

аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

## ПРОГАЛИНИ В ПРАВІ: ЮРИДИЧНА ПРИРОДА, ЇХ ОЗНАКИ ТА ВИДИ

Статтю присвячено встановленню змісту, юридичної природи поняття «прогалина в праві». Визначено основні ознаки прогалин в праві, приведена їх класифікація та відмежування від суміжних правових явищ. Зазначається про неможливість застосування аналогії до суміжних правових явищ.

**Ключові слова:** прогалина в праві, прогалина в законі, види прогалин, кваліфіковане мовчання, помилка в праві, колізії норм права.

Статья посвящена установлению содержания, юридической природы понятия «пробел в праве». Определены основные признаки пробелов в праве, приведена их классификация и отграничения от смежных правовых явлений. Говорится о невозможности применения аналогии к смежным правовым явлениям.

**Ключевые слова:** пробел в праве, пробел в законе, виды пробелов, квалифицированное молчание, ошибка в праве, коллизии норм права.

The article is devoted to the elaboration of the content and the legal nature of the concept «legal lacuna». The main features of lacunas in the law, their classification and separation from related legal phenomena are given. It is mentioned about the impossibility of using the analogy to related legal phenomena.

**Key words:** legal lacuna, lacuna in the legislation, types of lacunas, qualified silence, error in the law, collision of the law.

Процес вдосконалення законодавства здійснюється безперервно, як на законодавчому рівні шляхом внесення змін, так і в правозастосовній практиці. Не викликає сумнів те, що цей процес вдосконалення буде здійснюватися постійно, адже змінюються умови життя; соціально-економічні відносини; під час здійснення судочинства виявляються законотворчі помилки; недоліки юридичної техніки, до яких належать помилки і упущення законодавчого органу; суперечливість, неузгодженість норм; до того ж, неможливо нормативно охопити всі життєві ситуації, що об'єктивно вимагають правового врегулювання (навіть у тих випадках, коли нормативна модель суспільних відносин все-таки існує, правова норма через її абстрактний характер не дозволяє наперед передбачити всі можливі нюанси, які можуть виникати в процесі її реалізації).

Найчастішою причиною змін у законодавстві є його недостатня повнота та визначеність деяких положень, які є важливим фактором функціонування будь-якої галузі права. Недотримання цих вимог спричиняє появу прогалин у праві.

Вітчизняна та зарубіжна юридична наука у ХХ ст. відзначилася низкою робіт, присвячених проблемі прогалин у праві, з яких можна почерпнути технічний інструментарій і накопичену суму знань про прийоми і способи дослідження та подолання цього негативного правового явища.

Серед вітчизняних науковців до проблематики прогалин у праві звертались Ю. Л. Власов, В. С. Ковальський, І. П. Козінцев, М. В. Кравчук, О. Ф. Скакун, Ю. І. Чалий, В. К. Забігайло, О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко, Т. І. Тарахонич, О. М. Тарнопольська, Р. І. Кондратьєв, Л. А. Луць, Є. О. Харитонов, А. М. Шульга, П. М. Рабінович,

© Калашник О. М., 2013

Р. А. Майданик, І. В. Спасибо-Фатеева та інші.

Серед зарубіжних науковців значний вклад у вивчення досліджуваної теми внесли Чезаре Беккарія, Шарль Луї де Монтеск'є, С. С. Алексеев, С. В. Курильов, В. В. Лазарев, М. Ф. Маліков, А. А. Маліновський, А. В. Ціхоцький, Л. С. Явич, В. І. Акімов, А. Т. Боннер, М. А. Алієскеров, Д. М. Рябова, Д. А. Туманов, М. І. Матузов, О. Б. Венгеров, С. В. Липень, Є. В. Васьковський, І. В. Михайловський, З. А. Незнамова та інші.

Судді в своїй професійній діяльності нерідко зустрічаються зі складностями в процесі правозастосування, що викликані протиріччями закону, неврегульованістю (недостатньою урегульованістю) низки питань, абстрактним характером нормативних положень, нечіткістю їх формулювань чи іншими об'єктивними та суб'єктивними факторами.

Це пов'язано з тим, що законодавець не в силі передбачити всі ці обставини та створити «бездоганний закон». Часто закон приймається без достатніх знань, а тому прогалина може не потрапити в очі правотворцеві. Така прогалина вже виявляється під час правозастосування. Як зазначає В. С. Нерсесянц – неможливе існування безпрогалинної регламентації життя та превентивного контролю за нею [1, с. 490].

