

Без запровадження права неможна й народ збагатити.

I. Посошков

§ 1. РЕАЛІЗАЦІЯ НОРМ ПРАВА: ПОНЯТТЯ ТА ФОРМИ

Право має зміст і цінність для особи, суспільства, якщо воно реалізується. Проте встановлені державою правові норми не можуть виконати регулювальної ролі без складного механізму їх реалізації.

Без втілення правових приписів у життя норми права мертві, власне це губить їх соціальне призначення. «Право ніщо, — відзначає Л. Явич, — якщо його положення не знаходять своєї реалізації в діяльності людей та їх організацій, у суспільних відносинах. Неможливо зрозуміти право, якщо відхилитися від механізму його реалізації в житті суспільства»¹.

Реалізація норм права — це втілення положень правових норм у фактичній діяльності

(поведінці) суб'єктів права.

Реалізація права завжди пов'язана з правомірною поведінкою людей, тобто такою поведінкою, яка відповідає правовим приписам. В одних випадках, це активні позитивні дії (використання права або виконання обов'язків), в інших — це бездіяльність суб'єктів (утримання від здійснення протиправних дій).

Правові норми реалізуються в різних формах. Це обумовлено низкою обставин:

- а) різноманітністю змісту і характеру суспільних відносин, що регулюються правом;
- б) відмінністю засобів впливу права на поведінку людей; в) специфікою змісту норм права; г) статусом того чи іншого суб'єкта в загальній системі правового регулювання, його відношенням до юридичних приписів; г) формою зовнішнього прояву правомірної поведінки.

В літературі *класифікація форм реалізації норм права* проводиться за різними критеріями.

За кількісним складом розрізняють *індивідуальну і колективну* форми реалізації. Деякі правові вимоги неможливо втілити вжиття інакше, як створивши колективний суб'єкт права. Наприклад, згідно зі ст. 72 Конституції України референдум за народною ініціативою може бути проголошений лише на вимогу не менш як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо

призначення референдуму зібрано не менш як удвох третинах областей і не менш як по сто тисяч підписів у кожній області.

За характером дій суб'єктів виділяють такі форми реалізації норм права, як *дотримання, виконання, використання і застосування*.

Дотримання — це така форма реалізації норм права, що здійснюється через пасивну поведінку суд 'єктів. Для неї характерним є утримання від активних дій, заборонених юридичними нормами.

В більшості випадків дотримання права проходить непомітно і, як правило, не фіксується. Саме тому його юридичний характер яскраво не проявляється. У цій формі реалізуються забороняючі норми. Наприклад, непорушення пасажирами літаків заборони щодо перевезення вибухонебезпечних речовин.

Виконання — форма реалізації зобов'язуючих правових норм, що полягає в активній поведінці суб'єктів, яку слід здійснювати незалежно від їх власного бажання (наприклад, реалізація положень ст. 136 К К України про надання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані).

Використання права — це така форма реалізації, коли суб'єкти на свій розсуд за власним бажанням використовують надані їм права.

На відміну від дотримання і виконання, що пов'язані з реалізацією заборон або юридичних обов'язків, використання полягає в активній або пасивній поведінці учасників суспільних відносин. Шляхом використання реалізуються дозволяючі норми. Наприклад, реалізація права громадян України вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (ст. 38 Основного Закону).

Ці три форми реалізації права, у ході яких юридичні норми втілюються в життя безпосередніми діями самих суб'єктів суспільних відносин, називають *форми безпосередньої реалізації Права*.

В таких формах реалізуються багато норм права, проте не всі.

Існують немало випадків, коли дотримання, виконання і використання є недостатніми для забезпечення повної реалізації юридичних норм і вимагають втручання в цей процес компетентних суб'єктів (органів), які наділені державно-владними повноваженнями. Наприклад, нарахування пенсії, прийняття на роботу, виконання військового обов'язку та ін.

