

## ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ

## THEORETICAL PRINCIPLES OF ANALOGY APPLICATION IN ECONOMIC LAW

Капцова Т.П., аспірантка

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака  
Національної академії правових наук України*

Стаття присвячена аналізу забезпечення реалізації правової визначеності – однієї із найважливіших складових та фундаментальних елементів принципу верховенства права. Аналогія забезпечує знаходження правового регулятора суспільних відносин, не врегульованих нормами конкретного змісту.

Застосування аналогії закону та аналогії права є більш складним і творчим процесом, ніж звичайне застосування юридичних норм. Суб'єкт, що застосовує аналогію, повинен чітко уявляти всю систему права, її можливості, він повинен мати юридичну компетентність і нести відповідальність за рішення, що приймає. Саме з огляду на це, особлива увага в процесі підготовки суддів господарських судів має приділятися особі та компетенції судді, умовам формування його світогляду, а також судовому тлумаченню та правозастосуванню.

Автором визначена позиція відповідно до якої прогалини в законодавстві можна заповнити лише в законодавчому процесі шляхом внесення змін і доповнень до закону, видання нових, більш досконалих нормативних актів. Разом з тим положення, що містяться в судових рішеннях за аналогічними справами, значно збагачують юридичну практику і можуть стати основою для розвитку законодавства.

Застосування господарськими судами аналогії є однією з гарантій ефективності системи правосуддя, як і суспільна довіра та повага. У разі застосування аналогії права суд приймає рішення на основі правових принципів, в основному втілених у відповідних положеннях Конституції України та/або загальних принципах господарського права, таких як верховенство права, справедливість, добросовісність і розумність, рівність, відповідальність, свобода договору тощо.

Вчені займають різні позиції з приводу використання аналогії права та аналогії закону в господарському праві і процесі, наприклад, зазначається, що на практиці іноді виникає необхідність застосування норм як матеріального так і процесуального права за аналогією. Тоді як інші вважають, що аналогія в процесуальному праві є неприпустимою і порушує принцип законності, стверджуючи, що суди можуть вчиняти лише передбачені законом дії, а невизначеність юрисдикції суду призведе до свавілля.

**Ключові слова:** правова визначеність, верховенство права, аналогія закону і аналогія права, господарське судочинство.

The article is devoted to the analysis of ensuring the implementation of legal certainty, which is one of the most important components and fundamental elements of the rule of law. Analogy provides for finding a legal regulator of social relations which are not regulated by the rules of specific content.

The application of analogy of law and analogy of law is a more complex and creative process than the ordinary application of legal norms. The person applying the analogy must have a clear understanding of the entire system of law and its capabilities, must have legal competence and be responsible for the decision he or she makes. With this in mind, special attention in the process of training of economic court judges should be paid to the personality and competence of a judge, the conditions for the formation of his or her worldview, and also to judicial interpretation and law application.

The author has determined the position according to which gaps in legislation can be filled only in the legislative process by amending the law and issuing new, more advanced regulations. At the same time, the provisions contained in court decisions in similar cases significantly enrich legal practice and may become the basis for the development of legislation.

The use of analogy by commercial courts is one of the guarantees of the efficiency of the justice system, as well as public trust and respect. When applying the analogy of law, the court makes decisions based on legal principles, mainly embodied in the relevant provisions of the Constitution of Ukraine and/or general principles of commercial law, such as the rule of law, justice, good faith and reasonableness, equality, responsibility, freedom of contract, etc.

Scholars take different positions on the use of analogy of law and analogy of law in commercial law and procedure, for example, it is noted that in practice it is sometimes necessary to apply the rules of both substantive and procedural law by analogy. Whereas others believe that analogy in procedural law is inadmissible and violates the principle of legality, arguing that courts can only perform actions provided for by law, and the uncertainty of the court's jurisdiction will lead to arbitrariness.

**Key words:** legal certainty, rule of law, analogy of law and analogy of law, commercial proceedings.

**Актуальність теми.** Одним із важливих завдань держави є перетворення правової системи в цілісну взаємоузгоджену систему, що здатна реально і повно забезпечити пріоритет загальноновизнаних прав і свобод особистості, доступність правосуддя і можливість судового захисту, а також ефективність та прозорість відновлення порушених прав.

Основою для побудови такої цілісної взаємоузгодженої системи є принцип верховенства права, що закріплений в Конституції України та Європейській конвенції прав людини. Одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями [1].

**Мета** – дослідити теоретичні засади подолання прогалин господарського права в правозастосуванні за допомогою аналогії.

