

ДОПУСТИМІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ У ГАЛУЗЯХ ПРАВА

В статтє даєтєся анализ допустимости применения аналогии закона и аналогии права в самостоятельных отраслях права Украины. Автор проанализировал границы применения правовой аналогии в отраслях с преимущественно императивного метода правового регулирования, а также необходимость ее использования в отраслях с диспозитивным методом правового регулирования общественных отношений.

The article contains the study of use admissibility of analogy of law and legal analogy in some branches of Ukrainian jurisprudence. Author has studied bounds of use of legal analogy in branches with mainly mandatory approach in legal regulation, and necessity of its use in the branches with non-mandatory approach in the regulation of social relations.

Правова аналогія – один з найбільш поширених способів подолання прогалин у праві. Важливим аспектом дослідження застосування правової аналогії є її допустимість у різних галузях права. У вирішенні даного питання погляди сучасних правознавців не збігаються. Якщо застосування аналогії права та закону в цивільному матеріальному праві є традиційним явищем, то щодо застосування аналогії в інших галузях права з імперативним методом правового регулювання відсутня єдність поглядів науковців.

Так, можна виділити три різні точки зору вчених, які розглядають допустимість застосування правової аналогії у цивільному процесуальному праві. Одні з них виступають за існування інституту аналогії цивільного процесуального закону і права, яка, на їх думку, не суперечить інтересам законності (В.І. Авдюков, А.Т. Боннер, Е.Ш. Кемуларія, Л.Ф. Лісницька, А.А. Мельников, В.К. Пучинський)¹. Інші вважають цей інститут непотрібним, таким, що призводить до порушення жорсткої процесуальної форми та ігнорування принципу законності (М.Г. Авдюков, Н.А. Власенко, П.Я. Трубніков, Ю.Х. Калмиків)². Треті, не заперечуючи можливості існування інституту процесуальної аналогії, стверджують можливість застосування за аналогією лише цивільного процесуального закону, а не права³.

На нашу думку, пряма вказівка в статті 8 Цивільного процесуального кодексу України на можливість застосування аналогії права і закону не дає підстав для активної дискусії щодо допустимості застосування інституту аналогії в цивільному судочинстві. Проте деякі правознавці заперечують закріплення правової аналогії у процесуальному законі, з огляду на те, що формування в процесуальному законі матеріально-правової норми суперечить принципу галузевої систематизації законодавства, крім того, дана імперативна вимога законодавця суперечить охоронним нормам адміністративного і податкового законодавства, що застосовуються арбітражними судами, а кваліфікувати за аналогією права протиправне діяння як правопорушення заборонено⁴. Слід зазначити, що окремі науковці відносять аналогію до матеріально-правового інституту і пояснюють це суттю самої аналогії⁵, інші відносять аналогію до процедурно-процесуального інституту, що цілком виправдано, оскільки інститут аналогії забезпечує захист суб'єктивних прав та інтересів громадян⁶.

На нашу думку, інститут аналогії обслуговує переважно норми матеріального права, але в цивільному процесуальному праві він покликаний упорядковувати відносини, які не передбачені правом, але вимагають юридичної оцінки в процесі вирішення судових справ. Інститут аналогії вказує на порядок використання норм або принципів права у разі відсутності необхідного регулювання цивільного процесу. Відповідно до предмета правового регулювання матеріальних норм основне їх призначення – це регулювання процесу створення, розвитку та припинення суспільних відносин. Призначення процесуальних норм полягає у забезпеченні реалізації матеріальних норм у випадку виникнення різноманітних відхилень від нормального розвитку цих відносин та їх захист. Вони відіграють важливу роль у забезпеченні необхідних умов правового регулювання, реалізації прав, свобод і законних інтересів громадян. Адаже ефективність правової системи в контексті її спрямованості на забезпечення і захист прав і свобод людини і громадянина визначається реальністю та ступенем надійності механізму здійснення матеріальних норм. Таким чином, однією з основних умов виконання поставлених перед судовою владою завдань є досконалий процесуальний механізм, одним із елементів якого є методи аналогії закону і аналогії права.

