

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2024.55.311969>

УДК 343.1

Н. Л. Дроздович, канд. юрид. наук, доцент
Київський університет права НАН України
Кафедра кримінального права та процесу
вул. Академіка Доброхотова, 7А, Київ, 02000, Україна
e-mail: sunrise.nadin@gmail.com
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0519-6909>

ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ПРОГАЛИН У ЗАКОНОДАВСТВІ: РОЛЬ І ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ВИВЧЕННЯ ЦЬОГО ЯВИЩА

Стаття присвячена огляду доктринальних учень про правову природу прогалин у законодавстві, на підставі якого констатується, що не кожне наукове дослідження визначає роль і значення прогалин в системі правових явищ, що ускладнює процес класифікації правових думок з даного приводу. Зокрема, авторка статті переконує, що чітка визначеність дослідників щодо «аномальності», «нормальності», «притаманності» прогалин у законодавстві чи їх «негативний» чи «позитивний», «стимулюючий» характер є субстанцією для визначення якості та властивостей цього явища правової дійсності. З огляду на потребу у категоричних висновках з окресленого питання в роботі наводяться авторські міркування та підстави для таких тез. При цьому є наполягання на адекватному використанні термінів і понять, які, як наголошено в статті, в юридичних дослідженнях використовуються довільно, створюючи тим самим додаткові фактори складності вивчення названої правової проблеми. У висновках виокремлено таку кореляцію: «усунення» прогалин у законодавстві є швидким способом впливу на прогалину у законодавстві та здійснюється правозастосовником; «долається» прогалина у законодавстві лише в результаті законотворчої роботи законодавцем; «заповнення» прогалин у законодавстві охоплює дві названі категорії як більш ширше поняття.

Ключові слова: аналогія, прогалини у законодавстві, заповнення прогалин, усунення прогалин, подолання прогалин, правозастосування, правотворчість.

Постановка проблеми. «Як би детально і добросовісно не був розроблений кримінальний процесуальний закон, він об'єктивно неспроможний унормувати всі без виключення випадки, які можуть або будуть виникати в судовій та слідчій практиці. Аналогія закону є засобом заповнення прогалин у законі та знаходить своє застосування у різних галузях права. За своєю правовою природою аналогія закону у кримінальному провадженні – те саме явище, що і в інших галузях права, з тими особливостями, які пов'язані із задачами кримінального процесу» - стверджується у роботі професора М. М. Гродзинського 1948 року [1, с. 3, 5].

Наведений вітчизняний науковий доробок залишається актуальним і зараз,

оскільки прогалини у законодавстві – це об'єктивне і закономірне явище правової дійсності, яке супроводжує право і притаманне будь-якій правовій системі протягом всього його історичного розвитку. Водночас історичний хід подій суттєво впливає та може обумовлювати різну якість законодавства, що в свою чергу, потенційно збільшує кількість випадків виявлення законодавчих прогалин та, як наслідок, підвищує відсоток потреби у застосуванні аналогії закону. Наразі для України залишається актуальним питання ефективності та оптимізації законодавства як у зв'язку із реформаційними процесами становлення сучасної української державності, так і з огляду на екстремальні умови воєнного часу. Зокрема, така тенденція підтверджується прийняттям 24 серпня 2023 року Закону України «Про правотворчу діяльність», в якому нормативно відображено здобутки юридичної теоретичної доктрини щодо процесу правотворення.

Окрім констатованого «позаісторичного» характеру прогалин у законодавстві та їх глобалізму з огляду на існування цього явища в будь-якій правовій системі, слід відзначити, що доктринальні концепції вивчення цього питання різняться своїми поглядами. І зокрема вітчизняна плеяда науковців засвідчила існування широкого спектру поглядів на визначення причин існування прогалин, способів їх усунення, подолання чи протидії ним, розробки механізмів щодо наслідків тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наприкінці XIX та в першій половині XX століть до вивчення об'єктивних закономірностей існування прогалин у законодавстві та аналогії закону зверталися Є. В. Васьковський, М. М. Коркунов, П. І. Люблінський, С. А. Муромцев, Л. Й. Петражицький, В. Ф. Тарановський, І. Я. Фойницький, Г. Ф. Шершеневич та ін.