§ 2. ЗАСТОСУВАННЯ ЯК ОСОБЛИВА ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ ПРАВА

Як уже зазначалося, норми права спрямовані на регулювання суспільних відносин відповідно до завдань та функцій держави на певному етапі її розвитку. Ця мета може бути досягнута лише в тому випадку, якщо норми права будуть реалізуватися на практиці та здійснювати реальний вплив на відповідні суспільні відносини. Деякі правові норми для своєї реалізації вимагають правозастосувальної діяльності державних органів та посадових осіб.

Застосування правових норм — це державно-владна, організаційна діяльність компетентних органів держави і посадових осіб із реалізації правових норм стосовно конкретних життєвих ситуацій шляхом винесення індивідуально-правових рішень (приписів).

У юридичній науці існують й інші тлумачення цього поняття. Зокрема, *застосування норм права* — це державно-владна діяльність державних органів, а у деяких випадках — і громадських об'єднань, посадових осіб щодо реалізації норм права в конкретному випадку'.

Професор П. М. Рабінович вважає, що *застосування правових норм* — це організаційно-правова діяльність компетентних органів, уповноважених на це громадських об'єднань або їх службових осіб, яка полягає у встановленні піднормативних формально обов'язкових індивідуальних правил поведінки персоніфікованих суб'єктів із метою створення умов, необхідних для реалізації ними таких норм.

Застосування норм права уповноваженими суб'єктами має особливе значення, оскільки, по-перше, ця форма реалізації норм права є важливим засобом здійснення керівництва; по-друге, лише вони мають право застосовувати санкції до порушника вимог норм права. Порушення вимог правових норм створюють, зокрема, у відповідних органів держави право притягти порушників до відповідальності, а у останніх, звичайно — обов'язок понести покарання. Специфічним для органів держави при цьому є те, що їх права щодо інших суб'єктів права постають відповідно до їх обов'язків перед державою в цілому. Якщо деякі суб'єкти права можуть у принципі і не скористатися своїми правами, то державні органи у всіх випадках зобов'язані здійснити свої права щодо інших суб'єктів права.

Застосування норм права державними органами є основою для утвердження поширеної в юридичній літературі точки зору, згідно з якою застосовують норми права лише органи держави³, і ця їх діяльність виражається у виданні індивідуальних актів владного характеру — правозастосувальних актів, на основі яких у відповідних учасників суспільних відносин виникають їх суб'єктивні права та обов'язки.

При цьому особливо виділяється діяльність у цій галузі органів правосуддя, які, будучи найбільш специфічними юридичними органами, не тільки застосовують норми права, а й при необхідності опрацьовують правоположення, що заповнюють прогалини у законодавстві.

Застосування права здійснюється в суворо визначених законом процесуальних формах. І чим чіткіші, детальніше регламентовані ці форми, чим ефективніше застосовується право, тим надійніші гарантії прав та свобод громадян, тим суворіший режим законності.

Застосування права не можна пов'язувати лише з притягненням правопорушника до відповідальності. В основному це правомірна організуюча діяльність. Це одна з форм життя права. Такою є управлінська, господарська та багато інших видів діяльності. Реєстрація шлюбу в органах РАГСу, нарахування та виплата пенсій, усиновлення — все це приклади правозастосувальної діяльності. У зв'язку з цим потрібно розрізнити застосування диспозиції правової норми (при правомірній діяльності) та санкції правової норми (при скоєнні правопорушення).

