



О.М. Тарнопольська,
магістр права
(Академія адвокатури України)

Види прогалин в праві

Ключові слова: прогалини в праві, повні прогалини, неповні прогалини, колізійні прогалини, технічні прогалини.

Прогалини в праві є одним із його недоліків, поряд із колізіями, невиправданим дублюванням правових норм, нерациональним розташуванням правових норм, логічною недосконалістю правових конструкцій. Прогалини в праві існують об'єктивно, і для правозастосовчих органів вони створюють суттєві труднощі при необхідності врегулювати певні суспільні відносини нормами права. Виділення окремих видів прогалин має значення для більш глибокого їх пізнання, з'ясування причин появи – в цьому полягає теоретичне значення класифікації прогалин в праві. Практичне ж значення класифікації розкривається в процесі встановлення прогалин, а згодом в процесі їх подолання чи усунення.

Більшість вчених при характеристиці прогалин розрізняють повні та неповні прогалини. Так, С.І. Вільнянський зазначає, що “прогалини в праві не зводяться до повної відсутності нормативного регулювання певних відносин. Вони можуть бути і там, де діючі норми є неповними, тобто не враховують повністю необхідних особливостей даного випадку, і там, де є кілька норм, що знаходяться між собою у протиріччі” [2, 54]. Таким чином, С.І. Вільнянський виділяє повні та неповні прогалини, а також такі, що виникають внаслідок протиріччя кількох норм.

С.С. Алексєєв зазначає, що прогалини в праві – це поняття, яке стосується неповно-

ти юридичної основи застосування права, і що слід відрізнити неповноту від випадків повного неврегулювання в праві тих чи інших відносин [1, 261]. В.В. Лазарєв також в своїх працях відзначає існування повних та неповних прогалин: “Прогалиною в праві є повна відсутність необхідних норм чи їх неповнота” [7, 92–96].

Про повні прогалини можна говорити там, де законодавець не врегулював певні суспільні відносини, які за своєю суттю потребують правового опосередкування. Часто причиною цього є те, що законодавець не передбачив можливості появи чи відокремлення якихось фактичних відносин, або потреба в їх урегулюванні з'явилася після того, як законодавець визначив рамки правового регулювання виданням певних актів.

На думку П.О. Недбайла, прогалина в праві – це прогалина в змісті діючого права по відношенню до фактів суспільного життя, що знаходяться в сфері правового впливу [10, 456]. З огляду на це можна сказати, що не є прогалиною відсутність бажаної для правозастосовчого органу норми, якщо ця частина суспільних відносин знаходиться поза сферою правового впливу.

Проблема полягає в тому, щоб визначити юридичну значимість тих чи інших фактичних суспільних відносин, які мали б підлягати правовому регулюванню. Так, на думку В.І. Леушина, при повних прога-

линах виникнення певних факторів відразу тягне за собою появу правовідносин, які виступають свідченням правового характеру даного випадку [9, 9–11].

С.С. Алексєєв вважає, що вирішенню питання про правовий характер даного випадку сприяє така ситуація, коли від вирішення певної справи прямо залежить забезпечення прав та інтересів, охоронюваних законом [1, 264]. Л.С. Явіч вважає, що якщо законодавець не врегулював відносини, що об'єктивно потребують правового опосередкування, – суб'єктивні права виникають в ході судової практики, але ще не знайшли свого виразу в законодавстві, в зв'язку з чим і існує прогалина [15, 144].

