

Галуцько Валентин Васильович,

д.ю.н, професор, директор Науково-дослідного інституту публічного права

АНАЛОГІЯ ЗАКОНУ (ЗАСТОСУВАННЯ)

Вступ. У теорії права та практиці правозастосування існують багато інститутів, без яких неможливо уявити сучасне правознавство. Одним із них є «аналогія закону».

Згідно зі словником української мови «прогалина – упушення, пропуск, вада»¹, Новий тлумачний словник української мови уточнює, що прогалина – це упушення, пропуск, вада, біля пляма². Мудрий український народ, відповідно до мовної традиції якого сформовано ці словники, влучно визначив, що будь-яка прогалина – це біля пляма, вада, пропуск, упушення, зроблене певними особами. Тим самим прогалина в цьому розумінні визначається як негативне суспільне явище, що потребує певного позитивного врегулювання. Не є виключенням з цього переліку й суспільні відносини, які мають урегулюватися нормами права.

Право є універсальним регулятором важливих суспільних відносин. В умовній піраміді соціальних норм правові перебувають на вершині й наповнюють незначний, але важливий її обсяг, який безпосередньо впливає на забезпечення прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб. Іншими словами, упушення в правовому зрізі піраміді норм права призводять до порушень прав і свобод людини і громадянина. Відповідно ця ситуація вимагає врегулювання на основі певної теорії.

Прогалини в законодавстві є об'єктивним явищем. Домогтися ідеального стану, коли суспільні відносини чітко врегулюються законодавством, вдається нечасто. Як правило, законодавство відстає від суспільних відносин, тоді й виникає потреба застосування аналогії закону, або ж коли більш прогресивні суспільні відносини гальмуються застарілими нормами права, тоді їх слід скасовувати.

Людство почало використовувати аналогію закону практично з моменту утвердження перших держав, які приймали перші закони, проте як цілісний правовий інститут права він був утверджений в Стародавньому Римі. Видатний правник часів імператора Октавіана Августа Марк Антістій Лабейон (50 рік до н. е. – 18 рік н. е.) вважається першим юристом, який на професійній основі почав використовувати аналогію закону як правову форму аргументації юридичного рішення³.

¹ Словник української мови. Київ: Просвіта, 2016. С. 902.

² Яремко В., Сліпушко О. Новий тлумачний словник української мови. У 3 томах. Т. 3. П-Я. Київ: Аконіт, 2008. С. 22.

³ Peter Stein, Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law (June 1995). <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ua/&httpsredir=1&article=2999&context=ccklawreview>

Отже, використання аналогії закону є об'єктивним явищем, з яким постійно стикаються судді та інші юристи і яке потребує узагальнення, теоретичного розкриття та практичних рекомендацій щодо свого застосування.

1. Юридична природа шляхів усунення прогалин у законодавстві

Теорія права розглядає проблему аналогії закону як засіб подолання прогалин у законодавстві. Подолання прогалин у законодавстві – це застосування засобів, що дозволяють прийняти рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права. Для подолання прогалин зазвичай використовують такі засоби, як аналогія закону та аналогія права. Можливість застосування норм за аналогією прямо передбачено в окремих законодавчих актах – наприклад, у ЦКУ, ЦПКУ, СКУ, КАСУ¹. Крім того вона може передбачатися в непрямій формі – через заборону відмови в розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини².

Особлива формула, що легалізує лише аналогію права, використана в ч. 6 ст. 9 КПКУ у випадках, коли положення цього КПКУ не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження³.

¹ Див., ст. 8 ЦКУ: «1. Якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). 2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права);

п. 9 ст. 10 ЦПКУ «Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права);

п. 6 ст. 7 КАСУ: «У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування»;

ст. 10 СКУ «1. Якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). 2. Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права)».

² Див., наприклад, пп. 11 п. 6 ст. 11 ГПК: «Забороняється відмова у правосудді з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини».

