

УДК 340.112

ВОПРОСЫ ПРАВОМЕРНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ АНАЛОГИИ В КАЧЕСТВЕ СПОСОБА ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Шмаленя С.В., аспирант

Запорожский государственный университет

Закон и иные нормативные акты, хотя бы и самые совершенные, не в состоянии предусмотреть и охватить все разнообразные случаи жизни, с которыми встречаются применяющие юридические нормы судебные и административные органы, учесть все многообразие общественных отношений, которые требуют правового регулирования. Поэтому в практике правоприменения может оказаться, что определенные обстоятельства, имеющие юридический характер, не находятся в сфере правового регулирования. Налицо пробел в праве.

Уже в рабовладельческих государствах, в работах древнегреческих мыслителей, в высказываниях римских юристов было отмечено, что закон никогда не может с точностью и вполне охватить превосходнейшее и справедливейшее, чтобы предписать всем наилучшее, что, как писал Платон, «несходства между людьми и делами и то, что ничто человеческое ни на минуту не остается в покое ни в чем – не позволяет никакому искусству проявляться в форме простой для всех и на все время». «Все относящееся к законодательству, замечает в другом месте Платон, – никоим образом и никогда еще не бывало правильно выработано до конца...» [1].

Ф.Регельсбергер замечал, что «под общие требования закона никогда не подойдут все фактические условия конкретного случая, а законодатель не сможет предвидеть всех изменений в практической жизни» [2].

Пробелы свойственны каждой системе законодательства. В современном праве они появляются, как правило, в результате бурного социально-экономического развития и возникновения на этой основе новых общественных отношений, за которыми трудно «успеть» даже при идеальной постановке нормотворческой деятельности [3].

Пробелы отрицательно сказываются на эффективности действующих норм права, затрудняют их применение, а в конечном итоге тормозят поступательное движение общественных отношений.

Таким образом, объективной и очевидной является необходимость их преодоления.

Правовая теория и практика в течение длительного исторического периода выработали несколько способов преодоления пробелов в законодательстве. При этом наиболее популярным и действенным в современных правовых условиях признан такой способ, как аналогия, которая в свою очередь подразделяется на аналогию закона и аналогию права.

В данной работе, не останавливаясь на определении, особенностях, принципах и правилах применения аналогии, будет рассмотрена возможность и правомерность ее использования в качестве способа преодоления пробелов.

Никем не оспаривается тот факт, что в условиях развитой правовой системы сфера применения аналогии сужается в правоохранительной деятельности органов государства [4]. В области уголовного законодательства и законодательства об административных правонарушениях при пробеле соответствующий вопрос вообще не может быть поставлен [5], применение аналогии закона и аналогии права категорически исключается. Преступными могут признаваться только деяния, квалифицирующие признаки которых содержатся в уголовном законодательстве; то же самое можно сказать и в отношении административных правонарушений [6]. Здесь действует правило, известное еще со времен римского права: «Нет преступления и нет проступка, нет наказания и нет взыскания, если нет закона».

Положение о запрещении аналогии нашло свое закрепление и в Уголовном Кодексе Украины, ст. 3 ч. 4 которого гласит: «Применение закона об уголовной ответственности по аналогии запрещено» [7].

Уголовное право, как и любая другая отрасль права, регулирует поведение людей и таким образом закрепляет общественные отношения между людьми [8]. Согласно ст. 11 ч. 1 УК Украины, только то общественно опасное деяние признается преступлением, которое предусмотрено уголовным законом в

качестве такового. При этом следует иметь в виду, что уголовно-правовые нормы закрепляют не любые случайные формы объективной и субъективной стороны того или иного деяния, а лишь такие ее формы, в которых проявляются определенные общественно вредные закономерности [9]. Как и в любой другой отрасли, в уголовном праве отражаются назревшие потребности общественного бытия. Признание тех или иных деяний общественно опасными, а затем закрепление их в качестве уголовно наказуемых, есть объективно предопределенный процесс, исключающий всякое проявление волюнтаристских решений [10].

«Исключение аналогии из действующего уголовного законодательства,- указывает П.Е. Недбайло,- не означает того, что уголовный закон в состоянии охватить буквально все возможные преступные деяния» [11].

С запрещением аналогии преступлений и наказаний отнюдь не исключены пробелы в уголовном праве. Уголовное право ГДР вообще не знало института аналогии. Тем не менее, при обсуждении в 1963 году проекта УК ГДР некоторые авторы прямо указывали, что с новой уголовно-правовой кодификацией, само собой разумеется, нельзя разрешить все правовые проблемы, которые встретятся в дальнейшей деятельности следственных органов. Это невозможно, потому что общественные отношения находятся в постоянном движении и доставляют новые результаты [12].

