

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ПОЛІСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Факультет права, публічного
управління та національної безпеки
Кафедра правознавства

Кваліфікаційна робота
на правах рукопису

ПРИСЯЖНЮК ДМИТРО АНДРІЙОВИЧ

УДК 340.132.62

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

Юридичне тлумачення при прогалинах у праві

081 «Право»

Подається на здобуття освітнього ступеня «Магістр»

кваліфікаційна робота містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ Присяжнюк Д. А.

Керівник роботи
Ляшенко Руслана Дмитрівна
кандидат юридичних наук,
доцент

Житомир – 2021

Висновок кафедри правознавства за результатами попереднього захисту:
до захисту допущено

Протокол засідання кафедри правознавства № __ від «__» _____ 2021 р.

Завідувач кафедри правознавства

к.ю.н., доцент

_____ (підпис)

Р. Д. ЛЯШЕНКО

«__» _____ 2021 р.

Результати захисту випускної кваліфікаційної роботи

Здобувач вищої освіти Присяжнюк Дмитро Андрійович
захистив кваліфікаційну роботу з оцінкою:

сума балів за 100-бальною шкалою _____

за шкалою ECTS _____

за національною шкалою _____

Секретар ЕК

_____ (підпис)

Святогор Т. П.

АНОТАЦІЯ

Присяжнюк Д. А. Юридичне тлумачення при прогалинах у праві. – Кваліфікаційна робота на правах рукопису.

Кваліфікаційна робота на здобуття освітнього ступеня магістра за спеціальністю 081 – Право. – Поліський національний університет, Житомир, 2021.

У кваліфікаційній роботі з'ясовано, що прогалини у праві є важливою науковою проблемою, яка потребує вирішення через призму сучасної юриспруденції. В інтерпретаційній практиці уповноваженим суб'єктам регулярно доводиться стикатися з нетиповими і спірними ситуаціями, коли відсутнє правове регулювання правових відносин.

Проведено аналіз наукових підходів до розуміння прогалин у праві, з'ясовано причини наявності прогалин у праві та методи їх встановлення.

У роботі визначено роль юридичного тлумачення за наявності прогалин у праві. Окрему увагу приділено аналізу засобів усунення прогалин у праві.

Ключові слова: юридичне тлумачення, прогалини у праві, аналогія права, аналогія закону, субсидіарне застосування.

SUMMARY

Prysiazhniuk D. A. Legal interpretation of gaps in the law. – Manuscript qualification work.

Qualifying work for a master's degree in specialty 081 – Law. – Polissya National University, Zhytomyr, 2021.

The qualification work reveals that gaps in the law are one of the most pressing issues in modern jurisprudence. In interpretive practice, authorized entities regularly have to deal with atypical and controversial situations when there is no legal regulation of legal relations.

The analysis of scientific approaches to the understanding of gaps in the law is carried out, the reasons of existence of gaps in the law and methods of their establishment are found out.

The role of legal interpretation in the presence of gaps in the law is defined in the work. Particular attention is paid to the analysis of remedies for gaps in the law.

Key words: legal interpretation, gaps in law, analogy of law, analogy of legislation, subsidiary application.

ЗМІСТ

| | |
|--|-----------|
| ВСТУП | 6 |
| РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ПРОГАЛИН У ПРАВІ | |
| 1.1 Наукові підходи до розуміння прогалин у праві | 9 |
| 1.2 Причини виникнення прогалин у праві | 12 |
| 1.3 Встановлення факту прогалин у праві | 15 |
| ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО РОЗДІЛУ | 19 |
| РОЗДІЛ 2. МОДЕЛІ ЮРИДИЧНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ПРИ ПРОГАЛИНАХ У ПРАВІ | |
| 2.1 Роль юридичного тлумачення для подолання прогалин у праві | 20 |
| 2.2 Аналогія закону та аналогія права як засоби заповнення прогалин у праві | 24 |
| 2.3 Субсидіарне застосування норм права та тлумачення | 30 |
| ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО РОЗДІЛУ | 33 |
| ВИСНОВКИ | 34 |
| СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ | 36 |

ВСТУП

Актуальність теми дослідження полягає у зміні сучасного праворозуміння, інтеграції природної та позитивно-правової концепцій, спрямованості на реалізацію загальних принципів права у процесі правотлумачної діяльності за умов наявності прогалин у праві. У Конституції України визнано й закріплено принцип верховенства права, який є основоположним і спрямованим на розбудову правової держави та громадянського суспільства.

Наявність прогалин у праві є науковою проблемою, яка потребує вирішення через призму сучасної юриспруденції. В інтерпретаційній практиці уповноваженим суб'єктам регулярно доводиться стикатися з нетиповими і спірними ситуаціями, коли відсутнє правове регулювання правових відносин. Загалом прогалини у праві відносять до негативних факторів розвитку правової системи, що заважають ефективній реалізації права. Проте слід погодитися з науковцями, що на етапі реформування правової системи неможливо уникнути прогалин у праві. Способи подолання та шляхи усунення прогалин у праві потребують удосконалення, що обумовлено вибором методів та прийомів, які застосовуються в правотлумачній діяльності.

Серед вітчизняних науковців значний вклад у дослідження сутності прогалин у праві та шляхів їх подолання присвячено дослідження: В. С. Ковальського, І. П. Козинцева, М. В. Кравчука, Б. Б. Левенця, Ю. І. Матата, О. Ф. Скакун, М. В. Цвіка та ін. Серед зарубіжних науковців великий вклад у вивчення та дослідження даної теми внесли: С. Алексеев, С. Курильов, В. Лазарев, М. Маліков, А. Маліновський, Д. Туманов, А. Ціхоцький та ін.

Таким чином, проблема юридичного тлумачення за наявності прогалин у праві має як теоретичний, так і практичний інтерес, що змушує багатьох учених-юристів та практиків дискутувати з приводу найбільш спірних питань, які стосуються: причин виникнення прогалин у праві, способів їх подолання

та усунення, прийомів та методів інтерпретаційної діяльності при прогалинах у праві.

Мета роботи полягає у здійсненні аналізу інституту прогалин у праві та дослідженні моделей юридичного тлумачення при прогалинах у праві.

Відповідно до мети, **завданнями** даного дослідження є:

- аналіз наукових підходів до розуміння прогалин у праві;
- з'ясування причин наявності прогалин у праві;
- пошук методів встановлення факту прогалин у праві;
- визначення юридичного тлумачення для подолання прогалин у праві;
- дослідження аналогії закону та аналогії права як засобів заповнення прогалин у праві;
- обґрунтування зв'язку між субсидіарним застосуванням норм права та тлумаченням.

Об'єктом дослідження є правові відносини, які реалізуються у процесі юридичного тлумачення норм права за наявності прогалин у праві.

Предметом дослідження є юридичне тлумачення при прогалинах у праві.

Методи дослідження. Для дослідження особливостей та проблем юридичного тлумачення при прогалинах у праві було використано філософсько-світоглядні, а також загальнонаукові та спеціально-наукові методи наукового пізнання, серед яких: аналітичний – при здійсненні аналізу наукової літератури, присвяченій проблемі прогалин у праві; системний – при встановленні зв'язків у нормах, що містять прогалини; спеціально-юридичний – при аналізі юридичної термінології, зокрема понять «прогалини у праві» та «прогалини в законодавстві»; порівняльно-правовий – при порівнянні наукових підходів до розуміння прогалин у праві тощо.

