

**Тимченко Г.П.,**  
доктор юридичних наук,  
провідний науковий співробітник  
*Інституту держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України*

**Котвяковський Ю.О.,**  
кандидат юридичних наук, доцент  
*Сумського національного аграрного університету*

УДК 340.142  
DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2022.1.5>

## МІСЦЕ ПРАВОТВОРЧОГО ПРОЦЕСУ В ПОНЯТТІ «ЗАКОНОДАВЧИХ ПРОГАЛИН» ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** Наявність законодавчих прогалин, які об'єктивно мають місце у великій кількості законодавчих актів є правовою проблемою не лише для України, а і майже усіх країн світу. Така ситуація є наслідком розриву між стрімким розвитком суспільних відносин і державним законотворенням, яке характеризується доволі складним і повільним процесом. На цьому фоні відбувається швидке «старіння» діючого законодавства. Дана проблема посилюється на стадії правозастосовчої практики судів всіх рівнів, оскільки розглядаючи той чи інший цивільно правовий спір суд не зможе урегулювати такі спірні відносини внаслідок або відсутності такої норми права зміст якої зміг би урегулювати спір, або зміст норми права є неповним і з цих підстав не охоплює весь предмет спору, чи норма права є суперечливою або нечіткою. Подолання таких законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості по суті є обов'язком суду, оскільки суд залишається останнім страховим регулятором законодавця, який не встиг чи не зумів на законодавчому рівні усунути дані проблеми за рахунок уточнення змісту норм права чи їх доповнення, зміни чи скасування. Не дивлячись на те, що інститут судової правотворчості по суті робить лише перші кроки на доктринальному рівні нашої держави і перші прикладні кроки у сфері цивільного судочинства все ж Україна, хоча і опосередковано, але подає сигнали про те, що вона визначилась із подальшим напрямом розвитку своєї правозастосовчої практики. Ці питання і стали предметом наукового дослідження в даній статті.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання судової правотворчості ще зовсім недавно вважалося буржуазною течією в цивільному процесуальному праві. Підставою

до такого твердження було те, що буржуазний суд розглядаючи цивільні справи може творити своє право, а це веде до підризу представницької демократії «Соціалістичне ж цивільне процесуальне право є вищим типом процесуального права, яке не може здійснювати судочинство відповідно до свого права» [1]. Від такої позитивістської теорії в праві Україна починає поступово відходити змінюючи принцип «верховенства закону» на принцип «верховенство права». У зв'язку із внесенням змін у цивільне процесуальне законодавство (2017 рік) науковці почали приділяти більш пильнішої уваги питанням судової правотворчості. Серед таких наукових робіт є роботи Р. Сабодаш (2013), Я. Романюка (2016), Д. Ясинка, О. Кібенко (2020), С. Запара, І. Кравченка, М. Кирила, П. Комар, Ю. Рябченко (2021). Незважаючи на цілий ряд наукових досліджень, питання судової правотворчості, як особливого виду правотворчого процесу, його меж та особливостей приділялося недостатньо уваги, що безумовно вплинуло на те, що законодавець з великою обережністю ставиться до інституту судової правотворчості, хоча остання і сприяє подолання законодавчих прогалин.

**Метою статті** є дослідження змісту поняття «законодавчих прогалин» та їх подолання за рахунок судової правотворчості у сфері цивільного судочинства України.

**Основні результати дослідження.** Цивільне процесуальне право, являє собою одну із найконсервативніших галузей права. Така ситуація обумовлюється тим, що його інститути: суд, сторони, представники, докази, судові рішення тощо не лише за їх назвою, але і за їх змістом та процесуальними завданнями, залишається незмінними тисячоліттями. На всьому протязі цього періоду змінювалися лише предмети

цивільно-правових спорів, а з ними і завдання цивільного судочинства від «Суду государя царя и великаго князя Алексея Михайловича всея Руси» ( Соборне уложення 1649р. гл. X «О суде») [9], до охорони і захистів інтересів особи ( Статут цивільного судочинства 1864 р.) [11] та охорони і захисту інтересів держави на основі зміцнення соціалістичної законності та неухильного виконання радянських законів за радянської пори (ст. 2 ЦПК УРСР 1963 р.) [3]. Остання теза щодо безумовного та оперативного виконання радянського законодавства на основі соціалістичної законності по суті надовго закріпила теорію позитивного права як в радянському так і пострадянському судочинстві. Відповідно до цього суд виконував лише роль механічного провідника волі держави під час розгляду цивільних справ. Україна мало приділяла уваги даному питанню і лише в 2004 році в державі було прийнято новий Цивільний процесуальний кодекс України [12], який хоча і був новим, але він лише «косметично» змінював ті чи інші положення Цивільного процесуального кодексу 1963 року.

