

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМ РЕАЛІЗАЦІЇ РЕГУЛЯТИВНОГО ВПЛИВУ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ

Анотація. В статті розглядаються існуючі наукові точки зору на проблеми застосування аналогії закону у цивільному праві України. Автор виокремлює питання, що залишаються дискусійними як в теорії, так і в практиці, здійснює їх критичний аналіз.

Ключові слова: аналогія закону, аналогія права, прогалина, правова доктрина.

Постановка проблеми. Обґрунтування необхідності застосування аналогії закону у правозастосуванні з метою подолання прогалин нараховує багатомісячну історію, зокрема, починаючи з часів Древньої Греції та Стародавнього Риму і закінчуючи сьогоднішнім, мислителі спрямовують розумові зусилля на досягнення істинних причин «несправедливості законів» та намагаються створити досконалу законодавчу модель регулювання суспільних відносин. Огляд літератури з аналогії закону можна здійснювати за різними класифікаційними критеріями: в залежності від історичного проміжку часу, галузевої приналежності дослідження. Зазначимо, що дане дослідження не претендує на виявлення усіх точок зору стосовно обраної тематики, оскільки обмежене галузевою специфікою застосування аналогії закону. Тому, обираючи напрямки дослідження, враховувались дискусійні питання, що не знайшли свого остаточного вирішення та мають значення для формування моделі здійснення регулятивної дії аналогії закону у цивільному праві України.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Оскільки аналогія закону не поставала предметом окремих монографічних та дисертаційних досліджень, вирішення даного питання має нагальне значення для подальших досліджень. **Метою** даної статті є систематизація існуючих наукових праць з проблем застосування аналогії закону та виокремлення питань, що залишаються полемічними як в теорії, так і в практиці.

Викладення основного матеріалу. Синтез існуючих точок зору надав змогу виділити наступні дилеми у побудові юридичної конструкції аналогії: 1. Чи можлива наявність прогалин у праві? 2. В яких формах можуть виражатись прогалини у законі? 3. Що являє собою сфера правового регулювання взагалі, та цивільно-правового регулювання зокрема? 4. Які чинники детермінують появу прогалин у законі? 5. Яка класифікаційна система прогалин склалась на сьогоднішній день? 6. Значення аналогії закону та ана-

логії права у здійсненні суддівської правотворчості? 7. Термінологічне навантаження формулювань «подолання прогалин» та «поповнення прогалин»? 8. Як розуміння юридичної природи аналогії закону впливає на її місце у механізмі правового регулювання? 9. Чи можливе застосування аналогії закону у сфері публічного права? 10. Які умови застосування аналогії закону? 11. Коло суб'єктів, що можуть реалізовувати регулятивний вплив аналогії закону з метою подолання прогалин? Отож, зупинимось на огляді точок зору стосовно визначених питань, вирішення яких надасть нам можливість з'ясувати підхід законодавця до концепції Цивільного кодексу України, зокрема позитивізму або все ж таки природно-правової, та особливості застосування аналогії закону як засобу подолання прогалин у цивільному праві України.

1. Природно-правова концепція Цивільного кодексу України через призму наявності «прогалин у законі» та «відсутності прогалин у праві».

Погляди науковців на застосування аналогії закону як засобу подолання прогалин залежать від позицій останніх стосовно можливості наявності прогалин у праві. Прихильниками безпрогальності права були М. А. Унковський [1, 5], Р. Ієрінг [2, 29, 26], Є. В. Васьковський [3, 96], які стверджували, що на будь-яке питання можна знайти відповідь у існуючій юридичній матерії (системі закріплених правових норм). Протилежного підходу дотримувався В. В. Лазарєв, який зауважував, що при характеристиці «прогалин у праві» та «прогалин у законі» можна говорити про відсутність нормативного акту або його неповноту, яка виражається у відсутності окремих норм, і навпаки, відсутність нормативного акту може представляти собою відсутність однієї норми [4, 10]. Можна помітити ототожнення зі сторони автора цих двох понять та виділення лише прогалин у законі, оскільки він вказує на відсутність частини або закону в цілому. Дослідження даного питання також відобразились в роботах таких вчених як Недбайло П.Є. (Применение советских правовых норм. – М.: Юридическая литература, 1960), Забігайло В. К. (Проблемы «пробелов в праве». Критика буржуазной теории. – К.: Наукова думка, 1974), Акімова В.І. (Понятие пробела в праве // Правоведение. – 1969. – № 3), Піголкіна О. С. (Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. – № 3),