Як приклад повної прогалини, візьмемо явище лобіювання в Україні. Не секрет, що цей процес, тобто лобіювання конкуруючими “групами впливу” своїх інтересів в органах державної влади, має місце як при розробці, обговоренні та прийнятті законів (законодавче лобіювання), підзаконних актів (виконавче лобіювання) і навіть у ході реалізації правосуддя (судове лобіювання). Таким чином, об'єктами лобізму стають: парламент, уряд, адміністрація Президента, органи державної влади на місцях, суд, правоохоронні органи. Причому методи здійснення такого впливу різні, від цілком законних – підготовка альтернативних законопроектів, проектів актів виконавчої влади, надання інформації щодо питання, яке розглядається, до відвертого підкупу, шантажу, погроз. Звичайно, ми не будемо заперечувати, що явище лобізму притаманне будь-якій державній організації і складає невід'ємний політико-правовий інститут демократичної системи. Але воно має бути урегульованим на рівні закону, бо ці відносини є вкрай важливими для суспільства, вони фактично входять в сферу правового регулювання, і теперішня їх нерегламентація служить не завжди на користь суспільства. В даному прикладі маємо прогалину у вигляді повної відсутності регулювання, яку слід заповнити чимшвидше. У ряді країн світу лобізм урегульований на рівні закону (США, Канада), у ФРН – на рівні підзаконного

акту. В Індії, наприклад, лобізм прирівняно до корупції. Є необхідність у прийнятті в Україні закону про лобізм, в якому було б доцільно закріпити: 1) визначення поняття лобіювання, лобіста як фізичної та юридичної особи; 2) визначити порядок взаємодії з клієнтами та органами державної влади; 3) розглянути внутрішній лобізм, передбачити обов'язок депутатів та чиновників перед обговоренням питань оголошувати свою заінтересованість; 4) закріпити методи здійснення лобістської діяльності; 5) встановити порядок та суб'єктів контролю за лобістською діяльністю; 6) закріпити права лобістів, порядок їх реєстрації з метою стимулювання виходу з тіні.

Таким чином, щоб з'ясувати, чи входять певні суспільні відносини до сфери правового регулювання, і мають, в такому випадку, регулюватися правом, необхідно виділити основні критерії встановлення прогалин в праві у випадку повної відсутності норми [7, 94]:

1) суспільні відносини, що мали би підлягати правовому регулюванню, повинні досягти своєї зрілості. Необхідність нормативного правового регулювання має бути матеріально обумовленою;

2) визнання факту неврегульованості певних відносин прогалиною в праві повинно відповідати або хоча б не суперечити основним принципам права;

3) дослідником враховуються політика законодавця на конкретному етапі розвитку суспільства;

4) воля на створення відповідної норми може бути виражена певним загалом. Оформлення її може проявитися в рішеннях громадських організацій, партій, на з'їздах, інших форумах громадськості.

В обґрунтування цієї позиції можна привести приклад про пренатальні генетичні обстеження. Необхідність або можливість здійснення таких обстежень зумовлена розвитком медицини у сфері біотехнологій, але тут виникають пов'язані із цим проблеми захисту прав людини щодо отримання, використання і зберігання її генетичних даних. Багато медиків та юристів вважають, що це прогалина,

яка потребує заповнення, для прикладу, прийняттям Закону “Про пренатальний генетичний скрінінг, пренатальну генетичну діагностику” [4].

Отже, повні прогалини – це відсутність правового регулювання по відношенню до суспільних відносин, які фактично ввійшли в сферу правового регулювання і об’єктивно потребують законодавчого закріплення. Про повні прогалини С.С. Алексєєв: “Це явища соціального порядку, що стосуються змісту правового регулювання, зрілості даних відносин, методів їх правового опосередкування і т.п. Звідси і своєрідність способу їх усунення. Вони долаються лише одним шляхом – шляхом правотворчості” [1, 261]. Ми погоджувемось із цією позицією, оскільки закріплення за певними суспільними відносинами статусу правових є складним процесом і, напевно, стадії законотворчого процесу сприяють виявленню дійсної потреби на врегулювання тих чи інших відносин правом.

Неповні прогалини легше виявити, бо фактичні суспільні відносини вже увійшли в сферу правового регулювання і опосередковано нормами права врегульовані. Іншими словами, тут законодавець вже проявив свою волю на врегулювання даних суспільних відносин, і перш за все, за словами С.С. Алексєєва, “фактом “підпорядкування” даного випадку загальним правовим принципам (а також прямою вказівкою, регламентацією прав, органічно пов’язаних із неурегульованими фактичними обставинами і т.п.)” [1, 262].

