

УДК 340.11

Теорія та історія держави і права

Дашковська Олена Ростиславівна

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри теорії і філософії права*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Дашковская Елена Ростиславовна

*доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры теории и философии права*

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Dashkovska Olena

*Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law
Yaroslav Mudryi National Law University*

Демченко Василь Олександрович

студент

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Демченко Василий Александрович

студент

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Demchenko Vasily

*Student of the
Yaroslav Mudryi National Law University*

Яворський Віталій Олександрович

студент

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Яворский Виталий Александрович

студент

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Yavorskyi Vitalii

Student of the

Yaroslav Mudryi National Law University

**ПРОГАЛИНИ В ЗАКОНОДАВСТВІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ПОДОЛАННЯ
ПРОБЕЛЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМЪ И ПУТИ ИХ ПРЕОДОЛЕНИЯ
GAP IN THE LEGISLATION AND WAYS TO OVERCOME**

Анотація. В статті проаналізовано поняття «прогалина в праві» та «прогалина в законодавстві», окреслено загальні ознаки зазначених понять, визначено основні причини виникнення та існування прогалин в законодавстві та праві. Акцентовано увагу на те, що прогалини в праві мають місце у правовому регулюванні лише тих суспільних відносин, що мають характер правових.

Викладено основні шляхи усунення та подолання прогалин, розглянуто їх відмінності, зроблено висновки, що прогалини в праві та законодавстві можуть бути подолані за допомогою аналогії права та аналогії закону. Визначено основні характеристики застосування цих засобів подолання прогалин.

Приділено увагу аналогії права як виключному засобу юридичного впливу. Зазначено, що за допомогою аналогії права не усуваються, а лише оперативно долаються прогалини в праві. Зроблено висновок, що аналогія закону використовується лише тоді, коли не можливо відшукати подібну юридичну норму.

Розглянуто аналогію закону як специфічний засіб прийняття юридично значущого рішення в разі виявлення прогалин у законодавстві, що стосуються відповідного конкретного випадку. Зроблено висновок щодо універсальності такого методу.

Викладено основні принципи застосування аналогії законодавства. Визначено, що аналогія закону застосовується щодо відносин, які не

врегульовані юридичною нормою, але повинні перебувати у сфері правового регулювання. Акцентовано увагу, що аналогія закону застосовується переважно судовими органами в їх правозастосовних актах зазвичай для уточнення та доповнення законодавчих положень у сферах правового регулювання, які мають прогалини. Зазначено, що аналогія закону має відповідати основоположним принципам права. Зазначено, що аналогія права, як і аналогія закону, притаманні виключно приватноправовим сферам правового регулювання.

У статті зроблено висновок, що прогалини в праві та законодавстві можуть бути подолані за допомогою аналогії права та аналогії закону відповідно. Визначено певні постулати застосування цих засобів.

Ключові слова: *прогалини в праві, прогалини в законодавстві, аналогія права, аналогія закону.*

Анотація. *В статті проаналізовані поняття «пробели в праві» і «пробели в законодавстві», визначені загальні ознаки вказаних понять, визначені основні причини виникнення і існування пробелів в законодавстві і праві.*

Акцентовано увагу на те, що пробели в праві мають місце в правовому регулюванні тільки тих суспільних відносин, які мають характер правових. Визначені основні шляхи усунення і подолання пробелів, розглянуті їх відмінності, зроблені висновки, що пробели в праві і законодавстві можуть бути подолані з допомогою аналогії права і аналогії закону. Визначені основні характеристики застосування цих способів подолання пробелів.

Віддано увагу аналогії права як виключному засобу юридичного впливу. Відзначено, що з допомогою аналогії права не усуваються, а тільки оперативно подолуються пробели в праві. Зроблено висновок, що вона використовується тільки тоді, коли неможливо знайти подібну юридичну норму.

Рассмотрено аналогию закона как специфическое средство принятия юридически значимого решения в случае выявления пробелов в законодательстве, касающиеся соответствующего конкретного случая. Сделан вывод об универсальности такого метода.

Изложены основные принципы применения аналогии законодательства. Определено, что аналогия закона применяется к отношениям, не урегулированным юридической нормой, но должны находиться в сфере правового регулирования.

Акцентируется внимание, что аналогия законодательства применяется преимущественно судебными органами в их правоприменительных актах обычно для уточнения и дополнения законодательных положений в сферах правового регулирования, имеют пробелы. Отмечено, что аналогия должна соответствовать основополагающим принципам права. Отмечено, что аналогия права, как и аналогия закона, присущие исключительно частноправовым сферам правового регулирования.