В сфере правового регулирования, касающегося запрещения определенного поведения и установления санкций за те проступки, которые опасны или вредны для общества, то или иное запрещенное деяние должно быть четко, полно и недвусмысленно отражено в нормативном акте [13]. Специфика этих областей права заключается в том, что существующий закон, как резюмируется, должен точно и исчерпывающе определить весь круг деяний, которые рассматриваются как нарушение закона. Никто, кроме органа, издающего закон, не вправе решать, какой вид деяния нужно считать нарушением закона; никому, кроме законодателя, не дано право считать преступлением (или проступком) такие деяния, которые законом не предусмотрены. Существующие и появляющиеся новые пробелы даже в такой развитой системе законодательства, каким обычно является уголовное законодательство, могут быть устранены только законодателем [14].

Правом является лишь то, что предписано в тексте закона. Все мыслимые деяния либо воспрещаются, или подпадают под закон, либо не подпадают. «Действие, которое не включено в лестницу наказаний писал известный итальянский юрист Чезаре Беккариа,- не может называться преступлением, и облагается наказанием только теми, кому выгодно его так называть» [15].

Возможность аналогии здесь исключает сам характер общественных отношений, возникающих в ходе борьбы с преступностью. Исключение института аналогии из уголовного права, - считает В.Н.Карташов,- обусловлено принципиальными соображениями [16].

Данные принципиальные соображения проявляются в том, что «отсутствие применения аналогии права и аналогии закона при привлечении к уголовной, административной, дисциплинарной ответственности – гарантия неприкосновенности личности, стабильности правового регулирования, уверенности граждан в том, что они не будут привлечены к ответственности без законных на то оснований» [17], «правовая гарантия безопасности личности» [18], «гарантия защиты личности» [19]. Строго ограничивая круг действий, определяемых как общественно опасные, законодатель тем самым устанавливает основания и пределы привлечения к уголовной ответственности, обеспечивает превентивную функцию уголовного права [20].

Теоретиками в области уголовного права аналогия рассматривается чаще всего как противоречащая самой идее законности. «Не согласуется с принципом законности, - как полагает М.Г.Авдюков,- и аналогия процессуального закона» [21]. Именно в интересах строгого и неукоснительного проведения принципов законности уголовное законодательство исключило применение аналогии как способа преодоления пробелов при определении противоправности, наказуемости и других вопросов, связанных с «криминализацией» деяний. Конечно, исключение аналогии из уголовного права может в некоторых случаях повлечь определенные практические затруднения; возможно, что некоторые противоправные действия могут ускользнуть из сферы уголовно-правового воздействия. Однако указанное выше начало является одной из существенных гарантий неприкосновенности личности, средством, закрывающим одну из возможностей для нарушения законности в такой области права, которая предусматривает довольно строгие репрессивные меры в отношении правонарушителей. И поэтому социальный выигрыш, получаемый от последовательного проведения принципа «нет преступления и наказания без указания на то в законе», намного превосходит те возможные потери, которые возникают вследствие отсутствия в нынешнем уголовном праве аналогии [22].

Специфика рассматриваемого вопроса в уголовном праве состоит в том, что, в соответствии со ст. 6 ч. 1 п. 2 УПК Украины, органы дознания, следствия, прокурор и суд не вправе возбуждать уголовного дела, если в действиях лица отсутствуют признаки состава преступления, предусмотренного конкретной нормой уголовного закона, а возбужденное дело подлежит прекращению в любой стадии уголовного

процесса [23]. «Отказ в возбуждении производства по делу является естественным выходом для практика в такой ситуации» [24]. Судам предписывается в этих случаях (если отсутствие состава преступления обнаружено в стадии судебного разбирательства) довести дело до конца и вынести оправдательный приговор. «В данном случае выход один: вынести отрицательное решение по делу, сказать «нет, не виновен, уголовному преследованию и наказанию не подлежит» [25].

В юридической литературе существует мнение, что норма, запрещающая применение аналогии в уголовном праве, относится лишь к Особенной части уголовного законодательства. В отношении же Общей части уголовного законодательства аналогия не запрещена.

«Учитывая соображения относительно исключения аналогии при преодолении пробелов в Особенной части уголовного права, - считает В.Н. Карташов, - а также то, что предписания Общей части уголовного права применяются, как правило, при реализации норм Особенной части и в большей мере могут влиять на положение правонарушителя, нельзя использовать аналогию в качестве средства преодоления пробелов в Общей части уголовного права. Преодоление пробелов как в Общей, так и в Особенной части уголовного права должно входить в компетенцию правотворческих органов» [26].