Враховуючи сказане, ми можемо виділити основні риси застосування правових норм:

1) у передбачених законодавством випадках воно виступає необхідною організаційною передумовою реалізації правових норм, внаслідок чого його соціальним призначенням є організація певних суспільних відносин;

2) це діяльність тільки державних органів і уповноважених на це державою суб'єктів, оскільки вона повинна мати державно-владний характер;

3) набуває юридично значущого характеру насамперед тому, що відносини, котрі виникають, змінюються або припиняються внаслідок такої діяльності, мають вигляд взаємних юридичних прав і обов'язків певних суб'єктів;

4) такі відносини, зв'язки встановлюються шляхом винесення (на основі правових норм і відповідно до конкретних життєвих ситуацій) індивідуальних формально-обов'язкових рішень;

5) правозастосування відбувається тільки на підставі юридичних норм і в порядку, передбаченому юридичними нормами;

6) це своєрідний процес, який регламентований спеціальними нормами і складається з послідовних стадій;

7) підпорядковується певним загальним вимогам, що забезпечують правомірність, справедливість та ефективність;

8) інтелектуально-юридичні результати правозастосування, тобто відповідні рішення, фіксуються, виявляються зовні у встановленій законодавством формі — в актах застосування права

1

.

Вимогами до правозастосовчої діяльності є:

- а) *законність* — здійснення у суворо встановленому законом порядку;

 - б) *обґрунтованість*—винесення рішення на підставі лише повного та всебічного вивчення обставин справи;

 - в) *доцільність* — урахування особливостей конкретної ситуації, в умовах якої відбувається правозастосування, а також особливостей особи, стосовно якої приймається рішення;

 - г) *справедливість* — рішення приймається на підставі норм права, але до уваги беруться й існуючі у цьому суспільстві норми моралі.
-

§ 3. СТАДІЇ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВИХ НОРМ

Застосування норм права — це діяльність, яка вміщує декілька етапів — стадій. Зазвичай виділяють три основні стадії процесу застосування права:

- 1) встановлення та аналіз фактичних обставин справи (фактична основа);
- 2) вибір норми права та її аналіз — перевірка достовірності та правильності тексту норми; аналіз її юридичної сили та дії в часі, в просторі, за колом осіб; тлумачення норми (юридична основа);
- 3) прийняття рішення у справі².

Деякі науковці додають до них ще дві, кінцеві стадії — доведення змісту рішення до відома зацікавлених осіб та організацій і контроль за виконанням правозастосовчого рішення. Застосування права — це офіційна, процедурно-регламентована діяльність, і така його стадія є необхідною в умовах суворого режиму законності. В яких би формах вона не здійснювалася, вона завжди обов'язкова¹.

Важливо також підкреслити, що всі дії компетентного суб'єкта, які передують винесенню рішення, складають єдиний процес і виділити в ньому окремі стадії можна лише логічно.

П. М. Рабінович виділяє такі основні стадії застосування норм права:

- 1) встановлення юридично значущих фактів і пошук правової норми, яку належить застосувати до них;

- 2) перевірка достовірності та правильності тексту, визначення меж дії та юридичної сили правової норми;
- 3) з'ясування змісту правової норми;
- 4) прийняття рішень у справі;
- 5) оформлення рішення в акті застосування правової норми¹.

Саме на ці стадії застосування норм права ми і будемо орієнтуватися.

Встановлення юридично значущих фактів. Встановлюються ті обставини, на наявність або відсутність яких розрахована правова норма. Наприклад, відповідно до шлюбно-сімейного законодавства усиновлення може бути скасоване, якщо рішення про усиновлення було здійснено на основі підроблених документів, або коли усиновитель був позбавлений батьківських прав, або був визнаний в установленому законом порядку недієздатним, а також при фіктивному усиновленні. Суд, застосовуючи цю норму, повинен встановити вищезазначені обставини. Якщо мова йде про застосування норми кримінального права, то з'ясовуються обставини, сукупність яких створюють склад злочину.

При встановленні фактичних обставин справи слід керуватися такими вимогами: встановлюються лише факти, що мають юридичне значення і стосуються цієї справи; факти повинні встановлюватися об'єктивно і повно, сумнівів та недомовок при цьому бути не повинно; встановлені факти мають бути істинними. Фактичні дані визначаються в процесі доказування.

