

ДАНЧЕНКО К. М.,
старший викладач кафедри
кримінально-правових дисциплін
та оперативно-розшукової діяльності
(Прикарпатський факультет
Національної академії внутрішніх справ)

ЛУК'ЯНОВИЧ Я. О.,
курсант II курсу
(Прикарпатський факультет
Національної академії внутрішніх справ)

УДК 343.211.2

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-6-2-19>

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ПРАВА У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Стаття присвячена дослідженню юридичної природи аналогії в кримінальному праві України та країн Європейського Союзу як способів усунення прогалін у кримінальному законодавстві, здійснюється аналіз різної літератури, присвяченої вивченню даної теми.

Доводиться, що аналогія є одним із найбільш багатоаспектних інститутів права. Аналогія – це спосіб дозволу конкретного випадку, не передбаченого кримінально-процесуальним законодавством, але що знаходиться у сфері правового регулювання, на підставі статей, регулюючих схожі кримінально-процесуальні відносини.

Встановлено, що підстави застосування аналогії у кримінальному праві ті ж, що і в інших галузях права. Вони полягають в недосконалості законодавства, в необхідності заповнення наявних у законі пропусків. Особливе значення ця проблема має у сфері кримінального права як галузі публічного права, для якого характерним є спеціально – дозвільний тип правового регулювання.

З'ясовано, що питання про застосування аналогії в кримінальному праві залишається відкритим. Є дві протилежні думки: від повного схвалення до категоричного заперечення. Одні відкидають аналогію, а інші заявляють, що обійтися без аналогії у кримінальному процесі не видається можливим.

Таким чином, можна зробити висновок, що однією з особливостей чинного кримінально-процесуального законодавства є різке обмеження застосування закону аналогії, а звідси і тенденція подальшої відмови від аналогії. Поряд із загальноновизначеними умовами застосування правової аналогії в кримінальному провадженні слід виокремити і специфічні умови, наукове дослідження та формулювання яких є актуальним і важливим напрямком наукового пошуку.

Ключові слова: аналогія права, прогалини у праві, усунення прогалін у праві, кримінальне законодавство.

The article is devoted to study the legal nature of the analogy in criminal law of Ukraine and the European Union countries as a way of eliminating the gaps in the criminal legislation, the analysis of various literature devoted to the study of this topic.



It turns out that Analogy is one of the most multidimensional institutions of law. an analogy is a way of resolving a specific case not provided for by the criminal procedure legislation, but which is within the sphere of legal regulation, on the basis of articles regulating similar criminal procedural relations.

It is established that the grounds for applying the analogy in criminal law are the same as in other branches of law. They are imperfect in legislation, in need of filling in the gaps in the law. This problem is of particular importance in the field of criminal law as a field of public law, which is characterized by a specifically – permissive type of legal regulation.

It has been found that the question of the application of the analogy in criminal law remains open. There are two opposing points of view: from full approval to categorical objection. Some reject the analogy, while others argue the exact opposite, saying that it is not possible to do without an analogy in criminal proceedings.

Thus, it can be concluded that one of the peculiarities of the current criminal procedural legislation is the sharp restriction of the application of the law of analogy, and hence the tendency of further rejection of the analogy. Along with the generally recognized conditions of application of legal analogy in criminal proceedings, specific conditions should be distinguished, scientific research and formulation of which is a relevant and important area of scientific search.

Key words: law analogy, gaps in law, elimination of gaps in law, criminal law.

Вступ. Питання встановлення прогалин у праві загалом, а також способів їх усунення (подолання) мають значення як для законотворчої, так і правозастосовної діяльності. Особливе значення ця проблема має у сфері кримінального права як галузі публічного права.

Дослідження та детальний аналіз інституту аналогії у кримінальному праві пов'язані з розглядом її співвідношення з іншими інститутами кримінального процесу: конкретизацією, поширювальним тлумаченням, судовим прецедентом та ін. Необхідність такого співставлення зумовлена тим, що вказані категорії є взаємопов'язаними, і нерідко аналогію ототожнюють з котроюсь із них.