³ Ч. 6 ст. 9 КПКУ «У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу».

ч.1 ст. 7 КПКУ «1. Зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відносяться: 1) верховенство права; 2) законність; 3) рівність перед законом і судом;

Тим самим аналогія є виправданою також в інших галузях права, що робить доцільним установлення презумпції припустимості аналогії: подолання через застосування аналогії можливе, якщо не доведено інше існування непереборної прогалини.

При цьому завжди треба пам'ятати, що аналогія є неприпустимою під час здійснення кваліфікації адміністративних і кримінальних проваджень¹.

За аналогією не можуть застосовуватися норми публічного права, що спрямовані на обмеження прав людини, Це пояснюється необхідністю дотримання принципу правової визначеності, який гарантує захист свободи індивідів від свавільного втручання державної влади. Цей принцип узгоджується з положенням ч. 1 ст. 19 Конституції України, згідно з яким правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством².

Отже, аналогія закону й аналогія права є засобами усунення прогалин у законодавстві щодо всіх галузей процесуального права та всіх сфер матеріальних норм приватного права.

2. Юридична природа аналогії закону

Аналогія закону – це вирішення справи за наявності прогалини на основі норми права, що регулює подібні суспільні відносини. Аналогія закону використовує логічний прийом аналогії, спирається на схожість, подібність відносин (їхнього фактичного складу), які врегульовані законом і які не врегульовані законом. Крім зовнішньої подібності, для застосування аналогії також необхідна констатація того, що ці випадки є ціннісно рівними. Деякі розбіжності у фактичному складі цих відносин не мають впливати на рішення. Вони мають бути «винесені за дужки» як незначні, несуттєві; лише спільні ознаки мусять бути визначені як необхідні передумови для висновку за аналогією. Правомірність застосування аналогії для подальшого подолання прогалин утверджується принципом рівності, ґрунтується на уявленні про системність і внутрішню послідовність права: якщо б законодавець передбачив цей випадок, то вноормував би його так само, як унормовано схожі з цим за сутністю випадки³.

Виходячи з таких засад, учені-правники більш спеціально конкретизують, що межі суддівського (адміністративного) розсуду при застосуванні аналогії закону мають бути такі:

– по-перше, щодо матеріальних норм права чітко обмежені заборони щодо застосування аналогії закону.

4) повага до людської гідності; 5) забезпечення права на свободу та особисту недоторканність;...21) розумність строків; 22) мова, якою здійснюється кримінальне провадження.

¹ ч. 4 ст. 3 ККУ: «Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено».

² Петришин О., Погребняк С., Смородинський В. та ін. Теорія держави і права: підручник. Харків, право, 2015. С. 272-272.

³ Цит. прац. С. 274.

Не припускається застосування аналогії закону, якщо:

- 1) це тягне обмеження будь-яких прав, свобод і законних інтересів фізичних чи юридичних осіб;
- 2) збільшує повноваження суб'єктів владних повноважень;
- 2) порушує право на судовий захист;
- 3) порушує принцип верховенства права чи інші принципи судочинства;
- 4) призводить до додаткових обтяжень публічно-правового характеру щодо невідомих фізичних і юридичних осіб.

По-друге, застосування процесуальної аналогії буде правомірним, якщо:

1) існує повна або часткова відсутність у системі законодавства (а не лише у процесуальному законі) норми, яка б прямо передбачала цей вид відносин, а також відсутність усіх інших можливостей для їх урегулювання, наданих законом;

2) неможливість застосування аналогії у випадках так званого свідомого мовчання законодавця з тих чи інших питань, а також для вирішення тих правових питань, які надані за принципом вичерпного переліку;

3) неможливість застосування за аналогію закону положень, що визначають повноваження судових органів, обмежують процесуальні права, а також норм про застосування заходів процесуального примусу до осіб, які беруть участь у справі;