У процесі застосування права досліджуються та оцінюються два види фактичних обставин і даних. По-перше, ті, з якими норма пов'язує певні юридичні наслідки. Вони виступають у ролі юридичних фактів або необхідних складових елементів фактичного

змісту. По-друге, вивчаються також ті фактичні обставини і дані, які не враховуються при юридичній оцінці випадку, що розглядається, але є суттєвими для прийняття рішення у межах, передбачених відповідною нормою.

Оцінка фактичних даних має за мету встановлення їх достовірності, визначення їх відношення до випадку, що розглядається, і значимості для кінцевого висновку по справі. Велике значення для застосування права можуть мати юридичні докази. Докази необхідні лише там, де для рішення потрібно встановити факти, що мають юридичне значення.

Доказами у праві є будь-які дані, за допомогою яких правозастосувальний орган встановлює достовірність фактів, що служать підставою для об'єктивного вирішення справи: події, ознаки, явища, які у свою чергу виступають джерелами інформації про такі факти. Види юридичних доказів досить різноманітні. До них належать предмети, покази свідків, документи.

Пошук правової норми, яку належить застосовувати до юридично значущих фактів. Встановивши фактичні обставини справи, що характеризують життєву ситуацію, необхідно відшукати відповідну норму, що передбачає цю ситуацію. Відношення конкретного життєвого випадку до певних юридичних норм — це і є юридична кваліфікація. Кваліфікується не лише злочин або проступок, а й будь-яка поведінка, що вимагає юридичної оцінки. Так, якщо виплачується квартальна премія робіт-пику тієї чи іншої галузі — це робиться на основі відповідної норми; укладається шлюб — мається на увазі норма, що дозволяє це робити. У всіх таких випадках кваліфікації правомірної поведінки відбувається одна і та ж розумово-технічна операція — пошук необхідної норми та «підведення» під неї конкретного випадку.

Кваліфікації підлягають, звичайно, і правопорушення (злочини і проступки). В такому випадку встановлений склад правопорушення співвідноситься з відповідною юридичною нормою. У випадку збігу встановлених обставин з ознаками правопорушення, передбаченими нормою, і відбувається її подальше застосування. Встановивши, наприклад, що оволодіння майном було здійснено способом небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, слідчий кваліфікує дії нападника не як пограбування, а як розбій.

Тісний взаємозв'язок та взаємозумовленість правових норм визначає необхідність вибору і аналізу ряду випадків не однієї, а декількох норм, які доповнюють, розвивають та

уточнюють одна одну і лише в комплексі створюють правову основу у вирішенні справи. Важливо також врахувати при виборі норми загальні розпорядження та нормативні принципи відповідного правового інституту, галузі права, акти нормативного та казуального тлумачення.

Уміння вибрати відповідну норму передбачає перш за все знання норм діючого права, тих прав та обов'язків, які вони надають для суб'єктів права. А це у свою чергу вимагає знань специфіки правничої мови, термінології, що застосовується у нормативних актах. Річ у тім, що хоча в основі правничої мови (норми) і лежить літературна мова, тим не менше ряд понять цієї мови, як і всякої спеціалізованої мови, має більш визначений зміст та чіткі ознаки (наприклад, не все те, що називається хуліганством в розмовній мові, визнається таким у праві).

Наступна, друга стадія правозастосовування — *перевірка достовірності і правильності тексту норми права.*

Після того, як ми відшукали потрібну норму, треба її перевірити. Перевіряючи юридичну норму, необхідно: 1) з'ясувати її достовірність (це підтверджується офіційним виданням, у якому вона розміщена; неофіційними передруками норм, де може бути перекручено її зміст, користуватися не слід); 2) встановити, чи діє ця норма, тобто чи вона не змінена чи не скасована.