Прогалини у кримінальному законодавстві традиційно вважаються одним із найпоширеніших видів юридичних дефектів, які слід віднести до групи системно-структурних дефектів. Поява прогалин є наслідком ігнорування або несвоєчасного внесення змін і доповнень у чинну правову систему.

Водночас розвиток кримінальних відносин, реформування кримінального законодавства, особливо останніми роками, зумовлює необхідність більш глибокого аналізу та поглиблення знань про прогалини в кримінальному праві, способи їх усунення та подолання, який би відповідав потребам сьогодення.

Безперечним є те, що дослідження цієї проблеми вимагає комплексного підходу, врахування нових напрямків розвитку вітчизняної юридичної науки, з одночасним переосмисленням наукових поглядів минулого, висвітленням прикладних аспектів цього напрямку дослідження.

Теоретичним підґрунтям обраної теми стало опрацювання теоретичних положень, що містяться в наукових працях таких вчених, як: В.Н. Карташов, М.С. Строгович, М.О. Громов, В.В. Лазарєв, Д.Ю. Сільченко, В.Д. Бабкін, Л.М. Кельман, О.В. Колотова, Т.В. Мальярчук, П.М. Рабінович, О.Ф. Скакун, Ю.С. Шемшученко, І.О. Рощина та ін.

Постановка завдання. Метою і завданням цієї статті є з'ясування сутності аналогії права як способу усунення прогалин у кримінальному праві. Аналіз юридичних аспектів інституту аналогії в кримінальному праві України та Німеччини, розробці теоретичних основ її застосування. А також теоретичне осмислення поняття та можливості застосування аналогії.

Результати дослідження. Найбільш актуальним і хрестоматійним визначенням поняття прогалини як правового явища в теорії держави та права є таке: «Прогалини



у праві – це повна чи часткова відсутність у чинному законодавстві необхідних юридичних норм» [5, с. 215].

Погоджуючись із думкою С.С. Алексеева, що характеристика способу заповнення пропусків у праві за допомогою аналогії як «аномальна», «нетипова» форма застосування права є неточною, варто зазначити, що для права це цілком природний, нормальний порядок застосування, що забезпечує його функціонування як динамічної системи і «самоналагодження» відповідно до вимог суспільних відносин, що розвиваються. Але цей порядок діє в обмежених межах; він підкоряється умовам, які виключають можливість перетворення правозастосовних органів в органи, що здійснюють правотворчі функції [1, с. 267].

І хоча останніми роками спостерігається активний процес вдосконалення кримінально-процесуального законодавства який скорочує кількість пропусків в кримінально-процесуальному праві, це не виключає необхідності збереження добре відпрацьованих механізмів заповнення пропусків в праві: вони повинні постійно знаходитися в стані «бойової готовності», забезпечуючи у разі потреби «самонастройку» права як динамічної системи суспільного регулювання» [1, с. 270].

Аналогія (у кримінальному праві) – це застосування по відношенню суспільно небезпечного діяння, яке прямо непередбачається законом в момент його скоєння, статті кримінального закону, яка встановлює кримінальну відповідальність за злочин, найбільш схожий властивістю й характером. Згідно з найбільш поширеною у кримінально правовій науці думку, аналогія не допускається. Значна частина кримінальних законів країн світу містять чіткі норми, у яких прямо забороняється застосування аналогії, причому, у більшості країн аналогія не допускається не лише в межах Особливої частини, але й в межах Загальної частини кримінального закону.

