

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Jellinek, Georg. Gesetz und Verordnung. – Frankfurt am Main. Adamant Media Corporation, 2005. – 417 p.
2. Коркунов Н.М. Указ и закон: исследование. – СПб. : Типография М.М. Стасюлевича, 1894. – 408 с.
3. Алексеев А.А. Министерская власть в конституционном государстве. Ее основы, роль и современное положение. – Х. : «Типография и Литография М. Зильберберг и С-вья», 1910. – 306 с.
4. Денисов А.И. Теория государства и права : учебное пособие. – М., 1948. – 532 с.
5. Правотворчество в СССР / Под ред. А.В. Мицкевича. – М. : Юрид. лит., 1974. – 320 с.
6. Марченко М.Н. Теория государства и права : учебник / М.Н. Марченко. – М. : Юрид. лит., 2004. – 630 с.
7. Авер'янов В.Б. Правовой статус Кабінету Міністрів України : конституційні засади / Щорічник наукових праць «Правова держава», інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України. – Вип. 8. – К., 1997. – с. 29–37.
8. Шаповал В.М. Конституційне право зарубіжних країн : підручник. – К. : АртЕк, Вища шк., 1997. – С. 216.
9. Васильев А.В. Разделение властей: теоретические аспекты и современная практика // Право и государство: теория и практика. 2006. № 7. – С. 5.
10. Конституція Фінляндії від 11 червня 1999 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>.
11. Конституція Греції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>.

УДК 340.132.666

**МЕТОДИКА ТА СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ
ВИКОРИСТАННЯ АНАЛОГІЙ**

METHOD AND SOCIAL AND LEGAL PRECONDITIONS USING ANALOGIES

Зеленко І.П.,
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правознавства
Кіровоградського інституту державного
та муніципального управління
Класичного приватного університету*

Стаття присвячена дослідженню методики та соціально-правових передумов використання юридичних аналогій. Автор розглядає окремі чинники, що обумовлюють використання вказаного 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 у праві, подолання прогалин у праві.

Статья посвящена исследованию социально-правовых предпосылок и методики использования юридических аналогий. Автор рассматривает отдельные 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 the social and legal conditions and methods of use of legal analogies. The author examines some factors that contribute to the use of this method enforcement and methodology for developing a legal position on the admissibility decision of a particular case similar law.

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

Постановка проблеми. Юридичні аналогії у теоретичних працях, присвячених шляхам подолання прогалин у праві, майже одноставно визнаються найбільш ефективним підходом до з'ясування змісту правовідносин в умовах неповноти нормативного матеріалу. Спостерігається як явний дефіцит наукових досліджень, присвячених аналогії закону та аналогії права, так і відверта тенденція до уникнення застосування цього прийому у судовій, договірній та управлінській практиці. Ілюстраціями подібних побоювань можуть служити, наприклад, широке застосування аргументу щодо не врегульованості окремих аспектів відносин по проходженню служби в зброй-

них силах та правоохоронних органах під час розгляду адміністративних позовів щодо порушення трудових прав службовців вказаних категорій. При цьому суди відмовляють у задоволенні позовів про відшкодування моральної шкоди, виплату вихідної допомоги, навіть застосовують інколи позовну давність до спорів про стягнення грошового утримання, посилаючись на відсутність спеціального законодавства, що передбачає захист відповідних прав військовослужбовців. Безумовно, можна сподіватися на правотворчу діяльність парламенту і виконавчої влади, яка рано чи пізно заповнить згадану вище лаку, але очевидним є і те, що відмова в реалізації і захис-

ті об'єктивно існуючих законних інтересів з підстав неповноти законодавства є ознакою більш серйозних недоліків правової системи, аніж звичайна недосконалість нормативного матеріалу.

Стан дослідження. Проблема прогалін у праві завжди викликала 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. 50-51; 2, с. 186]. В працях зарубіжних авторів, а також у творчості відомих теоретиків держави і права дореволюційного та радянського періодів досліджувалися генезис і сутність прогалін у законодавстві, а також методологія і конкретні способи їх подолання. Слід згадати роботи таких вчених: С. Алексєєва, О. Боровіковського, С. Вільнянського, А. Гуляєва, С. Десницького, В. Забігайло, А. Завадського, З. Зимбінського, В. Карташова, Б. Кістяковського, О. Колотової, В. Лазарева, М. Марченко, С. Муромцева, П. Недбайло, Дж. Новацького, І. Новіцького, В. Панова, Л. Петражицько, А. Піголкина, І. Покровського, І. Сабо, Є. Смоктунович, А. Черданцева, Г. Шершеневича, С. Шмалені, а також представників галузевих юридичних наук: В. Білоносова, М. Брагінського, І. Брауде, В. Вітрианського, А. Горожаніна, М. Гродзинського, О. Дубровіна, М. Строговича, П. Елькінд та інших.

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. 324-325].

Історія застосування юридичних аналогій є вкрай 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, схожих за змістом. Необхідно відзначити істотну роль аналогій в діяльності преторів республіканського періоду розвитку римської державної і правової системи. Папініан навіть стверджував, що основним завданням інституту преторів і було застосування аналогій [4, с. 45-46]. Після прийняття закону про цитування, який приписував судам керуватися доктриною, уникаючи самостійного розв'язання колізій і заповнення законодавчих прогалін, 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 у ранньому середньовіччі звичаєвого права також звужувало простір для використання аналогій, але, незважаю-

чи 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 в творах середньовічних коментаторів римського права [6, с. 35].

