

О. В. КОЛОТОВА

Олена Володимирівна Колотова, аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВІДМЕЖУВАННЯ ПРОГАЛИН У ПРАВІ ВІД СУМІЖНИХ ПРАВОВИХ ЯВИЩ

Реформування правової системи України на шляху до розбудови громадянського суспільства супроводжується значними змінами законодавства, прийняттям нових законодавчих актів, адже успішна реалізація глибоких політичних, економічних і соціальних реформ не можлива без відповідного законодавчого забезпечення. Втім стрімкий розвиток суспільних відносин та створення якісно нового законодавства часто зумовлює появу прогалін у правовому регулюванні, що спричинено складністю охопити все різноманіття суспільного життя, впливом міжнародного права на суспільні відносини, обмеженістю прогностичної функції законодавця, а також великим масивом законодавства, яке внаслідок швидких темпів законотворчості, недосконалої юридичної техніки, часто буває незгодженим, не негармонійним і «прогальним».

Між тим, історія розвитку держави і права свідчить про те, що прогаліни є об'єктивним явищем, яке завжди існувало і було предметом подолання правозастосовними органами за допомогою аналогії у праві.

Дослідженню сутності прогалін у праві та шляхів їх подолання в юридичній науці присвячені праці В. І. Акімова, С. С. Алексєєва, С. І. Вільнянського, А. Б. Венгерова, В. К. Забігайло, О. С. Іоффе, В. Н. Карташова, А. Кауфмана, Е. Ш. Кемуларія, П. О. Недбайла, В. В. Лазарева, А. С. Піголкіна, П. М. Рабіновича, О. Ф. Скакун, М. Д. Шаргородського, Л. С. Явича та ін.

Проте, дослідження даного питання і досі є актуальним у зв'язку з тим, що розвиток правової науки і практики не залишається в спокої та потребує поновлення знань про особливості подолання прогалін у праві у відповідності до вимог сьогодення. Тому, в даній статті запропоновано аналіз правових явищ, які підлягають відмежуванню від прогалін у праві з метою уникнення їх помилкового подолання у процесі правозастосування та запобігання порушенням прав і свобод людини і громадянина.

Прогаліни у праві є об'єктивно існуючими недоліками в праві, які зумовлені повною або частковою відсутністю в ньому правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері правового впливу. Основними ознаками, що характеризують прогаліни у праві є: 1) повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин (випадку), які знаходяться у сфері правового впливу та які потребують правового регулювання; 2) оціночний характер прогалін у праві, позитивна оцінка наявності яких залежить від правосвідомості суб'єкта правозастосування; 3) прогаліни в праві – це недолік у праві, відсутність у ньому того, що повинно бути необхідним його компонентом, що обґрунтовує необхідність подолання існуючого недоліку; 4) прогаліни у праві є нетиповими ситуаціями та зумовлюють нетиповість правозастосовної діяльності, яка втрачає свою традиційну послідовність, як системи логічно пов'язаних, послідовних дій; 5) прогаліни у праві є об'єктивними життєвими ситуаціями, які спричинені в наслідок об'єктивного розвитку суспільних відносин, а в деяких випадках суб'єктивних причин, пов'язаних з правотворчими та правозастосовними діями законодавчих, виконавчих та судових органів державної влади.

Таким чином, прогаліни у праві – явище нетипове, таке, що перешкоджає стандартному правозастосуванню в умовах законності та нормативної визначеності. Їх подолання потребує застосування особливого інституту аналогії у праві у відповідності до вироблених правовою наукою умов та правил. Втім, у юридичній літературі часто

зустрічається ототожнення прогалин із суміжними правовими явищами, які підлягають врегулюванню шляхом застосування інших правових інститутів, таких, наприклад, як розширене тлумачення, або взагалі виключають можливість правозастосування, поки правотворчий орган не встановить відповідного правового правила.

Отже, прогалини у праві слід відмежовувати від наступних правових явищ, які зустрічаються в процесі правозастосування:

1) «кваліфіковане мовчання законодавця», коли законодавець навмисно залишає питання без правового врегулювання, віддаючи його вирішення на розсуд правозастосовного органу;

2) «помилка в праві», що означає помилкову оцінку об'єктивно існуючих умов законодавчим органом;

3) передбачувана потреба в правовому регулюванні є удаваною, нав'язаною помилковими оцінками вихідної ситуації;

4) «темнота» правових норм, тобто їх неясність, яка долається за допомогою методів тлумачення;

5) колізія норм права.

