[Глава 20 РЕАЛІЗАЦІЯ НОРМ ПРАВА. ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ](http://lawbook.by.ru/theory/Skakun/20.shtml)

§ 1. Поняття і основні форми реалізації норм права

§ 2. Поняття і ознаки правозастосування

§ 3. Основні стадії застосування норм права

§ 4. Основні вимоги до правильного застосування норм права

§ 5. Поняття і ознаки акта застосування норм права

§ 6. Види актів застосування норм права

### § 1. Поняття і основні форми реалізації норм права

Реалізація норм права – це втілення розпоряджень правових норм у правомірній поведінці суб'єктів права, в іх практичній діяльності, її можна розглядати як процес і як кінцевий результат.

Реалізувати нормативні розпорядження, що містяться в законах та інших нормативно-правових актах, означає втілити в життя – у суспільні відносини, поведінку громадян – волю законодавця й інших суб'єктів правотворчості, спрямовану на встановлення правопорядку. Без такої реалізації право втрачає своє соціальне значення і призначення.

Поняття реалізації права охоплює декілька способів і форм впливу на поведінку суб'єктів права.

*Реалізація правових норм* - це здійснення їхніх приписів у практичних
діях (діяннях) суб’єктів. Залежно від виду правових норм (від характеру їхньої
диспозиції) існують такі форми реалізації права: використання, дотримання,
виконання. їм відповідають певні різновиди правових норм: уповноважуючі,
заборонюючі, зобов’язувальні.

Використання - форма реалізації уповноважуючих юридичних норм, коли
суб’єкт за власним бажанням використовує можливості, надані йому
правовою нормою (напр., реалізація права на вищу освіту, пред’явити чи ні
своє право на спадщину).

Дотримання - форма реалізації забороняючих юридичних норм, коли
суб’єкту заборонено здійснювати недозволені дії (напр., не палити у
приміщеннях, не перевищувати швидкості і т.д.).

Виконання - форма реалізації зобов’язуючих юридичних норм, яка
проявляється у активних діях суб’єктів, які вони здійснюють незалежно від
власного бажання, а виконуючи свої юридичні обов’язки (нанр., сплата
податків, збереження майна сторожем).

### § 2. Поняття і ознаки правозастосування

Усі службові обов’язки професійних юристів грунтуються на застосуванні
юридичних норм або на забезпеченні їхнього застосування. Норми права
застосовують тоді, коли права та обов’язки не можуть бути реалізовані без
певної владної діяльності. Правильне застосування норм права вимагає
юридичних знань, великого досвіду, послідовних логічних дій при розгляді справ

Правозастосування – це здійснювана в процедурно-процесуальному порядку владна-організуюча діяльність компетентних державних органів і посадових осіб, яка полягає в індивідуалізації юридичних норм стосовно конкретних суб'єктів і конкретних життєвих випадків в акті застосування норм права.

Якщо сказати спрощено, то застосування правових норм – це ухвалення на основі норм права рішень у конкретних справах. З погляду формальної логіки це процес, який полягає у підведенні конкретного життєвого випадку під загальну правову норму, а також ухвалення на цій основі спеціального акта – акта застосування норм права.

Якщо додержання, виконання і використання пов'язані з діями громадян, громадських організацій, комерційних об'єднань (корпорацій), то застосування норм права здійснюється державними органами і посадовими особами, і тільки у певних ситуаціях – громадськими організаціями. Громадяни не можуть бути суб'єктами застосування норм права. У разі, якщо державний орган передає частину своїх повноважень окремим фізичним особам, то в процесі реалізації норм права вони виступають не як фізичні особи, а як представники цього державного органу.

Застосування норм права має місце там, де адресати правових норм не можуть реалізувати свої, передбачені законом права і обов'язки без посередництва компетентних органів. Можна сказати, що на певному етапі правозастосування підключається до способів безпосередньої реалізації – додержання, виконання, використання.