**Теоретичну основу дослідження** склали праці українських і зарубіжних авторів, зокрема: О. А. Беля-

невич, Ю. Л. Власова, В. С. Ковальського, І. П. Козинцева, Д. Д. Лупеника, С. О. Погрібного, П. М. Рабіновича, О. Ф. Скакун, І. В. Спасибо-Фатєєвої С. Я. Фурси, М. В. Цвіка, а також С. С. Алексєєва, А. Барака, А. Т. Боннер, С. І. Вільнянського, М. А. Гурвича, О. С. Іоффе та ін.

**Основна частина.** «Визначеність» та «невизначеність» відомі як філософські категорії та неодноразово входили до предмету дослідження у сфері теорії права. Вимога визначеності – це одна із найсуттєвіших вимог, що пред'являються людиною до права. Її важливість досить давно усвідомлюється європейською культурою [2, с. 91]. Поки що повільно, але поступово правова визначеність проявляється і в українській національній системі права [3, с. 24]. Правова визначеність є одним із найважливіших та фундаментальних елементів принципу верховенства права. Сьогодні забезпеченню правової визначеності сприяє усвідомлене суддями прагнення до єдності судової практики досягненню якої сприяє наявність таких процесуальних механізмів: передача справи на розгляд Великої Палати Верховного суду України у разі необхідності відступу від висновку щодо застосування норми права

у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Великої Палати або якщо справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики; передача справи на розгляд об'єднаної палати касаційного суду та ін [4].

Саме реальна реалізація принципу правової визначеності – є основою побудови відносин між державою та суспільством, що сприяє формуванню довіри суспільства до судової влади. Заповнення прогалин у праві дає можливість забезпечити належний юридичний захист прав громадян, рівність учасників правових відносин, сприяє зміцненню правового статусу особи, підвищенню рівня її соціальної захищеності у відносинах з державою, забезпечує стабільність і ефективність правового регулювання, гармонійне функціонування системи права та удосконалення нормативно-правових актів. Одним з найбільш ефективних способів подолання прогалин в господарському праві є застосування аналогії.

Ставлення до інституту аналогії в історичному вимірі зазнало істотних змін – від загального несприйняття до абсолютного схвалення та розширеного застосування. У праці Монтеस्क'є «Дух закону» була закріплена ідея абсолютного пріоритету закону і безпрогальності права [2, с. 95]. Проте в процесі зміцнення позицій позитивістського праворозуміння сталася метаморфоза у вирішенні проблеми прогалин у праві, яка фактично була зведена до задачі усунення прогалин шляхом застосування норм чинного законодавства. У ХХ ст. про безпрогальність права заявили прихильники нормативізму. Однак соціологічна юриспруденція на протигагу їм повністю відкинула догму про безпрогальність права, стверджуючи, що відсутні норми закону цілком можуть бути усунуті завдяки безпрогальності правопорядку.

На сучасному етапі розвитку теорії держави і права (в якості загальноприйнятого визначення прогалини в праві) «прогалина в праві – це відсутність конкретного нормативного припису щодо фактичних обставин, що перебувають у сфері правового регулювання. Іншими словами, це відсутність норми права для врегулювання будь-якого виду суспільних відносин» [2, с. 93].

Проблемні питання застосування права, в ході якого виявляються та виправляються недоліки правових норм і заповнюються прогалини, що характеризує особливу політико-правову цінність цього феномена, повинні досліджуватись не тільки з точки зору структурування позитивної правової реальності, але й комплексно, співвідносячи його з категорією справедливості [5, с. 19].

Ідея справедливості експліцитно, явно, виразно закладена в матерію Господарського кодексу України. Незважаючи на відсутність у ГК України як стрижневого акту господарського законодавства норм, що визначали б засади господарського права, таке смислове навантаження виконують положення ст. 5 «Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання», які пронизані ідеєю справедливості (зокрема стосовно визнання і дії в Україні принципу верховенства права) [6, с. 138].

Утілення в нормах господарського права ідеї справедливості – як суб'єктивної, так, і що важливіше, об'єктивної, зумовлюється сутністю відносин, які регулюються цими нормами. На протигагу суто приватним цивільним відносинам (особистим немайновим та майновим відносинам, заснованим на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їхніх учасників відповідно до ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України (далі ЦК України), так і суто публічно-правовим відносинам, заснованим на засадах влади-підпорядкування, об'єктом господарсько-правового регулювання є складна система правовідносин, визначених в ст. 3 ГК України [7, с. 17].

Подолання прогалин у праві не пов'язане з розширенням сфери правового регулювання, оскільки суспільні відносини, які отримують юридичне опосередкування,

входять у цю сферу, але з якихось причин залишаються не врегульованими повністю або в певній частині. Правозастосовна діяльність в такій ситуації дещо ускладнюється. Поряд зі звичайними стадіями застосування права (встановлення фактичних обставин справи, вибір і аналіз необхідної норми, прийняття відповідного рішення) з'являються нові: а) з'ясування правозастосовним органом того, чи входять фактичні обставини в сферу правового регулювання; чи мають вони юридичне значення, чи потребують вони правового опосередкування та вирішення по суті; б) вибір способу подолання прогалини. Відповідно до пункту 1 статті 8 Цивільного кодексу України, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). Зокрема, ВГС України у своєму інформаційному листі від 08.04.2008 р. № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» відзначив, що відповідно до частини першої статті 4 ГК України не є предметом регулювання цього Кодексу, зокрема майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України, при цьому відповідно до частини першої статті 4 ГК України особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються цим Кодексом. Тому спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання. При цьому, на думку ВГС України, слід враховувати, що відповідно до частини другої статті 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Тому в разі, якщо норми ГК України не містять особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, а встановлюють загальні правила, які не узгоджуються з відповідними правилами ЦК України, слід застосовувати правила, встановлені ЦК України [8, с. 45].

Суспільні відносини, зокрема в майновій сфері, постійно розвиваються й удосконалюються, що зумовлює періодична поява нових видів господарсько-правових відносин та зобов'язань. Цілоком природно, що в цих умовах законодавець не завжди встигає своєчасно відреагувати на нові життєві явища. Судовій практиці відомо безліч випадків застосування цивільного та господарського матеріального законодавства за аналогією. Наприклад, ВГС України у вищезгаданому листі зазначив, що спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання [8].

Характерно, що судові органи, як правило, не вживають термін «аналогія» і вельми рідко посилаються у відповідних випадках на ст. 8 Цивільного кодексу України або ст. 4 ГК України, ч. 1 ст. 11 ППК України. Застосування аналогії в галузі господарського права має відносну поширеність.

Конституційний суд України неодноразово наголошував, що заповнення прогалин у законах має здійснювати законодавець внесенням до них змін і доповнень, а не Конституційний Суд України шляхом офіційного тлумачення їх правових норм (окремих положень) або застосуванням загальнотеоретичних засобів їх подолання – аналогії закону й аналогії права [9].

Аналогія забезпечує знаходження правового регулятора суспільних відносин, не врегульованих нормами конкретного змісту. Застосування аналогії закону та аналогії права є більш складним і творчим процесом, ніж звичайне

застосування юридичних норм. Суб'єкт, що застосовує аналогію, повинен чітко уявляти всю систему права, її можливості, він повинен мати юридичну компетентність і нести відповідальність за рішення, що приймає. Саме з огляду на це, особлива увага в процесі підготовки суддів господарських судів має приділятися особі та компетенції судді, умовам формування його світогляду, а також судовому тлумаченню та правозастосуванню.

Здійснюючись у загальному порядку, процес вирішення справ за аналогією права має значно складніший характер. Її особливості призводять не лише до ускладненого процесу юридичної кваліфікації, але й до характеру мотивування винесеного рішення та особливостей самого правозастосовного акту, а також значення виробленого та викладеного у рішенні правового положення.

Порядок дій при аналогії закону зводиться до: а) аналізу конкретного спору; б) відшукування у джерелах права норми (норм), яка регулює інший випадок, тотожний з даним у всіх юридично істотних елементах; в) розкриття юридичного принципу, наведеного у цій нормі (нормах); г) застосування його до даного випадку [2, с. 93]. Набагато складнішим є процес аналогії права, який здається більш високим рівнем застосування права. У ньому присутнє все те ж, що й на першому рівні, за винятком того, що, за вдалим висловом Спасибо-Фатєєвої І. В., у особи, що застосовує право відсутня й та хитка база, яка іменується законом, хай і суперечливим. І в супереч всім природним правилам суддя повинен залишатись непорушним. Це становище має бути також достатньо міцним, щоб з нього можна було б винести бездоганне рішення [10, с. 142].

Але необхідно констатувати, що тут аналогія насправді відсутня, якщо все ж дотримуватись її логічного змісту. І сам термін «аналогія права» має умовне значення, оскільки тут мова йде не про застосування аналогічної норми права (такої не знайшлося, інакше це була б аналогія закону), а про вирішення не передбаченого правом випадку на підставі принципів права [11, с. 83], які не мають тієї деталістості, що дозволяла б зіставити окрему ситуацію зі складом тієї чи іншої норми, диференціювати відповідні ознаки на юридично істотні і неістотні. Опорними пунктами для аналогічного застосування служать або окремі положення нормативно-правового акту, або безліч таких положень. Чим далі доводиться при цьому сходити від окремих положень до загальних принципів права, тим більш невизначеними стають риси загального складу фактів і тим менше надійним – результат, який отримується за допомогою аналогії [12, с. 169].

Використання аналогії права значно ускладнює діяльність особи, що застосовує відповідне право. Якщо за аналогією закону знаходиться вже існуюче правило, то при застосуванні аналогії права, особа, що застосовує норму закону за аналогією змушена оперувати великою кількістю абстрактних понять. За аналогією права вона хіба що створює конструкцію відповідної норми, яка б бути застосовна до даних відносин. У цьому вироблене правило поведінки фіксується лише у акті правозастосування і буде обов'язковим іншого правозастосовувача, тобто не стане прецедентом.

Аналогія права визначається як рішення справи чи конкретного юридичного питання на основі принципів права, загальних начал і змісту законодавства. При використанні аналогії права судами, судді не є законодавцями, а лише знаходять способи вирішення спорів у інших нормативних актах, які безпосередньо не регулюють даний спор. Прогаляни в законодавстві можна заповнити лише в законодавчому процесі шляхом внесення змін і доповнень до закону, видання нових, більш досконалих нормативних актів. Разом з тим положення, що містяться в судових рішеннях за аналогічними справами, значно збагачують юридичну практику і можуть стати основою для розвитку законодавства.

**Висновки.** Застосування господарськими судами аналогії є однією з гарантій ефективності системи правосуддя, як і суцільна довіра та повага, які забезпечуються «бангалорськими принципами, які містять 6 показників (принципів): незалежність, неупередженість, добросовісність та невідчужуваність, дотримання етичних норм, рівність, компетентність та старанність». У разі застосуванні аналогії права суд приймає рішення на основі правових принципів, в основному втілених у відповідних положеннях Конституції України та/або загальних принципів господарського права, таких як верховенство права, справедливість, добросовісність і розумність, рівність, відповідальність, свобода договору тощо.

Сьогодні вчені займають різні позиції з приводу використання аналогії права та аналогії закону в господарському праві і процесі, наприклад, зазначається, що на практиці іноді виникає необхідність застосування норм як матеріального так і процесуального права за аналогією. Тоді як інші вважають, що аналогія в процесуальному праві є неприпустимою і порушує принцип законності, стверджуючи, що суди можуть вчиняти лише передбачені законом дії, а невизначеність юрисдикції суду призведе до свавілля. Але на практиці суди змушені застосовувати аналогію закону або аналогію права. Можливість такого застосування визначена як Господарським так і Господарським процесуальним кодексом України.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29 червня 2010 року. № 17-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text> (дата звернення 19.12.2023).
2. Капцова Т.П. Прогаляни в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Підприємництво, господарство і право*. 2021 № 3. С. 90–97.
3. Васильєв С.В. «Невизначеність» в механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин та юридичні інструменти її усунення. *Правова держава*. 2021. № 42. С. 22–31.
4. Правова визначеність є одним із найважливіших елементів принципу верховенства права, переконані судді ВС. Верховний суд: веб-сайт. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1145556/> (Дата звернення 26.12.2023).
5. Шмалєня С.В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата наук юридичних наук 12.00.01/ Інститут права імені Володимира Станіслава Класичного приватного ун-ту. Запоріжжя 2008. 238 с.
6. Лавренюк Т.А. Генеза та функціональна природа принципів у господарському праві. Харків: Право. 2020. 200 с.
7. Беляневич О.А. Ідея справедливості у господарському праві. *Економіка та право*. 2022. № 3. С. 15–26. URL: <https://doi.org/10.15407/econlaw.2022.03.015> (дата звернення 17.08.2023).
8. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : Інформаційний лист від 07.04.2008 р. № 01-8/21. *Вісник господарського судочинства*. 2008. № 3. С. 45–49.
9. Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Амальгама Люкс» щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 500 Цивільного кодексу України та статті 34 Господарського процесуального кодексу України у їх співвідношенні: Ухвала Конституційного Суду України від 24 червня 2009 року № 34-у/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v034u710-09#Text> (дата звернення: 11.02.2023).
10. Спасибо-Фатєєва І.В. «Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогія закону та права у судовій практиці. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. № 4. С. 142–145.
11. Орзіх В.М. Поняття аналогії закону та аналогії права в цивільному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2019 № 54. С. 83–86.
12. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.