Але тут необхідно розуміти, що аналогія закону й аналогія права не є тотожними поняттями, оскільки аналогія закону – це специфічний спосіб прийняття юридично значущого рішення у разі прогалин у законодавстві, що стосуються відповідного конкретного випадку, а аналогія права – це застосування щодо суспільних відносин, не регламентованих у правовому порядку безпосередньо, загальних принципів національної чи міжнародної систем права, які визначають «ratio legis». На відмінно від країн Європи в Україні аналогія права має допоміжний характер і обмежену сферу застосування, яка звужується у процесі розвитку і вдосконалення законодавства [2, с. 105].

Насамперед, варто зазначити, що аналогія права у сфері кримінального провадження, на відміну від аналогії закону, не мала і не має великої кількості прихильників, як така, що суперечить самій ідеї законності, адже однією з головних умов законності й обґрунтованості застосування норм кримінального процесуального права є точна відповідність норми її змісту фактичним обставинам конкретного випадку, у зв'язку з яким норма права застосовується [3, с. 248].

Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України. Класичним прикладом є заборона аналогії в кримінальному праві, унаслідок чого склади злочинів не можуть встановлюватися лише шляхом судження за аналогією або іншого доповнення норм права (принцип «nulla poena sine lege»).

Якщо досліджувати кримінальне право Європейського союзу, то варто зауважити, що немає єдиного нормативного акту, який би врегульовував кримінальні та кримінально-процесуальні відносини країн, що входять до складу ЄС. Незважаючи на це, країни, що входять до Європейського союзу, відрізняються досвідом ефективного здійснення кримінального судочинства, що може послужити Україні в процесі реформування норм чинного кримінально-процесуального законодавства.

Відповідно до Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, ніхто не може підлягати відповідальності по справжньому Статуті, якщо тільки інкриміноване діяння на момент його вчинення не визнавалося злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду (ч. 1 ст. 22). В рішенні Європейського Суду з прав людини «SW v United Kingdom» від 22 листопада 1995 р. міститься недвозначна вказівка на те, що неприпустимо ніяке відступ



від принципу «немає злочину без вказівки на те в законі», навіть «під час війни або іншого надзвичайного стану» з метою «забезпечення максимально ефективного захисту особи від довільного кримінального переслідування, засудження і покарання».

Відповідно до позиції Конституційного суду Німеччини, принцип немає покарання без закону (*nulla poena sine lege*) складається з чотирьох окремих вимог:

– **Nulla poena sine praevialege poenali.** «Немає покарання без попередньо установленого закону. Це забороняє існування законів із зворотною дією та їх ретро застосування»;

– **Nulla poena sine lege scripta.** «Не існує покарання без писаного закону. Тобто, кримінальні заборони повинні бути затверджені в письмових правових документах загального характеру, зазвичай в законах, прийнятих у формі, відповідно до вимог конституційного права. Це виключає звичаєве право як основу кримінального покарання»;

– **Nulla poena sine lege certa.** «Немає покарання без визначеного права. Це передбачає, що кримінальний закон повинен визначити карну поведінку і покарання з достатньою певністю, що дозволить громадянам передбачити конкретні вчинки, за які можна отримати покарання, і поводити себе належним чином. Правило визначає загальний принцип правової визначеності у контексті кримінального права. Воно визнане і закріплене в багатьох національних юрисдикціях, так само, як і у праві Європейського суду, справедливості як «загального принципу права Європейського Союзу»;

– **Nulla poena sine lege stricta.** «Немає покарання без строгого закону. Це забороняє застосовувати за аналогією законодавчі положення в області кримінального права».

Ст. 58 Конституції України проголошує: «Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення». Тут діє непорушний принцип: «немає покарання без закону», що служить гарантією захисту закону. Прикладом зловживання аналогією в галузі кримінального законодавства мало місце у Фашистській Німеччині і тим самим на законодавчому рівні відкрився шлях для судової сваволі і розправи з політичними супротивниками.

Не можна не погодитися з думкою В. Вовк про те, що в жодному разі не можна отожднювати процедуру застосування аналогії із законодавчою діяльністю. Остання передбачає врегулювання суспільних відносин через створення нових норм права. Використання ж аналогії не передбачає створення нової правової норми [5, с. 22].

