

**ВИКОРИСТАННЯ АНАЛОГІЙ У ПРАВОЗАСТОСУВАННІ:
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ**

Стаття присвячена дослідженню використання юридичних аналогій. Аналізуються чинники, що обумовлюють використання означеного прийому правозастосування та методику розробки правової позиції з питань припустимості вирішення конкретної справи за аналогією закону або аналогією права.

Ключові слова: юридичні аналогії, аналогія права, аналогія закону, прогалини в праві, подолання прогалин у праві.

Статья посвящена исследованию использования юридических аналогий. Анализируются факторы, обуславливающие использование указанного приема правоприменения и методику разработки правовой позиции по вопросам допустимости решения конкретного дела по аналогии закона или аналогии права.

Ключевые слова: юридические аналогии, аналогия права, аналогия закона, пробелы в праве, пути преодоления пробелов в праве.

The article investigates of use of legal analogies. The author analyzes factors that contribute to the use of this method of enforcement and methodology for same developing a legal position on the permissibility of using analogy of law in dealing with some cases.

Key words: legal analogy, analogy of the law, gap in law, ways to overcome gaps in the law.

Вступ. В умовах неповноти нормативного матеріалу юридичні аналогії майже одноставно визнаються найбільш ефективним підходом до з'ясування змісту правовідносин. Однак хоча спостерігається достатня кількість наукових досліджень, присвячених аналогії закону та аналогії права, але існує тенденція до уникнення застосування цього прийому в судовій, договірній та управлінській практиці.

Стан дослідження. Проблема прогалин у праві завжди викликала безсумнівний теоретичний і практичний інтерес. Свого часу ще Платон і Аристотель звертали увагу на те, що відносно стабільний закон не може ідеально відповідати завжди динамічному суспільному життю [1, с. 50; 2, с. 186]. У працях зарубіжних авторів, а також у творчості відомих теоретиків держави і права дореволюційного та радянського періодів досліджувалися генезис і сутність прогалин у законодавстві, а також методологія і конкретні способи їх подолання. Слід згадати роботи С.С. Алексєєва, О.Л. Боровіковського, С.І. Вільнянського, А.М. Гуляєва, С.Є. Десницького, В.К. Забігайло, А.В. Завадського, З. Зимбінського, В.М. Карташова, Б.А. Кістяковського, О.В. Колотової, В.В. Лазарева, М.Н. Марченко, С.А. Муромцева, П.Є. Недбайло, Дж. Новацького, І.Б. Новіцького, В.С. Панова, Л.І. Петражицького, А.С. Піголкіна, І.А. Покровського, І. Сабо, Є. Смоктунович, А.Ф. Черданцева, Г.Ф. Шершеневича, С.В. Шмалені,

Метою статті є розкриття окремих чинників, що обумовлюють використання юридичної аналогії як прийому правозастосування, та методики розробки правової позиції з питань припустимості вирішення конкретної справи за аналогією закону або аналогією права.

Виклад основного матеріалу. Юридична аналогія являє собою прийом правозастосування, що полягає в установленні волі законодавця стосовно неврегульованих або недостатньо врегульованих правовідносин на підставі змісту норм і принципів права, що регулюють найбільш близькі за юридичною природою відносини [3, с. 324].

© ЗЕЛЕНКО І.П. – кандидат юридичних наук, доцент завідувач кафедри фундаментальних та приватно-правових дисциплін (ПВНЗ «Кропивницький інститут державного та муніципального управління»)

