



АНАЛОГІЯ ЗАКОНУ ТА АНАЛОГІЯ ПРАВА ЯК ЗАСОБИ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Сергій Погрібний,
*заступник голови Приморського районного суду
м. Одеси, д.ю.н., доцент, член-кор. НАПрН України*

Використання такого правового засобу, яким є аналогія, має як загальнотеоретичний, так цивільно-правовий вимір.

Перш ніж аналізувати аналогію закону та аналогію права як засобів регулювання договірних цивільних відносин, слід зупинитися на характеристичі аналогії закону та аналогії права в загальній теорії права.

Аналогія закону та аналогія права розглядаються в загальній теорії права як засоби заповнення прогалин в законодавстві шляхом їх усунення чи подолання [5, с. 416].

Причому одні дослідники говорять про прогалини у законодавстві, а інші — про прогалини у праві.

Прогалина у законодавстві, — відзначає П. М. Рабінович, — це відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового регулювання, окреслюваній основними принципами права [9, с. 140].

С. С. Алексеев визначає прогалину у законодавстві як «...повну або часткову відсутність у чинних законах необхідних юридичних норм» [1, с. 118].

Прогалина у праві, — підкреслює О. Ф. Черданцев, — це відсутність норми права, що повинна бути у системі права з точки зору принципів

та оцінок самого права, або інакше — це така ситуація, коли має місце факт, що за своїм характером знаходиться у сфері правового регулювання та потребує правового рішення, однак норма права, що має його передбачати, відсутня [11, с. 256].

В. В. Лазарев визначає прогалину у праві як «...повну або часткову відсутність нормативних настанов, необхідність яких обумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства» [7, с. 37].

Порівняння визначень прогалин у праві та у законодавстві свідчить про їх схожість за суттю і це не випадково. Адже по суті прогалини можуть бути лише у законодавстві, а тому надалі ми виходитимемо саме з такого розуміння прогалин.

Отже, прогалини у законодавстві ускладнюють регулювання відповідних суспільних відносин через відсутність у законодавчому акті нормативного припису (норми права), що безпосередньо спрямована на їх врегулювання.

Аналізуючи прогалини у законодавстві, дослідники з питань загальної теорії права звертають особливу увагу на такі обставини.



По-перше, відсутність необхідної норми права може бути обумовлена різними причинами. Це стосується як первісних, так і наступних прогалин.

Первісні прогалини зумовлені тим, що законодавець не врахував у формулюваннях нормативних актів всю багатоманітність життєвих ситуацій, які вимагають правового регулювання. Це може трапитися також через прорахунки допущені при розробці закону, у використанні прийомів юридичної техніки.

Наступні прогалини з'являються об'єктивно, внаслідок постійного розвитку суспільних відносин, виникнення нових життєвих ситуацій, які не могли бути заздалегідь передбачені законодавцем [5, с. 416].

По-друге, найкращим способом правового регулювання за наявності прогалин у законодавстві є не застосування аналогії закону або аналогії права, а усунення самої прогалини [2, с. 508].

По-третє, єдиним способом усунення прогалини є правотворча діяльність державних органів. Однак, якщо прогалину виявлено в процесі правозастосування, то швидке прийняття необхідних правових норм не завжди можливе, тому правозастосовні органи зобов'язані використовувати оперативні засоби заповнення прогалин з метою вирішення конкретної юридичної справи. До таких засобів належать: аналогія закону, аналогія права, субсидіарне застосування правових норм [5, с. 416-417].

Указаний обов'язок правозастосовних органів впливає з дії принципу, згідно з яким суд не може відмовити у позові через наявність прогалини у законодавстві. Інший підхід свідчив би про можливість відмови особі у здійсненні правосуддя.

Невипадково, у передмові до нового перекладу Цивільного кодексу Франції (Кодексу Наполеона) 1804 р., її автори А. С. Довгерт та В. М. Захватаєв особливо підкреслюють принциповість положень його статті четвертої, яка встановила право судового переслідування судді за відмову у здійсненні правосуддя через прогалину у законі, неясність або непослідовність його положень [3, с. 7].

