

ПРОГАЛИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

GAPS IN CIVIL LEGISLATION AND WAYS TO OVERCOME THEM: A GENERAL THEORETICAL STUDY

Заболотна Н.Я., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Стаття присвячена загальнотеоретичному дослідженню поняття прогалин у цивільному праві та законодавстві, способів їх подолання. Наголошується, що явище прогалин у правовому регулюванні неминуче і властиве навіть найдосконалішій правовій системі. Підкреслено, що прогалини в цивільному праві обумовлені предметом цієї галузі права, який охоплює величезну кількість суспільних відносин та перебуває у постійній динаміці, залежить від правової системи, державного устрою, ідеології, стану економіки та інших чинників. Прогалини в праві обумовлені «старінням», «відставанням» законодавства і неможливістю охопити всі суспільні відносини, що з'являються, та які підлягають правовому регулюванню і для яких чинне законодавство відповідних правових норм поки не передбачає. Прогалину в цивільному праві можна розуміти, як повну чи часткову відсутність у цивільно-правових джерелах правової норми конкретного змісту, що призводить до неврегульованості тих суспільних відносин, які об'єктивно перебувають у сфері правового регулювання цивільним правом. Прогалини у праві можливі і з таких суб'єктивних причин, як недоліки юридичної техніки, відсутність належної уваги правотворчих органів до вдосконалення законодавства, до своєчасного обліку в ньому тенденцій розвитку суспільних відносин тощо. Наявність прогалин у праві є передумовою використання аналогії закону чи аналогії права як засобу подолання правової невизначеності, що знаходиться у сфері правового регулювання, в процесі реалізації права. Розкрито юридичні аспекти аналогії, під якою в галузі права розуміють формально-логічний прийом, який використовується для подолання прогалин у тій чи іншій галузі законодавства. Вивчений матеріал дозволяє сформулювати висновок, що суть аналогії закону передбачає пошук рішення за підставі існуючої норми права, що розрахована не на даний, а на подібний за деякими (але не за всіма) ознаками випадок. Аналогія права, на відміну від аналогії закону, застосовується тоді, коли є відносини, які входять у сферу правового регулювання, проте відповідні норми права відсутні, і навіть немає норм чи звичаїв ділового обороту, що регулюють подібні суспільні відносини.

Ключові слова: цивільне право, цивільне законодавство, прогалина, прогалина у праві, прогалина у законі, суспільні відносини, правова норма, аналогія права, аналогія закону, субсидіарна аналогія.

The article is devoted to a general theoretical study of the concept of gaps in civil law and legislation, ways to overcome them. It is emphasized that the phenomenon of gaps in legal regulation is inevitable and characteristic of even the most advanced legal system. It is emphasized that the gaps in civil law are due to the subject of this branch of law, which covers a huge number of social relations and is in constant dynamics, depends on the legal system, the state system, ideology, the state of the economy and other factors. Gaps in the law are due to the "aging", "lag" of the legislation and the impossibility to cover all emerging social relations that are subject to legal regulation and for which the current legislation does not yet provide for relevant legal norms. A gap in civil law can be understood as a complete or partial absence in civil law sources of a legal norm of a specific content, which leads to the unsettlement of those social relations that are objectively in the sphere of legal regulation by civil law. Gaps in the law are also possible for such subjective reasons as the shortcomings of legal techniques, the lack of due attention of law-making bodies to the improvement of legislation, to the timely accounting in it of trends in the development of social relations, etc. The presence of gaps in the law is a prerequisite for the use of the analogy of the law or the analogy of the law as a means of overcoming legal uncertainty, which is in the field of legal regulation, in the process of implementing the law. The legal aspects of analogy are revealed, which in the field of law is understood as a formal-logical technique used to overcome gaps in one or another area of legislation. The studied material allows us to formulate the conclusion that the essence of the analogy of the law involves finding a solution based on the existing rule of law, which is calculated not for this, but for a case similar in some (but not all) characteristics. The analogy of law, in contrast to the analogy of the law, is used when there are relations that fall within the scope of legal regulation, but there are no corresponding norms of law, and there are even no norms or customs of business turnover that regulate such social relations.

Key words: civil law, civil legislation, gap, gap in law, gap in law, social relations, legal norm, analogy of law, analogy of law, subsidiary analogy.

Постановка проблеми. Відносини, опосередковані нормами цивільного права, є розгалуженою системою соціальних зв'язків, врегулювати які нормами цивільного права у повному обсязі неможливо, що обумовлює наявність прогалин системи цивільного права.

