

УДК 340.13+346Укр

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.15>**Тетяна Капцова,**

аспірантка

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України

ПРОГАЛИНА В ПРАВІ ЯК ПЕРЕДУМОВА ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ АНАЛОГІЇ

Стаття присвячена визначенню шляхів виявлення та подолання прогалин законодавства і права України. Автором на основі аналізу наукових джерел, практики правозастосування досліджуються проблеми подолання невизначеності в праві шляхом виявлення причин виникнення прогалин у праві та шляхів їх подолання. Ознаками прогалини в праві, на думку автора, є сукупність властивостей конкретної ситуації, за якої: відповідні правовідносини входять до сфери правового регулювання, проте чинні норми права не дозволяють винести однозначне рішення зі спірних правовідносин у зв'язку з повною відсутністю правового припису конкретного змісту чи неповнотою чинної правової норми.

Автором підкреслюється, що подолання прогалин у праві не пов'язане з розширенням сфери правового регулювання, оскільки суспільні відносини, які отримують юридичне опосередкування, входять у сферу правового регулювання, але з певних причин залишаються не врегульованими повністю або в значній частині.

З огляду на те, що відповідно до ст. 11 ГПК України забороняється відмова у правосудді з причин неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, а ч. 10 ст. 11 ГПК України визначено, що, якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а у разі відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права).

На підставі здійсненого дослідження автором робиться висновок про те, що юридична аналогія є важливим інститутом правового регулювання, головною функцією якого є подолання невизначеності у праві, що виникає внаслідок прогалин чи інших недоліків правової системи, з метою забезпечення відповідності між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин, а також з метою найбільш повної та оперативної реалізації завдань і функцій правового регулювання, зокрема, у сфері господарювання.

Ключові слова: невизначеність у праві, прогалина в праві, аналогія закону та аналогія права.

Постановка проблеми. Важливими факторами формування і функціонування будь-якої правової системи є її ефективність і цілісність, що здатні забезпечити фактичне досягнення поставлених перед нею цілей і завдань. Одним із важливих завдань держави є перетворення правової системи в цілісну взаємоузгоджену систему, що здатна реально і повно забезпечити пріоритет загальноновизнаних прав і свобод особистості, доступність правосуддя і можливість судового захисту, а також ефективність та прозорість відновлення порушених прав.

У чинному українському законодавстві є численні прогалини та суперечності, окремі положення та навіть правові акти допускають різне тлумачення тих чи інших господарських відносин, що веде до виникнення численних дефектів у правозастосовній діяльності, порушення прав і законних інтересів громадян і суб'єктів господарювання.

У таких умовах першорядного значення набуває здатність правової системи за допомогою наявних в ній інструментів адаптуватися до ситуацій, що вимагають оперативного вирішення правових конфліктів у разі виявлення прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин.

У правовій системі України таким «інструментом» є аналогія права і аналогія закону. Інститут аналогії покликаний забезпечити можливість прийняття рішення правозастосовними органами, зокрема господарським судом, за наявності прогалин у праві та сприяти повноцінному виконанню правом своїх завдань і функцій.

Теоретичну основу представленого дослідження склали праці українських і зарубіжних авторів. Серед вітчизняних науковців проблеми прогалин в законодавстві і праві досліджували: Ю.Л. Власов, В.С. Ковальський, І.П. Козинцев, М.В. Кравчук, Д.Д. Луспенник,

О.В. Колотова, О.І. Косоренко, З.В. Ромовська, С.О. Погрібний, П.М. Рабінович, О.Ф. Скакун, С.Я. Фурса, М.В. Цвік, а також Д. Абушенко, С.С. Алексєєв, А. Барак, А.Т. Боннер, Я.М. Браїнин, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, С.І. Вільнянський, М.А. Гурвич, О.С. Іоффе, О.Е. Лейст, В.С. Нерсесянц, Р.О. Халфина, М.Д. Шаргородський, Л.С. Явіч та ін.

Мета та завдання дослідження полягає у визначенні ролі і значення прогалин у праві та прийнятності застосування аналогії як ефективного способу їх подолання.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у процесі виявлення та подолання прогалин у праві як передумов застосування аналогії закону і права та застосування аналогії в господарських правовідносинах.

Виклад основного матеріалу. Прогалини в праві є дефектами у зовнішньому вияві державної волі та/або її оформленні (в неповному або недостатньому використанні засобів юридичної техніки) за наявності прогалин і суперечностей в чинному законодавстві і праві [31, с. 24].

