

**Забарний М. М.,**  
здобувач кафедри кримінального права, кримінального процесу та криміналістики  
Університету державної фіскальної служби України

## АНАЛОГІЯ ЗАКОНУ ТА АНАЛОГІЯ ПРАВА ЯК СПОСОБИ УСУНЕННЯ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

### LAW ANALOGY AND ANALOGIES LAW AS A WAY TO ELIMINATE GAPS IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Стаття присвячена з'ясуванню сутності аналогії закону та аналогії права як способів усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві. Доведено, що питання встановлення прогалин у праві загалом, як і в кримінальному процесуальному праві зокрема, а також способів їх усунення (подолання) мають значення як для законотворчої, так і правозастосовної діяльності. Особливе значення ця проблема має у сфері кримінального процесуального права як галузі публічного права, для якого характерним є спеціально-дозвільний тип правового регулювання. Встановлено, що у сфері кримінального провадження законодавець у загальному виді допускає процесуальну аналогію і у формі аналогії закону, і у формі аналогії права, що можуть застосовуватись за дотримання певних умов.

**Ключові слова:** кримінальне процесуальне право, кримінальне процесуальне законодавство, прогалини в праві, усунення прогалин у праві, аналогія закону, аналогія права.

Стаття посвячена установленню сущности аналогии закона и аналогии права как способов устранения пробелов в уголовном процессуальном праве. Доказано, что вопросы установления пробелов в праве в целом, как и в уголовном процессуальном праве в частности, а также способов их устранения имеют значение как для законотворческой, так и для правоприменительной деятельности. Особое значение эта проблема имеет в сфере уголовного процессуального права как отрасли публичного права, для которого характерным является специально-разрешительный тип правового регулирования. Установлено, что в сфере уголовного производства законодатель в общем виде допускает процессуальную аналогию и в форме аналогии закона, и в форме аналогии права, которые могут применяться при соблюдении определенных условий.

**Ключевые слова:** уголовное процессуальное право, уголовное процессуальное законодательство, пробелы в праве, устранение пробелов в праве, аналогия закона, аналогия права.

The article is devoted to establishment of essence of analogy of the law and analogy of the right as ways of elimination of gaps in a penal procedural law. It is proved that questions of establishment of gaps in the right in general, as well as in a penal procedural law in particular, and also ways of their elimination matter, both for legislative, and for law-enforcement activity. This problem has special value in the sphere of a penal procedural law as branches of public law for which the special and allowing type of legal regulation is characteristic. It is established that in the sphere of criminal proceedings the legislator in a general view allows procedural analogy and in the form of analogy of the law, and in the form of analogy of the right which can be applied at observance of certain conditions.

**Key words:** criminal procedural law, criminal procedural legislation, gaps in the right, elimination of gaps in the right, analogy of the law, analogy is right.

**Постановка проблеми.** Сучасна правозастосовна діяльність, зокрема й у сфері кримінального провадження, є доволі багатоаспектною, що пов'язано зі значною кількістю факторів, які впливають на результативність, дієвість, ефективність виконання правових приписів у межах цієї діяльності.

Як відомо, ефективність права визначається трьома основними факторами: якістю нормативного акту; відповідністю правореалізації та правозастосування; рівнем правосвідомості та правової культури [1, с. 93; 2, с. 22].

Безперечно, що всі ці фактори є однаково необхідними та важливими для забезпечення ефективності права. Водночас якість нормативного акту, особливо в тій сфері суспільних відносин, яка врегульована за принципом «дозволено тільки те, що передбачено законом», відіграє особливу роль, оскільки саме в змісті нормативного акту закладена воля законодавця, мета правового врегулювання суспільних відносин та правильний спосіб її досягнення.

Норми кримінального процесуального права, що є охоронними за своїм змістом, містять значний, у

порівнянні з іншими галузями права, ступінь державного примусу, у зв'язку з чим будь-який недолік у механізмі кримінального процесуального врегулювання тягне за собою труднощі в правозастосовній діяльності та інші негативні наслідки.