По вопросу применения аналогии в других отраслях права, отраслях, которые получили общее название частного права, в юридической литературе среди ученых нет единой точки зрения. Их мнения зачастую являются диаметрально противоположными: от допустимости применения аналогии до полного ее запрещения или значительного ограничения. При этом в условиях современного развития государства и права, с учетом провозглашения принципа законности во всех сферах человеческой деятельности, представляется, что применение аналогии как средства преодоления пробелов в законодательстве, должно быть не только значительно ограничено, но и в конечном итоге запрещено. Принцип законности предполагает точное и неукоснительное соблюдение требований законодательных актов, аналогия же предусматривает возможность применения тех или иных подобных или похожих нормативных актов на сходные правоотношения. Где же точность, где в этом случае принцип законности? Нельзя ли утверждать, что там, где применяется аналогия, отсутствует законность и правопорядок, которые порождаются точным исполнением законов?

Полностью исключал применение аналогии в тех отношениях, которые касаются самой государственной власти, ее устройства или регулирования борьбы интересов целых слоев населения, русский юрист С. Муромцев. Профессор Г. Бук (Бельгия) прямо заявляет, что административный судья не может, когда речь идет об основных нормах, восполнить пробел [27].

«Использование аналогии права, - считает С.С. Алексеев, - имеет довольно узкие рамки. Даже в области гражданского права она носит исключительный характер: по существу может использоваться лишь постольку, поскольку данный вопрос не может быть решен на основании общих норм, при помощи аналогии закона или субсидиарного применения норм смежных отраслей» [28]. Неуклонное сужение рамок применения аналогии права происходит по мере совершенствования законодательства [29].

Другие авторы считают, что аналогия может применяться лишь как исключение, а не как правило; ее применение ограничивается узкими рамками и производится лишь как средство восполнения неизбежных пробелов в законе, который всех случаев жизни вообще предусмотреть заранее никогда не может [30]. В.В. Лазарев считает, что очень часто для рассмотрения гражданского дела наличие закона обязательно, в связи с чем возможен отказ в правосудии. Например, личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, регулируются в гражданском порядке только тогда, когда они прямо предусмотрены законом [31]. Суд не может применить аналогию по отношению к событиям, поскольку гражданские права и обязанности возникают только вследствие таких событий, с которыми закон связывает наступление гражданско-правовых последствий (ст. 4 ГК Украины). Суд во многом ограничен в использовании аналогии при избрании средств защиты гражданских прав (ст. 6 ГК Украины). Ст. 12 ГК Украины указывает: «Никто не может быть ограничен в правоспособности или дееспособности иначе как в случаях и в порядке, предусмотренных законом». Перечень подобных ограничений можно было бы продолжить. Кроме того, сами принципы и условия применения аналогии существенно сужают рамки ее использования в области гражданско-правовых отношений.

Всякая ситуация, которая допускает разрешение по аналогии, является новой ситуацией. Она может иметь сходство с урегулированной в законе, а может и не иметь. В том и в другом случае предполагается отсутствие нормы, которая бы охватывала данную ситуацию. Поэтому о применении действующих норм в строгом смысле слова не может быть и речи. Если отыскивается норма, регулирующая сходные обстоятельства, то она все равно подвергается известной модификации в ходе перенесения ее действия на рассматриваемую ситуацию, что отнюдь не характерно для процесса применения правовых норм. Правовая аналогия относится к сфере применения права только в том смысле, что вопрос о ее использовании возникает в связи с решением юридических дел. Правовая аналогия имеет своим результатом создание нового положения, неизвестного законодательству, но способного служить решению дела.

С другой стороны, новое положение, призванное к преодолению пробела в праве и выработанное посредством заключения по аналогии, не становится правовой нормой. Оно создается обычно для данного, вполне определенного случая, не обладает всеобщностью, что характерно для всякого правила поведения. Оно, наконец, не признается государством обязательным при рассмотрении подобных дел в практике [32].

Под страхом наказания воспрещалось даже толкование законов в период Нового времени. Судьи обязаны были в случае неясности, неполноты или недостаточности законов обращаться к самому законодателю [33].

Еще одно обстоятельство, свидетельствующее о необходимости исключения применения аналогии из права, - это превращение судебных органов при аналогии в законодательные. Так, С.С. Алексеев считает, что использование аналогии должно подчиняться условиям, которые исключают возможность превращения правоприменительных органов в органы, осуществляющие правотворческие функции [34]. А между тем, такая возможность не только не исключена, но и очевидна. Притом, что судебный прецедент не является источником права. Правоприменительный орган не может встать на место законодателя и самостоятельно творить право [35]. Кроме того, рассуждая дальше, можно утверждать, что при аналогии новое право, новая норма не создается, - а это соответствует правовой действительности. Следовательно - но, и пробел в праве остается невосполненным, неустраненным [36].