Зберігаючи україно-центричний підхід, тобто із урахуванням етнічних факторів розвитку та функціонування права на українських землях, хоча і з точки зору загальнотеоретичних наук, проводив свої дослідження з питань прогалин у вітчизняному законодавстві П. О. Недбайло.

Це стало прикладом для сучасних вчених бути провідниками української правової думки, яка має чітко виражені особливості, в тому числі з використанням української наукової спадщини у вирішенні актуальних проблем правозастосування та підвищення якості законодавства. А саме, засади правозастосовного процесу, включаючи проблематику прогалин у законодавстві досліджують С. В. Бобровник, Я. М. Брайнін, О. В. Колотова, Л. А. Луць, Н. М. Оніщенко, Н. М. Пархоменко, П. М. Рабінович, О. Ф. Скакун, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко та ін.

Мета статті. Сучасна широка палітра наукових розробок відображає низький рівень єдності поглядів та підходів, що обумовлює необхідність активного подальшого пошуку, тому авторка ставить за мету в межах даної статті здійснити аналіз існуючих поглядів на правову природу та причини існування чи обумовленості прогалин у національному законодавстві, особливості їх прояву у вітчизняній правовій системі, а також встановити зміст використовуваних дослідниками категорій і понять з приводу прогалин у законодавстві та основного інструменту їх усунення – аналогії закону.

Виклад основного матеріалу. Насамперед звертає на себе увагу питання про те, що в науковій літературі констатується факт існування прогалин у законодавстві. Так, Ю. В. Гончар стверджує, що в жодній країні світу не існує та не

може існувати «ідеального» законодавства без прогалин [2, с. 36-37].

Однак цим спільність думок в доктрині з окресленого питання обмежується.

О. М. Бандурка, О. М. Головка, О. С. Передерій вказують, що у зв'язку з природним відставанням юридичної науки і юридичної практики від кількісного та якісного розвитку суспільних відносин відбувається формування таких груп і сфер цих соціальних зв'язків, що правові норми охопити не встигають. Такі ситуації дають підставу для формулювання поняття «прогалини у праві». Прогалина у праві – це відсутність норм права (чи їхніх частин), що регулюють конкретні суспільні відносини, в тому випадку, якщо вони підлягають сфері правового регулювання. Найефективнішим способом усунення прогалин у праві, на думку цих дослідників, є видання компетентним органом правових норм, яких бракує. Але такий шлях не завжди прийнятний, тому що він досить складний і займає великий проміжок часу. Весь період існування прогалин у праві може бути досить тривалим. Він може займати кілька місяців, а іноді й кілька років (десять років). У зв'язку з цим, юристами-вченими і юристами-практиками були вироблені ідеологія та прийоми подолання прогалин у праві, одним із яких називають аналогію закону тобто застосування для врегулювання «прогальних» відносин закону, який регулює аналогічні (близькі за змістом) відносини [3, с. 258].

Водночас при характеристиці причин існування прогалин у законодавстві ця група вчених не вдається до оцінки правової природи цього явища, відсутня їх характеристика суті прогалин з точки зору, чи це негативне, невідворотне, нормальне чи аномальне явище для правової дійсності. Натомість оцінка прогалин у законодавстві за такими параметрами є важливою для встановлення розуміння його правової природи з метою подальшого вивчення закономірностей.