При цьому норми кримінального процесуального права, як і будь-якої іншої галузі права, діють не ізольовано, а взаємодіють з іншими нормами як у межах самої галузі, так і поза її межами. Збалансованість такої складної системи залежить, насамперед, від системності законодавця, дотримання ним правил законодавчої техніки, своєчасної реакції на зміну суспільних відносин та ін.

Водночас доводиться визнати існування, зокрема й у кримінальному процесуальному праві, прогалин, які слід сприймати як данину об'єктивної дійсності, що є невід'ємною складовою сучасного нормативного врегулювання суспільних відносин, які всебічно та динамічно розвиваються і ставлять перед законодавцем нові й нові завдання.

Це пов'язано з тим, що законодавець не в силі передбачити всі ці обставини та створити «бездо-

ганний закон». Часто закон приймається без достатніх знань, а тому прогалина може не потрапити в очі правотворцеві. Така прогалина вже виявляється під час правозастосування [3, с. 37]. Як зазначає В.С. Нересянц, неможливе існування безпрогальної регламентації життя та превентивного контролю за нею [4, с. 490].

Кримінальний процесуальний кодекс (КПК) України, що був прийнятий у квітні 2012 року, як і попередній закон 1960 року, не позбавлений прогалин. Чинний КПК України не усунув деякі прогалини, що містились у попередньому законі, а в окремих випадках – містить й інші, на що, до речі, вказано й у самому законі. Так, відповідно до ч. 6 ст. 9 КПК України у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України.

Разом із тим законодавцеві слід намагатись вирішувати найбільш важливі правові питання вже під час прийняття нормативно-правових актів. Якщо ж певне питання не було вирішено безпосередньо під час створення закону, то оперативність подолання прогалини, що виникла, стає необхідною складовою нормотворчої та правозастосовної практики задля повноцінної реалізації поставлених перед законом цілей і завдань.

Слід враховувати, що специфіка предметів і методів регулювання різних галузей права обумовлює й особливості прогалин у них, а також підходів до їх усунення, подолання.

Разом із тим питання щодо способів усунення прогалин, зокрема в кримінальному процесуальному праві, належить до числа дискусійних. Йдеться, насамперед, про судовий прецедент як джерело кримінального процесуального права, правову аналогію та її межі.

**Ступінь розробленості теми.** Дослідженню проблеми прогалин у праві загалом і в кримінальному процесуальному праві зокрема були присвячені праці багатьох юристів. Відповідні питання досліджувались як у площині загальної теорії права, так і в розрізі конкретної галузі права. Тією чи іншою мірою ці питання розглядалися у роботах С.С. Алексєєва, Ф. Бекона, А.Т. Боннера, М.І. Бажанова, С.І. Вікторського, С.І. Вільнянського, Ю.М. Грошевого, В.Г. Даєва, Д.С. Карєва, В.М. Савицького, В.К. Случевського, М.С. Строговича, Д.Г. Тальберга, А.Я. Фойницького, Г.Ф. Шершеневича та багатьох інших.

Серед сучасних вітчизняних науковців питанням прогалин у праві та способам їх усунення свої праці на монографічному рівні присвятили В.Д. Бабкін, С.В. Бобровник, Я.М. Брайнін, Ж.О. Дзейко, Л.М. Кельман, О.В. Колотова, Л.А. Луць, Т.В. Малярчук, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, П.М. Рабінович, І.О. Рощина, О.О. Серєда, О.Ф. Скакун, З.А. Тростюк, С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко, С.В. Шмалєня, О.І. Ющик та ін. При цьому можна зазначити, що практично кожне наукове дослідження, присвячене проблемним питанням нормативного врегулювання

тих чи інших суспільних відносин, зокрема й кримінальних процесуальних, певною мірою торкається питань прогалин у праві, формулювання способів їх усунення та подолання.

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

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

**Метою** цієї статті є з'ясування сутності аналогії закону та аналогії права як способів усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві.

**Виклад основного матеріалу.** Дослідженню та з'ясуванню сутності аналогії закону та аналогії права як способів усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві, безперечно, сприятиме їх загальнотеоретичне визначення.