Лише в кінці ХХ століття ситуація почала кардинально змінюватися, оскільки Конституція України 1996 року розширила юрисдикцію судів, проголосивши, що судам підвідомчі всі правовідносини, що виникають в державі (ст. 124 Конституції України). Дане положення суттєво змінило роль і значення суду, оскільки його компетенція тапер ставала як ніколи широкою. При цьому кардинальної зміни зазнала і ст. 129 Конституції, оскільки держава відступила від законодавчого позитивізму «верховенства закону» в бік природної суті «верховенства права». В свою чергу це призвело до того, що законодавець вимушений був прийняти у 2017 році нову редакцію Цивільного процесуального кодексу України із закріпленням в ньому принципу верховенства права (ст. 10 ЦПК України). Але головною новелою в процесуальному праві стало те, що законодавець хоча і опосередковано, але надав всім судам право на судову правотворчість, заборонивши відмовляти особі у праві на судовий захист з мотивів порушення, невизнання чи оспорювання прав, свобод та законних інтересів з підстав відсутності законодавства, яке б регулювало спірні відносини чи його неповноти, неточності чи спірності (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

Таке хоча і опосередковане право дає можливість судам як першої, так і апеляційної інстанції, при наявності законодавчих прогалин,

долати останні за рахунок судової правотворчості. Безумовно така правотворчість на цій стадії цивільного судочинства не носить своєї остаточності, оскільки в подальшому вона може бути скасована Верховним Судом при касаційному перегляді таких справ. Разом з тим, екс-голова Верховного Суду В. Данішевська зазначала, що такий процес є «нормальним, оскільки він відповідає Конституції і навіть є необхідним» [2].

Діючи в цьому напрямі законодавець ввів в процесуальне законодавство нове поняття, поняття «відступу від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах» викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі як колегиї суддів цієї ж палати, об'єднаної палати, Великої Палати (ч. 1–4 ст. 403 ЦПК України).

Під поняттям відступу від висновків щодо застосування норм права у подібних правовідносинах розуміється зміна суспільного підходу до змісту таких правовідносин, що вимагає розширеного тлумачення тих чи інших норм права, а відтак і формування іншої правозастосовної практики.

Таким чином, інститут відступу від раніше ухваленої правової позиції є природною закономірністю, оскільки вона обумовлена тим, що дає можливість урегулювати подібні спірні відносини на основі уточнення юридичної кваліфікації як з точки зору теорії права, так і практики цивільного судочинства. У свою чергу це дає можливість до поступального розвитку права і на цій основі – до оновлення судової практики.

В той же час, кожен відступ від раніше ухваленої правової позиції ґрунтується на розширенні горизонту змістовно-правової суті тієї чи іншої норми як матеріального, так і процесуального права, пов'язане з безумовним вкрапленням в такий процес певної матеріально-правової новизни на основі загальних засад законодавства (принципів), певних положень та понять, що є об'єктивним процесом при подоланні проблем у сфері нечіткості, суперечливості чи казуїстичності змісту тієї чи іншої норми права.

В той же час, при наявності «виключних правових проблем» Велика Палата Верховного Суду з метою «забезпечення розвитку права» (ч. 5 ст. 403 ЦПК України), має право на судову правотворчість «з мотивів відсутності чи неповноти... законодавства» (ч. 10 ст. 10 ЦПК України).

Що ж розуміється під поняттям: «виключні правові проблеми», та як співвідносяться правотлумачні та правотворчі процеси в даному

понятті? Так, П. Рабінович, зокрема, зазначає, що тлумачення норм права – це роз'яснення змісту норм права з метою правильного її застосування та реалізації [8]. Цю ж думку підтримує і Ю. Тодика, який вказує, що під тлумаченням норм права розуміється мислення, спрямоване на з'ясування змісту норм права [10].

Безумовно, що правотлумачний процес дає можливість розкрити змістовно-правову суть норм права по відношенню до конкретних спірних відносин. Таким чином, це дає можливість усувати певні неузгодженості закону, відступаючи від його буквального змісту в напрямку чіткої правової визначеності.

В той же час, судова правотворчість спрямована у сферу правової визначеності як за умови неоднозначності норм права, так і за наявності законодавчих прогалин чи законодавчих колізій або абстрактного законодавчого врегулювання [4].