Практичне значення одержаних результатів полягає у їх використанні в навчальному процесі під час викладання курсів «Загальна теорія права»,

«Юридичне тлумачення» та ін., а також у правотворчій, інтерпретаційній та правозастосовній діяльності.

Апробація результатів дослідження. Окремі результати та висновки, отримані в ході проведеного дослідження, були предметом обговорення на засіданні кафедри правознавства Поліського національного університету та науково-практичних конференціях: II Всеукраїнському науково-практичному семінарі «Правова політика України: історія та сучасність» (Житомир, 8 жовтня 2021 року); міжнародній науково-практичній конференції «Механізми управління розвитком територій» (Житомир, 27-29 жовтня 2021 р.); IX Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі» (м. Житомир, 11 листопада 2021 р.).

Структура роботи. Робота складається із вступу, двох розділів, які містять шість підрозділів, висновків до розділів, загальних висновків, списку використаних джерел (40 найменувань).

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ПРОГАЛИН У ПРАВІ

1.1 Наукові підходи до розуміння прогалин у праві

Сучасний бурхливий розвиток правової системи зумовлює необхідність частого внесення змін у законодавство. Ці зміни відбуваються швидко, відповідно суб'єкт нормотворчості не завжди встигає приймати якісні законодавчі акти відповідно до принципу юридичної визначеності. Зазвичай ці зміни є кількісними і не завжди якісними. Цим обумовлена проблема появи прогалин у праві. Однак узгодженість законодавства є важливою умовою функціонування права. Тому необхідні механізми адаптації, які можуть мінімізувати відставання правотворчої діяльності стосовно об'єктивних реалій суспільного життя [1, с. 129].

Ю. Матат на основі аналізу юридичної літератури зазначає, що наразі сформовано два основних концептуальних підходи до проблеми прогалин: «1) теорія логічної замкненості, безпрогальності права, яка ґрунтується на твердженні про досконалу природу права; 2) теорія прогальності права, яка об'єднує філософські й соціологічні погляди, визнає природність існування прогалин у праві й зосереджена не стільки на самих прогалинах, скільки на можливостях й конкретних способах їх подолання» [2, с. 18-19].

Проблема прогалин у праві всякчас звертала увагу вчених-юристів. Переважно, до її наукового дослідження звертались провідні дореволюційні, радянські та сучасні науковці. У правовій доктрині мали місце різні підходи для виявлення та розуміння сутнісного змісту прогалин у праві. О. Скакун зазначає, що юридична прогалина - це повна або часткова відсутність у діючих положеннях необхідних правових норм, що не можна ототожнювати з «юридичною помилкою», що є результатом неправильної оцінки об'єктивних умов і прояву законодавчої волі, яка мала б бути закріплена в нормативно-

правовому акті [3, с. 400]. Переважно у юридичній науці стійкою стала думка, що прогалини слід класифікувати на види, а саме: правові та законодавчі прогалини.

Законодавчою прогалиною слід вважати відсутність припису в нормативно-правовому акті, який регулює суспільні відносини загалом, залишає деякі аспекти цих відносин без належного правового регулювання, тоді як їх слід було врегулювати на законодавчому рівні. За відсутності нормативного акта, тобто якщо певні відносини не закріплені в загальній формі, в законі виникає прогалина [1, с. 130].

Переважна більшість науковців вважають такий поділ умовним. Зокрема, В. Лазарєв зазначає, що «прогалини в законах, в законодавстві - це прогалини в законі і навпаки» [4, с. 8.]. Цю думку підтримують М. Вопленко, С. Алексєєв та інші. Однак різні дослідники ототожнюють різні види прогалин. Тому В. Нерсесянц вважає, що прогалини в законі можуть бути наслідком неминучої затримки законодавства через динамічні суспільні відносини, результат законодавчих помилок тощо. [5, с. 490.] О. Венгеров наголошує, що прогалини є об'єктивні та суб'єктивні. Об'єктивні прогалини - це прогалини у впровадженні нових соціальних відносин – тобто правовий вакуум; суб'єктивні – це прогалини через недоліки у законодавстві, правові методи тощо [6, с. 268].

М.В. Цвік зазначає, що прогалина в законодавстві - це відсутність регулювання певних суспільних відносин за умови, коли ці відносини мають бути врегульованими з позицій принципів права [7, с. 416].

М. М. Забарний розмежовує прогалини у позитивному праві та у нормативно-правовому регулюванні. На його думку, «під прогалиною в позитивному праві слід розуміти випадок відсутності як нормативно-правового акту, спрямованого на регулювання певних відносин, так і відсутність звичаю та прецеденту. Прогалиною у нормативно-правовому регулюванні є відсутність як норм закону, так і норм підзаконних актів. Прогалина в законодавстві є повною або частковою відсутністю правових

норм, необхідність яких обумовлена розвитком соціального життя й потребою практичного вирішення справ» [8, с. 8].

Отже, визначальною рисою встановлення прогалин у праві є загальна вказівка на відсутність правових норм для регулювання існуючих суспільних відносин. Прогалина в праві по суті є недоліком, що виникає через повну або часткову відсутність правового регулювання суспільних відносин. Ознаками прогалин у праві є: повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин; їх оціночний характер, причому позитивна оцінка яких залежить від правосвідомості суб'єктів, що застосовують правові норми; відсутність норм, які повинні регулювати конкретні життєві обставини; об'єктивні життєві ситуації, що з'явилися внаслідок розвитку об'єктивних суспільних відносин, а в окремих випадках внаслідок дій органів законодавчої, виконавчої та судової влади [9, с. 55].

Прогалини в законодавчому акті як правило виникають тоді, коли виникає конфлікт норм однакової юридичної сили. На нашу думку, дискусійним є питання віднесення до прогалин наступних випадків: кваліфіковане мовчання з боку законодавця, якщо він утримується від прийняття норми; свідоме апелювання до розсуду суб'єктів правозастосування, коли законодавці очікують на конкретизацію законодавчої волі через акти правозастосування [1, с. 131].

Вважаємо, що відсутність правової норми може не вказувати на прогалину, оскільки теорія права передбачає, що правове регулювання не охоплює і не повинно охоплювати всю різноманітність суспільних відносин. Разом з тим, лише законодавець може усунути прогалину. У правозастосовній практиці існують певні стандарти подолання прогалин у праві. Ми розділяємо думку В. Пригоцького, що прогалина у праві є дефектом системи права, подолати прогалину уповноважений лише суб'єкт правотворчості, а суб'єкт правозастосування може її лише подолати [10, с. 137].

1.2 Причини виникнення прогалин у праві

Наявність прогалин у праві є однією з найбільш актуальних проблем у юридичній науці. Суб'єктам правозастосування регулярно доводиться стикатися з нетиповими і спірними ситуаціями, коли відсутнє правове регулювання тих чи інших правовідносин. Прогалини в праві є негативним фактором розвитку всієї правової системи, і заважають ефективному розвитку сучасного законодавства. На теперішньому етапі реформування правової системи в Україні неможливо уникнути такого явища, як прогалина у праві. Проте способи подолання і шляхи усунення прогалин є дещо застарілими та потребують удосконалення нормативно-правових рішень, зумовлених динамікою та швидким розвитком суспільного життя [11, с. 111].

Серед вітчизняних науковців значний вклад у дослідження проблематики прогалин у праві та способів їх подолання присвячені праці В. Ковальського, І. Козинцева, М. Кравчука, О. Скакун, М. Цвіка та ін. Серед зарубіжних науковців великий вклад у вивчення та дослідження теми внесли С. Алексєєв, С. Курильов, В. Лазарев, М. Маліков, А. Маліновський, Л. Морозова, В. Нерсесянц, Д. Туманов, А. Цихоцький та ін.