Правильний вибір норми права передбачає уміння вибрати офіційний текст закону, вміння встановити юридичну силу норми залежно від становища органу, що її видав, у системі інших органів держави. На практиці можливі випадки протиріч між нормами права, виданими різними органами. У випадку таких протиріч юридичну силу має норма, видана органом, що займає більш високе становище. Можуть також зустрічатися протиріччя між нормами, виданими у різний час одним і тим же органом. У такому випадку діє норма, видана пізніше, в якій її зміст не замінено нормою, прийнятою раніше.

Третя стадія — *з'ясування змісту (тлумачення) правової норми.*

Тлумачення правової норми — це діяльність щодо з'ясування або роз'яснення її змісту з метою правильного її застосування та реалізації. Тлумачення права є необхідним

елементом його застосування, і тому розглядається як самостійна стадія правозастосувальної діяльності. Необхідність тлумачення норм права пояснюється, по-перше, тим, що норма права носить загальний характер і в кожному випадку застосування потрібно з'ясувати, чи підпадає під її дію конкретна ситуація; по-друге, тим, що далеко не всі юридичні норми сформульовано вдало та чітко.

Суть, зміст, функції, види і способи тлумачення правових норм були розглянуті нами у попередньому розділі навчального посібника.

Четверта стадія застосування правових норм — *прийняття рішення у справі*.

Прийняття рішення компетентним суб'єктом — одна із найважливіших стадій застосування права. Саме у виданні індивідуального акта на основі права виявляється застосування права в істинному змісті (розумінні) слова, в той час як усі попередні стадії лише підготовлюють умови та матеріали для кінцевого рішення. Винесення рішення — це акт, що пов'язує норми права з конкретним випадком, встановлює права та обов'язки визначених суб'єктів права. На цій стадії остаточно вирішуються питання про достовірність та достатність для винесення рішення зібраних фактичних даних, їх правової кваліфікації.

Рішення — це водночас юридичний факт, що служить основою для виникнення правовідносин; вольовий акт, що є результатом інтелектуальної діяльності та закріплюється звичайно в офіційному письмовому документі; державно-владне веління (наказ) індивідуального характеру. Воно є також визначеним логічним висновком, зробленим на підставі аналізу фактів та юридичних підстав. Не можна, звичайно, заперечувати того, що з формально-логічного боку рішення у справі є умовивід, у якому конкретні факти підводяться під норми права. Можна припустити це як спрощену, схематичну модель, як визнання значення логіки та логічних конструкцій у застосуванні права. Крім того, перед кінцевим прийняттям рішення у справі необхідно отримати ряд попередніх висновків, більшість яких також будується за типом силогізму (оцінка окремих доказів, визначення повноти фактичного складу та ін.).

У той же час при прийнятті рішення у справі діє цілий комплекс факторів, що не входять у структуру силогізму. Силогізм найчастіше проявляється у випадках, коли правозастосувальна норма виключає свободу розсуду правозастосувача. Виносячи рішення відповідно до її однозначного припису (визнання факту юридично значущим,

застосуванням абсолютно визначеної санкції та ін.), він лише констатує, що випадок підпадає під дію норми. Там, де норма встановлює межі для розгляду на свій розсуд, правозастосувач вибирає найдоцільніший та обґрунтований із його точки зору варіант. У такому випадку вирішення справи виходить за рамки логічного силогізму.

П'ята, остання стадія застосування правових норм — *це оформлення рішення в акті застосування правової норми.*

Зміст рішення щодо юридичної справи визначається, головним чином, його фактичними обставинами. Разом із тим при прийнятті рішення правозастосувач керується вимогами диспозиції (санкції) норми, яка застосовується.

Винесення рішення щодо справи слід розглядати у двох аспектах.

По-перше, це розумова діяльність, яка полягає в оцінці зібраних фактів і встановлення на їх основі дійсної картини того, що сталося, в кінцевій юридичній кваліфікації та визначенні для сторін юридичних наслідків — прав і обов'язків.

По-друге, рішення щодо справи є, як правило, документом — актом застосування права, де закріплюється розумова діяльність щодо вирішення юридичної справи, офіційно фіксуються наслідки для конкретних осіб.

