

11. Конвенция Международной организации труда № 29 «Относительно принудительного или обязательного труда» [Электронный ресурс] : заключена в г. Женеве 28.05.1930 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2015.

12. О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера [Электронный ресурс] : постановление М-ва по чрезвычайным ситуациям Респ. Беларусь, 19 февр. 2003 г., № 17 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2015.

Статья поступила в редакцию 10.12.2015 г.

УДК 340.132.6

T. Khaletskaya
BSEU (Minsk)

ANALOGY AS A WAY OF OVERCOMING IN THE LAW

This article is devoted to the analyze of the Institute Analogy. The legislation of the Republic of Belarus and the existing point of view in the juridical literature about this question were analyzed; the conditions of analogy application in the resolution of specific cases were marked.

Keywords: *the institute of analogy; the analogy of the law; the analogy of law; the subsidiary analogy; gaps in the law.*

Т. М. Халецкая
кандидат юридических наук, доцент
БГЭУ (Минск)

АНАЛОГИЯ КАК СПОСОБ ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

Статья посвящена анализу института аналогии. Проанализированы законодательство Республики Беларусь и существующие в юридической литературе точки зрения по данному вопросу; выделены условия применения аналогии при разрешении конкретных дел.

Ключевые слова: *институт аналогии; аналогия закона; аналогия права; субсидиарная аналогия; пробелы в праве.*

Пробел в праве означает полное или частичное отсутствие в нем нормы, позволяющей урегулировать конкретную жизненную ситуацию, требующую правового регулирования. Наличие пробелов в праве — объективная реальность, их существование неизбежно. Причины существования пробелов в праве может быть несколько. Традиционно в юридической литературе говорят о причинах объективного и субъективного порядка. К первым относят отсутствие необходимой нормы права в момент появления новых общественных отношений, нуждающихся в правовом регулировании. Например, несмотря на то что первый патент создателям электронно-числового интегратора ENIAC был выдан в 1946 г., в СССР проблема охраны компьютерных программ начала обсуждаться лишь в середине 70-х гг. [1, с. 11, 14], а первое легальное закрепление понятия «компьютерная программа» и первые нормы, направленные на охрану данного объекта в отечественном законодательстве появились лишь с принятием в 1996 г. Закона Республики Беларусь № 370-ХІІІ «Об авторском праве и смежных правах». Субъективные причины наличия пробелов в праве имеют место при неверной оценке законодателем существую-

щих общественных отношений, упущений с его стороны, включения неточных выражений в правовую норму, создании противоречий между нормами.

В ряде источников встречается также указание на существование так называемых намеренных пробелов, имеющих место в ситуациях, когда необходимость правового регулирования тех или иных общественных отношений очевидна, но они, несмотря на это, так и остаются неурегулированными [10]. Такие пробелы могут существовать в силу экономических (принятие того или иного закона связано с большими затратами по его осуществлению), политических (в законодательном органе не достигнут консенсус относительно регулирования тех или иных общественных отношений), идеологических (значительная часть населения не принимает какого-либо явления общественной жизни) обстоятельств.

В зависимости от оснований возникновения пробелы в праве классифицируют на первоначальные и последующие. Так, С.С. Алексеев отмечает, что «...наряду с первоначальной пробельностью, обусловленной тем, что законодатель не мог охватить формулировками нормативного акта все жизненные случаи, требующие правового регулирования, допустил просчеты в использовании юридической техники, в частности юридических конструкций, существует последующая пробельность, вызванная появлением новых отношений, которые хотя и охватываются правом, но в деталях не могли быть предусмотрены законодателем» [2, с. 181—182].

В зависимости от степени вины законодателя в наличии пробела выделяют непростительные и простительные пробелы. Непростительные пробелы имеют место тогда, когда «необходимость в правовом регулировании существовала в момент подготовки и прохождения законопроекта, а законодатель по какой-либо причине ее не заметил» [10]. Если же законодатель по каким-либо причинам не мог увидеть или предвидеть потребность в правовом регулировании тех или иных отношений, то имеет место простительный пробел.

Несомненно, законодатель должен своевременно реагировать на наличие пробела в праве и на эту его обязанность указано в ч. 1 ст. 72 Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (далее — Закон № 361-З): при выявлении пробелов в нормативных правовых актах нормотворческие органы (должностные лица), принявшие (издавшие) эти акты, обязаны внести в них соответствующие дополнения или изменения, устраняющие пробелы. Однако это не всегда можно сделать оперативно, поскольку нормотворческий процесс занимает довольно продолжительное время. Гораздо быстрее пробел в праве может быть устранен в процессе правоприменения. Именно способность органов применения права и особенно органов правосудия восполнять пробелы в процессе применения права пробелы в законодательстве, является, по мнению С.С. Алексеева, «одним из ярких показателей глубокого юридического, конститутивного с правовой стороны» [2, с. 181] характера их деятельности. Устранение пробела в данном случае происходит путем использования специальных юридических институтов — институтов аналогии.