Неповні прогалини слід відрізняти від випадків, коли норма права, регулюючи якісь правовідносини в цілому, певні сторони його чи прояви може ігнорувати, явно чи мовчазно передбачаючи врегулювання їх іншими соціальними нормами. Наприклад, ст. 47 КК України передбачає можливість звільнення особи, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості та щиро покаялася, від кримінальної відповідальності і передачу її на поруки, але закон не встановлює правил і методів перевиховання. Прогалини тут немає, оскільки відносини виправлення правопорушника в

даному конкретному випадку виходять за рамки правового регулювання.

Часто неповні прогалини встановлюються в процесі тлумачення норм права. Оскільки закон виражений в нормах словесно, а текстуальний вираз закону не завжди відповідає тому, що хотів сказати законодавець. І за допомогою різних прийомів тлумачення (граматичного, логічного, системного, історичного і т. д.) уявляється дійсна воля законодавця, а з допомогою поширювального чи обмежуваного тлумачення буквальний зміст норми приводиться у відповідність із дійсним. Прогалиною ж буде лише така невідповідність між волею законодавця і її словесним формулюванням, коли ні один із прийомів тлумачення не допомагає виявити її у всіх подробицях і повноті, необхідних для практичного вирішення справи [7, 95].

У нормативно-правових актах часто зустрічаються поняття, які потребують конкретизації в процесі застосування права. В.В. Лазарєв: “Для правозастосовчих органів важливо відрізнити прогалину в праві від випадків, коли законодавець уповноважує його на конкретизацію закону чи вирішення справи на власний розсуд” [8, 111]. При конкретизації в рамках загальних правових приписів виробляються нові, додаткові, більш конкретні правові положення. Відсутність останніх в законі не є прогалиною, бо законодавець свідомо відмовляється від встановлення більш конкретних правових норм, аніж ті, які він прийняв. Особливо потребують конкретизації норми із так званими “оціночними” поняттями (злісність, непридатність, тяжкі наслідки і т. п.). Так, наприклад, згідно із п. 3 ч. 1 ст. 41 Кодексу законів про працю України, однією із додаткових підстав розірвання трудового договору з ініціативи власника є вчинення працівником, який виконує виховні функції, аморального проступку, не сумісного із продовженням даної роботи. Що є аморальним проступком, Кодекс не визначає. Це питання відносить законодавець на конкретизацію правозастосовчими органами. Практика з цього приводу склалася таким чином, що

аморальним проступком працівника, який виконує виховні функції, є рукоприкладство до дітей, нецензурна лайка в їх присутності чи в громадському місці, поява на роботі чи в будь-якому іншому громадському місці в нетверезому стані і т. п.

Таким чином, в процесі тлумачення з'ясується воля законодавця, виражена в конкретній нормі, а при прогалині така норма чи відсутня, чи її зміст є недостатнім для вирішення конкретної юридичної справи.

Отже, для доведення існування неповної прогалини потрібно встановити:

- 1) що дані суспільні відносини ввійшли в сферу правового регулювання, але врегульовані неповно, недостатньо;
- 2) що існує позитивна воля законодавця на врегулювання таких відносин;
- 3) жодний із прийомів та видів тлумачення не в змозі встановити достатній зміст правової норми для вирішення конкретної справи.

Абстрагуючись від поділу прогалин на "повні" та "неповні", в юридичній літературі загалом виділяють чимало їх видів. Для прикладу, В.В. Лазарєв визначає наступні критерії, які можуть бути покладені в основу розподілу прогалин на види [6, 30]:

- 1) зміст і структура правового матеріалу;
- 2) причини та час їх появи;
- 3) відношення законодавця до прогалин та його "вина" у їх появі;
- 4) способи встановлення прогалин;
- 5) засоби їх усунення.

Що стосується першого критерію, В.В. Лазарєв виділяє наступні види прогалин:

прогалина в позитивному праві – це той випадок, коли немає ні закону, ні підзаконного акту, ні звичаю, ні прецеденту;

прогалина в нормативно-правовому регулюванні – відсутність норм закону і норм підзаконних актів;

прогалина в законодавстві (в вузькому і точному сенсі цього слова) – відсутність закону (акта вищого органу влади) взагалі;

прогалина в законі – неповне врегулювання питання в даному законі.

