



УДК 347.92

## ПРОЦЕСУАЛЬНА АНАЛОГІЯ ЧИ ФАКТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ

Ткачук О.С., к. ю. н.,  
доцент, суддя

*Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ*

У статті проаналізовано основні проблеми застосування аналогії в сучасному цивільному судочинстві України, відмінність процесуальної аналогії від фактичної процесуальної діяльності суду.

**Ключові слова:** правосуддя, цивільне судочинство, процесуальна аналогія, фактична процесуальна діяльність.

В статье проанализированы основные проблемы применения аналогии в современном гражданском судопроизводстве Украины, отличие процессуальной аналогии от фактической процессуальной деятельности суда.

**Ключевые слова:** правосудие, гражданское судопроизводство, процессуальная аналогия, фактическая процессуальная деятельность.

Tkachuk O.S. PROCEDURAL ANALOGY OR FACTUAL PROCEDURAL ACTIVITY

The article deals with the analysis of basic problems of analogy application in contemporary civil judicial proceedings of Ukraine, as well as the difference between procedural analogy and factual procedural activity of court.

**Key words:** justice, civil judicial proceedings, procedural analogy, factual procedural activity.

**Постановка проблеми.** Із доктрини процесуального права відомо, що цивільне судочинство – це комплексна система інститутів, стадій, процесуальних проваджень, у яких процедури, процесуальні дії повинні вчинятися за чітко визначеною процесуальною формою і які не повинні суперечити одна одній. І лише все це разом буде визначати певний уніфікований стандарт правосуддя.

Із прийняттям нового Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України більшість науковців стала стверджувати те, що в ньому регламентовано й офіційно дозволено судам застосовувати процесуальну аналогію. Відразу зазначимо, ми за існування процесуальної аналогії, оскільки передбачити всі процесуально-правові ситуації, життєві обставини законодавцю неможливо. Але в ЦПК України безпосередньо вона не передбачена, тому при відправленні правосуддя інколи використовують «фактична процесуальна діяльність». Наскільки це відповідає об'єктивній дійсності. Чи насправді судовий розсуд намагається подолати недоліки законодавця. Окреслення цих доволі складних питань є метою статті.

Застосування аналогії в процесуальному праві завжди викликало немало суперечок серед учених і практиків. Зокрема, тривалий час у юридичній науці велись і ведуться дискусії щодо допустимості аналогії, її умов, меж використання, відмежування від схожих правових явищ тощо.

**Ступінь розробленості проблеми.** Як зазначає, наприклад, В. Соколов, в основному можливість застосування аналогії в цивільному судочинстві не заперечується, оскільки більшість правознавців визнають, що це не суперечить інтересам законності [1].

Проте існує думка, що застосування аналогії в межах процесуального права зумовлює ігнорування принципу законності, порушення жорсткої процесуальної форми. Науковці, які заперечують застосування процесуальної аналогії, як головний аргумент на захист своєї позиції наводять твердження, що в усіх випадках, коли законодавець допускає застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі.

На думку інших науковців, відсутність указівки про можливість застосування аналогії не є перешкодою для її застосування, оскільки ще з

більшою ймовірністю можна сказати, що коли законодавець відмовився від застосування аналогії, такий його намір повинен бути чітко сформульований у законі. При цьому О. Косаренко вважає, що відмовлятися від аналогії цивільного процесуального законодавства в країні, де триває судово реформа, надто передчасно, а з урахуванням того, що законодавець визнає можливість існування недоліків у матеріальному праві, але при цьому не визнає можливості існування їх у процесуальному, ще й нелогічно [2].

У свою чергу, О. Колотова висловлює думку про те, що більш дискусійним серед правознавців є питання про можливість (або неможливість) застосування аналогії в межах кримінального процесуального права, хоча в КПК України відсутні норми, які закріплювали б правову аналогію. Група авторів, які не погоджуються з використанням аналогії в кримінальному процесуальному праві (Н. Власенко, Т. Добровольська, В. Камінська, Ю. Лівшиць та ін.), стверджують, що жодних правових підстав говорити про можливість аналогії в кримінальному судочинстві не існує. Як головний аргумент на захист своєї позиції ці правознавці наводять твердження про те, що в усіх випадках, коли законодавець допускає застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі, а в кримінальному процесуальному законі такої вказівки, як відомо, немає [3].