У загальному розумінні прогалина являє собою «пуста», «незаповнене місце», «пропуск»; у переносному – це хиба, недогляд, недолік. При цьому хиба характеризується як невиконання належного, недогляд, як помилка за необережності, а недолік – як недосконалість, неповнота. Традиційно актуальною для юридичної науки та практики залишається проблема подолання прогалин у законодавстві та праві, яка передбачає визначення дій суб'єкта правозастосування, що уможливають прийняття рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права [24].

Варто відзначити, що відповідно до ст. 11 ГПК України забороняється відмова у правосудді з причин неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, а ч. 10 ст. 11 ГПК України визначено, що, якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а у разі відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права). Таким чином, 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. Отже, встановлення наявності прогалини в праві є однією з основних умов

допустимості застосування юридичної аналогії [26, с. 124]. Разом із тим з метою комплексного та всебічного вирішення завдання визначення меж допустимості застосування інституту юридичної аналогії слід насамперед точно визначити зміст і структуру зазначеного поняття.

Під межами допустимості застосування інституту аналогії слід розуміти таку сукупність аспектів, критеріїв та обмежень функції подолання прогалин, яка дозволить найточніше описати для певної правової системи в конкретний період її розвитку, прогалини у правовому регулюванні яких можуть бути подолані за допомогою аналогії права або аналогії закону.

На нашу думку, варто виділити такі критерії обмежень, які дозволять визначити межі допустимості застосування інституту аналогії в правовій системі України на сучасному етапі її розвитку: 1) встановлення наявності прогалини в праві як обов'язкової умови допустимості використання юридичної аналогії; 2) визначення кола суб'єктів застосування інституту аналогії права і аналогії закону; 3) визначення форм реалізації права, в яких можливе використання аналогії; 4) визначення сфер суспільних відносин, в яких можливе застосування аналогії.

Інститут аналогії є одним з найбільш давніх і ефективних механізмів подолання невизначеності в законодавстві і праві. Ставлення до інституту аналогії в історичному вимірі зазнало істотних змін – від загального несприйняття до абсолютного схвалення та розширеного застосування.

У праці Монтеск'є «Дух закону» була закріплена ідея абсолютного пріоритету закону і безпрогальності права [33, с. 40]. Проте в процесі зміцнення позицій позитивістського праворозуміння сталася метаморфоза у вирішенні проблеми прогалин у праві, яка фактично була зведена до задачі усунення прогалин шляхом застосування норм чинного законодавства. У ХХ ст. про безпрогальність права заявили прихильники нормативізму. Однак соціологічна юриспруденція на противагу їм повністю відкинула догму про безпрогальність права, стверджуючи, що відсутні норми закону цілком можуть бути усунуті завдяки безпрогальності правопорядку [24, с. 33].

Попри все різноманіття поглядів, можна виділити три варіанти обґрунтування безпрогальності права: 1) обожнювання права, 2) логічна замкненість права, 3) заборона відмови в правосудді [17, с. 13].

Є.В. Васьковський, прихильник логічної замкненості права, вже не цурався терміна «прогалина в праві» і навіть встановив,

в яких випадках можуть бути прогалини. Вони є тоді, «коли для будь-якої категорії випадків або зовсім немає норми, або існує норма, яка є незрозумілою, або існує кілька норм, які перебувають між собою в протиріччі, або наявна норма є неповною та незрозумілою» [7, с. 206; 8, с. 110]. Проте згодом він приходив знову до вихідного пункту про логічну замкненість права. «Прогалини, – каже він, – слід заповнити. Але як? Звернення за роз'ясненням і доповненням до законодавця призвело б до уповільнення справи, до нав'язування законодавцю ролі судді і до видання законів, раніше невідомих громадянам». Якщо суду надати право створювати нові норми самостійно, то справа зведеться до повного і безконтрольного суддівського розсуду, від якого недалеко і до свавілля. Залишається ще один і, на думку автора, єдино правильний шлях «заповнити прогалини за допомогою норм наявного законодавства, тобто витягати з наявних норм ще й інші, які явно не виражені, але імпліцитно містяться в них. Це найбільш доцільний і правильний спосіб» [7, с. 208]. Таким чином, був запропонований спосіб подолання прогалин права за допомогою аналогії закону.

Теорія безпрогальності обґрунтувала життєвість і ефективність права. Перший з цих варіантів набув поширення в період створення буржуазної системи права, коли навіть тлумачення законів заборонялося. Судді зобов'язані були в разі незрозумілості, неповноти і недостатності законів звертатися до самого законодавця.

З плином часу бурхливий розвиток суспільно-економічних відносин змінив підхід до обґрунтування безпрогальності права. Не відкидаючи повністю постулат про безпрогальність права, буржуазія дозволяє тлумачення законів і забороняє судді відмову в правосудді під приводом мовчання, неточності або недостатності законів. Звідси з'являється теорія логічної замкненості права. З'являються положення про нескінченність чинного права, про безмежний обсяг можливостей і право суддів на юридичні конструкції.

Як відзначав П.Є. Недбайло, теорія логічної безмежності права – це «перші кроки в напрямку надання суддям і чиновникам права прийняття рішення на власний вільний розсуд у напрямку визнання і подолання прогалин» в праві, що руйнують всю концепцію логічної замкненості і цілісності права» [19, с. 451].

Показова в цьому сенсі і позиція відомого російського юриста Н.М. Коркунова. Він так само, як і Є.В. Васковський, визнає, що «силу закону має не тільки те, що в ньому

прямо вказано, але і те, що логічно випливає зі вказаного». Але Н.М. Коркунов був активним прихильником визнання судової практики джерелом права. Тому він відкрито виступає за самостійну, творчу роль суду в усуненні суперечностей закону, заповнення прогалин і т. п. «Рідкісний законодавчий акт, – писав він, – має цілісне вираження єдиної думки. Якщо ж логічної єдності не можна знайти в самому законодавстві, його доводиться знаходити суду самостійно і це, звичайно, творча його діяльність» [14, с. 299].

Прихильник повної свободи суддівського розсуду Г.В. Демченко писав: «Не можна ж вимагати від загального закону того, що він дати не в змозі: не можна вимагати, щоб він охопив всю правову матерію життя суспільства в її найдрібніших подробицях, щоб він враховував всю різноманітність вічної мінливої дійсності, яка постійно змінюється. Надати загальне керівництво, ввести в обґрунтовані межі діяльність суду, вказати йому шляхи і засоби поведінки – ось що під силу законодавцю» [10, с. 345].

Соціологічна безпрогальність права є логічним завершенням вихідних положень юриспруденції в питаннях застосування права. Спочатку визнається, що всі закони мають прогалини, і робиться висновок про те, що їх заповнення має бути зроблено особами, що застосовують ці закони [30, с. 34-35]. Потім у законах починають бачити стільки недосконалостей, що прирівнюють їх до «порожнього звуку», який треба заповнити. Закон перестає вважатися правом, і таким оголошують правозастосовну діяльність. З ототожненням права і правопорядку фактичних відносин у суспільстві остаточно формується уявлення про прогальність права Е. Ерліхом [1, с. 170-202]. Він пише: «Жодна теорія застосування права не може скасувати того факту, що будь-яка система твердо встановлених правил поведінки за своєю природою має прогалину, що вона застаріває в той самий момент, коли вона встановлена, вона не в змозі охопити своїм регулюванням сучасність, і тим паче майбутнє; жодна теорія не може перешкодити розвитку суспільних явищ, до яких застосовується право, продовжити постійно розвиватися і щохвилини наповнювати новим змістом норми, які встановлені для їх вирішення» [1, с. 172].

Г.Ф. Шершеневич також вважав, що більш правильними є погляди тих, хто визнавав наявність прогалин у будь-якому чинному праві. «Чим більше відстало право від життя, тим більш казуїстично побудовано законодавство, – писав він, – тим імовірніші такі випадки прогалин» [32, с. 689].

З визнанням прогальності чинного законодавства і критикою необмеженої можливості тлумачення його змісту у виявленні волі законодавця окремі вчені намагалися визначити сутність прогалин, їх види і причини появи. Прогалини, на думку вчених, мають місце через помилку, недогляд законодавця або в силу будь-яких міркувань політики і т. п.

