

**ШЛЯХИ УСУНЕННЯ ТА ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У ЗАКОНОДАВСТВІ**

Досліджено проблематику прогалин у національному законодавстві, визначено основні шляхи їх усунення та подолання. Акцентовано увагу на дослідженні ролі органів правозастосування в процесі подолання прогалин. Зроблено висновки щодо необхідності усунення прогалин шляхом внесення змін до нормативної основи правового регулювання як єдиного і необхідного засобу заповнення прогалин у праві.

**КРОЙТОР В. А., МАТАТ Ю. І. ПУТИ УСТРАНЕНИЯ И ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ПРАВЕ**

Исследована проблема пробелов в национальном законодательстве, определены основные пути их устранения и преодоления. Акцентируется внимание на исследовании роли органов правоприменения в процессе преодоления пробелов. Сделаны выводы относительно необходимости устранения пробелов путем внесения изменений в нормативную основу правового регулирования как единственного и необходимого средства восполнения пробелов в праве.

**KROYTOR V., MATAT Y. WAYS OF ELIMINATION AND OVERCOMING OF LEGISLATION GAPS**

The problem of gaps in national legislation is researched; the main ways of their elimination and overcoming are determined. Special attention is paid to the research of law enforcement agencies' role in the process of gaps overcoming. Conclusions are made concerning necessity of gaps' elimination through alterations in the normative base of legal regulation as the only and necessary mean of gaps' elimination in law.

Питання щодо наявності у суду механізмів, здатних тією чи іншою мірою впливати на правову матерію – тлумачити неясність закону, заповнювати прогалини у праві, має декілька етапів свого становлення. З часів Стародавнього Риму за суддею закріплювалася роль особи, яка здійснює закон. Відтак суддя повинен був долати неясність закону, у тому числі й прогалини у його змісті. У країнах, де відбулася рецепція римського права, питання щодо ролі суду у правовій дійсності особливо гостро постало з розвитком школи природного права. Різноманіття позитивного права, а подекуди і його відірваність від потреб суспільного життя призвели до того, що суди нерідко почали пристосовувати застарілі закони до потреб існуючої дійсності. Інакше кажучи, суди стали на шлях, що явно виходив за межі правозастосування.

Незважаючи на те, що позитивний вплив природного права полягав у втіленні його принципів у процесі заповнення прогалин, така свобода суду зумовила розвиток безмежного суддівського суб'єктивізму. Свобода у

тлумаченні законодавства, а часом і просте його ігнорування зрештою призвели до того, що у багатьох європейських країнах було зроблено спробу поставити суд в абсолютну залежність від законодавчої влади. Так, у період 1780–1790 рр. у Франції та Австрії було видано акти, які визначали обов'язок суду в разі наявності сумніву щодо норм законів звертатися із запитом до законодавця. Надалі ці реформи виявилися нежиттєздатними, що мало наслідком повернення суду його права на вільне тлумачення закону. Так, Кодекс Наполеона містив норму, яка забороняла судам зупиняти провадження під приводом «мовчання або недостатності закону» [1, с. 19]. Австрійське Уложення закріплювало правило, відповідно до якого «якщо справу не може бути вирішено ані на підставі тексту, ані на підставі природного змісту закону, то слід приймати до уваги подібні, достатньо визначені у законах випадки. У разі, якщо питання все ще залишається сумнівним, то воно за ретельним вивченням обставин має бути вирішено на підставі природних принципів права» [2, с. 62].

Аналогічні положення містилися у статутах і цивільного, і кримінального судочинства російського законодавства: вони прямо закріплювали норму щодо притягнення до відповідальності як за «відмову у правосудді», так і за «бездіяльність влади» [3, с. 745]. Таким чином, загальною тенденцією того часу стало надання більшої свободи суду в питанні визначення змісту права й заповнення його прогалин.