В особенности трудно отрицать правосозидательный характер деятельности суда в случае использования аналогии права, то есть решения дела на основе общих принципов и смысла законодательства. Учитывая это, И. Сабо пишет, что «теория права отвергает возможность или допустимость аналогии права, так как это неизбежно приводит к созданию новой непосредственной нормы поведения тем, кто применяет право» [37].

С.С. Алексеев считает, что «существенное значение при аналогии права имеет правосознание (в особенности профессиональное, научное), которое аккумулирует представление о сути права, о его принципах» [38]. Пожалуй, это важное обстоятельство можно назвать следующей причиной, по которой следует отказаться от использования аналогии. Она состоит в том, что применение аналогии осуществляет правоприменитель, которым в конечном итоге является судья, то есть человек, а именно - конкретный человек, взятый в определенный исторический период. Еще Сократ замечал, что, сколько существует людей, столько же мнений.

Использование аналогии как способа преодоления пробелов привлекает многих зарубежных юристов тем, что такой прием позволяет обосновать право судьи применять самые неопределенные источники для создания правовой нормы. «Действительно то, - заявляет, например, Г. Тадеши, - что аналогия является наиболее естественным методом заполнения пробелов в праве, так как она основана на требовании справедливости», которую, разумеется, любой правоприменитель понимает по-своему [39].

Еще Аристотель одобрял деятельность просвещенных законодателей и в дополнение к тому приветствовал законодательства, подробно нормирующие поведение людей, дающие менее простора усмотрению судей.

Неосторожное отношение большинства русских юристов к идеям свободного судебного правотворчества оправдывалось условиями русской действительности. Некоторые из них открыто высказывали опасения, что ввиду непрочности начал законности в государственном строе дореволюционной России, при отсутствии прочной культурно-правовой традиции и подлинной независимости судей, не будет строго соблюдаться грань, отделяющая пробел в законе от случаев применения существующего закона, и все это может привести к судебскому произволу. Так, условность «опасений» Ф.В. Тарановского состоит в том, что суды царского самодержавия фактически попирали закон всегда, где это необходимо было в угоду правящим сословиям [40].

Отец социологической юриспруденции судья Оливер Холмс писал: «Жизнью права является не логика, а опыт, ощущение насущных потребностей времени, преобладающих моральных и политических теорий, интуитивное понимание общественной политики, сознательное или несознательное, даже предрассудки, которые разделяют судьи со своими сослуживцами, имеют гораздо большее значение, чем силлогизмы в определении правил, при помощи которых должны управляться люди».

Следствием такого подхода является принижение правовых норм и, наоборот, возвеличение фактического порядка вещей.

Следует ли при этом говорить, что неправильное применение аналогии порождает произвол судей, подмену законности личным усмотрением [41].

При оправдании использования аналогии в качестве способа преодоления пробелов в законодательстве многие авторы исходят из того, что законодатель, устанавливая принципы права, исходные нормы и

даже определенные нормативные акты, тем самым подразумевает распространение их положений и на другие, возможные в будущем, правоотношения. В этом проявляется его воля.

Данное положение не соответствует действительности по следующим основаниям. Так, А. Боровицкий указывает на то, что воля законодателя лишь настолько составляет закон, насколько она выразилась в законодательном акте, и только то, что выражено в источниках права, можно отнести к положительному праву. Г. Кельзен пишет: «Из того, что нечто есть, не следует и не может следовать, что нечто должно или не должно быть. Заключение от бытия к долженствованию является ложным заключением».

В.В. Лазарев замечает, что пробелы могут образоваться в связи с появлением новых общественных отношений, которые законодатель не мог предвидеть при издании соответствующего акта. Следовательно, в его умолчании об этих отношениях нельзя усмотреть какую-либо позицию, основываясь на проявленной в акте воле. Было бы неправильно полагать, что субъектом установления пробелов являются только правоприменительные органы и только им приходится заниматься решением проблемы пробелов в праве. Последняя во всех отношениях является актуальной для правотворческих органов не в меньшей степени, чем для субъектов правоприменения. Окончательную констатацию факта существования пробела законодатель оставляет за собой и потому в некоторых сферах государственно-правовой жизни не допускает преодоления пробелов правоприменительными органами [42].