Ряд авторів (П.Є. Недбайло, М.Д. Шаргородський, О.С. Іоффе та ін.) прогалину в праві визначають як ситуацію, за якої суспільні відносини, які закріплені в загальній нормі права, не врегульовані конкретною нормою. Наприклад, за визначенням П.Є. Недбайла, «прогалина в праві – це фактична прогалина в законодавстві в сенсі відсутності конкретної норми для вирішення певних випадків, які перебувають у сфері впливу права» [19, с. 451]. Такий підхід до визначення такого явища називають у теорії права «вузьким». Основним положенням, загальним для всіх представників вузького підходу до визначення прогалини в праві, є те, що правове регулювання не охоплює і не повинно охоплювати собою всього різноманіття суспільних відносин.

Інший підхід до розуміння сутності прогалин у праві (В.В. Лазарев, О.Е. Лейст) пов'язаний з більш широким трактуванням сфери суспільних відносин, що потрапляють у сферу інтересів правового впливу. Виходячи з, умовно кажучи, «широкого» розуміння прогалини в праві, В.В. Лазарев визначає його як «повну або часткову відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, здоровим глуздом і змістом чинного законодавства, а також іншими проявами волі, спрямованими на регулювання життєвих фактів у сфері правового впливу» [16, с. 37].

Прихильники даного визначення прогалин у праві зовсім не заперечують того факту, що прогалини можливі тільки у сфері правового регулювання і лише щодо фактів, які перебувають у сфері правового регулювання.

На сучасному етапі розвитку теорії держави і права (в якості загальноприйнятого визначення прогалини в праві) «прогалина в праві – це відсутність конкретного нормативного припису щодо фактичних обставин, що перебувають у сфері правового регулювання. Іншими словами, це відсутність норми права для врегулювання будь-якого виду суспільних відносин» [18, с. 340; 24, с. 33].

Разом із тим це визначення викликає сумніви та суперечки.

Зокрема, С.І. Вільнянський вважав, що прогалиною в праві є повна або часткова неврегульованість суспільних відносин правовими нормами, яка може виникнути внаслідок: а) відсутності норми; б) неповноти норми; в) суперечності норм права [9, с. 34].

Своєрідне трактування поняття «прогалина в праві» запропонував Л.С. Явіч, який вважав, що критерієм існування прогалини в правовій системі служить сенс наявних недосконалостей законоположень (їх явна неповнота), або початковий рівень формування суб'єктивного права в умовах несформованої повністю загальної норми [33, с. 142]. Фактично як основну підставу виявлення прогалини Л.С. Явіч пропонує розглядати відсутність «органічної єдності об'єктивного і суб'єктивного права».

У трактуванні прогалини в праві, запропонуваному О.Е. Лейстом, звертає на себе увагу необхідність її визначення через суб'єктивний фактор – правосвідомість юриста, яку, ймовірно, і слід розглядати як фактор існування прогалини. Очевидно, що проявити себе цей фактор може тільки в процесі діяльності правозастосовних органів, коли, власне, і може виникнути необхідність юридичної кваліфікації конкретних фактів або суспільних відносин.

На думку П. Рабіновича, відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового регулювання, окресленій основними принципами права, свідчить про наявність прогалини в законодавстві [23, с. 140]. Як вказує О. Скакун, прогалина в законі – повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах [25, с. 554]. О. Колотова вважає, що прогалини в праві – це повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері правового впливу та потребують правового регулювання за оцінкою суб'єкта правозастосування [12].

Сучасній українській доктрині притаманні різні підходи до визначення поняття «прогалина в праві». Варто виділити два основні підходи до визначення суті прогалини в праві. Зокрема, перший підхід характеризується тим, що дослідники визначають прогалину в праві як «відсутність норм права (або їхніх частин), що регулюють конкретні суспільні відносини у тому разі, якщо воно підлягає сфері правового регулювання» (О. Зайчук, Н. Оніщенко). Для позначення терміна «прогалина» використовуються такі визначення, як «незаповнене місце», «пропуск в друкованому тексті», «упущення», «недолік». Також висловлюється думка стосовно того, що про прогалини в праві можна говорити переважно в переносному значенні

як про одну із недосконалостей права, відсутності в ньому того, що повинно бути його необхідним компонентом. Інший підхід до розуміння суті прогалин у праві пов'язаний з ширшим трактуванням сфери відносин, які підлягають правовому регулюванню. Зокрема, прогалиною в праві є повна або часткова відсутність у чинному законодавстві необхідних юридичних норм (Т. Тарахонич, О. Тарнопольська) [13].