Проблема прогалин у праві не є новою та привертала увагу ще з давніх часів. Так, ще в Давньоримській державі сформульовано твердження: *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). Протягом своєї довгої еволюції римське право з метою мінімізації правової неврегульованості створило низку інституційних механізмів. Серед них можна виділити процедуру доповіді. Згідно з положеннями першої книги «Інституцій» Юстиніана допускалось умисне усунення всіх неточностей і суперечливостей писаного

права. Припускаючи випадки, коли у суддів виникатимуть труднощі із застосуванням актів, які ними сприйматимуться неоднозначно, їм наказувалось клопотати перед імператором, якому належало виняткове право видавати і глумачити закони [2, с. 2].

У роботах Чезаре Беккарія «Про злочини і покарання» і Монтеск'є «Дух закону» була закріплена ідея абсолютного пріоритету закону і «безпрогальності» права. Однак у міру зміцнення позицій позитивістського праворозуміння сталася метаморфоза у вирішенні проблеми прогалин у праві, яка фактично була зведена до завдань усунення відсутніх правових норм у межах чинного законодавства. У ХХ ст. про «безпрогальність» права заявили прихильники нормативізму [2, с. 3].

Прогалини в праві визнавалися і до революційною російською наукою, якою було визначено й обґрунтовано способи їх подолання (аналогію права та аналогію закону).

У сучасній правовій науці потребує наукового дослідження юридична природа прогалин у праві, їх ознаки та види, оскільки через мінливість соціально-економічних відносин виникають нові прогалини та потребує удосконалення відповідний механізм їх подолання. Дослідження в цій сфері нададуть можливість врахувати всі можливі обставини, щоб не допустити прогалин, а в зв'язку з цим і порушень прав і законних інтересів людини. Класифікація прогалин допоможе як правотворцеві, так і правозастосувачеві швидко зорієнтуватися та знайти спосіб вирішення проблеми.

Метою цієї статті є узагальнення поняття прогалин у праві, його ознаки, відмежування від інших суміжних правових явищ та класифікацію за різними критеріями для правильного обрання та застосування способів їх усунення та подолання, а також захисту прав, свобод та законних інтересів людини. Тут слід погодитися з твердженням О. Ф. Скакун, що порушення прав і свобод особи є на-

слідком існування прогалин у праві [3, с. 198].

Прогалина у праві – це повна або часткова відсутність у діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм [4]. Це є офіційна точка зору, що викладена в Листі Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18 на звернення щодо порядку застосування нормативно-правових актів. Такої ж точки зору дотримується і О. Ф. Скакун [3], А. М. Шульга [5], П. М. Рабінович [6], В. В. Лазарєв [7].

Необхідно зазначити, що основною спільною ознакою визначень прогалин є загальна вказівка на відсутність правових норм для регулювання існуючих суспільних відносин.

Термін «прогалина», на думку В. Лазарева, має два значення. У прямому сенсі прогалина визначається як пусте, незаповнене місце, пропуск (наприклад, у друкованому тексті), в переносному – як упущення, недолік. При цьому упущення характеризується як невиконання належного, недогляд, помилка через недбалість, а недолік – як недосконалість, вада, похибка або неповна кількість чогось.

Таким чином, про прогалини можна говорити як у випадках, коли є навмисно незаповнений простір, не підлягає заповненню в силу специфіки самого предмета, так і у випадках, де пусте місце є його вадою, упущенням у його формуванні. Прогалина в прямому сенсі є необхідною якістю самого предмета, при втраті якого предмет перестає бути тим, чим він є насправді. Заповнення пропусків з внутрішніх джерел неможливо, а із зовнішніх виключено, оскільки інакше створюється якісно нове явище. Навпаки, приймаючи переносне значення слова, ми визнаємо тим самим необхідність усунення існуючого недоліку [8, с. 4].

Так, В. С. Нерсисянц вважає, що прогалини в праві можуть бути наслідком неминучого відставання законодавства від динамічних суспільних відносин або результатом помилок законодавця тощо [1, с. 490].

У праві існують правові явища, які схожі до прогалин. Для того, щоб відрізнити ці категорії, слід розглянути погляди вчених з приводу цього питання. Так, науковці вважають, що поняття «кваліфіковане мовчання законодавця» означає ті випадки, коли законодавець навмисно залишає питання відкритим, утримується від прийняття норми, показуючи тим самим небажання їх приймати, відносячи рішення справи за межі законодавчої сфери. Таким чином, законодавець залишає вирішення питання на розсуд правозастосовного органу, розраховуючи, що його законодавча воля буде конкретизована іншими правовими актами [9, с. 56].

