

Мина В. В.

*к.ю.н., Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри теорії та історії держави і права,
конституційного та міжнародного права*

САНКЦІЯ ЯК ЗАСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ОBOB'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Ключові слова: законодавство, законодавча діяльність, норма права, аналогія закону, аналогія права, принципи права.

Keywords: legislation, legislative activity, rule of law, the analogy of the legislation, the analogy of law, the principles of law.

Постановка проблеми. Процес вдосконалення законодавства здійснюється безперервно, як на законодавчому рівні шляхом внесення змін, так і в правозастосовній практиці. Не викликає сумнів те, що цей процес вдосконалення буде здійснюватися постійно, адже змінюються умови життя; соціально-економічні відносини; під час здійснення судочинства виявляються законотворчі помилки; недоліки юридичної техніки, до яких належать помилки і упушення законодавчого органу; суперечливість, неузгодженість норм; до того ж, неможливо нормативно охопити всі життєві ситуації, що об'єктивно вимагають правового врегулювання.

Найчастішою причиною змін у законодавстві є його недостатня повнота та визначеність деяких положень, які є важливим фактором функціонування будь-якої галузі права. Недотримання цих вимог спричиняє появу прогалин у праві. У зв'язку з цим значний науковий інтерес представляє питання співвідношення аналогії права та аналогії закону — як засобів усунення прогалин у праві

Аналіз досліджень даної проблеми. Вагомий внесок у розробку питань, пов'язаних з особливостями процесу подолання прогалин у праві зробили такі відомі вчені, як: С. С. Алексєєв, С. І. Вільнянський, С. В. Завальнюк, О. С. Йоффе, В. М. Карташов, П. О. Недбайло, В. В. Лазарєв, А. С. Піголкін, О. С. Погребняк, та ін.

Метою статті є дослідження теоретичних аспектів розмежування аналогії права та аналогії закону, як засобів усунення прогалин у праві

Виклад основного матеріалу. Якщо суспільні відносини, що потребують правового регулювання, виявляються нерегульованими, питання про права та обов'язки відповідних суб'єктів вирішується шляхом застосування закону за аналогією. В іншому випадку питання вирішується шляхом застосування за аналогією принципів права.

С. І. Вільнянський, Е. Ш. Кемуларія, П. О. Недбайло стверджували, що інститут аналогії права не має прямого відношення до аналогії, якщо під такою в прямому сенсі цього слова розуміти порівняння двох близьких і рівноцінних за значенням і положенням об'єктів [1, с. 9]. У випадку з аналогією права таких

рівноцінних об'єктів, що підлягають порівнянню, не існує. Таким чином, на відміну від аналогії закону, при аналогії права юридична оцінка спірного правовідношення здійснюється не у формі умовиводу за аналогією, а в формі силогізму, великою посилкою якого виступає конкретне положення загальних засад законодавства.

Дійсно, на перший погляд, аналогія права не може бути повністю віднесена до логічного розуміння аналогії. Під логічне обґрунтування цього терміну більше підходить аналогія закону. Адже, аналогія закону — це вирішення конкретної юридичної справи на підставі норм права, які регулюють схожі з розглядуваними суспільні відносини. Але не можна погодитись з запропонованим підходом правознавців що намагаються ототожнити аналогію у праві з аналогією в логіці, оскільки аналогія права є правовим інститутом і лише засновується на логічному прийомі умовиводу за аналогією, але не однорідна з ним. Аналогія у праві ґрунтується на порівнянні суспільних відносин з нормами та принципами права, які не регулюють дані відносини, але мають схожі з ними ознаки і відповідно можуть бути застосовані до їх врегулювання. Процедура застосування аналогії закону, як логічний прийом, є творчою діяльністю, яка полягає в перенесенні деяких якостей, притаманних одним явищам, на інші, схожі з першими в сукупності істотних ознак.

Так, Є. В. Васьковський, зазначав, що за своєю логічною природою аналогія права тотожна аналогії закону і відрізняється від останньої лише більшою широтою матеріалу, яким вона оперує [2, с. 268]. Розглядаючи сутність аналогії права, Є. В. Васьковський зводив її до того, що при відсутності в законодавстві готової норми, яка б могла бути застосована до даного випадку, з наявних норм попередньо добувається нова норма відносно однорідного випадку, а потім ця нова норма за аналогією застосовується до не передбаченого законом випадку.