За загальним правилом (особливо в країнах, що належать до романо-германського типу правових систем) основною формою реалізації права суддями та іншими посадовими особами держави вважається застосування правових норм, що містяться в законах і підзаконних нормативних актах.

В яких випадках виникає необхідність у застосуванні норм права ?

1.  Коли передбачені юридичними нормами права і обов'язки виникають лише після ухвалення владного рішення державного органу про наділення одних учасників правовідносин суб'єктивними юридичними правами і покладення на інших суб'єктивних юридичних обов'язків (наказ про зачислення абітурієнта до вузу).

2.  Коли є спір про право (у майнових відносинах, при оподатковуванні) і сторони самі не можуть виробити узгоджене рішення про наявність або міру суб'єктивних прав і юридичних обов'язків (поділ майна між подружжям, вирішення спорів між учасниками цивільного договору).

3. У разі правопорушень, тобто коли не виконуються обов'язки, існують перешкоди для здійснення права і необхідно вдатися до примусових заходів (наприклад, стягнення штрафу, конфіскація майна).

4. У разі необхідності офіційного встановлення наявності чи відсутності юридичних фактів або конкретних документів (установлення факту батьківства, смерті, розірвання шлюбу).

5. У разі здійснення виконавчо-розпорядчої діяльності органів держави і органів місцевого самоврядування – вирішення кадрових питань (зачислення до штату, підвищення в посаді), організація або ліквідація структурних ланок органу держави, виділення фінансів, приміщень тощо.

6. При здійсненні державним органом, організацією, установою яких-небудь дій на користь конкретного громадянина або іншої особи (нагородження, присвоєння звань, почесних посад, виплата пенсії, здавання внайми жилого приміщення).

7.  При вирішенні питань, про статуси об'єднань (реєстрація уповноваженим органом громадських, некомерційних і комерційних корпорацій);

8.  При вирішенні організаційних питань (наприклад, постанова Верховної Ради України про порядок висвітлення роботи сесії та ін.) тощо.

Згрупувавши всі випадки застосування норм права, можна дійти висновку, що правозастосування полягає у:

•  наділенні одних учасників правовідносин суб'єктивними юридичними правами і покладенні на інших суб'єктивних юридичних обов'язків;

•  вирішенні спору про право – про наявність або міру суб'єктивних юридичних прав і суб'єктивних юридичних обов'язків;

•  визначенні міри юридичної відповідальності правопорушника.

Ознаки застосування норм права.

1. Має владний характер, тому що це діяльність компетентного органу або посадової особи, і лише в рамках наданих йому (їй) повноважень. Серед органів, що застосовують норми права, можна виділити органи юрисдикції – суди (загальні, спеціальні тощо), адміністративні комісії та ін. Наприклад, лише в судовому порядку можливо безперечне списання (стягнення) коштів з рахунків юридичних осіб і фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності.

2.  Має індивідуалізований, персоніфікований характер, тому що являє собою вирішення конкретної справи, життєвого випадку, певної правової ситуації на основі норм права. Полягає в «прикладенні» норм права до конкретної особи (персони), конкретних обставин.

3.   Має процедурно-процесуальний характер, тому що являє собою офіційний порядок дій, складається з низки стадій.

4. Має творчий, інтелектуальний характер, тому що це завжди інтелектуальна діяльність. Для застосування норм права необхідно свідомо проводити низку дій.

5.  Здійснюється на основі норм права.

6.  Має юридична оформлений характер – завершується ухваленням спеціального акта (у більшості випадків письмового), який називається актом застосування норм права або правоза-стосовним актом.

7.  У своїй результативній частині (правозастосовний акт) завжди відіграє роль юридичного факту, який породжує, змінює або припиняє конкретні правовідносини (наприклад, вступ до шлюбу, розлучення подружжя, усиновлення дитини).

