

УДК 34.343.21

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.35>**Олена Олійник,**

докт. юрид. наук, доцент,

професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права  
Інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## ВПЛИВ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НА ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Метою статті є з'ясування шляхів подолання прогалин у кримінальному праві України. В статті йдеться про неповноту окремих нормативно-правових приписів, що регулюють кримінально-правові відносини, тобто про нестачу для вирішення існуючої проблеми такого нормативного припису, який за змістом його тексту (навіть при найбільш широкому трактуванні) підлягав би застосуванню в даному конкретному випадку. При цьому під прогалинами в кримінальному праві автор в своєму дослідженні пропонує розуміти повну або часткову відсутність в їх змісті положень, що врегульовують відповідні життєві ситуації та забезпечують, так би мовити, «запуск, роботу» відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання. Так, аналіз сучасного закону про кримінальну відповідальність і практики його застосування демонструє, що прогалини в даній сфері існували й існують на цей час. Автор статті демонструє, що, на відміну від розширювального тлумачення, коли йдеться про справу з обставинами, які законодавець передбачав, але не зміг чітко позначити відповідною термінологією, прогалина існує у тому разі, коли законодавець взагалі не передбачив певні обставини (ситуацію) в нормативно-правовому акті. Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізняти відсутність приписів щодо тих суспільних відносин, які знаходяться поза сферою правового регулювання (сфера *pop jus*). Прогалини в кримінальному праві слід розглядати через призму неповноти відповідних елементів і ознак складу кримінального правопорушення. Одним з варіантів виходу з такої ситуації може слугувати аналогія права, адже аналогія закону прямо заборонена положеннями діючого КК України. За результатами здійсненого дослідження автор дійшов висновку, що подолання прогалин також може здійснюватися й шляхом безпосереднього застосування загальних принципів права. Таке звернення є наступним після аналогії закону й аналогії права, субсидіарним засобом подолання прогалин. Зроблено висновок, що прогалинами в кримінальному праві визнається повна або часткова відсутність у їх змісті положень, що врегульовують відповідні життєві ситуації та забезпечують, так би мовити, «запуск, роботу» відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання.

**Ключові слова:** прогалини в кримінальному законодавстві, шляхи подолання прогалин, аналогія права, аналогія закону, принципи права.

**Постановка проблеми.** Проблематиці вивчення правової природи такого явища, як правова прогалина, присвячували свої праці такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як П.А. Альбрехт, П.С. Берзін, Ф. Бидлінські, О. Кармаза, М.А. Кауфман, М.С. Кельман, В.В. Лазарев, О.Г. Мурашин, С. Погребняк, А.В. Савченко, О.Ф. Скакун, Є.О. Харитонов, Я. Шапф та багато інших.

Водночас окремі аспекти порушеного нами питання залишились поза увагою вітчизняних та зарубіжних науковців.

Можна сказати, що сьогодні поняття прогалин у праві взагалі і в кримінальному праві зокрема залишається недослідженим. Іноді навіть заперечується сама можливість існування прогалин у кримінальному праві.

Водночас аналіз закону про кримінальну відповідальність і практики його застосування демонструє, що прогалини в цій сфері існували й залишаються існувати. Прогалину можна розглядати як неповноту у змісті права (в тому числі й у формі його відбиття), однак лише стосовно фактів суспільного життя, які знаходяться у сфері правового регулювання [1, с. 30]. Отже, прогалини в законодавстві – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин, що потребують правового регулювання [2, с. 148].

Метою статті є з'ясування шляхів подолання прогалин у кримінальному праві України.

**Виклад основного матеріалу.** Прогалина (у буквальному сенсі цей термін означає пусте, незаповнене місце, пропуск чогось, в переносному – хибу, недогляд, недолік) є «незапланованою неповнотою» нормативно-правових приписів, необхідних для вирішення конкретного випадку, тобто йдеться про нестачу для вирішення існуючої проблеми такого нормативного припису, який за змістом його тексту (навіть при найбільш широкому трактуванні) підлягав би застосуванню в даному конкретному випадку [3, с. 30; 4, с. 197]. Прогалини в праві, на думку В.В. Лазарева, є дефектами у виявленні державної волі, її оформленні, в неповному або недостатньому використанні засобів юридичної техніки, в наявності прогалин і протиріч в діючому праві [5, с. 83–84].