Прогалина у праві – це поняття, в основі якого лежить недосконалість та неповність чинного законодавства. Випадок, коли повністю відсутнє правове регулювання певного виду суспільних відносин також називається прогалиною у праві. Наявність прогалин у праві є негативним явищем, воно свідчить про повільний розвиток правової системи [11, с. 111].

Однак, вони часто об'єктивовані у нормативно-правовий масив, а в умовах збільшення кількості законодавчих актів – неминучі. Прогалини у праві є постійними супутниками правотворчості, оскільки породжуються цілим рядом причин як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Ці причини лежать в області правотворчої діяльності і виникають як на стадії розробки норм права, так і в процесі перекладу суб'єктивних уявлень про

характер і цілі регулювання в юридичні приписи з урахуванням юридичних закономірностей і нормативно-правових положень, що склалися [11, с. 112].

Причини виникнення прогалин у праві переважна частина вчених, а саме – О.М. Калашник, О.Ф. Скакун, В.С. Ковальський та інші, поділяють на два види: об'єктивні та суб'єктивні. Перші з них мають місце у тому випадку, коли законодавець не встигає діяти своєчасно в умовах громадських стосунків, що прискорено розвиваються, а суб'єктивні - коли пропуски виникають в результаті помилок та недоліків законодавця або недостатнього рівня його законотворчої культури [11, с.112].

Очевидно, що об'єктивні за природою прогалини у праві можуть виникати через появу нових громадських стосунків в умовах трансформації політичного, економічного і соціального життя країни, появи нових сфер громадського життя, не охоплених правовим регулюванням, тобто коли законотворчі органи не встигають за реаліями сучасного розвитку нових технологій та ринкових стосунків [11, с. 112].

Суб'єктивні ж причини виникнення прогалин мають місце у разі недостатньої техніко-юридичної якості нормативно-правових актів : невдала побудова норми права (порушення її структури), відсутність якого-небудь підзаконного акту, а іноді і цілого закону. Причинами появи таких прогалин є слабка юридична підготовка суб'єктів нормотворчості або відсутність у них знань про правила юридичної техніки. Також суб'єктивні причини обумовлені різними помилками нормотворчого органу в процесі прийняття законодавчих актів : невірний вибір форми акту, порушення процедури підготовки і прийняття акту, невірне визначення предмету правового регулювання, недооцінка суспільної думки, недолік правових засобів для втілення в життя норм цього акту та ін. [11, с. 112].

Як зазначає А. П. Кулініч, прогалини в праві є стабільними супутниками правотворчості, оскільки породжуються цілими причинами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Ці причини лежать в сфері правотворчої діяльності і виникають як на стадії розробки норм права, так і в процесі

перекладу суб'єктивних представлень про характер і цілі регулювання в юридичному оформленні з урахуванням юридичних закономірностей [12].

Л.А. Морозова вважає, що прогалини у праві виникають з трьох головних причин:

- 1) законодавець не зміг охопити правовим регулюванням усі життєві ситуації;
- 2) внаслідок недоліків юридичної техніки;
- 3) об'єктивній неможливості законодавця встигнути за розвитком громадських стосунків [13, с. 41].

До основних причин виникнення прогалин у праві, на думку Б. Левенця, слід віднести наступні:

- 1) юридично-технічні помилки законодавчих органів при розробці нормативно-правового акту;
- 2) помилки при застосуванні прийомів юридичної техніки;
- 3) нездатність законодавця відобразити у прийнятому нормативно-правовому акті всю різноманітність суспільних відносин, які потребують правового регулювання;
- 4) невміння прогнозувати появу нових життєвих обставин, і як наслідок – відставання у нормотворчості;
- 5) навмисне створення прогалин у нормативно-правовому акті з метою лобіювання власних інтересів [14, с. 164].

Узагальнюючи погляди науковців, слід виокремити основні причини, які, на нашу думку, зумовлюють наявність прогалин у праві:

- 1) нездатність законодавця відобразити різноманітність життєвих ситуацій, які потребують правового регулювання (початкова прогалина);
- 2) нездатність законодавця передбачити виникнення нових життєвих ситуацій внаслідок постійного розвитку суспільних відносин та вживати відповідні заходи для прогнозування цих ситуацій (подальші прогалини);
- 3) законодавчі помилки в розробці законів та використанні юридичних прийомів [1, с. 130].

Проведений розгляд об'єктивних і суб'єктивних причин появи прогалин у праві дозволяє зробити наступні висновки і рекомендації: причини виникнення прогалин у праві хоча і досить висвітлені в літературі загальної теорії права, проте між думками учених існують протиріччя пов'язані, в основному, з термінологією; в правовій системі повинен існувати інститут, якій дозволить оперативно долати прогалини у праві; для найбільш якісної правової регламентації законодавець повинен постійно вдосконалювати юридичну техніку підготовки нормативно-правових актів і детально вивчати суть регульованого явища [11, с. 113].

Отже, проаналізувавши причини виникнення прогалин у праві до основних з них варто віднести: недосконалість прийнятих нормативно-правових актів, відсутність належної законодавчої техніки, технічно-юридичні помилки, а також недостатня зрозумілість формулювання термінів, помилки законодавчих органів та низький рівень законодавчої культури та техніки. Слід зазначити, що наявність прогалин у праві не завжди є свідченням "недоліків" права. Іноді їх наявність є свідченням динамічності права. Звичайно, законодавець повинен своєчасно реагувати на виклики часу і вносити відповідні корективи у нормативно-правову базу.

1.3 Встановлення факту прогалин у праві

Встановлення прогалин – це творчий процес, і саме тому він потребує особливої уваги. Проблематика прогалин в праві та законодавстві неодноразово привертала увагу вчених, зокрема до її аналізу зверталися: О. Скакун, П. Рабінович, В. Лазарєв, С. Алексєєв, Н. Вопленко, О. Колотова, М. Козюбра та інші. Проте питання встановлення факту прогалин у законодавстві залишається недостатньо дослідженим.

Як стверджував В. Лазарєв, можна без усілякого перебільшення сказати, що встановлення прогалини в праві є першочерговим завданням, а вже потім

їх необхідно долати [4, с. 37-38]. Оскільки процес заповнення прогалин настає після їх встановлення.

Встановлення факту прогалини не означає їх пошук. По суті це розпочинається з того, що у правозастосовника виникають складнощі з вирішенням юридичної справи через відсутність відповідного правового інструменту. Не можна також виключати того, що законодавець прагне покращувати систему правового регулювання та передбачати виникнення прогалин у законодавстві [4, с. 39]. Проте важко робити прогнози на майбутнє й передбачити усі тонкощі правореалізації та правозастосування.

У час активного розвитку технологічного процесу та суспільних відносин необхідно постійно слідкувати, щоб інструменти правового регулювання завжди встигали вступати в дію та не ускладнювали практичне вирішення проблем [4, с. 39].

Входження в компетентний державний орган з ініціативою про видання акту, покликаного закріпити нові, ще не врегульовані відносини, означає одночасно судження про існування прогалини [4, с. 39]. Перевірка обґрунтованості такої законодавчої пропозиції це і є безпосередньо процес встановлення прогалин. Вироблення компетентними органами проекту нормативного акту є офіційним оформленням гіпотези про існування прогалини і шляхів їх усунення. Якщо нормативно правовий акт був прийнятий, то це означає позитивну відповідь на запитання про існування прогалини, а також це означає встановлення та усунення прогалини у законодавстві [4, с. 40].

