

УДК 347.1:340.132(477)

DOI <https://doi.org/10.32836/2521-6473.2020-4.13>

**С. В. Завальнюк**, кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ПРОБЛЕМАТИКА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРОГАЛИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ТА ДЕЯКИХ СХОЖИХ ПРАВОВИХ ПОНЯТЬ І ЯВИЩ

Для безпомилкового розуміння поняття прогалини в цивільному законодавстві слід чітко відмежовувати його від схожих понять, які можна зустріти в юридичній літературі. Задля відмежування прогалин в цивільному законодавстві від схожих явищ слід надати їм визначення, дослідити ознаки, причини їх виникнення та вплив на регулювання цивільних правовідносин.

Дослідження питання правової природи правових прогалин у своїх працях піднімали М.І. Бару, Н.А. Гущина, О.М. Калашник, О.В. Колотова, В.В. Лазарєв, В.М. Марчук, Ф.Р. Уранський, О.М. Ярошенко та багато інших учених. Однак більшість авторів, досліджуючи питання прогалин, майже завжди ототожнювала поняття прогалини у праві з поняттям прогалини у законодавстві, через що в науковій доктрині наявні плутанина та велика кількість неточностей. Також більшість авторів зовсім не розглядала цивільно-правовий аспект поставленого питання, що надає статті ще більшої актуальності.

У статті визначено співвідношення поняття прогалини в цивільному законодавстві та деяких схожих правових понять і явищ («кваліфіковане мовчання законодавця», «помилка в праві», «удавана потреба у правовому регулюванні», «незрозумілість правових норм», «колізії норм права», «оціночні поняття», «правовий вакуум», «дефект права»). Актуальність окреслених питань обумовлена тим, що ці поняття часто використовуються в науковій доктрині, але науковці-юристи часто не надають чіткого визначення цим явищам та не досліджують їх співвідношення з явищем прогалини в цивільному законодавстві України. Дослідження спрямовано на детальний розгляд наявних підходів до розуміння зазначених понять, визначення й детальне обґрунтування їх співвідношення.

Ключові слова: прогалина, прогалина в законодавстві, прогалина в цивільному законодавстві, кваліфіковане мовчання законодавця, помилка в праві, удавана потреба у правовому регулюванні, незрозумілість правових норм, колізії норм права, оціночні поняття, правовий вакуум, дефект права.

### *S. V. Zavalnyuk. The problems of correlation of the concept of a gap in the civil legislation and some similar law concepts and phenomena*

*For an unmistakable understanding of the concept of “gaps in civil legislation”, it should be clearly separated from similar concepts that can be found in legal literature. In order to distinguish between gaps in civil law from similar phenomena, they should be provided with definitions, investigated signs, the reasons for their occurrence and the impact on the regulation of civil relations.*

*The study of the legal nature of legal gaps in one way or another was raised in their works: Baru M.I., Gushchina N.A., Kalashnik A.N., Kolotova A.V., Lazarev V.V., Marchuk V.N., Uransky F.R., Yaroshenko O.M. and many others. However, the vast majority of these authors exploring the issue of gaps almost always identify the concept of gaps in law and gaps in legislation, which is why there is confusion and a large number of inaccuracies in the scientific doctrine. Also, most of these authors did not consider the civil law aspect of the question at all, which makes this article even more relevant.*

*The article defines the correlation of the concept of a gap in the civil legislation and some similar legal concepts and phenomena (“qualified silence of the legislator”, “mistake in law”, “apparent need for legal regulation”, “incomprehensibility of legal norms”, “conflict of law”, “valuation concepts”, “legal vacuum”, “defect of law”). The relevance of these issues is due to the fact that these concepts are often used in scientific doctrine, but legal scientists often do not give a clear definition of these phenomena and did not investigate their relationship with the gap in the civil legislation of Ukraine. The research in this article is aimed at a detailed review of existing approaches to understanding these concepts, at the definition and detailed justification of their relationship. Thus, these concepts are often used in the civil literature, so their study and visual distinction is very relevant for the development of jurisprudence. Also, it is important to keep in mind that the application of any means to overcome the gaps in the legislation to these phenomena is unacceptable.*

*Key words: gap, gap in the legislation, gap in the civil legislation, qualified silence of the legislator, mistake in law, the apparent need for legal regulation, incomprehensibility of legal norms, conflicts of law, valuation concepts, legal vacuum, defect of law.*