Уранського Ф. Р. (К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2005. – № 5), Ліхачьова В. М. (Пробелы в современном международном праве. – Казань: Издательство Казанского университета, 1985), Кауфман М. (Пробелы в уголовном праве: понятие и виды // Уголовное право. – № 6. – 2006) та ін. Отож, вирішення питання стосовно визначення існування «прогалін у праві» або «прогалін у законі» надасть повну картину підходу «законодавця-позитивіста» або «законодавця-природника» до регулювання цивільних правовідносин.

2. *Форми вираження прогалін у законі.*

Незважаючи на достатню кількість монографічних досліджень, присвячених проблемам визначення правової природи прогалін, однозначної відповіді щодо форм їх вираження немає. Одні зазначають про повну або часткову відсутність нормативних вказівок (В. В. Лазарев [5, 37], С.І. Вільнянський [6, 34]), другі вказують на нерегульованість відносин (А. Т. Боннер), треті – на розпливчатість, двозначність, неповноту, суперечливість (А. С. Піголкін [7, 101, 102, 106], Є. В. Васильовський [8, 257]). Таким чином, нагальним питанням є тлумачення частини 9 ст. 8 ЦПК України, яка закріплює дефекти правового регулювання.

3. *Рамки сфери правового та цивільно-правового регулювання: реальність чи ілюзорність?*

Сфера правового регулювання визначалась науковцями за допомогою різних критеріїв, а саме через: сферу фактичного регулювання, встановленого законодавцем (В. К. Забігайло [9, 11], В.І. Леушин [10, 8]); загальну норму (А. Т. Боннер [11, 71]); природу суспільних відносин (В.І. Акімов [12, 110]); загальні принципи права (П.Є. Недбайло [13, 456]). Така поліінтерпретація сфери правового регулювання за відсутності аргументованості обраної позиції негативно впливає на формування правової свідомості та правової культури правозастосовця, діяльність якого направлена на забезпечення захисту прав, свобод й інтересів учасників цивільних правовідносин та не дає чіткої відповіді, коли суспільні відносини підпадають під правовий вплив.

4. *«Поповнення» та «усунення» прогалін у законі: чи є суддя творцем права?*

Необхідно зазначити, що науковці в своїх роботах з питань прогалін у праві, використовують різну термінологію стосовно усунення прогалінності. Так, в ряді робіт зустрічається поняття поповнення прогалін судами (С. С. Алексєєв, І. Я. Фойницький, І. Сабо, В.І. Акімов), у той час як інші застосовують термін подолання прогалін (В. В. Лазарев, М. М. Вопленко, А. С. Піголкін). В етимологічному значенні слово «поповнення» означає «добавити те, чого не вистачає, відшкодувати». В результаті можна прийти до висновку, що ті науковці, які застосовують термін поповнення, є прибічниками визнання судової практики у якості