Процес встановлення прогалин в праві пов'язаний з звичайним або ж науковим передбаченням. В свою чергу наукове передбачення класифікують на види, а саме на: передбачення на основі циклічного повторення явищ; передбачення методом аналогії; передбачення на основі теоретичних уявлень [4, с. 40-41].

Припущення про прогалини в праві, особливо передбачення відповідних обставин, які потребують правового вирішення, і тих умов, в яких це

станеться, абсолютно підпорядковується загальним закономірностям наукового прогнозування. На жаль, до цього часу, правники досі не досліджували сутність і методи прогнозування у праві, ступінь і форми опосередкування потреб суспільного розвитку, економічну обґрунтованість і правильність вибору прийнятих рішень [4, с. 41-42].

Одним із методів встановлення прогалин є формально-юридичний метод. Його специфічною властивістю є виокремлення логічних, мовних та інших абстрактних елементів, що виражають структурні закономірності права. Формально-логічний метод використовують при застосуванні та тлумаченні норма права. Для того щоб встановити прогалину у законодавстві, необхідно володіти нормативним матеріалом на високому рівні. Формальна визначеність права - це одна з його особливостей, на відміну від інших форм суспільної свідомості [4, с. 55-56].

Логічна послідовність, визначеність і обґрунтованість пронизують увесь зміст правової системи. Зокрема логічна послідовність вимагає щоб кожний правовий акт містив в основі загальні принципи права, не суперечив іншим правовим актам, ураховував особливості структурної організації правових норм різних галузей права [4, с. 56].

При розгляді формально юридичного методу встановлення прогалин у праві, слід зазначити, що він має недоліки при реалізації. Якщо уточнювати, то він не дає достатніх результатів при дослідженні соціально-економічних та політичних наслідків. Даний метод не відображає реакцію суспільства щодо дієвості права [4, с. 96].

Конкретно-соціологічний метод встановлення прогалин є надзвичайно важливим, оскільки втілює систему теоретичних та практичних процесів, що надають нові знання про емпіричні об'єкти. Конкретно-соціологічний метод базується на досвіді та опирається на факти. Він включає такі складові: методи збору правової інформації та опрацювання отриманої правової інформації [15, с. 91]. При дослідженні даним методом виявляються факти, що мають певні обмеження в просторі та часі, застосовуються особливі техніки дослідження,

а саме: нагляд, інтерв'ю, анкетування, вивчення документів, ділова переписка, моделювання та експерименти. Конкретно-соціологічний метод також часто отримує назву “конкретного”. Відбувається це через те що даний метод дослідження торкається сторін окремих соціальних деталей, що у сукупності складають суцільно-ціле суспільство. Що називають “емпіричним” тому що воно базується на досвіді та опирається на факти. Основною метою конкретно-соціологічного методу встановлення прогалин у праві є виявлення практичної необхідності у регулюванні певних суспільних відносин, та виявлення необхідності для прийняття нормативно-правового акту або доповнення вже існуючого. Прогалини в праві виникають там де відсутнє правове регулювання. Не всі суспільні відносини потребують правового регулювання, тому при дослідженні необхідно визначати де це необхідно [4, с. 98]. Встановлення прогалин у праві передбачає використання конкретно-соціологічного методу при дослідженні суспільних відносин. Для того щоб повністю зрозуміти сутність даного методу необхідно його застосовувати, і тільки при застосуванні цього методу на практиці стає зрозумілим його зміст, прийоми, цілі та все що його стосується [4, с. 98].

Отже, методами встановлення прогалин у праві є формально-юридичний та конкретно-соціологічний. Встановлення факту існування прогалини у законодавстві дозволяє зрозуміти причини їх появи та застосувати оптимальні заходи для їх подолання у ході правозастосування та усунення у майбутньому [16, с. 58].

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО РОЗДІЛУ

Прогалина в праві по суті є недоліком, що виникає через повну або часткову відсутність в ньому правового регулювання суспільних відносин. Ознаками прогалин у праві є: повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин; їх оціночний характер, причому позитивна оцінка яких залежить від правосвідомості суб'єктів, що застосовують правові норми; відсутність норм, які повинні регулювати конкретні життєві обставини; об'єктивні життєві ситуації, що з'явилися внаслідок розвитку об'єктивних суспільних відносин, а в окремих випадках внаслідок дій органів законодавчої, виконавчої та судової влади [9, с. 55].

Узагальнюючи погляди науковців, слід виокремити основні причини, які, на нашу думку, зумовлюють наявність прогалин у праві: нездатність законодавця відобразити різноманітність життєвих ситуацій, які потребують правового регулювання (початкова прогалина); неможливість нормотворцем передбачити виникнення нових життєвих ситуацій внаслідок постійного розвитку суспільних відносин та вживати відповідні заходи для прогнозування цих ситуацій (подальші прогалини); законодавчі помилки в розробці законів та використанні юридичних прийомів [1, с. 130].

Встановлення прогалин – це творчий процес, і саме тому він потребує особливої уваги. Методами встановлення прогалин у праві є формально-юридичний та конкретно-соціологічний. Встановлення факту існування прогалини у законодавстві дозволяє зрозуміти причини їх появи та застосувати оптимальні заходи для їх подолання у ході правозастосування та усунення у майбутньому [16, с. 58].

РОЗДІЛ 2

МОДЕЛІ ЮРИДИЧНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ПРИ ПРОГАЛИНАХ У ПРАВІ

2.1 Роль юридичного тлумачення для подолання прогалин у праві

Юридична герменевтика першочергово визначає, що закон не ідеальний не тому, що є таким, а тому, що по суті він не може враховувати та органічно працювати в сучасній правовій дійсності. Тому він недовершений, і, виходячи з цього, часто складаються ситуації, коли застосування закону неможливе. Використовуючи герменевтичний підхід до роз'яснення правових норм і заповнення прогалин у праві, необхідно враховувати той факт, що життя складається з різноманітних знаків, які в сучасних реаліях передбачають відхід від будь-яких особистих переконань [17, с. 157].

Згідно герменевтичної науки, символ – це всяка структура значень, де один сенс - прямий, первинний, буквальний, водночас означає й інший сенс - опосередкований, вторинний, алегоричний, який можна зрозуміти лише через перший. Правова норма або її відсутність – це символ, смислове навантаження якої слід встановити. У будь-якому смисловому значенні за наявності буквального тлумачення досить складно правильно усвідомлювати весь зміст правової норми або ж зрозуміти причину її відсутності. Тому для правильного застосування норми в процесі її тлумачення, застосування аналогії права або закону потрібно знайти глибинний її зміст [17, с. 157].

За принципами юридичної герменевтики подолання прогалин в праві – це є той спосіб, за допомогою якого можливо вирішити проблему дуалізму правової норми. Адже герменевтика дозволяє безпосередньо розкривати зміст правового контексту. Одна з проблем, на якій необхідно акцентувати увагу – це невідповідність історичної та юридичної герменевтики. При застосуванні закону необхідно керуватися історичними умовами правового регулювання, брати до уваги його початковий зміст, але при цьому враховувати сучасні

умови правової дійсності. Зміст нормативно-правового акту не завжди зрозумілий, правова догматика і юридична герменевтика знаходяться в безпосередньому зв'язку, при чому домінує юридична герменевтика [17, с. 157].

Питання про прогалини у праві в юридичній науці виникає переважно у зв'язку із застосуванням та тлумаченням правових норм, а також при вирішенні загальнометодологічних завдань правотворчого та правозастосовного процесу.