Варто погодитися із О. Ф. Скакун, яка зазначає, що прогалину в праві не можна ототожнювати з «помилкою в праві» як результат невірної оцінки об'єктивних умов і вияву не тієї законодавчої волі, котру слід було б втілити в нормативно-правовому акті.

«Помилка в праві» можлива у випадках, коли правотворчий орган: 1) помилково вважає якісь відносини такими, що не підлягають правовому регулюванню; 2) помилково покладається на конкретизацію права в ході його застосування; 3) помилково передає питання на розсуд того, хто застосовує право; 4) видає норму, яка не потрібна; 5) помилково вирішує питання в установленій нормі. У перших трьох випадках «помилка в праві» доміслює наявність прогалин [3].

Також не можливо порівнювати прогалини з нормами, які є незрозумілими, «темними», тобто з такими нормами, які потребують тлумачення, оскільки спосіб усунення таких «темних» норм є тлумачення, а спосіб усунення прогалин є аналогія.

Неправильне визначення правозастосовним органом наявності прогалин у праві в тому випадку, якщо певні відносини не врегульовані конкретним законом, але їх регламентація встановлена в нормативно-правових актах нижчого рівня або якщо такі відносини урегульовані договором.

Таким чином, ми можемо погодитися з О. Колотовою, що «кваліфіковане мов-

чання законодавця», «помилка в праві», норми, що потребують тлумачення та колізії не є прогалинами у праві, а отже в таких випадках не допустима аналогія права та аналогія закону з метою їх подолання.

Прогалини у праві також слід відмежовувати від таких 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) колізії норм права.

Синтез наведених визначень свідчить про те, що сама собою відсутність правової норми може ще і не свідчити про наявність прогалини, оскільки теорією права передбачається, що правове регулювання не охоплює й не повинно охоплювати собою всього розмаїття суспільних відносин. Ознакою існування прогалини права є відсутність норми лише у сфері суспільних відносин, що підлягають обов'язковому правовому регулюванню [10, с. 138].

Іноді в теорії держави та права крім термінів «прогалина», «помилка в праві», використовується «дефект в праві». О. Кармаза в своїй статті, присвяченій прогалинам в житловому законодавстві, зазначає, що словник іншомовних слів розкриває «дефект» (лат. defectus – недолік / defecere – бракувати, не вистачати) як ваду, хибу, недолік, слабе місце, пошкодження тощо [11]. Тлумачний словник української мови «помилку» розглядає як неправильну думку, хибне уявлен-

ня, неточність у законі [12]. Тобто варто погодитися, що ці поняття є різними.

Хоча в літературі термін «дефект» вживається у більшості випадків не в значенні права, дефекти права, а саме дефекти законодавства, існують на сьогодні. Визначаючи місце поняття «дефект права» у системі інших правових категорій, необхідно розрізнити це поняття в широкому та у вузькому значенні. Так, в широкому значенні поняття «дефект права» є більш об'ємним, ніж поняття «прогалина в праві», оскільки прогалина у праві є одним із видів правових дефектів, одним із проявів недосконалості права. У вузькому значенні – може бути ідентифіковано з одним із видів прогалин у праві – із суб'єктивними прогалинами, прогалинами, які вказують на вади законодавчої техніки. Тобто це внутрішні протиріччя, колізії матеріальних норм, помилки законодавця тощо [13, с. 68].

Для того, щоб відмежувати прогалини права від інших суміжних з ними явищ необхідно звернути увагу на основні ознаки, що характеризують прогалини у праві. Серед них виділяють: 1) повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин (випадку), які знаходяться у сфері правового впливу та які потребують правового регулювання; 2) оціночний характер прогалин у праві, позитивна оцінка, наявність яких залежить від правосвідомості суб'єкта правозастосування; 3) прогалини в праві – це недолік у праві, відсутність у ньому того, що повинно бути необхідним його компонентом, що обґрунтовує необхідність подолання існуючого недоліку; 4) прогалини у праві є нетиповими ситуаціями та зумовлюють нетиповість правозастосовної діяльності, яка втрачає свою традиційну послідовність, як системи логічно пов'язаних, послідовних дій; 5) прогалини у праві є об'єктивними життєвими ситуаціями, які спричинені внаслідок 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, прогалини 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 [9, с. 56].