Водночас, при використанні аналогії права, суб'єкту правозастосування необхідно встановити схожість між врегульованими і неврегульованими відносинами, тобто провести аналогію з найбільш значними та важливими суспільними відносинами, що потребують правового регулювання, виявити інформацію, яку можливо перенести з одного відношення на інше, знайти принцип права, який підлягає застосуванню за аналогією з цими відносинами. Наприклад, до кількості таких схожих ознак можна віднести схожість галузей права, схожість в суб'єктах або предметі врегульованих і неврегульованих цивільних відносин тощо. З цього приводу В. М. Карташов, зазначає, що використання даного способу подолання прогалин не може обійтись без визначених логічних прийомів. До таких, зокрема, відносяться: висновок на підставі тотожності; висновок від окремого до загального (індукція); висновок *a fortiori*; висновок за аналогією; висновок від загального до окремого (дедукція); висновок про протилежність [3, с. 35-37].

Таким чином, логічна складова, характерна для методу аналогії присутня і при застосуванні аналогії права. Даний висновок, в свою чергу, свідчить про необхідність визнати, що аналогія права, як спосіб подолання прогалин в праві,

є частиною інституту аналогії у праві, і міцно укорінився в теорії і юридичній практиці.

С. І. Вільнянський вважав, що перш ніж використовувати аналогію права, необхідно вирішити питання на підставі аналогії закону [4, с. 105]. І. Б. Новицький, навпаки, вважав, що аналогія закону небезпечніше аналогії права. На його думку, повноваження суду достатні для того, щоб суд міг вирішити питання, не передбачені законодавством. Наскільки б важко не було виведення загальних засад законодавства, все ж ця процедура виявляється більш легкою, ніж вирішення питання — чи достатня схожість обставин спірної справи з тими, які має на увазі та окрема норма, яку бажано застосувати за аналогією закону. В зв'язку з цим, І. Б. Новицький пропонував замість пошуку фактів, які підпадали б під аналогію закону, використовувати положення вказаної статті. Це, на його думку, позбавить від помилкового застосування аналогії закону [5, с. 18].

З цього приводу слушною є думка Д. І. Дєдова, який зазначає, що перебільшення значення правових конструкцій (правових засобів) є культурно-правовою парадигмою нашого часу. Особливо це проявляється у випадках з прогалинами і протиріччями в законі. Основним завданням в таких випадках вважається тлумачення закону таким чином, щоб показати, що закон все ж регулює конкретну ситуацію. Таке виправдання закону засноване на двох постулатах: 1) розсуд судді не може бути відірваний від закону; 2) прецеденти не визнані в нашій системі права. Очевидно, продовжує автор, що за цими постулатами ховаються догми позитивізму, згідно з якими закон існує всюди, в кожному конкретному випадку. І все б добре, але лише верховенство закону розуміється з позицій позитивізму як його виключна і вихідна справедливість, не підлягаюча оцінці з точки зору публічно значимих цілей або принципів права (вони ж не є частиною писаного права). Це приводить до свавільного тлумачення закону, до «виявлення» в ньому правових засобів, які насправді не існують [6, с. 50].

Аналогія права і аналогія закону є взаємозалежними інститутами, що передбачає застосування цих двох методів у поєднанні один з одним з метою реалізації принципів права, захисту прав та свобод людини при регулюванні суспільних відносин на підставі норм законодавства. Так, наприклад, європейські судді при обґрунтуванні своїх рішень виходять не тільки з конституційних норм, але й з принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності та цілей конституційно-правового регулювання у суспільстві.

Аналогія закону не застосовується механічно, а повинна спиратися на загальні принципи, які виступають методами формування права. В. М. Сирих доходить висновку, що принцип панування права, означає, що громадянське суспільство та держава в ранг загальнообов'язкових правових норм, позитивних законів зводить лише право. Д. І. Дєдов зазначає, що у демократичній правовій державі закон має відповідати праву. 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 з загальними принципами права. Аналогія вже наявних правових засобів можлива лише з врахуванням 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, звіряємо, чи можна його застосувати в іншій ситуації, і лише після цього реалізується аналогія закону [6, с. 53-54]. Зокрема, відповідно до Конституції України, яка містить загальні принципи права, її норми мають найвищу юридичну силу поряд з іншими нормативно-правовими актами, отже їх застосування повинно відповідати в першу чергу нормам Конституції тобто принципам права.

Розглянувши основні аспекти сутності аналогії права та аналогії закону, слід зазначити, що співвідношення «аналогії закону» та «аналогії права» полягає у обмеженні один одного, з одного боку, нормою закону, з іншого — принципами права, з метою врегулювання неврегульованих суспільних відносин відповідно до принципів права. Вирішуючи справу за аналогією права, суб'єкт правозастосування не створює принципи права, а лише виявляє вже існуючі принципи права та формулює їх у рішенні в процесі врегулювання конкретного випадку. При цьому, застосування принципів права до врегулювання суспільних відносин за аналогією передбачає відсутність необхідної в цих випадках норми або принципу права, що можуть прямо їх врегулювати. Тому принцип права застосовується за аналогією до схожих суспільних відносин, що підпадають під дію такого принципу, що обумовлює логічну основу методу аналогії права.

