

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340

МЕТОД АНАЛОГИИ В СУДЕЙСКОМ УСМОТРЕНИИ

канд. филос. наук, доц. **Н.А. ПЕТРОВСКИЙ**
(Брестский государственный университет им. А.С. Пушкина)

Исследуется роль метода аналогии как способа юридического мышления и его эвристические возможности в сфере судебного усмотрения и правоприменительной практики.

Современное состояние белорусской правовой науки характеризуется поисками новых представлений о методологии теоретической и практической юриспруденции. Особое положение здесь занимают недостаточно изученные методы юридического познания, к которым следует отнести метод аналогии. В отношении методологии права отечественная юриспруденция несет в себе тяжелый след прошлого, когда марксистско-ленинская методология оценивала право лишь в качестве закона, модель которого совмещала в себе право и обязанность, их реальность имела односторонний публично выраженный характер. Все это очень затрудняло развитие методологии права, в том числе и метода аналогии.

Аналогия, возникая из практических действий человека с предметами внешней среды, совершенствуя свою форму и обогащая содержание, является действенным методом научного познания как объективных свойств и отношений, так и субъективного отражения различных процессов их адекватного осмысления. Будучи мыслительным процессом, аналогия включена в общий процесс познания права, как одна из его имманентных сторон. Причем в этом процессе объективно происходит совершенствование форм аналогии, углубление их содержания.

Констатация данного факта означает, что изложенный в работе материал представляет собой лишь введение к более глубокому, системному осмыслению проблемы гносеологических и эвристических возможностей метода аналогии как в теоретической, так и в практической юриспруденции. В частности, это относится к проблеме изучения условий повышения степени правдоподобия, достоверности аналогии в сфере судебной практики. В этой связи представляется очевидным, что рационализация с помощью метода аналогии юридического материала является важнейшим инструментарием гносеологического поиска, в том числе и в области правоприменения.

Актуальность и дискуссионность вопросов о судебском усмотрении обусловлена спорами о месте и роли судебных органов в механизме правового регулирования общественных отношений. Бесспорно, если правовая система позволяет судебным органам принимать постановления, основанные не только на законе, то это неизбежно влечет конкуренцию между различными органами власти, которая может перерасти в открытое столкновение властных структур государства.

Задачей государства в этой связи является выбор оптимальной модели правового регулирования, а на юристов-теоретиков ложится ответственность за выработку и обоснование соответствующей правовой доктрины.

По мнению С.И. Ожегова, глагол «усмотреть» означает установить, обнаружить, признать [1, с. 896]. С точки зрения В.Н. Дубовицкого, следует различать широкую и узкую трактовку понятия «усмотрение». Широкое, общесоциальное понимание усмотрения - это решение, мнение, заключение вообще. При таком подходе, по мнению автора, получается, что право «связано» усмотрением. Узкая трактовка усмотрения - это усмотрение, которое «связано» правом [2, с. 49]. Б.М. Лазарев понимал усмотрение как волевою сторону соотношения целесообразности и законности [3, с. 92]. В коллективной монографии А.Е. Лунева, С.С. Студеникина и Ц.А. Ямпольской административное усмотрение определялось только в связи с законом. Авторы подчеркивали, что в рассматриваемой ими сфере применения закона выбор решения должен быть связан и узами другого рода - целью, которая либо указывается законодателем, либо вытекает из смысла закона. Поэтому усмотрение можно рассматривать как целесообразность в сфере применения закона [4, с. 63].

Следует уточнить понятие «судейское усмотрение». Лингвистический анализ этого понятий не представляется сложным. Слово «усмотреть» означает то же самое, что и слово «увидеть». Слово «судейское» означает нечто, принадлежащее судье или исходящее от судьи. Соединенные вместе эти слова означают взгляд или видение судьи.

Юридический смысл термина «судейское усмотрение» значительно отличается от его лингвистического содержания и означает мнение или вывод судьи относительно того, как следует разрешить рас-

смаатриваемое им юридическое дело. Процедура логического построения данного вывода (мнения) непосредственно связана с методом аналогии. Ведь именно в процессе «усмотрения» от судьи требуется максимальная концентрация его знаний и умений при аргументации выводов и научно обоснованных решений. Юристы, участвующие в судебной практике, должны обладать развитыми способностями и навыками по целеустремленному, методологически выверенному, доказательному и убежденному изложению своих выводов-усмотрений. В этом случае анализ возможного сходства ранее принятого решения с ныне рассматриваемым делом, построенный на заключениях по аналогии, просто незаменим.