джерела права, оскільки поповнення передбачає собою усунення прогалін, а подолання усуває прогалін лише для конкретного випадку. Прибічниками визнання судової практики в якості джерела права були також С. А. Муромцев [14, 43], Г. В. Демченко [15], М. М. Коркунов [16, 297, 299], Т. М. Яблочков [17, 143], С. М. Братусь і А. Б. Венгерів [18, 46]. С.І. Вільнянський зазначав, що суддівська правотворчість проявляється лише у випадках застосування аналогії права [6, 106]. На противагу підтримки суддівської правотворчості В. Д. Мордачев вказує на те, що аналогія закону є лише тлумаченням правових норм, простим застосуванням старого закону до нового випадку [19, 61]. Така позиція обґрунтовується приналежністю нашої країни до континентальної системи, в якій джерелом права виступає нормативно-правовий акт, а судова практика розглядається законодавцем лише як процес правозастосування та її результат. Але з огляду на поступове зближення англосаксонської та романо-германської правових сімей, визнання обов'язковості рішень Європейського суду з прав людини та роз'яснень Верховного Суду України, судова практика вже не тільки фактично, але й формально застосовується судовими органами у якості джерела права, що підкреслює значення набутих результатів досліджень вказаних науковців.

5. *Класифікаційна характеристика прогалін у праві (позитивному) та чинники, що детермінують їх появу.*

Дані питання знаходяться між собою у дуалістичній єдності, оскільки кожен вид прогалін у законі безпосередньо пов'язаний або із низьким рівнем законодавчої техніки (неповні, первинні прогалін), або з динамізмом розвитку суспільних відносин (повні, вторинні прогалін). В рамках окремих досліджень окреслені проблеми досліджували С. С. Алексєєв, С.І. Вільнянський, Ф. А. Григор'єв та О. Д. Черкасов, В. М. Ліхачьов, В.І. Леушин, В. С. Нерсисянц, О. М. Тарнопольська та ін.

6. *Аналогія закону: шлях до пізнання місця в механізмі правового регулювання.*

Зауважимо, що не всі прибічники наявності прогалін у праві вважали за можливе використання аналогії у якості засобу подолання прогалін (І. А. Покровський [20, 92]). Проблематики визначення правової природи аналогії закону торкалися як у галузевих науках, так і в теорії, зокрема Печений О. (Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві // Вісник академії правових наук України. – № 2(49)), Дормешкіна І. О. (Применение аналогии закона при защите в судебном порядке трудовых прав), Шиндяпина Є. Д., Бошно С. В. (Соотношение аналогии права и аналогии закона // Юрист. – 2006. – № 7), Морозов Б. П. (Аналогия при применении уголовно-правовых норм // Закон и право. – № 11. – 2008), Божок В. А. (Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве:

дисс. канд. юрид. наук: 12.00.15. – М., 2006), Боннер А. Т. (Применение аналогии при рассмотрении судом гражданских дел // Советское государство и право. – № 6. – 1976) та ін. Не вирішеним залишилось питання щодо правової суті аналогії закону, полеміка якого зводиться до визначення її як інституту (Карташов В. М., Майданик Р. А.); юридико-технічного засобу подолання прогалин (Погрібний С. О.).

7. *Межа умов та допустимості (випадків обмеження) застосування аналогії закону у цивільному праві України.*

Серед прихильників позиції «прогальності» права дискусії в основному точаться навколо меж та умов застосування аналогії закону. Умови застосування аналогії закону в більшості досліджень розглядаються лише шляхом визначення їх переліку, без з'ясування змісту кожної (Поленина С. В. Аналогия в гражданском праве // Советское государство и право. – № 5. – 1969; Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. – Т. 1: Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – СПб: Юридический центр Пресс, 2004; Трубицына Т. А. Институт аналогии в Российском праве // Право и политика. – № 1. – 2007; Леушин В. И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве // Проблемы применения советского права. – Свердловск, 1973; Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. – № 3) та тільки в деяких роботах теоретиків були спроби розкриття кожної з умов застосування аналогії закону (Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юридическая литература, 1974; Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. – М.: Юрид. лит., 1980). Серед цивілістів в рамках окремих статей даного питання торкались лише Р. Майданик (Застосування цивільного законодавства за аналогією // Юридична Україна. – 2009. – № 7) та Спасибо-Фатєєва І. В. («Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці // Вісник академії правових наук України. – 2003. – № 4 (34)). Так, Майданик Р. вважає, що умовами застосування аналогії закону є існування прогалини в законодавстві; наявність законодавчого регулювання схожих відносин; застосування аналогічного закону не повинно суперечити їх суті. Дійсно, умовами застосування аналогії закону є наявність прогалини та схожого законодавчого регулювання відносин, але відсутність суперечливості регулювання сутності відносин є скоріше не умовою, а межею застосування аналогії закону. Найбільш відповідними законодавству, на наш погляд, видались умови застосування аналогії закону, які запропонував Харитонов Є. О. у своїй монографії «Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти)», зокрема: відносини сторін повинні знаходитись у сфері дії цивільного права, тобто є цивільними правовідносинами; вказані цивільні відносини не врегульовані Цивільним

кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором; існують норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини.

Межі застосування аналогії закону у цивільному праві, окрім наукового дослідження Фидарова В. В. (О допустимости применения аналогии закона и аналогии права в сфере реализации правовых санкций // Право и политика. – № 10. – 2007), не служили предметом окремих наукових пошуків, в більшості випадків їх розглядали як умови застосування аналогії закону (Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. – № 3; Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юридическая литература, 1974; Трубицына Т. А. Институт аналогии в Российском праве // Право и политика. – № 1. – 2007), тому у виборі напрямків дослідження даного питання ми керувались наявними законопроектами та відповідними роз'ясненнями Міністерства Юстиції України.

8. *Застосування аналогії закону у сфері публічного права.*

У зв'язку з тим, що цивільні правовідносини є неоднорідними за своєю природою та можуть містити елементи публічності, виникає потреба у з'ясуванні можливості застосування аналогії закону у галузях публічного права. Застосування аналогії закону в сфері публічного права має як своїх противників (Таганцев М. С., Карташов В. М.), так і прибічників (Морозов Б. П., Кауфман М. О., Наумов О. В., Тенчов Е., Елькінд П., Строгович М. С., Люблінський П. І., Великий Д., Вовк І., Ульотова Г. Д., Божок В. О., Власенко Н. А.). Це цілком зрозуміло, оскільки застосування аналогії закону в галузях публічного права визивають численні дискусії та полеміку. Для цивільного права дана проблема має вирішальне значення, оскільки, по-перше, для доктрини та практики залишаються незрозумілими підстави застосування аналогії закону до цивільно-правових відносин, що мають публічно-правовий характер, по-друге, постає питання щодо можливості застосування за аналогією норм господарського, земельного та ін. законодавства у випадку наявності прогалини у актах цивільного законодавства та навпаки, оскільки зазначені галузі характеризуються як приватно-публічні, по-третє, оскільки ЦПК та ГПК України не закріплює можливості процесуальної аналогії, а потреба в ній існує, виникає неоднозначне застосування міжгалузевої аналогії закону.

9. *Співвідношення міжгалузевої аналогії закону та субсидіарного застосування цивільних норм.*

Питання застосування міжгалузевої аналогії тісно пов'язано із субсидіарним застосуванням цивільних норм. Розробкою співвідношення міжгалузевої аналогії та субсидіарного застосування норм займалися такі науковці як Ашихміна А. В. (О применении права при пробелах в трудовом законодательстве // Проблемы советского трудового права. – Свердловск, 1975. – Вып,

