

О. В. КОЛОТОВА

ВІДМЕЖУВАННЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ ВІД СУМІЖНИХ ПРАВОВИХ ЯВИЩ

Анализируется сущность института аналогии в праве, определены условия и правила его применения. Проанализированы способы преодоления пробелов в праве – аналоги закона и аналоги права. Рассмотрены условия применения межотраслевой аналогии как подвида аналогии закона, приведены обобщения и отличительные черты межотраслевой аналогии с такими смежными правовыми явлениями, как «субсидиарное применение права» и применение «отсылочных» норм.

In this article there is analysis of cases in law enforcement which should be distinguished from the gaps in the law. These cases also provide a type of law enforcement while they are got over through other legal institutions and don't assume the adoption of analogy institution in law to them.

© КОЛОТОВА Олена Володимирівна – аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Корещького НАН України

В умовах романо-германської правової системи, де заборонена судова правотворчість і відсутній прецедент, аналогія закону і аналогія права набувають особливого значення та спрямовані на забезпечення стабільності права та його реалізації. Як зазначає А.Е. Жилінський, навіть професійна критика закону здійснюється в рамках діючого права. Можливість подолання прогалин у законі за допомогою аналогії заснована на зв'язаності законом правових дій та праці правозастосовних органів, їх обмеженні¹. Як відзнає С.С. Алексєєв, не можна безперервно змінювати право, пристосовуючи його до потреб соціального життя. Стабільність суспільного життя слід встановлювати шляхом утвердження сталості і визначеності нормативно-правової форми, задля чого законодавець може піти і на відомі втрати, пов'язані з деяким її відставанням від швидко розвинених суспільних відносин².

Дослідженню аналогії у праві у вітчизняній науковій літературі приділяли увагу такі вчені, як, С.В. Бобровник, В.К. Забігайло, П.М. Рабінович, І. Рощина, О.О. Середа, О.Ф. Скакун та ін. Серед російських правознавців даним питанням займалися В.І. Акімов, С.С. Алексєєв, С.І. Вільнянський, А.Б. Венгерів, О.С. Іоффе, В.Н. Карташов, А. Кауфман, Е.Ш. Кемуларія, П.О. Недбайло, В.В. Лазарєв, А.С. Піголкін, Ю.С. Решетов, М.Д. Шаргородський, Л.С. Явич та ін.

Аналогія у праві є досить складним інститутом правового регулювання та охоплює велику кількість специфічних питань, зумовлених нетиповістю даного правового явища щодо процесу «стандартного» правозастосування. Одним із таких проблемних моментів є відмежування аналогії закону від інших суміжних правових явищ, які поряд з правовою аналогією становлять механізм правового регулювання суспільних відносин. Тому є потреба у більш глибокому дослідженні даного питання, що визначає мету цієї статті.

Аналогія права як процедурно-процесуальна форма є комплексним інститутом та може забезпечувати як регулювання норм матеріального, так і процесуального права у випадку наявності в них прогалин. До інституту аналогії у праві входить аналогія закону і аналогія права, які забезпечують реалізацію права, стабільність права та водночас розвивають існуюче право відповідно до потреб суспільства. Аналогія права та аналогія закону є основними видами аналогії у праві, водночас вони можуть поділятися на підвиди. Так, внаслідок особливостей застосування за аналогією правових норм іншої галузі права для врегулювання випадку, не передбаченого законом, в науковій літературі виділяють міжгалузеву аналогію закону.

Щодо визначення міжгалузевої аналогії в літературі є багато неузгоджених моментів. Так, поряд з категорією «міжгалузева аналогія закону» застосовують такі категорії, як «субсидіарне застосування норм права» та застосування «відсиловних норм». Тому необхідно визначити спільні та відмінні ознаки даних правових явищ, їх місце серед способів подолання прогалин у праві. Так, ряд науковців отожднюють міжгалузеву аналогію із субсидіарним застосуванням норм права. Зокрема, на думку Г.В. Назаренко, різновидністю аналогії закону є міжгалузева аналогія, тобто субсидіарне (додаткове) застосування норм права суміжних галузей. Автор наводить приклад, коли в адміністративному праві в необхідних випадках застосовувалася норма кримінального права про неправоздатність особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння³.

С.А. Комаров вважає, що при субсидіарному застосуванні норми права доводиться встановлювати схожість не лише в суспільних відносинах, а й методах

правового регулювання, тобто подвійну схожість, отже, субсидіарне застосування – це аналогія закону, але вже вищого рівня⁴.

С.В. Поленіна підкреслює необхідність чіткого розмежування аналогії закону, яка має сферу застосування в межах тієї чи іншої галузі, і субсидіарне застосування, яке являє собою застосування норми однієї галузі до відносин суміжної галузі⁵. На її думку, субсидіарне застосування норм засновується не лише на співставленні суспільних відносин суміжних галузей, а й на співставленні методів правового регулювання. Дані галузі повинні володіти визначеною загальністю у способах, засобах і прийомах, за допомогою яких право впливає на суспільні відносини.