В статье сделан вывод, что пробелы в праве и законодательстве могут быть преодолены с помощью аналогии права и аналогии закона соответственно. Определены определенные постулаты применения этих средств.

Ключевые слова: *пробелы в праве, пробелы в законодательстве, аналогия права, аналогия закона.*

Summary. *The article analyzes the concepts of "gaps in law" and "gaps in legislation", outlines the general features of these concepts, identifies the main causes of the emergence and existence of gaps in legislation and law. Emphasis is placed on the fact that gaps in the law take place in the legal regulation of only those social relations that have the character of legal.*

The main ways to eliminate and overcome gaps are considered, their differences are considered, it is concluded that gaps in law and legislation can

be overcome by analogy of law and analogy of legislation. The main characteristics of the application of these means of overcoming gaps are determined.

Attention is paid to the analogy of law as an exclusive means of legal influence. It is noted that by means of analogy the rights are not eliminated, but only gaps in the law are promptly overcome. It is concluded that it is used only when it is not possible to find such a legal norm.

The analogy of the legislation is considered as a specific means of making a legally significant decision in case of gaps in the legislation relating to the specific case. The conclusion about the universality of such a method is made.

The basic principles of application of analogy of legislation are stated. It is determined that the analogy of the law applies to relations that are not regulated by law, but should be in the field of legal regulation. It is emphasized that the analogy of legislation is used mainly by judicial bodies in their law enforcement acts, usually to clarify and supplement legislative provisions in the areas of legal regulation, which have gaps. It is noted that the analogy must comply with the fundamental principles of law. It is noted that the analogy of law, as well as the analogy of legislation, are inherent exclusively in private law areas of legal regulation.

The article concludes that gaps in law and legislation can be overcome by analogy of law and analogy of legislation, respectively. Certain postulates of application of these means are defined.

Key words: *gaps in law, gaps in legislation, analogy of law, analogy of legislation.*

Постановка проблеми. Одним з основоположних принципів розбудови правової держави є панування верховенства права в усіх сферах суспільного життя, що є одним з показників актуальності проблеми подолання прогалин у праві. Загальновідомо, що прогалин в правовому

просторі - це шлях до реалізації суб'єктами правозастосування своїх повноважень в процесі своєї діяльності. Проте правову невизначеність, зокрема, прогалини в законодавстві, необхідно усувати не на власний розсуд, а відповідно до принципів та правил, які забезпечують непорушність верховенства права. Публічна і приватна сфери правового регулювання вимагають конкретних, науково обґрунтованих орієнтирів, розробка яких набуває актуального характеру в сучасних умовах реформування правової системи українського суспільства.

Питання прогалин у праві та законодавстві завжди привертали увагу багатьох науковців, які у своїх наукових розвідках пропонували різні засоби їх подолання, збільшуючи науковий доробок у сферу наукових досліджень.

Не зважаючи на те, що прогалини в праві продовжують привертати увагу науковців, причини їх виникнення потребують подальшого дослідження. До того ж окремі сучасні засоби подолання прогалин не завжди забезпечують ефективне усунення нестачі правового регулювання окремих суспільних відносин, тому в умовах реформування правової системи з'являється потреба пошуку нових засобів подолання прогалин в законі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На сучасному етапі, дослідження основних засад правозастосовного процесу за наявності прогалин у праві, знаходять розвиток у працях вітчизняних дослідників у галузі теорії права, таких як: С.В. Бобровник [1], Я.М. Брайнін [2], Ж.О. Дзейко, О.В. Котолова [3], Ю. І. Матат [4], Л.А. Луць, Н.М. Оніщенко, С.П.Погребняк [5], П.М. Рабінович [6], І.О. Рощина [7], О.О. Серєда, О.Ф. Скакун [8; 13], С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик та ін., які аналізували причини виникнення прогалин у праві, види прогалин у праві, сутність аналогії закону та аналогії права, та інші теоретичні та практичні аспекти подолання прогалин у праві.

Мета статті полягає в дослідженні окремих передумов виникнення прогалин в праві та законодавстві, і встановлення основних способів їх переборення.