Як вказує О.В. Колотова, інститут аналогії в праві передбачає застосування аналогії закону і аналогії права, які обмежені, з одного боку, нормою закону, з іншого, – принципами права, мають врегулювати суспільні відносини, неврегульовані законом відповідно до принципів права [5, с. 15–16].

При цьому аналогія права визначається як врегулювання суспільних відносин, щодо яких існують прогалини в праві, на підставі принципів права, що закріплені в законодавстві, виводяться з його змісту та сутності, сформульовані в правовій доктрині та судовій практиці, походять із правової системи та міжнародного права. Застосування принципів права до врегулювання суспільних відносин за аналогією передбачає відсутність у законодавстві необхідних у цих випадках норм або принципів права, що можуть прямо їх врегулювати [5, с. 16].

Таким чином, існують два основні види аналогії: аналогія закону та аналогія права. Аналогія закону – застосування до неврегульованих у конкретній нормі відносин тієї норми закону, що регулює подібні відносини. Аналогія права – застосування до неврегульованих у конкретній нормі спірних відносин за відсутності норми, що регулює подібні відносини, загальних начал (принципів, засад) і змісту закону.

Слід зазначити, що інститут аналогії має давню історію, що пов'язується з історією становлення та розвитку системи права. Зазвичай гостра потреба в аналогії виникала в період ґрунтовної зміни в системі суспільних відносин внаслідок значних подій (війна, революція тощо), коли органи правозастосування вимушені вирішувати завдання та діяти в умовах ситуацій, не врегульованих законом. У період стабільності суспільних відносин, а відповідно і їх нормативного врегулювання, потреба в аналогії знижується, однак не зникає повністю.

Тривалий час позиція законодавця щодо застосування аналогії у сфері кримінального провадження залишалась і залишається доволі невизначеною (закон не містив ані дозволу на застосування аналогії, ані прямої заборони). КПК УРСР 1922 року у ст. 2 містив норму, що забороняла суду зупиняти розгляд справи у зв'язку з відсутністю, неповнотою, незрозумілістю або суперечністю законів, тим самим непрямо спонукаючи суд до застосування аналогії.

До цього ж часу питання застосування аналогії не знайшло свого однозначного вирішення в кримінальному процесуальному законодавстві. Єдиним виключенням можна вважати норму ч. 6 ст. 9 КПК України, відповідно до якої у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України.

Тим самим, як вказується в науково-практичних коментарях КПК України, встановлюються правила застосування аналогії кримінального процесуального закону щодо правовідносин, які не врегульовані або неоднозначно врегульовані нормами КПК України або іншими законами чи підзаконними актами [6, с. 46; 7, с. 46].

Незважаючи на відсутність у КПК України 1960 року положень стосовно можливості застосування аналогії, а в чинному КПК України – наявність лише в загальному виді задекларованої можливості застосування аналогії під час здійснення кримінального провадження, питання щодо правомірності застосування процесуальної аналогії вже давно позитивно вирішено більшістю учених-процесуалістів у процесуальній теорії та науці.

Так, вказується на те, що, на відміну від кримінального законодавства, де аналогія закону чи права заборонена, в кримінальному провадженні вона можлива в силу різноманітного характеру діяльності і неможливості передбачити всі ситуації, що можуть виникнути під час провадження [7, с. 46]; робиться навіть висновок про те, що звернення до аналогії під час кримінального провадження засноване на нормах кримінально-процесуального права [8, с. 18].

Разом із тим недостатньо дослідженими та з'ясованими залишаються питання видів процесуальної аналогії, що можуть бути застосовані в кримінальному провадженні (аналогія права та аналогія закону), підстави, умови та порядок її застосування.

Насамперед, варто зазначити про те, 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 і фактичним обставинам конкретного випадку, у зв'язку з яким норма права застосовується [9, с. 248].