46), Бару М.І. (О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям // Советская юстиция. – 1963. – № 14), Єршов В. (Отношения, регулируемые гражданским правом // Российская юстиция. – 1996. – № 1), Авдюков М. Г. (Принцип законности в гражданском судопроизводстве. – М., 1970), Леушин В.І. (Способы применения права при пробелах в советском законодательстве // Проблемы применения советского права. – Свердловск, 1973), Грось Л. (Субсидиарное применение норм материального права // Советская юстиция. – 1988. – № 24), Лазарев В. В. (Применение советского права. – Казань, 1972), Лазарев В. В. (Пробелы в праве и пути их устранения. – М., 1974), Калмиков Ю. Х. (Вопросы применения гражданско-правовых норм. – Саратов, 1976), Некрасова О. В. (Застосування цивільного законодавства до сімейних правовідносин: автореф. дисс. на здобуття наук. Ступеня канд. юр. наук: 12.00.03. – 2008), Полєніна С. В. (Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. – 1967. – № 4) та ін. В рамках своїх досліджень деякі вчені виключають можливість субсидіарного застосування норм, вказуючи, що норми однієї галуззі застосовуються для врегулювання відносин іншої галуззі тільки за аналогією закону [4, 141; 21, 14-15], інші виокремлюють міжгалузеву аналогію та субсидіарне застосування норм [22, 48].

10. *Різноплановість аналогії закону та аналогії права.*

Обґрунтування вченими застосування аналогії у якості засобу подолання прогалин в різні часи обумовлене оновленням існуючого законодавства. Першим таким поштовхом до роздумів була судова реформа 1864 року, яка на законодавчому рівні закріпила можливість судовим органам вирішувати справи при неясності або неповноті закону на підставі загального змісту закону, до вказаного моменту такі справи передавалися з однією судовою інстанцією до іншої. Наукова доктрина в основному позитивно відреагувала на такі зміни (Є. М. Трубецької, О. С. Іоффе, І. Г. Ошанський).

Деякі науковці, виявляючи позитивне відношення до застосування аналогії закону у якості засобу подолання прогалин, вважають за неможливе або небажане застосування аналогії права, оскільки вона у меншій мірі відповідає вимогам укріплення законності і створює більше можливостей для проявлення суб'єктивного розсуду посадових осіб (Сабо І., Сергєєвський М. Д.). На сьогоднішній день критерії відмежування аналогії закону від аналогії права в цілому знайшли своє розкриття (І. В. Спасибо-Фатєєва, С. С. Алексєєв, О. Печений, Р. З. Лівшиц, Є. Г. Комісарова), але ретроспективний досвід законодавчого закріплення аналогії закону та аналогії права не виступав в якості предмету окремих досліджень.

11. *Суб'єкти використання й застосування аналогії закону.*

В літературі поза увагою залишилися питання суб'єктів використання та застосування аналогії закону. В більшості наукових робіт є лише вказівка на певні суб'єкти застосування аналогії закону без належної аргументації та без урахування специфіки цивільного права (Лобанов Г. А. Применение законодательства по аналогии // Юрист. – 1999. – № 10; Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. – М., 1992; Белоносов В. О. Критерии допустимости аналогии в уголовном процессе // Государство и право. – 2001. – № 7; Аналогия в уголовном процессе России: монография. – Самара, 2000; Ашихмина А. В. Применение аналогии в трудовом законодательстве // Советское государство и право. – 1984. – № 4 та ін.). Лише в роботах Батлера С. О. (Непоименованные договоры. – М.: Экзамен, 2008) та Брагінського М.І., Вітрянського В. В. (Договорное право. – Книга 1: Общие положения. – 3-е изд. – М.: Статут, 2008) зазначено питання знаходить певної обґрунтованої вказівки. Зокрема серед суб'єктів використання аналогії закону в рамках розгляду непоіменованих договорів виокремлюються фізичні та юридичні особи [23, 173].

Висновки. Отже, незважаючи на те, що в правовій доктрині в достатній мірі приділяли увагу дослідженню проблеми застосування аналогії закону, в цивілістичній літературі це питання не віднайшло належного розкриття та залишається дискусійним.