Інші дослідники М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко недвозначно висловлюють тезу про те, що первісні прогалини зумовлені тим, що законодавець не врахував у формулюваннях нормативних актів всю багатоманітність життєвих ситуацій, які вимагають правового регулювання. Це може трапитися також через прорахунки, допущені при розробленні закону, у використанні прийомів юридичної техніки. Наступні прогалини з'являються об'єктивно внаслідок постійного розвитку суспільних відносин, виникнення нових життєвих ситуацій, які не могли бути заздалегідь передбачені законодавцем. Оскільки зовсім уникнути прогалин неможливо, тобто прогалини є нормальним явищем у праві, то слід знайти засоби їх оперативного заповнення (усунення чи подолання). Єдиним засобом заповнення прогалин є правотворча діяльність державних органів. Однак якщо прогалину виявлено в процесі правозастосування, то швидке прийняття необхідних правових норм не завжди можливе, тому правозастосовні органи використовують оперативні засоби заповнення прогалин з метою вирішення конкретної юридичної справи, якими, зокрема є аналогія закону [4, с. 416-417].

Таким чином, вказана група авторів надає чітку характеристику прогалинам у законодавстві, характеризуючи це явище як нормальне і притаманне правовій системі в силу різних причин.

Наведене переконує, що висловлення оцінки правової природи прогалин у законодавстві є вкрай важливим, оскільки є вихідним положенням у вивченні закономірностей впливу на це явище. За відсутності його оцінки втрачаються наступні вектори дослідження прогалин у законодавстві. Так, якщо явище позитив-

не, то необхідно вивчати питання про залучення його корисних властивостей до сфери правового регулювання; якщо негативне – то слід міркувати про нейтралізацію його шкідливих впливів; якщо ж явище є невідворотним і об'єктивним – то варто вивчати його вплив та фактори, якими можна управляти тощо.

За таких обставин, і авторка статті зобов'язана висловити авторське бачення з даного питання. Прогалини у законодавстві – це об'єктивне явище правової дійсності, закономірності якого підлягають вивченню. При цьому варто уникати розуміння його як негативного. Прогалини у законодавстві є фактом, показником норми для правової системи, оскільки, як погоджується більшість науковців, вони є атрибутом, притаманним будь-якому законодавству.

Переконливість наведених тверджень посилюється існуванням в науковій літературі наступних міркувань. Зокрема, Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвеева, Я. О. Тицька, Н. В. Атаманова, Н. Б. Арабаджи вказують, що подолання прогалин у праві здійснюється в процесі правозастосовчої діяльності і пов'язано тільки з конкретною життєвою ситуацією [5, с. 141].

А також слід зазначити твердження вже згадуваного професора М. М. Гродзинського, який визначав, що аналогія закону має місце тоді, коли прямий закон відсутній. А сама аналогія закону має місце у випадках, коли відсутня норма в законі, яка прямо відповідає на порушене (ініційоване) питання. Тоді суд використовує подібну норму, тобто норму, яка максимально регламентує таку ситуацію [1, с. 5, 7].

З огляду на це очевидним є положення, що прогалини у законодавстві – це ситуативне питання, маркером якого є правозастосовна практика, тобто конкретна життєва ситуація, яка потребує юридичної оцінки. Тому авторка відзначає ще одну якість явища прогалин у законодавстві – ситуативність випадку, який виник непередбачувано, його вирішено у даному конкретному кримінальному провадженні і при цьому відсутні об'єктивні дані, що в майбутньому такий же випадок і така ж потреба у застосуванні аналогічної норми виникне в черговий раз (у разі повторного виникнення обставини кримінального провадження все одно будуть різнитися з попереднім випадком).

Таким чином, прогалини у законодавстві не виникають самі по собі, вони проявляються в ході реалізації норм права. При цьому автор висловлює тезу про те, що прогалини мають одноразовий характер й після правової реакції на неї (подолання чи усунення) така прогалина вичерпала себе як правова проблема.

Зазначене також корелює з неодноразово згадуваними положеннями про те, що прогалини у законодавстві притаманні будь-якій правовій системі. І лише частота або кількість проявлених прогалин, які потребують правової реакції на них, може бути мірилом якості законодавства. Звідси й узгодженість наведеного із тезою про відсутність потреби класифікувати прогалини у законодавстві на негативне чи позитивне явище за наслідками впливу на правову систему.