Правозастосовне рішення відіграє особливу роль у механізмі правового регулювання. Раніше вже відзначалося, що юридичні норми і суб'єктивні права та юридичні обов'язки, які виникають на їх основі, забезпечені можливістю державного примусу. Проте останній реалізується, власне, за індивідуальними правозастосовними рішеннями.

Можливість примусового виконання актів застосування права обумовлює їх особливість і висунення до них вимог обґрунтованості, доцільності, справедливості, законності.

§ 4. ПРАВОЗАСТОСУВАЛЬНИЙ АКТ: ПОНЯТТЯ, ВЛАСТИВОСТІ, ВИДИ

Акт застосування правових норм — це формально обов'язкове волевиявлення компетентних державних органів, посадових осіб, яке підтверджує, встановлює, змінює або припиняє юридичні права и обов'язки персоніфікованих суб'єктів у конкретній життєвій ситуації".

Виділяють такі юридичні властивості правозастосувальних актів: 1) можуть прийматися компетентними органами держави та посадовими особами; 2) є формально обов'язковими щодо персонально визначених суб'єктів; 3) вміщують індивідуальні приписи (веління), розраховані на регулювання лише окремого, конкретного випадку (відношення), тому їх юридична чинність вичерпується одноразовою реалізацією; 4) можуть мати письмову, усну або конклюдентну (тобто у вигляді фізичних волевиявляючих дій) форми зовнішнього прояву; 5) не можуть мати зворотної дії в часі.

Це акти разової дії. На відміну від нормативно-правових актів життя правозастосувальних актів вичерпується, як правило, одноразовим застосуванням, хоча породжені ними правові стани можуть продовжуватися досить довго (наприклад, факт реєстрації шлюбу та продовжувані правові шлюбно-сімейні відносини). Прикладом індивідуально-правових актів є наказ керівника підприємства (відомства) про прийом на роботу або звільнення з роботи працівника або службовця, вирок або рішення суду тощо.

Правозастосувальні акти — необхідний засіб для переведення загальнообов'язкових нормативних приписів у сферу конкретних життєвих ситуацій та стосовно конкретних осіб. Наприклад, закріплене в ст. 42 Конституції України право на підприємницьку діяльність перетворюється у конкретне право, переходить із потенційного права у реальне тільки в результаті прийняття індивідуального (правозастосувального) акта-рішення відповідного органу державної адміністрації про реєстрацію (відкриття) певного підприємства.

Виконання індивідуально-правових приписів обов'язково повинно виконуватися тими особами, яким вони адресовані. Саме це виконання гарантується державою.

Правозастосувальні акти різноманітні за суб'єктами, що їх приймають, за характером вирішуваних юридичних справ та інших обставин, але в основному їм усім властива чотириелементна *структура*:

1) вступна частина (назва документа та найменування суб'єкта (органу), що його прийняв, предмет справи, термін прийняття та ін.).

2) констатуюча (описова) частина (виклад суті справи);

3) мотивувальна частина (аналіз доказів, їх оцінка, юридична класифікація та її обґрунтування);

4) резолютивна частина (висновки правозастосувального суб'єкта (органу) щодо справи, що вирішується).

Класичним прикладом описання структури акта є вирок або рішення суду. Для окремих правозастосувальних актів характерна спрощена процедура їх прийняття та структура.

Правозастосувальні акти поділяються на *види*:

- 1) за суб'єктами прийняття — акти глави держави (президента); акти органів державної влади, суду, контрольно-наглядових органів тощо;
- 2) за галузевою приналежністю застосувальної норми — цивільно-правові, адміністративно-правові, кримінально-правові та ін.;
- 3) за формою — постанови, укази, розпорядження, рішення, накази, ухвали, протести, подання, висновки тощо;
- 4) за функціональним призначенням у механізмі правового регулювання — регулятивні й охоронні;
- 5) за формою зовнішнього виразу — усні, конклюдентні та письмові.