Як вважає В. Марчук, прогалина в праві – це прогалина в законодавстві, тобто відсутність закону, законодавчих норм, що регулювали б певні ситуації, з якими стикається практика і навіть більше – правозастосовна практика, за умови, що подібні ситуації потребують правового, а не будь-якого іншого регулювання. А тому прогалини у праві характеризуються: 1) відсутністю необхідної правової норми, відсутністю відповідних законодавчих приписів; 2) практичною потребою саме нормативно-правового врегулювання певних життєвих ситуацій, тобто врегулювання за допомогою юридичних засобів; 3) реальною наявністю такого роду ситуацій, з якими стикаються правозастосовні органи, які зобов'язані їх розв'язувати, беручи до свого провадження [14].

У Листі Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18 на звернення щодо порядку застосування нормативно-правових актів наголошується на необхідності розрізняти прогалини в праві та прогалини в законі.

Прогалини в праві – це повна або часткова відсутність в діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм.

Прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у даному законі [4].

Так, на думку В. В. Лазарева, види прогалин у праві можна класифікувати за такими критеріями:

1) за повнотою правового регулювання: а) повна відсутність норм; б) неповнота діючих норм;

2) за наявністю волі законодавця: а) воля на врегулювання відносин виявлена («дійсні»); б) воля законодавця не виявлена («недійсні»);

3) залежно від джерел виявлення прогалин: а) із самої системи законодавства («іманентні»); б) із зовнішніх джерел («трансцендентні»);

4) за часом виникнення: а) «первинні»; б) «похідні»;

5) за суб'єктивною стороною прояву волі законодавця: а) «простими»; б) «непростими»; в) «навмисні»;

6) за можливістю подолання при реалізації права: а) «подоланні»; б) «неподоланні» [7, с. 28].

Зокрема, В. Лазарев зазначає, що прогалини у законах, у законодавстві є прогалинами в праві та навпаки [7, с. 28]. Підтримують таку точку зору М. Вовпенко [15, с. 24], С. Алексєєв [16, с. 261] та ін.

На думку Т. Коваленко, залежно від чинників, які призвели до появи прогалин, можна виділити: а) об'єктивні прогалини та б) суб'єктивні прогалини. Об'єктивні прогалини наявні на момент виникнення певних суспільних відносин, що потребують правового регулювання. Суб'єктивні прогалини можуть виникати у процесі застосування права судовими органами, коли скасовується незаконний нормативно-правовий акт, що тягне появу прогалини правового регулювання певних суспільних відносин [17, с. 25].

За субординацією в правовому регулюванні можна виділити: а) прогалини матеріального права; б) прогалини процесуального права.

Разом із тим різні дослідники виокремлюють інші різні сторони й елементи прогалин. Так, В. Нерсєсянц вважає, що прогалини в праві можуть бути наслідком неминучого відставання законодавства від динамічних суспільних відносин або результатом помилок законодавця тощо [1, с. 490], а О. Венгеров, підтримуючи цю точку зору, вказує, що прогалини в праві мають об'єктивну та суб'єктивну природу. Об'єктивні прогалини – це прогалини при виникненні нових суспільних відносин – правовий

вакуум; суб'єктивні – це прогалини недосконалості законодавства, юридичної техніки тощо [18, с. 268].

А. Черданцев поділяє прогалини на первісні та похідні (прогалини еволюції) [19, с. 251].

Є. Харитонов виділяє реальні та формальні прогалини. Так, реальні прогалини означають дійсну відсутність правого регулювання суспільних відносин, що знаходяться у сфері права, а формальні – відбивають такий стан речей, коли те чи інше питання законодавство прямо не регулює, але відповідь на нього можна знайти за допомогою аналізу та різноманітних прийомів тлумачення правових норм [20, с. 30].

Л. Луць нормативно-правові прогалини поділяє на п'ять груп: 1) за зовнішньою формою права: прогалини у нормативно-правових договорах та у нормативно-правових актах; 2) за видами нормативно-правових актів, у яких вони містяться: прогалини у законах та у підзаконних актах; 3) за елементами норми права: прогалини у гіпотезі, диспозиції та санкції; 4) за галузевою належністю: конституційні, трудові, цивільні та інші нормативно-правові прогалини; 5) за часом виникнення: первинні, вторинні прогалини; за причинами виникнення: об'єктивні та суб'єктивні прогалини.

Слушною є думка Л. А. Луць, яка під нормативно-правовою прогалиною розуміє часткову відсутність нормативно-правових приписів у межах правового регулювання, зумовлену станом розвитку суспільних відносин та відставанням від нього правотворчості. Повну відсутність нормативно-правових приписів щодо суспільних відносин, які потребують правової регламентації і можуть бути врегульовані правом, Л. А. Луць називає правовим вакуумом [21, с. 293].

