

УЯВНІ ПРОГАЛИНИ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ

МОСКАЛЮК Олександр Володимирович - кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права ННІ права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

<https://orcid.org/0000-0002-5310-9507>

УДК 342.5

DOI 10.32782/LAW.UA.2023.3.1

Стаття присвячена темі уявних прогалин. Під ними слід розуміти правозастосовчу ситуацію, яку суб'єкт тлумачення правових норм хибно кваліфікує як прогалину внаслідок її помилкової оцінки. Відтак, метою статті є встановлення дій, здійснення яких необхідне для правильної кваліфікації ситуацій, що дозволяє не допускати неправильне використання інституту аналогії. У публікації наголошується, що уникнення таких правозастосовчих помилок вимагає серед іншого використання системного способу тлумачення. Це означає необхідність пошуку правових норм для застосування не лише в межах одного нормативно-правового акту, а і звернення до інших нормативно-правових актів, що регулюють відповідні суспільні відносини.

Ключові слова: уявні прогалини, тлумачення конституційних норм, застосування норм права, аналогія закону.

Постановка проблеми

Ми неодноразово в наших публікаціях торкалися теми прогалин у конституційному законодавстві. Водночас у вітчизняній юридичній літературі залишається не розглянутою проблема уявних прогалин. Під ними слід розуміти правозастосовчу ситуацію, яку суб'єкт тлумачення правових норм хибно кваліфікує як прогалину внаслідок її помилкової оцінки. Між тим розмежування прогалин та уявних прогалин має важливе не лише теоретичне, але і практичне значення, оскільки неправильна кваліфікація такої ситуації почасти призводить до

помилку у з'ясуванні змісту правових норм та правозастосуванні. Відтак, метою статті є встановлення дій, здійснення яких необхідне для правильної кваліфікації ситуацій, що дозволяє не допускати неправильне використання інституту аналогії.

Виклад основного матеріалу

У чинному законодавстві не завжди можна знайти норму права, яка регулює ті чи інші життєві ситуації. Ситуація, пов'язана з відсутністю норми права, яка б поширювалася на обставини справи, отримала назву «прогалина в законодавстві». Таким чином, під прогалинами в законодавстві слід розуміти повну або часткову відсутність норм права стосовно відносин, які входять до сфери правового регулювання [1, с.211]. Традиційно в юридичній літературі вказується, що під час правозастосування прогалина долається за допомогою одного із двох способів: 1) шляхом застосування норм, що регулюють схожі відносини – аналогія закону; 2) шляхом застосування загальних засад правового регулювання спірних відносин – аналогія права.

З точки зору формальної логіки, аналогія (від грецької «*analogia*» – відповідність) – це схожість між предметами та явищами. З точки зору ж права, аналогія означає вирішення певного випадку на основі правового положення (норми, принципу тощо), яке регулює схожі відносини. Це пояснює, чому і аналогія права, і аналогія закону при подоланні прогалини передбачають вико-

ристання внутрішніх засобів певної галузі права, до предмету регулювання якої відноситься спірна ситуація. Схожість відносин визначається на підставі їхньої тотожності і подібності в істотних рисах, а також на відмінностях у неістотних рисах [1, с. 229].

Суть аналогії закону полягає у вирішенні справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на подібні випадки. Під час пошуку аналогічної норми суб'єкт правозастосування визначає її ціль і з'ясовує, наскільки сфера дії цієї норми є близькою до прогалини [2, с. 105].

Застосування аналогії ускладнюються тим, що хоча процес вирішення юридичних справ шляхом використання аналогії закону та аналогії права у своїй основі має спільні риси із застосуванням норм права взагалі, однак є підстави розглядати такий процес як нетипове правозастосування. На відміну від типового, де від суб'єкта правозастосування вимагається підвести конкретні обставини справи під певне загальне правило поведінки, при нетиповому правозастосуванні суб'єкт правозастосування повинен самостійно, орієнтуючись на зміст норм щодо аналогічних питань, вивести юридичну основу вирішення справи (аналогія закону) [3, с. 170]. За відсутності ж правової норми, яка врегульовує схожі відносини, суб'єкт правозастосування використовує принципи права, зміст яких, будучи не завжди прямо закріпленими у конкретних нормах, необхідно чітко виокремити і співвіднести з суспільними відносинами, що з тих чи інших причин виявились не врегульованими правом, але потребують такого врегулювання (аналогія права) [4, с. 16].