Література:

1. Унковский М. А. О неясности законодательства, как общественном бедствии, и о ближайших путях к его устранению / М. А. Унковский. – СПб: Типография В. Тимофеев, 1913. – 23 с.
2. Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития / Р. Иеринг. – СПб: Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. – 321 с. – репринтная копия.
3. Васильковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов / Е. В. Васильковский – М.: Бр. Башмаковы, 1913. – 152 с.
4. Лазарев В. В. Применение советского права / В. В. Лазарев. – Казань: Изд-во Казанского университета, 1972. – 200 с.
5. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. – М.: Юридическая литература, 1974. – 184 с.
6. Вильнянский С. И. Толкование и применение гражданско-правовых норм / С. И. Вильнянский // Методические материалы ВЮЗИ. – М., 1948. – 264 с.
7. Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР / А. С. Пиголкин. – М.: Государственное издательство Юридической литературы, 1962. – 166 с.
8. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васильковский. – М.: Центр ЮрИнфоРм, 2002. – 507 с.
9. Забигаило В. К. Проблемы «пробелов в праве». Критика буржуазной теории: автореферат дисс. на со-

- искание ученой степени канд. юрид. наук / В. К. Забигаило. — Киев, 1972. — 30 с.
10. Леушин В. И. Динамичность советского права и исполнение пробелов в законодательстве: автореферат дисс. на соискание ученой степени канд. юр. наук: 12.00.01 / В. И. Леушин. — Свердловск, 1971. — 25 с.
 11. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. — М.: Юрид. лит., 1980. — 160 с.
 12. Акимов В. И. Понятие пробела в праве / В. И. Акимов // Правоведение. — 1969. — № 3. — С. 110-113. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М.: Изд-во Юридической литературы, 1960. — 511 с.
 13. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М.: Изд-во Юридической литературы, 1960. — 511 с.
 14. Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права / С. А. Муромцев. — Ч.1. — М.: Тип. А. И. Мамонтова, 1877. — 316 с. — репринтная копия.
 15. Демченко Г. В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона / Г. В. Демченко // Журнал министерства юстиции. — СПб: Октябрь, 1904. — 34 с.
 16. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — СПб: типография Пазовского, 1908. — 360 с. — 232 с.
 17. Яблочков Т. М. Практический комментарий на Устав гражданского судопроизводства. Основы гражданского процесса / Т. М. Яблочков. — Т. 1. — Ярославль, 1913. — 406 с.
 18. Братусь С. Н. Понятие, содержание и форма судебной практики / С. Н. Братусь, А. Б. Венгеров. — М.: Госюртздат, 1975. — 576 с.
 19. Мордачев В. Д. Преодоление пробелов в праве / В. Д. Мордачев // Известия высших учебных заведений. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. — 2004. — № 1. — С. 60-63.
 20. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М.: Статут, 2003. — 351 с.
 21. Ершов В. Отношения, регулируемые гражданским правом / В. Ершов // Российская юстиция. — 1996. — № 1. — С. 13-15.
 22. Леушин В. И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве / В. И. Леушин // В кн.: Проблемы применения советского права. — Свердловск, 1973. — С. 42-59.
 23. Батлер Е. А. Непоименованные договоры / Е. А. Батлер. — М.: Экзамен, 2008. — 222 с.

Клим С. И. Доктринальные подходы к решению проблем реализации регулятивного воздействия аналогии закона

Аннотация. В статье рассматриваются существующие научные точки зрения на проблемы применения аналогии закона в гражданском праве Украины. Автор выделяет вопросы, которые остаются дискуссионными как в теории, так и в практике, осуществляет их критический анализ.

Ключевые слова: аналогия закона, аналогия права, пробел, правовая доктрина.

Klim S. Doctrinal approaches to the solution of problems in the regulatory impact analogy implementation of the law

Summary. The article discusses the existing scientific point of view on the problem of application the analogy of law in the civil law of Ukraine. Both in theory and in practice the author identifies the issues that remain under discussion, carries out their critical analysis.

Keywords: analogy of the law, analogy of law, gap, legal doctrine.