Виклад основного матеріалу. Теоретики права завжди намагалися визначити поняття прогалин в праві. Зокрема О. Колотова визначає прогалини як повну або часткову відсутність правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері правового впливу та потребують правового регулювання за оцінкою суб'єкта правозастосування, є недоліком права, поява якого спричинена об'єктивним розвитком суспільних відносин або суб'єктивними причинами, пов'язаними з правотворчими та правозастосовними діями законодавчих, виконавчих та судових органів державної влади, наявність яких зумовлює нетиповість правозастосовної діяльності, яка втрачає свою традиційну послідовність, як система логічно пов'язаних, послідовних дій [3, с. 6]. Скакун О.Ф. вважає, що прогалина в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах, а прогалина в праві – це пропуск у правовому регулюванні конкретного виду суспільних відносин [8, с. 594].

Прогалина є відсутністю нормативно-правового припису, необхідного для вирішення конкретної життєвої ситуації. Йдеться про нестачу правової регламентації для вирішення певної проблеми, а саме про відсутність нормативного припису, який за змістом (навіть при розширеному тлумаченні) підлягав би застосуванню в даному випадку. На відміну від розширювального тлумачення, коли ми маємо справу з обставинами, які законодавець передбачав, але не зміг визначити за допомогою тексту, прогалина існує у випадку, коли законодавець взагалі не передбачав такі обставини. Тому в першій ситуації суб'єкт застосування норми права ніби стає на точку зору, з якої законодавець дивився на

обставити, які мав на увазі, а в другій — на точку зору, з якої законодавець подивився би, якщо мав би їх на увазі [5; с. 44].

Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізнити відсутність приписів щодо тих суспільних відносин, які знаходяться поза сферою правового регулювання. Як слушно зазначав Г. Шершеневич, «тут немає прогалини — це просто юридично порожній простір, який оточує середовище права», у той час, як у ситуації з прогалиною йдеться про відсутність у позитивному праві відповіді на питання, що потребує юридичного рішення [9, с. 743].

Слід також розрізнити прогалини в законодавстві і прогалини в праві. Якщо перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних суспільних відносин, то другі — про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права. Враховуючи питому вагу в системі джерел українського права норм, закріплених саме в законодавстві, можна зробити припущення, що в переважній більшості випадків виявлення прогалини в законодавстві означатиме одночасно констатацію й прогалини у праві.

Поняття прогалин в законодавстві намагалися визначити не тільки правознавці-теоретики, але й правозастосовні органи. Зокрема, Міністерство юстиції України у своїх роз'ясненнях визначило, що прогалини в праві – це повна або часткова відсутність у діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм, а прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у законі [10].

Таким чином, прогалини в законі – це відсутність у нормативно-правовому акті юридичної норми, яка повинна регламентувати ті суспільні відносини, що потребують правового регулювання.

Європейський правовий досвід пропонує поділяти прогалини в законі на дві групи: 1) прогалини формулювання, які мають місце тоді,

коли в законі відсутня повна регламентація поведінки в певній ситуації, 2) оціночні прогалини, що мають місце тоді, коли зміст положень закону, свідчить про необхідність її застосування, коригуючи зміст цієї норми [11, с. 95–96]. Отже, враховуючи сучасні підходи щодо вирішення проблеми співвідношення букви і духу закону, оціночні прогалини в законі передбачають, що неможливість застосування незадовільного законодавчого припису має ті самі наслідки, що й безпосередня відсутність відповідного правила в законодавстві.

Національне законодавство не може повністю охоплювати нормативною регламентацією усі суспільні відносини. Це радше прерогатива такої універсальної системи принципів і норм регламентації суспільних відносин як мораль. Тому законодавчого регулювання потребують, насамперед, ті суспільні відносини, що мають правовий характер.

Причин появи прогалин в законодавстві чимало, тому досить доречно об'єднати їх в окремі категорії. О. Ф. Скакун виокремила наступні причини: 1) невміння законодавця відтворити в нормативних актах усе різноманіття сучасних життєвих ситуацій, які вимагають правового регулювання (первинні прогалини); 2) невміння законодавця передбачити появу нових життєвих ситуацій через постійний розвиток суспільних відносин, здійснити щодо них певні законодавчі дії (вторинні прогалини); 3) технічні прорахунки законодавця, допущені під час розробки законів та недоліки у використанні прийомів юридичної техніки [8, с. 594].

Отже, основними причинами появи прогалин в законодавстві залишаються: 1) недостатній професіоналізм законодавця; спрощення норм права, їх пропуск; 2) відставання чинного законодавства від суспільних відносин, які розвиваються значно швидше за законодавство.