На сьогодні проблематика прогалин у праві є однією з найактуальніших у правовій дійсності. Наявність прогалин у законодавстві необхідно розглядати як об'єктивне явище, якого неможливо уникнути навіть при найбільш досконалих і детальній правовій регламентації. У той же час законодавцю необхідно докладати максимум зусиль для вирішення найбільш важливих правових питань уже під час прийняття нормативних правових актів. Але якщо все ж таки певне питання не було вирішено безпосередньо при прийнятті правового акта, то в такому разі оперативність заповнення прогалин є необхідним складником процесу повноцінної реалізації поставлених перед законом цілей. Водночас правильне відмежування питання прогалин від суміжних правових явищ у теоретичному аспекті і наявність відповіді на питання, чи існує прогалина за конкретних, обставин, дозволяє знайти оптимальний варіант вирішення ситуації, яка склалася.

Отже, оскільки прогалини є явищем об'єктивним, тобто нормальним для права, то слід знайти засоби їх оперативного заповнення (усунення чи подолання) [4, с. 416].

Єдиним засобом усунення прогалин є правотворча діяльність державних органів [5, с. 307]. Повноваження на усунення певної прогалини можливе лише в межах нормотворчої компетенції того чи іншого органу держави. Кожний нормотворчий орган наділений правом усунення прогалин, спричинених подальшим розвитком і динамізмом суспільних відносин, що потребують правового регулювання і відносяться до сфери діяльності даного органу.

Для того, щоб наділити судову гілку влади повноваженнями на усунення прогалин, необхідно визнати суд правотворчим органом, наділити його компетенцією на видання норм права або ж визнати значення норм за окремими рішеннями суду. У романо-германській правовій сім'ї, де існує єдина ієрархія джерел права, а основним джерелом є нормативний акт, що виходить від законодавця, суддя не зв'язаний раніше прийнятими рішеннями ін-

ших судів, за винятком судової практики Верховного або Конституційного Судів. Сьогодні можна констатувати, що правова система України в основному структурно впорядкована за допомогою джерел (форм) права та інших юридичних засобів, найбільш притаманних континентально-європейському праву [6, с. 126], а тому і правотворчість за судовими органами в національній правовій системі не визнається. Правозастосовчі органи (суд безпосередньо), виявивши прогалину в процесі застосування права, не можуть усунути її самостійно, вони зобов'язані зробити відповідне подання про видання нової норми права до законодавчого або інших правомочних органів [7, с. 10–11].

При розгляді конкретних юридичних справ суди мають лише оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції України і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію України як акт прямої дії. Така позиція закріплена в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9, у якій зазначено, що судові рішення мають ґрунтуватись на основі норм Конституції України, а також чинного законодавства, яке не суперечить їй. У разі невизначеності в питанні того, чи відповідає Конституції України закон, який підлягає застосуванню в конкретній юридичній справі, суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, який відповідно до вимог ст. 150 Конституції України може порушувати перед Конституційним Судом України питання про відповідність Конституції України законів та інших нормативно-правових актів.

Однак, якщо прогалина все ж таки виявлена в процесі правозастосування, а швидке прийняття необхідних правових норм не можливе, то компетентні правозастосовчі органи з метою вирішення конкретної юридичної справи використовують оперативні засоби подолання прогалин.

Перед тим, як перейти до характеристики засобів подолання прогалин, необхідно звернути увагу на термінологічні особливості понять «заповнення» і «подолання» прогалин. Термін «подолання» прогалин з'явився в юридичній літературі досить недавно. До цього використовувався термін «заповнення» прогалин, який є недостатньо точним з огляду на те, що етимологія правових понять має досить

чітко відображати позначувані ними явища. Водночас закріплення за вказаними поняттями однозначного юридичного змісту дозволило б більш чітко схарактеризувати діяльність правотворчих і правозастосовчих органів у процесі встановлення і усунення прогалин.

Заповнити прогалину – фактично означає заповнити пропуск (пустоту) у тілі права, подолати ж прогалину – означає перейти через пустоту, не заповнивши її по суті. Тому роль засобів, спрямованих на заповнення прогалин, можуть відігравати лише ті явища, які юридичною наукою розуміються як джерела права. Способи ж подолання прогалин – це ті правові інструменти, які дозволяють єдиномomentно вирішити казус, що знаходиться у сфері правового регулювання, якщо нормами права його безпосередньо не передбачено [8, с. 47]. Отже, у зв'язку з викладеним, слід звернути увагу на необхідність більш точного використання понять «подолання» і «заповнення» прогалин, оскільки останнє за своїм змістом недостатньо адекватно відбиває сутність тих дій, що здійснюються правозастосовчими органами у разі виявлення прогалини в праві. Тому в тих випадках, коли йдеться не про усунення прогалин взагалі, а безпосередньо про ту роль, яку відіграють у процесі вирішення юридичних справ правозастосовчі й судові органи зокрема, доцільним є використання терміна «подолання прогалин».