Правова природа прогалин в цивільному праві обумовлена предметом цієї галузі права. Важко уявити більш широку, змістовну та складну в юридичному регулюванні правову галузь, ніж цивільне право. Не можна дати повний перелік відносин, які охоплюють норми цивільного права. До того ж предмет цивільного права перебуває у постійній динаміці, залежить від правової системи, державного устрою, ідеології, стану економіки та інших чинників. Оскільки цивільне законодавство не здатне та й не призначене встановлювати норми на всі випадки життя, а також має диспозитивний метод правового регулювання, наділяє суб'єктів на широку свободу дій, то наявність прогалин є явищем достатньо поширеним [3, с. 49].

Проблема прогалин у праві є однією з актуальних у правовій дійсності. У правовій системі як України,

та і будь-якої іншої країни, є прогалини, а також норми, які не можна розглядати як оптимальні з точки зору регулювання ними суспільних відносин. Наявність прогалин в праві зумовлено прорахунком законодавця при прийнятті нормативно-правових актів чи еволюційними змінами в суспільних відносинах, які в такій ситуації неможливо було передбачити [4, с. 374]. Законодавство України є складною, багатогранною системою, у якій маса всіляких різночитань, нестиківок, паралелізмів, неузгодженостей, конфліктуючих чи конкуруючих інститутів. Тому в практиці правозастосування може виявитися, що при виборі та юридичному аналізі правової норми, яка має бути застосована до конкретного випадку, іноді виявляється прогалина у законодавстві.

Прогалини, протиріччя, невизначеність, неясність положень актів законодавства, відставання писаного права від потреб суспільного розвитку та інші дефекти законодавства негативно впливають на регулювання суспільних відносин, що веде до виникнення численних проблем у правозастосовній діяльності, порушення

прав та законних інтересів громадян та суб'єктів господарювання.

Проблема прогалин у праві не є новою у вітчизняній юридичній науці, але, незважаючи на велику кількість досліджень, не втрачає своєї актуальності.

Метою статті є визначення на основі вироблених теорією права положень поняття прогалин у цивільному праві та прогалин у цивільному законодавстві та способів їх подолання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій прогалин у праві, в тому числі й цивільного, було присвячено роботи багатьох вчених юристів. Тією чи іншою мірою вони були висвітлені у наукових працях таких дослідників, як А. Довгерт, С. Завальнюк, О. Колотова, С. Клім, В. Кройтор, В. Кравчук, О. Печений, С. Погребняк, О. Угриновська, С. Фурса, Є. Харитонов та ін. Але, незважаючи на увагу дослідників, питання прогалин у цивільному праві та законодавстві, способів їх подолання залишаються дискусійними.

Виклад основного матеріалу. Говорячи про сутність прогалин, доцільно розпочати дослідження з вивчення семантики цього терміну. У словниковій літературі слово «прогалина» розглядається у двох сенсах: у прямому сенсі прогалина – це проміжок між чим-небудь, порожнє місце, у переносному сенсі – це упущення, недолік, вада [2, с. 559].

Українські теоретики права визначають прогалину в праві як відсутність у праві нормативних настанов щодо тих чи інших життєвих обставин, які перебувають у сфері правового регулювання, а також указують, що прогалина в праві може існувати у вигляді повної відсутності будь-якого регулювання відносин та у вигляді неповного регулювання [11, с. 34–35]. Так, Ю. Заїка пропонує під прогалиною в праві розуміти випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового регулювання, але воно не передбачене конкретним законом, правовою нормою. [7, с. 29]. А на думку П. Рабіновича, прогалина в законодавстві являє собою відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового впливу, що окреслюється основними принципами права [14, с. 140]. Є. Харитонов вважає наявність прогалин у цивільному законодавстві нормальним явищем для цієї галузі, визначає їх як неповноту у вираженні цивільного права стосовно фактів суспільного життя, котрі знаходяться у сфері цивільно-правового регулювання [17, с. 77–78].

Отже, можна побачити, що в науковій літературі поняття прогалини в праві та прогалини в законодавстві науковцями, практично, не розрізняються.