Історія застосування юридичних аналогій є край бурхливою і суперечливою. Конкретизувати момент виникнення цього прийому уявляється неможливим, оскільки, очевидно, навіть утворення первісних джерел права є результатом усвідомлення необхідності єдиного підходу до регулювання суспільних відносин, східних за змістом. Необхідно відзначити істотну роль аналогій у діяльності преторів республіканського періоду розвитку римської державної і правової системи. Папініан навіть стверджував, що основним завданням інституту преторів, власне, і було застосування аналогій [4, с. 45]. Після прийняття закону про цитування, який фактично приписував судам керуватися доктриною, уникаючи самостійного розв'язання колізій і заповнення законодавчих прогалин, аналогія втратила свої позиції. Чимала кількість авторів [5, с. 58] пов'язують занепад римської правової думки саме із цим обмеженням у реалізації творчого потенціалу юристів-практиків. Поширення в ранньому середньовіччі звичасвого права також звужувало простір для використання аналогій, але, незважаючи на це, вони залишалися актуальним інструментом правозастосування, про що свідчить хоча б той факт, що терміни «*analogia legis*» та «*analogia juris*» вперше з'явилися саме у творах середньовічних коментаторів римського права [6, с. 35].

Правові системи окремих держав періоду абсолютизму містять пряму заборону на застосування аналогій, що було пов'язано з побоюванням надмірної незалежності судів [7, с. 192]. Парадоксально, але в епоху Просвіти юридичні аналогії також отримали негативну оцінку, оскільки, за думкою авторів перших концепцій розподілу влади, вони могли сприяти узурпації суддями законодавчої влади [8, с. 69]. Однак практика реалізації буржуазного парламентаризму як форми правління і політичного режиму довела необґрунтованість подібних очікувань і необхідність звільнення законодавця від повсякденного залатування прогалин. У Кодексі Наполеона було закріплено правило щодо неможливості відмови в судовому захисті з підстав неповноти законодавства [9, с. 280].

У Росії проблема детально розглядалася в працях Г.Ф. Шершеневича, який вважав юридичні аналогії одним із джерел права і навіть обґрунтовував ієрархію «закон – звичай – аналогія» [10, с. 87–101]. Революція вивела аналогію права як інструмент правозастосування на провідну роль, оскільки правова система Російської імперії була практично повністю ліквідована і, крім того, суспільні відносини оновилися настільки, що ані досвід законодавця, ані традиційний уклад, що відобразився у звичасвому праві, не дозволяли достатньо оперативно створити адекватну систему позитивних правових норм. Виникла навіть точка зору про неприпустимість закріплення аналогії закону, оскільки це обмежить сферу застосування аналогії права і призведе до виникнення шкідливих формальних перешкод для реалізації революційної правосвідомості суддів [11, с. 120]. Однак історія влаштувала юридичним аналогіям ще одну пастку, перетворивши їх в один з інструментів здійснення нацистської расової політики. Це стало причиною засудження юридичних аналогій міжнародною спільнотою і призвело до суттєвого звуження сфери застосування аналогій в країнах континентальної правової системи [12, с. 16]. Із часом перевагу отримала зважена точка зору щодо неприпустимості застосування аналогії у випадках, коли це призводить до розширення переліку підстав притягнення до кримінальної, адміністративної або іншої публічно-правової відповідальності [13, с. 160].

Метою застосування юридичних аналогій є оперативне заповнення прогалин правозастосувальними, в першу чергу, судовими органами. Надання швидкого і ефективного судового захисту будь-якому охоронюваному законом інтересу має пріоритет перед прагненням до повного охопту правовим регулюванням всіх суттєвих для суспільства відносин. Крім того, помилки припущенні в судовій практиці, значно легше виправляються, ніж помилки законодавця, а навіть якщо і не виправляються, то мають значно менші негативні наслідки. Важливо відзначити, що мова не йде про судову правотворчість – аналогія є лише особливим способом застосування вже існуючих норм і принципів для розгляду і вирішення конкретної, одиначної справи. У випадку, якщо практика застосування аналогії набуває масового і усталеного характеру, це, як правило, викликає реакцію з боку законодавця у вигляді нормативного закріплення такої практики, тобто остаточної ліквідації прогалини. Однак цілком можливими є випадки, коли застосування аналогії залишається одиначним випадком або внаслідок унікальності спірних правовідносин, або через несприйняття подібної інтерпретації законодавства з боку юридичної спільноти.