С.С. Алексєєв, О.С. Іоффе, М.Д. Шаргородський за часом виникнення прогалини поділяють на "первинні" та "вторинні". Про первинні прогалини кажуть тоді, коли вони існують на момент видання нормативно-правового акту. Вони є наслідком того, що законодавець або не знав про наявність обставин, що потребують правового врегулювання, або не усвідомлював необхідності врегулювання відомих йому суспільних відносин, або, знаючи про них та усвідомлюючи необхідність їх закріплення в праві, не зробив цього при виданні акту [1, 262; 3, 368].

Вторинні ж прогалини виникають після видання нормативно-правового акту. Вони обумовлені: 1) появою зовсім нових суспільних відносин, обставин, що потребують правового опосередкування; 2) потребою в регулюванні нормою явищ, що раніше були праву байдужими [6, 33]. Така потреба може виникнути в зв'язку із зміною поглядів та оцінок, появою нових суспільних відносин, а також там, де регулювання якихось відносин належало до компетенції правозастосовчого органу.

Якщо законодавець не знав і не міг знати про існування відносин, що потребують чи можуть потребувати правового регулювання, тоді маємо "простими" прогалини. У випадках, коли законодавець міг знати про певні відносини чи їх настання в майбутньому, міг виявити потребу в їх правовому регулюванні, а тим більш, коли знав про необхідність закріплення певних відносин в нормативно-правовому акті, але не зробив цього по недбалості, такі прогалини слід вважати "непростими" [6, 34].

Слід зауважити, що таким поділом вчені вказують, так би мовити, на "вину" законодавця у появі прогалин і тим самим орієнтують його на більш детальну підготовку законопроектів, на всестороннє врахування наукових рекомендацій *de lege ferenda*.

Особливим видом прогалини є "технічні". Вони відображають рівень законодавчої техніки і ступінь її використання. Під законодавчою технікою розуміють систему правил найбільш раціонального і правильного викладення правових інсти-

тутів, норм, статей в нормативно-правових актах з метою досягнення досконалості форм їх вираження [6, 34]. При відсутності, недотриманні таких правил, при порушенні їх в нормативних актах зустрічаються неоднозначність, багатослівність, нелогічна побудова матеріалу і т. п., що породжує прогалини та інші недоліки. Для запобігання появи “технічних” прогалин доцільно було б прийняти в Україні Закони “Про закони і законодавчу діяльність” та “Про нормативно-правові акти”.

Пробільність права перехрещується із явищем суперечності правових норм. Іншими словами, явище пробільності пов’язане із колізіями в праві. Тому виділяють ще й “колізійні” прогалини.

Слово колізія походить від латинського *collisio*, що означає зіткнення. Юридичні колізії – це розходження чи суперечності між окремими нормативно-правовими приписами, що регулюють одні і ті самі, або суміжні суспільні відносини, а також суперечності, що виникають в процесі здійснення компетентними органами і посадовими особами своїх повноважень [5, 47]. Практичне значення має так зване розв’язання колізії, тобто визначення акту, який має бути застосований до конкретних правовідносин.

Як приклад, можемо привести колізію в законодавстві про вибори. В п. 4 ст. 3 Закону “Про вибори народних депутатів України” 1997 р. містилося, що здійснення виборчого права призупиняється для осіб, що перебувають за вироком суду в місцях позбавлення волі – на час перебування в цих місцях. В даному випадку між п. 4 ст. 3 Закону і ст. 70 Конституції України виникла колізія, оскільки конституційна норма не передбачає можливості тимчасового призупинення виборчого права.

Крім того, ч. 4 ст. 3 цього Закону суперечила ч. 1 ст. 64 Конституції України, згідно з якою конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків передбачених Конституцією України. А ст. 70 Конституції встановлює тільки одне обмеження для реалізації виборчих прав: “Не мають права голосу

громадяни, визнані судом недієздатними”. Конституційний Суд України обґрунтовано прийшов до висновку про невідповідність Конституції України ч. 4 ст. 3 Закону “Про вибори народних депутатів України” [13, 368].