В цьому зв'язку С. Шевчук зазначає: «Важко провести чітку межу між тлумаченням та суддівською правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент вибору та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності» [13].

Отже, правотворчий процес має місце тоді, коли суд розуміє, що за рахунок тлумачення окремих слів чи словосполучень з розкриттям їх філологічно-правової суті чи застосування правових аналогій обійтись неможливо, оскільки спірні відносини за рахунок новизни предмету суспільних відносин, неурегульовані нормами права або норми права характеризуються настільки своєю неповнотою, що урегулювати спірні відносини відповідно до їх змісту неможливо.

В цьому зв'язку законодавець зазначає: «Якщо спірні відносини не врегульовані законом... (ч.9 ст. 10 ЦПК України), і «справа містить виключну правову проблему... для забезпечення розвитку права та формування єдиної правотворчої практики», Велика Палата Верховного Суду розглядає таку справу і за рахунок судового правотворчого процесу усуває законодавчу прогалину удосконалюючи в такий спосіб змістовну єдність закону.

Так, рішенням Ковпаківського районного суду м. Суми від 02 листопада 2021 р. було частково задоволено позов працівника до Комунального підприємства, відповідно до якого суд зобов'язав змінити формулювання підстав звільнення працівника з п. 4 ч. 1 ст. 40 КЗпП України на ч. 3 ст. 38 КЗпП України за власним бажанням у зв'язку з невиконанням власником

або уповноваженим ним органом законодавство про працю. Задовольняючи даний позов суд не звернув уваги на те, що між сторонами виник спір про право, оскільки підприємство сплатило відразу борг в один місяць по заробітній платі і письмово запропонувало працівнику продовжити роботу, але той не з'явився на робоче місце протягом трьох днів, за що і був звільнений з роботи за прогул. Суд, підтримуючи позицію позивач, виходив із прямої дії щодо правозастосування ст. 38 КЗпП України щодо права особи на розірвання трудового договору у визначений ним строк за власним бажанням у зв'язку з невиконанням власником або уповноваженим ним органом законодавство про працю. В той же час, суд не звернув уваги на те, що Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду, шляхом правового тлумачення правозастосовчої практики по відношенню до ч. 3 ст. 38 КЗпП України, привніс нове розуміння правової реальності, не виходячи при цьому за «горизонт змістовно-правової суті норми права» [14], зазначаючи, що «подання заяви (про звільненні на підставі ч. 3 ст. 38 КЗпП України) не свідчить про обов'язок роботодавця звільнити працівника саме за цією статтею, при наявності інших підстав для звільнення» [5]. В іншій своїй постанові від 05 лютого 2020 р. у справі № 569/249/18 Касаційний цивільний суд зазначив: «роботодавець, безумовно, може не погоджуватись з тим, що мають місце порушення, які у відповідності до ч. 3 ст. 38 КЗпП України є підставами для розірвання трудового договору за ініціативою працівника у строки, визначені останнім, що в свою чергу свідчить про виникнення трудового спору» [6]. Інші інтерпретації щодо застосування судами ч. 3 ст. 38 КЗпП України містяться в постановках Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 13 березня 2019 року у справі № 754/1936/16-ц, та від 22 квітня 2020 року у справі № 199/8766/18 [7].

Як бачимо, Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду постійно зіштовхується із застарілим підходом до правозастосовчої практики ч. 3 ст. 38 КЗпП України, яка формувалася на основі положень трудового законодавства, прийнятого ще в 1971 році. Саме за рахунок своєї право-тлумачної практики Касаційний цивільний суд по суті розширив горизонт змістовно-правової суті норми права, охоплюючи різні нюанси, які виникають у трудових правовідносинах по застосуванню ч. 3 ст. 38 КЗпП України, вносячи таким чином в пра-

возастосовчу її практику певну долю новизни, «підправляючи» в такий спосіб нечіткість правозастосовчої практики в кожному із наявних випадків. Саме наявність такої новизни у сфері правотлумачного процесу, забезпечує розвиток права, даючи можливість на рівні доктринальних досліджень вивчати суть і зміст такої новизни, можливості її застосування до аналогічних спірних відносин в майбутньому. Таким чином відбувається не лише синтез теорії і практики, але і формується єдина правозастосовча практика на рівні цивільного судочинства.

Під правотворчим процесом, який формує суд в межах процесуальної форми судових процесів, розуміється зміст тих суспільних відносин, які набули спірного характеру, але на рівні юридичного регулювання вони або загалі не мають свого регулювання, або норма права є настільки неповною, що її зміст неможливо тлумачити по відношенню до конкретного предмету спору. Для подолання таких законодавчих прогалин суд вимушений вдаватись до судової правотворчості і формувати нову правову норму, зміст якої узгоджувався б із суспільними цінностями, моральними принципами та не суперечив би загальним засадам законодавства і з цих підстав міг би природно заповнювати ті чи інші законодавчі прогалини.