Стосуються ці дискусії й застосування аналогії в цивільному судочинстві.

Зокрема, Т. Карнаух зазначає, що принцип процесуального формалізму є основним у процесуальному праві, оскільки саме через нього виявляється суворий імперативний метод публічного права, спрямований на забезпечення рівності сторін шляхом установлення чітких, формально визначених, заздалегідь відомих «правил гри». Такий інститут, як процесуальна аналогія, здавалося б, підриває цей принцип, уносить елемент невизначеності й нестабільності в процесуальні відносини, відкриває шлях зловживанням цим інститутом, суддівському свавіллю.

Водночас така позиція може завести правозастосовувача в глухий кут, коли йому бракуватиме необхідної правової норми, що, звісно, зумовить ускладнення провадження й порушення конституційних прав громадян та інших учасників процесу [4].

**Виклад основного матеріалу.** За часів дії ЦПК України 1963 р. вітчизняні вчені-процесуалісти в багатьох своїх підручниках із цивільного процесуального права та коментарях до ЦПК України повністю заперечували можливість застосування аналогії процесуального закону. При цьому ними не враховувалось значення процесуальної аналогії для судової практики, а виходили вони лише з того доктринального розуміння цивільного процесу, що аналогія закону до процесуальних правовідносин (публічне право) не застосовується. Їхній постулат звучить так: немає норми – не повинно бути й процесуальної дії, а прогалини (недоліки) у цивільному процесуальному законі повинні усуватися тільки в законодавчому порядку. Однак при цьому абсолютного не давалися відповіді на питання: як учиняти суду під час розгляду справи в разі наявності прогалини в цивільному процесуальному законодавстві до усунення цих прогалин на законодавчому рівні.

Із прийняттям нових ЦПК України та Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України, з урахуванням змісту ч. ч. 8 і 9 ст. 8 ЦПК України, ч. 7 ст. 9 КАС України в юридичній літературі сформувалися дві точки зору щодо можливості застосування так званої процесуальної аналогії.

Перша точка зору вказує на те, що інститут аналогії властивий лише сфері матеріального права й не властивий процесуальним галузям права, так як процедура провадження в цивільних, господарських та адміністративних справах потребує суворої регламентації й не допускає відхилень від передбачених законом правил. Крім того, процесуальне право належить до публічного права, для якого характерний принцип «дозволено лише те, що дозволено в законі», а оскільки процесуальна аналогія прямо не передбачена в законі, то вона й не може застосовуватись.

Згідно з другою точкою зору, яка на сьогодні є домінуючою і сприйнята практикою, процесуальна аналогія можлива та передбачена в законі.

На нашу думку, процесуальна аналогія можлива, суди повинні її застосовувати, оскільки прогалин у процесуальних кодексах, на жаль, багато, особливо з урахуванням останніх унесених «точкових» змін, які в деяких випадках порушили логіку чітко встановленої й обов'язкової процесуальної форми. Разом із тим важко погодитись із твердженнями деяких вітчизняних юристів-учених і юристів-практиків щодо того, що в новому ЦПК України на законодавчому рівні дозволено застосовувати процесуальну аналогію, посилаючись при цьому на ч. 8 ст. 8 ЦПК України [5].

Інші ж науковці стримано коментують ч. 8 ст. 8 ЦПК України, при цьому все ж таки посилаються, але на аналогію цивільного, а не цивільного процесуального, законодавства [6].

Уважаємо, що такі твердження потребують деякого уточнення. У зазначених статтях, як у ч. 3 ст. 11 ЦПК України 1963 р., так і в новому ЦПК України, що вказують на законодавство, на підставі якого суд вирішує справи, на нашу думку, ідеться лише про застосування судами під час розгляду цивільних справ аналогії матеріального права, а не процесуального. Так, зазначено, якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсут-

ності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). Застосування матеріально-правової аналогії було передбачено й в аналогічній ст. 11 ЦПК України 1963 р., але зазначене не означало, що на законодавчому рівні була передбачена процесуальна аналогія. Такою була процесуальна доктрина, на це не раз указувалось ученими-процесуалістами [7].