Закономірність юридичного тлумачення органічно пов'язана з використанням методів і прийомів законодавчої техніки під час розробки акту нормотворення, які обґрунтовуються деякими аспектами зовнішньої форми права, зокрема: 1) формою зовнішнього словесно-документального викладу змісту правових приписів; 2) нормативністю, спеціально-юридичним виразом їхнього змісту. З об'єктивної точки зору необхідність юридичного тлумачення пояснюється також недосконалістю викладення в нормі права волі суб'єкта правотворчості. З огляду на це якісне законодавство завжди спрямоване на те, що виправити недоліки їхньої форми та змісту. Неточне застосування прийомів і засобів юридичної техніки, помилки стилю нормативно-правових актів можуть бути усунені шляхом юридичного тлумачення. Як зазначає Ю. Матат, за допомогою різних прийомів юридичного тлумачення вдається подолати прогалини [18, с. 4]. Під тлумаченням традиційно розуміють внутрішній розумовий процес особи, що реалізує правові норми у будь-якій формі, особливо особи, що застосовує їх [19, с. 250].

Єдиним механізмом усунення прогалин у праві, крім правотворчої діяльності правотлумачна діяльність Конституційного Суду України та Верховного Суду. Саме ці суди реалізують функцію офіційного тлумачення норм Конституції та чинного законодавства, заповнюють прогалини у праві у своїх рішеннях, в яких обов'язково є тлумачення положень чинного законодавства, вирішують спірні правовідносини щодо наповнення змістом правової норми.

У правовій доктрині переважає позиція, відповідно до якої якщо правозастосовний орган застосовує закон за аналогією, то має тлумачити його так само, як і при звичайному застосуванні цієї норми, оскільки неприпустимо пристосовувати правову норму до аналогічних відносин шляхом іншого її тлумачення, перенесення норми права у сферу інших правовідносин. Відповідно зміст правової норми при її застосуванні за аналогією викривляти не можна. Водночас необхідно мати на увазі, що кожна норма має свою галузеву (підгалузеву) та інституційну приналежність і тлумачиться у взаємозв'язку з іншими нормами, що містяться в цій галузі чи інституті. При застосуванні аналогії норма права запозичується і нібито трансформується правозастосовним органом у той правовий інститут, де існує прогалина. З цього випливає, що в конкретній ситуації така норма має тлумачитися не як частина інституту, з якого її запозичено, а як складова інституту, прогалину в якому вона покликана подолати [20, с. 182-183].

Серед формально-юридичних засобів слід виокремити способи тлумачення права, висновки за аналогією тощо. При їх використанні слід враховувати наступне: вони застосовуються в основному при встановленні неповноти норм права чи нормативно-правових актів; вони можуть бути застосовані у встановленні як об'єктивних, так суб'єктивних прогалин. «Технічні» прогалини розкриваються виключно за допомогою формально-логічного прийому; часто виникає необхідність звернення до однієї чи декількох норм або ж навіть до усієї сукупності правових норм, а іноді до галузевих і загальних принципів права; жоден із зазначених прийомів не має самостійного значення та має використовуватися у зв'язку з іншими та може доповнюватися.

Як зазначає М. І. Козюбра, прогалина є відсутністю або неповнотою нормативно-правових приписів, необхідних для вирішення конкретного випадку (казусу). По-суті йдеться про дефіцит для вирішення наявної проблеми такого нормативного припису, який за його змістом (навіть при найбільш широкому розумінні) підлягав би застосуванню в цьому

конкретному випадку. На відміну від розширеного тлумачення, коли ми маємо справу з обставинами, які передбачені законом, але буквально під його дію не підпадають, прогалина існує у випадку, коли закон взагалі не передбачає такі обставини [19, с. 241].

Особливість тлумачення при прогалинах у праві виражається в тому, що тут потрібно вирішити:

- 1) чи входить певна фактична обставина у сферу правового регулювання;
- 2) чи є потреба у розгляді її по суті;
- 3) чи допускається у конкретній галузі права застосування індивідуальних правових засобів подолання прогалин;
- 4) чи немає законодавчої заборони;
- 5) потрібно підібрати той індивідуальний правовий засіб, що є найбільш оптимальним для вирішення даної проблеми, відповідає принципу верховенства права, спрямований на захист прав, свобод та законних інтересів суб'єктів права, забезпечить законність і правовий порядок.

Для змін суспільного життя законодавець передбачає судове тлумачення, результати якого співвідносяться з позитивним та природнім правом, а імперативні норми мають змінюватися. Законодавства багатьох країн не завжди довіряють юридичному тлумаченню при заповненні прогалин у праві. Їх законодавство дозволяє суддям заповнювати прогалини через аналогію права і закону, що виходить за межі тлумачення і стосується проблеми розмежування компетенцій законодавчої та судової влади. Необхідно справді встановити факт прогалини у праві, щоб виправдати застосування інституту аналогії.

З такою позицією навряд чи можна погодитися, адже інститут аналогії права і закону, зберігаючи відносну самостійність є, по суті, складовою юридичного тлумачення права в широкому сенсі, оскільки під тлумаченням слід розуміти не лише розкриття змісту окремої норми права, але й розумовий процес, у ході якого із змісту однієї норми права або їх сукупності ми

отримуємо відповідь на юридичне питання, що зумовлене юридичною практикою [21, с. 56].

Отже, аналогія як спосіб подолання прогалин у праві і юридичне тлумачення як з'ясування і роз'яснення змісту правових приписів мають як безліч загальних, так і відмінних рис. Аргументом на користь того, що тлумачення і заповнення прогалин – це взаємодоповнюючі правові категорії, є той факт, що правозастосовник не може розглянути справу не розтлумачивши відповідні норми. Крім того, саме у ході тлумачення виявляються прогалини у праві. Як висновок, наведемо думку В. Зорькіна який зазначав, що нормативні акти містять колізії та прогалини, для їх подолання і для того, щоб право розвивалося та забезпечувало потреби швидкоплинної життєдіяльності суспільства, необхідне багате юридичне тлумачення – насамперед, судове [22, с. 8].

2.2 Аналогія закону та аналогія права як засоби заповнення прогалин у праві

Правозастосування вимагає залучення суттєвих внутрішніх ресурсів суду, глибокого аналізу обставин справи, тривалого її розгляду, необхідності тлумачення норм та заповнення прогалин [23, с. 78]. У процесі судового правозастосування, суддя постійно вдається до інтерпретації норм [23, с. 96].

Для подолання прогалин в основному використовують аналогію. В свою чергу аналогія може бути двох видів: аналогія права та аналогія закону. Спочатку потрібно дізнатися визначення такого терміну як аналогія. «Аналогія це – подібність, схожість у цілому відмінних предметів, явищ за певними властивостями, ознаками або відношеннями» [25, с. 36-37].

Аналогія права - це застосування до суспільних відносин, які є неврегульованими з боку законодавця, основних принципів, ідей та засад права.

Заповнення пропуску, згідно цієї концепції, не вимагає видання нового нормативного акту, а тому, спираючись на загальний сенс і принципи законодавства, суд при розгляді індивідуалізованого юридичного казусу сам знаходить необхідне рішення.

Як зазначає В. Шафіров, «аналогію права прийнято відносити до виключних засобів юридичного впливу. Вважається, що з її допомогою не усуваються, а лише оперативно долаються прогалини в праві. Тому вона може бути застосована тільки тоді, коли не вдається виявити подібну юридичну норму» [26, с. 2].