Для того, щоб розрізнити поняття прогалини в праві та прогалини в законодавстві, Б. Фасій пропонує спочатку визначити поняття цивільного права і цивільного законодавства [3, с. 44–45]. Так, у значенні галузі національного права цивільне право може бути визначене, як сукупність концепцій, ідей і правових норм, що на принципах диспозитивності, юридичної рівності й ініціативи сторін установлюють статус приватної особи і забезпечують захист її інтересів. В свою чергу, цивільне законодавство України представляє собою систему норм, що регулює цивільні відносини, а саме до цієї системи норм належать: закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України (тлумачення надане згідно Рішення Конституційного Суду України від 09.07.1998 р. № 17/81-97) [3, с. 44–45]. Отже, на думку Б. Фасій, поняття галузі цивільного права є ширшим ніж поняття цивільного законодавства, адже цивільне законодавство є лише однією з форм вираження цивільного права

і включає в себе лише норми, що регулюють цивільні правовідносини. Таким чином, продовжує цитований автор, прогалина в цивільному законодавстві представляє собою відсутність нормативного врегулювання відносин, що виражається у відсутності належної норми в законодавстві. В той час як прогалина в праві є ширшим поняттям, вона може представляти собою відсутність такої норми в цивільно-правовому договорі, звичаї, судовій практиці, або навіть відсутність такої ідеї чи концепції вираженої в науковій доктрині тощо. При визначенні поняття «прогалина в праві (законодавстві)» слід взяти до уваги, що йдеться лише про ті відносини, які можливо врегулювати за допомогою права, тобто лише ті факти суспільного життя, котрі знаходяться в сфері правового регулювання [3, с. 44–45].

Відповідно до листа Міністерства юстиції «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» вітчизняним законодавцем розрізняються прогалини в праві та прогалини в законі. Прогалини в праві – це повна або часткова відсутність у чинних нормативно-правових актах необхідних юридичних норм. Прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у законі [9].

А. Майданюк також розрізняє поняття «прогалини в праві» і «прогалини в законі». Під прогалиною в праві вона пропонує розуміти повну або часткову відсутність правових норм у чинних нормативних актах (що є ширшим поняттям, ніж закон), які потребують врегулювання конкретних життєвих обставин, правовідносин. У свою чергу прогалиною в законі вона розуміє повну або часткову відсутність правових норм у певному законі, які необхідні для врегулювання правовідносин [10, с. 45].

Прихильником думки, що теоретично поняття «прогалина в праві» є ширшим за «прогалину в законодавстві», є й вітчизняний вчений С. Погребняк. На думку вченого, слід розрізнити прогалини в законодавстві і прогалини в праві. Якщо перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних відносин, то другі – про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права (правових звичаях, судових прецедентах, нормативно-правових договорах та ін.) [13, с. 45]. В той же час, науковець припускає, що з урахуванням прийнятої на сьогодні системи джерел права, левову частину якого становить законодавство, в переважній більшості випадків на практиці виявлення прогалин у законодавстві одночасно свідчить про наявність прогалин у праві [13, с. 45].

Розмежовує прогалини в праві й прогалини в законодавстві В. Тарануха, котра зазначає, що прогалина в праві являє собою відсутність правових норм або їхньої частини, необхідних для врегулювання певних життєвих обставин, суспільних відносин, які повинні й могли би бути врегульованими за допомогою права [15, с. 16–17]. А прогалину в законодавстві – як відсутність нормативної правової регламентації конкретної групи суспільних відносин у галузі правового регулювання, які визначені головними засадами права, інакше кажучи, це відсутність норми права, що могла би врегулювати певний вид суспільних відносин, яким необхідне правове врегулювання [15, с. 17].

Як зазначає С. Завальнюк, у більшості досліджень прогалин у праві, зокрема в цивільному праві, науковці-юристи досліджували саме відсутність нормативно-правового врегулювання правовідносин, ігноруючи той факт, що право у своєму зовнішньому прояві виражається не лише у формі нормативно-правових актів, але й у формі інших джерел, як-то цивільно-правовий договір, правовий звичай, і велика кількість учених-юристів у своїх працях не обмежуються перерахуваннями джерелами права у главі 1 ЦК України. І тому на підставі викладеного слід чітко розмежувати ці два поняття і визначити прогалини

в цивільному праві як ширше поняття по відношенню до поняття «прогаліни в цивільному законодавстві» [5, с. 91].