Раніше вже зазначалось, що, дійсно, у новому цивільному процесуальному законодавстві під час його розробки передбачалось введення для судової практики процесуальної аналогії [8].

Так, після першого читання у Верховній Раді України ч. 3 ст. 3 проекту ЦПК України (реєстр. № 3455) звучала так: «У разі відсутності в процесуальному праві норми, яка регулює відносини, що виникли в ході провадження у цивільній справі, суд застосовує норму, яка регулює подібні відносини, а за відсутності такої норми – суд виходить із загальних засад здійснення судочинства в Україні». При цьому була закладена й матеріально-правова аналогія в ч. 7 ст. 9 проекту ЦПК України. Однак під час другого та третього читань зазначеного Закону народні депутати фактично погодились із зауваженням до проекту й не включили до нього відповідну норму.

Із чого виходив законодавець, важко сказати. Напевне, були враховані висновки, пропозиції, зауваження вчених-процесуалістів України, які до цього часу були проти запровадження процесуальної аналогії в цивільному судочинстві.

Отже, варто констатувати, що на законодавчому рівні в новітньому цивільному процесуальному законодавстві України процесуальна аналогія офіційно не закріплена.

Зважаючи на те що, на нашу думку, суди повинні застосовувати процесуальну аналогію під час відправлення правосуддя, варто з'ясувати, що таке аналогія, умови її застосування судами, межі використання, відмежування від інших схожих правових ситуацій, щоб уникнути негативних можливостей суддівського розсуду.

Із погляду права аналогія означає вирішення певного випадку на основі правового положення (норми, принципу тощо), яке регулює схожі відносини. Тобто, під аналогією в галузі права розуміємо поширення норми або комплексу норм права на не передбачені законом, але наявні подібні правові ситуації. При застосуванні аналогії закону правозастосовний орган поширює на певні правовідносини конкретні норми, що регулюють подібні відносини. При застосуванні аналогії права виходимо із загальних засад законодавства.

Застосування матеріально-правової аналогії має відносну поширеність, стабільну законодавчу основу, апробацію на практиці, можливість її застосування судами на доктринальному рівні вже достатньо досліджена та не заперечується.

Що стосується застосування аналогії процесуального закону, то варто погодитись із думкою багатьох учених про те, що застосування аналогії є неминучістю в усіх галузях права, за винятком кримінального.

На нашу думку, чинне законодавство має правову підставу для цього. Так, ст. 55 Конституції України гарантує кожному право на судовий захист, а у ст. 124 Основного Закону держави зазначено, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Право на судовий захист не обмежується лише правом на звернення до суду, а включає в себе комплекс інших процесуальних прав: право на



особисту участь у відстоюванні своїх прав і свобод, на справедливий судовий розгляд, на законне судове рішення, на оскарження судових рішень і їх виконання тощо. Зазначене є реалізацією ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як частини національного законодавства, так як суд, який розглядав справу, повинен ухвалити судове рішення, що базується на правильному застосуванні й тлумаченні норм матеріального за чіткого дотримання вимог процесуального права.

У процесі правозастосовної діяльності суди нерідко зіштовхуються з наявністю прогалин у праві, і такі самі прогалини під час розгляду цивільних справ є, на жаль, і в цивільному процесуальному законодавстві.

Об'єктивні причини прогалин полягають у складності й швидкоплинності суспільних відносин, їх постійному розвитку й ускладненні, адже передбачити всі можливі нюанси суспільних відносин і спірних ситуацій за будь-яких умов неможливо.

Об'єктивні причини прогалин пов'язані з негативними факторами в діяльності самого суб'єкта правотворчості, законодавця. В одній із останніх монографій щодо законотворчості в Україні детально розписано процедуру творення законів, тлумачення закону, подолання колізій між положеннями законів тощо [9].