Таким чином, судова правотворчість, на думку Д. М. Ясинка – це локальна, нелінійна, несистемна категорія, яка має місце лише там і тоді, де неможливе правозастосування норм права у зв'язку з їх відсутністю, неповнотою, спірністю чи суперечливістю [14] і на цій основі неможливо застосувати правові аналогії. Що ж розуміється під поняттям «відсутності»

норм права і з цих підстав – неможливості щодо прямого правозастосування правових положень з метою юридичної кваліфікації спірних відносин? Значення слова «відсутність» вказує на те, що в тому чи іншому місці закону, кодексу, параграфі чи розділі, відсутнє те чи інше правове регулювання спірних відносин і з цих підстав виник простір (законодавча прогалина, щілина, пусте місце), подолання якої сьогодні покладається на суд, оскільки сторони не можуть чекати, коли законодавець зверне увагу на наявність такої правової неузгодженості, усунення якої буде потребувати місяців, а то і років.

Під поняттям «неповноти» норм права розуміється наявність певної норми права, в якій з підстав термінологічного чи стилістичного характеру не повністю закріплені істотні умови, які б давали можливість до найбільш точного урегулювання спірних відносин.

**Висновки.** Судова правотворчість в тій чи іншій мірі має місце як в право тлумачному процесі щодо окремих норм права, так і сфері застосування правових аналогій. Разом з тим основний напрямок судової правотворчості, пов'язаний із «законодавчими прогалинами». Під поняттям «законодавчих прогалин» розуміється той проміжок, який об'єктивно виник між окремими нормами права, і не є урегульованим правом. Якщо саме у такий проміжок «попали» спірні відносини, то у суду по суті виникає обов'язок щодо судової правотворчості з метою належного правового регулювання спірних відносин. Таким чином судова правотворчість дає можливість долати законодавчі прогалини, створюючи режим правової визначеності спірних відносин.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс М.: Госюриздание 1952. с.20
2. Виступ голови Верховного Суду В. Данішевської з доповіддю: «Практика Великої Палати Верховного Суду: вплив на судову систему: Правові позиції Верховного Суду та стандарти Ради Європи : Матер. між-нар. онлайн конф. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new\\_folder\\_for\\_uploads/supreme/Praktika\\_VPVS\\_vustyp.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Praktika_VPVS_vustyp.pdf)
3. Гражданский процессуальный кодекс УРСР. Киев, 1963. 205 с.
4. Мартиненко О. Прагматичний механізм судочинства. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*, 2009. Вип. 56. Т. 1. С. 11–15.
5. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 21 січня 2019 року у справі № 537/2346/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79412866> (дата звернення: 10.12.2021).
6. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 05 лютого 2020 року у справі № 569/249/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87485111> (дата звернення: 10.12.2021).
7. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 22 квітня 2020 року у справі № 199/8766/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88951904> (дата звернення: 10.12.2021).
8. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави : навч. посіб. Львів: Край, 2007. С. 153.
9. Соборное уложение 1649 года. Текст, комментарии, подготовка текста Л. Ивиной. Ленинград: Наука, 1987. С. 31.
10. Тодика Ю. М. Способи тлумачення Конституції і законів Конституційним Судом. *Вісник академії правових наук України*. 2001. № 2(25). С. 51–59.

11. Устав гражданского судопроизводства. Москва: Наука, 1982. 904 с.  
 12. Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2004. № 40-41, 42, ст. 492.  
 13. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Реферат. Київ, 2007. 640 с.  
 14. Ясинок Д. М. Уніфікація процесуального законодавства у сфері судової правотворчості та її меж. Київський часопис права. 2022. № 1.