Аналогія є край складним у застосуванні прийомом. Так, окремі автори [14, с. 68–75] наполягають на тому, що рекомендації щодо застосування аналогій мають виходити від вищих судових інстанцій. У цілому на практиці існує тенденція уникати аналогій, а у випадку їх застосування – маскувати цей факт, оскільки будь-яка аналогія є спірною.

Разом із тим потенційна сфера застосування юридичних аналогій є достатньо широкою. Поступово факт принципової неможливості повного врегулювання всіх найбільш важливих відносин усвідомлюється практиками, що призводить до розвитку навичок пошуку внутрішньогалузевих і міжгалузевих аналогій, а також до поглиблення розуміння значущості правових принципів.

Так, класичним прикладом застосування аналогії права є ухвали судової колегії у цивільних справах Верховного Суду СРСР у справах Марцинюка (1940 р.) та Бичкової-Гончаренко (1949 р.). Зазначені особи брали участь у гасінні пожежі, щоб врятувати державне майно, і звернулись до суду з позовом про відшкодування шкоди, в задоволенні якої їм було відмовлено. ЦК УРСР 1923 р. та ЦК РРФСР 1922 р. не містили норм, які регулювали б пов'язані з наведеними випадками та подібні відносини. Верховний Суд СРСР зазначив, що відсутність у ЦК норм, які регулювали б такі відносини, не може бути підставою для відмови у позові. Тож суд мав виходити із засад, передбачених Конституцією СРСР 1936 р., зокрема з її ст. 131, яка зобов'язувала усіх громадян берегти та зміцнювати соціалістичну власність, і відповідно до, політики радянської держави (ст. 4 ЦПК РРФСР 1922 р. та ст. 6 ЦПК УРСР 1923 р.) за аналогією права прийняти рішення про відшкодування шкоди [15, с. 41; 16, с. 27].

Слід відзначити, що новизна галузевого нормативного матеріалу зовсім не гарантує відсутності в ньому прогалин, що може бути проілюстровано суперечливою судовою практикою з питання правового режиму нерухомості, що набувається подружжям в порядку іпотечного кредитування. Права, що виникають за іпотечним договором на таку нерухомість, яка ще не перейшла у власність подружжя, але знаходиться в їх володінні і користуванні та, безперечно, поглинула значну частину набутих у шлюбі сімейних коштів, є об'єктом спільної сумісної власності подружжя, чи належать лише контрагенту за іпотечним договором? Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» від 21.12.2007 п. 23 [17] передбачає можливість розподілу між подружжям майна та грошових сум, належних подружжю за іншими зобов'язальними правовідносинами, але, по-перше, встановлення режиму спільної сумісної власності для права вимоги грошей або майна за договірними зобов'язаннями спирається не враховує наявності деяких спеціальних норм прямо протилежного змісту (наприклад, режиму страхових платежів, які ст. 57 СК віднесені до особистої власності); по-друге, автор проекту Сімейного Кодексу України З.В. Ромовська у своєму коментарі до кодексу наполягає на неприпустимості застосування режиму спільної сумісної власності до зобов'язальних відносин [18, с. 125], і до неї, як до автора коментованої норми, варто прислухатися; нарешті, по-третє, якої б точки зору із цього питання ми не дотримувалися, вона в будь-якому випадку побудована на аналогії закону, а не на безпосередньому законодавчому врегулюванні. Не маючи на меті детальний аналіз згаданої проблеми, яка заслуговує розгляду в окремій статті, відзначимо, що найбільш обґрунтовано уявляється аналогія із ч. 3 ст. 61 СК України, згідно з якою «якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, вигреш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя». Цілком можливим здається поширення зазначеного режиму не тільки на гроші та майно, але й на майнові права.

Проблема методики застосування юридичних аналогій є недостатньо розробленою у фаховій літературі, хоча окремі автори досить детально розглядали питання достовірної констатації прогалини у праві [13, с. 40] і питання законності застосування аналогії [19, с. 55]. Запропонований підхід до формулювання правової позиції стосовно можливості застосування юридичної аналогії по конкретній справі значною мірою побудований на висновках згаданих вище науковців, а також на власному досвіді навчально-ігрового моделювання прогалин у праві та їх наслідків. Загальний алгоритм дій у ситуації неврегульованості спірних правовідносин представлений нижче.

