

О.І. КОСАРЕНКО,
аспірант,
(Академії адвокатури України)

ПРОБЛЕМИ АНАЛОГІЇ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

В Україні триває активний процес здійснення судово-правової реформи, який, в цілому, відтворює процес інституалізації судової влади та правосуддя в державі. Головною метою зазначеного процесу є утворення дійсно незалежної судової влади, яка стане гарантом захисту прав, свобод та інтересів фізичних та юридичних осіб. Прийняття у 2004 році Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК) стало передумовою вдосконалення судового захисту, приведення правосуддя в Україні до міжнародних стандартів та визначення подальшого напрямку судової реформи. В той же час, питання прогалин у праві (в тому числі й процесуальному) не може бути зняте з порядку денного, адже передбачити законодавцем всі відносини, які потребують законодавчого регулювання об'єктивно не можливо. У зв'язку з цим заслуговує на увагу дослідження проблем аналогії у цивільному судочинстві.

З приводу застосування аналогії у цивільному судочинстві дискусії велися як дореволюційними вченими, так і правознавцями колишнього СРСР. При цьому існувало дві протилежні точки зору: від повного заперечення можливості застосування аналогії закону чи аналогії права до процесуальних правовідносин, до відстоювання позиції про можливість та необхідність її застосування. Неоднозначно вирішувалося зазначене питання і в процесі прийняття ЦПК України. Зокрема, проект ЦПК України (реєстр. 3455) при проходженні першого читання передбачав можливість застосування аналогії як про-

цесуального, так і матеріального права (ч. 3 ст. 3 проекту ЦПК). Але при другому читанні ця норма була вилучена, залишивши судам можливість застосування аналогії матеріально-правового законодавства при вирішенні спору. Зокрема, ст. 9 ЦПК надає судді, якій вирішує справу, у разі відсутності закону, що регулює спірні відносини, застосовувати аналогію закону або аналогію права. При аналогії закону підлягає застосуванню закон, що регулює подібні відносини. При аналогії права справа вирішується, виходячи із загальних начал і змісту законодавства, тобто на основі загальних ідей і принципів права (гуманізму, справедливості, рівноправ'я тощо). Таким чином, на сьогоднішній день чинне законодавство не передбачає застосування аналогії процесуального права.

Слід зазначити, що така позиція законодавства підтримується далеко не всіма науковцями та практиками в нашій країні. Адже значення аналогії, як засобу подолання прогалин у праві, набуває особливого характеру у період реформ законодавчої бази на кшталт такої, що має місце сьогодні у судовій сфері. На мою думку, для того, щоб дати відповідь про доцільність запровадження аналогії процесуального закону до діючого ЦПК, необхідно, перш за все, дослідити її сутність та спрогнозувати можливі наслідки такого запровадження.

Аналогія являє собою певний процес, який виражається у поширенні норми або цілого комплексу норм права на не передбачені законом, але існуючі подібні ситуації. Цілком вірним є твердження Д.Д. Луспеніка про те, що правова аналогія — це

один з найбільш поширених способів подолання прогалин у праві. Аналогія закону та аналогія права досить розповсюджені явища, які вже апробовані на практиці та мають позитивний досвід застосування. В той же час, можливість застосування аналогії в цивільному судочинстві теж не заперечується, оскільки більшість правознавців (В.І. Авдюков, А.Т. Боннер, Е.Ш. Кемуларія, В.В. Комаров, Л.Ф. Лісницька, Д.Д. Луспенник, А.А. Мельников, В.К. Пучинський) визнають, що це не суперечить інтересам законності. Однак в літературі можна зустріти і протилежну думку (Н.А. Власенко, П.Я. Трубніков, Ю.Х. Калмиков), згідно з якою застосування аналогії в межах процесуального права веде до ігнорування принципу законності, порушення жорсткої процесуальної форми. Науковці, які заперечують застосування процесуальної аналогії, як головний аргумент на захист своєї позиції наводять твердження, що у всіх випадках, коли законодавець допускає застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі. Адже якщо принципом матеріального приватного права є правило: дозволено все, що не заборонено законом, то для публічного права, до якого відноситься процесуальне право, притаманний принцип: дозволено лише те, що встановлено у законі. На думку інших науковців, відсутність вказівки про можливість застосування аналогії не є перешкодою для її застосування, оскільки ще з більшою вірогідністю можна сказати, що коли законодавець відмовився від застосування аналогії, такий його намір повинен бути чітко сформульований в законі. На мою думку, відмовлятися від аналогії цивільного процесуального законодавства в країні, де триває судова реформа, занадто передчасно. А з урахуванням того, що законодавець визнає можливість існування недоліків у матеріальному праві, але при цьому не визнає можливість існування їх у процесуальному — ще й не логічно.