В частности, И.Л. Петрухин понимает под судебским усмотрением принятие с помощью метода аналогии различных альтернатив строго не формализованного решения, учитывающего особенности конкретного случая, а М.И. Брагинский выделяет лишь критерии правомерности применения судебного усмотрения: разумность, добросовестность, целенаправленность, моральность [5, с. 99].

На практическую ценность метода аналогии в судебном усмотрении указывает в своих выводах израильский правовед А. Барак, который под судебским усмотрением понимает «полномочие, которое закон дает судье, чтобы делать выбор из нескольких альтернатив, из которых каждая законна» [6, с. 40 - 41]. При этом А. Барак подчеркивает, что выбор варианта разрешения спора по усмотрению возможен только в пределах зоны формальной законности. По мнению А. Барака, усмотрение имеет место не только тогда, когда отсутствует правовая норма, регулирующая спор (пробел), но и тогда, когда такая норма существует. В первом случае суд, опираясь на метод аналогии, самостоятельно формирует новое правило, а во втором - усмотрение суда состоит в установлении обстоятельств дела и выборе необходимой правовой нормы из числа существующих. В этом случае метод аналогии также незаменим.

А. Барак также полагает, что «судейское усмотрение должно применяться объективно», т.е. выбранный при отсутствии правовой нормы вариант должен быть законен, по мнению некоего сообщества юристов [6, с. 19]. Иначе говоря, А. Барак прямо указывает на необходимость применения метода аналогии при подборе отсутствующей правовой нормы.

Известный российский цивилист профессор И.А. Покровский под судебским усмотрением понимал «право более свободного истолкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и веления судебской совести» [7, с. 90].

На основе анализа работ ряда юристов-теоретиков можно сделать вывод о том, что судебское усмотрение есть выбор судьей варианта разрешения юридического дела, основанный на его субъективном восприятии обстоятельств дела и его субъективном толковании правовых норм. Иначе говоря, судебское усмотрение, а вместе с ним и умозаключение по аналогии неизбежно присутствуют в процессе рассмотрения и разрешения судом любого гражданского дела, поскольку это обусловлено самой природой человека. Каждый человек, в том числе и судья, обладает своим уникальным аппаратом отражения окружающего мира. Поэтому любой вывод судьи относительно обстоятельств дела или варианта его разрешения несет отпечаток его мировоззрения, жизненного опыта, уровня профессиональной подготовки, других характеристик.

В силу этого следует помнить, что правоприменитель, выносящий решение, всегда обременен своей субъективностью, что дает возможность широкого применения метода аналогии, а само *решение* оценивать как одно из ряда подобных. Там, где судья обладает или наделяется единоличной харизмой, приветствуются единоличные решения, там, где этого нет, как в суде присяжных, имеет место коммунальность в принятии решений. И единоличное, и коллегиальное решения обусловлены своим временем, своей культурой, своими условиями. Эта субъективность, лежащая в основании буквально всякого решения, составляется из фундаментальных и более поверхностных привычек, правил, принципов, мнений, сплетен, незнания и т.д.

На этом фундаменте строится всякое суждение, в том числе и судебное решение. Сам переход от знания закона к его применению происходит на таком фундаменте. «...Если определить право... как состоящее из принципов, правил, стандартов и понятий, то выясняется, что стандарты и понятия сами по себе не могут применяться к ситуации - им необходимо правило, указывающее, где и как они должны применяться, правила же, в свою очередь, подчинены принципам» [8, с. 121]. Следовательно, прямой переход от текстов общих предписаний к частным рассматриваемым случаям невозможен. В данном случае судье необходимо обратиться к методологии принятия судебного решения, в том числе к методу аналогии. И все же самым важным для исследования являются случаи судебного усмотрения, когда судья при разрешении конкретного дела сталкивается с устаревшим либо несправедливым законом, либо когда судья обнаруживает отсутствие правовой нормы, которую можно было бы применить для разрешения дела. В данных случаях под судебским усмотрением следует понимать выбор такого варианта разрешения дела, который является с точки зрения права наиболее справедливым и безупречным в отношении методологии принятия судебного решения.