Щодо визначення поняття аналогії права погляди науковців можна розділити на три групи: одні вважають, що аналогія права — це рішення не врегульованих нормою права відносин на основі принципів права закріплених в законодавстві; другі — на основі принципів права, загальних засад і змісту законодавства; треті — на основі принципів та сутності права.

С.О. Комаров аналогію права визначає, як рішення конкретної справи виходячи з принципів права в цілому, галузі або інституту даної галузі права [7, с. 227].

У коментарі до цивільного кодексу України під аналогією права, також, розуміють застосування до певних відносин загальних засад і змісту цивільного законодавства з урахуванням вимог справедливості, добросовісності і розумності, якими мають керуватися суб'єкти цих відносин. Крім того, при застосуванні аналогії права правоохоронні органи можуть користуватися й іншими загальними положеннями, що містяться в Цивільному кодексі України [8, с. 16]. Зокрема, загальні основи цивільного законодавства закріплені в статті 3 Цивільного кодексу України, яка перераховує основні галузеві принципи.

На думку С.С. Алексеева, загальні засади і зміст законодавства є не що інше, як принципи права (загальноправові і галузеві) [9, с. 97]. При аналогії права принципи виконують безпосередньо регулюючу функцію і виступають єдиною нормативно-правовою основою правозастосовного рішення.

За визначенням А. В. Полякова, аналогія права — це застосування до неврегульованого конкретною нормою колізійного відношення (при відсутності можливості застосувати аналогію закону) норми первинних правових текстів, які виражають загальні засади і сенс законодавства, а також аналогічних норм всіх інших правових текстів, легітимованих в даному суспільстві [10, с. 798].

Таким чином, в наведених визначеннях правознавці визначають аналогію права фактично як застосування принципів права закріплених в законодавстві. Такими принципами можуть бути, як такі, що закріплені у національному законодавстві так і загальні принципи права регламентовані у міжнародних нормативно-правових актах або договорах, ратифікованих державою.

Деякі з правознавців наголошують на необхідності створення або формулювання принципу права в процесі подолання прогалин за допомогою аналогії права. Більшість авторів під аналогією права розуміють застосування до неврегульованого випадку принципів права. Водночас, одні правники передбачають застосування лише законодавчо закріплених принципів права, інші вважають за можливе сформулювати принципи, що не містяться в законі, але виходять із його змісту та сутності права загалом.

Принципи права є загальною категорією, яка відображає сутність права. При цьому, в процесі застосування права за аналогією дуже важливо чітко відрізнити принципи права від норм права, адже від цього залежить правильне визначення методу подолання прогалин у праві, а саме за допомогою аналогії закону або аналогії права.

В науковій літературі зазначається, що на сьогоднішній день рівень наукового осмислення проблеми та судова практика не дають змоги провести межу не тільки між принципами, з одного боку, та законодавчими положеннями, що потребують конкретизації, — з іншого, а й між принципами, з одного боку, та конкретними правовими нормами, — з іншого. Підтвердженням даної обставини може служити як наявність в актах законодавства положень найвищого рівня узагальнення, що не позначаються як принципи чи основні засади, так і кваліфікація науковцями та у судовій практиці суто конкретних правових приписів як основних засад чи принципів.

За викладених умов треба було б враховувати наступне: 1) законодавчі положення, що не потребують конкретизації, незалежно від їх принципового значення для системи права та спрямованості на реалізацію лише в майбутньому, не можуть визнаватись принципами та застосовуватись у порядку аналогії права; 2) законодавчі положення, які встановлюють права людини і громадянина, їх обов'язки, права та обов'язки державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб та які потребують конкретизації, не можуть визнаватись принципами та застосовуватись у порядку аналогії права; 3) основними засадами чи принципами є такі найбільш загальні законодавчі положення, які застосовуються в порядку аналогії права, а також для встановлення законності (незаконності) положень актів законодавства меншої юридичної сили.

Зокрема, принципи відрізняються від норм ступенем узагальнення, вони слугують основою для функціонування норм та пов'язують положення

нормативно-правових актів з вимогами правової системи. Принципи не породжують безпосередньо правові наслідки. Принцип визначає мотив (причину), що надає аргументи щодо певного напрямку прийняття рішення, але не обов'язково призводить до певного результату.