Ч. Беккариа поясняет, что нет ничего опасней общепризнанной аксиомы, что следует руководствоваться духом закона, что невыгоды от строгого соблюдения буквы закона незначительны по сравнению с невыгодами, порождаемыми его толкованием [43].

Право рассматривается лишь в единстве содержания и формы. «...Воля, если она государственная, - писал В.И. Ленин, - должна быть выражена как закон, установленный властью...»

ЛИТЕРАТУРА

1. Лазарев В.В. Пробелы в праве. – Казань: Изд-во КГУ, 1969. - С.10.
2. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. - М., 1957. - С.164.
3. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. - М.: Юрид. лит., 1974. - С.3.
4. Общая теория государства и права: Т. 2. - Общая теория права / Отв. редакторы: проф. В.С. Петров, проф. Л.С. Явич., Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1974. - С.319.
5. Алексеев С.С. Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. - М.: Статут, 1999. - С.118.
6. Теория государства и права / Под ред. проф. М.Н. Марченко. – М.: Изд-во МГУ, 1987. - С.385.
7. Уголовный Кодекс Украины от 05.04.2001г. - Х.: Одиссей, 2001 - С.6.
8. Никифоров Б.С. Объект преступления. - М.: Госюриздат, 1960. - С.10.
9. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. - М.: Госюриздат, 1960. - С.39.
10. Лазарев В.В. Пробелы в праве. - Казань: Изд-во КГУ, 1969. - С.78.
11. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. - М.: Госюриздат, 1960. - С.460.
12. Лазарев В.В. Пробелы в праве. – Казань: Изд-во КГУ, 1969. - С.61.
13. Общая теория права / Под общ. ред. проф. А.С. Пиголкина. - М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1996. - С.278.
14. Забигаило В.К. Проблема “пробелов в праве” (К критике буржуазной теории). - К.: Наукова думка, 1974. - С.88-89.
15. Ч. Беккариа. О преступлениях и наказаниях. - М.: Юриздат, 1939. - С.460.
16. Вопросы теории государства и права // Межвузовский научный сборник, Вып.4. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1976. - С.186.
17. Общая теория права / Под общ. ред. проф. А.С. Пиголкина. - М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1996. - С.278.
18. Лазарев В.В. Пробелы в праве. – Казань: Изд-во КГУ, 1969. - С.61.
19. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. проф. Н.И. Матузова, проф. А.В. Малько. - М.: Юристъ, 2000. - С.465.
20. Вопросы теории государства и права // Межвузовский научный сборник, Вып.4. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1976. - С.188.

21. Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. – М.: МГУ, 1970. – С.178.
22. Алексеев С.С. Проблемы теории права.: Т. 2. – Свердловск, 1973.- С.269-270.
23. Уголовно-процессуальный Кодекс Украины. – Х.: Одиссей, 2001. – С.9.
24. Общая теория права и государства / Под ред. академика РАЕН В.В. Лазарева. – М.: Юрист, 1994. – С.175.
25. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юрид.лит., 1974. – С.161.
26. Вопросы теории государства и права // Межвузовский научный сборник, Вып.4. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1976. – С.187.
27. Забигайло В.К. Проблема “пробелов в праве” (К критике буржуазной теории). – К.: Наукова думка, 1974. – С.85.
28. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Т.2. – Свердловск, 1973. – С.277.
29. Теория государства и права / Под ред. проф. М.Н. Марченко. – М.: Изд-во МГУ, 1987. – С.385.
30. Теория государства и права / Под ред. проф. М.М. Рассолова, проф. В.О. Лучина, проф. Б.С. Эбзеева. – М.: Юнити, 2001. – С.314.
31. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юрид.лит., 1974. – С.162-163.
32. Там же, С.172-173.
33. Лазарев В.В. Пробелы в праве. – Казань: Изд-во КГУ, 1969. – С.20.
34. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Т.2. – Свердловск, 1973. – С.266.
35. Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 4. – Свердловск, 1960. – С.53.
36. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юрид. лит., 1974. – С.132.
37. Сабо И. Социалистическое право. – М.: Юриздат, 1960. – С.279.
38. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Т. 2. – Свердловск, 1973. – С.276.
39. Забигайло В.К. Проблема “пробелов в праве” (К критике буржуазной теории). – К.: Наукова думка, 1974. – С.94-95.
40. Лазарев В.В. Пробелы в праве. – Казань: Изд-во КГУ, 1969. – С.28.
41. Денисов А.И. Теория государства и права. – М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. – С.487.
42. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юрид.лит., 1974. – С.39.
43. Ч. Беккариа. О преступлениях и наказаниях. – М.: Юриздат, 1939. – С.209-210.