Що стосується Господарського процесуального кодексу України, то він, як і Господарський кодекс України, подібного прямого дозволу на застосування судами аналогії не містить. Поряд із цим у статті 4 ГПК України забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, незрозумілості, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Така ситуація істотно ускладнює судовий розгляд господарських спорів. Проте аналіз судової практики свідчить, що аналогія подекуди фактично застосовується судами при розгляді господарських спорів, але саме поняття «аналогія» у судовому рішенні при цьому не згадується. Як приклад можна навести постанову Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 28.01.2002 р.⁷, в якій до вирішення конкретного господарського спору було застосовано п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення» від 29.12.1976 р. № 11 (з наступними змінами та доповненнями). У постанові зазначається, що рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного процесуального законодавства і всебічно перевіrivши обставини, вирішив справу відповідно до норм матеріального права, які підлягають застосуванню до даних правовідносин, а за їх відсутності – на підставі закону, що регулює подібні відносини, або виходячи із загальних засад і змісту законодавства України.

Враховуючи практичне застосування правової аналогії в господарському судочинстві та близькість цієї галузі права до цивільного та адміністративного права, які встановлюють можливість застосування аналогії права та закону, а також широке коло господарських відносин, які потребують правового регулювання, вважаємо, що застосування аналогії права та закону в господарському праві можливо за аналогією з цивільним правом. Водночас дана прогалина потребує усунення шляхом закріплення відповідної норми у Господарському та Господарському процесуальному кодексах України.

Більш дискусійним серед правознавців є питання про можливість (або неможливість) застосування аналогії в межах кримінально-процесуального права, хоча в Кримінально-процесуальному кодексі України відсутні норми, які закріплювали б правову аналогію. Так, багато з них (Н.Н. Полянський, П.С. Елькінд, М.С. Строгович, Е.Ш. Кемурларія, П.В. Пашкевич та ін.)⁸ вважають, що прогали-

ни у кримінально-процесуальному праві можуть бути подолані за допомогою аналогії закону. При цьому як аргумент наводиться думка, відповідно до якої процесуальні галузі права на відміну від матеріальних (кримінального, цивільного) стикаються із ширшим спектром життєвих ситуацій та з різноманітними їх відтінками. У зв'язку з цим при здійсненні правового регулювання неможливо врахувати особливості, які можуть виникнути в тому чи іншому випадку.

Група авторів, які не погоджуються з використанням аналогії у кримінально-процесуальному праві (Н.А. Власенко, Т.Н. Добровольська, В.І. Камінська, Ю.Д. Лівшиць, та ін.)⁹, стверджують, що жодних правових підстав говорити про можливість аналогії в кримінальному судочинстві не існує¹⁰. В якості головного аргументу на захист своєї позиції ці правознавці наводять твердження про те, що у всіх випадках, коли законодавець допускає застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі, а в кримінально-процесуальному законі такої вказівки, як відомо, немає. Наприклад, не визнаючи застосування аналогії в кримінально-процесуальному праві, Н.А. Власенко, вважає, що специфіка відносин, які регулюються процесуальним правом така, що тут повинен діяти принцип мінімальної аналогії. На думку автора, аналогія в процесуальному праві допустима лише у випадках, спеціально передбачених законом¹¹.

Це положення є дискусійним. Суспільні відносини можна врегулювати таким чином: або вказати, що заборонено, і визначити, що дозволено (дозволено все, що прямо не заборонено), або прямо вказати на ті суспільні відносини, які дозволені й тим самим визначити ті з них, які заборонені. Другий спосіб отримав назву розширеного регулювання, і саме його використав законодавець при регулюванні кримінально-процесуальних відносин. Відсутність вказівки на можливість використання аналогії не є перешкодою для її використання, оскільки з ще більшою вірогідністю можна говорити, що коли законодавець відмовився від застосування аналогії, такий його намір повинен бути ясно сформульований в законі¹². Використання принципу правового регулювання, згідно з яким заборонено все, що прямо не дозволено, не можна інтерпретувати як заборону застосування закону за аналогією. Л.Б. Алексєєва вважає, що проблема аналогії має самостійний зміст і не залежить прямо від того, який принцип правового регулювання покладений в основу: загальна заборона або загальний дозвіл¹³. За будь-якого способу регулювання можливі прогалини, і від законодавця залежить, дозволено чи заборонено їх подолання шляхом використання аналогії або усунення за допомогою видання недостатніх правових норм. Тут слід згадати про усталений принцип, який твердо укорінився в нашій правосвідомості: все, що законом не заборонено, дозволено. Таким чином, аналогія дозволена скрізь, де немає спеціальної заборони, і там, де нормотворчий орган не пов'язує настання правових наслідків з конкретним законом. Можна говорити лише про різні масштаби використання аналогії в різних галузях права¹⁴. Відсутність заборони на застосування аналогії в законодавстві слід розуміти як можливість застосування аналогії насамперед в процесуальному праві, оскільки відмова в судовому захисті за мотивом неврегульованості процедури суперечить сенсу і значенню регулятивного права в цілому і процесуальному зокрема. Як слушно зазначає В.П. Бож'єв, кримінально-процесуальний закон не встановлює, які дії визнаються злочинами, а регулює правовідносини суб'єктів, в ході провадження по справі. Тому аналогія в кримінальному процесі не розширює межі можливих репресій, відіграє позитивну роль, надаючи динамізму

кримінально-процесуальним відносинам у встановленні кримінально-правових відносин і юридичних фактів, які викликали їх виникнення¹⁵.