До засобів подолання прогалин належать аналогія закону, аналогія права, субсидіарне застосування правових норм.

Аналогія закону – це поширення в процесі правозастосування на конкретні не врегульовані правом відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні до тих, що потребують врегулювання в межах даної галузі права за найсуттєвішими ознаками. Аналогія виключається, якщо вона прямо заборонена законом або у випадках, коли закон пов'язує настання юридичних наслідків з наявністю конкретних норм. У разі наявності прогалин у галузі кримінального законодавства, а також законодавства про адміністративні правопорушення правильним рішенням для правозастосовчого органу буде відмова в провадженні у справі [9, с. 53; 10, с. 22–23]. Проте аналогія є досить поширеною в цивільному законодавстві. Так, Цивільний кодекс України в ст. 8 встановлює, що у випадках неврегульованості цивільних відносин Цивільним кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором вони регулюються тими пра-

вовими нормами Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини.

Для застосування аналогії закону відповідний орган повинен бути, по-перше, впевненим у тому, що існує прогалина в чинному законодавстві, тобто за своїм змістом відносини підлягають правовому регулюванню, але немає чинного закону, яким би ці відносини регулювалися. По-друге, правозастосовчий орган, повинен відшукати норму чинного закону, яка регулювала б аналогічні (схожі) відносини [11, с. 24]. При застосуванні аналогії закону необхідно розкрити той юридичний принцип, який закладений у нормі, що регулює інший випадок, тотожний із даним у всіх юридично істотних елементах, і лише після цього він підлягає застосуванню до неврегульованих правом відносин. На підставі застосування аналогії закону розширюються межі регулюючого впливу норми. Внаслідок цього норма стає такою, що має два предмети регулювання: визначений законодавцем та визначений юридичною практикою застосування норми за аналогією і в субсидіарному порядку [4, с. 417].

У юридичній літературі існує точка зору, згідно з якою, застосовуючи закон за аналогією, суд чи інший правозастосовчий орган має тлумачити його так само, як і при звичайному застосуванні цієї норми, оскільки неприпустимо пристосовувати правову норму до аналогічних відносин шляхом іншого її тлумачення, перенесення норми права у сферу інших правовідносин. Отже, смисл правової норми при її застосуванні за аналогією викривляти не можна. Водночас необхідно мати на увазі, що кожна норма має свою галузеву (підгалузеву) та інституційну приналежність і тлумачиться у взаємозв'язку з іншими нормами, що містяться в цій галузі чи інституті. При застосуванні аналогії норма права запозичується і нібито трансформується правозастосовчим органом у той правовий інститут, де існує прогалина. З цього випливає, що в конкретній ситуації така норма має тлумачитися не як частина інституту, з якого її запозичено, а як складова інституту, прогалину в якому вона покликана подолати [8, с. 107–108].

При подоланні прогалин у праві, особливо тих, коли в чинному законодавстві не закріплена навіть подібна (схожа) норма, може бути використана аналогія права, тобто вирішення справи або окремого юридичного питання на основі принципів права, загальних засад і смислу законодавства. Аналогія права засто-

совується у випадках, коли, по-перше, відсутня норма, яка б прямо передбачала врегулювання даного питання, по-друге, відсутня норма, яка б передбачала схожий випадок. При вирішенні юридичної справи за аналогією права чи аналогією закону, врахуванню підлягають такі обставини:

1) аналогія можлива лише у випадках повної відсутності або неповноти правових норм;

2) суспільні відносини, до яких застосовується аналогія, повинні бути урегульовані хоча б у загальній формі, тобто перебувати у сфері правового регулювання;

3) наявність схожості (аналогії) між обставинами, що аналізуються, й обставинами, передбаченими в існуючій нормі, має бути в істотних, юридично рівнозначних ознаках (тобто таких, що дають змогу дійти висновку про рівність, рівнозначність обставин у правовому відношенні) [12, с. 174];

4) пошук норми, що регулює подібний випадок, повинен починатися насамперед серед актів тієї ж галузі права, у разі відсутності – в іншій галузі, у законодавстві в цілому;

5) правове рішення, що стало наслідком застосування аналогії, не повинно суперечити дії приписів закону, його мети;

6) обов'язковою є наявність мотивованих пояснень щодо причин застосування рішення за аналогією у даній справі [13, с. 436–437].