Благодаря стараниям западных ученых теория судебного усмотрения содержит определения таких видов усмотрения, как сильное и слабое усмотрение, официальное и неофициальное усмотрение,

предварительное и окончательное усмотрение. К слабому усмотрению относят случаи, когда суд разрешает дело, основываясь исключительно на существующей правовой норме [9, с. 58]. Сильное усмотрение имеет место тогда, когда суд не связан правовой нормой, установленной законодателем для урегулирования данного противоречия.

Официальное усмотрение применяется тогда, когда суд применяет альтернативную норму права, в которой уже закреплено право выбора судьей той или иной санкции. Неофициальное усмотрение используется судом, когда формулировка нормы права неясна, и суду приходится самому толковать данную норму.

Предварительное усмотрение имеет место тогда, когда судебные решения принимаются судами нижестоящих инстанций и сохраняется возможность пересмотра этих решений вышестоящими судами. Окончательное усмотрение относят к случаям принятия таких решений, которые не могут быть пересмотрены в вышестоящей инстанции.

Несмотря на множественность определений понятия судейского усмотрения ряд правоведов считает его недопустимым в правоприменительной деятельности и отрицает саму возможность его существования. Сторонником такого подхода является западный профессор Р. Дворкин. По его мнению, каждая правовая проблема имеет только одно законное решение. Согласно этому подходу право - это закрытая система, которая содержит решение для каждой трудной проблемы и не оставляет места для судейского усмотрения. Судья не изобретает и не создает новые правовые нормы, а раскрывает или выявляет уже существующие правовые нормы. А. Барак называет этот подход толковательным.

Принципиально иную позицию занимают сторонники другого, прямо противоположного подхода к проблеме судейского усмотрения. По их мнению, судейское усмотрение присутствует в каждом деле: и трудном, и легком. Такая точка зрения имеет под собой вполне реальную основу, поскольку сложно говорить об отсутствии усмотрения на уровне установления обстоятельств дела и оценки доказательств.

Третья точка зрения на проблему существования судейского усмотрения представляет своеобразный компромисс между первыми двумя подходами и состоит в том, что судейское усмотрение все-таки существует, но существует там, где отсутствуют необходимые правовые нормы, а также там, где сложно дать квалификацию спора или правильно установить обстоятельства дела.

К.Н. Комиссаров судебное усмотрение понимает как «специфический вид судебной правоприменительной деятельности, сущность которого заключается в предоставлении суду в соответствующих случаях правомочий принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона» [10, с. 50]. Свобода усмотрения правоприменителя интерпретируется и как творческая, интеллектуально-волевая деятельность компетентного субъекта, в процессе которой окончательно формируется его нравственно-правовая позиция по рассматриваемому делу [11, с. 94].

Как видим, по поводу возможности усмотрения в правоприменении в литературе существуют диаметрально противоположные позиции. Так, ее противники считают, что усмотрение - следствие несовершенства законодательной техники, оно не соответствует исторической перспективе развития правовой политики и принципу законности [12, с. 9 - 10]. В этой связи следует согласиться с суждением тех ученых, которые подчеркивают, что «правда, нередко происходит замена оценочных понятий исчерпывающим регулированием в нормативных актах, но это только тенденция, так как полное устранение оценочных категорий невозможно, да и не всегда нужно» [13, с. 87-91].

Напротив, сторонники усмотрения в процессе правоприменения обосновывают его необходимость и реальность. В этой связи известный российский ученый В.В. Лазарев пишет, что закон всеобщ, а применение закона - творческая деятельность. Поэтому остаются относительно широкие возможности для привнесения направленности субъектов правоприменения по делу, и в особенности в процессе его рассмотрения. Эти возможности, по мнению автора, весьма значительны в случаях конкретизации права (юридическое толкование), преодоления пробелов в праве (аналогия права), решения вопроса при значительном усмотрении правоприменителя.

Соглашаясь с тем, что правовая регламентация означает строгое регулирование процессуальной деятельности и ею ограничивается свобода деятельности судебно-следственных работников, В.В. Лазарев подчеркивает, что последние не свободны в своих волеизъявлениях, а также в выборе средств реализации собственной деятельности, ее более рациональной и эффективной организации. Такая свобода реальна, выражается в широком применении тактических приемов и комплексов, комбинаций и вместе с тем, по мнению автора, осуществляется в рамках требования закона, подчинена его принципам и не может простирается далее оперирования требованиями и порядком деятельности уже сформулированными в законе.