Институт аналогии зародился еще в римском праве, где аналогия характеризовалась как «заключение по сходству» [3, с. 129]. Характеризуя источники римского права, О.А. Омельченко отмечал, что не все юридические случаи могли быть предусмотрены конкретными распоряжениями источников права, и если принцип решения таких дел ясен, то ничто не должно останавливать от решения по существу «... юридическая норма может быть выпилена путем аналогии, т.е. распространения действия родственных норм на основании тождества правовых начал» [4, с. 9]. Как отмечает Р.Л. Хачатуров, «начиная со средних веков вплоть до первой половины XX в. наблюдается чрезвычайная путаница понятий» по вопросу о том, в чем же заключается суть аналогии [3, с. 129]. Справедливость данного высказывания подтверждается анализом работ ряда российских ученых. В частности в середине XIX в. Д.И. Мейер относил аналогию к осо-

бому виду толкования [5, с. 76]. Чуть позже другой российский ученый Е.В. Васьковский уже говорит о различии толкования и аналогии, указывая, что «задача первого — выяснить то, что постановил законодатель, задача второй — определить то, что он постановил бы, если бы предвидел данный случай. Первое раскрывает действительную волю законодателя, вторая — предполагаемую» [6, с. 76].

На современном этапе проблемы применения аналогии нередко становится предметом изучения в работах ученых-цивилистов, в частности данному вопросу посвящали свои труды С.С. Алексеев, А.Ф. Вишневский, Н.Л. Бондаренко, Р.Л. Хачатуров, Л.А. Фомина, Т.С. Энтина, ФА. Григорьев, А.Д. Черкасов и др. В настоящей статье мы попытаемся определить в чем же заключается суть аналогии и каковы особенности ее применения.

Термин «аналогия» (греч. *analogia* — соответствие, сходство) означает сходство предметов (явлений, процессов) в каких-либо свойствах. Исходя из этимологии слова «аналогия» можно сделать следующий вывод: в основе аналогии лежит предположение о том, что все, возникающие в жизни ситуации, обладающие схожими признаками, должны быть разрешены одинаково.

Следует оговориться, что применение аналогии допускается не всегда. Так, в ч. 3 ст. 72 Закона № 361-З установлен запрет на применение институтов аналогии в случае привлечения к ответственности, ограничения прав и установления обязанностей. В п. 3 ст. 5 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее — ГК) указано на недопустимость применения по аналогии норм, ограничивающих гражданские права и устанавливающих ответственность. Прямой запрет на применение аналогии закона содержится и в ч. 2 ст. 3 Уголовного кодекса Республики Беларусь. В ч. 2 ст. 1.1 Кодекса Республики Беларусь «Об административных правонарушениях» указано, что единственным законом об административных правонарушениях, действующим на территории Республики Беларусь является данный Кодекс, что также свидетельствует о невозможности применения аналогии закона при установлении оснований административной ответственности. Объясняя запрет применения аналогии в уголовном и административном праве, авторы учебника под редакцией А.Ф. Вишневского справедливо замечают, что «исходным в этих случаях признается положение, в соответствии с которым правовая норма должна применяться только к тем лицам и при наличии только тех условий, которые прямо предусмотрены этой нормой» [7, с. 412]. Вместе с тем в гражданском судопроизводстве аналогия не только может быть, но и должна быть применена. Об этом свидетельствует правило, закрепленное в ч. 4 ст. 6 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь: не допускается отказ в судебной защите по мотивам отсутствия, неполноты, противоречивости, неясности нормативного акта. На необходимость применения аналогии экономическими судами при разрешении хозяйственных (экономических) споров и рассмотрении иных дел указано также в ч. 5 ст. 25 Хозяйственного процессуального кодекса: в случае отсутствия норм законодательства, регулирующих спорные правоотношения, суд, рассматривающий экономические дела, применяет те нормы законодательства, которые регулируют сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм — рассматривает дело исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права).