При застосуванні аналогії права, принципи чинять безпосередньо регулюючу дію на громадські стосунки, визначаючи їх загальну юридичну врегульованість, і є тією правовою базою, на основі якої відбувається формулювання конкретного правила для заповнення прогалин. В даному випадку застосування аналогії права формується, передусім, з аналізу принципів права. Це певною мірою може понизити якість результатів правозастосування отриманих за допомогою аналогії права, в порівнянні з використанням аналогії закону. Велике значення мають принципи, які закріплені в Конституції, а саме: принципи законності, демократичності, гуманізму, справедливості, рівності перед законом та ін.

Аналогія є прототипом принципу рівності. Використання аналогії будується на уяві внутрішньої послідовності права, а також на презумпції послідовності законодавця. Існує таке латинське твердження - *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis disposition* - що означає: там, де однакові підстави закону, там і постанови закону повинні бути однаковими [27, с. 342-348]. Вирішення правової ситуації на підставі застосування аналогії права не усуває прогалину в законодавстві, через те що судові рішення мають індивідуальний, адресний характер. Ця позиція є відправною для вирішення подібних ситуацій у майбутньому, поки це не буде спростовано і вирішено у наступній справі. Застосування аналогії повинно ґрунтуватися на певних принципах, а саме на

принципах законності та обґрунтованості. В законодавстві є чітко визначені норми, що забороняють застосування аналогії права у вирішенні певних справ.

Досліджуючи юридичну природу принципів права, С. П. Погребняк приводить основні ознаки, що відрізняють їх від інших норм права : принципи права є концентрованим вираженням найважливіших сутнісних особливостей і цінностей, властивих певній системі права. Вони можуть мати морально-етичну спрямованість, утворюючи загальнолюдський вимір права і його моральну основу. Іншу групу складають принципи, які утворюють організаційно-процедурну основу права, і спрямовані на виконання функції права як соціального регулятора; принципи права характеризуються найбільш загальним характером, що означає вищу міру їх абстрагування, а їх нормативний зміст розкривається через правову діяльність усіх суб'єктів публічної влади. Роз'яснення їх змісту не є винятковою прерогативою органів законодавчої влади, а важлива роль в цьому процесі відводиться судам, передусім – конституційним; принципи визначають змістовний характер системи права і напрям її подальшого розвитку, виконуючи, таким чином, системотворчу, системо-направляючу і інтерпретаційну функції, а правові норми являються зазвичай лише різними проявами дії принципів, засобами їх конкретизації; як і інші правові норми, принципи фіксуються в зовнішніх формах виразу права [28, с. 56].

Принципи права мають загальний характер і тому не передбачають усю специфіку громадських стосунків. Ні в кого з юристів не виникає сумнівів в тому, що застосування аналогії права - складний творчий процес. У ньому задіяні багато юридичних, і не лише юридичних, прийомів. На нього впливають різні правові обставини. До об'єктивних обставин ми можемо віднести такі, як соціальне середовище, в якій правозастосовний орган здійснює правосуддя, недосконалість процесуального законодавства сприяючого підведенню позиції суду під єдиний стереотип, надмірна завантаженість, викликана нестачею кадрів і так далі.

При застосуванні методу аналогії права діяльність правозастосовних органів суттєво ускладнюється. При застосуванні аналогії права слід керуватися абстрактними категоріями, принципами, правовими цінностями. Неуважність і сумлінність в цьому питанні може породити небезпечний прецедент. Хоча науковці й відмічають, що отримане в результаті застосування аналогії права правило ніде не фіксується, окрім правозастосовного акта, і воно не буде обов'язковим для іншого правозастосовника, загалом тенденція правозастосування свідчить про випадки копіювання рішень у схожих справах [29, с. 376].

Модель застосування аналогії права вимагає від судді дотримання певних процесуальних правил, серед яких: виявлення прогалини у праві; обґрунтування неможливості вирішити спір шляхом субсидіарного застосування права, конкретизації, тлумачення, рестрикції або аналогії закону; визначення галузевої приналежності спірних правовідносин; аргументація при використанні галузевих принципів вирішення спору; ухвалення рішення відповідно до аналогії права з урахуванням моральних його засад [23, с. 151].

Застосування аналогії права складається з наступних стадій: 1) аналіз фактичних обставин справи; 2) вибір відповідної норми; 3) встановлення наявності пропуску в законі; 4) аналіз правових інститутів на предмет схожості; 5) за відсутності схожої норми - встановлення пропуску в праві і неможливості застосування аналогії закону; 6) аналіз громадських стосунків, не врегульованих правом, і з'ясування питання, чи потрапляють ці стосунки під сферу правового регулювання; 7) встановлення галузевої приналежності цих громадських стосунків; 8) вибір конкретної норми-принципу, такої, що підлягає застосуванню, або виведення індуктивним шляхом принципу-ідеї; ці принципи мають бути прямо названі в рішенні; 9) вирішення справи, ухвалення рішення і видання правозастосовного акту.

Виходячи з цієї послідовності, ми можемо зробити висновок, що застосування аналогії права - вкрай непросте завдання. Використання цього способу усунення прогалин у праві вимагає від правозастосовного органу

високого рівня знання закону, додаткової кваліфікації, що виходить за межі звичайних вимог. З цим твердженням складно не погодитися: уміння використати аналогію права дійсно є показником найвищого професіоналізму судді.

Отже, аналогія права не розглядається в якості поширеного механізму для врегулювання суперечок і є швидше виключенням, ніж правилом. Але причиною цього є зовсім не те, що вона застосовується за залишковим принципом після аналогії закону, а в тому, що в цьому інституті і теоретичний, і практичний зміст не піддається однозначному трактуванню. На підставі вищевикладеного можна констатувати, що при подоланні прогалин у праві за допомогою аналогії права принципи чинять безпосередньо регулюючу дію на суспільні відносини. В той же час застосування інституту аналогії права передбачає обов'язкове дотримання вимог законності, що припускають наявність обґрунтованої мотивації ухвалення відповідного рішення з вказівкою юридичних основ застосування аналогії.

Відповідно до ч. 6 ст. 7 Кодексу адміністративного судочинства України: «У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права)» [30]. Подібні положення щодо застосування аналогії права та закону закріплені у ст. 8 Цивільного кодексу України [31], у ч. 9 ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України [32], у ст. 10 Сімейного кодексу України [33] та ін.

При використанні аналогії права та закону не можуть застосовуватися норми публічного права, які направлені на обмеження прав і свобод людини з метою охорони громадського порядку і безпеки. Це пояснюється тим, що фундаментальний принцип правової визначеності набуває в даному випадку особливо високої ціни, гарантуючи захист правових благ індивідів від свавільного втручання державної влади [34]. У ч. 4 ст. 3 Кримінального

кодексу України визначено: «Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено» [35].

Як зазначає С. Бобровник, «аналогія закону є специфічним способом прийняття юридично значущого рішення у разі наявності прогалин в законодавстві, що стосується відповідного конкретного випадку. Таке рішення приймається на основі закону, яким регулюються аналогічні чи близькі за змістом суспільні відносини» [36, с. 85].

М. Цвік зазначає, що «аналогія закону – це поширення в процесі правозастосування на конкретні нерегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в рамках даної галузі права за найсуттєвішими ознаками. «Подібність» відносин означає однотипність правового режиму їх регулювання» [37, с. 414].

