

УДК 346.13:340.132.6

**В.М. КОВАЛЬ**, канд. юрид. наук, Севастопольський апеляційний господарський суд

## ЗАСТОСУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИМИ СУДАМИ ЗАКОНУ І ПРАВА ЗА АНАЛОГІЄЮ

*Ключові слова:* аналогія закону, аналогія права, загальні засади законодавства, конституційні принципи, верховенство права

Відповідно до частини шостої ст.4 Господарського процесуального кодексу забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства. Однак само по собі це законодавче положення, не є підставою для застосування господарськими судами закону і права за аналогією. За таких умов проблема застосування господарськими судами закону і права за аналогією набуває практичної гостроти і актуальності. Проте, в науці господарського права вона спеціально не досліджувалась. З цього приводу можна зустріти лише окремі висловлювання науковців-фахівців у галузі господарського права.

У той же час у теорії права і в науці цивільного права проблема застосування закону і права за аналогією може вважатись традиційним предметом наукових досліджень. Як писав Є.В. Васьковський [1, с.341], уже у XVIII столітті в юридичній науці було здійснене розмежування аналогії закону і права. Сам Є.В. Васьковський, *inter alia*, звертається до цієї проблеми. У радянській юридичній науці її досліджували М.С. Строгович, М. Ісаєв, І.С. Перетерський, П.О. Недбайло, А.С. Піголкін, А.Ф. Черданцев, С.С. Алексєєв, В.В. Лазарєв. Із сучасних науковців, що досліджували аналогію закону та права, слід назвати Р.А. Майданика, і Л.В. Спасибо-Фатєєву, С.В. Шмалєня. Спробу практично спрямованого міжгалузевого дослідження аналогії закону і права здійснив авторський колектив у

складі суддів під керівництвом В.Г. Ротаня.

Наявність теоретичного підґрунтя, створеного названими тут науковцями, полегшує вирішення проблеми застосування господарськими судами закону і права за аналогією, але не вирішує її, та і не може вирішити, бо вона має вирішуватись на нормативній основі, яка стосовно застосування закону і права за аналогією господарськими судами ніколи не досліджувалась.

Викладене дає підстави для висновку про актуальність дослідження проблеми застосування закону і права за аналогією господарськими судами. Метою цієї статті є як розробка теоретичних положень з проблеми, що досліджується, так і опрацювання відповідних практичних рекомендацій для правозастосування і правотворчості.

Перш за все звернемо увагу на суто умовний характер термінів «аналогія закону» та «аналогія права». На умовність терміну «аналогія права» зверталась увага ще 50–60 років тому [2, с.431; 3, с.463–464]. Термін «аналогія закону» також не відповідає змісту відповідних слів. На підтвердження цього достатньо послатись на те, що в ч.1 ст.8 ЦК використовується термін «аналогія закону», а йдеться тут про регулювання цивільних відносин за аналогією, «нормами... цивільного законодавства», а не тільки законів. Умовність терміну «аналогія закону», вводить в оману навіть досвідчених науковців. Так, Р.А. Майданик став буквально тлумачити термін «аналогія закону» і дійшов висновку про те, що в порядку аналогії закону можуть застосовуватись правові норми, встановлені тільки законами [4, с.56]. Але ж таке твердження суперечить змісту ч.1 ст.8 ЦК.

Аналогія закону і права – це правові явища, які мають і матеріально-правовий і процесуальний зміст. Законодавець це чітко усвідомлює. Тому в ст.8 ЦК йдеться про регулювання цивільних відносин за аналогією, а в ч.8 ст. 8 ЦПК і ч.7 ст.9 КАС йдеться про застосування закону і права за аналогією. У той же час регулювання матеріальних

відносин за аналогією (тобто матеріально-правове явище) і застосування судом закону і права за аналогією (тобто процесуально-правове явище) пов'язані як попереднє і наступне правове явище. Тому, якщо ст.8 із Цивільного кодексу вилучити, то це не буде означати, що в цивільному законодавстві виникає прогалина, бо із ч.8 ст.8 ЦПК, що передбачає застосування судом аналогії закону і права за аналогією, непрямо впливає і за допомогою висновку від наступного правового явища (правозастосування) до попереднього виявляється правовий припис, відповідно до якого цивільні відносини можуть регулюватись у певних випадках в порядку аналогії. У свою чергу, якщо ч.8 ст.8 ЦПК виключити із цього Кодексу, то це ніяк не вплине на застосування до цивільних правовідносин закону і права за аналогією, бо така можливість непрямо впливає із ст.8 ЦК і виявляється за допомогою висновку від попереднього правового явища (регулювання цивільних відносин за аналогією) до наступного (застосування закону і права до цивільних правовідносин за аналогією). Інша справа, що вилучення ч.8 ст.8 ЦПК із цього Кодексу створить проблему застосування закону і права за аналогією до трудових, земельних та інших спорів, що розглядаються в порядку цивільного судочинства.

