденцією правозастосування з початку ХХ ст. стала формула, згідно з якою суд не повинен відмовляти в доступі до правосуддя з причини неясності закону, що, безсумнівно, актуально для нинішнього часу [7, с. 5].

Корінне перетворення основ суспільного життя в Україні в кінці ХХ ст. – на початку ХХІ ст. (зміна соціально-політичної орієнтації, виникнення різних форм власності, оновлення програмного забезпечення виробничих відносин) зажадало стрімкого оновлення всієї системи чинного правового регулювання [8, с. 111]. Результатом такого стрімкого розвитку економічних, політичних, трудових та інших відносин є виникнення численних ситуацій, за якими, висловлюючись словами В.В. Лазарева, «важко встигнути навіть за ідеальної постановки нормотворчої діяльності» [3, с. 3], а також які не врегульовані або недостатньо повно врегульовані чинними нормами права.

**Висновки.** Проблема прогалин у праві повставала перед правознавцями в усі часи, і кожна історична епоха вимагала свого рішення. Так, ще Аристотель вважав, що прогалини в праві треба заповнювати незмінними законами природи, природним правом. У роботах Ч. Беккарія «Про злочини і покарання» і Ш.Л. де Монтеск'є «Про дух законів» була закріплена ідея абсолютного пріоритету закону і безпрогалинності права. Однак за ступенем зміцнення позицій позитивістського праворозуміння сталася метаморфоза у вирішенні проблеми прогалин у праві, яка фактично була зведена до задачі усунення відсутніх правових норм у рамках чинного законодавства. У ХХ ст. про безпрогалинність права заявили прихильники нормативізму [8, с. 111]. Однак соціологічна юриспруденція на противагу ним повністю відкинула догми про безпрогалинність права, стверджуючи, що відсутні норми закону цілком можуть бути надолужені безпрогалиністю правопорядку [5, с. 23]. Таке твердження є правильним, адже за наявності прогалини у цивільному законодавстві дуже важко сформулювати концепцію прогалин у цивільному праві через притаманне йому превалювання диспозитивного методу правового регулювання.

Враховуючи наведене, можемо стверджувати, що з часів Давньоримської держави і до нашого часу в тому чи іншому вигляді існувало уявлення, доктринальне вчення чи передбачена на законодавчому рівні передбачення можливості існування прогалини у цивільному законодавстві. Неможливо проігнорувати вивчення історії парадигми цього феномена в ході подальшого комплексного дослідження природи прогалин у цивільному законодавстві і способів їх подолання.

#### Список використаних джерел:

1. Бостан Л.М., Бостан С.К. Історія держави і права зарубіжних країн : навчальний посібник. Київ : Центр навчальної літератури, 2004. 672 с.
2. Калашник О.М. Прогалини в праві: юридична природа, їх ознаки та види. *Юрист України*. 2013. № 1 (22). С. 36–42.
3. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва : Юридическая литература, 1974. 184 с.
4. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград : Юридический книжный склад «Право», 1917. 234 с.
5. Рябова Д.Н. Пробелы в праве и способы их восполнения. *Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России* : материалы Всероссийской студенческой научно-практической конференции, 29–30 апреля 1999 г. Секционные заседания: Теория и история государства и права. Государственное право. Трудовое право. Санкт-Петербург, 1999. Ч. 3. С. 22–26.
6. Тарануха В.В. Прогалини в праві: поняття, сутність, способи їх усунення та подолання. *Юридична Україна*. 2009. № 2. С. 15–19. URL: <http://www.info-prensa.com/article-427.html>.

7. Трубцкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. Москва : Тип. А.И. Мамонтова, 1917. 227 с. URL: <http://www.lib.tpu.ru/fulltext/m/2009/consultant/trubeckoy.pdf>.
8. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве. *Вестник Московского университета. Серия 11: Право*. 2005. № 5. С. 111–121.
9. Харитонов Є.О. «Проголини» у цивільному законодавстві: хибі правотворчості чи прийом законодавчої техніки. *Юридичний вісник*. 2013. № 1. С. 72–81.
10. Хачатурян К.А. Сословная монархия во Франции XIII – XV вв. Москва : Высшая школа, 1989. 272 с.
11. Явич Л.С. Общая теория права. Ленинград : изд-во ЛГУ, 1976. 298 с.
12. Geny Fr. Science et technique en droit prive positif. Paris, 1922. 830 p.

УДК 347.251.03

DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2021.1.4>

КОРОЄД С.О.

**ВІДСТУПЛЕННЯ ПРАВА ВЛАСНИКА НА ВИТРЕБУВАННЯ  
НЕРУХОМОГО МАЙНА З ЧУЖОГО НЕЗАКОННОГО ВОЛОДІННЯ  
(ЦЕСІЯ ВІНДИКАЦІЙНОЇ ВИМОГИ)**

**DEROGATION OF THE OWNER'S RIGHT TO CLAIM REAL ESTATE  
FROM SOMEONE ELSE'S ILLEGAL POSSESSION  
(ASSIGNMENT OF VINDICATION CLAIM)**

Актуальність статті полягає в тому, що в житті мають місце випадки проти-правного позбавлення фізичних та юридичних осіб права власності на їхнє нерухоме майно (як житло, так і нежилі приміщення і земельні ділянки) шахрайським шляхом та подальше його неодноразове відчуження. У статті здійснюється науково-практичний аналіз підстав укладення та подальшого виконання договору відступлення права власника на витребування нерухомого майна з чужого незаконного володіння, тобто договору цесії віндикаційної вимоги. Розглядаються життєві ситуації, за яких у неволодіючого власника може виникнути необхідність відступлення права вимоги на витребування свого майна з чужого незаконного володіння. Аналізуються наукові праці вчених-цивілістів, в яких як підтримується можливість передачі права віндикаційної вимоги за договором цесії, так і заперечується така можливість. Автором теоретично обґрунтовується юридична спроможність відступлення на підставі договору цесії віндикаційної вимоги, а також визначаються істотні умови такого договору цесії. Підтримується позиція, що право власника витребувати шляхом віндикації річ являє собою зобов'язальне право, позаяк воно характеризується всіма ознаками останнього, а саме: а) є відносним суб'єктивним правом; б) зобов'язує боржника до вчинення певної позитивної дії; в) носить майновий характер. Аргументується, що договір цесії буде укладатися через неможливість вчинення договору купівлі-продажу у зв'язку з реєстрацією в державному реєстрі права власності за іншою особою, що має підтверджуватись постановою нотаріуса про відмову у вчиненні нотаріальної дії з посвідчення договору купівлі-продажу такого нерухомого майна. Робиться висновок, що договір цесії віндикаційної вимоги щодо нерухомого майна відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 512 та ч. 1 ст. 514 Цивільного кодексу України буде підставою заміни цедента (неволодіючого власника) на цесіонарія (покупця) у всіх правовідносинах та зобов'язаннях стосовно нерухомого майна та всіх прав на нього, включаючи право будь-яких