### § 3. Основні стадії застосування норм права

Порядок застосування норм права може бути простим і складним. Прикладом простого Порядку (процесу) застосування норм права є застосування санкції за безквитковий проїзд у міському транспорті (пропозиція контролера сплатити штраф, одержання суми і виписка квитанції). Інша річ складний процес застосування норм права (наприклад, застосування Особливої частини Кримінального кодексу).

Складний порядок застосування норм права, як правило, складається з трьох стадій правозастосувальної діяльності:

1)  встановлення фактичних обставин справи;

2)  встановлення юридичної основи справи – вибір і аналіз юридичних норм (інакше: юридична кваліфікація фактичних обставин);

 3) вирішення справи і документальне оформлення ухваленого рішення.

Зазначені стадії є умовними, оскільки на практиці вони збігаються.

Розглянемо кожну з них.

І. Встановлення фактичних обставин справи (юридична кваліфікація фактичних обставин) – це стадія підготовча, але надзвичайно відповідальна, оскільки іноді має вирішальне значення, її можна поділити на такі підстадії:

1.  Встановлення юридичних фактів і юридичного (фактичного) складу. Це можуть бути головні факти (тобто факти, що підлягають доведенню) і факти, що підтверджують головні, але обов'язково у тому обсязі, як того вимагає нормальне вирішення юридичної справи. У деяких випадках коло обставин, що підлягають встановленню, позначене у законі.

Головний факт (наприклад, факт вбивства, вчиненого громадянином Г.) належить, як правило, до юридичних фактів, тобто до фактів, що спричиняють виникнення або припинення юридичних наслідків. Зазвичай досліджуються не всі факти, а лише ті, які мають безпосереднє відношення до вирішення юридичної справи.

Часто збирання доказів і попереднє встановлення фактів є справою одних осіб, а ухвалення рішення у справі -- інших. Однак завжди відповідальна особа правозастосовного органу (прокурор, суддя, директор підприємства, начальник УВС та ін.) зобов'язана переконатися у вірогідності фактів, їх обґрунтованості та повноті.

Вказівки на фактичні обставини справи містяться в гіпотезі норми права.

2.  Встановлення фактичних обставин справи здійснюється за допомогою юридичних доказів. Правозастосувач не може спостерігати фактичні обставини справи безпосередньо, тому що вони, як правило, належать до минулого. Тому вони підтверджуються доказами – слідами минулого, які мають матеріальний і нематеріальний характер і зафіксовані в документах (показання свідків, протокол огляду місця події, висновок експерта та ін.). Доказами є відомості про факти, інформація про них, а також самі факти (пожежа, крадіжка) і джерела відомостей про них – документи, акти, показання свідків. Джерела відомостей про факти потрібно засвідчити (наприклад, протокол про предмети, виявлені при обшуку, має бути підписаний понятими). Юридична справа як сукупність документів, зібраних разом і певним чином оформлених, включає також документи правозастосовних органів (про прийняття справи до провадження, про призначення експертизи та ін.). Вимоги до доказів:

а)  вірогідність – залучення і аналіз лише тих фактів, які мають значення для справи, що розглядається. Виключається підтасування фактів і залучення фактів, що не стосуються справи;

б)  обґрунтованість – використання лише зазначених процесуальними нормами засобів доведення. Наприклад, для встановлення причин смерті необхідно проведення експертизи. Виключається використання засобів доведення, взятих з іншого джерела, який не вказується;

в)  повнота – встановлення всіх даних, які мають значення для справи, що розглядається.

3. Встановлення фактичних обставин справи відбувається через доведення – творчу діяльність з встановлення і надання доказів, участь в їх дослідженні та оцінці. Доведення дозволяє відтворити той чи інший фрагмент дійсності, реконструювати обставини з метою встановлення істини для застосування норм права.

Наприклад, предметом доведення у кримінальній справі є система обставин, встановлення яких необхідно для правильного вирішення кримінальної справи і виконання завдань кримінального судочинства. На стадії порушення кримінальної справи предмет доведення незрівнянно вужче, ніж в інших стадіях судочинства.