Таким чином, акти застосування норм права є важливим засобом реалізації приписів правових норм.

§ 5. ПРОГАЛИНИ У ПРАВІ. АНАЛОГІЯ ЗАКОНУ Й АНАЛОГІЯ ПРАВА

Жодне законодавство не може врахувати всю різноманітність суспільних відносин, які вимагають правового регулювання. Тому на практиці правозастосувальної діяльності виникають ситуації, коли необхідно вирішувати конкретні справи, а правової норми, яка б регулювала ці конкретні відносини, немає. Тобто має місце прогалина у праві.

Прогалини у праві — це випадки відсутності правових норм, необхідних для регулювання суспільних відносин (вирішення конкретної життєвої ситуації) або неповнота правових моделей.

Необхідно підкреслити, що прогалини у праві — це поняття, в основі якого лежить неповнота юридичної бази використання права. Випадки повного неврегулювання тих чи інших відносин також можна умовно назвати прогалиною у праві.

Коло суспільних відносин, які утворюють сферу правового регулювання, встановлюється законодавцем двома шляхами.

По-перше, кожна юридична норма регулює окремий вид суспільних відносин, ознаки якого описані в її гіпотезі. Таким чином, кожна норма має свою «ділянку» в загальній сфері правового регулювання. Сукупність подібних «ділянок», якщо мати на увазі всі без винятку норми будь-якої галузі, й складають загальну сферу правового регулювання цієї чи іншої галузі.

По-друге, коло відносин, що визнаються правовими, законодавець закріплює за галузями права за допомогою спеціалізованих норм. Такі норми призначені для встановлення кола відносин, яке входить у сферу правового регулювання. Так, ст. 2 ЦК України має заголовок «Відносини, що регулюються Цивільним кодексом України». В Кодексі про шлюб та сім'ю України записано: «Цей Кодекс встановлює порядок і умови одруження, регулює особисті і майнові відносини, які виникають в сім'ї між подружжям, між батьками

і дітьми, між іншими членами сім'ї; відносини, які виникають у зв'язку з усиновленням, опікою та піклуванням, прийняттям дітей на виховання; порядок і умови припинення шлюбу, порядок реєстрації актів громадянського стану». Аналогічним способом фіксується коло правових відносин і в інших галузях права.

Разом із тим для правозастосовувача недостатньо визначити правовий характер випадку, що розглядається. Йому необхідно знати, які його правові наслідки. Цю інформацію він може отримати лише з конкретних норм, у диспозиціях яких сформульовані в загальному вигляді права й обов'язки сторін. Якщо таких норм немає, то ми знову знаходимо прогалину в законодавстві.

Наявність прогалин у праві небажана, вона свідчить про відповідні недоліки правової системи. Проте вони об'єктивно можливі, а в деяких випадках неминучі. Прогалини у праві виникають із таких причин:

- 1) в силу того, що законодавець не зміг охопити формулюванням нормативного акта всіх життєвих ситуацій, які вимагають правового регулювання;
- 2) внаслідок недоліків юридичної техніки;
- 3) внаслідок постійного розвитку суспільних відносин.

Основним способом подолання прогалин у праві є прийняття відповідним уповноваженим органом норми, якої немає, або групи норм права. Проте швидке подолання таким способом прогалин не завжди можливе, оскільки це пов'язано з процесом нормотворчості. Однак органи, які застосовують норми права, не можуть відмовитися від вирішення конкретної справи з причини неповноти законодавства. Для того, щоб уникнути цього, можна застосувати аналогію закону й аналогію права.