Натомість юридична доктрина, в тому числі в роботах вказаних у статті авторів, надає прогалинам у законодавстві більш глобального значення, у зв'язку із чим, має місце довільне використання термінів та понять без збереження їх дійсного змісту, хоча кожне із них обумовлює принципову різницю тих процесів, які вони позначають.

А саме, йдеться про «заповнення», «усунення», «подолання», «протидію»,

«боротьбу» із прогалинами у законодавстві. Перелічені поняття є різними за суттю і значенням, вони притаманні різним правовим процесам, потреба в яких виникає в залежності від того, яка правова природа явища, на які вони спрямовані. І це також один із аргументів вищевикладених тверджень у статті з приводу важливості визначення оцінки прогалин у законодавстві як правового явища.

Загалом скептичне ставлення авторки до того факту, що в юридичній літературі уникається висловлення оцінки до правової природи прогалин у законодавстві, хоча беззаперечно визнається об'єктивність їх існування, породжене констатацією довільного використання вченими наведених термінів та понять. В свою чергу, названі способи впливу на прогалини у законодавстві передбачають різну ефективність: невідворотне і об'єктивне явище правової дійсності неможливо «побороти» чи «протидіяти» йому, адже прогалини у законодавстві виникатимуть знов і знов; однак можливо вивчати закономірності цього явища та адекватно на них реагувати. Відтак лише постфактумне вирішення питання прогалин у законодавстві є реальною сферою діяльності суб'єктів права, які різняться в залежності від того, який спосіб впливу на прогалини обирається.

Так, доктрина оперує поняттями «заповнення» прогалин у законодавстві (іноді маючи на увазі узагальнюючий термін для «усунення» та «подолання») [4, с. 416-417].

Окрім того, на початку даної статті вже наводилися міркування М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко щодо суті прогалин у законодавстві, коли при цьому автори також розмежовували, що єдиним засобом «заповнення» прогалин є правотворча діяльність державних органів, однак якщо прогалину виявлено в процесі правозастосування, то швидке прийняття необхідних правових норм не завжди можливе, це здійснюється правозастосовними органами.

Фактично у цих твердженнях опосередковано міститься розмежування категорій впливу на прогалини у законодавстві за критерієм суб'єкта здійснення (правотворчий орган здатен «заповнити» прогалини у законодавстві, а правозастосовник – «усунути»).

Мають місце думки про те, що саме «усунення» прогалин має епізодичний і однократний характер, проте є швидким способом впливу на прогалину у законодавстві, яка і після її вирішення в кожному конкретному випадку залишається і може бути ще тривалий час, а «долається» лише в результаті законотворчої роботи [3, с. 258].

З наведеного вбачається більш обґрунтованою і виваженою, з точки зору буквального тлумачення вказаних термінів і понять, думка про те, що «заповнення» прогалин у законодавстві є загальною категорією, яка співвідноситься із «усуненням» і «подоланням» як частина і ціле, охоплюючи їх обидві. Натомість «усунення» і «подолання» прогалин у праві одне від одного доречно розрізнити в залежності від суб'єктів права, які їх реалізують.

Зазначене не є намаганням знівелювати попередній науковий доробок, а лише є пропозицією оптимізувати погляди на потребу змістовно адекватного (співмірного) використання термінології, що, в свою чергу, ставновитиме чіткі і категоричні межі у позначенні відмінних за суттю юридичних процесів та правових явищ. В решті решт упорядкування категоріального апарату у питаннях правової природи прогалин у законодавстві створює ґрунтовну субстанцію для

ефективного вивчення та дослідження інструментів або механізмів їх заповнення, якими вчені-правознавці називають аналогію закону, аналогію права, подекуди - субсидіарне застосування норм права, а також суміжні поняття – тлумачення норм права.