Сучасні дослідники цивільного права прогалиною вважають відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації [5, с. 46-48]. Ю. Заїка пропонує під прогалиною в праві розуміти випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового регулювання, але воно не передбачене конкретним законом, правовою нормою [11]. І. Спасибо-Фатєєва вказує, що, коли для конкретного випадку немає норми або коли наявні декілька норм, які суперечать одна одній, або коли чинна норма є неповною, тобто не враховує повністю всіх конкретних особливостей цього випадку, йдеться про прогалини в праві [27].

Різність думок дослідників про сутність прогалин у праві зумовлює настільки ж різноманітні підстави їх класифікації, які використовуються вченими для поділу всієї сукупності прогалин на певні види (класи, групи, різновиди). Залежно від приналежності прогалини до певного класу по-різному вирішується питання і про його подолання правозастосовними органами, зокрема органами правопорядку [15, с. 30].

Право – це не тільки структурно складна, динамічна система, але, на думку С. С. Алексєєва, система певною мірою «саморегульована», «така, що сама налаштовується або підлаштовується» [2, с. 265]. Звичайно розвиток і зміна правової системи, її пристосування до нових умов відбувається головним чином ззовні, в результаті правотворчої роботи компетентних органів. Але і в самому праві існують внутрішні механізми, які в ряді випадків дають можливість долати прорахунки законодавця, забезпечити дію юридичних норм відповідно до вимог суспільних відносин. Цим і досягається «саморегулювання», «самоналаштування» правової системи, її ефективне функціонування в умовах мінливого середовища, що розвивається.

Першорядне значення в праві мають властивості нормативності і формальної визначеності, що забезпечують стабільність, стійкість правового регулювання суспільних відносин. Право покликане вирішувати довгострокові завдання – регламентувати суспільні відносини вперед, на єдиних загальних засадах. Воно не повинно своїм змістом реа-

гувати на будь-які зміни суспільних відносин, тобто змінюватися негайно ж зі зміною суспільних відносин. Законодавець може піти і на відомі втрати, пов'язані з деяким відставанням правової форми від суспільних відносин, що швидко розвиваються, з метою досягнення стабільності та прогнозованості у розвитку правової системи.

Тому динамізм права (як його специфічна властивість) полягає не стільки в можливості внесення до нього змін шляхом правотворчості, скільки в наявності внутрішніх механізмів. Право, як своєрідна динамічна система, здатне оперативно враховувати потреби суспільного розвитку, зберігаючи весь час якість стійкої, стабільної нормативно-правової системи суспільного регулювання. У право як би закладається програма на випадок можливих прогалин, передбачаються прийоми їх подолання в процесі застосування права [28, с. 112].

Простота норм Господарського процесуального кодексу та висока кваліфікація суддів забезпечують швидкий та компетентний розгляд спорів. Водночас суспільні відносини мають динамічний характер. Тому проведення ревізії нормативно-правових актів є одним із завдань законотворчості, а також підставою для застосування судами аналогії закону та аналогії права під час застосування норм господарського законодавства.

Слід погодитися з думкою С. С. Алексєєва, що характеристика способу подолання прогалин у праві за допомогою аналогії як «аномальної», «нетипової» форми застосування права є неточною. Для права це цілком природний, нормальний порядок застосування, що забезпечує його функціонування як динамічної системи і «самоналаштування» відповідно до вимог суспільних відносин. Схожу позицію свого часу висловлював і А. С. Піголкін, який писав, що правові норми, які регулюють нормальні, звичайні відносини, можуть застосовуватись за аналогією і без спеціальної вказівки закону, оскільки це само собою розуміється [20, с. 56]. Нині цю думку підтримує О. А. Беяневич стосовно господарських правовідносин з огляду на відсутність у ст. 4 ГПК вказівки на застосування закону за аналогією [4, с. 82]. У сфері правозастосування немає нічого само собою зрозумілого: усі права та обов'язки мають бути встановлені прямо або непрямо, а в крайньому разі відносини повинні бути врегульовані в порядку аналогії закону або аналогії права. Але цей порядок діє обмежено; він підпорядковується умовам, які виключають можливість перетворення правозастосовних органів на органи, що здійснюють правотворчі функції [2, с. 265].

Одним із таких способів «самоналаштування» права є інститут аналогії (грец. Analogia) – відповідність, схожість. Терміном «аналогія» прийнято позначати схожість в якомусь відношенні між предметами і явищами, які є між собою різними. Виходячи з цього, під аналогією в області юриспруденції розуміється поширення області будь-якої норми права або певного комплексу норм на випадки, не передбачені в цій нормі або комплексі норм, але істотно схожі з ними.