Проте, на нашу думку, що аналогія закону передбачає застосування як норми даної галузі права, так і норми суміжної галузі права. Тобто поняття «закон» застосовується в широкому розумінні. Розмежуванню аналогії закону, яка використовується в межах однієї галузі права, від тієї, яка потребує врегулювання суспільних відносин, за допомогою звернення до суміжних галузей права слугує міжгалузева аналогія, яка є різновидом аналогії закону. В наведених вище позиціях, правознавці фактично замінюють поняття та використовують замість «міжгалузевої аналогії закону» поняття «субсидіарне застосування права». Проте ці правові явища мають різне значення. Міжгалузева аналогія закону застосовується виключно з метою подолання прогалин у праві, в той час як субсидіарне застосування права використовується за відсутності прогалин у праві в порядку, визначеному законодавством. Як слушно зазначає В.Н. Карташов, субсидіарне застосування норм права є не стільки засобом подолання прогалин, скільки своєрідним засобом правового регулювання суспільних відносин, наявність якого зумовлена доцільністю використання існуючих юридичних засобів⁶. М. Бару вважає, що субсидіарне застосування не обмежується виключно подоланням прогалин, адже може мати місце і у випадках, коли прогалини в законодавстві немає⁷.

Субсидіарне застосування можливе лише до норм, включених в якості допоміжних в законодавчі акти про сімейні, трудові та деякі інші відносини⁸. Слід погодитися з В.Н. Карташовим у тому, що субсидіарне застосування норм є ситуація коли законодавець шляхом конкретної відсилки вказує, що до визначених відносин, які входять до предмета даної галузі або інституту, застосовуються норми інших галузей (інститутів), які регулюють схожі відносини⁹. Так, необхідність субсидіарного застосування норм права закріплюють норми, які в юридичній літературі отримали назву «бланкетних», вони містять відсилку до інших актів законодавства. Сутність бланкетної норми права полягає в тому, що на відміну від відсильної в її змісті немає прямої вказівки на застосування іншого нормативного припису даного закону, однак з її тексту виводиться необхідність звернення до іншого нормативного акту в цілому. Наприклад, сімейне право виділилося в самостійну галузь з цивільного права і знаходиться з ним в тісному зв'язку завдяки схожості регульованих суспільних відносин і методу правового регулювання. Наприклад, у Кодексі про шлюб та сім'ю закріплюється, що правозастосовчий орган повинен керуватись приписами норм цивільного права, які встановлюють строки позовної давності¹⁰. Субсидіарне застосування норм цивільного права є частим щодо регулювання господарських відносин. Наприклад, частина шоста статті 283 Господарського кодексу України встановлює, що до відносин оренди застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом.

Інші вчені вважають, що субсидіарне застосування правових норм до різноманітних відносин, як правило, закріплено в законі, але є випадки субсидіарного застосування, які прямо законом не передбачені¹¹. Проте це хибне твердження, адже за відсутності відсилки до іншого нормативного акту регулювання відносин має здійснюватися за правилами інституту аналогії у праві. Аналогічна ситуація буде тоді, якщо в результаті відсилки до іншого нормативного акту виявлено відсутність врегулювання даного випадку, а отже, прогалину в праві. Її подолання здійснюватиметься також за аналогією у праві.

Таким чином, субсидіарне застосування норм права засновується на спорідненості галузей права та визначається у законі шляхом відсилки до нормативно-правових актів інших галузей права в цілому.

Близькими до субсидіарного застосування норм права є застосування відсилочних норм. Метод відсилок входить до системи правил і прийомів, які створюють законодавчу техніку. В юридичній літературі проблема відсилочних норм не знайшла однозначного вирішення. О.С. Іюффе та Ю.К. Толстой розглядали відсилочні норми як різновид аналогії закону, одночасно підкреслюючи, що такого роду аналогія виводиться самим законодавцем¹². Отже, тут знов замінюються поняття. Слід погодитись з М.І. Брагінським і В.В. Вітрянським, на думку яких, відсилочна норма відрізняється від аналогії закону тим, що при аналогії закону схожу норму визначають сторони або суд, який розглядає спір, тоді як застосування прийому відсилочної норми визначено безпосередньо законодавцем¹³. Більшість авторів поділяє точку зору, що реалізацією норм права, в яких містяться відсилки, є так звані «відповідні застосування» (за формулою «відповідно застосовуються правила статей...»). А.Ф. Черданцев зазначив, що особливістю «відповідного застосування» є те, що в цих випадках існує аналогія, яка заснована на вже врахованій законодавцем схожості якихось відмінностей фактичних випадків¹⁴.