Відсутність у процесуальному законодавстві необхідних юридичних норм варто зарахувати до суттєвих проблем цивільного процесуального законодавства, оскільки в конкретному випадку не подолання цих прогалин може призвести до відмови в правосудді. А зазначене заборонено ч. 8 ст. 8 ЦПК України.

На жаль, законодавцю не повною мірою вдалось передбачити і пропрацювати питання, які виникли у зв'язку з так званими спрощеними провадженнями у ЦПК України – судовим наказом і заочним розглядом справи, а також в інших новелах процесуального законодавства (попередньому судовому засіданні, розгляді заяв про фальшивість доказів, оскарженні судових рішень тощо).

У вітчизняній юридичній літературі вже зазначалось про те, що судова практика в період дії ЦПК України 1963 р. фактично вимушено використовувала процесуальну аналогію, так як процесуальне законодавство мало прогалини щодо юридичного закріплення кожної можливої процесуальної дії, а саме:

1) стосовно надання під час розгляду справи висновку прокурором та іншими органами, фізичними особами, які вступали в процес на захист прав і свобод інших осіб, використовуючи при цьому за аналогією ст. 194 зазначеного ЦПК України щодо моменту оголошення висновку;

2) під час розгляду справ у зв'язку з нововиявленими та винятковими обставинами, використовуючи при цьому за аналогією положення ЦПК України щодо повідомлення осіб, які беруть участь у справі, про час і місце судового розгляду, щодо проведення підготовчих дій [10].

Цей перелік можна було б ще продовжувати. Назвемо лише деякі з них. Це стосується й участі в цивільному процесі за час дії ЦПК України 1963 р. такої фігури, як спеціаліст, коли за аналогією використовувались положення ЦПК України щодо експерта, свідка й навіть положення КПК України. Фактично суди за аналогією допитували вказаних осіб як свідків, хоча вони

й надавали суду допомогу як спеціалісти. Деякі вчені при цьому зазначали, що суди використовувать фактичну процесуальну діяльність, яка не врегульована законом [11].

Новий ЦПК України деякі із зазначених вище прогалин усунув, так офіційно визнавши існування прогалин цивільного процесуального законодавства, і врахував судову діяльність, що вимушено застосовувала аналогію процесуальних норм.

Так, у ЦПК України закріплено статус процесуальної фігури – спеціаліста – з чітко визначеними процесуальними правами та обов'язками (ст. 54), якому можна заявити відвід (ст. 22). Також на законодавчому рівні визнаний процесуальний статус звуко- та відеозаписів (ст. 57), що усунуло спірну ситуацію в судовій практиці, коли їх за аналогією зараховували до письмових чи речових доказів. Разом із тим варто визнати, що й новий ЦПК України після його численних змін не відрізняється детальністю правового регулювання, що з неминучістю викликає необхідність застосовувати на практиці процесуальну аналогію задля виконання завдання судочинства (ст. 1 ЦПК України), що є обов'язком суду. Це є й потребою судової практики.

Без застосування процесуальної аналогії не обійтись і при апеляційному, касаційному провадженні. Так, суди апеляційної та касаційної інстанції уже давно фактично за процесуальною аналогією застосовують положення ст. 122 ЦПК з урахуванням ст. ст. 292, 324 ЦПК України у випадках, коли зі скаргою звертаються особи, які не мають суб'єктивного права на оскарження судового рішення, або коли оскаржується процесуальний акт, що не підлягає оскарженню. Відповідні процесуальні норми (ст. ст. 297, 328 ЦПК України), які регулюють апеляційне та касаційне провадження, не передбачають можливості безпосередньо відмовити у відкритті апеляційного/касаційного провадження. Також суди апеляційної інстанції вимушено застосовують аналогію процесуальної норми при призначенні справи до розгляду в апеляційному суді. Так, у ст. 302 ЦПК України зазначено, що після проведення підготовчих дій колегія суддів призначає справу до розгляду, однак не зазначено, чи потрібно при цьому постановляти ухвалу і яку саме, як, наприклад, чітко зазначено щодо касаційного провадження (ч. 5 ст. 332 ЦПК України). Звичайно, у такому разі суд апеляційної інстанції за аналогією з ч. 5 ст. 297 ЦПК постановляє ухвалу.