На відміну від розширювального тлумачення, коли ми маємо справу з обставинами, які законодавець передбачав, але не зміг чітко позначити відповідною термінологією, прогалина існує у тому разі, коли законодавець взагалі не передбачив певні обставини (ситуацію) в нормативно-правовому акті. Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізнити відсутність приписів щодо тих суспільних відносин, які знаходяться поза сферою правового регулювання (сфера *non jus*). У цьому разі це просто «юридично порожній простір, який оточує середовище права», тоді як у ситуації з прогалиною передбачає відсутність у позитивному праві відповіді на питання, що потребує юридичного рішення [6, с. 44–56].

С. Погребняк вказує, що задля подолання прогалин зазвичай використовують такі засоби, як аналогія закону й аналогія права, при цьому, враховуючи відмінність між прогалинами в законодавстві та прогалинами в праві, можна припустити, що подолання перших прогалин здійснюється не лише завдяки аналогії закону та аналогії права, а й шляхом застосування норм права, що регулюють ці ж суспільні відносини та закріплені в інших джерелах права (тобто йдеться не про пошук відповіді, як законодавець урегулював би ці відносини, а як ці відносини врегульовані іншими, ніж законодавство, джерелами права) [6, с. 46]. У юридичній літературі аналогія закону визначається, зокрема, як: вирішення справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на подібні випадки [7, с. 402], або вирішення конкретної справи на основі норми права, яка розрахована на регулювання подібних суспільних відносин, близьких за значенням і характером [8, с. 304]. Спочатку реалізується механізм аналогії закону, і тільки за неможливості його використання – механізм аналогії права.

Слід зазначити, що крім аналогії права та закону існує також й такий спосіб подолання прогалин без внесення змін до законодавства, як субсидіарне застосування норм права [9, с. 69]. У доктрині субсидіарне застосування норм права, зокрема, розглядається як: додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права [7, с. 403], або використання конкретних приписів суміжного правового інституту або суміжної (спорідненої) галузі права [1, с. 34]. Необхідно мати на увазі, що під час усунення прогалин за допомогою аналогії закону подібність врегульованих та неврегульованих правом відносин має бути істотною в юридичних ознаках. Призначення аналогії закону полягає у тому, що від подібності матеріальної основи відносин відбувається перехід до подібностей на юридичній основі, за допомогою чого і відбувається розповсюдження дії норми на відносини, подібні предмету його регулювання [9, с. 69].

Крім доктрини, термін «аналогія» також вживається й у законодавстві. Якщо йдеться про кримінальне законодавство, то в даному випадку необхідно приймати до уваги положення ч. 4 ст. 3 КК України щодо заборони застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. Це означає, що такий спосіб виходу з ситуацією застосування закону виключається. Загалом у юридичній літературі досить поширеною є думка, що в кримінальному праві немає місця для застосування аналогії. Про це прямо говориться і в кримінальному законі, проте: по-перше, виключивши аналогію як спосіб криміналізації діянь, закон не вказує на неприпустимість її застосування за межами цієї сфери; по-друге, практика застосування кримінального закону за останні роки зазнала численних випадків фактичного відновлення і використання аналогії, попри її законодавче скасування; по-третє, сама по собі законодавча заборона на застосування аналогії не дає ніяких рекомендацій судовим і слідчим органам щодо того, як їм діяти в разі виявлення пробілу [10].

Так, на наш погляд, у певній формі аналогія права наявна у Загальній частині КК України, оскільки у ч. 1 ст. 14 готуванням до вчинення кримінального правопорушення є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення кримінального правопорушення, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення. Останнє – «...а також інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення» – і є, на наш погляд, проявом ана-

логії права, адже в законі надати вичерпний перелік всіх дій, які б підпадали під стадію готування до вчинення кримінального правопорушення, просто неможливо.