Таким чином, застосування аналогії є прототипом застосування принципу рівності: використання аналогії побудовано на уявленні про внутрішню послідовність права і на презумпції послідовності законодавця: якщо б він передбачав цей випадок, то вноормував би його так само, як вирішив унормувати схожі з ним по суті випадки – *ubiea dem legisratio, ibiea dem legis disposition* [4, с. 342, 348]. Те, що є рівним або в суттєвому є рівним, мусить юридично рівно трактуватися [7, с. 129].

Ч. 6 ст. 9 КПК України надає можливість у випадках, коли положення КПК не регулюють питання кримінального провадження, застосовувати загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України.

Аналізуючи зміст даної норми можна зробити принаймні два важливих висновки: 1) законодавець дозволив застосовувати при виявленні прогалин кримінального процесуального аналогію права, а не аналогію закону; 2) не визначаючи конкретне коло суб'єктів, які вправі застосовувати аналогію у кримінальному провадженні, законотворець надає таку можливість будь-якому правозастосовнику (отже, для вітчизняного кримінального процесуального права немає потреби застосовувати класифікацію шляхів подолання прогалин, запропоновану Ф.Р. Уранським).

Прогалини, які негативно впливають на визначення правового статусу учасників кримінального провадження, реалізацію їх прав та процесуальних можливостей впливати на хід і результати кримінальної процесуальної діяльності, відносяться до числа переборних і можуть бути подолані шляхом застосування аналогії права.

Прогалини, що перешкоджають здійсненню суду, слідчому судді, прокурору, слідчому, керівнику органу досудовому розслідування та оперативним підрозділам повноважень,



спрямованих на досягнення завдання забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду, навпаки, не можуть бути подолані завдяки застосуванню аналогії права. Даний вид прогалин може бути усунутий винятково шляхом внесення змін і доповнень до кримінального процесуального законодавства.

Висновок. Отже, аналогія права є невід'ємним елементом процесу реалізації дискреційних повноважень. Суд не ухвалює рішення за власним бажанням, з огляду на власні переконання, він обмежений загальними засадами кримінального провадження, принципами правової політики, вимогами справедливості і верховенства права. Проте не в будь-яких кримінальних процесуальних відносинах можливе застосування аналогії, адже воно суперечило б принципу правової визначеності щодо підстав для кримінальної процесуальної відповідальності. Кримінальний кодекс України створений у дусі демократичних цінностей, однак окремі його норми потребують реформування з метою покращення механізму захисту прав, свобод і законних інтересів особи. Доцільним є досвід Франції, Федеративної Республіки Німеччини та Великої Британії. Вважається доцільним у новому КПК України закріпити окрему статтю, яка б регламентувала умови допустимості застосування аналогії. Заборона аналогії в кримінальному праві («кодекс встановлює, які діяння визнаються злочинами...») має не юридичний, а політичний характер, стоїть на захисті прав і свобод громадян, що зовсім не означає, що в кримінальному праві аналогія відсутня.

Список використаних джерел:

1. Алексеев С.С. Проблема теории права. Т. 2. 1973. 270 с.
2. Юридична енциклопедія. 1998. Т. 1. 669 с.
3. Бондар О.В. Поняття і значення застосування аналогії в кримінальному судочинстві. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2009. Вип. 21. С. 246–251.
4. Васильковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. 2002. 508 с.
5. Вовк В. Порядок застосування аналогії у кримінальному судочинстві України. *Адвокат*. 2010. № 5. С. 18–22.
6. Зайчук. К. Теорія держави і права. 2008. URL: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/1605.htm.
7. Pavnik M. Juristisches Verstehen und Entscheiden: Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung. Ein Beitrag zur Argumentation im Recht (Forschungen aus Staat und Recht). Springer-Verlag, 1993. 193 p.