Але стосовно сфери господарського права застосування закону і права за аналогією не передбачено ні законодавчим актом, який регулює матеріальні відносини (Господарським кодексом), ні законодавчим актом, який регулює процесуальні відносини (Господарським процесуальним кодексом). Передчасним, однак, був би висновок про те, що господарські суди не можуть застосовувати до спірних правовідносин закон і право за аналогією. Неприйнятним є й твердження про те, що застосування господарськими судами закону і права за аналогією є таким, що розуміється само собою [5, с.82]. Треба шукати законодавчу підставу для застосування господарськими судами закону і права за аналогією.

При цьому слід враховувати, що правовідносини, на які поширюється господарська юрисдикція, є неоднорідними. Одні з них є цивільними правовідносинами з участю суб'єктів господарювання. Їх правовий режим визначається Цивільним кодексом та іншими актами цивільного законодавства, а Господарський кодекс встановлює тільки особливості правового режиму таких правовідносин (ч.2 ст.4 ГК). Оскільки до таких правовідносин застосовуються правові норми, які встановлюються Цивільним кодексом та іншими актами цивільного законодавства (в частині, в якій особливості їх регулювання не встановлені Господарським кодексом та іншими актами законодавства, чинність яких поширюється на цивільні (майнові) відносини у сфері господарювання і не поширюється на решту цивільних відносин), слід визнати, що до них застосовуються і правові норми, що встановлені ст.8 ЦК.

Отже, згідно ст.8 ЦК, цивільні (майнові) відносини у сфері господарювання у разі наявності прогалин у законодавстві регулюються в порядку аналогії закону і права. Регулювання цивільних (майнових) відносин у сфері господарювання в порядку аналогії закону і права дає підставу для висновку від попереднього правового явища (регулювання) до наступного (застосування). Тому господарські суди при вирішенні справ у спорах, що впливають із майнових правовідносин у сфері господарювання можуть застосовувати закон і право за аналогією на підставі ст.8 ЦК.

Але господарська юрисдикція не обмежується справами у спорах, що впливають із майнових відносин у сфері господарювання. Господарські суди розглядають і вирішують також справи у спорах, що впливають із корпоративних правовідносин. Корпоративні правовідносини частково охоплюються поняттям організаційно-господарських зобов'язань (ст.176 ГК). На такі зобов'язання поширюється дія не тільки Господарського кодексу та інших актів господарського законодавства, але й, як свідчить про це зміст

Цивільного кодексу, – положення цього Кодексу. Тому на такі зобов'язання поширюється чинність і ст.8 ЦК, яка і є підставою для застосування господарськими судами до таких зобов'язань закону і права за аналогією.

Інша частина корпоративних відносин – це суто цивільні майнові відносини. Оскільки Господарський кодекс не встановлює будь-яких особливостей правового режиму таких правовідносин, їх правовий режим визначається цивільним законодавством, що обумовлює застосування до них ст.8 ЦК. Отже, і до цих правовідносин господарські суди застосовують закон і право за аналогією на підставі ст.8 ЦК.

До юрисдикції господарських судів віднесені також деякі публічно-правові спори, зокрема, спори суб'єктів господарювання з органами Антимонопольного комітету України (ст.60 Закону «Про захист економічної конкуренції»). Виникає питання про те, чи можуть господарські суди застосовувати до таких правовідносин закон і право за аналогією. У пошуках відповіді на це запитання слід звернутись до принципу верховенства права, який включає до себе засаду правової визначеності. Раз принцип верховенства права не допускає правової невизначеності, саме питання про застосування до правовідносин, про які йдеться, закону і права за аналогією треба вирішувати шляхом застосування закону за аналогією. Законом, що підлягає при цьому застосуванню за аналогією, може бути або ст.8 ЦК або ч.7 ст.9 КАС. Оскільки йдеться про вирішення питання, що стосується публічних правовідносин, слід визнати за більш прийнятне застосування за аналогією ч.7 ст.9 КАС.