Важливим питанням застосування аналогії права є можливість застосування принципів права сформульованих суддями в судових рішеннях.

У більшості країн романо-германської правової сім'ї судова практика формально не є джерелом права (за винятком Швейцарії), а якщо визнається таким, то тільки щодо відносин, які не врегульовані або недостатньо врегульовані законом. Нині в багатьох країнах так зване «судове право» вважається допоміжним джерелом права. Аналогічного значення судова практика набуває і в українській правовій системі.

В цьому контексті прецедент функціонує не як окреме джерело права, а як принципове рішення, тобто рішення, норма якого може бути узагальнена на рівні принципу: тлумачення законодавчого положення. Яке визнано правильним для вирішення однієї справи, є таким само чином правильним і для вирішення інших справ. Отже, прецедентне значення має не формалізована частина мотивації судового рішення, а формулювання принципу права, яким узагальнюється ця мотивація, та основні ідеї, які цей принцип відображає. Тому, як правило, суди у країнах континентальної Європи посилаються на «принцип» чи «загальні принципи права», а не на конкретні судові рішення [11, с. 485].

Вирішуючи питання за аналогією права необхідно спиратись на принципи права закріплені у судовій практиці, під якою слід розуміти багаторазове, однакове вирішення судами однієї і тієї ж категорії справ, принципи, що формуються в рішеннях конституційного суду України, постановках Пленуму Верховного Суду, Роз'ясненнях, Листах Вищого Господарського Суду та інших джерелах узагальненої судової практики. Послідовна судова практика, в тому числі у випадках застосування права за аналогією є підґрунтям створення правової держави, в якій права людини переважатимуть над владою держави, визнаватимуться найвищою цінністю держави та суспільства загалом.

Висновки. Розглянувши основні положення про аналогію права та її співвідношення з аналогією закону можна навести наступне визначення аналогії права, яка передбачає вирішення суспільних відносин, щодо яких існують прогалини у праві на підставі принципів права, що закріплені у законодавстві, виводяться із його змісту та суті, сформульовані в правовій доктрині та судовій практиці, походять з правової системи та міжнародного права.

Список використаних джерел

1. **Цвік М. В.** Про сучасне праворозуміння / М. В. Цвік // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 3-13.

2. **Васьковський Е. В.** Учение о толковании и применении гражданских законов. Цивилистическая методология / Е. В. Васьковский. — Одесса : Экон. Тип, 2001. — Ч. 1. — 400 с.
3. **Кемулария Э. Ш.** Проблемы применения уголовно-процессуального закона по аналогии / Э. Ш. Кемулария // Суд и применение закона. — М.: Изд-во ИГи ПАН СССР, 1992. — С. 98–101.
4. **Вильнянский С. И.** Значение логики в применении правовых норм / С. И. Вильнянский // Ученые записки Харьковского юридического института. — 2008. — Вып. 3. — 46 с.
5. **Тарнопольська О. М.** Дискусійні питання щодо визначення прогалини в праві / О. М. Тарнопольська // Вісник Академії адвокатури України. — 2006. — Вип. 7. — С. 16-20.
6. **Дедов Д. И.** Юридический метод : Научное эссе / Д. И. Дедов. — М.: Волтерс Клувер, 2008. — 160 с.
7. **Комаров С. А.** Общая теория государства и права: Курс лекций / С. А. Комаров ; [2-е изд. исправ. и доп.]. — М.: Манускрипт, 1999. — 312 с.
8. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2009. — Ч.1. — 692 с.
9. **Алексеев С. С.** Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / С. С. Алексеев. — М., — 453 с.
10. **Поляков А. В.** Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций / А. В. Поляков. — СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — 863 с.
11. **Шевчук С.** Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К.: Реферат, 2007. — 640 с.

Анотація

У статті досліджено особливості аналогії права та аналогії закону. З'ясовано, що співвідношення аналогії закону та аналогії права полягає у обмеженні один одного, з одного боку, нормою закону, з іншого — принципами права. Доведено, що аналогія права і аналогія закону є взаємозалежними інститутами, що передбачає застосування цих двох методів у поєднанні один з одним. Виявлено, що вирішуючі питання за аналогією права необхідно спиратись на принципи права закріплені у судовій практиці.

Annotation

The article examines the specifics of the analogy of law and analogy of the legislation. The analogy of the legislation and analogy of law is to limit each other, on the one hand, the rule of law other principles of law. It is proved that the analogy of law and analogy of the legislation are interdependent institutions that provides for the application of these two methods in combination with each other. It was revealed that when deciding on the analogy of law should be based on the principles of law enshrined in the jurisprudence.