Законодавство фіксує, які обставини потребують доведення, а які ні (загальновідомі, презумпції, преюдиції), які факти доводяться певними засобами (наприклад, експертизою). Остаточна оцінка доказу завжди є справою правозастосувача.

Презумпції у галузі доказів і доведення – це припущення про факти, їх наявність чи відсутність.

Види презумпцій:

1)  неспростовні – це закріплене в законі припущення про наявність чи відсутність певного факту, який не підлягає сумніву і тому не потребує доведення (наприклад, презумпція недієздатності неповнолітньої особи);

2)  спростовні – це закріплене в законі припущення про наявність чи відсутність факту, який має юридичне значення, доки щодо цього факту не буде встановлене інше (наприклад, презумпція невинності особи) (див. про презумпції у главі «Правовідносини. Юридичні факти»).

Преюдиція – це виключення заперечуваності юридичної вірогідності одного разу доведеного факту. Якщо суд або інший юрисдикційний орган вже встановив певні факти (після їх перевірки і оцінки) і закріпив це у відповідному документі, то вони визнаються преюдиціальними -- такими, що при новому розгляді справи вважаються встановленими, істинними, такими, що не потребують нового доведення.

II. Встановлення юридичної основи справи – вибір і аналіз юридичних норм.

Встановлення юридичної основи справи є юридичною кваліфікацією фактичних обставин справи. Юридична кваліфікація -це правова оцінка всієї сукупності обставин справи через співвіднесення даного випадку з певними юридичними нормами.

Вказівки на правові наслідки містяться в диспозиції (санкції) норми права.

Встановлення юридичної основи справи (юридична кваліфікація фактичних обставин) включає:

1.  Вибір галузі, підгалузі, інституту права і знаходження норми, яка може бути застосована до даного випадку. Не можна підганяти факти під гіпотезу обраної норми.

2.  Перевірку дійсності тексту того акта, в якому міститься шукана норма, тобто встановлення офіційного тексту норми. Не можна посилатися на неофіційні тексти. Слід керуватися останньою редакцією офіційного видання закону з усіма змінами і доповненнями на день застосування норм права.

3. Аналіз норми з погляду її дії в часі, просторі і за колом осіб. Слід встановити:

а)  чи діяла норма права в момент, коли відбувалися досліджувані обставини;

б)  чи діє вона в момент розгляду конкретної справи;

в)  чи діє вона на території, де розглядається справа;

г) чи поширюється вона на осіб, пов'язаних з цією справою.

При визначенні чинності закону в часі необхідно додержуватися правила: «Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи» (ст. 58 Конституції України).

 При виявленні в процесі вибору норм протиріч або суперечностей змісту двох чи більше формально діючих норм необхідно дозволяти колізію норм у такий спосіб:

а)  якщо норми мають різну юридичну чинність, то діє норма, що має більшу силу;

б)  якщо норми мають рівну юридичну чинність, то діє норма, прийнята пізніше.

4. З'ясування змісту норми права. Необхідна перевірка, чи немає офіційного тлумачення норми. Якщо правотворчий орган видав нормативно-правовий акт, а потім – акт, у якому наводиться офіційне тлумачення, то таке тлумачення є обов'язковим для того, хто застосовує норму.

Недостатньо перевірити, чи було офіційне тлумачення. Пра-возастосовний орган має сам її тлумачити, тому що без тлумачення не можна застосовувати правову норму.

Всі зазначені дії є головними вимогами до застосування норм права і служать одній меті – правильній кваліфікації фактів, а відтак – зміцненню законності та правопорядку.