Процесуальне законодавство передбачає комплекс процедур за допомогою яких реалізується конституційне право на судо-

вий захист (ст. 55). Цілком вірним є твердження, що найбільшим недоліком процесуальних законів є відсутність їх чіткості, враховуючи імперативно-диспозитивний метод регулювання процесуального права. Відповідно, відсутність у процесуальному законодавстві необхідних юридичних норм може призвести до відмови у правосудді. Недаремно, під час дії ЦПК 1963 року застосування процесуальної аналогії мало неабияку поширеність, оскільки процесуальне законодавство мало істотні прогалини нормативного регулювання. Зокрема, при розгляді у зв'язку з нововиявленими та винятковими обставинами судді використовували за аналогією положення ЦПК щодо повідомлення осіб, які беруть участь у справі, про час і місце судового розгляду, щодо проведення підготовчих дій; при апеляційному та касаційному провадженнях за аналогією фактично застосовувалися положення статей 213, 215 ЦПК 1963 р. щодо виправлення описок, роз'яснення рішення в суді першої інстанції. Застосовувалася аналогія в період дії ЦПК 1963 року і відносно участі в цивільному процесі спеціаліста, коли суди застосовували положення ЦПК щодо експерта, свідка і навіть положення КПК України. Цей перелік є не вичерпним, оскільки таких випадків можна назвати набагато більше.

При прийнятті ЦПК 2004 року більшість із зазначених недоліків процесуального законодавства були усунуті, з урахуванням існуючої на той час судової практики, включаючи і випадки застосування судами процесуального законодавства за аналогією. Однак, усвідомлюючи високий рівень новітнього цивільного процесуального законодавства, ми не можемо констатувати його бездоганність. Особливо це стосується новел ЦПК стосовно спрощеного розгляду деяких безспірних справ, зокрема видачі судового наказу. Згідно з ч. 2 ст. 95 ЦПК судовий наказ підлягає виконанню за правилами, встановленими для виконання судових рішень, у порядку, встановленому законом. Як вірно зазначає Д.Д. Луспенник, деякі із загальних поло-

жень цивільного процесу можуть бути застосовані до цього виду провадження, а деякі з них не можуть бути застосовані в силу специфіки судової процедури, щодо видачі судового наказу. Зокрема, це стосується переліку підстав для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу, який не передбачає випадок, коли суд вже видавав судовий наказ за аналогічною заявою, або у провадженні суду є аналогічна нерозглянута справа, або ж відносно цього спору є рішення третейського суду. Логічним при цьому буде застосування за аналогією ст. 122 ЦПК та відмова у прийнятті заяви про видачу судового наказу.

Необхідність застосування процесуальної аналогії вбачається і при апеляційному провадженні, коли зі скаргною звертається особа, яка не має суб'єктивного права на звернення зі скаргною, або коли оскаржується процесуальний акт, який не підлягає оскарженню. Також суди апеляційної інстанції вимушено застосовують аналогію процесуальної норми призначення справи до розгляду в апеляційному суді, оскільки ст. 302 ЦПК не зазначає, чи потрібно при призначенні справи до розгляду в апеляційному суді постановляти ухвалу і яку саме. На жаль, цей перелік існуючих прогалин також є досить змістовним, особливо що стосується заочного розгляду справи, розгляду справи в окремому провадженні, в апеляційному провадженні тощо. Тому і сьогодні відмовитися від застосування аналогії процесуального законодавства майже неможливо.

Підтвердженням значущості запровадження аналогії до цивільного процесу є приклад Російської Федерації. Слід зазначити, що у Російській Федерації процесуальна аналогія існує ще з 2000 року та була збережена при прийнятті ЦПК РФ у 2002 році. І цей приклад заслуговує на увагу. Ми повинні розглядати аналогію процесуального законодавства не як порушення встановлених законом процедур або відхилення від них, а як певну реакцію судової практики на прогалину у чинному законодавстві та настанову на можливий шлях

її подолання. Недаремно, відомий вчений-практик В. Жуйков зазначав, що положення ЦПК РФ щодо процесуальної аналогії лише офіційно закріпило сформовану і позитивно проявлену таку судову практику, яка викликана реальними потребами і веде не до сваволі, а навпаки сприяє досягненню завдання правосуддя — забезпечення захисту прав заінтересованих осіб.