Після проведення у Росії судової реформи 1864 р. положення, що зобов'язували суддів під загрозою покарання розглядати справи у випадках неповноти, незрозумілості або суперечливості законів містилися не тільки у Статуті кримінального судочинства, а й у інших юридичних актах, таких, зокрема, як Статут цивільного судочинства та Статут торговельного судочинства [8, с. 365-366].

Правило про заборону відмови у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини, містяться у п. 9 ст. 8 чинного Цивільно-процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. [15].

Нарешті, в загальній теорії права сформульовані такі загальні положення щодо сутності аналогії закону та аналогії права.

Аналогія закону — це поширення в процесі правозастосування на конкретні нерегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в рамках даної галузі права за найсуттєвішими ознаками. «Подібність» відносин означає однотипність правового режиму їх регулювання [5, с. 417].

Аналогія права — це застосування до конкретних відносин загальних засад і сенсу законодавства у



разі відсутності норм, що регулюють подібні за найсуттєвішими ознаками відносини. Це означає, що юридична справа вирішується на основі принципів права, таких як справедливість, гуманізм, юридична рівність, відповідальність за вину тощо, що переважно закріплені у відповідних статтях Конституції України або загальних положеннях законодавчих актів. Застосування аналогії права до конкретної справи не має у майбутньому обов'язкової сили при вирішенні інших, подібних справ [5, с. 417].

Слід особливим чином підкреслити те, що сутнісна характеристика нормативного припису, який використовується при врегулюванні конкретних суспільних відносин, котра надається фахівцями із загальної теорії права, є неоднаковою.

Так, М. А. Вороніна вважає, що на підставі застосування аналогії закону розширюються межі регулюючого впливу норми. Внаслідок цього вона стає такою, що має два предмети регулювання: визначений законодавцем, а також юридичною практикою застосування норми за аналогією і в субсидіарному порядку [5, с.417].

О. Е. Лейст висловив думку про те, що у разі використання аналогії закону та аналогії права має місце «свобода розсуду» правозастосовного органу, що знаходить свій прояв у створенні ним правової норми для конкретних випадків або суспільних відносин. Саме тому він вважає, що рішення справ на підставі аналогії закону або аналогії права підлягає додатковим перевіткам наглядовими інстанціями, та, головне, воно повинне стати сигналом та стимулом для прийняття нормативних актів, які усуватимуть прогалину у праві [10, с. 744].

Нам важко погодитись з М. А. Вороніною щодо сутнісної характеристики нормативного припису, який використовується при застосуванні аналогії закону з таких міркувань.

Предмет регулювання нормативного припису, на нашу думку, встановлюється (визначається) виключно органом, який прийняв відповідний акт законодавства у межах власних повноважень з нормотворення.

Застосування правозастосовним органом нормативного припису, розрахованого на регулювання конкретних суспільних відносин, до подібних відносин, прямо не врегульованих актом законодавства, є лише, як вірно вказує сама М. А. Вороніна, оперативним засобом подолання прогалини у законодавстві з метою вирішення конкретної юридичної справи. Подолання прогалини у законодавстві не пов'язане зі зміною предмета регулювання нормативного припису, що використовується. До того ж, цей оперативний засіб має часові межі для застосування, оскільки він не усуває прогалину у законодавстві, а лише дає можливість подолати її у конкретному випадку.

Саме тому, на нашу думку, правозастосовний орган не змінює й не може змінювати предмет регулювання нормативного припису акту законодавства.

Не можна, на нашу думку, говорити і про розширення меж регулюючого впливу норми при застосуванні аналогії закону. Адже аналогія закону, як вже відзначалось, — це лише юридично-технічний засіб подолання правозастосовним органом прогалини у законодавстві з суто прагматичною метою — вирішенням конкретної юридичної справи.

Тим більше, ми не можемо погодитись із думкою О. Е. Лейста про



те, що у разі використання аналогії закону та аналогії права має місце «свобода розсуду» правозастосовного органу, що знаходить свій прояв у створенні ним правової норми для конкретних випадків або суспільних відносин.