Правові системи окремих держав періоду абсолютизму містять пряму заборону на застосування аналогій, що було пов'язано із побоюванням надмірної незалежності судів [7, с. 192-193]. Парадоксально, але у епоху Просвіти юридичні аналогії також отримали негативну оцінку, оскільки, на думку 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 залаткування прогалін. В Кодексі Наполеона було закріплено правило щодо неможливості відмови у судовому захисті з підстав неповноти законодавства [9, с. 280].

В Росії проблема детально розглядалася в працях Г.Ф. Шершеневича, який вважав юридичні аналогії одним з джерел права, 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, крім того, суспільні відносини оновилися настільки, що ані досвід законодавця, ані традиційний уклад, що відобразився у звичаєвому 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]. З 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. 160-161].

Метою застосування юридичних аналогій є оперативне заповнення прогалін правозастосувальними, в першу чергу, судовими органами. Надання швидкого і ефективного судового захисту будь-якому охоронюваному законом інтересу має пріоритет перед прагненням до повного охоплення правовим регулюванням всіх суттєвих для суспільства відносин. Крім того, помилки припущенні у 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 одиничної 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 одиничним випадком або внаслідок унікальності спірних правовідносин, або через несприйняття подібної інтерпретації законодавства з боку юридичної спільноти.

Аналогія є вкрай складним у застосуванні прийомом. Так, окремі автори [14, с. 68-75] наполягають на тому, що рекомендації щодо застосування аналогії мають виходити від вищих судових інстанцій. 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 Марцінюка (1940 р.) та Бичкової-Гончаренко (1949 р.). Зазначені особи брали участь у гасінні пожежі, щоб врятувати державне майно. Вони звернулись до суду з позовом про відшкодування шкоди, у 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, та 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. 41-42; 16, с. 27-28].

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 у 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 Верхо-

вого 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 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. 125-126]. До неї як до автора коментованої норми варто прислухатися; по-третє, якої б точки зору з цього питання ми не дотримувались, вона 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 з 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, виграш, 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 в фаховій літературі, хоча окремі автори досить детально розглядали питання достовірної констатації прогалини у праві [13, с. 40-41] і питання законності застосування аналогії [19, с. 55-56]. 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 може бути наступним:

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 по розглядуваній справі.
5. У випадку відсутності протиріччя застосовується аналогія закону, у 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 з 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 з варіантів припустимого рішення.

Висновки. Підсумовуючи результати проведеного дослідження юридичних аналогій, відзначимо, що їх використання є об'єктивним наслідком

неминучого відставання нормативного матеріалу від життєвих реалій, що притаманне будь-якій правовій системі. Виступаючи природним в багатьох випадках та єдиним можливим засобом подолання прогалів у праві, аналогія закону і аналогія права не можуть водночас вирішити всі проблеми модернізації правової системи, але рішучість у застосуванні цих інструментів свідчить про динамізм національної юриспруденції, здатність її до адаптації у складних умовах бурхливих соціальних перетворень, у той час як прагнення до відмови від вирішення неврегульованих законодавством питань свідчить про певний консерватизм професійної правосвідомості.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Аристотель Риторика. Поэтика / Аристотель ; пер. с древнегреч. О.П. Цыбенко, В.Г. Аппельрот. – М. : Лабиринт, 2000. – 224 с.
2. Платон. Законы : пер. с древнегреч. / Платон ; Общ. ред. А.Ф. Loseva. – М. : Мысль, 1999. – 832 с.
3. Карташов В.Н. Теория правовой системы общества : учебное пособие. В 2 т. Т. I. / В.Н. Карташов – Ярославль : Издательство ЯРГУ, 2005. – 547 с.
4. Хвостов В.М. Система римского права. Учебник / В.М. Хвостов. – М. : «Спарк», 1996. – 456 с.
5. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права / И.Б. Новицкий. – М. : Юр. лит., 1959. – 136 с.
6. Підпригора О.А. Основи римського приватного права: підручник / О.А. Підпригора. – К. : Вища школа, 1995. – 267 с.
7. Тарановский В.Ф. Энциклопедия права / В.Ф. тарановский. – 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 / В.Г. Графский. – М. : «Норма» 2003. – 390 с.
10. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. В 2-х т. Т. I. / Г.Ф. Шершеневич. – М. : «Статут», 2003. – 480 с.
11. Новицкий И.Б. Римское право / И.Б. Новицкий. – М. : Юрист, 1995. – 456 с.
12. Шиндяпина Е.Д. Аналогия права в правоприменении : автореф. дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.01 / Е.Д. Шиндяпина. – 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 процессе / Р.Д. Рахунов // Правоведение. – № 2. – 1971. – С. 68–75.
15. Советская юстиция. – № 22. – 1940. – С. 41–42.
16. Судебная практика Верховного Суда СССР. – № 10. – 1949. – С. 27–28.
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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/v0011700-07>.
18. Ромовська З.В. Сімейний Кодекс України : науково-практичний коментар / З.В. Ромовська. – К. : «Ін Юре», 2003. – 532 с.
19. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права / А.С. Пиголкин // Советское государство и право. – № 3. – 1970. – С. 49–57.