Дослідження причин та засобів усунення прогалин в законодавстві передбачає поділ прогалин на види, зокрема: 1) за часом виникнення на: а)

такі, що існують на момент набрання чинності нормативно-правовими актами («первісні»); б) такі, що виникають внаслідок подальшого розвитку суспільних відносин, що регулюються правом («похідні»); 2) залежно від можливостей їх подолання під час правозастосування на: а) «подоланні»; б) «неподоланні»; 3) за суб'єктивною стороною прояву волі законодавця на: а) «навмисні»; б) «ненавмисні»; 4) за повнотою правового регулювання на: а) «повні»; б) «часткові»; 5) за джерелами виявлення на: а) такі, що походять із самого законодавства («іманентні»); б) такі, що походять із зовнішніх джерел («трансцендентні») [12, с. 431].

Розглядаючи способи переборення прогалин в законодавстві необхідно розрізняти усунення і подолання прогалин. Усунення передбачає нормотворчу діяльність шляхом внесення змін і доповнень у закони, видання нових, досконаліх юридичних актів, створення правового прецеденту, або укладання нормативного договору. Подолання здійснюється в процесі правозастосовної діяльності за допомогою аналогії закону й аналогії права, а також субсидіарного застосування суміжних норм права [13, с. 428].

Аналогія права передбачає застосування до неврегульованих нормами права суспільних відносин загальних принципів права. Аналогія закону прямо закріплена як в процесуальному, так і в матеріальному законодавстві. Так, наприклад, у ст. 8 Цивільного кодексу України вказано, що у разі неможливості використання аналогії закону для регулювання цивільних відносин, вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) [14]. Чинний ЦПК України передбачає можливість суду вирішувати справи виходячи з аналогії закону чи права (ч. 8 ст. 8 ЦПК)

Аналогія права належить до виключних засобів юридичного впливу. Вважається, що з її допомогою не усуваються, а лише оперативно

долаються прогалини в праві. Тому вона може бути застосована тільки тоді, коли не вдається відшукати подібну юридичну норму [15, с. 2].

Але все ж таки застосування аналогії права не є популярним методом регулювання прогалин в законодавстві. Так на думку В. М. Шафірова, не дивлячись на те, що випадків, коли не вдається виявити конкретну подібну норму предостатньо, правозастосовна діяльність не рясніє прикладами використання аналогії права [15, с. 2]. Науковець взагалі вважає недоцільним наявність у законодавстві норм, що передбачають можливість застосування аналогії права, так як даний метод, на його думку, не є ефективним.

З такою позицією науковця важко погодитись, адже суди у своїх рішеннях неодноразово виходять із загальних принципів права, та наявність норм, які закріплюють можливість суду вирішити спір за аналогією права, є певною гарантією вирішення таких спорів.

Щодо аналогії закону, то її можна визначити як особливий спосіб прийняття юридично значущого рішення у разі наявності прогалин у законодавстві щодо конкретного випадку [16, с. 37]. Використання інституту аналогії закону визначається чіткими, науково обґрунтованими правилами, що обумовлені логічною та юридичною природою аналогії закону та аналогії права, а саме: 1) аналогія закону застосовується щодо відносин, які не врегульовані юридичною нормою, але повинні перебувати у сфері правового регулювання; 2) аналогія закону застосовується переважно судовими органами в їх рішеннях, так як використання аналогії закону іншими органами (зокрема, органами виконавчої влади) порушувало б принцип верховенства права, наділяючи дані органи значною дискрецією; 3) використовуючи аналогію закону, відбувається лише уточнення та конкретизація положень закону у сферах, які мають прогалини, що є орієнтиром для майбутніх рішень судових органів; 4) необхідною умовою є пояснення використання аналогії закону в кожному

конкретному випадку (що найбільш повно спостерігається в судових рішеннях); 5) аналогія закону не повинна обмежувати законні права та інтереси суб'єктів правовідносин; 6) аналогія закону характерна лише для приватноправових відносин, так як використання аналогії закону суперечить імперативному методу правового регулювання в публічно-правових відносинах;

Отже, аналогія права та аналогія закону застосовуються виключно у приватноправових сферах правого регулювання, та можуть використовуватись судами у якості ефективного способу регулювання суспільних відносин за умов наявності прогалин в законодавстві.

Висновки. Отже, прогалинами в законі є відсутність у нормативно-правовому акті юридичної норми, яка повинна регламентувати ті суспільні відносини, що потребують правового регулювання. Такі прогалини можуть бути подолані за допомогою аналогії права та аналогії закону, які є найбільш дієвими засобами їх переборення. Застосування таких методів базується на певних постулатах щодо: сфери дії (приватноправова сфера), суб'єкта здійснення (уповноважений державний орган), меж здійснення (не повинно обмежувати законні права та інтереси інших осіб, і в кожному конкретному випадку повинно зазначатись пояснення їх використання).