III. Вирішення справи і документальне оформлення ухваленого рішення.

Результат вирішення юридичної справи виражається в індивідуальному державно-владному велінні, розпорядженні, акті-документі, який називається правозастосовним актом. Правоза-стосовний акт може мати подвійну правову функцію:

1)  юридичної констатації, тобто визнання існування певних фактів, їх правомірності (неправомірності), визнання того чи іншого права за даною особою або констатації у даній події факту правопорушення;

2) нового юридичного обоє 'язку, тобто після ухвалення рішення (а саме: накласти покарання, встановити обов'язок, здійснити певні дії у встановлений строк, передати майно, сплатити борг та ін.) необхідна додаткова діяльність, новий обов'язок компетентних органів щодо виконання рішення.

### § 4. Основні вимоги до правильного застосування норм права

Вимоги до застосування норм права – юридичні правила (умови), за допомогою яких правозастосовний орган (суд, адміністрація державних органів та ін.) втілює в життя принципи права.

 Правозастосовний орган керується такими вимогами:

1.  Законності (належного додержання законних процедур):

а) при вирішенні справи грунтується на конкретній нормі чи права сукупності норм, які прямо стосуються розглянутої справи; дотримується їх точного змісту;

б) діє в рамках своєї компетенції; не виходить за межі повноважень, передбачених законом; у разі їх порушення несе юридичну відповідальність;

в) завжди застосовує правові норми, коли виникають обставини, передбачені нормою; не ухиляється від застосування норми; не припиняє дії норми з будь-якого приводу (застарілість, невідповідність місцевим умовам тощо) або під впливом особи (органу), не уповноваженої на те законом. Доки норма права не скасована, не змінена або не припинена у встановленому законом порядку, вона є обов'язковою для правозастосовного органу.

2.  Обґрунтованості:

а)  виявляє всі факти, що стосуються справи;

б)  ретельно і неупереджено (об'єктивно) вивчає факти, визнає їх достовірними;

в)  відкидає всі сумнівні факти і факти, що не стосуються справи.

3. Доцільності, тобто відповідності діяльності правозастосов-них органів і осіб у рамках закону конкретним життєвим умовам місця і часу; обрання оптимального шляху реалізації норми в конкретній життєвій ситуації:

а) у межах змісту норми (яка передбачає межі в рамках одного рішення, можливість вибору між різними рішеннями, можливість застосувати норму або утриматися від її застосування) обирає рішення, яке найповніше та найправильніше відображає зміст закону;

б) при однаковому і неухильному виконанні юридичних розпоряджень діє ініціативно – з урахуванням місця і часу виконання, розумно розподіляє сили і засоби і т.д.;

в) зважує на індивідуальні особливості справи, соціальну значущість застосовуваної норми, її відповідність духу права.

4. Справедливості:

а) неупереджено ставиться до дослідження обставин справи, до осіб, що беруть участь у ній, до остаточного рішення;

 б) приймає рішення, яке узгоджується з принципами моралі, загальнолюдськими цінностями, власними моральними переконаннями і моральними переконаннями суспільства в цілому.

### § 5. Поняття і ознаки акта застосування норм права

Акт застосування норм права (правозастосовний акт) – це індивідуальний правовий акт-волевиявлення (рішення) уповноваженого суб'єкта права (компетентного державного органу або посадової особи), що встановлює (змінює, припиняє) на основі юридичних норм права і обов'язки учасників конкретних правовідносин або міру відповідальності конкретних осіб за вчинене ними правопорушення. У встановлених законом випадках він оформляється у вигляді письмового документа (акта-документа).

Правозастосовний акт – вирок, рішення, визначення, висновок тощо (наприклад, нарахування пенсіонеру пенсії; вирок суду у конкретній кримінальній справі) – результат вирішення юридичної справи і підсумок застосування норм права.

Серед актів застосування норм права слід розрізняти:

- основний акт, в якому виражене рішення юридичної справи в цілому;

- допоміжні акти (проміжні, додаткові, супутні), що оформляються при встановленні фактичних обставин справи, у ході судового процесу, на інших стадіях.

Ознаки акта застосування норм права такі.

1.  Приймається на основі нормативно-правового акта і спирається на певну норму права, тобто є законним і обґрунтованим.