За визначенням В.Ф. Асмуса, «аналогія – це висновок, що міститься в гіпотезі, про те, що властивість, яка належить предметам відомої групи і зустрічається в них разом із деякою сукупністю інших властивостей, буде належати, крім цих предметів, ще одному предмету, який схожий з предметами групи, оскільки має таку ж сукупність властивостей» [3, с. 333].

Аналогія є одним із найбільш багатоаспектних інститутів права, який знаходить своє вираження не тільки в тому, що даний інститут може скласти предмет дослідження як у загальній теорії права, так і в окремих галузях права, але і в тому, що при цьому необхідно враховувати власне правове і логічне значення аналогії.

Подолання прогалін у праві не пов'язане з розширенням сфери правового регулювання, оскільки суспільні відносини, які отримують юридичне опосередкування, входять у цю сферу, але з якихось причин залишаються не врегульованими повністю або в певній частині. Правозастосовна діяльність в такій ситуації дещо ускладнюється. Поряд зі звичайними стадіями застосування права (встановлення фактичних обставин справи, вибір і аналіз необхідної норми, прийняття відповідного рішення) з'являються нові: а) з'ясування правозастосовним органом того, чи входять фактичні обставини в сферу правового регулювання; чи мають вони юридичне значення, чи потребують вони правового опосередкування та вирішення по суті; б) вибір способу подолання прогаліни.

Відповідно до пункту 1 статті 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).

Зокрема, ВГС України у своєму інформаційному листі від 08.04.2008 р. № 01-8/211

«Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» відзначив, що відповідно до частини першої статті 4 ГК України не є предметом регулювання цього Кодексу, зокрема майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України, при цьому відповідно до частини першої статті 4 ГК України особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються цим Кодексом. Тому спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання. При цьому, на думку ВГС України, слід враховувати, що відповідно до частини другої статті 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Тому в разі, якщо норми ГК України не містять особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, а встановлюють загальні правила, які не узгоджуються з відповідними правилами ЦК України, слід застосовувати правила, встановлені ЦК України [22].

Разом із тим ч. 3 ст. 4 ГК України визначає, що до господарських відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані Кодексом торговельного мореплавства України, застосовуються правила ГК України, тобто ч. 3 ст. 4 ГК України прямо встановлює обмеження застосування аналогії закону до певної групи господарських правовідносин.

Суспільні відносини, зокрема в майновій сфері, постійно розвиваються й удосконалюються, що зумовлює періодична поява нових видів господарсько-правових відносин та зобов'язань. Цілком природно, що в цих умовах законодавець не завжди встигає своєчасно відреагувати на нові життєві явища. Судовій практиці відомо безліч випадків застосування цивільного та господарського матеріального законодавства за аналогією. Наприклад, ВГС України у вищезгаданому листі зазначив, що спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання. Наприклад, правила частини першої статті 232 ГК України, відповідно до якої збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями (залікова неустойка), підлягають переважному застосуванню перед правилами частини першої

статті 624 ЦК України, відповідно до якої неустойка підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (штрафна неустойка) [22, п. 1]. Характерно, що судові органи, як правило, не вживають термін «аналогія» і вельми рідко посилаються у відповідних випадках на ст. 8 Цивільного кодексу України або ст. 4 ГК України, ч. 11 ст. 11 ГПК України. Застосування аналогії в галузі господарського права має відносну поширеність. У зв'язку з цим навряд чи можна погодитися з характеристикою аналогії як «аномальної», «нетипової» форми застосування права.

У літературі називають такі умови, за яких можливе застосування аналогії закону: суспільні відносини не врегульовані конкретною правовою нормою; підлягає вирішенню випадок, який не підпадає під винятки із загальних правил; є схожість суспільних відносин, не врегульованих законодавством, із суспільними відносинами, передбаченими тією чи іншою нормою права.

У дослідженні аналогії закону і аналогії права, їх соціальної цінності, призначення, місця і ролі в механізмі правового регулювання необхідно йти від простої зовнішньої форми (логічної основи) до більш складної внутрішньої форми, змісту, суті (юридичної природи).