Висновки і пропозиції. Концентруючи увагу на питанні прогалин у законодавстві, в переважній більшості вчені відповідають на питання, чим зумовлене таке явище (багатоманітність життєвих ситуацій, прорахунки у змісті закону при його створенні тощо). Натомість рідко в наукових дослідженнях визначається роль і значення прогалин в системі правових явищ, тоді як встановлення їх правової природи значно підвищує цінність висновків у розумінні суті прогалин у законодавстві. І все ж наукові доробки з цього приводу в доктрині мають місце та наведені авторкою. Це дало підстави сформулювати і висловити власне наукове бачення про те, що прогалини у законодавстві – це об'єктивне явище правової дійсності, що не може бути охарактеризоване як негативне, й при цьому закономірності якого підлягають вивченню. Окрім того, наведене стало субстанцією для авторського висновку про таку якість явища прогалин у законодавстві як ситуативність. Іншими словами, звертається увага на те, що вирішення проблеми прогалини мають одноразовий характер й після правової реакції на неї така прогалина вичерпала себе як правова проблема. Якщо у майбутньому виникне побідний випадок і така ж потреба у застосуванні аналогічної норми, обставини кримінального провадження все одно будуть різнитися з попереднім випадком. А також важливим є підсумок роботи про те, що має місце кореляція між роллю і значенням визначення правової природи прогалин у законодавстві та процесами і колом суб'єктів, які здійснюють та вирішують питання прогалин у законодавстві в кожному конкретному випадку. А саме, слід зважати на адекватну термінологічну залежність використовуваних категорій і понять, які відповідають один одному за змістом, хоча в юридичній літературі спостерігається цілковите ігнорування такої залежності. Зокрема, коли йдеться про правотворчий орган, то він здійснює «заповнення» прогалини у законодавстві, й відповідно це відбувається в ході правотворчого процесу, тобто прийняття законів, а правозастосовник здатен «усунути» прогалини у законодавстві оперативно, в ході вирішення конкретної правової ситуації, однак не подолати прогалину, оскільки це відбуватиметься в ході правозастосування. В свою чергу, термін «заповнення» прогалин у законодавстві є узагальнюючою категорією та співвідноситься із двома вищенаведеними як «частина» і «ціле».

Звідси, очевидним є необхідність продовження подібних наукових розробок щодо, по-перше, розплутування «термінологічного клубка» з приводу прогалин у законодавстві, та, по-друге, активізація досліджень ознак і якостей прогалин у законодавстві як правового явища, оскільки цим обумовлюється вихід на питання про ефективність та якість законодавства в цілому.

Список використаної літератури

1. Гродзінський М. М. Аналогія у радянському кримінально-процесуальному праві. Вчені записки Харківського юридичного інституту. 1948. Вип. 3. 197 с.
2. Гончар Ю. В. Поняття і види прогалин в законодавстві України. Актуальні питання реформування правової системи : зб. матеріалів XVI Міжнар. наук.-практ. конф. (Луцьк, 14-15 черв. 2019 р.). Луцьк : Вежа-Друк, 2019. 298 с.
3. Теорія держави і права : підручник / О. М. Бандурка, О. М. Головка, О. С. Передерій та ін. ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. М.

- Бандурки; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2018. 416 с.
4. 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.
 5. Теорія держави і права : навчальний посібник/ Крестовська Н. М., Матвєєва Л. Г., Тицька Я. О., Атаманова Н. В., Арабаджи Н. Б. Міжнародний гуманітарний університет. Одеса. 2021. 193 с.