Як правило, аналогія закону застосовується у процесі правозастосування і при безпосередній реалізації права. Але загальний механізм її здійснення не зводиться ні до одного з цих видів діяльності. Помилкою було б віднести це явище до сфери правотворчості. Діяльність з використання аналогії закону є швидше творчою. Очевидно, що в результаті застосування аналогії закону йде процес створення індивідуального припису щоб врегулювати конкретну ситуацію. Тут дещо некоректно говорити про те, що створюється, "твориться" саме об'єктивне право хоч б тому, що однією з ознак останнього є нормативність, що припускає собою неодноразове застосування і персонально невизначене коло осіб, на яке право впливає. Отже, аналогія закону та тлумачення права по'язані як частина і ціле.

Таким чином, вивчення вказаного правового інституту дозволило зробити наступні висновки. По-перше, аналогія закону є важливим регулятором правової дійсності. По-друге, її застосування обумовлене нездатністю законодавця своєчасно реагувати на виникнення прогалин в праві. І саме ця нездатність примушує суверенну владу делегувати частину своїх повноважень правозастосовним органам, виводячи область їх діяльності за межі

компетенції. Ця обставина і змушує законодавця бути обережним при санкціонуванні аналогії - дозволяти її використання лише в деяких галузях. По-третє, аналогія закону використовується при правозастосуванні і при безпосередній реалізації права. Діяльність по використанню аналогії закону творча. Звідси витікає четверте положення: специфіка аналогії закону така, що вона може розглядатися і як засіб юридичної техніки, і як юридична конструкція, і як творча фікція залежно від того, в якій площині її досліджувати. По-п'яте, слід згадати співвідношення аналогії права і аналогії закону. Якщо досліджувати змістовну сторону двох цих прийомів, то ми дійдемо висновку, що аналогія закону має на увазі аналогію права - вони функціонують в єдності.

2.3 Субсидіарне застосування норм права та тлумачення

Аналогія закону застосовується у межах однієї галузі права, проте можливе і міжгалузеве застосування юридичної аналогії. В цьому випадку спосіб подолання прогалини у праві має назву «субсидіарне застосування норм права» або «субсидіарна аналогія».

Як зазначає Б. Левенець, «спільними ознаками субсидіарного застосування норм права та міжгалузевої аналогії є можливість застосування норм іншої галузі права та спільність методів правового регулювання. Проте, на нашу думку, їх слід розмежовувати з огляду на те, що субсидіарне застосування норм права передбачено законодавцем з метою досягнення єдності правового регулювання та є стабільним прийомом, який може використовувати не лише суд, а й інші суб'єкти правових відносин. Застосування міжгалузевої аналогії є індивідуально визначеним, носить тимчасовий характер та є прерогативою виключно судових органів влади» [23, с. 147; 14, с. 165].

Проблема субсидіарного застосування не отримала глибокого наукового аналізу в сучасній науковій літературі. У найзагальнішому вигляді під

субсидіарним застосуванням прийнято розуміти застосування норм однієї галузі законодавства до стосунків, які містяться у сфері регулювання іншої галузі. Воно виражає собою своєрідний спосіб правової регламентації і обумовлено передусім необхідністю функціональної взаємодії норм різних галузей законодавства, забезпечення їх збалансованого співвідношення і взаємозв'язку.

В умовах економічного, політичного, громадського життя, що ускладнюється, необхідне створення механізмів, які сприяли б підвищенню ефективності законодавчого регулювання, інтерес даної проблеми помітно росте. З точки зору сучасної теорії права субсидіарне застосування дає можливість вибудовування партнерських стосунків між нормами окремих галузей законодавства. Субсидіарне застосування права – це та ж аналогія правової норми (аналогія закону), але тієї норми, яка належить іншій, спорідненій галузі законодавства. Таке можливе, наприклад, між нормами цивільного і сімейного законодавства, податкового та бюджетного законодавства. Субсидіарне правозастосування не має сенсу, якщо аналогічна норма міститься у тій же галузі законодавства.

По суті субсидіарне застосування норм права є додатковим засобом подолання прогалин для одного вже існуючого інституту або галузі права, до відносин які вони регулюють.

Виключно ґрунтовне тлумачення права може слугувати належним підґрунтям для субсидіарного застосування норм права відповідно до вимог принципу законності. Для досягнення вказаних завдань суб'єктами правозастосування використовується поширювальне тлумачення, мета якого – розкрити дійсний зміст правової норми, який є ширшим за її буквальний зміст. Але суттєво, щоб у процесі поширювального тлумачення закладений законодавцем зміст залишався незмінним [18, с. 5; 38, с. 106].

Системність, на думку Т. О. Чепульченко та С. А. Невечери, є основою субсидіарного застосування права. «Для застосування міжгалузевої аналогії, як і для попередніх аналогій, існують вимоги: юридичний характер відносин;

неврегульованість даних відносин суспільства галуззю, до якої вони входять; наявність відповідних нормативно-правових актів, що регулюють подібні відносини в суміжних чи подібних галузях права; законодавчо закріплена можливість застосування такого способу подолання прогалин або ж його пряма незабороненість; подібність відносин: тих, до яких має застосовуватись міжгалузєва аналогія, і тих, що вже врегульовані; схожість ознак даного спірного питання до ознак відносин, регулювання яких здійснено нормою, яку планується застосувати» [39, с. 38].

Отже, субсидіарне застосування має місце лише між суміжними галузями, інститутами законодавства, що є генетично взаємопов'язані. Обираючи норму для субсидіарного застосування слід звертатися до принципів відповідної галузі законодавства [40, с. 50].

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО РОЗДІЛУ

Аналогія як спосіб подолання прогалин у праві і юридичне тлумачення як з'ясування і роз'яснення змісту правових приписів мають як безліч загальних, так і відмінних рис. Аргументом на користь того, що тлумачення і заповнення прогалин – це взаємодоповнюючі правові категорії, є той факт, що правозастосовник не може розглянути справу не розтлумачивши відповідні норми.

Інститут аналогії права і закону, зберігаючи відносну самостійність є, по суті, складовою юридичного тлумачення права в широкому сенсі.

Аналогія права - це застосування до суспільних відносин, які є не врегульованими з боку законодавця, основних принципів, ідей та засад права.

Аналогія закону використовується при правозастосуванні і при безпосередній реалізації права. Діяльність по використанню аналогії закону творча. Специфіка аналогії закону така, що вона може розглядатися і як засіб юридичної техніки, і як юридична конструкція, і як творча фікція залежно від того, в якій площині її досліджувати.

Субсидіарне застосування норм права є додатковим засобом подолання прогалин для одного вже існуючого інституту або галузі права, до відносин які вони регулюють.

ВИСНОВКИ

1. Прогалини в праві є негативним фактором розвитку всієї правової системи, що заважають ефективному розвитку сучасного законодавства. Прогалини у праві є не просто недосконалістю нормативно-правового акту, вони зумовлюють проблеми, які вже провалюються у практичній діяльності та потребують вирішення. Характерною їхньою ознакою є відсутність правової норми, що мала б врегулювати спірні правовідносини.

2. Проаналізувавши причини виникнення прогалин у праві, до основних з них варто віднести: недосконалість прийнятих нормативно-правових актів, відсутність належної законодавчої техніки, технічно-юридичні помилки, а також недостатня зрозумілість формулювання термінів, помилки законодавчих органів та низький рівень законодавчої культури та техніки. Варто наголосити, що наявність прогалин у праві є свідченням удосконалення та зміни правових відносин. Законодавець повинен швидко реагувати на виклики часу і вносити відповідні корективи у нормативно-правову базу.

3. Встановлення факту прогалин – це творчий процес, і саме тому він потребує особливої уваги. Методами встановлення прогалин у праві є формально-юридичний та конкретно-соціологічний. Встановлення факту існування прогалини у законодавстві дозволяє зрозуміти причини їх появи та застосувати оптимальні заходи для їх подолання у ході правозастосування та усунення у майбутньому.