Підкреслимо, що вибір між ст.8 ЦК і ч.7 ст.9 КАС має істотне значення, оскільки ст.8 ЦК передбачає застосування за аналогією будь-яких актів цивільного законодавства, а ч.7 ст.9 КАС не передбачає застосування за аналогією підзаконних актів, і за відсутності закону, що регулює подібні правовідносини, приписує застосовувати аналогію права.

У науковій літературі зверталась увага на неприпустимість застосування закону і права за аналогією до спірних правовідносин, якщо відповідне питання вирішується хоч би загальною нормою [6, с.766-771]. У таких випадках суспільні відносини є врегульованими, прогалини в законодавстві немає, тож і підстав для застосування закону чи права за аналогією немає. Це висновок має особливо важливе значення для вирішення господарськими судами спорів, що впливають із майнових правовідносин у сфері господарювання: якщо такі відносини не врегульовані Господарським кодексом, вони регулюються цивільним законодавством. Тому відсутність у Господарському кодексі положень, які би регулювали майнові відносини у сфері господарювання, не викликає необхідності застосування закону за аналогією, якщо є можливість застосувати до таких правовідносин положення цивільного законодавства.

Підставою застосування закону за аналогією є неповнота правового регулювання, наявність прогалини в законодавстві. Прогалини можуть бути безпосереднім наслідком правотворчої діяльності, а можуть виникати внаслідок того, що на стадії тлумачення положення нормативно-правового акта з метою його застосування суб'єкт правозастосування доходить висновку про неможливість застосування певної правової норми в зв'язку з очевидною її невідповідністю принципу верховенства права, зокрема вимозі розумності. Наведемо приклади прогалин першого виду.

Відповідно до загального правила ч.1 ст.188 ГК, зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, але законом або договором може бути встановлено інше. Зокрема, ч.1 ст.304 ГК надає сторонам агентського договору досить широкі повноваження на розірвання такого договору шляхом вчинення одностороннього правочину. Але при цьому момент припинення договору і зобов'язання не визначається. В пошуку способу внесення визначеності в правовідносини сторін агент-

ського договору слід звернутись до правових норм, що регулюють подібні відносини. Такою правовою нормою може бути визнана норма, що формулюється в ч.2 ст.782 ЦК («у разі відмови наймодавця від договору найму договір є розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору»). Ця ж правова норма підлягає застосуванню за аналогією до відносин, що виникають при розірванні договору комерційної концесії шляхом вчинення одностороннього правочину, як це передбачено ч.3 ст.374 ГК.

Прогалин другого виду у господарському законодавстві значно більше. Найчастіше вони пов'язані з правовими приписами, що непрямо впливають із актів законодавства та виявляються за допомогою висновку а *contrario*. Не дивлячись на те, що цей висновок не виходить за межі людського мислення, він дуже часто не враховується в процесі правотворчості. Та і в науці при дослідженні проблем тлумачення нормативно-правових актів помітна тенденція до невизнання правових приписів, що виявляються за допомогою висновку а *contrario*, такими, що встановлені нормативно-правовими актами. Так, Є. В. Васьковський писав, що з певного нормативного положення за допомогою висновку за аналогією і висновку а *contrario* можна отримати два протилежні судження [1, с.351], та веде пошук шляхів вирішення колізії між цими двома висновками. І.С. Перетерський також розглядав аналогію закону і висновок а *contrario* як однопорядкові правові конструкції, оскільки вважав висновок а *contrario* засобом поповнення прогалин у законі [8, с.128]. Таке розуміння юридичного значення правових приписів, які непрямо впливають із актів законодавства та виявляються при тлумаченні за допомогою висновку а *contrario*, є неприйнятним. Справа полягає в тому, що у всіх випадках, коли висновок а *contrario* робиться в логічно прийнятних межах, за його допомогою виявляються правові норми, встановлені відпові-

дним актом законодавства. Раз такі правові норми встановлені, прогалин у законодавстві у відповідній частині немає. Тож і про застосування закону за аналогією до відповідних відносин не може йти мови. Інша справа, що правові норми, які виявляються за допомогою висновку а *contrario*, на стадії правотворчості часто не опрацьовуються і не осмислюються, а тому потребують оцінки на предмет відповідності принципу верховенства права, і за результатами такої оцінки досить часто підлягають визнанню такими, що не підлягають застосуванню внаслідок невідповідності зазначеному принципу. Покажемо це на наступних прикладах.