Термін «кваліфіковане мовчання законодавця» було введено до наукового обігу відносно недавно. В юридичній літературі відмічається, що поняття «кваліфіковане мовчання законодавця» означає ті випадки, коли законодавець навмисно залишає питання відкритим, утримується від прийняття норми, показуючи тим самим небажання її приймати, відносячи рішення справи за межі законодавчої сфери. Таким чином, законодавець віддає вирішення питання на розсуд правозастосовного органу, розраховуючи, що його законодавча воля буде конкретизована іншими правовими актами. Також, законодавець може встановити норму, яка регулює визначену область суспільних відносин, виключно в загальній формі, тим самим, уповноважуючи правозастосовний орган на конкретизацію даної норми або вирішення справи на власний розсуд. Прикладом кваліфікованого мовчання законодавця, яке не підлягає подоланню правозастосовним органом, є закріплення абстрактних понять, позбавлених точного нормативного визначення, як добросовісний набувач, належне виконання договору та ін. В юридичній літературі такі ситуації, також, мають назву «оціночних понять». В більшості випадків законодавець застосовує їх усвідомлено, з тим, щоб за допомогою правових абстракцій більш повно охопити регулюванням ті чи інші фактичні ситуації і відносини і врахувати можливість їх зміни в майбутньому. Оціночні поняття надають суб'єктам правозастосування визначену свободу в тлумаченні норми за допомогою можливості зміни оціночних визначень в залежності від існуючих умов. Використання оціночних положень є проявом динамізму права, умовою його при влаштованості до мінливих умов та ситуацій¹.

Застосування відносно-визначених правових норм, що потребують розширеного тлумачення та конкретизації, отримало назву правозастосовної конкретизації. Основною рисою, яка відрізняє її від способів подолання прогалин у праві, є обов'язковість її проведення в рамках правової норми, запобігання випадків виходу за її межі, викривлення дійсного розуміння цілей законодавства.

У процесі правозастосування зустрічається ще один випадок, який не відноситься до прогалин у праві – «помилка в праві», що означає помилкову оцінку об'єктивно існуючих умов законодавчим органом і прояв на цій основі не тієї законодавчої волі, яку слід було відобразити в нормативних правових актах. На думку В. С. Нерсисянца, в правотворчості «помилка в праві» має місце тоді, коли законотворчий орган: а) помилково вважає ті чи інші відносини не підлягаючими юридичному впливу; б) помилково вважає можливим обійтися конкретизацією права в ході його застосування; в) помилково передає рішення справи на розсуд правозастосовного органу; г) видає норму, в якій немає необхідності; д) вирішує питання не так, як слід було б вирішити в установленій нормі². В перших трьох варіантах, на думку автора, «помилка в праві» допускає наявність прогалин. Вони можуть бути встановлені в процесі застосування права. Однак усунути їх може лише компетентний правотворчий орган. Проте, в пункті «а» правозастосовний орган взагалі не має права вчиняти будь-які дії по справі, які б мали юридичні наслідки³. Не дивлячись на те, зазначає В. С. Нерсисянец, що «прогалини» і «помилка в праві» в де-

якому відношенні можуть співпасти, правозастосовному органу не дозволено займатися виправленням права. Він повинен слідувати йому аж до зміни правового регулювання в установленому законом порядку⁴. Втім, на нашу думку, прогалина в праві передбачає можливість її подолання, а отже, всі випадки, які можуть бути усуненими шляхом правотворчості, до прогалин не відносяться.

Таким чином, «кваліфіковане мовчання законодавця» та «помилка в праві» не є прогалиною у праві, а отже в таких випадках не допустима аналогія права та аналогія закону з метою їх подолання.

Часто на практиці прогалини в праві плутають з «темнотою» правових норм, їх неясністю і відповідно намагаються вирішити проблему шляхом тлумачення права. Однак за своєю сутністю тлумачення дає лише те, що міститься в нормі, і нічого нового в її змісті привносити не повинне. Якщо, правова норма врегульовує питання шляхом її тлумачення, прогалина відсутня, а отже застосування аналогії в такому випадку також не потрібне.