4. За принципами юридичної герменевтики подолання прогалин в праві – це є той спосіб, за допомогою якого можливо вирішити проблему дуалізму правової норми. Адже герменевтика дозволяє безпосередньо розкривати зміст правового контексту. Питання про прогалини у праві в юридичній науці виникає переважно у зв'язку із застосуванням та тлумаченням правових норм, а також при вирішенні загальнометодологічних завдань правотворчого та правозастосовного процесу. Неправильне використання прийомів юридичної техніки, помилки стилю нормативно-

правових актів можуть бути усунені шляхом юридичного тлумачення [18, с. 4].

5. Особливість тлумачення при прогалинах у праві виражається в тому, що тут потрібно вирішити: чи входить певна фактична обставина у сферу правового регулювання; чи є потреба у розгляді її по суті; чи допускається у конкретній галузі права застосування індивідуальних правових засобів подолання прогалин; чи немає законодавчої заборони. Крім того, потрібно підібрати той індивідуальний правовий засіб, що є найбільш оптимальним для вирішення даної проблеми, відповідає принципу верховенства права, спрямований на захист прав, свобод та законних інтересів суб'єктів права, забезпечить законність і правовий порядок.

6. Аналогія як спосіб подолання прогалин у праві і юридичне тлумачення як з'ясування і роз'яснення змісту правових приписів мають як безліч загальних, так і відмінних рис. Аргументом на користь того, що тлумачення і заповнення прогалин – це взаємодоповнюючі правові категорії, є той факт, що правозастосовник не може розглянути справу не розтлумачивши відповідні норми. Аналогія права – це застосування до нерегульованих правом суспільних відносин основних принципів, ідей та засад права. Заповнення прогалин, згідно цієї концепції здійснюється на основі загальних принципів права, саме так інтерпретатор знаходить необхідне обґрунтування. Аналогія закону – це один із засобів заповнення прогалин у праві, суть якого полягає у вирішенні конкретної юридичної справи за допомогою близької за змістом норми з тієї ж галузі права. Теоретичною основою субсидіарного правозастосування є системний характер права. Субсидіарне застосування норм права є додатковим засобом подолання прогалин для одного вже існуючого інституту або галузі права, до відносин які вони регулюють.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Присяжнюк Д. А. Підходи до розуміння сутності прогалин у праві. *Правова політика України: історія та сучасність*: матеріали II Всеукраїнського науково-практичного семінару (м. Житомир, 8 жовтня 2021 року). Ж.: Житомирська політехніка, 2021. С. 129–131.
2. Матат Ю. І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності : монографія. Х. : Право, 2015. 176 с.
3. Скакун О. Ф. Теорія держави і права / Пер. з рос. Х., 2001. 656 с
4. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва: Юрид. лит., 1974. 184 с.
5. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М.: Издательская группа НОРМА – ИНФА, 1999. 552 с.
6. Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 2000. 528 с.
7. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. 584 с.
8. Забарний М. М. Прогалини у кримінальному процесуальному праві: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук. Університет державної фіскальної служби України. Ірпінь, 2017. 23 с.
9. Колотова О. В. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 3. С. 55–59.
10. Пригоцький В. Щодо прогалин права як детермінант виникнення адміністративно-господарського спору, їх виявлення та подолання. *Підприємництво, господарство і право*. 2009. № 11. С. 137–140.
11. Присяжнюк Д. А., Загурський Р. Р. Причини виникнення прогалин у праві. *Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі*: зб. наук. ст. за матеріалами ІХ Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Житомир, 11

листопада 2021 р.) / Поліський національний університет. Житомир, 2021. С. 111–113.

12. Кулинич А.П. Причины возникновения пробелов в праве. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/prichiny-vozniknoveniya-probelov-v-prave> (дата звернення: 09.11.2021).

13. Морозова Л.А. Теория государства и права. М.: Юристъ, 2002. 288 с.

14. Левенець Б. Б. Судове правозастосування при прогалинах у праві. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. № 3 (volume 2). С. 163-168.

15. Методологія та організація наукових досліджень: навчально-методичний посібник для самостійного вивчення навчальної дисципліни студентами спеціальності 081 «Право» / ВНЗ Укоопспілки «Полтавський університет економіки і торгівлі». Полтава, 2016. 240 с.

16. Присяжнюк Д.А., Осіпчук М. В. Встановлення факту прогалин у законодавстві. *Механізми управління розвитком територій: зб. наукових праць у 2 ч. Ч. 2*. Житомир: Поліський національний університет, 2021. С. 56–58.

17. Муцалов Ш.Ш., Идилов Ш.К. Теоретические аспекты понятия пробелов в праве. *Международный научно-исследовательский журнал*. 2020. № 7 (97). Часть 2. С. 156–159.

18. Матат Ю. І. Роль юридичного тлумачення норм права в механізмі подолання прогалин у законодавстві. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 116. С. 3–9.

19. Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2016. 396 с.

20. Кройтор В. А., Ю. І. Матат Шляхи усунення та подолання прогалин у законодавстві. *Право і безпека*. 2010. № 2 (34). С. 180–184.

21. Абдрасулов Е.Б., Мугауова А.И. Некоторые аспекты восполнения пробела в праве через аналогию закона и аналогию права как составных частей

толкования норм права. *Международный научный журнал «Инновационная наука»*. 2018. № 1. С. 56–59.

22. Зорькин В.Д. Конституция 1993 года. Правовая легитимация. Вступительная статья. 2-е изд., пересмотренное. М.: Норма, Инфра-М, 2011. 1008 с.

23. Левенець Б. Б. Моделі судового правозастосування: концептуальні засади сутності та змісту: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2020. 216 с.

24. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Монографія. К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. 336 с.

25. Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Наука, 1975. 720 с.

26. Шафиров В. М. Установление смысла законодательства и аналогия права. *Российская юстиция*. 2009. № 8. С. 2–3.

27. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. 507 с.

28. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. №1(72). С. 44–56.

29. Завальнюк С. В. Аналогія права як спосіб подолання прогалин в цивільному праві. *Актуальні проблеми політики*. 2014. Вип. 52. С. 372–378.

30. Кодекс адміністративного судочинства України: Кодекс України; Закон від 06.07.2005 р. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 14.11.2021).

31. Цивільний кодекс України: Кодекс України; Закон від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ru/ed20131011#Text> (дата звернення: 14.11.2021).

32. Цивільний процесуальний кодекс України: Кодекс України; Закон від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 14.11.2021).

33. Сімейний кодекс України: Кодекс України; Закон від 10.01.2002 № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 14.11.2021).
34. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. *Вестник гражданского права*. 2006. № 1: Т. 6. С. 190–241.
35. Кримінальний кодекс України: Кодекс України; Закон від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 14.11.2021).
36. Бобровник С. В. Аналогія закону / Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Т. 1. К.: «Укр. енцикл.», 1998. 672 с.
37. Загальна теорія держави і права: під. для студ. юрид. вищих навч. закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. Наук, проф., акад. АпрН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АпрН України О.В. Петришина. Х.: Право, 2009. 400 с.
38. Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве: дис. ... канд. юрид. наук 12.00.15. М., 2007. 184 с.
39. 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.
40. Матат Ю. І. Субсидіарне застосування норм права як засіб подолання прогалин у законодавстві. *Юридична осінь 2012 року* : зб. тез доп. та наук. повідомл. учасн. всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів (13 листоп. 2012 р.). Х.: Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 47–50.