В літературі існує дві позиції стосовно питання, хто має право застосовувати аналогію. Одні стверджують, що тільки суд, а інші — що й інші державні органи. В першу чергу це залежить від того, як це питання вирішується законодавством. У постанові Пленуму

Верховного Суду України «Про судові рішення» від 29 грудня 1971 р., № II зі змінами, внесеними постановами Пленуму від 24 квітня 1981 р., № 4 та від 25 грудня 1992 р., № 13 вказується, що рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільно-процесуального законодавства і всебічно перевіривши обставини, вирішив справу відповідно до норм матеріального права, що підлягають застосуванню щодо цих правовідносин, а за їх відсутності — на підставі закону, що регулює подібні відносини, або виходячи із загальних засад і змісту законодавства України¹. Це означає, що суд може застосовувати аналогію закону і права. Усунення прогалин у праві шляхом аналогії є казуальним і не є правовим прецедентом.

Аналогія закону — вирішення конкретної справи на основі норми права, яка розрахована на регулювання подібних суспільних відносин, близьких за значенням і характером. Використання аналогії закону передбачає застосування окремої, конкретної норми нормативно-правового акта. В цьому випадку не можна ототожнювати аналогію закону і застосування нормативного акта, оскільки нормативний акт поєднує багато норм права. Ці норми можуть мати різний зміст, регулювати різні правовідносини і виключати аналогію. З таких же причин неможливе застосування за аналогією закону цілого комплексу норм, що входять у правовий інститут.

Особливим варіантом застосування за аналогією є субсидіарне застосування права. Це застосування правових норм одного інституту або галузей права до відносин, що регулюються іншим інститутом або іншою галуззю. Вони здебільшого передбачені законом.

Є випадки субсидіарного застосування, які законом не передбачені. Вони засновані на системності права, обумовлені розподілом його на галузі, підгалузі та інститути, зв'язках між ними. Наприклад, сімейне право раніше було підгалуззю цивільного права. Теоретичною основою субсидіарного застосування є система суспільних відносин, заснована на зв'язку між ними. Необхідність такого застосування виникає тоді, коли для тієї чи іншої норми права з'являється додатковий об'єкт (предмет) регулювання.

Отже, субсидіарне застосування — це аналогія закону, але вже більш високого рівня.

Аналогія права — *вирішення конкретної справи за наявності прогалини у законодавстві і відсутності аналогічної правової норми, виходячи із принципів права в цілому або принципів галузі чи інституту цієї галузі права.*

Мова перш за все йде про такі принципи права, як справедливість, гуманізм, рівність перед законом та ін. Подібні принципи закріплюються в Конституції України та інших законах.

Аналогія закону і аналогія права — виняткові засоби у праві, вони вимагають дотримання низки відповідних умов, які забезпечують правильне їх застосування. Тому для того, щоб використовувати аналогію права, необхідно:

по-перше, встановити, що конкретна життєва ситуація має юридичний характер і вимагає правового вирішення;

по-друге, переконатися, що у законодавстві відсутня конкретна правова норма, покликана регулювати подібні випадки;

по-третє, відшукати в законодавстві норму, що регулює подібний випадок, і на її основі вирішити справу (аналогія закону), а при відсутності такої спертися на загальний принцип права і на його основі вирішити справу (аналогія права);

по-четверте, в рішенні щодо справи дати мотивоване пояснення причин застосування до конкретного випадку аналогії закону чи аналогії права. Властиво, цим забезпечується можливість перевірки правильності вирішення справи.

Таким чином, застосування права за аналогією — це не самовільне вирішення справи. Прийняття рішення здійснюється відповідно до державної волі, яка виражена у правовій системі в цілому або в окремих нормах права, що регулюють подібні відносини. Шляхом аналогії правозастосовний орган прогалину в праві не усуває, а лише переборює. Прогалина може бути усунена тільки компетентним нормотворчим органом.

Інститут аналогії має обмежене застосування у праві. Застосування аналогії недопустиме в кримінальному та адміністративному праві, оскільки діє непорушний принцип — «немає

правопорушення без вказівки на це в законі», що служить гарантією захисту особи. В інших галузях права аналогія допускається, а в таких, як цивільне й цивільно-процесуальне право, вона прямо передбачена.