Подобной позиции придерживается и В.А. Дубровский, по мнению которого, «обязательное выполнение закона не лишает следователя свободы в выборе действий и решений, однозначно в любом случае они должны согласовываться с целями расследования и не нарушать права и законные интересы участников предварительного следствия» [14, с. 7].

Касаясь роли аналогии в уголовном праве, безусловно, А.Э. Жалинский прав, полагая, что в рамках уголовного закона проявляется определенный разрыв между целями законодателя, его волей и их выражением в форме закона, в языковых средствах. Это сказывается на методике и правилах толкования, хотя подобное нельзя рассматривать как случайность, как показатель недостаточной работы над текстом закона, ибо модель (а таковой является всякая норма) принципиально не может исчерпать всех свойств отражаемого объекта, причем этот разрыв особенно ощутим на уровне перевода замысла, целей, стремления в определенную застывшую форму (текст). По его мнению, признание и необходимость оценочных признаков уголовно-правовой нормы неизбежно приводят к возможности нескольких ее толкований; если бы можно было бы добиться единодушия в решениях правоприменителей, т.е. однозначной практики, то следовало бы формализовать оценочный критерий [15, с. 25 - 26].

Далее А.Э. Жалинский делает вывод о необходимости осознания правомерности усмотрения правоприменителя и введения его в соответствующие строго определенные рамки (ситуации, в которых такое усмотрение возможно, пределы усмотрения, юридические правила, которым оно должно подчиняться).

В некотором смысле данный автор солидарен с В.М. Коганом, рассматривающим данный процесс квалификации как вероятностный [16, с. 144]. Однако это положение не ново. Еще М.С. Строгович полагал, что правовая оценка фактов на основании уголовного закона, т.е. то, что называется квалификацией преступлений, не может рассматриваться как истина, поскольку она зависит от отношения судей к рассматриваемому деянию [17, с. 64 - 65]. Однако здесь есть и иная позиция. Так, В.Н. Кудрявцев в несколько эмоциональной форме пишет, что, если бы понятие объективной истины не распространялось на квалификацию, каждый судья смог бы мерить на свой аршин, и его выводы нельзя было бы ни проверить, ни исправить [18, с. 55].

Еще более определенно свою позицию по проблеме усмотрения выражает П.Е. Кондратьев. По его мнению, в законе в силу сложности реальных жизненных ситуаций, вынужденной лаконичности формулировок, многообразия смысловых оттенков используемых терминов практически невозможно дать такое описание состава преступления, которое не допускало бы известного разночтения при использовании им различными субъектами правоприменения. Более того, закон в силу особенностей его воздействия на поведение людей должен быть относительно стабилен во времени, тогда как регулируемые отношения подвижны, изменчивы, как изменчива и оценка этих отношений со стороны государства и отдельных граждан. До предела же формализованные предписания в этих условиях могут приводить либо к нарушениям принципа справедливости при определении ответственности, либо к изменению соответствующего нормативного акта.

Следовательно, резюмирует ученый, усмотрение правоприменителя, использование метода аналогии при принятии уголовно-правовых решений необходимо рассматривать не как отступление от принципа законности, а как необходимый и социально оправданный элемент правоприменительной деятельности, поэтому требуется не отказ от него, а ввод регуляторов, не допускающих перерастания допустимого усмотрения в произвол. Решение этой задачи должно охватывать ряд направлений с учетом того, что проявление усмотрения связано не только с использованием оценочных категорий уголовного закона, но и с установлением и оценкой доказательств, применением норм права в отношении конкретных фактов и т.д. [19, с. 28 -29].

Действительно, принцип законности, строгая регламентация правового поведения должностных лиц не исключают усмотрения, в котором выражается целесообразность того или иного решения, принимаемого на основе закона и в рамках компетенции должностного лица. Возможность действовать по усмотрению необходима потому, что в сфере судопроизводства складывается большое количество различных ситуаций, предусмотреть которые в законе невозможно.

Представляется, что в деятельности судьи всегда присутствует элемент судейского усмотрения, и устранить его можно лишь при условии полной ликвидации судебных органов.

В дореволюционной России правила судопроизводства претерпевали многократные изменения, которые касались и правомочий суда по «свободному правотворению» или, говоря более строго, правомочий по разрешению спора в отсутствие необходимой правовой нормы.

Согласно исследованиям, в России в период просвещенного абсолютизма (во второй половине XVIII в.) в обществе господствовали «естественно-правовые» настроения, характеризовавшиеся отрицательным отношением к праву позитивному, не поспевавшему за быстро меняющимся укладом жизни. В этот период суды были в значительной мере склонны к признанию справедливости в качестве непосредственного источника права, который способен «восполнять и даже исправлять положительный закон». В этом случае метод аналогии являлся субординирующим при принятии судебного решения. При этом под видом восполнения закона суды охотно при решении конкретных случаев проводили в жизнь то, что им казалось вытекающим из принципов естественного права.

Однако в XIX веке законодатель ограничивает применения аналогии в ходе разрешения споров на основании, отличном от указаний закона. В частности, в ст. 65 Основных законов было указано, что «зако-

ны должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оных, без всякого изменения или распространения. Все без изъятия места, не исключая и высших правительств, во всяком случае, должны утверждать определения свои на точных словах закона, не переменяя в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований». Суды имели право в случае неполноты или неясности закона приостанавливать решение дела и докладывать об этом в вышестоящую инстанцию, ожидая внесения соответствующих изменений в законодательство.

Но прошло время относительной стабильности, «грязнули» реформы царя-освободителя, и ст. 10 Устава Гражданского Судопроизводства отменила этот порядок. В обществе опять набирали силу естественно-правовые настроения. Реформируемое законодательство вновь позволило судам свободное усмотрение при решении дел. Сам законодатель стал умышленно в тех случаях, где ему по тем или иным причинам точное определение не давалось или было затруднительным, выражать свою мысль в общей неопределенной форме, предоставив затем восполнение подобного «каучукового параграфа» свободному усмотрению суда. Метод аналогии получает второе дыхание.

История советского права в XX веке нам более хорошо знакома и можно с уверенностью сказать, что и в этот период также имели место различные подходы к определению правомочий судебных органов в толковании нормативных правовых актов. Общая тенденция здесь такова: период относительной стабильности (или как говорят о 70-х годах XX века - период «застоя») характеризуется жестким нормативным регулированием деятельности судебных органов, которая должна осуществляться в строгих рамках, очерченных для нее законодателем. Метод аналогии, а также аналогия закона и аналогия права предаются забвению. Однако в период активных реформ и преобладания в обществе демократических настроений, сопровождаемых размыванием жестких границ между властью законодательной и судебной (наделением судебных органов полномочиями правотворчества), метод аналогии вновь возрождается.

Анализ современного белорусского законодательства, выполненный на базе Конституции, Гражданского, Гражданского процессуального, Уголовного и уголовно-процессуального кодексов Республики Беларусь, свидетельствует о преобладании в белорусской правовой доктрине краеугольных положений теории естественного права. Если при этом учесть внешне сохраняющуюся тенденцию демократизации белорусского общества и государства, то можно сделать вывод о том, что в Республике Беларусь в настоящее время существует определенная правовая и социальная база для судейского усмотрения и наделения судебных органов правотворческими функциями со всеми вытекающими отсюда последствиями. Следовательно, разработка эвристических возможностей метода аналогии для совершенствования национальной системы права является весьма актуальной.

Говоря о пределах судейского усмотрения, необходимо различать его уровни. Проблемы ограничения судейского усмотрения на уровне установления судом обстоятельств дела (или иначе - фактов предмета доказывания) отличаются от проблем ограничения усмотрения на уровне установления объема прав и обязанностей сторон.

Для государства наиболее важной представляется проблема ограничения судейского усмотрения при выборе судом варианта разрешения спора, поскольку в этом случае суд может позволить себе вторжение в сферу компетенции законодателя. Для граждан весьма существенное значение имеет и установление строгого порядка исследования и оценки судом доказательств. Нельзя сказать, что правило оценки доказательств по внутреннему убеждению является предельно ясным и определенным и исключает возможность злоупотребления со стороны суда.

Одним из сложных вопросов правоприменительной деятельности вообще и уголовно-процессуальной деятельности в частности является восполнение пробелов в законодательстве. Природа пробельности в уголовно-процессуальном законодательстве довольно сложна. На наш взгляд, наиболее важными аспектами этого явления выступают следующие. Во-первых, частично существование пробелов (как неурегулированности, так и недостаточной урегулированности отдельных вопросов) вызвано неполным или неточным изложением воли законодателя в уголовно-процессуальных нормах, недостаточности использования средств юридической техники. Примером такой пробельности является полное или частичное отсутствие у ряда субъектов уголовного процесса закрепленных в законе прав и обязанностей, неурегулированности порядка исчисления сроков следствия при соединении и выделении уголовных дел и др. В юридической литературе неоднократно обращалось внимание на такие пробелы в праве.

Во-вторых, пробел - не всегда просчет законодателя. Иногда пробельность (ее именуют последующей) вызвана появлением новых отношений, которые хотя и охватываются правом, но в деталях не могли быть предусмотрены законодателем. Так, рост организованной преступности в нашем государстве проявил некоторую пробельность уголовно-процессуального законодательства в части регламентации вопросов расследования сложных уголовных дел, характеризующихся многоэпизодностью, значительным числом обвиняемых, распределением ролей между членами преступной группы и др.

Уголовно-процессуальному праву характерны оба эти вида пробельности. Кроме того, необходимо учитывать, что процессуальные отрасли права, в отличие от материальных (уголовного, гражданского

и др.), сталкиваются с более широким спектром жизненных ситуаций, различными их оттенками. Поэтому при осуществлении правового регулирования невозможно учесть все нюансы, особенности, которые могут возникнуть в том или ином случае.

В связи с этим, на наш взгляд, в уголовно-процессуальном праве (впрочем, как и в любой другой процессуальной отрасли права) в большей степени должно быть уделено внимание вопросам восполнения пробелов, причем не путем правотворчества, а использования метода аналогии в процессе применения права. То есть в этом аспекте право должно в известной степени являться динамичной, саморегулирующейся системой. В самом праве должны существовать такие внутренние механизмы, которые в ряде случаев давали бы возможность «смягчить» в том или ином конкретном случае просчеты законодателя, обеспечить действие юридических норм в соответствии с требованиями развивающихся общественных отношений.

Было бы ошибочным считать, что современное уголовно-процессуальное право не обладает такими качествами. Оно довольно универсально. Другое дело, что эти свойства права не нашли прямого закрепления в юридических нормах.

В качестве наиболее распространенных действий при пробелах в уголовно-процессуальном праве в процессе правоприменения используется известная нам аналогия закона и аналогия права. Следует отметить, что использование аналогии в уголовно-процессуальном праве неоднозначно оценивается учеными. Такой метод имеет своих сторонников (Н.Н. Полянский, П.С. Элькинд, М.С. Строгович и др.) и противников (В.И. Каминская, Т.Н. Добровольская и др.).

При аналогии закона, т.е. при распространении на данные отношения конкретных норм, регулирующих сходные отношения, решающим основанием, предопределяющим возможность применения той или иной конкретной нормы, является существенное сходство между отношениями, которые прямо не предусмотрены правом, и отношениями, которые урегулированы конкретными юридическими нормами. Например, при допросе свидетелей в возрасте до четырнадцати лет, согласно ст. 159 Уголовно-процессуального кодекса обязательно участие педагога. Но подобное правило не распространяется на те случаи, когда до возбуждения уголовного дела от несовершеннолетнего получают объяснение об обстоятельствах происшествия. Существенное сходство (однотипность) ситуаций позволяет практикам применять аналогию: приглашать педагога в случаях получения объяснения от несовершеннолетних очевидцев.

Несколько иное происходит при применении аналогии права. Здесь правоприменительный орган исходит из общих начал, смысла права и уголовно-процессуального законодательства. При этом решающее значение имеют принципы и основные положения права.

В теории уголовного процесса уделяется значительное внимание исследованию вопросов применения аналогии закона и в то же время не достаточно освещенными оказались проблемы, связанные с использованием аналогии права. Более того, некоторые авторы не признают существование последней в уголовно-процессуальной деятельности.

Представляется, что такие выводы являются поспешными. Аналогия права в уголовном судопроизводстве используется гораздо реже, чем аналогия закона, но все-таки имеет право на существование.

В подтверждение этого разберем следующую ситуацию. Конев, обвиняемый в совершении должностного подлога, заявил в суде ходатайство о вызове переводчика, указав, что почти все свидетели по делу являются украинцами, а он украинский язык понимает плохо. Согласно ст. 17 УПК переводчик предоставляется участвующим в деле лицам, не владеющим языком, на котором ведется судопроизводство.

В данном случае судопроизводство осуществлялось на русском языке, которым подсудимый владеет. Поэтому буквальное толкование нормы права приводит к выводу, что у суда нет обязанности предоставлять Коневу переводчика. Не представляется возможным здесь применить и аналогию права, поскольку не существует правовой нормы, регулирующей сходную ситуацию. В то же время, по смыслу закона, вытекающему из принципа языка судопроизводства, переводчик предоставляется участнику процесса для того, чтобы он мог ориентироваться в происходящем событии (в данном случае в судебном разбирательстве), активно участвовать в нем. При таком рассуждении становится очевидной необходимость предоставления подсудимому переводчика. Разрешению этого случая способствовало использование аналогии права, которая, на наш взгляд, требует гораздо более глубоких знаний законодательства, чем аналогия закона.

Следует иметь в виду, что использование аналогии в уголовно-процессуальном праве не выражается во внесении в нормативное содержание правовой системы каких-либо новых элементов, которые бы восполняли или изменяли саму нормативную основу регулирования. Оно целиком замкнуто на процессуальном решении конкретной ситуации и не выходит за рамки того, что образует применение права.

Помимо этого, применение аналогии в уголовном процессе возможно только при соблюдении определенных условий: она должна способствовать выполнению задач уголовного судопроизводства, не ущемлять права и законные интересы граждан, не противоречить принципам судопроизводства, не искажать существа того или иного процессуального правила.

Это также позволяет сохранить целостность, единство, устойчивость нормативно-правовой системы общественного регулирования.

В целом уголовно-процессуальная правоприменительная деятельность представляет собой систему действий, но данная система достаточно неоднородна. В процессе расследования и разрешения уголовного дела следователь, орган дознания, прокурор, суд осуществляют очень широкий спектр деятельности. Условно ее можно подразделить на непроцессуальную (связанную с решением организационных вопросов) и процессуальную (выражающуюся непосредственно в применении уголовно-процессуальных норм).

Организационная деятельность хотя и очень тесно связана с производством по делу, но имеет вспомогательный характер и в подавляющем большинстве случаев не регулируется уголовно-процессуальным правом. Поэтому было бы ошибочным данный вид деятельности рассматривать как применение права.

Процессуальная деятельность подразделяется на принятие процессуальных решений (например, о возбуждении уголовного дела, о применении меры пресечения, постановление приговора) и осуществление уголовно-процессуальных действий. Последние, в свою очередь, представлены следственными, судебными и иными процессуальными действиями.

Следует подчеркнуть и тот факт, что правосознание должностного лица, представляющее собой своеобразный нравственно-правовой сплав идей, взглядов, чувств, эмоций, настроений и переживаний, ведет активный поиск оптимального варианта решения по конкретному юридическому делу. В процессе этого поиска, помимо использования метода аналогии, осуществляется двусторонняя нравственная и правовая квалификация общественного отношения. Забвение этого, принижение значимости юридической и этической оценки рассматриваемого правоприменителем жизненного случая ведут к неточности вынесенного им решения с позиции законности или справедливости.

В заключение следует отметить, что метод аналогии в праве - это вообще искусство в том смысле, что он подразумевает выход мышления за рамки стандартизированного применения норм. Каждое юридическое дело считается уникальным, но решение подавляющей массы дел протекает все же по устоявшимся образцам. В отличие от этого, применение аналогии требует известного логико-юридического творчества. Применение метода аналогии - это реализация особой юридической квалификации, способной черпать именно из всего арсенала права.

Применение аналогии неизбежно уже в силу самой сути данного приема. По существу, этот процесс как бы «расширяет» пределы законодательства, но в то же время опирается при этом на само действующее законодательство.

Таким образом, метод аналогии служит средством доказательства жизнеспособности (или нежизнеспособности) различных юридических концепций (гипотез), выступая в качестве аргумента, а также он может быть основой для формирования методологической теории в сфере правовой науки, являться фундаментом последующих научных поисков в области юриспруденции. При этом функции аналогии вытекают не только из степени разработанности правовой концепции (как правило, чем меньше эта степень, тем шире привлекается метод аналогии), но и из тех задач, которые ставит перед собой исследователь. Следует констатировать и тот факт, что аналогию как метод очень мало применяют сегодня юристы-практики, привыкшие опираться при исследовании конкретных фактических обстоятельств исключительно на факты, прибегая к аналогии исключительно как к средству восполнения пробелов в праве, а не как действенной форме мышления.

Гносеологические возможности метода аналогии не сводятся к констатации школярской общеизвестной истины, согласно которой «аналогия стопроцентной истины не дает». Сильная сторона аналогии как метода познания как раз и состоит в отражении многовариантности теоретического юридического исследования, либо в выводах и заключениях в сфере судебного усмотрения. В силу этого эффективность подходов тех юристов, которые в своем научном поиске используют метод аналогии, не вызывает сомнений.

Определенные сложности в исследовании метода аналогии в сфере судебного усмотрения обусловлены достаточно поляризованными его оценками в трудах ведущих теоретиков права. Кроме этого, среди ученых не прекращаются дискуссии в отношении того, что результаты умозаключений по аналогии имеют лишь правдоподобный, вероятностный характер. Вместе с тем тот факт, что, применяя метод аналогии, многие выдающиеся исследователи пришли к весомым научным результатам, позволяет сделать вывод о том, что данный метод имеет универсальный характер, а следовательно, попытка его анализа применительно к юриспруденции актуальна и оправдана.

Эффективность метода аналогии в юриспруденции не вызывает сомнений. Более того, богатство эвристических возможностей аналогии выделяет его из широкой палитры методологических нюансов, что обуславливает необходимость строго научного подхода к использованию метода аналогии как в теоретической, так и в практической юриспруденции.

Таким образом, исследование возможностей метода аналогии, его содержательной стороны является чрезвычайно актуальным, поскольку под видом методологического разнообразия в исследовании

аналогии в работах различных юристов как теоретиков, так и практиков кроется принципиальная незавершенность такого рода теоретических усилий. Эта незавершенность является свидетельством актуальной неисчерпаемости, универсальности метода аналогии, его возможностей не только в сфере судебного усмотрения, но и в области всей науки о праве.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М., 1970. - 988 с.
2. Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. - Мн., 1984.- 265 с.
3. Лазарев Б.М. Концепция органов управления. - М.: Наука, 1972. - 348 с.
4. Лунев А.Е., Студеникин С.С., Ямпольская Ц.А. - Социологическая законность в советском государственном управлении. - М., 1948.-484 с.
5. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. - 1995. - № 7. - С. 99
6. Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. - М.: НОРМА, 1999. - 186 с.
7. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. - М.: Статут, 1998. - 334 с.
8. Грязин И.Н. Текст права: опыт методологического анализа конкурирующих теорий. - Таллин, 1983.-286 с.
9. Судебное усмотрение в гражданском процессуальном праве // Гражданский и арбитражный процесс. - 1999,-№2.-С. 58.
10. Комиссаров К.Н. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. - 1969. - № 4. - С. 50.
11. Бохан В.Ф. Формирование убеждения суда. - Мн., 1973.-298 с.
12. Сахаров А.Б. Планирование уголовной политики и перспективы уголовного законодательства // Планирование мер борьбы с преступностью. - М., 1982. - 399 с.
13. Фролов А.Е., Питецкий В.В. Гарантии законности и оценочные понятия в уголовном праве // Советское государство и право. - 1979. - № 6. - С. 87 - 91.
14. Дубривный В.А. Деятельность следователя по расследованию преступлений. - Саратов, 1987. - 219 с.
15. Жалинский А.Э. О соотношении функционального и догматического подходов к уголовному праву // Актуальные проблемы применения уголовного законодательства в деятельности органов внутренних дел. -М., 1987.- 312 с.
16. Коган В.М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия. - М., 1983. - 278 с.
17. Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. - М., 1955.- 182 с.
18. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. - М., 1972. - 395 с.
19. Кондратьев П.Е. О пределах усмотрения правоприменителя в процессе принятия уголовно-правовых решений // Актуальные проблемы уголовного законодательства в деятельности органов внутренних дел. - 208 с.