4) закон, який застосовується за аналогією, має бути найбільш близьким за основними ознаками і передбачати схожі за своїми істотними рисами відносини за наявності неістотних відмінностей;

5) неприпустимість штучного пристосування закону, який застосовується за аналогією, до схожих правовідносин шляхом його іншого тлумачення (за аналогією норма права має переноситися на схожі відносини, але не тлумачитися);

6) зміст аналогії закону, який застосовується за аналогією, мусить точно відповідати фактичним обставинам конкретного випадку, у зв'язку з яким відбувається таке застосування;

7) у будь-якому разі застосування процесуальної аналогії не має суперечити основним засадам і принципу верховенства права та іншим принципам судочинства;

8) суд зобов'язаний навести обґрунтування наявності прогалини у процесуальному законі, а також мотивування застосування аналогії¹.

Отже, аналогія закону характеризується такими ознаками:

¹ Карнаух Т. Проблеми застосування правової аналогії у цивільному судочинстві України.
http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/3860/Karnaukh_Problemy_zastosuvanni_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y

– це вирішення справи за наявністю прогалини на основі норми права, що регулює подібні суспільні відносини;

– суддя (юрист), який використовує анатомію закону, спирається на логічний прийом аналогії стосовно несхожості подібних відносин, які врегульовані законом і які не врегульовані законом;

– застосовуючи аналогію закону, який визначає матеріальні норми права, не припускається: здійснювати обмеження будь-яких прав, свобод і законних інтересів фізичних чи юридичних осіб; збільшувати повноваження суб'єктів владних повноважень; порушувати право на судовий захист; порушувати принцип верховенства права або інші принципи судочинства; здійснювати обтяження публічно-правового характеру;

– аналогію закону може бути застосовано лише за наявності таких обов'язкових ознак: 1) існує повна або часткова відсутність у системі законодавства норми, яка б прямо передбачала цей вид відносин; 2) норма права, яка застосовується за аналогією, має бути найбільш близькою й передбачати схожі за своїми істотними рисами відносини за неістотних відмінностей; 3) зміст норми права, яка застосовується за аналогією, мусить точно відповідати фактичним обставинам конкретного випадку, у зв'язку з яким має місце таке застосування; 4) обґрунтування наявності прогалини в законі, а також мотивування застосування аналогії.

– аналогію закону не може бути застосовано: 1) якщо її застосування суперечить принципу верховенства права та іншим принципам судочинства; 2) за наявністю свідомого мовчання законодавця з тих чи інших питань; 3) коли вона обмежує процесуальні права, але розширює можливість застосування заходів процесуального примусу.

2. Застосування аналогії права у приватному праві

Майже всі вчені солідарні щодо того, що стосовно норм приватного права можна застосовувати аналогію закону. Основою приватного права є цивільне право. Так, ч. 1 ст. 8 ЦКУ містить правила щодо найпоширенішого виду юридичної аналогії – аналогії закону.

На основі ч. 1 ст. 8 ЦКУ аналогія закону застосовується за наявності таких умов:

1) неврегульовані відносини належать до приватних;

2) існування прогалини в джерелах правового регулювання цих відносин;

3) існування позитивно-правового регулювання подібних цивільних відносин;

4) подібність відносин (і відповідно норм актів цивільного законодавства), які приміряються до неврегульованої ситуації, має бути змістовною (подібні цивільні права й обов'язки, подібність суб'єктного складу, об'єкта тощо).