**Тимченко Г.П., Котвяковський Ю.О. МІСЦЕ ПРАВОТВОРЧОГО ПРОЦЕСІВ В ПОНЯТТІ «ЗАКОНОДАВЧИХ ПРОГАЛИН» ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

У статті розкриваються об'єктивні обставини, які сприяють виникненню законодавчих прогалин як в окремих главах, так і розділах чи інших законодавчих актів і навіть окремих її норм, які проявляються в процесі правозастосовчої практики і які долаються виключно за рахунок судової правотворчості, право на яку сьогодні мають суди всіх рівнів. Таким чином, судова правотворчість є однією із правових гарантій держави щодо захисту порушеного, невизнаного чи оспорюваного права при відсутності законодавства, його неповноти, нечіткості чи суперечливості. Даний правовий інструментарій є по суті природним запобіжником, який застосовується судами різних інстанцій у їх правозастосовчій практиці при наявності законодавчих прогалин. З методологічного погляду процес судової правотворчості утворює по суті зміст нової норми права (правової формули, правової позиції), якою урегулюється спірні відносини і на цій основі суд розвиває право. Такий процес має місце тоді, коли наявність «виключної правової проблеми» неможливо подолати лише за рахунок правотлумачної роботи суддів по відношенню до окремої норми права чи застосуванню правових аналогій.

Не дивлячись на те, що процес і має місце в межах горизонту змістовно-правової суті норм права, але він завжди має певні вкраплення правотлумачної новизни, яка закріплюється в подальшому в судових рішеннях. Якби це було не так, то тлумачення норм права відбувалося в однотипно як за своєю формою, так і змістом. Це ж стосується і питань правової новизни, яка має місце при застосуванні правових аналогій.

Автори підкреслюють, що як право тлумачна, так і правотворча діяльність суду може мати місце лише в межах процесуальної форми судових засідань, оскільки за її межами такі процеси не мають ніякого процесуального значення.

Автори розкривають змістовно-правове поняття «законодавчих прогалин», досліджують судову практику з даного питання. При цьому, в роботі підкреслюється, що сьогодні законодавець по суті лише опосередковано презентував можливість і право судів всіх інстанцій створювати право, але лише там, де існує виключна правова проблема. Таким чином, сьогодні судова правотворчість представлена в процесуальному законодавстві у вигляді виключення із правил. Саме статус «виключення із правил» обмежує подальший розвиток інституту судової правотворчості, яка є основою для становлення в Україні прецедентного права.

**Ключові слова:** судова правотворчість, законодавчі прогалини, виключна правова проблема.

**Timchenko G.P., Kotvyakovsky Yu.O. THE PLACE OF LAW-MAKING PROCESSES IN THE CONCEPT OF "LEGISLATIVE GAP" OF CIVIL PROCEDURAL LAW OF UKRAINE**

The article reveals the objective circumstances that contribute to the emergence of legislative gaps in some chapters and sections or other legislative acts and even some of its rules, which are manifested in law enforcement practice and which are overcome solely through judicial lawmaking, the right to which today have courts of all levels. Thus, judicial lawmaking is one of the legal guarantees of the state to protect the violated, unrecognized or disputed right in the absence of legislation, its incompleteness, vagueness or inconsistency. This legal tool is essentially a natural safeguard used by courts of various instances in their law enforcement practice in the presence of legislative gaps. From a methodological point of view, the process of judicial lawmaking essentially forms the content of a new rule of law (legal formula, legal position), which regulates disputed relations and on this basis the court develops the law. Such a process takes place when the existence of an "exclusive legal problem" cannot be overcome only through the rightful interpretation of judges in relation to a particular rule of law or the use of legal analogies.

Despite the fact that the process takes place within the horizon of the substantive and legal essence of the rule of law, but it always has some patches of legal interpretation, which is enshrined in the future in court decisions. If this were not the case, the interpretation of the law was the same in its form and content. The same applies to issues of legal novelty, which takes place in the application of legal analogies.

The authors emphasize that both the law of interpretation and law-making activity of the court can take place only within the procedural form of court hearings, because outside it such processes have no procedural significance. In addition, the actors believe that overcoming legislative gaps through judicial lawmaking is essentially the duty of the court, as the court remains the last insurance regulator of the legislator, who did not manage or failed to eliminate these problems at the legislative level by clarifying the content of law or their additions, changes or cancellations.

The authors reveal the substantive and legal concept of "legislative gaps", explore the case law on this issue. At the same time, the paper emphasizes that today the legislator, in fact, only indirectly presented the possibility and right of courts of all instances to create law, but only where there is an exclusive legal problem. Thus, today judicial lawmaking is represented in procedural law as an exception to the rules. It is the status of "exception to the rules" that limits the further development of the institution of judicial lawmaking, which is the basis for the establishment of case law in Ukraine.

The paper concludes that the law-making process takes place when the court understands that by interpreting certain words or phrases with the disclosure of their philological and legal essence or the use of legal analogies can not do, because the disputed relationship due to the novelty of public relations, unregulated norms of law or norms of law are characterized by their incompleteness that it is impossible to settle disputed relations in accordance with their content.

**Key words:** judicial law-making, legislative gaps, exclusive legal problem.