По-перше, якщо йдеться про сутнісну характеристику нормативного припису, що використовується правозастосовним органом для подолання прогалини у законодавстві, аналізувати можна лише такий спосіб, як аналогія закону. Адже при застосуванні аналогії права як регулятора суспільних відносин виступає не нормативний припис (норма права), а загальні засади (принципи) законодавства.

По-друге, О. Е. Лейст під «свободою розсуду» розуміє необхідність вибору правозастосовним органом одного з можливих рішень у межах відносно визначеної правової норми. Отже, «свобода розсуду» має місце тоді, коли інваріантність поведінки правозастосовного органу передбачена диспозитивною нормою і йому належить право вибору одного з можливих рішень.

Між тим, згідно з ч. 3 ст. 10 Цивільно-процесуального кодексу Російської Федерації від 14 листопада 2002 р. [4], яка передбачає правила застосування аналогії закону та аналогії права при розгляді судом справ, у разі відсутності норм права, що регулюють спірні відносини, суд застосовує норми права, що регулюють подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності таких норм, вирішує справу, виходячи із загальних засад та смислу законодавства (аналогія права).

Аналіз цієї норми дає підстави стверджувати те, що вона є абсолютно визначеною і не передбачає інва-

ріантності поведінки правозастосовного органу. Навпаки, ця норма чітко визначає послідовність дій правозастосовного органу. Спочатку треба здійснити спробу вирішення справи на підставі аналогії закону, а якщо це виявиться неможливим — вирішення справи має відбуватися за правилами про аналогію права. Отже, ніякої «свободи розсуду» у суду при вирішенні справи, на нашу думку, немає.

По-третє, при застосуванні аналогії закону та аналогії права не відбувається створення правозастосовним органом правової норми для конкретних випадків або суспільних відносин.

Аналізуючи аналогію закону та аналогію права як засобів регулювання саме цивільних відносин взагалі, та договірних цивільних відносин зокрема, слід вказати на таке.

Чинний Цивільний кодекс України (далі — ЦК України) від 16 січня 2003 р. [12] вперше закріпив у ст. 8 спеціальні правила щодо використання аналогії закону та аналогії права при усуненні прогалин у цивільному законодавстві.

Необхідність закріплення цих правил на рівні ЦК України обумовлена низкою таких чинників.

По-перше, чинний ЦК України у ст. 1 містить визначення цивільних відносин, як особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників. Причому характер цих відносин, як підкреслює А. С. Довгерт, є природним, а не таким, що залежить від волі законодавця, завдання останнього полягає лише в пізнанні природної суті цих відносин та встановлення їх адекватного регулювання [13, с. 6-7].



Отже, цивільно-правове регулювання охоплює усі цивільні відносини незалежно від тієї сфери діяльності, у якій вони виникають та існують.

По-друге, чинний ЦК України закріпив у ст. 4 систему актів цивільного законодавства, нормативними приписами яких регулюються цивільні відносини. При цьому визначено, що основу цивільного законодавства становить Конституція України, а основним актом цивільного законодавства є Цивільний кодекс України. Актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу України. Слід підкреслити, що під «іншими законами» — актами цивільного законодавства — в контексті абзацу другого частини 2 ст. 4 ЦК України слід розуміти не будь-які закони, а лише ті, які, по-перше, регулюють цивільні відносини, і, по-друге, відповідають вимогам Конституції України та ЦК України.

До актів цивільного законодавства ст. 4 ЦК України відносить і такі підзаконні акти, що регулюють цивільні відносини. Йдеться про акти Президента України, але лише у випадках, встановлених безпосередньо Конституцією України, та про постанови Кабінету Міністрів України, що не суперечать положенням Цивільного кодексу України або іншому закону України. Що стосується інших органів державної влади України, у тому числі міністерств та відомств, а також органів влади Автономної Республіки Крим, то відповідно до ч. 5 ст. 4 ЦК України, вони можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом.

По-третє, чинний ЦК України закріпив як соціальні регулятори цивільних відносин не тільки нормативні приписи актів цивільного законодавства, а й договір. Можна стверджувати, що за чинним цивільним законодавством України, учасники договірних цивільних відносин визнаються суб'єктами їхнього регулювання нарівні з державою. Саме тому у ст. 6 ЦК України закріплені правила про співвідношення актів цивільного законодавства та договору.

Суть цих правил полягає у такому. Сторони можуть укладати договори як передбачені актами цивільного законодавства, так і договори, не передбачені ними, за умови відповідності таких договорів загальним засадам цивільного законодавства. У договорах, передбачених актами цивільного законодавства, сторонам належить право врегулювати відносини, які не врегульовані зазначеними актами. Крім того, сторони у цих договорах, згідно з абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України, можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд. Відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України сторони не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їхнього змісту або із суті відносин між сторонами.

Ретельний аналіз ст. 6 ЦК України дає підстави для таких висновків.

Чинний ЦК України розглядає договір як регулятор договірних цивільних відносин. Право сторін договору відступати від положень нормативних приписів актів цивільного



законодавства та врегульовувати свої відносини на власний розсуд є нічим іншим, як правом сторін на саморегулювання договірних цивільних відносин. Межі такого саморегулювання встановлені абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України. Сторони договору на власний розсуд вирішують питання про те, чи скористаються вони своїм правом на саморегулювання договірних цивільних відносин, чи відмовляться від його здійснення. У разі, якщо сторони відмовляться від здійснення цього права, регулятором договірних цивільних відносин будуть нормативні приписи актів цивільного законодавства. Використання сторонами права на саморегулювання договірних цивільних відносин унеможлиблює застосування до таких відносин положень актів цивільного законодавства.

Таким чином, якщо нормативні приписи актів цивільного законодавства виступають регуляторами цивільних відносин за їхнього державного (зовнішнього) регулювання, то правила, закріплені у договорі виступають регуляторами цивільних відносин за умови їхнього внутрішнього регулювання, що йменується саморегулюванням договірних цивільних відносин.

По-четверте, чинний ЦК України закріпив як соціальний регулятор цивільних відносин також і звичай, що не суперечить договору або актам цивільного законодавства. Згідно зі ст. 7 цього Кодексу звичаєм визнається правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Саме тому ч. 1 ст. 8 ЦК України, на нашу думку, потребує доповнення. Ми пропонуємо викласти її в такій редакції:

«1) Якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства, договором, або звичаєм, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону)».

По-п'яте, чинний ЦК України закріпив у ст. 3 такі загальні засади цивільного законодавства: неприпустимість самовільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність.

Саме цим загальним засадам цивільного законодавства мають відповідати договори, не передбачені актами цивільного законодавства, що укладаються сторонами згідно з ч.1 ст. 6 ЦК України.

Із урахуванням усіх викладених чинників у ст. 8 ЦК України сформульовані правила про аналогію закону та аналогію права, що використовуються для врегулювання цивільних відносин при наявності прогалин в актах цивільного законодавства.

Сутність правила про аналогію закону полягає у такому: якщо цивільні відносини не врегульовані Цивільним кодексом України, іншими актами цивільного законодавства України, договором або звичаєм, вони регулюються тими нормативними приписами, які містяться у Цивільному кодексі України, інших



актах цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини.

Слід підкреслити, що це правило носить універсальний характер, тому що воно розраховано на врегулювання усіх цивільних відносин, у разі наявності прогалин у цивільному законодавстві України, у тому числі й договірних цивільних відносин.

Але при цьому слід мати на увазі таке.

При застосуванні правила про аналогію закону слід, перш за все, з'ясувати характер цивільних відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства, а саме: чи є ці відносини договірними.

Якщо цивільні відносини, не врегульовані актами цивільного законодавства, є договірними, прогалина у законодавстві матиме місце лише тоді, коли у Цивільному кодексі України, інших актах цивільного законодавства, передбачених у ст. 4 ЦК України, а також у договорі, укладеному його сторонами та у звичаях, що діють у цій сфері цивільних відносин, відсутньою є норма, що регулює ці відносини.

Якщо цивільні відносини, не врегульовані актами цивільного законодавства, не є договірними, прогалина у законодавстві буде мати місце, коли у Цивільному кодексі України, інших актах цивільного законодавства, передбачених у ст. 4 ЦК України та у звичаях, що діють у цій сфері цивільних відносин, відсутньою є норма, що регулює ці відносини.

Для застосування аналогії закону в обох зазначених випадках необхідно віднайти у актах цивільного законодавства, передбачених у ст. 4 ЦК України, нормативний припис,

який регулює схожі за змістом цивільні відносини.

У разі неможливості використання правил про врегулювання цивільних відносин за аналогією закону, вони підлягають регулюванню за правилами про аналогію права, викладеними у ч. 2 ст. 8 ЦК України. Суть цього правила полягає у тому, що цивільні відносини, регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства, які, як вже відзначалося, закріплені у ст. 3 ЦК України.

Отже, при застосуванні аналогії закону врегулювання конкретних цивільних відносин здійснюється з використанням нормативного припису, розрахованого не на їх врегулювання, а на врегулювання подібних відносин. При застосуванні аналогії права врегулювання конкретних цивільних відносин здійснюється на підставі загальних засад цивільного законодавства, що виконують при цьому функції регулятора цивільних відносин.

Нарешті, виникає запитання, а чи можуть загальні засади цивільного законодавства виконувати функції регулятора цивільних відносин? Відповідь на нього, на нашу думку, має бути позитивною, з урахуванням двох наступних обставин.

По-перше, слід вказати на те, що загальні засади цивільного законодавства, закріплені у ст. 3 ЦК України, більшістю правників виважено ототожнюються саме з принципами цивільного права [14, с. 21].

По-друге, як вірно відзначає А. М. Колодій, до найсуттєвіших ознак принципів права треба віднести, насамперед, їх регулятивність. Нормативно-регулятивний характер принципів права, підкреслює далі вчений, вбачається у тому, що за-



фіксовані у праві, принципи набувають значення загальних правил поведінки, які мають загальнообов'язковий державно-владний характер, що стає притаманним як безпосередньо нормам-принципам,

так і принципам, які виводяться з норм [6, с. 17-19]. ♦

Список використаних джерел:

1. Алексеев С. С. *Право: азбука — теория — философия : опыт комплексного исследования* / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
2. Венгеров А. Б. *Теория государства и права : учебник* / А. Б. Венгеров. — М. : Омега-Л., 2004. — 508с.
3. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / [пер. с франц. В. Захватаев / предисловие : А. Довгерт, В. Захватаев / приложения 1-4 В. Захватаев ; отв. ред. А. Довгерт] . — К. : Истина, 2006. — 1008с.
4. *Гражданско-процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. // СЗ РФ. — 2002. — № 346. — ст. 4532*
5. *Загальна теорія держави і права : підручник* / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.]. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України, О. В. Петришина. — Харків : Право, 2009. — 584 с.
6. Колодій А. М. *Принципи права України : монографія* / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 208с.
7. Лазарев В. В. *Пробелы в праве и пути их устранения* / В. В. Лазарев — М. : «Юрид. лит.», 1974. — 184 с.
8. Марченко М. Н. *Источники права : учеб. пособие* / М. Н. Марченко. — М. : ТК Велби. Изд-во Проспект, 2005. — 760 с.
9. Рабінович П. М. *Основы загалної теорії права та держави : навчальний посібник* / П. М. Рабінович. — [Видання 5-те, зі змінами]. — К. : Атіка, 2001, 176 с.
10. *Теория государства и права : учебник* / [под ред. М. Н. Марченко]. — М. : Зерцало, 2004. — 800с.
11. Черданцев А. Ф. *Теория государства и права : учебник* / А. Ф Черданцев. — М. : Юрайт, 1999 — 432 с.
12. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — ст. 461*
13. *Цивільний кодекс України : постатейний коментар у двох частинах : частина 1* / [керівники авторського колективу та відповідальні ред. проф. А С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнєцова]. — К. : Юстиніан, 2005. — 680 с.
14. *Цивільне право України : підручник : у 2 т. / [Борисова В. І., кер. авт. кол. Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.] ; за заг ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.*
15. *Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40-42. — ст. 492.*