Отже, з урахуванням положень концепції інтегративного праворозуміння, видається, що право виражається в принципах і нормах права, що містяться в єдиній, багаторівневій і такій, що постійно розвивається системі форм національного права, яке реалізуються в державі. Виходячи з цього прогаліна у праві можлива лише за відсутності принципів та (або) норм права у всіх формах як національного, так і міжнародного права (міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України), що реалізуються в державі, а не в одній з них (наприклад, у правовому акті).

До об'єктивних причин прогаліності правового регулювання належить природне «відставання» законодавства, пов'язане з розвитком та виникненням нових суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, для яких чинне законодавство відповідних правових норм поки що не передбачає.

Суб'єктивними причинами виникнення прогаліни у праві вважаються помилки в роботі з юридичною технікою під час нормотворчості, а також неправильне та неточне нормативно-правове відображення реальних суспільних відносин, тобто коли правова норма цілком або частково не регулює суспільні відносини, які того потребують [20, с. 36].

Усунення прогаліни у цивільному праві здійснюється за допомогою правотворчого процесу, тобто шляхом прийняття нової правової норми, а подолання може бути здійснено, зокрема, за допомогою таких прийомів, як застосування аналогії закону і аналогії права. Усунення прогаліни у праві є логічним продовженням діяльності з їх виявлення і здійснюється у процесі правотворчості шляхом внесення змін і доповнень до законів [8, с. 159].

Способи подолання прогаліни – це правові інструменти, за допомогою яких можна вирішити питання, яке стосується правового регулювання, але воно не передбачене нормами чинного законодавства. В юриспруденції виділяють три такі способи: аналогія закону, аналогія права, субсидіарне застосування норм права [20, с. 37].

Аналогія (від грец. *analogia* – відповідність, схожість) – це подібність, схожість у цілому відмінних предметів, явищ за певними властивостями, ознаками або відношеннями [1, с. 11].

Аналогія з погляду юридичної техніки є логічним прийомом, за допомогою якого, по-перше, робиться формальний висновок із буквально вираженої вимоги закону і, по-друге, проводиться порівняння фактичних обставин спірного, не врегульованого нормами права, правовідношення та чинних правових норм на рівні їх смислового змісту.

В українському законодавстві можливість застосування аналогії закону й аналогії права закріплена в п. 9 ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України та у п. 1 ст. 8 Цивільного кодексу України, де зазначено: «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)» [19]. Відтворення в цивільному законі форми застосування аналогії має важливе методологічне значення. Стаття 8 ЦК України – це єдина норма матеріального права, яка в повному обсязі відтворює аналогію в цивільному праві [12, с. 111].

Аналізуючи критерії співвіднесення «аналогії права» з «аналогією закону», О. Печений відзначає, що, з одного боку, між ними є істотна подібність, обумовлена перш за все спільними функціями та завданнями у процесі правозастосування, з другого боку, спостерігається істотна відмінність: якщо аналогія закону, будучи подібною до

аналогії як логічної операції, передбачає пошук рішення на підставі існуючої норми права, що розрахована не на даний, а на подібний за деякими (але не за всіма) ознаками випадок, то аналогія права є процесом застосування до спірних відносин загальних засад цивільного законодавства, що по суті означає створення під фокусом загальних засад цивільного законодавства на спірні відносини нової норми права [12, с. 110].

Аналогія закону – рішення конкретної юридичної справи на основі правової норми, розрахованої не на даний, а на подібний випадок [16, с. 457]. За використання аналогії закону повинні дотримуватись такі вимоги: ситуація, яка потребує вирішення, повинна мати юридичний характер; відсутність нормативно-правового акта, який би регулював дану справу; визначення норми права, яка регулює аналогічні випадки, та на її основі вирішення справи [16, с. 457].

Аналогія права являє собою менш точний прийом рішення щодо юридичної справи і передбачає дотримання таких умов: юридичний характер ситуації; наявність загальної правової врегульованості даного випадку; відсутність юридичної норми, яка б регулювала дані правовідносини; відсутність аналогічної норми [20, с. 37].

На думку Є. Харитонова, аналогію права можуть використовувати суб'єкти цивільного права, обираючи для себе при укладенні договору, не передбаченого законом, орієнтири змісту (умов) останнього. Крім того, аналогію права можуть використовувати будь-який орган чи особа, які мають цивільну юрисдикцію (право вирішувати цивільно-правові суперечки і застосовувати цивільно-правові норми): суди всіх рівнів, прокурори, нотаріуси і т. ін. [18, с. 49–50].