Господарський кодекс, як і господарське законодавство в цілому, регулює не тільки цивільні або, як стали говорити ще за радянських часів, горизонтальні відносини, але й так звані вертикальні відносини, тобто відносини між суб'єктами господарювання, з одного боку, та органами державної влади, органами місцевого самоврядування, принаймні у випадках, коли ці органи наділені господарською компетенцією, – з іншого. І все ж Автономна Республіка Крим згадується у Господарському кодексі тільки в окремих випадках (ст.11, 115, 149, 246, 287, 395). Узагалі ж у випадках, коли як учасники відносин у сфері господарювання називаються органи державної влади і органи місцевого самоврядування, органи влади Автономної Республіки Крим не згадуються. Не називаються вони як учасники відносин у сфері господарювання в ст.2 ГК. Коли в ст.7 ГК називаються акти органів державної влади і органів місцевого самоврядування, якими регулюються відносини у сфері господарювання, то органи влади Автономної Республіки Крим також не згадуються. У ст.8 ГК йдеться про участь держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в господарській діяльності, але про участь Автономної Республіки Крим у господарській діяльності і тут не йдеться.

Навіть коли встановлюється суто конкрет-



не правило про відшкодування шкоди, завданої підприємцю, зокрема органами державної влади, органами місцевого самоврядування, не йдеться ні про шкоду, завдану органами влади Автономної Республіки Крим, ні про її відшкодування цими органами чи Автономною Республікою Крим (ч.4 ст.47 ГК). У всіх названих випадках із положень Господарського кодексу за допомогою висновку від протилежного виявляється правовий припис, згідно з яким органи влади Автономної Республіки Крим не несуть відповідних обов'язків, не мають відповідних прав, а їх дії чи бездіяльність не тягнуть за собою відповідних правових наслідків. Ці висновки є цілком коректними, оскільки органи державної влади, органи місцевого самоврядування і органи влади Автономної Республіки Крим утворюють рід, що позначається терміном «суб'єкт владних повноважень». І якщо певне законодавче положення відповідно до його змісту поширюється на державні органи та органи місцевого самоврядування, то відсутність у цьому положенні зазначення на органи влади Автономної Республіки Крим дає підстави для висновку про те, що на останню воно не поширюється.

Але ж, оцінюючи цей висновок на предмет відповідності принципу верховенства права, ми помічаємо, що така диференціація правового регулювання не має будь-якої розумної мети і вносить у систему правового регулювання суспільних відносин деструктивні елементи. Тому застосування правових норм, які непрямо впливають із положень актів законодавства, про які тут йдеться, та виявляються за допомогою висновку а *contrario*, суперечило би принципу верховенства права і є неприпустимим. У такий спосіб у законодавстві виникає прогалина, яка заповнюється шляхом застосування за аналогією правових норм, які поширюються на державні органи і органи місцевого самоврядування.

Подібно до цього застосовується за аналогією ст.350 ГК, яка відповідно до її змісту

поширюється на грошові вимоги, що випливають «з поставки товарів або надання послуг», а за аналогією поширюється і на грошові вимоги, що виникають з інших майново-господарських зобов'язань.

Юридична конструкція аналогії права є набагато більш складною, ніж юридична конструкція аналогії закону. Це – так навіть тоді, коли ч.2 ст.8 ЦК чітко визначає ті законодавчі положення, які застосовуються в порядку аналогії права (такими тут називаються «загальні засади цивільного законодавства»). Термін «загальні засади цивільного законодавства» вживається в заголовку і тексті ст.3 ЦК. Тому зміст цього терміну є досить визначеним. Але ж і при застосуванні ч.2 ст.8 ЦК виникають два запитання, пошуки відповіді на які потребують наукового осмислення проблеми регулятивного значення основних засад (принципів) законодавства.

По-перше, із ст.8 ЦК випливає, що загальні засади цивільного законодавства не можуть застосовуватись інакше, ніж в порядку аналогії права. Застосуванню основних засад цивільного законодавства в порядку аналогії права перешкоджає урегульованість відповідних відносин навіть підзаконними актами. Звідси слід зробити висновок про те, що основні засади цивільного законодавства не можуть застосовуватись у супереч підзаконним актам і взагалі, тобто поза правовою конструкцією аналогії права, бо якщо основні засади могли б застосовуватись у супереч правовому врегулюванню відповідних відносин підзаконними актами, то немає перешкод для застосування основних засад до відносин, які взагалі не врегульовані.

Зроблений висновок, можна було би визнати прийнятним як загальне правило для правозастосовної діяльності господарських судів, а можливо, – і для більш широкої сфери.