Деякі автори, визначають прогалинами в праві такі ситуації, де одна норма суперечить іншій, яка має однакову силу, та коли одна з них «знищує» другу⁵. Слід зазначити, що тут існує нормативне врегулювання відносин, а отже прогалини у праві немає. На нашу думку, такий випадок відноситься до визначення правової колізії та підлягає вирішенню за допомогою правил подолання правових колізій, що виникають між правовими приписами.

Ще однією підставою для помилкового застосування аналогії є неправильне визначення правозастосовним органом наявності прогалин у праві в тому випадку, якщо певні відносини не врегульовані даним законом, але їх регламентація встановлена в нормативно-правових актах нижчого рівня, прогалину також вбачають якщо певні відносини врегульовані в цивільно-правовому договорі.

На наш погляд, не вірним є визначення прогалиною та застосування аналогії у тих випадках, якщо певні відносини прямо врегульовані в певному нормативно-правовому акті серед усього масиву законодавства.

Наприклад, у частині другій ст. 109 Цивільного кодексу України встановлено, що до виділу застосовуються за аналогією положення частин першої, другої та четвертої ст. 105 та положення ст.ст. 106 і 107 цього Кодексу. Отже, в даному випадку законодавець чітко визначив порядок регулювання відносин, пов'язаних з виділом, прогалини тут відсутні. Подібне регулювання суспільних відносин визначено правилами застосування «відсилочних» норм, що є відмінним від застосування інституту аналогії у праві.

Аналогія права недопустима в разі договірної регулювання правовідносин осіб. У зв'язку з відродженням в Україні приватного права і розширенням цивільних свобод у цивільному праві для застосування аналогії закону недостатньо відсутності норми, прямо регулюючої спірні відносини⁶. Необхідна також відсутність згоди сторін і застосовного до спірної ситуації звичаю ділового обороту. Відповідно до ст. 8 Цивільного кодексу України, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права)⁷.

Для застосування положень цієї статті потрібно дотримання двох необхідних умов. По-перше, відносини, про які йдеться в статті, мають перебувати в межах правового впливу цивільного законодавства. По-друге, ці відносини не врегульовані конкретними правовими нормами, що містяться в законах, інших нормативних актах чи звичаях ділового обороту, а також договорі. Втім, автори коментарю не погоджуються з посиланням у частині 1 цієї статті на договір та вважають його неправомірним, оскільки угода сторін, тобто договір, як такий, не належить до числа джерел цивільного права⁸, а прогалина, якщо виходить із положень цієї статті, встановлюється у наслідок відсутності правового регулювання лише у джерелах цивільного права. Слід зазначити, що в даному випадку йдеться про цивільно-правовий договір. Адже, нормативно-правовий договір відноситься до джерел права України⁹.

Як юридичний факт, цивільно-правовий договір належить до правомірних дій, що вчинюються з волі його учасників і спрямовуються на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав або обов'язків. Проте роль договору не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності, добросовісності та справедливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірної зобов'язання. У цьому розумінні договір виступає засобом регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах¹⁰. Слід підкреслити функції договору як правового засобу регулювання майнових відносин. Чітку класифікацію функцій цивільно-правового договору пропонував О. О. Красавчиков. На його думку, договору властиві такі загальні функції: ініціативна, програмно-координаційна, інформаційна, гарантійна та захисна¹¹. Таким чином, суспільні відносини урегульовані договором є обов'язковими для його сторін, містять примусові заходи, спрямовані на його виконання і, найголовніше, вони об'єднуються більш загальною функцією – регулювання правомірної поведінки учасників цивільних відносин.

Слід зазначити, що Цивільний кодекс України конкретно перераховує документи, які можуть містити регулювання суспільних відносин. Основною ознакою наявності прогалин при цьому є відсутність регулювання певних суспільних відносин. Цивільно-правовий договір, як було зазначено вище, таке регулювання містить, а отже прогалини немає. Отже, у такому разі правова аналогія не підлягає застосуванню.

Близькою до зазначеного випадку є визначення наявності прогалин у праві в разі, якщо певні суспільні відносини не врегульовані чинним законодавством України, але їх врегулювання передбачено загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, ратифікованими на території України. На нашу думку, в даному випадку прогалини також відсутні.