При цьому погляди авторів, які допускають аналогію в кримінально-процесуальному праві, розходяться у питанні застосування аналогії права і аналогії закону: одні автори допускають аналогію закону і аналогію права, але перевагу віддають аналогії закону, інші говорять лише про аналогію закону і взагалі не згадують про аналогію права; треті обґрунтовують можливість використання в кримінально-процесуальному праві аналогії закону, але заперечують використання аналогії права в межах кримінального процесу.

На думку Е.Ш. Кемуларія, на сучасному етапі розвитку законодавства про кримінальне судочинство в ньому немає таких прогалин, подолання яких потребувало б застосування найбільш складного виду аналогії – аналогії права. Автор зазначає, що ні в літературі, присвяченій проблемам аналогії, ні в судовій практиці неможливо відшукати приклади використання кримінально-процесуального права за аналогією, що свідчить про відсутність практичної потреби в цьому виді аналогії. З огляду на це він пропонує долати прогалини кримінально-процесуального права лише за допомогою аналогії закону, під якою він розуміє спосіб подолання прогалин у законі, як рішення виникаючих у справі питань на основі найбільш близької за змістом норми – це застосування норми кримінально-процесуального права до ситуацій, які нею прямо не передбачені, але які аналогічні ситуаціям, що цією нормою врегульовані¹⁶. На думку автора, правила аналогії повинні поширюватися на ті випадки прогалин у кримінально-процесуальному законодавстві, коли в законі не визначений порядок для провадження самим же законом передбаченої дії¹⁷.

Проте, на нашу думку, аналогія права і аналогія закону повинні застосовуватись у поєднанні, що спрямовано на реалізацію права, дотримання принципів правового регулювання. Адже аналогія закону не застосовується механічно, а повинна спиратися на загальні принципи, які виступають методами формування права. Як зазначає, В.М. Сирих, принцип панування права означає, що громадянське суспільство та держава в ранг загальнообов'язкових правових норм, позитивних законів зводить лише право. У демократичній, правовій державі закон має відповідати праву. Таким чином, принцип верховенства закону прямо та безпосередньо залежить від принципу панування права¹⁸. Аналогія закону можлива тоді, коли вже існує правовий механізм, закріплений в законі та належний до застосування щодо іншої ситуації. Аналогія права використовується, коли такого механізму ще немає. Але в обох випадках ми маємо справу із загальними принципами права. Аналогія вже наявних правових засобів можлива лише з урахуванням загальних принципів права, оскільки на них заснована будь-яка застосовна за аналогією норма закону. Застосовуючи аналогію закону, ми насамперед застосовуємо принципи права. Іншими словами, ми визначаємо застосований в «донорській» нормі закону загальний принцип права, зв'яємо, чи можна його застосувати в іншій ситуації, і лише після цього реалізується аналогія закону¹⁹. Таким чином, кримінальний процесуальний закон повинен бути наділений правовими способами подолання прогалин у праві, що потребує свого відображення в законодавстві.

Щодо інших галузей права, то питання про можливість подолання прогалин і застосування аналогії також вирішується неоднозначно. Наприклад, законодавчо не визначено питання застосування правової аналогії в Кодексі про адміністра-

тивні правопорушення України, Митному кодексі України, в податковому законодавстві України та ін. Дискусії, які ведуться серед спеціалістів, наприклад, з фінансового і адміністративного права з питань про допустимість аналогії в межах відповідного законодавства, аналогічні тим, що ведуться процесуалістами.

Серед поглядів правознавців цікаво виділити точку зору, яка з усієї сукупності правових норм, що регламентують вказані відносини, виділяє дві сфери, в яких подолання прогалин, у тому числі з використанням аналогії, недопустимо²⁰. В галузі податкового права до однієї такої сфери відносять норми, які регулюють встановлення і запровадження податків і зборів, тобто норми, які передбачають встановлення нових обов'язків для платників податків. Другу групу правових норм, «прогальність» яких також не вправі самостійно долати правозастосовні органи, становлять норми, які регулюють питання кваліфікації дій платників податків і податкових агентів з точки зору їх протиправності та карності. На думку деяких авторів, у вказаній сфері застосування за аналогією норм, які б регулювали аналогічні відносини, або рішення питання на основі загальних засад податкового права суперечило б не лише положенням податкового законодавства, а й загальним принципам відповідальності, випрацьованих юридичною наукою. Тому заслуговує на увагу думка А.А. Маслова: про те, що законом повинні бути конкретно визначені ознаки дій, які законодавець розглядає як правопорушення. Межа між карними і безкарними проступками повинна бути проведена чітко²¹.