При цьому постає питання: чи може існувати застосування процесуальної аналогії поза правовим полем? На моє переконання, ні. Адже, відстоюючи позицію запровадження процесуальної аналогії, необхідно пам'ятати, що цивільний процес являє собою комплекс чітко визначених юридичних процедур, який визначає певний порядок діяльності суду, осіб, які беруть участь у справі, та інших учасників процесу. Саме тому застосування процесуальної аналогії повинно знайти відповідне законодавче закріплення. При цьому законодавець повинен не лише передбачати можливість застосування аналогії процесуального законодавства, а й визначити підстави, межі та процесуальний порядок її застосування.

Під підставами застосування процесуальної аналогії, на мою думку, необхідно розуміти наявність прогалин в законодавстві, яке регламентує порядок провадження цивільного судочинства. Більш того, процесуальна аналогія повинна бути вимушеним кроком суду, коли необхідна процедура не передбачена не тільки у діючому процесуальному законодавстві, а й навіть у постановках пленуму Верховного Суду України. Використання такої аналогії повинно бути лише в межах цивільного процесуального права, уникаючи випадки субсидіарного або паритетного правозастосування (так, наприклад, неприйнятним у цьому аспекті вбачається застосування за аналогією норм господарського процесуального права).

Що ж до процесуального порядку застосування процесуальної аналогії, то хотілося б зазначити наступне. Як вірно звертає увагу М.Д. Савченко, проблема аналогії закону полягає у відшуканні такої норми, яка за *власним переконанням*

судді регулює відносини, найбільш наближені до спірних. Відповідно, застосування процесуальної аналогії тісно пов'язане із такою категорією як суддівський розсуд. Тому кожний випадок такого застосування повинен бути чітко визначений, мотивований та обґрунтований у відповідному рішенні судді.

Таким чином, аналогія процесуального закону є дієвим інструментом подолання існуючих прогалин діючого законодавства. Особливо це відчутно у період проведення судової реформи, яка сьогодні відбувається в Україні. Саме визнання законодавцем можливості використання аналогії процесуального закону дозволить уникнути так званих «фактичних процесуальних відносин» або «фактичної процесуальної діяльності», надавши судам можливість забезпечувати права та інтереси відповідних осіб, а не відмовляти у здійсненні правосуддя з формальних причин.

Список використаної літератури:

1. Конституція України: Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. // Відомості Верховної ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 62.
2. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради, 2004, N 40-41, 42. — Ст. 492.
3. *Василюк С., Ломоносова О.* Застосування аналогії в цивільному процесі / С. Василюк, О. Ломоносова // *Право України*. — 2002. — № 3.
4. *Власенко Н.А.* Об аналогии в современном процессуальном праве / Н.А. Власенко // *Российская юстиция*. — 2005. — № 7.
5. *Жуйков В.М.* Проблемы гражданского процессуального права / В.М. Жуйков. — М.: Городец-издат, 2001. — 288 с.
6. *Ковальський В.С.* Проблема суддівського розсуду та кримінальний закон / В.С. Ковальський // *Судова реформа в Україні. Проблеми і перспективи*. — К.-Харків, 2002.
7. *Луспеник Д.Д.* Наказне провадження: його цілі, процедура, проблеми та шляхи вирішення / Д.Д. Луспеник // *Право України*. — 2004. — № 7.
8. *Луспеник Д.Д.* Процесуальна аналогія в цивільному судочинстві: де-юре та де-факто (постановка проблеми) / Д.Д. Луспеник // *Адвокат*. — 2006. — № 2.
9. *Папкова О.А.* Усмотрение суда / О.А. Папкова. — М.: Статут, 2005. — 413 с.
10. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / В.В. Комаров, В.І. Тертишніков, В.В. Баранкова [та ін.]; за заг. ред. професора В.В. Комарова. — Харків: Харків юридичний, 2008. — 928 с.
11. *Савченко М.Д.* Суддівський розсуд у цивільному процесі / М.Д. Савченко // *Національний університет «Києво-Могилянська академія»*. — Т. 26: *Юридичні науки* — К., 2004.
12. *Сильченко Д.Ю.* Применение аналогии в уголовном судопроизводстве: дисс. ... канд. юрид. наук / Д.Ю. Сильченко. — М., 2001. — 220 с.