Прогалини, які зустрічаються в диспозиціях діючих кримінально-правових норм, – це неповнота, пов'язана з прорахунками, допущеними законодавцем під час опису ознак складів кримінальних правопорушень. Ці прогалини слід розглядати через призму неповноти відповідних елементів і ознак складу кримінального правопорушення. Так, неповнота в описі об'єкта кримінального правопорушення може виявитися під час звернення до предмета кримінального правопорушення. Що стосується прикладів прогалин, допущених під час опису об'єктивної сторони, суб'єкта і суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, то, наприклад, ознаки об'єктивної сторони, порівняно з іншими, є більш різноманітними, змістовними, складними, структурованими, такими, що можуть мати альтернативний або оціночний характер. Отже, прогалини, допущені законодавцем під час опису об'єктивної сторони, в КК України зустрічаються частіше. Про це свідчать десятки змін і доповнень, внесених у диспозиції статей Особливої частини КК України після набрання чинності цим Кодексом у 2001 році.

Виняток із принципу «ніякого покарання без закону» міститься в п. 2 ст. 7 ЄКПЛ, згідно з яким цей принцип «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» [11]. Цей припис був включений у Конвенцію з метою «лікування хвороб» антидемократичних режимів, покарання «поширеної державою злочинності» [12, с. 45] і є надзвичайно важливим прикладом безпосереднього застосування принципів права. Тим не менш, аналогія цілком виправдана в інших галузях права, що дає нам можливість припускати існування презумпції припустимості аналогії: подолання прогалини шляхом застосування аналогії можливо, якщо не доведено існування непереможної прогалини [6, с. 45].

Немає сумнівів, що подолання прогалин також може здійснюватися й шляхом безпосереднього застосування загальних принципів права. Таке звернення є наступним після аналогії закону й аналогії права субсидіарним засобом подолання прогалин. У разі звернення до загальних принципів права треба виходити не від схожості відносин: по-перше, йдеться про застосування права для регулю-

вання відносин, що за суттю не є подібними до інших, що вже встановлені правом (специфічність таких відносин є більш значущою); по-друге, загальні принципи є вимогами, що діють в усіх галузях та інститутах права, а це дозволяє припустити, що такі вимоги мають діяти і щодо певних конкретних відносин (тому для регулювання відносин, що не є подібними до інших, треба виробити конкретне правило (ad hoc норму), яке б найкращим чином узгоджувалося із загальними принципами права, відтак, наприклад, суддя ніби зобов'язаний підтримати точку зору законодавця, передбачити його варіант вирішення цього питання) [6, с. 44–56].

Зрозуміло, що застосування загальних принципів права є засобом, що вкрай рідко використовується під час здійснення правосуддя. Це пояснюється сучасним станом розвитку позитивного права, коли практично всі ситуації, що вимагають правового регулювання, отримали відповідну пряму або опосередковану регламентацію законодавця, відтак загальні принципи мають безпосередньо допомогти лише тоді, коли законодавець не запропонував суду жодного правила, придатного до застосування [6, с. 54].

Нагадаємо, що досконалих законів і норм не буває. Прогалини в праві (законодавстві) завжди були і будуть. Це навіть стосується самих стабільних правових систем, оскільки апіорі неможливо передбачити всі ситуації, які на перспективу потребуватимуть правового регулювання. Поряд із цим прогалину в праві не можна ототожнювати з помилкою в праві. Остання можлива у випадках, коли правотворчий орган: помилково вважає якісь відносини такими, що не підлягають правовому регулюванню; помилково покладається на конкретизацію права в ході його застосування; помилково передає питання на розсуд того, хто застосує право; видає норму, яка не потрібна; помилково вирішує питання в установленій нормі (у перших трьох випадках «помилка в праві» домислює наявність прогалин) [7, с. 400].

### Висновки

Таким чином, прогалинами в кримінальному праві визнається повна або часткова відсутність у їх змісті положень, що врегульовують відповідні життєві ситуації та забезпечують так би мовити «запуск, роботу» відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання. При цьому існують різні критерії (підстави) систематизації найбільш типових прогалин (залежно від моменту виникнення: первинні та похідні; залежно від обсягу застосованого правового регулювання: повні та част-

кові; залежно від «місця» прогалини у змісті конкретного джерела кримінального права: Конституція України; КК України; КПК України; «регуляторні закони»; підзаконні нормативно-правові акти; міжнародні договори тощо; залежно від можливості подолання (у процесі правозастосування): такі, що можуть бути подолані; такі, що не можуть бути подолані), водночас це є темою для окремого дослідження.

Отже, положення КК України, що закріплені у ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 3 та ч. 4 ст. 3, розглядаються як передумови для вирішення питання про подолання колізій та прогалин у законі про кримінальну відповідальність, оскільки на протипагу принципам, які використовуються в цивілістичних галузях вітчизняного законодавства, наука кримінального права міцно обмежена рамками існуючих в цій галузі принципів.

Враховуючи специфіку кримінального права, пропонується застосовувати як принципи права загалом, так і принципи кримінального права зокрема задля подолання прогалин кримінального закону, а також у разі необхідності застосовувати аналогію права.

#### Список використаних джерел:

1. Харитонов Є.О. Цивільне право України. Елементарний курс : навч. посіб. Суми : Університетська книга, 2006. 352 с.
2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. Київ : Укр. енцикл., 2003. Т. 5. П–С. 736 с.

#### Olena Oliinyk. The influence of the principles of criminal law on overcoming gaps in the criminal legislation of Ukraine

*The purpose of the article is to find out ways to overcome the gaps in the criminal law of Ukraine. The article deals with the incompleteness of certain normative-legal prescriptions regulating criminal-legal relations, ie about the lack for solving the existing problem of such normative-prescribing, which according to the content of its text (even in the broadest interpretation) would be applicable in this particular case. Thus under gaps in criminal law the author in the research suggests to understand full or partial absence in their maintenance of the provisions regulating the corresponding life situations and providing so to speak "start, work" of the corresponding elements of the mechanism of criminal law regulation. Thus, the analysis of the modern law on criminal liability and the practice of its application shows that gaps in this area have existed and remain. The author of the article demonstrates that in contrast to the broad interpretation, when it comes to circumstances that the legislator foresaw, but could not clearly indicate in the appropriate terminology, the gap exists when the legislator did not foresee certain circumstances (situation) in the normative legal act. In addition, gaps in the legislation should be distinguished from the lack of regulations on those public relations that are outside the scope of legal regulation (non-jus). Gaps in criminal law should be considered through the prism of incompleteness of the relevant elements and features of the criminal offense. One of the ways out of this situation may be the analogy of law, because the analogy of the law is expressly prohibited by the provisions of the current Criminal Code of Ukraine. Based on the results of the study, the author came to the conclusion that bridging the gaps can also be done through the direct application of general principles of law. Such an appeal is the next, after the analogy of law and the analogy of law, a subsidiary means of overcoming gaps. It is concluded that gaps in criminal law are the complete or partial absence in their content of provisions that regulate the relevant life situations and ensure, so to speak, "launch, operation" of the relevant elements of the mechanism of criminal law regulation.*

**Key words:** gaps in criminal law, ways to overcome gaps, analogy of law, analogy of the law, principles of law.

3. Шапп Я. Система германского гражданского права / [пер. с нем.]. М. : Междунар. отношения, 2006. 360 с.

4. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Ч. 2. *Вестник гражданского права*. 2006. № 2, т. 6. С. 185–226

5. Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань : Казан. ун-т, 1969. 95 с.

6. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1. С. 44–56

7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник / [пер. з рос.]. Харків : Консум, 2008. 656 с.

8. Кельман М.С., Мурашин О.Г. Загальна теорія держави і права : підручник. Київ : Кондор, 2008. 477 с.

9. Кармаза О. Способи подолання прогалин у житловому законодавстві України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Серія : Юридичні науки. 2011. Вип. 86. С. 67–71

10. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2009. 51 с. URL: <https://www.iaaj.net/node/397>.

11. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : підпис. від 4 листоп. 1950 р. ; зі змін. та допов., внесеними Протоколом № 11 від 11 трав. 1994 р., Протоколом № 14 від 13 трав. 2004 р. *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text)

12. Альбрехт П.А. Забута свобода: принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / [пер. з нім.]. Одеса : Астропринт, 2006. 160 с.