Аналіз дискусій, пов'язаних з визначенням можливості застосування аналогії в галузях права, основним методом правового регулювання в яких є встановлення імперативних приписів, дає підстави зробити висновок: у таких галузях права аналогія можлива лише щодо тих правовідносин, які не передбачають встановлення прав і обов'язків суб'єктів, тобто коли ці права і обов'язки встановлені законом, але порядок їх реалізації не передбачений. Тобто в межах названих галузей права можна використовувати правову аналогію з метою подолання прогалин процесуальних, але не матеріальних.

На нашу думку, застосування аналогії закону і аналогії права для подолання прогалин правового регулювання виправдано в тих галузях права, для яких найбільш використовуваним є диспозитивний метод правового регулювання. Насамперед це цивільне право і його підгалузі (авторське, спадкове, сімейне). Щодо тих галузей права, де панівним є імперативний метод регулювання (зокрема, галузей процесуального права), а саме – де право виконує охоронні функції (які передбачають покарання за порушення встановлених правових приписів), використовувати аналогію слід обережно.

У зв'язку з цим можна висловити наступне положення про те, що слід повністю виключити спосіб подолання прогалин як правової аналогії в тих галузях законодавства, які пов'язані з встановленням відповідальності за вчинення правопорушення. Зокрема, такими є кримінальне право, адміністративне право, податкове право. Відповідно недопустимим є використання аналогії при встановленні меж відповідальності. У названих галузях права правова аналогія може бути використана лише щодо процесуальних норм, таких, які регулюють, наприклад, порядок реалізації встановлених прав і обов'язків, але не до норм матеріальних.

У літературі дискутується питання, чи слід спеціально вказувати в законі можливість застосування аналогії. Деякі автори вважають, що не потрібно, оскільки це єдиний спосіб подолання прогалин, і його необхідність логічно випливає із са-

мого позитивного права, із сутності взаємозв'язку між застосуванням права і правотворчістю. Вважаємо, що це не зовсім вірно. Не завжди і не всім зрозуміло, що за наявності прогалин у праві необхідно застосовувати аналогію. У правозастосовного органу може закласти враження, що в таких випадках слід відмовляти в рішенні справи. Не завжди зрозуміло, що слід застосовувати саме близьку норму, якщо вона є, а не загальні принципи даної галузі права. Щоб вирішення даних питань було зрозумілим, необхідно, щоб застосування аналогії права і закону спеціально були передбачені в законодавстві, а там, де вони не підлягають застосуванню, – заборонені, що буде сприяти зміцненню законності, стабільності правового регулювання. Нині використання аналогії закріплено лише у трьох нормативно-правових актах України, зокрема, у Цивільному процесуальному кодексі, Цивільному кодексі та Кодексі адміністративного судочинства України, проте нормативне врегулювання даного питання потребують й інші галузі права.