2.  Виходить від компетентних органів держави в особі їх посадових осіб і являє собою категоричне, офіційно-владне, обов'язкове для виконання веління, яке охороняється примусовою силою держави.

3. Адресується чітко визначеним суб'єктам, тобто є персоніфікованим, індивідуальним.

4.  Поширює норму права на конкретну юридичну ситуацію (виключається поширення на подібні випадки), вичерпує себе одноразовим застосуванням, тобто розрахований на один раз.

 5.  Має певну, встановлену законом форму документа (наказ, рішення, вирок, розпорядження), якщо це письмовий акт (а їх більшість). Містить чітко позначені реквізити: назву, підпис, дату. Має сувору структуру: вступну, описову, мотивувальну і результативну частини.

6.  Може бути оскаржений чи опротестований ким-небудь із зацікавлених осіб.

Акт застосування норм права – найпоширеніший вид правових актів. Як і нормативно-правовий акт, він має юридичну силу, носить державно-владний обов'язковий характер.

Одночасно правозастосовний акт відрізняється від нормативно-правового акта за низкою зазначених вище ознак: приймається на основі нормативно-правового акта; персоніфікований; поширює норму права на конкретний випадок (одноразовий); містить у собі обов'язок підкоритися – виконати сформульоване у справі рішення.

Правозастосовний акт, як правило, забезпечує виникнення і розвиток правовідносин у конкретній ситуації. Без таких юридичних фактів не може реалізуватися конкретна правова норма.

Як і нормативно-правовий, правозастосовний акт може виходити від тих самих органів і посадових осіб -- Президента, Кабінету Міністрів, міністерств і відомств України, органів місцевого самоврядування. Наприклад, Верховна Рада України встановлює нове почесне звання «Заслужений діяч юстиції» – це нормативно-правовий акт. Через три дні видається Указ Президента України про присвоєння конкретній особі цього звання. Це акт застосування норм права. Він індивідуальний. Та сама правова форма може бути наповнена різним змістом. З зазначених двох форм права – закону і указу – лише закон має нормативний характер.

Однак у форму указів Президента України можуть убиратися як нормативно-правові ак

###  § 6. Види актів застосування норм права

Види актів застосування норм права класифікуються за різними критеріями.

 За формою зовнішнього вираження:

1) письмовий акт (таких більшість). Письмовий акт може бути, як мінімум, двох видів:

а) окремий документ (вирок суду);

б)  резолюція за матеріалами справи (затвердження прокурором обвинувального висновку);

2) усний акт (виклик понятих);

3)  конклюдентний акт – акт дії (наприклад, застосування працівниками міліції табельної зброї або застосування жестів міліціонером-регулювальником дорожнього руху).

За способом прийняття:

1) колегіальні;

2) одноособові.

За суб'єктами прийняття:

•     акти парламенту;

•     акти глави держави;

•     акти виконавчих органів;

•     рішення загальних судів;

•     акти арбітражу;

•     акти нотаріату;

•     акти прокурорського нагляду;

•     акти місцевих (муніципальних) органів влади;

•     акти керівників підприємств, військових частин тощо;

•     акти уповноважених органів громадських організацій тощо. Акти застосування норм права приймаються практично всіма органами держави.

За юридичною формою:

•   укази;

•   постанови;

•   розпорядження;

•   накази;

•     ухвали (суду та ін.);

•     протести, подання, розпорядження, вироки, рішення.

За функціями у правовому регулюванні (або функціями права):

1)  регулятивні -- офіційно підтверджують або визначають права та обов'язки сторін, викладені в диспозиції регулятивних норм (наприклад, свідоцтво про реєстрацію шлюбу);

2) охоронні – встановлюють міру юридичної відповідальності відповідно до санкції охоронних норм (наприклад, квитанція про сплату штрафу).