При застосуванні аналогії права важливого значення набувають принципи та положення, закріплені у конституції. Беручи до уваги той факт, що норми Конституції України є нормами прямої дії, правозастосовчий орган може мотивувати рішення в конкретній справі, спираючись на конституційні норми. Як доцільно зауважує І. В. Спасибо-Фатєєва, аналогія права потребує застосування не схожої норми із втіленим у неї принципом, а з перейманням сутності проблеми підібраним більш абстракт-

ного принципу для її вирішення – відповідного принципу права, яким тільки й обґрунтовується рішення суду [14, с. 142].

З метою подолання прогалин використовується також субсидіарне застосування норм права (міжгалузева аналогія), сутність якого полягає в застосуванні до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних, споріднених галузях. Теоретичною основою субсидіарного застосування є системність права, розподіл його на взаємопов'язані галузі та інститути. З цього випливає, що запозичення у випадку застосування міжгалузевої аналогії можливе тільки в галузях, що мають схожість у засобі правового регулювання. Але й такі випадки застосування субсидіарних норм мають винятки, оскільки регулювання суспільних відносин будь-якою галуззю права здійснюється, як правило, власними галузевими засобами.

Таким чином, суд, як і будь-який інший правозастосовчий орган, у процесі подолання прогалин не створює нову норму права, він на основі діючого права створює індивідуальний припис – правило для даного випадку, завдяки якому й долається прогалина в законодавстві при вирішенні конкретної юридичної справи. У цьому полягає одна з найважливіших особливостей дії права за наявності прогалин у законодавстві. Юридичні норми тут безпосередньо не поширюються на фактичні обставини, хоча в цілому й охоплюють їх. Вони починають діяти лише з моменту видання компетентним органом правозастосовчого акта, який містить індивідуальний припис з питання подолання прогалини. Лише в сукупності з індивідуальним приписом юридичні норми (норми-принципи безпосередньо) регламентують дані суспільні відносини.

### Література

1. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. Авторское право : сб. нормат. актов / [под ред. В. К. Пучинского]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1988. – 206 с.
2. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – 4-е изд., испр. – М. : Статут, 2003. – 352 с.
3. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : монография / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Изд. бр. Башмаковых, 1912. – 805 с.
4. Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина]. – Х. : Право, 2009. – 584 с.
5. Общая теория права и государства : учеб. для юрид. вузов / [под ред. В. В. Лазарева]. – М. : Юрист, 1996. – 472 с.
6. Хаустова М. Г. Національна правова система за умов розбудови правової демократичної державності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук / М. Г. Хаустова. – Х., 2005. – 205 с.
7. Уранский Ф. Р. Восполнение и устранение пробелов в праве: теоретические аспекты содержания и использования терминов / Ф. Р. Уранский // Российская юстиция. – 2005. – № 3. – С. 10–11.

8. Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве : дис. ... канд. юрид. наук / Д. А. Туманов. – М., 2007. – 184 с.
9. Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права / А. С. Пиголкин // Советское государство и право. – 1970. – № 3. – С. 49–57.
10. Корнев А. П. Применение норм советского административного права : автореф. на соискание науч. степени д-ра юрид. наук / А. П. Корнев. – Л., 1971. – 39 с.
11. Цивільне право України: Академічний курс : підручник : у 2 т. Т. 1. Загальна частина / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. – К. : Ін Юре, 2003. – 520 с.
12. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. – М. : Юрид. лит., 1974. – 185 с.
13. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учеб. для вузов / О. Ф. Скакун. – Х. : Консум, 2000. – 704 с.
14. Спасибо-Фатеева І. В. «Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці / І. В. Спасибо-Фатеева // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4 (35). – С. 137–148.

*Надійшла до редколегії 08.06.2010*