Розкриваючи зміст засади законності, законодавець зобов'язує суд, слідчого суддю, прокурора,

керівника органу досудового розслідування, слідчого, інших службових осіб органів державної влади до неухильного додержання вимог кримінального процесуального закону (ч. 1 ст. 9 КПК України), водночас допускаючи застосування загальних засад кримінального провадження, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження.

То чи є положення, закріплене в ч. 6 ст. 9 КПК України, дозволом законодавця на застосування аналогії? Якщо так, то якого її виду – аналогії закону чи аналогії права?

Як бачимо, на відміну від ЦПК України, ч. 8 ст. 8 якого містить положення про те, що якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права), в КПК України згадки про аналогію як таку немає.

Тим не менше, можна дійти висновку, що застосування загальних засад кримінального провадження, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, за змістом є процесуальною аналогією, про що, згідно з принципом законодавчої визначеності, слід прямо вказати в тексті відповідної норми.

Для того ж, щоб визначитись із видом аналогії, яка допускається законодавцем у кримінальному провадженні, варто зазначити, що за умов процесуальної аналогії закону складається така ситуація:

1) є відносини, що вимагають правового регулювання;

2) відсутні процесуальні норми, що регламентують ці відносини;

3) є процесуальні норми, що передбачають регламентацію подібних відносин [10, с. 394].

При цьому подібний – це той, який має спільні риси з ким-, чим-небудь, схожий на когось, щось; такий самий; такий, як той (про якого йде мова) [11].

Таким чином, можливість використання аналогії закону за наявності прогалини нормативного регулювання обумовлюється наявністю правової норми, що регулює подібні, схожі відносини, такі, що у своїй структурі мають спільні риси, елементи. У тих же випадках, коли спеціальні норми, що регулюють подібні відносини, відсутні, рішення приймається, виходячи із загальних принципів, основних засад і змісту відповідної галузі права або права загалом, тобто застосовується аналогія права.

Нескладно помітити, що норма ч. 6 ст. 9 КПК України в загальному виді допускає процесуальну аналогію і у формі аналогії закону, і у формі аналогії права.

Так, у випадку, коли для вирішення неврегульованої або неоднозначно врегульованої кримінальним процесуальним законом ситуації можливо застосувати норми, що є змістом загальних засад кримінального провадження і передбачають регламентацію подібних відносин, застосовується аналогія закону. У разі, коли для вирішення неврегульованої або неоднозначно врегульованої кримінальним процесуаль-

ним законом ситуації неможливо застосувати норми, що передбачають регламентацію подібних відносин, через їх відсутність застосовуються загальні засади кримінального провадження, тобто аналогія права.

Як і будь-яке право, повноваження, аналогія може бути використана в дійсно необхідних і допустимих межах, або ж навпаки. Забезпеченню застосування аналогії в дійсно необхідних випадках і допустимих межах сприяє встановлення умов її застосування.

Основними умовами застосування аналогії зазвичай визнаються: існування прогалини в законодавстві; наявність законодавчого регулювання схожих відносин [12, с. 125].

Безперечно, відсутність прогалини в кримінальному процесуальному законі виключає можливість застосування будь-якої аналогії. Суб'єкт правозастосування повинен переконатись, що прогалина дійсно існує (відсутня процесуальна норма, що регулювала б відносини, які потребують регулювання). Відповідно, важливою є професійна компетентність суб'єкта правозастосування, системне знання ним нормативно-правових актів у сфері регулювання кримінальної процесуальної діяльності та правильне адекватне їх тлумачення.

Тому професійна компетентність суб'єкта правозастосування, на наш погляд, є складовою встановлення прогалини в законі, а не самостійною умовою застосування аналогії [13, с. 12; 14, с. 29].

Наступною умовою застосування аналогії в кримінальному провадженні слід визнати наявність норми, що регулює подібні відносини, тобто відносини, що у своїй структурі мають спільні риси, елементи (об'єкт, суб'єкти) з тими відносинами, що потребують врегулювання та вирішення.

Умовою застосування аналогії також є відповідність загальним засадам кримінального провадження з тим, щоб повноваження (права) та обов'язки відповідних учасників правовідносин не були розширені, на них не покладалось виконання невластивих для них функцій, завдань.