 За галузевою належністю:

1) кримінально-правові;

2) адміністративно-правові;

3)  цивільно-правові та ін. (крім процесуальних). За юридичними наслідками:

1) правовстановлюючі (про призначення директора, про присвоєння звання);

2)  правоконстатуючі (свідоцтво про шлюб; свідоцтво про смерть);

3)  правоприпиняючі (протест прокурора з приводу незаконного виселення громадянина );

4) правозмінюючі (заміна арешту підслідного на підписку про невиїзд);

5)  правоскасовуючі (винесення судом рішення про ліквідацію акта, про втрату ним юридичної сили).

За значенням у юридичному процесі:

- основні акти, що містять завершене рішення у справі (вирок, рішення суду);

- допоміжні акти, що забезпечують прийняття основних актів (постанова і порушення кримінальної справи).

За характером індивідуальних велінь (розпоряджень):

ДОЗВІЛЬНІ

зобов'язуючі

заборонні

### § 7. Прогалини в праві і способи їх усунення.

Аналогія закону і аналогія права. Субсидіарне застосування норм права

При проходженні другої стадії застосування норм права, а саме: при встановленні юридичної основи справи – виборі та аналізі юридичних норм, виникають ситуації, коли правозасто-сувач не знаходить норм, які регулюють встановлені факти.

Прогалина у праві[[1]](http://lawbook.by.ru/theory/Skakun/20.shtml#_ftn1#_ftn1) – це повна або часткова відсутність у чинних нормативно-правових актах необхідних юридичних норм.

 Прогалина у законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у даному законі. Причини прогалин:

1)  невміння законодавця відобразити в нормативних актах усе різноманіття життєвих ситуацій, які вимагають правового регулювання (первісна прогалинність);

2) невміння законодавця передбачити появу нових життєвих ситуацій у результаті постійного розвитку суспільних відносин, здійснити щодо них певні законодавчі дії (подальша прогалинність);

3) технічні помилки законодавця, допущені при розробці законів і у використанні прийомів юридичної техніки.

Прогалини в праві виникають, як правило, там, де є суперечливість норм однакової сили, коли одна з них «знищує» іншу.

Прогалини в законодавстві повинні усуватися в процесі пра-вотворчості шляхом внесення змін і доповнень до законів, видання нових, досконаліших юридичних актів.

Невірно вважати прогалинами такі випадки:

•  кваліфіковану мовчанку законодавця, коли він умисно залишає питання відкритим, утримується від прийняття норми, відносить вирішення справи за межі законодавства;

• свідоме віднесення питань на розсуд правозастосувача, коли законодавець розраховує на конкретизацію його законодавчої волі правозастосовними та іншими правовими актами.

За наявності прогалини в законі законодавець пропонує пра-возастосувачу різну поведінку.

За навності прогалини в галузі кримінального законодавства і законодавства про адміністративні правопорушення виходом для юриста-практика є відмова у порушенні провадження в справі, тобто ухвалення виправдувального рішення. Юрист-практик у такому разі повинен керуватися принципом, відомим ще з часів римського права: «Немає злочину і немає вини, немає покарання і немає стягнення, якщо немає закону».

Зловживання аналогією в галузі кримінального законодавства мало місце у фашистській Німеччині, де законом від 28 червня 1935 р. був скасований принцип «немає злочину без закону» і тим самим на законодавчому рівні відкритий шлях для судової

ково передає питання на розсуд того, хто застосує право; 4) видає норму, яка не потрібна; 5) помилково вирішує питання в установленій нормі. У перших трьох випадках «помилка в праві» домислює наявність прогалин.

 сваволі і розправи з політичними супротивниками. IV з'їзд Міжнародної асоціації кримінального права (Париж, 1937 р.) засудив аналогію в кримінальному праві і виступив проти її застосування. У кримінальному законодавстві України інститут аналогії відсутній. Стаття 58 Конституції України проголошує: «Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення».