Слід погодитися з тими авторами, на думку яких, посилання у законі на ту чи іншу правову норму не є аналогією закону через відсутність самої прогалини у праві, тобто необхідної умови застосування аналогії. Відсилочна норма і норма, на яку посилаються, являють собою єдине правило поведінки¹⁵. Тому при відсилці до іншої норми права посилаються на застосування права за аналогією не вірно, оскільки аналогії в даному випадку немає. Дублювання тотожних за суттю норм права в різних нормативно-правових актах нерационально. В законах нерідко в інтересах законодавчої економії містяться відсилки на норми, які знаходяться в різних актах, в тому числі іншої галузі права. Норми права, які безпосередньо містять такі відсилки, в теорії права прийнято іменувати «відсилочними», тобто такими, що містять не всі елементи норми права, але є відсилка до інших статей цього акту, де наявні відсутні відомості¹⁶. Наприклад, у частині другій статті 109 Цивільного кодексу України встановлено, що до виділу застосовуються за аналогією положення частин першої, другої та четвертої статті 105 та положення статей 106 і 107 цього Кодексу.

Таким чином, ні субсидіарне застосування норм права, ні застосування «відсилочних норм» не є способом подолання прогалин, оскільки законодавець прямо або опосередковано регулює суспільні відносини та вказує спосіб їх вирішення, отже, воля законодавця виражена і прогалини відсутні. Дещо інакше вирішується справа з тими випадками, коли порядок застосування правових норм безпосередньо законодавцем не передбачений, а заснований на системності пра-

ва, обумовлений поділом його на взаємопов'язані галузі й інститути та полягає у прямій дії норм інших галузей права на суспільні відносини. Однак у даному випадку застосування норм законодавства повинно здійснюватися відповідно до правил застосування міжгалузевої аналогії норм права.

Так, основними умовами застосування аналогії у праві є : 1) суспільні відносини, до яких застосовується рішення, обов'язково має знаходитись в сфері правового впливу; 2) повна або часткова відсутність врегулювання конкретного випадку нормою права та відсутність всіх інших можливостей для його вирішення, наданих законом (наявність прогалин у праві); 3) юридична компетентність правозастосовчого органу щодо застосування аналогії у праві; 4) в будь-якому випадку застосування закону за аналогією не повинно суперечити принциповим положенням цієї галузі права. Наведені чотири умови є основоположними, наявність яких дає змогу вирішувати спірне питання за аналогією. Вони є спільними як для застосування аналогії закону, так і для застосування аналогії права. У разі наявності таких умов застосування інституту аналогії у праві здійснюється відповідно до правил застосування аналогії: 1) при аналогії закону необхідна наявність норми, яка регулює схожі суспільні відносини. При цьому схожість аналізованих обставин і обставин, передбачених діючою нормою, повинна бути встановлена в істотних, рівнозначних в правовому відношенні ознаках, розходження – в деталях, у несуттєвому; 2) норми та принципи, які застосовуються за аналогією, повинні належати до тієї ж галузі права, і лише у випадку відсутності таких можливостей звернення до норм інших галузей права; 3) використання аналогії неприпустиме, якщо конкретні законоположення пов'язують настання відомих наслідків лише із законом, тобто роблять виключення із принципу допустимості аналогії щодо визначеного роду обставин; 4) результат застосування аналогії, тобто випрацювані правозастосовчим органом правоположення, не повинні суперечити діючому законодавству та принципам права; 5) обґрунтованість застосування аналогії правозастосовному акті, тобто мотивоване пояснення причин застосування до даних суспільних відносин аналогії права або аналогії закону¹⁷; 6) аналогія права застосовується лише тоді, коли неможливо віднайти норму права, яка регулює схожі суспільні відносини.

Водночас застосування міжгалузевої аналогії має певні особливості, що зумовлює необхідність дотримання певних умов, а саме: 1) дійсну неурегульованість суспільних відносин у законі за галузевою приналежністю; 2) схожість методів регулювання із спорідненою галуззю; 3) наявність аналогічних ознак у суспільних відносинах; 4) генетичний зв'язок суміжних галузей законодавства; 5) прийняття рішення на підставі та у межах правових норм суміжних галузей законодавства, що відповідають їх цілям, принципам і загальному розумінню.

Слід врахувати, що в ряді галузей міжгалузева аналогія права допускається, а в інших випадках, незважаючи на відсутність прямої заборони в законодавстві, вона недопустима. Так, до норм трудового, сімейного, екологічного права загальні положення цивільного права в порядку міжгалузевої аналогії не можуть застосовуватися. Цивільне законодавство не може застосовуватися щодо майнових відносин, які засновані на адміністративному підпорядкуванні однієї сторони іншій, а також до податкових і бюджетних відносин, адже дані майнові відносини неоднорідні. Майнові відносини, які регулюються цивільним правом, однорідні з майновими відносинами сімейного і трудового права. До майнових земельних відносин, які виникають у зв'язку з використанням інших природних ре-

сурсів, нерозривно пов'язаних з покладеними в його основу адміністративними актами з управління державними земельним фондом, надрами, лісами, субсидіарне застосування норм цивільного права недопустиме, хоча в законодавстві й немає прямої заборони¹⁸.