Недопустимість застосування аналогії в окремих випадках також слід визнати загальною умовою її застосування. Так, варто погодитись із тим, що аналогія не повинна застосовуватись у виключних випадках, які є винятком із загального правила, або якщо законодавець обмежує сферу дії цього правила [14, с. 29].

**Висновки і перспективи подальших наукових пошуків.** Питання щодо встановлення прогалин у праві загалом, як і в кримінальному процесуальному праві зокрема, а також способів їх усунення (подолання) мають важливе значення як для законотворчої, так і правозастосовної діяльності. Особливе значення ця проблема набуває у сфері кримінального процесуального права, як галузі публічного права, для якого характерним є спеціально-дозвільний тип правового регулювання.

Правова аналогія – це тимчасовий, допоміжний спосіб усунення прогалин, оскільки основним способом усунення прогалин у правовій сфері є правотворчість.

Правова аналогія ґрунтується на тісному зв'язку та подібності фактичних обставин і відносин, які зазвичай належать до одного класу. Застосування аналогії передбачає реалізацію органами правозастосування на стадії застосування права існуючих норм, але до казусів, на які ці норми не розраховані [15, с. 20].

У сфері кримінального провадження законодавець у загальному виді допускає процесуальну аналогію і у формі аналогії закону, і у формі аналогії права (ч. 6 ст. 9 КПК України). Разом із тим задля визначеності законодавчої термінології, зокрема в питанні застосування аналогії, вважаємо за доцільне ч. 6 ст. 9 КПК України викласти в такій редакції: «У випадках, коли норми цього Кодексу не містять прямого, однозначного врегулювання відносин, які виникають під час здійснення кримінального провадження, застосовується норма (норми), що регулює подібні за змістом відносини, а в разі відсутності такої норми (норм) застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу».

Нормативного врегулювання вимагають і умови застосування аналогії в кримінальному провадженні як правові запобіжники її свавільного та необґрунтованого використання. Поряд із загальновизнаними умовами застосування правової аналогії в кримінальному провадженні слід виокремити і специфічні умови, наукове дослідження та формулювання яких є актуальним і важливим напрямком наукового пошуку.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст. – М. : Зерцало-М, 2002. – 288 с.
2. Кудрявцев В.Н. и др. Эффективность правовых норм / В.Н. Кудрявцев, В.И. Никитинский, И.С. Самощенко, В.В. Глазырин. – М. : Юрид. лит., 1980. – 280 с.
3. Калашник О.М. Прогалини в праві: юридична природа, їх ознаки та види / О.М. Калашник // Юрист України. – 2013. – № 1. – С. 36–42.
4. Нерсисян В.С. Философия права / В.С. Нерсисян. – М. : Норма, 1997. – 652 с.
5. Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О.В. Колотова ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2010. – 19 с.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп. ред. С.В. Ківалова, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченка. – Х. : Одиссей, 2013. – 1104 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
8. Вовк І.В. Порядок застосування аналогії у кримінальному судочинстві України / І.В. Вовк // Адвокат. – 2010. – № 5. – С. 18–22.



9. Бондар О.В. Поняття і значення застосування аналогії в кримінальному судочинстві / О.В. Бондар // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2009. – Вип. 21. – С. 246–251.
10. Рубля О. Аналогія закону та аналогія права в цивільному процесі України / О. Рубля // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 58. – С. 392–396.
11. Укрліт.org : публічний електронний словник української мови. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrlit.org/slovnyk/>.
12. Клім С.І. Доктринальні підходи до вирішення проблем реалізації регулятивного впливу аналогії закону / С.І. Клім // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. – 2013. – Вип. 5. – С. 123–127.
13. Леушин В.И. Динамичность Советского права и восполнение пробелов в законодательстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.И. Леушин. – Свердловск, 1971. – 22 с.
14. Белоносов В.О. Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук / В.О. Белоносов. – Саратов, 1999. – 199 с.
15. Фомина Л.А. Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права / Л.А. Фомина : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 27 с.