За наявності прогалини у галузі цивільного законодавства суди не можуть відмовити у правосудді, посилаючись на відсутність закону. У разі прогалин у цивільно-правових відносинах застосовується аналогія двох видів:

• аналогія закону;

• аналогія права.

Аналогія закону – це вирішення справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на подібні випадки. Аналогія виключається, якщо вона прямо заборонена законом або якщо закон пов'язує настання юридичних наслідків з наявністю конкретних норм. Наприклад, відсутність в Україні спеціального законодавства, яке б регулювало правове забезпечення лізингу (комплекс майново-правових відносин, утворених у зв'язку з передачею майна в тимчасове користування), дозволяє заповнити її договором наймання, який є подібним до договору лізингу.

Аналогія права – це вирішення справи або окремого юридичного питання на основі принципів права, загальних засад і змісту законодавства.

Аналогія права застосовується тоді, коли:

•  немає норми, яка прямо передбачає даний випадок;

•  немає норми, яка передбачає подібний випадок.

При вирішенні справи за аналогією закону і аналогією права необхідно додержуватися таких умов:

1) аналогія допустима лише у разі повної відсутності або неповноти правових норм;

2) суспільні відносини, до яких застосовується рішення за аналогією, повинні бути врегульовані хоча б у загальній формі, тобто перебувати у сфері правового регулювання;

3)  наявність подібності (аналогії) аналізованих обставин і обставин, передбачених наявною нормою, повинна бути в істотних, юридичне рівнозначних ознаках; розбіжність – у деталях, у неістотному;

4)  пошук норми, яка регулює аналогічний випадок, має йти спочатку в актах тієї самої галузі права, у разі відсутності такої – в іншій галузі та у законодавстві в цілому;

5)  вироблене в ході використання аналогії правове рішення не повинно суперечити дії розпоряджень закону, його меті;

6)  обов'язково має бути вмотивоване пояснення причин застосування рішення за аналогією до даного випадку.

При застосуванні аналогії права істотне значення мають принципи права, які закріплюються в конституції. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, то правозастосувач, виходячи із власною правосвідомості, може мотивувати рішення в справі, посилаючись на конституційні норми.

Для усунення прогалин у законі використовується також суб-сидіарне застосування норм права – додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права.

Субсидіарне застосування правових норм до різних відносин, як правило, закріплене в законі. Є випадки субсидіарного застосування, які прямо законом не передбачені.

Теоретичним підґрунтям субсидіарного застосування є системність права, поділ його на взаємозалежні галузі та інститути. Так, сімейне право виділилося в самостійну галузь з цивільного права і перебуває з ним у тісному зв'язку завдяки подібності регульованих суспільних відносин і методу їх правового регулювання. У Кодексі про шлюб і сім'ю, зокрема, закріплюється, що правозастосувач повинен керуватися розпорядженнями норм цивільного права, які встановлюють строки задавнення позову.

Загальні положення і норми цивільного права застосовуються до:

1)  відносин, що регулюються трудовим правом, якщо ті чи інші питання не врегульовані трудовим законодавством;

2)  регулювання відносин, які виникають у зв'язку з охороною довкілля, якщо вони не врегульовані екологічним законодавством;

3) відносин, що регулюються сімейним законодавством, якщо ті чи інші питання ним не врегульовані.

Слід зважити на те, що в деяких галузях права субсидіарне застосування норм цивільного права скасоване самим законодавцем, а в інших випадках, незважаючи на відсутність прямої заборони в законодавстві, воно недопустимо. Так, до норм власне трудового, сімейного, екологічного права загальні положення цивільного права в порядку субсидіарності не можуть застосовуватися. Субсидіарне застосування можливе лише до норм, включених як додаткові до законодавчих актів про сімейні, трудові та деякі інші відносини.

Звертаємо увагу на те, що регулювання суспільних відносин будь-якою галуззю права здійснюється, як правило, лише власними галузевими засобами. Субсидіарне застосування норм права є винятком із загального правила.