Українські суди мають значну практику в застосуванні аналогії закону для подолання прогалин у різних сферах відносин. Наприклад, механізм реалізації наймачем свого переважного права на придбання житла було

визначено судами за аналогією з положеннями ст. 362 ЦКУ, що стосуються переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності (Ухвала Верховного Суду України від 16 грудня 2009 р. щодо касаційної скарги Г. Баули про визнання правовідносин найму тощо); розмір процентів за користування коштами, що містяться на рахунку за договором банківського рахунку (за відсутності розміру процентів у договорі та в разі відсутності в банку такої послуги, як вклад на вимогу), був судами визначений за аналогією з положеннями ст. 1061 ЦК України про проценти на банківський вклад, зокрема в розмірі облікової ставки Національного банку України (Постанова Верховного Суду України від 6 червня 2011 р. щодо заяви підприємця Н. Горчакової про перегляд постанови ВГСУ про стягнення суми); ч. 1 ст. 1280 ЦК України про перерозподіл спадщини була застосована за аналогією в разі заявлення неповнолітньою особою свого права на частину спадкового майна після того, як усе таке майно раніше перейшло до іншого спадкоємця й було продано (Ухвала Верховного Суду України від 16 червня 2010 р. щодо касаційної скарги Е. Славчевої про поділ спадкового майна) тощо. Під аналогією закону розуміється застосування до цивільних відносин, не врегульованих ЦКУ, іншими актами цивільного законодавства, договором (як уже було зазначено, іншими видами джерел), правових норм актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (ч. 1 ст. 8 ЦКУ). Варто відразу звернути увагу на те, що у ч. 1 ст. 8 ЦКУ серед потенційних джерел не лише не врегульованих (про це йшлося вище), а й схожих цивільних відносин згадується не лише закон, а й інші акти цивільного законодавства (постанови Кабінету Міністрів України, акти міністерств тощо). Наприклад, суди для визначення поняття та складових частин грошового забезпечення, передбаченого Положенням про порядок й умови державного обов'язкового особистого страхування осіб рядового, начальницького та вільнонайманого складу органів і підрозділів внутрішніх справ України (затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1991 р. № 59), застосували аналогію закону, а саме Постанову Кабінету Міністрів України від 17 липня 1992 р. № 393¹.

3. Застосування аналогії закону в публічному праві

Застосування аналогії закону у сфері публічного права має також і негативні відгуки. Це цілком зрозуміло, оскільки застосування аналогії закону в галузях публічного права викликає численні дискусії та полеміку. Для публічних галузей права ця проблема має вирішальне значення, оскільки, по-перше, для доктрини та практики залишаються незрозумілими підстави застосування аналогії закону до правових відносин, що мають публічно-правовий характер, по-друге, постає питання щодо можливості застосування за аналогією норм господарського, земельного та ін.

¹ Довгерт А. Юридична аналогія в цивільному кодексі та судовій практиці України. file:///C:/Users/user/Downloads/prpr_2013_1_17.pdf

законодавства в разі наявності прогалини, оскільки зазначені галузі характеризуються як приватно-публічні¹.

Ми вважаємо, що застосування аналогії закону в матеріальних нормах адміністративного і кримінального права є неприпустимим. Те ж стосується і публічних норм інших галузей (підгалузей) права – господарського, фінансового, податкового, митного, екологічного, земельного та ін.

У кримінально-процесуальних нормах та в нормах щодо проваджень у справах про адміністративні правопорушення застосування аналогії закону може бути обґрунтоване, якщо воно виключно призводить до звільнення чи пом'якшення покарання.

Що стосуються норм процесуального права, які зосереджені в КАСУ, то аналогія закону може обґрунтована, якщо її застосування виключно призводить до позитивного рішення щодо позивача, який не є суб'єктом владних повноважень.

Висновок. Отже, аналогія закону – це вирішення справи за наявністю прогалини на основі норми права, що регулює подібні суспільні відносини, коли суб'єкт застосування (суддя, юрист) спирається на логічний прийом аналогії, схожості, подібних відносин, які врегульовані законом і які не врегульовані законом, виключно з метою розширення можливостей забезпечення прав і свобод невіддільних осіб за умови недопущення збільшення компетенції суб'єктів владних повноважень.

¹ Клім С. Доктринальні підходи до вирішення проблем реалізації регулятивного впливу аналогії закону. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2013. № 5.