1. *Мельников А.А.* Советский гражданский процессуальный закон. – М., 1973. – С. 136; *Пучинский В.К.* О единообразии толкования и применения основ гражданского судопроизводства // Советское государство и право. – 1972. – № 4. – С. 48–49. 2. *Трубников П.Я.* Вопросы гражданского процесса в практике Верховного Суда СССР. – М., 1979. – С. 19; *Калмыков Ю.Х.* Современные тенденции развития правоприменительной практики по гражданским делам // СССР – Австрия. Проблемы гражданского и семейного права. – М., 1983. – С. 36; *Авдюков М.Г.* Принцип законности в гражданском судопроизводстве. – М., 1970. – С. 183. 3. *Бутнев В.В.* Судебная реформа и совершенствование правосудия по гражданским делам // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве. Материалы Всероссийской науч.-практ. конференции. – М., 2001. – С. 261. 4. *Щелокаева Т.А.* Правовые основания применения права по аналогии // Арбитражная практика. – М. 2007. – № 1. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kirov.arbitr.ru>. 5. *Бондар О.В.* Поняття та значення інституту кримінально-процесуальної аналогії // Прикарпатський національний університет ім. Василя Стефаника. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.intkonf.org>. 6. *Чувилев А.* Деятельное раскаяние // Российская юстиция. – 1998. – № 6. – С. 11. 7. Постанова Верховного Суду України та Вищого господарського суду України з господарських справ. – 2003. – № 1. – С. 62, 66. 8. *Элькинд П.С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. – М., 1968; *Пашкевич П.Ф.* Судебная практика и уголовный процесс // Судебная практика в советской правовой системе. – М.: Юрид. литература, 1975. 9. *Каминская В.И., Добровольская Т.Н.* Рецензия на книгу П.С. Элькиндр // Советское государство и право. – 1969. – № 1. – С. 158. 10. *Полянский Н.Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. – М., 1956. – С. 167–168. 11. *Власенко Н.А.* Об аналогии в современном процессуальном праве // Российская юстиция. – 2005. – № 7. – С. 36. 12. *Пашкевич П.Ф.* Цит. работа. – С. 226; *Элькинд П.С.* Сущность советского уголовно-процессуального права: дисс. ... докт. юрид. наук. – Л., 1963. – С. 413. 13. *Алексеева Л.Б.* Курс советского уголовного процесса // Общая часть / [под ред. А.Д. Бойкова, И.И.Карпеца]. – М.: Юрид. литер., 1989. – С. 92. 14. *Лазарев В.В.* Правоприменительные акты и их эффективность в условия развитого социалистического общества. Теоретическое исследование: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 1977. – С. 29. 15. Уголовный процесс: Учеб. для вузов / [под ред. В.П. Божьева]. – М., 1998. – С. 45. 16. *Кеммулария Э.Ш.* Проблемы применения уголовно-процессуально-

го закона по аналогії // Суд и применение закона. – М., 1982. – С. 8. **17.** Бачишвили И.М., Зоидзе В.И., Капанадзе Т.Ш. и др. Актуальные проблемы советского права. – Тбилиси, 1988. – С. 212–213. **18.** Сырых В.М. Теория государства и права: Учеб. для вузов. 5-е изд. – М., 2006. – С. 539–540. **19.** Дедов Д.И. Юридический метод: Научное эссе. – М., 2008. – С. 53–54. **20.** Маслов А.А., Шаповалов С.Ю. Взыскание налогов: разрешение спорных ситуаций, арбитражная практика / Под общей ред. С.Ю. Шаповалова. – М., 2003 – С. 14. **21.** Там же.

В. В. ТУЖИК

ДЕРЖАВНА ВИКОНАВЧА ВЛАДА В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ

В статье автор исследует правовую природу, понятие, суть и место исполнительной власти в структуре государственной власти в Украине, а также формулирует предложения, направленные на совершенствование исполнительной власти.

The author researchers legal, concept, sense and place of executive power in the structure of state power in Ukraine in the article. Also he formulates at suggestions legislative level directed on perfections of executive power.

Одним із фундаментальних принципів правової, демократичної держави є принцип єдності й поділу державної влади. Теорія поділу державної влади вперше була висунута англійським філософом Дж. Локом у праці «Два дослідження про уряд» (1689 р.). Він поділив державну владу на три незалежні гілки – законодавчу, виконавчу та федеральну. Згодом доктрина поділу державної влади була розвинута в працях французьких мислителів Ш.-Л. Монтеск'є і Ж.-Ж. Руссо. У трактаті «Про дух законів» (1748 р.) Монтеск'є вказував, що у кожній державі є три види влади: влада законодавча, влада виконавча, а також та, що відає питаннями цивільного права. Теорія поділу державної влади була висвітлена й у праці Ж.-Ж. Руссо «Про суспільний договір» (1762 р.). Праці трьох великих мислителів у сукупності становлять концепцію поділу влади в сучасній державі, яку названо класичною¹.

Теорія поділу державної влади поступово дістала втілення у законодавстві багатьох країн світу, і зокрема в Україні. Відповідно до ч.1 ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову.

Серед гілок державної влади виконавча влада посідає особливе місце. Від стану здійснення виконавчої влади залежить рівень реалізації державою більшості своїх основних функцій та завдань. У юридичній літературі питання становлення та розвитку державної виконавчої влади були висвітлені у працях таких науковців, як В.Б. Авер'янов, С.С. Алексєєв, С.В. Бобровник, В.К. Колпаков, В.М. Копейчиков, В.О. Котюк, П.М. Рабінович, В.М. Селіванов, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко та ін. Проте, незважаючи на велику кількість досліджень у цій сфері, серед науковців нема єдиних поглядів на основні концептуальні питання щодо правової природи виконавчої влади та її сутності.

© ТУЖИК Володимир Васильович – аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка