

**Ключові слова:** Президент України, нормотворческа діяльність, стадія підготовки проектів актів, етапи підготовки проектів актів глави держави.

**I. Bernazyuk. Preparation of draft acts of the President of Ukraine as the first phase of the norms-formation process by the Head of the State.**

The author conducted a research on preparing draft legislative acts, being initial stage of the norms-formation process of the President of Ukraine. The main stages in this process were identified; as well as the main features of the national and foreign legislation, regulating the activity of the Head of the State, analyzed.

**Keywords:** President of Ukraine, norm-setting activities, stage of preparation of projects of acts, stages of preparation of projects of acts of the Head of the State.

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ

Грищенко О. П.  
Національний педагогічний університет  
імені М. П. Драгоманова

### СПІВВІДНОШЕННЯ І ВІДМЕЖУВАННЯ ФІКЦІЇ ТА АНАЛОГІЇ

Стаття присвячена дослідженню питань співвідношення і відмежування фікції та аналогії. Автор, аналізуючи погляди вчених на зазначену проблему, поділяє точку зору науковців які вважають, що між фікцією та аналогією не можна ставити знак рівності, що будь-яка аналогія призводить до фікції.

**Ключові слова:** фікція, аналогія, аналогія права, аналогія закону, співвідношення, відмежування, прогалина.

Питання співвідношення та розмежування таких категорій як “фікція” та “аналогія” є вкрай актуальним і обумовлене, передусім, викликами практики. Серед науковців, які досліджували ці питання, можна виділити С. А. Муромцева, К. К. Панько, О. В. Ул’яновську та ін.

**Метою статті** є аналіз особливостей таких юридичних категорій як “фікція” та “аналогія” і проведення на цій основі їх розмежування.

Для розмежування таких категорій як “фікція” та “аналогія” необхідно звернути увагу на тлумачення даних понять. Так, згідно словника іноземних слів і виразів під “фікцією” слід розуміти: 1) юридичний прийом, який полягає в тому, що дійсність підводиться під формулу, що не відповідає їй; 2) вигадка, неіснуюче, помилкове [10, с. 479]. Що ж стосується загального тлумачення поняття аналогії, то філософський енциклопедичний словник надає його нам так: “аналогія – подібність предметів, явищ в яких-небудь властивостях. При умовиводі за аналогією значення, отримане з розгляду якого-небудь об’єкта переноситься на інший, менш вивчений, менш доступний для дослідження об’єкт” [17, с. 43].

Є два види поняття “аналогії” в юриспруденції: аналогія закону та аналогія права. Спробуємо розтлумачити кожне з них. Словник юридичних термінів розуміє аналогію так: “аналогія закону – вирішення конкретної юридичної справи на підставі норми

права, яка регулює аналогічний випадок”, тоді як “аналогія права – застосування загальних принципів права (галузей, інститутів), якщо в законодавстві немає спеціальних або подібних норм, розрахованих на врегулювання таких же відносин” [12, с. 6]. Тобто, аналогія у праві є засобом, що є тимчасовим, призначений для надання допомоги, направлений на усунення прогалин та використовується лише, якщо законом прямо дозволений. Аналогія ж закону направлена не на даний випадок, а на подібні, і базується на правовій нормі, є рішенням конкретної юридичної справи. З цього випливає те, що прогалини у праві є підставою висновку по аналогії, тоді як фікція є такою, що зазначена, присутня у нормі права.

Дослідник римського права С. А. Муромцев відносив фікції до аналогій і так описував механізм їх дії: “Відома ознака, що відрізняє одне ставлення від іншого, все одно – полягає вона у присутності або відсутності якої-небудь властивості, уявляється неіснуючою, через що відносини виявлялися цілком подібними і здатними до підведення під дію однієї і тієї ж юридичної норми” [6, с. 97; 8, с. 40]. У своїй праці С. А. Муромцев також зазначав, що “недостатність аналізу при визначенні природи фікцій призвела до того, що поняття про них було ототожнено з поняттям аналогії взагалі ...” [6, с. 98; 8, с. 46]. Проте варто зазначити те, що С. А. Муромцев був правий у тому, що між фікцією та аналогією не можна ставити знак рівності, проте варто пам’ятати, що вони дуже схожі між собою, що будь-яка аналогія призводить до фікції [8, с. 46]. Тобто, із цього випливає, що проблемним питанням залишається розмежування таких правових категорій як “фікція” та “аналогія”, оскільки вони є суміжними.

Варто більш детально розглянути для розмежування підстави використання таких правових категорій як “фікція” та “аналогія”. Так для аналогії – це прогалини у законодавстві, а саме часткова, повна відсутність нормативних приписів, що обумовлені реаліями сьогодення. Під прогалинами слід вважати недоліки законодавства при регулюванні законодавцем суспільних відносин. Науковець С. Т. Мішуровська зазначає, що прогалинами у праві є повна або часткова відсутність норм права (тобто як цілих сукупностей, так і окремих норм), потреба яких зумовлена потребами суспільного розвитку, які є об’єктивними. Тобто, прогалинами права є дефекти правової системи, які виражаються у тому, що законодавець залишає пропуски в регламентації відносин, або правовідносини, що закріплені в загальній нормі, не регулює конкретною нормою [5, с. 84]. Поява прогалин можлива за таких обставин, коли законодавець не зміг передбачити їх при “випуску” нормативно-правового акту. Тобто, за допомогою аналогії можливо розв’язання проблеми у вигляді подолання прогалини у праві. Варто зазначити і те, що логічним прийомом є аналогія в процесі встановлення прогалин у праві, яка впливає на реалізацію перенесення урегульованості правом одних обставин на інші, що з першими схожі [14, с. 253].

На думку О. В. Ул’яновської аналогія є такою, що немовби вважає дійсним подібність фактичних обставин і відносин, які повинні бути реальними і належати до одного і того ж класу: властивість, що обумовлює регулювання одних явищ, повинна бути і в інших, не врегульованих окремою нормою. Ось у чому, на думку О. В. Ул’яновської, і полягає відмінність аналогії від правової фікції, яка базується на

помилковій, неіснуючій ідентичності життєвих обставин, які потребують, проте, своєї нормативної закріпленості [16, с. 86].

За допомогою аналогії можливе регулювання норм, які регулюють подібні відносини. Використання аналогії можливе за наступною схемою – застосування правозастосовцем норм, які регулюють подібні відносини, відтак вихідна правова норма модифікується з метою формування нового положення, проте дане нове положення не стає нормою права. Тобто, як слушно зазначає А. С. Пиголкін “застосування аналогії – це не заповнення прогалин у праві, тому що в результаті такого застосування прогалина не ліквідується” [7, с. 279].

Правова фікція, на відміну від аналогії, закріплюється у нормі права і основне її завдання – вносити порядок у чітко визначені суспільні відносини. Тобто, фікція завжди базується на хибній асиміляції, однорідності явищ, які потребують регламентації, тоді як аналогія завжди започаткована на реальній подібності існуючих обставин, явищ.

Якщо обирати між фікцією та аналогією, то аналогія на рівні правозастосування здатна до більш швидкого регулювання суспільних відносин. Із цього випливає, що аналогія та фікція мають на меті аби межі формалізованості права були подолані для позитивних наслідків для суспільства.

Як вже зазначалося, фікція – зазначена у нормі права, тоді як аналогія – це прогалина у праві. Тобто, різні явища, що допускають дозвіл за аналогією, є новими явищами. Вона може бути, а може і не бути подібною, урегульованою законодавством. Отже, у тій чи іншій ситуації відбувається те, що норма права, яка б охоплювала дану ситуацію, є відсутньою. Проте, при знаходженні все ж певної норми права, яка регулює аналогічні явища, ситуації, необхідна певна її модифікація перенесення на розглядуване явище.

Аналогія виявляє аналогічність фактичних обставин і відносин, які повинні бути дійсними, існуючими. Натомість фікції базуються на неправильній, недійсній рівнозначності життєвих обставин, які потребують своєї закріпленості у нормах права.

Аналогія закону можлива у наступних випадках: існування загальної юридичної урегульованості зазначеного випадку; відсутність адекватної правової норми; наявність аналогічної норми, тобто норми, в гіпотезі якої вказані обставини, що є аналогічними тим, з якими зустрівся суб'єкт застосування права. Натомість аналогія права можлива за наступних умов: існування загальної юридичної урегульованості зазначеного випадку; відсутність адекватної правової норми; відсутність норми права, що є аналогічною [13, с. 62].

Варто зазначити і про випадки використання фікції:

- для вирішення конкретної історичної ситуації [15, с. 26];
- для гуманності [3, с. 72-73];
- внесення у регулювання суспільних відносин, тобто у норму права, чіткості, ясності;
- при необхідності утримання від довільних необґрунтованих рішень.

Отож, при застосуванні аналогії, як вже зазначалося, найголовнішою функцією залишається заповнення прогалин, тоді як фікція закріплена у нормі права та її основною функцією і метою застосування є економічність та ясність законодавства, у

тому числі кримінального.

Варто зазначити і про такий аспект при застосуванні як фікції, так і аналогії, як легальність. Так, науковець І. Л. Ішигілов зазначає, що легальність є важливою ознакою, оскільки визначає юридичну фікцію як абсолютно законне явище. Тобто, легальній юридичній фікції властива очевидність і навмисність створення. Проте, як зазначає науковець, ці ознаки не завжди виділяються вченими, але дослідник вважає, що це додаткові характеристики ознаки законності юридичної фікції. Навмисність створення і очевидність, по суті, підкріплюють легальність юридичних фікцій. А очевидність юридичної фікції виражається у тому, що вона ніколи не мається на увазі, а прямо передбачена правовими нормами. Юридичні фікції є такими, про які можливо сказати, що вони наявні, оскільки для них не характерна прихованість. Що ж стосується навмисності створення, то вона не виділяється жодним вченим, однак дана властивість юридичних фікцій має дуже велике значення. За І. Л. Ішигіловим навмисність створення говорить про те, що правотворчий орган свідомо, а не з якоїсь помилки, неухважності або необережності йде по такому шляху регулювання відносин. При цьому правотворець свого роду спеціально жертвує істиною і створює певне умовне положення. Також І. Л. Ішигілов вважає, що це, якщо можна так сказати, “неправда заради блага” [2, с. 4-5].

Що ж стосується легальності методів аналогій, то вони ніколи не повинні застосовуватись в кримінальному праві [13, с. 62], оскільки їх застосування у кримінальному праві означає порушення принципу законності [11]. Проте, як зазначає І. О. Рощина, принцип *nullum crimen, nulla poene sine lege* і відсутність прямо вираженого допущення аналогії не свідчать про те, що вона взагалі заборонена. Це було б правильним, якби розглядати аналогію як засіб заповнення прогалин судами у праві [9, с. 26].

Проте, постійність та необхідність існування, застосування аналогій виражається у тому, що увесь обсяг суспільних відносин, суб'єктивних обов'язків та прав громадян, ситуацій, що виникають у житті, що регулюється правозастосовним шляхом у кожній конкретній ситуації, не може бути передбаченим кримінальним законодавством. Тобто, потреба в аналогії з'являється тоді, коли законодавець не міг передбачити появу суперечливої ситуації. Таким чином, основним завданням як аналогії, так і фікції, є допомога законодавцю.

Як відзначає С. А. Муромцев: “Юридичні фікції ... складають найбільш юний вид аналогії ... Їх джерело лежить у самій юриспруденції, в її консерватизмі ... цим аналогія римської юриспруденції відрізняється різко від аналогії сучасної та складає в історії юридичного мислення факт строго відмежований” [6; 18, с. 11].

О. В. Ул'яновська, натомість, зазначає: “недостатньо повне втілення загальних принципів положень і цілей права в конкретних нормах, відсутність норм в результаті абсолютної суперечності одних норм іншим (колізійні пропуски в праві), невизначеності якої-небудь складової частини норми, розрив функціональної взаємозалежності між нормами – все це свідчить про прогалину в праві, що вимагає цілого ряду спеціальних прийомів і засобів для їх встановлення, подолання й усунення (прийоми тлумачення, аналогія, зворотний висновок, висновок від більшої підстави до меншої і від меншої до більшої, індукція і дедукція). Проте із цим нічого спільного не

має наявність двох сенсів закону, яка є фікцією – антиподом закону, або ситуація, позначена В. І. Леніним, за якою “будь-який закон можна обійти, навіть під виглядом його виконання” [4, с. 378; 16, с. 86-87].

Варто зазначити і про проблему порівняльного правознавства, яка є характерною для української юриспруденції, оскільки вона є перепорою на шляху розвитку науки. Так, лише на основі інформації, що отримана у межах власної правової системи, наука жодної країни не в змозі повноцінно розвиватися. Не потребує і подальших пояснень такий факт як міжнародний обмін результатами наукових досліджень у сфері природничих наук і медицини. Не існує більше німецької фізики, бельгійської хімії чи американської медицини. Подібний стан справ повинен бути і у правовій науці [1, с. 19].

Таким чином, можна констатувати, що як фікція, так і аналогія, є реаліями сьогодення, і залишаються важливим юридичним інструментом у регулюванні законодавцем суспільних відносин, що закріплені у законодавстві.

#### **Використані джерела:**

1. Дудченко В. В. Багатофункціональні властивості порівняльного правознавства / В. В. Дудченко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / ОНЮА. – О. : Юрид. л-ра, 2006. – Вип. 29. – С. 18-24.
2. Ишигилов И. Л. Понятие юридических фикций / И. Л. Ишигилов // Сибирский юридический вестник. – 2007. – № 1(36). – С. 3-7.
3. Курсова О. А. Фикции в российском праве : дисс. ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / О. А. Курсова. – Нижний Новгород, 2001. – 193 с.
4. Ленин В. И. Речь на 1 съезде земледельческих коммун и сельскохозяйственных артелей / В. И. Ленин / Полн. собр. соч. : в 55 т. – М. : Политиздат, 1963. – Т. 39. – 623 с.
5. Мішуровська С. Т. Прогалини в українському законодавстві при застосуванні ст. 8 Конвенції про захист прав і свобод людини та основоположних свобод / С. Т. Мішуровська // Право України. – 2007. – № 8. – С. 81-84.
6. Муромцев С. А. О консерватизме римской юриспруденции / С. Муромцев. – М. : [б. и.], 1875. – 189 с.
7. Общая теория права: учебник для юридических вузов / Ю. А. Дмитриев, И. Ф. Казьмин, В. В. Лазарев и др. ; [под общ. ред. А. С. Пиголкина]. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1998. – 384 с.
8. Панько К. К. Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении) : дисс. ... кандидата юрид. наук : 12.00.08; 12.00.09 / К. К. Панько. – Ярославль, 1998. – 233 с.
9. Рощина І. О. Принцип та аналогія у кримінальному праві України / І. О. Рощина // Право України. – 2007. – № 8. – С. 25-29.
10. Словарь иностранных слов и выражений / [авт.-сост. Н. В. Трус, Т. Г. Шубина]. – Мн. : Литература, 1997. – 576 с.
11. Словник з кримінального права України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://studrada.com.ua/content/словник-з-кримінального-права-україни>: станом на 15. 02. 2012 р.
12. Словничок юридичних термінів : навч. посіб. / [уклад. В. П. Марчук]. – К. : МАУП, 2003. – 128 с.
13. Теорія держави і права: конспект лекцій. – Суми : Ініціатива, 2002. – 96 с.
14. Уемов А. И. Основные нормы и правила выводов по аналогии / А. И. Уемов // Проблемы логики научного познания : сб. ст. – М. : Наука, 1964. – С. 251-265.
15. Ул'яновська О. В. Науковий підхід у доктрині права щодо розмежування правової фікції та правового символу / О. В. Ул'яновська // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 2(21). – С. 23-27.

16. Ул'яновська О. В. Фікції в правовій системі України : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Ул'яновська. – Одеса, 2010. – 215 с.
17. Философский энциклопедических словарь. – М. : Сов. Энциклопедия, 1983. – 840 с.
18. Ширвиндт А. М. Значение фикции в римском праве : автореф. дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.01 / А. М. Ширвиндт. – Москва, 2011. – 26 с.

**Грищенко А. П. Соотношение и разграничение фикции и аналогии.**

*Статья посвящена исследованию вопросов соотношения и разграничения фикции и аналогии. Автор, анализируя взгляды ученых на указанную проблему, разделяет точку зрения ученого, который утверждает, что между фикцией и аналогией нельзя ставить знак равенства, что любая аналогия приводит к фикции.*

**Ключевые слова:** фикция, аналогия, аналогия права, аналогия закона, соотношение, разграничение, пробел.

**Grischenko O. P. Relationship and demarcation of fictions and analogies.**

*The article deals with issues of relationships and the delimitation of fictions and analogies. The author analyzes the views of scientists on this issue, shares the view of the scientist, who argues that the analogy between fiction and can not equate that any analogy leads to a fiction.*

**Keywords:** fiction, analogy, analogy is right, the analogy of the law, the relationship, delimitation, space.

**Кулакова Н. В.**  
**Національна академія внутрішніх справ**  
**Поперечнюк В. М.**  
**Національний педагогічний університет**  
**імені М. П. Драгоманова**

## ВЧИНЕННЯ ЖІНКАМИ УМИСНОГО ВБИВСТВА У СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

*У цій статті пропонуємо розглянути привілейований склад злочину, що передбачений ст. 116 Кримінального кодексу України як умисне вбивство вчинене в стані сильного душевного хвилювання, особливим суб'єктом злочину – жінкою.*

**Ключові слова:** стан сильного душевного хвилювання, умисне вбивство, жінка, привілейований склад злочину, афект, систематичне знуцання, протиправна поведінка, тяжка образа.

Норми кримінального законодавства містять певний перелік статей, які визначають жінку спеціальним суб'єктом злочину, але ст. 116 Кримінального кодексу України (далі КК України) розрахована на загальне коло суб'єктів суспільно-небезпечного діяння, але ми пропонуємо дещо звужити визначення суб'єкта злочину в контексті даної норми, для модернізації доктрин кримінально-правової та кримінологічної науки, шляхом введення нового поняття “особливий суб'єкт злочину”.

Актуальність роботи окреслена предметом та об'єктом дослідження і може слугувати для подальшого дослідження у кримінальному праві, а особливо у кримінології, яка давно виокремила злочини, що вчинені жінками в окремий напрям