Потрібно відзначити, що використання аналогії в процесі правозастосування є вимушеним заходом, оскільки у таких випадках завжди постає проблема забезпечення принципу законності. З формальної точки зору, проблемність застосування аналогії закону (і особливо аналогії права) пов'язана з відповідністю такої діяльності суб'єкта правозастосування положенням частини другої статті 19 Конституції України, де вказано, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у ме-

жах повноважень та в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Саме тому аналогія закону та аналогія права не застосовуються для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування.¹ Застосування аналогії вимагає дотримання і низки інших, вироблених теорією права правил. До них відносяться: 1) Вирішення справи за аналогією можливе лише у випадку фактичної наявності прогалини. Тому застосування аналогії можливе лише після ретельного аналізу фактичних обставин справи та чинного законодавства. Такий аналіз здійснюється з метою переконатися, що дійсно відсутня правова норма, яка регулює певну життєву ситуацію. 2) При аналогії закону схожість аналізованих обставин і обставин, передбачених нормою, яка регулює схожі відносини, повинна бути встановленою у розрізі суттєвих ознак вказаних обставин. Суттєвими ознаками є ті, які дозволяють судити про рівність, рівнозначність відповідних обставин. Звідси випливає, що застосування аналогічного закону (норми) до певних відносин не повинно суперечити правовій сутності, меті цих відносин. 3) Застосування аналогії права вимагає конкретизації принципів права, за допомогою яких відбувається подолання прогалини. 4) Висновки за аналогією недопустимі, якщо аналогія прямо заборонена законом. 5) Використання аналогії забороняється, якщо закон прямо пов'язує настання тих чи інших наслідків з певними обставинами. 6) При використанні аналогії виключні закони і винятки з законодавства можуть прийматися до уваги лише тоді, коли аналізуються виключні обставини. 7) Положення, отримані в результаті застосування аналогії, не повинні суперечити приписам закону. Вони завжди повинні охоплюватися принципами законодавства, слугувати цілям і завданням тієї чи іншої галузі права. 8) Застосування аналогії навіть опосередковано не повинно

¹ З точки зору теорії права такі ситуації слід кваліфікувати як повну прогалину (правовий вакуум). Б.Малишев пропонує під цим поняттям розуміти різновид повної прогалини у законодавстві, яку не можна подолати за допомогою аналогії, а можна усунути лише шляхом правотворчості [1, с. 224].

обмежувати чинні права і свободи особи, порушувати її законні інтереси. 9) Фактичні і юридичні підстави використання аналогії, а також порядок її використання повинно бути спеціально обґрунтовано в правозастосовчому акті. 10) Будь-яке наступне вирішення справи, щодо обставин якої вже існує рішення з використанням аналогії, вимагає врахування такої правозастосовчої практики, але не звільняє суб'єкта правозастосування від обов'язку розгляду такої справи по суті [5, с. 174-176].

Неврахування наведених правил при кваліфікації правової ситуації як прогалини призводить до помилок у тлумаченні правових норм та правозастосуванні. Наведемо наступний приклад. Згідно з пунктом 26 статті 106 Конституції України Президент України ухвалює рішення про прийняття до громадянства України. Це саме положення відтворене і в статті 22 Закону «Про громадянство». Єдине уточнення Закону пов'язане з тим, що в Законі вказується спосіб реалізації відповідного повноваження: шляхом видання указу. За логікою правового регулювання, деталізація реалізації відповідного повноваження Президента повинна була б бути виписана в Порядку провадження за заявами і поданнями з питань громадянства України та виконання ухвалених рішень, який затверджений Указом Президента. Зокрема, в Указі мало б бути вказано строк, протягом якого Президент повинен видати указ про прийняття до громадянства, або ж про відмову у прийнятті². Натомість такого строку не вказано. На практиці це призводить до того, що рішення про прийняття до громадянства може не ухвалюватися місяцями. Звідси питання, чи можна цю ситуацію розглядати як прогалину і якщо так, чи можна в такому разі використати інститут аналогії для вирішення цієї проблеми?