В Республике Беларусь применяются два вида аналогии — аналогия закона и аналогия права. В ст. 1 Закона Закон № 361-З указано: аналогия закона — применение к общественным отношениям вследствие отсутствия норм законодательства, регулирующих данные общественные отношения, норм законодательства, регулирующих сходные общественные отношения; аналогия права — применение к общественным отношениям вследствие отсутствия норм права, регулирующих не только данные, но и сходные общественные отношения, общих начал, смысла законодательства, общих принципов права и принципов конкретных отраслей права. Анализ приведенных определений позволяет выявить следующие условия применения аналогии.

Во-первых, при решении вопроса о применении аналогии следует установить, что возникшие общественные отношения находятся в сфере правового регулирования.

Во-вторых, оба вида аналогии допустимы только в том случае, если соответствующие общественные отношения прямо не урегулированы в законодательстве и законодатель не связывает наступление тех или иных последствий исключительно с конкретной нормой права. Кроме того, в п. 1 ст. 5 ГК указано, что применение аналогии закона возможно только при условии, что соответствующие отношения прямо не урегулированы не только актами законодательства, но и соглашением сторон.

Так, Хозяйственный Суд г. Минска в решении от 27 июня 2012 г. признал несостоятельными требования выплаты страхового возмещения в евро, поскольку в договоре страхования, заключенном сторонами, прямо не предусматривался механизм определения даты и курса, применяемых при расчете страховой выплаты. Данные отношения также не были урегулированы законодательством о добровольном страховании имущества. В этой связи суд, вынося решение, применил по аналогии закона норму п. 158 Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 г. № 530, которым определено, что при гибели (уничтожении) транспортного средства размер вреда определяется действительной стоимостью этого транспортного средства на день наступления страхового случая.

В-третьих, при применении аналогии закона необходимо, чтобы возникшие отношения и те отношения, которые урегулированы нормой законодательства, совпадали в своих главных чертах и признаках.

Например, Хозяйственный Суд г. Минска в решении от 28 июля 2006 г. установил, что между районным исполнительным комитетом и РУП «А» был заключен договор об оказании шефской помощи, согласно которому ответчик обязался в течение 10 лет с момента вступления договора в силу оказывать истцу ежегодную шефскую помощь в размере 150 000 дол. США. Поскольку ГК не содержит такого понятия, как договор о шефской помощи, то суд, счел возможным, использовав аналогию закона, применить к отношениям сторон, вытекающим из оказания шефской помощи на основании заключенного ими договора, положения ст. 553 ГК («Пожертвования»).

Показательный пример невозможности применения аналогии закона в силу отсутствия схожести отношений приводит А.П. Горинович. В частности, он справедливо утверждает, что невозможно применение норм о поручительстве к отношениям, возникающим из договора комиссии, в котором комиссионер принял на себя ручательство за исполнение сделки третьим лицом (делькредере), в связи с различной природой ручательства комиссионера и поручительства: «в отличие от поручительства, при котором поручитель отвечает перед кредитором солидарно (совместно) с должником, комиссионер, принявший на себя делькредере, является единственным должником перед комитентом, отвечающим за исполнение обязательства третьим лицом, поскольку комитент (кредитор) не вправе требовать исполнения обязательства непосредственно от третьего лица и вообще не является стороной по сделке с третьим лицом (комитент имеет договорные отношения только с комиссионером), а обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон» [8].

В-четвертых, применение аналогии права допускается только в том случае, если невозможно отыскать в законодательстве норму, регуливающую не только возникшие, но и сходные общественные отношения. При применении аналогии права следует исходить из общих начал, смысла законодательства, общих принципов права и принципов конкретных отраслей права. Применение права по аналогии — это крайне редкий, исключительный случай, однако имеющий место на практике. Например, суд Брестской области решением от 14 июля 2005 г. признал водопроводно-канализационные сооружения и сети источником повышенной опасности, используя аналогию права. Действительно в Республике Беларусь нет нормативного правового акта, однозначно определяю-

щего, что следует относить к источникам повышенной опасности. В связи с этим суд правомерно отнес водопроводно-канализационные сооружения и сети к такого рода источником, поскольку их эксплуатация действительно создает повышенную вероятность причинения вреда из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека.