По-друге, не можна не помітити, що значна частина змісту основних засад цивільного законодавства, закріплених у ст.3 ЦК, охоплюються принципом верховенства права, який має найвищу юридичну силу. Він за-

кріпленій у частині першій ст.8 Конституції України і підлягає переважному застосуванню перед будь-якими правовими нормами, що встановлені не тільки законами і підзаконними актам, але й Конституцією. Тому ч.2 ст.8 ЦК, що приписує застосовувати в порядку аналогії права загальні засади цивільного законодавства, закріплені в ст.3 ЦК, підлягає застосуванню тільки в частині, в якій вона не суперечить Конституції. Отже, в порядку аналогії права загальні засади цивільного законодавства застосовуються тільки в тій частині, в якій ці засади не входять до змісту принципу верховенства права. У тій же частині, в якій ці засади входять до змісту принципу верховенства права, вони мають юридичну силу цього принципу, а тому підлягають прямому застосуванню, а не в порядку аналогії права, причому в цій частині вони підлягають переважному застосуванню перед іншими законодавчими і навіть конституційними положеннями.

Аналіз положень ст.3 ЦК показує, що деякі із основних засад, закріплених у цій статті, повністю входять до змісту принципу верховенства права, а інші – частково. Це треба враховувати при застосуванні господарськими судами ч.2 ст.8 ЦК.

Що стосується ч.7 ст.9 КАС, що є правовою підставою для застосування аналогії права, то вона, з одного боку, суперечить Конституції, а з іншого – передбачає застосування в порядку аналогії права загальних засад права, які потребують свого визначення. Суперечність між частиною третьою ст.8 Конституції, що визнає норми, які встановлені Конституцією, нормами прямої дії, та ч.7 ст.9 КАС, що передбачає застосування конституційних принципів у порядку аналогії права, вирішується однозначно на користь Конституції. Правда, залишається питання про неоднорідний зміст конституційних принципів (як і принципів чи основних засад права взагалі), що вміщують у собі не тільки нормативний регулятор, а й декларацію конституцієдавця про його наміри. Але це пи-

тання виходить за межі даної статті.

Виявлення загальних засад права, що підлягають застосуванню в порядку аналогії права, та їх відмежування від конкретних правових норм – це окрема проблема, вирішення якої також виходить за рамки цієї статті.

Викладене дає підстави для висновку про те, що застосування господарськими судами аналогії закону і права потребує належної опори на законодавчі положення. Ці положення на цей час встановлені Цивільним кодексом і Кодексом адміністративного судочинства. У перспективі такі положення доцільно було б закріпити в Господарському і Господарському процесуальному кодексах.

Подальша розробка проблеми застосування господарськими судами закону і права за аналогією перш за все повинна полягати у з'ясуванні поняття загальних засад права, можливості визнаних текстуально не закріплених засад, відмежування їх від конкретних правових норм та співвідношення у змісті загальних засад права нормативного регулятора і декларації.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Васьковський Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковський. – М. : ЦентрЮрИнфоР, 2002. – 508 с.
2. Строгович М. С. Применение советского социалистического права / Теория государства и права / М. С. Строгович. – М. : Госюриздат, 1949. – 511 с.
3. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М. : Госюриздат, 1960. – 512 с.
4. Майданик Р. Застосування цивільного законодавства за аналогією / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2009. – № 7. – С. 56–61.
5. Беяневич О. Судова практика як засіб забезпечення деонтичної повноти господарського договірної права / О. Беяневич // Підприємництво, господарство і право. –

2006. – № 2. – С. 81–84.

6. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. / за ред. В. Г. Ротань – К. : Юридична книга; Севас-

тополь: Інститут юридичних досліджень, – 2008– . – Т. 4. Методологія тлумачення нормативно-правових актів. – 2008. – 848 с.

*Коваль В. М. Застосування господарськими судами закону і права за аналогією / В. М. Коваль // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 459–465 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11kvmrpa.pdf>*

Показано, що в порядку аналогії права не можуть застосовуватись конституційні принципи, оскільки в тій частині, в якій вони встановлюють правові норми, вони підлягають прямому застосуванню.

\*\*\*

*Коваль В.Н. Применение хозяйственными судами закона и права по аналогии*

Показано, что в порядке аналогии права не могут применяться конституционные принципы, поскольку в той части, в которой они устанавливают правовые нормы, они подлежат прямому применению.

\*\*\*

*Koval V.N. Application by Economic Courts of the Law and the Right by Analogy*

It is shown that as constitutional principles can not be applied by the law analogy as they are subject to the direct application in the part where they secure legal norms.

Форум права Форум ПР