Література

1. Бобровник С.В. Правозастосовні акти: природа, сутність та місце в системі законодавства // *Правова держава*. 2019. (30). С. 35-43.
2. Брайнин Я.М. Уголовный закон и его применение. М.: Юрид. лит., 1967. 240 с.
3. Колотова О. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юр. наук : «12.00.01.» Київ, 2010. 19 с.

4. Матат Ю. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці : автореф. дис. ... канд. юр. наук : «12.00.01.» Харків, 2013. 20 с.
5. Погребняк С.П. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання // Вісник Академії правових наук України. 2013. № 1 (72). С. 44-56.
6. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави: навчальний посібник. К.: Атіка, 2001. 176 с.
7. Роцина І.О. Принцип та аналогія у кримінальному праві України // Право України. 2007. № 8. С.25-29.
8. Скакун О. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс). Харків: Еспада, 2006. 776 с.
9. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. М. : Изд. Бр. Башмаковых, 1912. 805 с.
10. Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами // Лист Міністерства юстиції від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>
11. Циппеліус Р. Юридична методологія : пер. з нім. / Р. Циппеліус. К. : Реферат, 2004. 176 с.
12. Лазарев В.В. Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов. М.: НОРМА, 2002. 805 с.
13. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Київ: Правова єдність ; Алерта; ЦУЛ, 2011. 518 с.
14. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
15. Шафиров В.М. Установление смысла законодательства и аналогия права // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 2-3.
16. Міжнародна поліцейська енциклопедія / Ю.І. Римаренко та ін. Київ: Ін Юре, 2003. 1231 с.

References

1. Bobrovnyk S.V. Pravozaostovni akty: pryroda, sutnistj ta misce v systemi zakonodavstva // Pravova derzhava. 2019. (30). S. 35-43.
2. Brajnin Y.M. Ugolovnyj zakon i ego primenenie. M.: Yurid. lit., 1967. 240 s.
3. Kolotova A. Probely v prave i puti ikh preodoleniya: Avtoref. dis. ... kand. yur. nauk: «12.00.01.» Kiyev, 2010. 19 s.
4. Matat Y. Probely v zakonodatel'stve i sposoby ikh preodoleniya v yuridicheskoy praktike: Avtoref. dis. ... kand. yur. nauk: «12.00.01.» Khar'kov, 2013. 20 s.
5. Poghrebnyak S.P. Proghalyny v zakonodavstvi ta zasoby jikh podolannja // Visnyk Akademiji pravovykh nauk Ukrainy. 2013. # 1 (72). S. 44-56.
6. Rabinovych P.M. Osnovy zaghaljnoji teorii prava ta derzhavy: navchalnyj posibnyk. K.: Atika, 2001. 176 s.
7. Roshhyna I.O. Pryncyp ta analoghija u kryminaljnomu pravi Ukrainy // Pravo Ukrainy. 2007. # 8. S. 25-29.
8. Skakun O. Teoriya gosudarstva i prava (Entsiklopedicheskij kurs). Khar'kov: Espada, 2006. 776 s.
9. Shershenevich G.F. Obschaya teoriya prava / G. F. Shershenevich. M.: Izd. Br. Bashmakovykh, 1912. 805 s.
10. O poryadke primeneniya normativno-pravovykh aktov v sluchaye sushchestvovaniya nesoglasovannosti mezhdu podzakonnymi aktami / Pis'mo Ministerstva yustitsii ot 30.01.2009 g.. № N-35267-18. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>
11. Tsippelius R. Yuridicheskaya metodologiya: per. s nem. / R. Tsippelius. K.: Referat, 2004. 176 s.
12. Lazarev V.V. Problemy obschey teorii prava i gosudarstva: uchebnik dlya vuzov. M.: NORMA, 2002. 805 s.

13. Skakun O.F. Teoriya gosudarstva i prava. Kiyev: Pravovaya yedinstvo; Alerta; TSUL, 2011. 518 s.
14. Grazhdanskiy kodeks Ukrainy ot 16.01.2003 № 435-IV. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
15. Shafirov V.M. Ustanovleniye smysla zakonodatel'stva i analogiya prava // Rossiyskaya yustitsiya. 2009. № 8. S. 2-3.
16. Mezhdunarodnaya politseyskaya entsiklopediya / Y.I. Rymarenko i dr. Kiyev: In Yure, 2003. 1231 s.