Так відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Частина 1 ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори» також встановлює, що чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Таким чином, загальновизнані принципи і норми міжнародного права і правила міжнародних договорів України підлягають застосуванню судом при розгляді конкретної справи, в силу того, що вони є складовою частиною правової системи України.

Такі норми закріплені у загальних принципах Статуту ООН, який набув чинності 24 жовтня 1945 р., у програмних положеннях Загальної декларації прав людини, у нормах Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, у конвенційних стандартах Міжнародної організації праці: «Про примусову працю» (1930 р.); «Про справедливу винагороду» (1951 р.); «Про дискримінацію у галузі праці і зайнятості» (1958 р.); норми, які містяться в регіональних угодах, таких як, Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод, в міжнародно-правових документах з прав людини, зокрема, Міжнародному біллі про права людини, який включає Загальну декларацію прав людини, прийняту Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.

Приєднавшись до Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р., Україна взяла на себе зобов'язання щодо імплементації цього документа в національне законодавство. Особливістю цієї Конвенції – встановлення механізму міжнародного контролю, найважливішим елементом якого є діяльність Європейського суду з прав людини, котрий розглядає заяви будь-яких осіб, неурядових організацій або груп осіб про порушення положень конвенції або протоколів до неї. Держави – учасниці Конвенції зобов'язалися жодним чином не перешкоджати ефективному здійсненню цього права. Ратифікація Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод та визнання Україною на своїй території юрисдикції європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, висунула нагальну проблему забезпечення безпосереднього застосування Конвенції судами загальної юрисдикції та іншими суб'єктами.

Таким чином, у процесі правозастосування слід відрізнити від прогалін у праві такі правові явища, як «кваліфіковане мовчання законодавця», «помилка в праві», «удавану» потребу в регулюванні суспільних відносин; «темноту» правових норм; колізію норм права; випадки, при яких відносини не врегульовані національним законодавством, але їх регулювання передбачено в договорі між сторонами, в тому числі міжнародно-правовому договорі, ратифікованому на території України. В таких випадках відсутні прогаліни у праві, а, отже, застосування до них правил інституту аналогії у праві є неприпустимим та неправомірним. Такі випадки є також нетиповими в процесі застосування права, але потребують інших шляхів їх вирішення, зокрема за допомогою тлумачення, подолання колізій, а також прийняття нового нормативно-правового акта шляхом нормотворчої діяльності.

¹ Власенко Н. А., Назаренко Т. Н. Неопределенность в праве: понятие и формы // Государство и право, 2007. – № 6. – С. 10.

² Лазарев В. В. Правоприменительные акты и их эффективность в условия развитого социалистического общества. Теоретическое исследование: автореф. дисс. канд. юрид. наук / В. В. Лазарев. – М., 1977. – С. 28.

³ Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 435.

⁴ Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 434-435.

⁵ Скакун О. Ф. Теория государства и права: Ученик / Скакун О. Ф. – Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 535.

⁶ Брагинский М. Н. Гражданский кодекс. Часть первая. Три года спустя // Хозяйство и право. – 1998. – № 1. – С. 18.

⁷ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 1. – С. 16.

⁸ Там само.

⁹ Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Монографія. / Н. М. Пархоменко. – К.: ТОВ «Видавництво „Юридична думка”», 2008. – С. 176-178.

¹⁰ Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – [2-е вид., допов. і перероб.]. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – С. 633.

¹¹ Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции: Сб. Гражданско-правовой договор и его функции / О. А. Красавчиков. – Свердловск, 1980. – С. 16.

Резюме

В предложенной статье приведена сущность института аналогии в праве и определены условия и правила его использования. Проанализированы способы преодоления пробелов в праве с помощью аналогии закона и аналогии права. Рассмотрены условия применения межотраслевой аналогии, как подвида аналогии закона и приведены общие и отличительные черты межотраслевой аналогии с такими смежными правовыми случаями, как «субсидиарное применение права» и применение «отсылочных» норм.

Summary

This article is describing the essence of the institution of legal analogy and determining terms and rules of its use. There is also the analysis of the methods of gaps elimination: analogy of law and analogy of statute. The article describes the terms of using the inter-branch analogy as the subtype of the analogy of statute and gives the common and distinctive features of the inter-branch analogy with such related legal phenomena as «subsidiary use of law» and use of reference rules.

Отримано 2.06.2009