Інститут аналогії має певну функцію, яка полягає в правовій оцінці дій, безпосередньо не врегульованих юридичними нормами, в казуальному подоланні прогалин у праві. Його призначення та мета полягають у тому, щоб забезпечити відповідність між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин та завданнями правового регулювання.

У літературі можна зустріти думку про те, що процес подолання прогалин за допомогою інституту аналогії слід відносити до індивідуального піднормативного регулювання суспільних відносин. Регулятивність у даному випадку автори вбачають у тому, що за допомогою інституту аналогії відбувається впорядкування відносин, не врегульованих правом, введення їх у певні рамки. На основі норми, яка регулює такий випадок, а також на основі юридичних принципів визначаються права і обов'язки сторін, межі їхньої поведінки у відповідній ситуації. Інститут аналогії виступає тут як фактор, що забезпечує організацію суспільних відносин, їх конкретність, спрямованість, зміст. Індивідуальність регламентування полягає в тому, що воно поширюється тільки на даний випадок і не має юридично обов'язкового значення для інших ідентичних ситуацій. У таких випадках регламентація відносин

пов'язана тільки з конкретним випадком і не виходить за його межі. Піднормативний характер регулювання полягає в тому, що юридична дія, заснована на аналогії для усунення прогалин в праві, здійснюється на принципах, аналогічних тим, яким ця ситуація мала би підпорядковуватися в процесі нормативного регулювання вже опосередкованих правом суспільних відносин.

Разом із тим з такою позицією можна погодитися частково, оскільки аналогія сама собою нічого не регулює. Конституційний суд України неодноразово наголошував, що заповнення прогалин у законах має здійснювати законодавець внесенням до них змін і доповнень, а не Конституційний Суд України шляхом офіційного тлумачення їх правових норм (окремих положень) або застосуванням загальнотеоретичних засобів їх подолання – аналогії закону й аналогії права [29].

Аналогія забезпечує знаходження правового регулятора суспільних відносин, не врегульованих нормами конкретного змісту. Застосування аналогії закону та аналогії права є більш складним і творчим процесом, ніж звичайне застосування юридичних норм. Суб'єкт, що застосовує аналогію, повинен чітко уявляти всю систему права, її можливості, він повинен мати юридичну компетентність і нести відповідальність за рішення, що приймає. Саме з огляду на це, особлива увага в процесі підготовки суддів господарських судів має приділятися особі та компетенції судді, умовам формування його світогляду, а також судовому тлумаченню та правозастосуванню.

Висновки

Прогалина в праві являє собою повну або часткову відсутність у джерелах права норм конкретного змісту, необхідних для регулювання фактів, що підлягають правовому регулюванню. Ознаками прогалини в праві є така сукупність властивостей конкретної ситуації, за якої: відповідні правовідносини входять до сфери правового регулювання, чинні норми права не дозволяють винести однозначне рішення зі спірних правовідносин у зв'язку з повною відсутністю правового припису конкретного змісту чи неповнотою чинної правової норми.

Аналогія закону і аналогія права становлять єдиний правовий інститут у механізмі правового регулювання, головною функцією якого є казуальне подолання прогалин у праві з метою забезпечення відповідності між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин, а також з метою найбільш повної та оперативної реалізації завдань правового регулювання.

Здійснене дослідження дозволило зробити висновок, що в сучасних умовах однією з властивостей права є неминуча його прогальність, аналогію закону і аналогію права в правовій системі України варто розглядати не як виняткові і тимчасові явища, а як природний інститут, зумовлений властивостями самого права. Використання аналогії закону або аналогії права як способів подолання прогалін у праві містить у собі певний творчий елемент, який разом із тим не перетворює правореалізаційну діяльність у нормотворчу.

Список використаних джерел:

1. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903). // Ehrlich E. Recht und Leben. 1967. S. 170–202.
2. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Нормативные юридические акты. Применение права. *Юридическая наука (правоведение): Курс лекций* : в 2-х т. Т. 2 / науч. ред. Р.К. Русинов; отв. за вып. В.М. Семенов. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1973. 396 с.
3. Асмус В.Ф. Логика. Москва, 1947. 387 с.
4. Беляневич О. Судова практика як засіб забезпечення деонтичної повноти господарського договірної права. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 2. С. 82.
5. Борісова В., Баранова Л., Жилінкова І. Цивільне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 656 с.
6. Васильовский Е.В. Цивилистическая методология. Одесса, 1901. 376 с.
7. Васильовский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. Москва, 2002. С. 206.
8. Васильовский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов : Для начинающих юристов. Москва, 1913. С. 110.
9. Вильнянский С.И. Толкование и применение гражданско-правовых норм. *Методические материалы ВЮЗИ*. М., 1948. Вып. 2. С. 34.
10. Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. *Журнал министерства юстиции*. 1904. № 8. С. 345.
11. Заїка Ю. Українське цивільне право : навчальний посібник. Київ : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 368 с.
12. Колотова О. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2010. 19 с.
13. Конституційний Суд України. Національна доповідь на тему: «Проблеми законодавчих прогалін в конституційній юриспруденції». URL: https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Ukraine_uk.pdf (дата звернення: 11.02.2021).
14. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 299.
15. Лазарев В.В. О видах пробелов в праве. *Правоведение*. 1969. № 6. С. 30.
16. Лазарев, В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва: Юридическая литература, 1974. С. 37.
17. Лазарев В.В. Пробелы в праве. Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права / науч. ред. А.К. Безин. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1969. 96 с.
18. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред.: Томсинов В.А. Москва: Зерцало, 2008. 452 с.
19. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. Москва: Госюриздат, 1960. 512 с.
20. Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве. *Советское государство и право*. 1970. № 3. С. 56.
21. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*: зб. наук. пр. Харків: Право, 2013. № 1(72). С. 44-56.
22. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : Інформаційний лист від 07.04.2008 р. № № 01-8/21. *Вісник господарського судочинства*. 2008. № 3. С. 45.
23. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2001. 176 с.
24. Рябова Д. Н. Пробелы в праве и способы их восполнения. *Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России*. Москва, 1999. С. 33.
25. Скакун О. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.
26. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.
27. Спасибо-Фатеева И. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография. Харків : Право, 2011. 296 с.
28. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве. *Вестник Московского университета*. 2005. № 5. С. 111-121.
29. Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю „Амальгама Люкс“ щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 500 Цивільного кодексу України та статті 34 Господарського процесуального кодексу України у їх співвідношенні від 24 червня 2009 року № 34-у/2009. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v034u710-09#Text> (дата звернення: 11.02.2021).
30. Чепульченко Т.О. Невечера С.А. Прогалини в праві та способи їх подолання в українському законодавстві. *Держава і регіони. Серія «Право»*. 2020. № 1 (67) Т.1. С. 34-35.
31. Шевченко Т.В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 24.
32. Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права. Москва: Изд. Бр. Башмаковых, 1911. 698 с.
33. Явич, Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. 288 с.

Tetiana Kaptsova. Gap in the law as a prerequisite for the application of legal analogy

The article is dedicated to finding out ways for identifying and overcoming the gaps in legislation and law of Ukraine. The author, basing on the analysis of scientific sources and law enforcement practices examines the problems of crossing over uncertainty in law by identifying the causes of gaps in it and the ways to overcome them. According to the author's opinion, features of the gaps in law are manifested by the complex of particular situation properties, in which relevant legal relations are included into the scope of legal regulation. However, current norms of law do not allow making unambiguous decision on disputed legal relations due to complete lack of legal prescription of special content or incompleteness of the current legal norm.

The author emphasizes that bridging the gaps in law is not associated with expanding the scope of legal regulation, since public relations, which receive legal mediation, fall within the sphere of legal regulation, but for some reason they remain unresolved entirely or partially.

In accordance with the Article 11 of the Code of Civil Procedure of Ukraine, the denial of justice on the grounds of incompleteness, ambiguity, inconsistency or absence of legislation governing the disputed relationship is prohibited; and Part 10 of the Article 11 of the Code of Civil Procedure of Ukraine defines, that if the disputed relationship is not regulated by law and there is no customized business turnover that can be applied to them, the Court takes up the Law governing these relations (analogy of legislation), and in case of its absence, the Court takes grounds of general principles and content (analogy of law).

Basing on the research activities, the author concludes that the jurisdictional analogy is an important institution of economic and legal regulation, the main function of which is to overcome uncertainty in the law caused by certain gaps or particular shortcomings of the legal system in order to ensure consistency between law as dynamic system and development of public relations, and to reach the most complete and efficient implementation of tasks and functions of legal regulation, in particular in the field of economy.

Key words: uncertainty in law, gap in law, analogy of economy and analogy of law.