**Постановка проблеми.** Для безпомилкового розуміння поняття прогалини цивільного законодавства слід чітко відмежовувати його від схожих понять, які можна зустріти в юридичній літературі.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідження питання правової природи правових прогалин та їх співвідношення зі схожими правовими явищами у своїх працях розглядали М.І. Бару, Н.А. Гущина,

О.М. Калашник, О.В. Колотова, В.В. Лазарєв, В.М. Марчук, Ф.Р. Уранський, О.М. Ярошенко та багато інших учених. Однак більшість авторів, досліджуючи питання прогалин, майже завжди отожднювала поняття прогалини у праві з поняттям прогалини у законодавстві, через що в науковій доктрині наявні плутанина та велика кількість неточностей. Також більшість авторів зовсім не розглядала цивільно-правовий аспект поставленого питання, що надає статті ще більшої актуальності.

**Мета статті** полягає у визначенні поняття прогалини в цивільному законодавстві України та деяких схожих правових понять і явищ, їх розмежуванні та дослідженні їхнього співвідношення.

**Виклад основного матеріалу.** Задля відмежування прогалин у цивільному законодавстві від інших суміжних явищ слід надати визначення цього поняття. Так, прогалина в цивільному законодавстві являє собою відсутність нормативного врегулювання цивільних відносин, що виражається у відсутності належної норми в законах України, чинних міжнародних договорах України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постановках Верховної Ради України, указах Президента України, декретах і постановках Кабінету Міністрів України, прийнятих у межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України.

Далі варто дослідити та провести розмежування прогалин цивільного законодавства і суміжних понять та явищ. Так, О.В. Колотова виділяє поняття «кваліфіковане мовчання законодавця», яке не так давно почало використовуватись у науковій літературі. Вчена вважає, що поняття «кваліфіковане мовчання законодавця» характеризує такі обставини, за яких законодавчі органи навмисно, цілеспрямовано ухиляються від законодавчого прийняття норми, тобто не врегульовують правовідносини, залишаючи питання відкритим, що виражає відсутність бажання приймати таку норму, при цьому залишає врегулювання правовідносин за межами сфери дії законодавства. Як наслідок, законодавець перекладає правове регулювання відносин на плечі правозастосовувача з розрахунком на те, що буде надана конкретизація його законодавчої волі іншими правовими актами. Також законодавець може прийняти норму, якою буде врегульовано певні правовідносини, але в загальних рисах, чим він забезпечує правозастосовувачу можливість конкретизувати цю норму, тобто надає повноваження на врегулювання правовідносин на власний розсуд [3, с. 56].

Прикладом кваліфікованого мовчання може слугувати прийняття абстрактних (оціночних) понять, у яких відсутнє точне нормативне визначення чи тлумачення (наприклад, «належне виконання договору», «добросовісний набувач», «добросовісність», «розумність», «справедливість»). Часто законодавець свідомо використовує правові абстракції задля великого поширення дії норми на різні життєві обставини й правовідносини та передбачення ймовірних змін цих життєвих обставин та правовідносин. Такі оціночні поняття забезпечують можливість надати свободу тлумачення норми суб'єктом правозастосування з використанням зміни оціночних визначень залежно від наявних обставин. Можна сміливо стверджувати, що застосування оціночних понять у правозастосуванні є проявом динамізму у праві, умовою його пристосованості до змінних ситуацій та обставин [3, с. 56]. За спостереженням, навіть приклади, що наводяться теоретиками, безпосередньо стосуються цивільного права, а це підтверджує, що саме цивільне право передусім потребує вищезгаданого динамізму, варіативності, отже, диспозитивності.

Проте, на нашу думку, є спірним твердження О.В. Колотової про те, що кваліфіковане мовчання законодавця може існувати лише за умови, коли законодавчі органи свідомо не врегульовують конкретні життєві обставини чи суспільні відносини, залишаючи їх врегулювання на розсуд правозастосовця [3, с. 56]. З незрозумілих причин науковець виключила з числа суб'єктів правозастосування учасників як договірних, так і позадоговірних цивільних правовідносин, оскільки, відповідно до норм чинного законодавства, учасники цивільних правовідносин керуються нормами права (цивільного законодавства) як під час укладення договорів, так і під час правового регулювання позадоговірних зобов'язань.