У Листі Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18, вказується, що аналогія повинна застосовуватись чітко відповідно до вимог законності, а також зазначається, що під час застосування аналогії права суттєве значення мають принципи права, які закріплюються в конституції. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, то правозастосувач, базуючись на власній правосвідомості, може мотивувати рішення в справі, посилаючись на конституційні норми [9].

Субсидіарне застосування (міжгалузева аналогія) є застосуванням до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних, споріднених галузях. Запозичення можливе тільки з галузей, що мають подібність у засоби правового регулювання, наприклад, застосування приписів про строки в цивільному праві до регулювання трудових правовідносин. У субсидіарному застосуванні закладено важливий момент – економність нормативного матеріалу: коли є можливість застосувати відпрацьоване в інших галузях, то немає сенсу ухвалювати нові норми [6, с. 417–418].

В ч. 2 ст. 1 Цивільного кодексу України вказано на заборону субсидіарного застосування норм цивільного права: «До майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом» [19].

Отже, можна зробити висновки щодо аналогії в цивільному праві в цілому, визнаючи аналогію як правовий інститут, що складається із сукупності процедурних норм, які встановлюють порядок застосування аналогії закону та аналогії права, щодо регулювання цивільних відносин у випадку прогаліни у цивільному законі [8, с. 162].

Висновки. На основі вироблених теорією права положень, а також з урахуванням сучасних досягнень у науці цивільного права можна дійти висновку, що розуміння прогаліни у цивільному праві має певну специфіку, що пов'язано із особливостями цивільного обороту. Про-

галину в цій галузі права можна розуміти, як повну чи часткову відсутність у цивільно-правових джерелах правової норми конкретного змісту або невдалий законодавчий виклад такої норми, що призводить до нерегульованості тих суспільних відносин, які об'єктивно перебувають у сфері правового регулювання цивільним правом та мають для його здійснення реальне значення.

Прогалина в цивільному законодавстві – це повна або часткова відсутність у всьому масиві чинного цивільного законодавства правової норми, необхідної для повноцінного вирішення питання, що входить до сфери правового регулювання. Це ситуація, в якій конкретного вирішення спірного питання повністю або в якійсь частині законом не передбачено.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аналогія у праві. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. / О. В. Петришин (відп. ред.) та ін.. 2017. Т. 3 : Загальна теорія права. С. 11.
2. Великий тлумачний словник української мови / уклад. О. Єрошенко. Донецьк : ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.
3. Вступ до приватного права : навчально-методичний посібник / за ред. проф. Є. О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2019. 200 с.
4. Завальнюк С. В. Аналогія права як спосіб подолання прогалин в цивільному праві. *Актуальні проблеми політики*. 2014. Вип. 52. С. 372–378.
5. Завальнюк С.В. Проблематика співвідношення понять «прогалини в цивільному законодавстві» та «прогалини в цивільному праві». *Правова позиція*. 2020. № 2 (27). С. 88–92.
6. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. Цвік та ін. ; за ред. М. Цвіка, О. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
7. Заїка Ю. Українське цивільне право : навчальний посібник. К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 368 с.
8. Кройтор В. А. Усунення прогалин у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. № 3. С. 159–166.
9. Лист Міністерства юстиції «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show>
10. Майданюк А.М. Прогалини в законодавстві та шляхи їх усунення на сучасному етапі розвитку права. *Наше право : Спеціалізоване видання*. 2012. № 3. Ч. 1. С. 45–50.
11. Орзіх В. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 34–37.
12. Печений О. П. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2(49). С. 108–119.
13. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1 (72). С. 44–56.
14. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. Вид. 5-те, зі змінами. Київ : Атіка, 2001. 176 с.
15. Тарануха В. Прогалини в праві: поняття, сутність, способи їх усунення та подолання. *Юридична Україна : Щомісячний правовий часопис*. 2009. № 2. С. 15–19.
16. Теорія держави і права / О. Зайчук та ін. Київ : Юрінком-Інтер, 2008. 688 с.
17. Харитонов Є. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції) : монографія. О. : Фенікс, 2008. 346 с.
18. Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України. К.: Істина, 2003. С. 49–50.
19. Цивільний кодекс України від 19 червня 2003 року N 980-IV. ОВУ. 2003 р., № 30, ст. 1527. URL: Цивільний кодекс України | LIGA: ZAKON (ligazakon.net).
20. Чепульченко Т. О., Невечера С. А. Прогалини у праві та способи їх подолання в українському законодавстві. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2020. № 1 (67). том 1. С. 34–40.