Наявність колізій не варто розглядати лише як явище негативне, оскільки колізії нерідко несуть в собі позитивний заряд, бо служать свідченням нормального процесу розвитку або ж виражають законну вимогу на новий правовий стан [14].

В колізіях та прогалинах є багато схожого, проте ці правові явища не є тотожними. Вони перехрещуються, коли мова йде про неповне, часткове урегулювання правових відносин (тут може бути і колізія, і прогалина). Коли регулювання взагалі не існує, тоді маємо прогалину. Прогалина створюється там, де має місце радикальне протиріччя норм однакової сили, коли одна із них “знищує” іншу [12, 4].

Стосовно способів усунення, то прогалини поділяють на такі, що усуваються в процесі правотворчості, та такі, що заповнюються в процесі правозастосовчої діяльності.

Деякі юристи виділяють в праві “навмисні” прогалини, тобто застосовують цей термін в прямому значенні. Про такі прогалини кажуть, наприклад, там, де законодавець свідомо залишає питання відкритим із наміром надати його вирішення часу або віддає його на розгляд практики.

Не можна плутати прогалини в законодавстві із так званим кваліфікованим мовчанням законодавства, коли він навмисно залишає питання відкритим, утримується від прийняття норми, показуючи тим самим небажання її приймати, і надає можливість вирішення справи за межами законодавчої сфери. Стан пробільності в законах слід також відрізнити і від тих випадків, коли законодавець віддає вирішення питання на огляд правозастосовчих органів, коли він розраховує, що його законодавча воля буде конкретизована іншими правовими актами.

В процесі розвитку суспільних відносин, самого права можливе виділення

й інших видів прогалин, таким чином, будь-яка класифікація є відносною. Теоретичне значення класифікації прогалин має на меті вивчення їх природи, з'ясування їх походження та визначення самого по-

няття. Практичне ж значення класифікації є важливим при подоланні прогалин правозастосовчими органами чи їх усуненні нормотворчими.

Список літератури:

1. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. – Свердловск, 1973.
2. *Вильянский С.И.* Толкование и применение гражданско-правовых норм. Методические материалы ВЮЗИ. – М., 1948.
3. *Иоффе О.С., Шаргородский М.Д.* Вопросы теории права. – М.: Госюриздат, 1961.
4. *Кашинцева О.* Проблеми пренатальних генетичних обстежень в Україні // Адвокат. – № 3(4). – 2005.
5. *Керимов Д.А.* Кодификация и законодательная техника. – М.: Госюриздат, 1962.
6. *Лазарев В.В.* О видах пробелов в праве // Правоведение. – 1969. – № 6.
7. *Лазарев В.В.* Понятие пробелов в праве // Сов. государство и право. – 1967. – № 4.
8. *Лазарев В.В.* Применение советского права. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1972.
9. *Леушин В.И.* О динамичности права. Сборник аспирантских работ. – Свердловск, 1970.
10. *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960.
11. Проблемы общей теории права и государства. – М.: НОРМА, 2001.
12. *Тихомиров Ю.А.* Юридические коллизии: власть и правопорядок // Государство и право. – 1994. – № 1.
13. *Тодыка Ю.Н.* Конституция Украины: проблемы теории и практики. – Харьков: Факт, 2000.
14. *Тодыка Ю.Н., Яворский В.Д.* Выборы народных депутатов Украины: конституционно-правовой аспект. – Харьков, 1998.
15. *Явич Л.С.* Общая теория права. – Ленинград, 1976.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются виды пробелов в праве, особое внимание автор уделяет характеристике полных и неполных пробелов. Приводятся примеры полных, неполных пробелов, критерии их установления.

SUMMARY

The article examines kinds of gaps in legislation, special attention has been paid to the characteristics of complete and incomplete gaps. Presented are the examples of complete and incomplete gaps, the criteria of their application.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 09.06.08