Как отмечает Н.Л. Бондаренко, современная судебная система «все в большей степени ориентируется на требования отдельных принципов права. В первую очередь оказались востребованными так называемые нравственные принципы гражданского права: справедливость, разумность, добросовестность, поскольку необходимость руководствоваться ими вытекает из положений ГК. Названные принципы применяются судами в тех случаях, когда суду необходимо определить размер исковых требований» [9, с. 134]. Следует отметить, что на целесообразность использования при решении конкретных юридических дел некоторых принципов права нередко прямо указано в нормативных правовых актах. Например, в ст. 421 ГК отмечается, что при расторжении договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств суд по требованию любой из сторон определяет последствия расторжения договора исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением этого договора. В п. 3 ст. 573 ГК указано, что при разрешении спора между сторонами об объеме содержания, которое предоставляется или должно предоставляться гражданину, суд должен руководствоваться принципами добросовестности и разумности. В п. 2 ст. 970 ГК содержится правило, в соответствии с которым при определении размера компенсации вреда должны учитываться требования разумности и справедливости. В постановлении Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 24 июня 2004 г. № 8 «О практике рассмотрения судами гражданского иска в уголовном процессе» внимание судов обращено на необходимость учитывать требования добросовестности и разумности по искам о компенсации морального вреда. Аналогичная рекомендация содержится и в п. 20 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 1999 г. № 15 «О практике рассмотрения судами гражданских дел о защите чести, достоинства и деловой репутации»: во всех случаях при определении размера компенсации морального вреда суды должны учитывать требования разумности и справедливости. При определении размера компенсации морального вреда, причиненного потребителю вследствие нарушения изготовителем (продавцом, поставщиком, представителем, исполнителем, ремонтной организацией) прав потребителя, предусмотренных законодательством, суд также должен учитывать требования разумности и справедливости (п. 3 ст. 18 Закона Республики Беларусь от 9 января 2002 г. «О защите прав потребителей»).

В-пятых, как справедливо утверждает Р.Л. Хачатуров, аналогия в праве может применяться только в строгом соответствии с требованием законности [3, с. 130]. В этой связи следует отметить, что право использовать аналогию принадлежит только органам правосудия и только с соблюдением всех процессуальных норм, при этом в решении суда обязательно необходимо указывать, что оно принято на основании применения аналогии. Решение, принятое при рассмотрении конкретного дела с использованием аналогии, не должно противоречить ни одному из предписаний закона.

Так, ООО «А» были заявлены требования к РУП «Б» о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами, размер которых в соответствии со ст. 366 ГК определен сторонами своим соглашением в ином, чем установлено ст. 366 ГК, размере. Хозяйственным судом Брестской области в ходе рассмотрения дела было установлено, что истцом заявлено требование к должнику об уплате договорных процентов, установленных на случай просрочки платежа, в заведомо завышенном размере (превышает в 5 раз размер ставки рефинансирования Национального банка Республики Беларусь). Суд в решении от 31 августа 2009 г. счел возможным с учетом положений ст. 5 ГК, по аналогии закона применить ст. 314 ГК и уменьшить подлежащие взысканию проценты.

Указанное решение, на наш взгляд, не соответствует положениям законодательства. В частности, в ст. 366 ГК установлена самостоятельная ответственность за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица — уплата процентов на сумму этих средств. Размер процентов определяется ставкой рефинансирования Национального банка Республики Беларусь, если иной размер процентов не установлен законодательством или договором. Действующим законодательством Республики Беларусь какие-либо требования или ограничения в отношении иного размера процентов не предусмотрены, равно как и возможность уменьшения размера процентов, взыскиваемых в порядке ст. 366 ГК как в том случае, когда размер подлежащих взысканию сумм исчислен исходя из ставки рефинансирования Национального банка, так и в случае определения размера процентов соглашением сторон. Таким образом, снижение судом размера процентов за пользование чужими денежными средствами, в том числе и посредством применения аналогии закона со ссылкой на ст. 314 ГК, является неправомерным. Как было указано в письме Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 9 февраля 2007 г. № 04-08/222 «Об ответственности за пользование чужими денежными средствами», «при наличии стечения тяжелых обстоятельств, вследствие которых сделка была заключена на крайне не выгодных для должника условиях (кабальная сделка) с установлением необоснованно высокого размера процентов... указанная сделка может быть признана судом недействительной в соответствующей части по иску должника».

В юридической литературе выделяют и такой вид аналогии, как «субсидиарная». Ее суть сводится к следующему: если в какой-либо отрасли права отсутствуют нормы, регулирующие данные отношения, и нет юридических оснований для применения аналогии права, при разрешении той или иной ситуации возможно обращение к нормам и принципам другой отрасли права. При этом представляется, что применению по аналогии подлежат лишь нормы смежной отрасли права, регулирующие схожие с возникшими общественные отношения. Исходя именно из схожести предмета правового регулирования законодатель допускает, например, применение гражданского, жилищного и иного законодательства Республики Беларусь к семейным отношениям в случае отсутствия регулирования этих отношений законодательством Республики Беларусь о браке и семье (ч. 2 ст. 7 Кодекса Республики Беларусь «О браке и семье»), а также применение гражданского законодательства к семейным, трудовым, земельным отношениям, отношениям по использованию других природных ресурсов и охране окружающей среды, если законодательством о браке и семье, о труде и занятости населения, об охране и использовании земель и другим специальным законодательством не предусмотрено иное (ч. 5 п. 1 ст. 1 ГК).