У юридичній практиці можна віднайти позицію, яка передбачає ствердну відповідь. Так, з Постанови ВП ВС слідує, що осо-

ба звернулася до суду з вимогою на підставі використання аналогії закону «Про звернення громадян» зобов'язати Президента ухвалити рішення щодо прийняття особи про громадянство у визначений цим законом тридцятиденний строк. У той же час усі судові інстанції відмовили в задоволенні такого позову. Зокрема, у вказаній Постанові вказується на неможливості використання аналогії закону «Про звернення громадян» до вказаних відносин, оскільки відсутні підстави визнавати вагомими доводи апеляційної скарги про потрібність застосування до спірних правовідносин аналогії закону, яким, на думку скаржника, є Закон № 393/96-ВР, що передбачає строки розгляду і вирішення звернень до органів державної влади та встановлює відповідальність у разі його порушення. Закон № 2235-III регулює підстави, порядок і хронологію розгляду й прийняття Президентом України рішення про прийняття до громадянства України, що, у свою чергу, виключає необхідність застосування аналогії закону [6].

Видається, що у вказаній справі помилковою є позиція як позивача, так і судових органів. Нами зазначалося вище, що аналогія використовується за умови відсутності в правовому регулюванні норми, яка повинна регулювати відповідні суспільні відносини. У розглянутому прикладі ситуація дещо інша. Здійснюючи регулювання питань, пов'язаних з процедурою набуття громадянства законодавець мав можливість у межах закону встановити строк, протягом якого глава держави був би зобов'язаний ухвалити відповідне рішення. У принципі вказане питання могло бути також врегульоване і відповідним Указом, що зроблено не було. У той же самий час слід звернути увагу, що в процесі правозастосування (тлумачення) здійснюється вибір не стільки нормативно-правового акту, як конкретної норми, яка підлягає застосуванню³. У процесі з'ясування змісту правових норм, у першу чергу, використовується системний спосіб

² В згаданому Указі вказується, що загальний строк розгляду заяв і подань про прийняття до громадянства України або припинення громадянства України не повинен перевищувати одного року з дня їх надходження.

³ Саме тому змістовне правило подолання колізій сформульоване як правило пріоритету спеціальної норми, а не пріоритету спеціального закону. Спеціальна норма може бути розташована в умовно загальному акті, а загальна норма – у спеціальному.

тлумачення, який впливає із такої властивості правових норм, як системність. Норми права регулюють суспільні відносини не відокремлено, а у взаємозв'язку і у взаємодії. Отже, зв'язки між нормами права повинні бути враховані при тлумаченні. Це означає, що зміст норми права, яка тлумачиться, розкривається не лише за допомогою аналізу її зв'язків з іншими нормами в рамках певного нормативно-правового акта, галузі права/законодавства, системи права, а й також аналізу її місця в рамках певного нормативно-правового акту, галузі права/законодавства, системи права. При цьому системний спосіб тлумачення базується на тому, що зміст певної норми права встановлюється, виходячи зі змісту інших норм права, пов'язаних з нею [1, с.109]. Найбільше практичне значення має аналіз функціональних зв'язків норм права. Мова йде про функціональні зв'язки взаємозалежності, взаємодії, доповнення, уточнення, корекції, обмеження, виключення, визначення і т. д. У розгляді цієї теми нас цікавить так званий зв'язок норми права, яка тлумачиться, з оперативними нормами. Вказаний зв'язок обов'язково повинен враховуватися при тлумаченні норм права, оскільки оперативні норми або вказують момент набуття чинності нормами права, або скасовують їх дію, або поширюють їх дію на нове коло суспільних відносин, або пролонгують норми на новий строк дії. Встановлення цього зв'язку дозволяє на основі оперативної норми більш точно і правильно визначати дію норми в часі, просторі і за колом осіб, тобто, по суті справи, визначати сферу її дії. Ігнорування цього зв'язку може призвести, наприклад, до необґрунтованого обмежувального тлумачення норми [1, с. 113].

У розгляді цієї теми сказане означає необхідність пошуку норми, яка врегульовує питання строків розгляду звернення громадян до інших органів державної влади в інших актах законодавства. Такою нормою як раз і є згадана норма статті 20 Закону, згідно з якою звернення розглядаються і вирішуються в термін не більше одного місяця від дня їх надходження, а ті, які не потребують додаткового вивчення, – невідкладно, але не пізніше п'ятнадцяти днів від дня їх отри-

мання. Якщо в місячний термін вирішити порушені у зверненні питання неможливо, керівник відповідного органу, підприємства, установи, організації або його заступник встановлюють необхідний термін для його розгляду, про що повідомляється особі, яка подала звернення. При цьому загальний термін вирішення питань, порушених у зверненні, не може перевищувати сорока п'яти днів. Відтак залишається встановити, чи поширюється ця норма на розглядувані відносини. Згідно зі статтею 1 вказаного закону **громадяни України мають право звернутися до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, медіа, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків із зауваженнями, скаргами та пропозиціями, що стосуються їх статутної діяльності, заявою або клопотанням щодо реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргою про їх порушення. Особи, які не є громадянами України і законно знаходяться на її території, мають таке ж право на подання звернення, як і громадяни України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами.** Таким чином філологічне тлумачення дозволяє поширити норми закону «Про звернення громадян» на питання набуття громадянства. Це, своєю чергою, означає, що в цьому випадку норми Закону «Про звернення громадян» слід застосовувати не внаслідок використання інституту аналогії, а на підставі застосування системного та філологічного способів тлумачення. Інакше кажучи, в цьому випадку відбувається застосування загальної норми, оскільки відсутня норма спеціальна.

Можуть постати цілком логічні питання. Яка різниця, на якій підставі застосовані норми Закону про звернення громадян: на підставі застосування аналогії чи в результаті використання системного тлумачення, якщо результат застосування в обох варіантах є однаковим? А отже, чи не є ця проблема схоластичною?

Ми переконані, що ні. Незважаючи на те, що чинний КАС закріпив можливість

використання аналогії закону та аналогії права, проте в правозастосуванні зберігається прохолодне ставлення до інституту аналогії, причиною чого серед іншого є більш складний характер діяльності, пов'язаної з використанням аналогії. Крім того, чистота кваліфікації юридичної позиції збільшує шанси на досягнення позитивного результату для особи, а значить, для реалізації конституційних прав. Зроблений нами висновок підтверджується і судовою практикою, яка, як нами вказувалося вище, відмовляла особі в реалізації права на громадянства, вказуючи на відсутність підстав для застосування норм закону «Про звернення громадян» до відносин набуття громадянства.

Висновки

1) Під уявними прогалинами слід розуміти таку правову ситуацію, внаслідок якої суб'єкт помилково її розглядає як прогалину. Така ситуація виникає за умови недотримання правил тлумачення. Наприклад, у випадку не врахування правил визначення дії норми за колом осіб.

2) Помилкова кваліфікація ситуації як прогалини обумовлює хибне використання інституту аналогії, що може призводити до неможливості (ускладнення) реалізації конституційних прав особи.

Література

1. Застосування норм права (теорія і практика): Навч. посіб. За заг. ред. Б. В. Малишева. Київ. 2010. 260 с.
2. Насырова Т. Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Казань, 1988. 146 с.
3. Уварова О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Харків. 2009. 211 с.
4. Уварова О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування: Автореф. дис. ... к.ю.н. Харків. 2009. 20 с.
5. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва. 1974. 184 с.

SUMMARY

The article is devoted to the topic of imaginary gaps. They are to be understood as a situation of law, that the subject of the interpretation of legal norms incorrectly qualifies as a gap due to its erroneous assessment. Therefore, the aim of the article is to state actions, the implementation of which is necessary for the correct qualification of situations, which makes it possible to prevent the incorrect application of the institution of analogy. The publication stresses that the avoidance of such enforcement errors requires, among other things, a systematic way of interpretation. This means that it is necessary to find norms for application not only within one normative legal act, but also to refer to other normative legal acts that regulate the relevant public relations.

To confirm this point, the author provides the following example. The rules of the Law on the Citizenship do not specify the period within which the President must decide to grant citizenship. At the same time, it is necessary to apply the provisions of the Citizenship Law. The application of the Act is not based on analogy but on the need to apply general rules in the absence of specific rules. Such norms are contained in the Law on Citizens' Communications.

The purity of the qualification of the legal position increases the chances of achieving a positive result for the individual, and thus for the realization of constitutional rights. Our conclusion is corroborated by the judicial practice that has often denied a person right to citizenship, citing the absence of grounds for the application of the Law on Citizens' Communications to Citizenship.

Key words: imaginary gaps, interpretation of constitutional norm, application of the law, analogy of the law.

6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 09.02.2023 р. у справі № 990/106/22 (реєстраційний номер судового рішення в ЄДРСР – 109364574). Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс] – режим доступу: [Електронний ресурс] – режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109364574>