Деякі норми Цивільно-процесуального кодексу України за своєю суттю не є процесуальними. Встановлені строки для звернення до суду з врахуванням наслідків їх пропуску є не процесуальними, а матеріально-правовими, які мають ту ж природу, що і строки позовної давності, а закріплені в Цивільно-процесуальному кодексі України норми про розмір державного мита і порядок його розрахунку можуть належати до податкового права. При виникненні питання про можливість застосування подібних норм за аналогією повинні насамперед враховуватися принципи, притаманні галузі права, до якої фактично належать ці норми.

Таким чином, субсидіарне застосування норм та застосування відсилочних норм права слід відрізнити від міжгалузевої аналогії права за наступними рисами: 1) субсидіарне застосування та відсилочні норми у ряді випадків можуть мати не тимчасовий характер, як різновид аналогії закону (міжгалузевої аналогії), а стабільний, безпосередньо встановлений законодавцем з метою досягнення єдності в правовому регулюванні суспільних відносин, у той час як застосування міжгалузевої аналогії має індивідуально визначений, одиничний випадок; 2) субсидіарне застосування норм та застосування відсилочних норм здійснюється безпосередньо з волі законодавця, який у відповідній правовій нормі вводить спеціальні відсилки до інших норм або нормативно-правових актів у цілому, що регулюють схожі відносини. В даному випадку передбачається, що законодавець свідомо відмовився від дублювання ідентичних норм у різних галузях права. Водночас застосування аналогії у праві законом не встановлюється, а здійснюється відповідно до умов та правил застосування аналогії у праві; 3) субсидіарне застосування норм та застосування відсилочних норм здійснюється при відсутності прогалин у праві, які є обов'язковою умовою для застосування аналогії у праві. Спільними ознаками цих явищ з міжгалузевою аналогією є: 1) застосування норм іншої галузі права; 2) спільність методів правового регулювання як передумова їх застосування; 3) здійснення регулювання суспільних відносин.

Отже, інститут аналогії є необхідним засобом регулювання демократичної правової системи, зумовленим об'єктивними потребами регулювання суспільних відносин при прогалинах у праві, що спричинені розвитком економічних, соціальних та політичних відносин. Застосування інституту аналогії є творчою діяльністю і водночас засновується на принципі законності, що потребує дотримання вироблених юридичною наукою умов та правил. У процесі правозастосування аналогію в праві слід відрізнити від суміжних правових явищ, таких, як субсидіарне застосування правових норм та застосування відсилочних норм, що мають власну природу та значення у регулюванні суспільних відносин.

1. *Жалинский А.Э.* Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность. Уч. пособие. – М., 1997. – С. 51, 54, 132, 158–160, 162. 2. *Алексеев С.С.* Общая теория права: Курс лекций: В 2-х т. – М., 1981. – Т. 1. – С. 329–332. 3. *Назаренко Г.В.* Теория государства и права: Уч. пособие. – М., 1998. – С. 122. 4. *Комаров С.А.* Общая теория государства и права: Курс лекций. – М., 1996. – С. 229. 5. *Поленина С.В.* Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. – 1967. – № 4. –

- С. 28. **6.** *Карташов В.Н.* Применение права. – Ярославль, 1980. – С. 30. **7.** *Бару М.* О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым отношениям // Советская юстиция. – 1963. – № 14. – С. 17; *Карташов В.Н.* Применение права. – С. 30; *Абрамова А.И.* Субсидиарное применение норм судом // Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды. – М., 1998. – № 41 – С. 7. **8.** *Скакун О.Ф.* Теория государства и права: Учебник. – Харьков, 2000. – С. 437. **9.** *Черданцев А.Ф.* Вопросы толкования советского права. – Свердловск, 1972. – С. 148–152. **10.** *Скакун О.Ф.* Теория государства и права: Учебник. – Харьков, 2000. – С. 437. **11.** Там само.– С. 436. **12.** *Иоффе О.С., Толстой Ю.К.* Новый гражданский кодекс РСФСР. – М., 1965. – С. 30. **13.** *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. – М., 1997. – С. 106. **14.** *Черданцев А.Ф.* Ответственное применение и толкование норм права // Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1969 год. – Свердловск, 1970. – С. 44. **15.** *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Цит. работа. – С. 133. **16.** *Скакун О.Ф.* Теория государства и права. – С. 316. **17.** *Комаров С.А.* Общая теория государства и права. – С. 228. **18.** Там же. – С. 229.