Прогалини у цивільному законодавстві слід також відрізнити від таких схожих явищ у правовому регулюванні, як незрозумілість, нечіткість юридичних норм, яким вкрай необхідні роз'яснення або тлумачення, але аж ніяк не нормативна конкретизація законодавчого або іншого компетентного органу. Схожим, але не тотожним, є також поняття помилки у праві, тобто відносин, які перебувають поза межами правового регулювання.

Для цивілістики розмежування перерахованих явищ має неабияке значення, адже галузь цивільного права регулює приватні, в певному сенсі особисті відносини, а визначення неправових відносин такими, що не врегульовані правом через прогалину в праві (законодавстві), створює ризик втручання в позаправову сферу, що певною мірою нівелює диспозитивний характер цивільного права. Крім того, можливим є порушення положення п. 1 ст. 3 ЦК України про принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини.

Н.А. Гущина разом із прогалинами в законодавстві як правову прогалину досліджує дефекти законодавства. Під поняттям «дефект» (від лат. “Defectus”) дослідниця розуміє ваду, недолік, а недолік є смисловим аналогом прогалини, оскільки в цьому разі йдеться про відсутність чого-небудь [7, с. 192]. Однак науковець наполягає на тому, що не можна отожднювати поняття прогалини законодавства з поняттям дефектів законодавства. Зрештою, правові прогалини наявні тоді, коли певний життєвий випадок перебуває в межах правового регулювання, але його неможливо врегулювати чинними, офіційно визнаними правовими нор-

мами, оскільки у цьому разі відсутня норма правового регулювання. Також науковець розглядає правову прогалину як об'єктивну неминучість, викликану відставанням правового розвитку від цивільних правовідносин, що швидко еволюціонують [2, с. 9]. Так, уже протягом тривалого часу в різних правових системах утвердився принцип, відповідно до якого суддя не може відмовити в позові через наявну прогалину в законодавстві. Наприклад, ст. 4 Кодексу Наполеона 1804 року свідчила про те, що суддя, який відмовиться судити під приводом мовчання, темряви або недостатності закону, може підлягати переслідуванню за обвинуваченням у відмові в правосудді. Таким чином, справедливим є твердження, що прогалина в законодавстві є не вадою нормативно-правових актів, а цілком прийнятним і поширеним явищем.

А.М. Майданюк вважає, що прогалину в праві неправильно ототожнювати з поняттям помилки у праві як наслідок хибної оцінки об'єктивних обставин та вияву неправильної волі законодавця, яку було необхідно втілити у правовому нормативному акті (з наведеного видно, що науковець також розглядає право через призму легістської концепції праворозуміння, тому в наступних його твердженнях ми можемо ототожнювати його розуміння поняття прогалини у праві з поняттями прогалин у законодавстві). Отже, помилки у цивільному законодавстві – це зовнішнє вираження дефектної волі суб'єктів нормотворення у сфері правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин. До цих випадків належать ті, в яких суб'єкти нормотворення неправильно, помилково вважають певні життєві обставини чи суспільні відносини щодо особистих немайнових і майнових відносин такими, що не потребують правового врегулювання, тому не врегульовують їх нормами цивільного законодавства, тобто залишають прогалини [11, с. 74]. Саме за таких обставин помилка у праві є причиною прогалини у законодавстві. Помилковою є думка правознавців, які стверджують, що коли нормотворчий орган хибно вважає обставини такими, на які не поширюється юридичний вплив, то правозастосувач не має права здійснювати будь-які дії, що спричиняють юридичні наслідки [4, с. 113, 114]. В такому разі правозастосувач має право подолати прогалину у цивільному праві (законодавстві) в такий самий спосіб, як і тоді, коли причиною її виникнення є не помилка у праві, а, наприклад, динаміка розвитку суспільних відносин.

Явище прогалини у цивільному законодавстві тісно пов'язане з таким явищем, як колізії норм цивільного права. Так, і прогалини, і колізії являють собою види порушень структурної побудови системи права, як наслідок, обидва явища погано впливають на якість правового регулювання цивільних відносин, що призводять до погіршення ефективності впливу цивільного права [11, с. 74].

Часто колізії норм права можуть виникати як результат недотримання правил юридичної техніки в ході здійснення нормотворчої діяльності, а саме не скасовуються старі норми права після прийняття нових; в межах регулювання певної галузі права втручаються норми інших галузей права; суб'єкти нормотворення усувають прогалину у праві, якої не існує [10, с. 68].

Коли наявна суперечливість норм однакової юридичної сили, взаємно поглинаючих одна одну, колізії є причинами прогалин у цивільному праві. Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 36 ЦК України, правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, вчиняються особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за згодою піклувальника [9]. Проте ч. 5 ст. 1032 ЦК України свідчить про те, що під час укладання договору управління майном, якщо власником майна є особа, цивільна дієздатність якої обмежена, установником управління є її піклувальник [9], тобто піклувальник всупереч вимогам ч. 3 ст. 36 ЦК України не надає згоду на укладення договору (здійснення правочину), а укладає договір (здійснює правочин) від імені особи, дієздатність якої обмежена. На практиці така колізія долається шляхом надання переваги у врегулюванні правовідносин спеціальних норм, у цьому разі ч. 5 ст. 1032 ЦК України.

Враховуючи думку О.М. Ярошенка (який досліджував проблематику прогалин законодавства в контексті трудових відносин), можемо стверджувати, що від прогалин у цивільному праві вкрай важливо відрізнити таке явище, як оціночні поняття [11, с. 75]. У Цивільному кодексі України вживаються такі оціночні поняття: «справедливість», «добросовісність», «розумність», «істотне значення», «поважні причини», «негайно», «систематичне порушення». Варто погодитися з точкою зору М.Й. Бару про те, що застосування норм, які містять оціночні поняття, являє собою особливий прийом, який відрізняється від усунення прогалин у праві і від тлумачення норм права [1, с. 104].

Природа оціночного поняття передбачає навмисне надання органом нормотворення можливості вільно здійснювати розсуд у праві правозастосувачем, тобто робити висновки щодо справи з огляду на всі обставини ситуації. За таких умов прогалини у правовому регулюванні суспільних відносин відсутні, оскільки уповноваження правозастосувача врегулювати ті чи інші правовідносини за допомогою певного законодавчого акта на власний розсуд фактично виражає волю нормотворця.

У змісті нормативно-правових актів обов'язково будуть присутні оціночні поняття. Однак вони також не будуть свідчити про наявність прогалин у цивільному праві (законодавстві), оскільки часто неможливо надати відповідне юридичне тлумачення певному явищу, яке потребує правової регламентації, правового регулювання [11, с. 76]. Наприклад, у доволі часто вживане в нормативно-правових актах поняття «поважні причини» неможливо вкласти один зміст в усіх випадках. Таким чином, відсутня необхідність нормотворчим органам визначати критерії поважності, надавати загальне для всіх випадків характеристики поважних причин чи називати їх повний перелік [11, с. 76].



Враховуючи наведені міркування й твердження О.М. Ярошенка [11, с. 76] стосовно оціночних понять, можемо надати визначення оціночного поняття у цивільному законодавстві як особливого способу вираження волі законодавця, яке являє собою встановлене у тексті законодавчого акта положення, що потребує уточнення й конкретизації за певних правових обставин у процесі застосування норм цивільного законодавства відповідним суб'єктом.

Важливо зазначити, що за певних обставин оціночні поняття вкрай необхідні, а в деяких зовсім непотрібні. Слід враховувати можливі негативні наслідки застосування оціночних понять у правовому регулюванні. Так, оціночні поняття уточнюються та конкретизуються суб'єктом правозастосування, як наслідок, існує обов'язковість застосування суб'єктивного ставлення під час здійснення розсуду у праві, тому можна стверджувати, що оціночні поняття сприяють проявам псевдотворчого розсуду суб'єктами правозастосування у цивільних правовідносинах. М.Й. Бару наполягає на тому, що негативним наслідком використання суб'єктивного підходу в наданні правової оцінки життєвим обставинам може запобігти вичерпний або хоча б візрцевий перелік, зазначений у цивільному законодавстві [1, с. 105], тому немає ніяких сумнівів у тому, що суб'єкти законотворчої ініціативи за нагоди мають викласти зміст законодавчого акта таким чином, щоб у ньому норми містили вичерпний перелік обставин та фактів або хоча б мали узагальнену форму, тобто мали вигляд абстрактного визначення. Проте використання оціночних понять у нормах цивільного законодавства є нормальною практикою, оскільки використання оціночних понять являє собою відсутність конкретизації норм законотворчими органами через неможливість використання іншої правової конструкції з об'єктивних причин. Таким чином, установлення вичерпного переліку обставин і фактів, які підпадають під певне оціночне поняття, не може слугувати гарантією правильного, безпомилкового використання такого поняття [11, с. 77]. Використання таких поширених словосполучень, як «аналогічні», «тощо», «та інші», не унеможливує повною мірою виключення суб'єктивного підходу, тобто ймовірності позаправового розсуду під час урегулювання правовідносин із застосуванням оціночних понять.

Розмежування оціночного поняття та прогалини в цивільному законодавстві полягає в тому, що оціночне поняття наявне в певному вигляді у правовому регулюванні цивільних правовідносин, тоді як під час прогалин взагалі може не бути ніякого правового регулювання, коли воно необхідне. До того ж обидва правові явища можуть мати подібні, іноді аналогічні причини їх походження. Проте розрізнити ці правові явища можна лише після встановлення факту наявності або відсутності прогалини в цивільно-правовому регулюванні в кожній окремій ситуації [11, с. 77].

Окремо необхідно сказати кілька слів про поняття, яке часто зустрічається в науковій літературі, а саме «правовий вакуум», а також про розмежування понять «прогалини в праві», «прогалини в законодавстві» і «правовий вакуум». На думку Ф.Р. Уранського, явище правового вакууму – це відсутність правових норм, які потрібні для врегулювання нововиниклих суспільних відносин, що не були врегульовані раніше, але які потребують такого врегулювання. За підходом науковця прогалина в законодавстві являє собою повну або часткову відсутність норм права у нормативних правових актах, потреба в яких зумовлена динамікою розвитку вже сформованих суспільних відносин і необхідністю їх практичного врегулювання [8, с. 114]. З таким баченням питання не можна погодитися повністю, оскільки доволі проблематично розмежувати на практиці суспільні відносини, які тільки-но виникли, і вже сформовані. Тим паче за умови необхідності врегулювання правовідносин на практиці з точки зору юридичної професійної оцінки суспільні правовідносини фактично вже існують незалежно від того, чи наявне в регулювання чинним законодавством [8, с. 114–115].

Як відзначав П.О. Недбайло, прогалина в законодавстві може існувати лише за відсутності законодавчих норм щодо фактів, які за своїм змістом входять у сферу правового регулювання [6, с. 456]. Це твердження чи не найбільше актуальне для цивільного права.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Отже, слід відмежовувати прогалини законодавства від таких схожих правових явищ, як кваліфіковане мовчання законодавця, помилка в праві, удавана потреба у правовому регулюванні, незрозумілість правових норм, колізії норм права, оціночні поняття, правовий вакуум, а також від дефекту права, що є ширшим поняттям, ніж прогалина. Так, зазначені поняття є часто вживаними у цивілістичній літературі, тому їх дослідження та наочне відмежування дуже актуальні для розвитку юриспруденції. Також обов'язково слід враховувати, що застосування будь-яких способів подолання прогалин законодавства до зазначених явищ неприпустиме.

#### Список використаних джерел:

1. Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве. *Сов гос-80 и право*. 1970. № 7. С. 102–107.
2. Гущина Н.А. Пробелы и дефекты в законодательстве и механизм их устранения. *Современное право*. 2011. № 6. С. 9–15.
3. Колотова О.В. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 3. С. 55–59.
4. Лазарев В.В. Применение советского права. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1972. 200 с.
5. Марчук В.М., Ніколаєва Л.В. Нариси з теорії права : навчальний посібник. Київ : Істина, 2004. 304 с.
6. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. Москва : Госюриздат, 1960. 511 с.

7. Современный словарь иностранных слов. Санкт-Петербург, 1994. 752 с.
8. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве. *Вестник Московского университета. Серия II: Право*. 2005. № 5. С. 111–121.
9. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
10. Ярошенко О.М. До проблеми визначення прогалин у трудовому праві. *Проблеми законності*. 2005. Вип. 76. С. 65–71.
11. Ярошенко О.М. Розмежування прогалин із суміжними юридичними категоріями у трудовому праві. *Проблеми законності*. 2009. Вип. 105. С. 71–77.