Нормативно-правова прогалина матиме місце за відсутності конкретного нормативно-правового припису, перебування суспільних відносин у межах правового регулювання, а також можливості їх подолання. Не можна говорити про наявність прогалини, якщо хоч одна з цих умов відсутня.

Виходячи з вищевикладеного можна зробити низку висновків.

Не існує суспільства без прогалин у законодавстві, це підтверджується історичним витоком вчень про прогалини права починаючи з давньоримських часів і дотепер.

Прогалина у праві – це повна або часткова відсутність у діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм. Основною та визначальною спільною ознакою поняття прогалин є загальна вказівка на відсутність правових норм для регулювання існуючих суспільних відносин.

Для того щоб відмежувати прогалини права від інших суміжних з ними явищ необхідно звернути увагу на основні ознаки, що характеризують прогалини у праві.

Слід відмежовувати прогалини права від таких суміжних правових явищ, як: «кваліфіковане мовчання законодавця»; «помилка в праві»; удавана потреба в правовому регулюванні; «темнота» правових норм; колізії норм права, а також від дефекту права, що є ширшим поняттям, ніж прогалина. Застосування аналогії до таких суміжних явищ не допустимо.

Не дивлячись на велику кількість науковців, що досліджували дану проблему, все ж деякі галузі права залишаються без належного вивчення прогалин права, зокрема, цивільне процесуальне право, а тому потребує подальшого вивчення поняття прогалин у цивільному процесуальному праві, ознаки, класифікація, критерії відмежування їх від інших правових явищ.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Нерсесянц, В. С. Философия права / В. С. Нерсесянц. – М. : Норма, 1997. – 652 с.
2. Туманов, Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. Теоретическое исследование : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Д. А. Туманов. – М., 2007. – 184 с.
3. Скаун, О. Ф. Теория держави і права / О. Ф. Скаун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.
4. На звернення щодо порядку застосування нормативно-правових актів : Лист МЮУ 30.01.2009 № Н-35267-18.

5. Шульга, А. М. Теория государства и права / А. М. Шульга. – Харьков : 2000. – 132 с.
6. Рабінович, П. М. Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. – Х. : Консум, 2002. – 160 с.
7. 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. 128.
8. Лазарев, В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. – М. : Юрид. лит., 1974. – 184 с.
9. Колотова, О. В. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ / О. В. Колотова // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2009. – № 3. – С. 55-59.
10. Пригодський, В. Щодо прогалин права як детермінант виникнення адміністративно-господарського спору, їх виявлення та подолання/ В. Пригодський // Адмін. право. – 2009. – № 11. – С. 137-140.
11. Сучасний словник іншомовних слів: близько 20 тис. слів та словосполучень / уклад. О. І. Скопненко, Т. В. Цимбалюк. – К. : 2006. – С. 216.
12. Новий тлумачний словник української мови у трьох томах : 42000 слів. – Т. 1. А-К / уклад. В. Яременко. – 2-е вид., виправл. – К. : Аконіт, 2004. – 926 с.
13. Кармаза, О. Способи подолання прогалин в житловому законодавстві / О. Кармаза // Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юрид. науки. – 2011. – № 86. – С. 67-70.
14. Марчук, В. М. Нариси з теорії права : навч. посіб. / В. М. Марчук, Л. В. Ніколаєва. – К. : Істина, 2004. – 304 с.
15. Вопленко, Н. Н. Официальное толкование норм права / Н. Н. Вопленко. – М. : Юрид. лит., 1976. – 119 с.
16. Алексеев, С. С. Проблемы теории права : в 2 т. / С. С. Алексеев. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. инст., 1973. – Т. 2. – 401 с.
17. Коваленко, Т. О. Види прогалин у земельному праві / Т. О. Коваленко // Юрид. науки. – 2011. – № 87. – С. 25-28.
18. Венгеров, А. Б. Теория государства и права / А. Б. Венгеров. – М. : Юриспруденция, 2000. – 528 с.
19. Черданцев, А. Ф. Теория государства и права / А. Ф. Черданцев. – М. : Норма, 2000. – 432 с.
20. Харитонов, Є. О. Цивільне право України. Елементарний курс : навч. посіб. / Є. О. Харитонов. – Суми : ВТД «Університетська книга», 2006. – 352 с.
21. Луць, Л. А. Загальна теорія держави і права : навч.-метод. посіб. (за кредитно-модульною системою) / Л. А. Луць. – К. : Атіка, 2007. – 412 с.