1. Виявляються суттєві ознаки спірних правовідносин.
2. Шляхом пошуково-дослідної роботи встановлюється відсутність норми, що регулює розглядувані правовідносини.
3. Поступово відкидаючи ознаки, починаючи з найменш суттєвих, відшукуються найближчі за юридичною природою правовідносини, що урегульовані законодавством.
4. Аналізується питання, чи не суперечить диспозиція норми, яка регулює найближчі за юридичною природою правовідносини, сутності спірних правовідносин із розглядуваної справи.
5. У випадку відсутності протиріччя застосовується аналогія закону, в протилежному випадку – здійснюється перехід до аналізу можливості застосування аналогії права.
6. Встановлюються способи та прийоми правового впливу, характерні для інститутів, регламентуючих відносини, подібні до спірних.

7. Обираються найбільш адекватні із зазначених способів та прийомів, при цьому враховується можливість того, що констатація відсутності правових підстав для застосування будь-яких засобів захисту права або охоронюваного законом інтересу також є одним із варіантів припустимого рішення.

Висновки. Таким чином, можна зробити висновки, що використання юридичних аналогій пов'язано з невідповідністю нормативного матеріалу життєвим реаліям, що можна побачити в будь-якій правовій системі. У багатьох випадках аналогія права та аналогія закону виступає єдиним можливим засобом подолання прогалін у праві. Але одночасно ці юридичні інструменти нездатні вирішити всі проблеми оновлення правової системи. Активізація застосування аналогії права та аналогії закону демонструє швидкість реагування національної юриспруденції на зміни, що відбуваються в суспільстві, а відмова від них у вирішенні неврегульованих законодавством питань свідчить про недостатній рівень професійної правосвідомості.

Список використаних джерел:

1. Аристотель Риторика. Поэтика / Аристотель; пер. с древнегреч. О.П. Цыбенко, В.Г. Апелерот. М.: Лабиринт, 2000. 224 с.
2. Платон. Законы: Пер. с древнегреч. / Платон; Общ. ред. А.Ф. Лосева. М.: Мысль, 1999. 832 с.
3. Карташов В.Н. Теория правовой системы общества: учебное пособие. В 2 т. Т. I. Ярославль: Издательство ЯрГУ, 2005. 547 с.
4. Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. М.: «Спарк», 1996. 456 с.
5. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Юр. лит., 1959. 136 с.
6. Підпригора О.А. Основи римського приватного права: підручник. К.: Вища школа, 1995. 267 с.
7. Тарановский В.Ф. Энциклопедия права. СПб.: «Лань», 2000. 560 с.
8. Монтескье Ш.Л. О духе законов / Сост., пер. и коммент. А.В. Матешук. М.: Мысль, 1999. 672 с.
9. Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. Учебник для вузов. М.: «Норма», 2003. 390 с.
10. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. В 2-х т. Т. I. М.: «Статут», 2003. 480 с.
11. Новицкий И.Б. Римское право. М.: Юристъ, 1995. 456 с.
12. Шиндяпина Е.Д. Аналогия права в правоприменении: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 2007. 22 с.
13. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения / В.В. Лазарев. М.: «Юридическая литература», 1974. 184 с.
14. Рахунов Р.Д. Аналогия в советском уголовном процес се. Правоведение. № 2. 1971. С. 68–75.
15. Советская юстиция. № 22. 1940. С. 41.
16. Судебная практика Верховного Суда СССР. № 10. 1949. С. 27.
17. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11. URL: zakon.rada.gov.ua/go/v0011700-07.
18. Ромовська З.В. Сімейний Кодекс України: Науково-практичний коментар. К.: «Ін Юре», 2003. 532 с.
19. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права. Советское государство и право. № 3. 1970. С. 49–57.