Таким образом, задачей института аналогии является восполнение пробела, имеющего место в законодательстве. Применение аналогии с соблюдением указанных выше условий позволяет не только разрешить конкретное юридическое дело, но и может послужить базой развития законодательства.

Л и т е р а т у р а

1. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных / Е. А. Боровская [и др.] ; под общ. ред. С. С. Лосева, А. А. Успенского. — Минск : Респ. центр трансфера технологий, 2010.
Pravovaya okhrana komp'yuternykh programm i baz dannykh / E. A. Borovskaya [i dr.] ; pod obshch. red. S. S. Loseva, A. A. Uspenskogo. — Minsk : Resp. tsentr transfera tekhnologiy, 2010.
2. Алексеев, С. С. Теория права / С. С. Алексеев. — М. : БЕК, 1994.
Alekseev, S. S. Teoriya prava / S. S. Alekseev. — M. : BEK, 1994.
3. Хачатуров, Р. Л. Аналогия в праве / Р. Л. Хачатуров // Вектор науки ТГУ. — 2009. — № 5 (8). — С. 129—131.

Khachaturov, R. L. Analogiya v prave / R. L. Khachaturov // Vektor nauki TGU. — 2009. — № 5 (8). — S. 129—131.

4. *Омельченко, О. А. Римское право : учебник / О. А. Омельченко. — М. : Тон-Острожье, 2000. Omel'chenko, O. A. Rimskoe pravo : uchebnik / O. A. Omel'chenko. — M. : Ton-Ostrozh'e, 2000.*
5. *Мейер, Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. — М. : Статут, 2003. Meyer, D. I. Russkoe grazhdanskoe pravo / D. I. Meyer. — M. : Statut, 2003.*
6. *Васьковский, Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. — М. : Статут, 2003. Vas'kovskiy, E. V. Uchebnik grazhdanskogo prava / E. V. Vas'kovskiy. — M. : Statut, 2003.*
7. *Вишневский, А. Ф. Общая теория государства и права : курс лекций / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский ; под общ. ред. А. Ф. Вишневого. — Минск : Тесей, 1998. Vishnevskiy, A. F. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava : kurs lektsiy / A. F. Vishnevskiy, N. A. Gorbatok, V. A. Kuchinskiy ; pod obshch. red. A. F. Vishnevskogo. — Minsk : Tesey, 1998.*
8. *Горинович, А. П. Вопрос-ответ [Электронный ресурс] / А. П. Горинович // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2015. Gorinovich, A. P. Vopros-otvet [Elektronnyy resurs] / A. P. Gorinovich // ETALON. Zakonodatel'stvo Respubliki Belarus' / Nats. tsentr pravovoy inform. Resp. Belarus'. — Minsk, 2015.*
9. *Бондаренко, Н. Л. Принципы гражданского права Республики Беларусь : монография / Н. Л. Бондаренко. — Минск : БГЭУ, 2007. Bondarenko, N. L. Printsipy grazhdanskogo prava Respubliki Belarus' : monografiya / N. L. Bondarenko. — Minsk : BGEU, 2007.*
10. *Пробелы в праве [Электронный ресурс] // Энциклопедия Экономиста. — Режим доступа: <http://www.grandars.ru/college/pravovedenie/probely-v-prave.html>. — Дата доступа: 10.11.2015.*

Статья поступила в редакцию 20.11.2015 г.

УДК 342.98(476)

A. Sherstobitov
BSEU (Minsk)

OFFICIALS AS SUBJECTS OF ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY

The article analyses the legal status of an official being a participant of administrative and legal relations and its attributes which allow to separate this category of subjects. The research's results permit to put in order the mechanism of state bodies' activities, which have the power to conduct the administrative trials and to bring the guilty persons to the administrative responsibility.

Keywords: *administrative Law, administrative responsibility, administrative recovery, state government, an office, an official, responsibility, legal status, legal regulation, service, person of law, subject of responsibility.*

A. В. Шерстобитов
кандидат юридических наук
БГЭУ (Минск)

ДОЛЖНОСТНЫЕ ЛИЦА КАК СУБЪЕКТЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В статье анализируются правовой статус должностного лица как участника административно-правовых отношений, его признаки, позволяющие выделять эту категорию субъектов в отдельную группу. Результаты исследования позволяют упорядочить механизм деятельности государ-