References

1. Hrodzinsky M. M. (1948). Analogy to radyansky criminal procedural law. Vcheni notes of Kharkiv legal. In-ta. V. 3. 197 p. [in Ukrainian].
2. Honchar Yu. V. (2019). Poniattia i vydy prohalyv v zakonodavstvi Ukrainy. Aktualni pytannia reformuvannia pravovoi systemy : zb. materialiv XVI Mizhnar. nauk.-prakt. konf. (Lutsk, 14-15 cherv. 2019). Lutsk : Vezha-Druk. 298 s. [in Ukrainian].
3. Teoriia derzhavy i prava : pidruchnyk / O. M. Bandurka, O. M. Holovko, O. S. Perederii ta in. ; za zah. red. d-ra yuryd. nauk, prof., akad. NAprN Ukrainy O. M. Bandurky; MVS Ukrainy, Kharkiv. nats. un-t vnutr. sprav. Kharkiv, 2018. 416 s. [in Ukrainian].
4. Zahalna teoriia derzhavy i prava: Pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh vyshchykh navchalnykh zakladiv / M. V. Tsvik, O. V. Petryshyn, L. V. Avramenko ta in.; Za red. d-ra yuryd. nauk, prof., akad. APrN Ukrainy M. V. Tsvika, d-ra yuryd. nauk, prof., akad. APrN Ukrainy O. V. Petryshyna. Kharkiv: Pravo, 2009. 584 s. [in Ukrainian].
5. Teoriia derzhavy i prava : navchalnyi posibnyk/ Krestovska N. M., Matvieieva L. H., Tytska Ya. O., Atamanova N. V., Arabadzhy N. B. Mizhnarodnyi Humanitarnyi universitet. Odesa. 2021. 193 s. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.08.2024 р.

N. L. Drozdovych, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Kyiv University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine
the Department of Criminal Law and Procedure
7A Akademika Dobrokhotova St, Kyiv, 02000, Ukraine
e-mail: sunrise.nadin@gmail.com
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0519-6909>

DETERMINING THE LEGAL NATURE OF GAPS IN THE LAW: ROLE AND SIGNIFICANCE FOR EFFICIENT STUDY OF THIS PHENOMENON

Summary

The article is devoted to the issues of determining the role and significance of gaps in the law, in particular, stating the views on this issue set forth in scientific literature. To this end, the publication first analyzes the doctrinal works of national scholars. As a result, the author has established that when studying the issue of gaps in the law, most scholars answer the question of what causes this phenomenon (diversity of life situations, errors in the contents of the law when it is developed, etc.), but there is no focus and clear indication of legal nature of gaps in the law. The author considers the above to be a fact which does not contribute to the efficiency of further studies in this area, since clear determination by the researchers of the “abnormality”, “normality”, “inherent nature” of gaps in the law or their “negative” or “positive”, “stimulating” nature is a substance for determining the quality and properties of this phenomenon

of legal reality. Instead, the author expresses her own scientific view that gaps in the law are an objective phenomenon of legal reality which cannot be characterized as negative, and which patterns should be studied. In addition, the article contains thesis that gaps in the law are “situational”, which is one of characteristics and signs of the described phenomenon. In view of this, the author argues that solutions to the problem of gaps in the law are of a one-time nature, and after a legal response is gained thereto, it exhausts itself as a legal problem. At the same time, the author emphasizes that there is a correlation between the role and significance of determining the legal nature of gaps in the law and the processes and circle of entities addressing the issue of gaps in the law in each particular case. Namely, when it comes to the lawmaking body, it “fills” gaps in the law, and accordingly, this happens in the course of a lawmaking process, i.e., adoption of laws, and the enforcement officer is able to promptly “eliminate” gaps in the law, while resolving a specific legal situation, but not to overcome the gap, as this will happen in the course of law enforcement. In turn, the term “filling” gaps in the law is a generalized category and correlates with two above-mentioned terms as “part” and the “whole”. Despite this, the judicial literature completely ignores this correlation of categories and concepts with each other, which has profound substantive consequences, since adequate use thereof determines quality of the study and quality of conclusions of scientific research on legal nature of gaps in the law.

Keywords: gap in law, analogy of law, filling the gap, closing the gap, bridging the gap, law-making, law enforcement.