**Висновки.** В умовах постійного й досить частого несистемного реформування та зміни цивільного процесуального законодавства в Україні проблема прогалин права є одним із факторів, що перешкоджають однаковому застосуванню судами закону під час вирішення цивільних справ і ускладнюють доступ до правосуддя. Водночас наявність прогалин у процесуальному праві потрібно сприймати як об'єктивну дійсність. Перед українською правовою наукою та законодавцем стоїть спільне завдання – намагатися максимально вирішувати й розв'язувати важливі правові питання та завдання на стадії прийняття нормативних правових актів.

Реалізуючи функцію правосуддя під час вирішення цивільних справ суди повинні застосувати аналогію цивільного процесуального закону і права для забезпечення кожному можливості справедливого, неупередженого та своєчасно-



го захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод. Разом із тим, зважаючи на особливості цивільного процесу і статусу його учасників, застосування норм, що не регламентовані законом, припустимо лише за дотримання певних умов.

Фактична процесуальна діяльність не притаманна сучасному українському цивільному процесу. Це пояснюється тим, що в разі виявлення прогалин у процесуальному законі й необхідності вирішити конкретне юридичне завдання суд вимушений застосувати процесуальну аналогію. Водночас процедурна діяльність суду, усі його можливі дії та рішення, подібні правовідносини вже легалізовані процесуальним законом, тому така діяльність і всі здійснювані на її основі процесуальні дії не є фактичними, тобто тими, які не базуються на законі.

У цьому напрямі як перспектива подальших наукових пошуків убачається необхідність розробки й наукового осмислення пріоритетних кроків подальшого системного вдосконалення цивільного процесу з метою законодавчого регламентування порядку та умов застосування судами процесуальної аналогії.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Соколов В.М. Застосування процесуальної аналогії при здійсненні адміністративного судочинства / В.М. Соколов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://lib.uabs.edu.ua/library/P\\_Visnik/Numbers/2\\_7\\_2012/07\\_02\\_07.pdf](http://lib.uabs.edu.ua/library/P_Visnik/Numbers/2_7_2012/07_02_07.pdf).
2. Косаренко О. Проблеми аналогії в контексті реформування цивільного судочинства / О. Косаренко // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 2 (18). – С. 183–186.
3. Колотова О.В. Допустимість застосування аналогії в галузях права / О.В. Колотова [Електронний ре-

сурс]. – Режим доступу : <http://radnuk.info/statti/249-tioriuagov/3474-2010-01-21-00-16-44.html>.

4. Карнаух Т.М. Проблеми застосування правової аналогії в цивільному судочинстві України / Т.М. Карнаух [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.nbu.gov.ua/.../27\\_kornauch\\_tm.pdf](http://www.nbu.gov.ua/.../27_kornauch_tm.pdf).
5. Фурса С.Я. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи : [науково-практичний посібник] / С.Я. Фурса, С.В. Щербак, О.І. Євтушенко. – К. : Видавець Фурса С.Я. ; КНТ, 2006. – С. 47.
6. Цивільний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / за заг. ред. С.С. Бичкової. – К. : Атіка. – С. 19; Цивільний процес України : [підручник] / за ред. С.О. Харитонова та ін. – К. : Істина, 2011. – С. 19.
7. Цивільний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / за ред. В.В. Комарова. – Х. : Одиссей, 2001. – С. 36; Комаров В.В. Проблеми науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова. – Х. : Право, 2002. – С. 98–101; Чернооченко С.І. Цивільний процес України : [навчальний посібник] / С.І. Чернооченко. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – С. 13; Тертишников В.І. Цивільний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / В.І. Тертишников. – 8-е видання, стереотипне. – Х. : Консум, 2004. – С. 16; Гражданский процесс Украины : [учебное пособие] / за ред. Ю.С. Червоного. – Х. : Одиссей, 2003. – С. 62, 65.
8. Луспеник Д.Д. Процесуальна аналогія в цивільному судочинстві: де-юре та де-факто (постановка проблеми) / Д.Д. Луспеник // Адвокат. – 2006. – № 2. – С. 12–17.
9. Ришелюк А.М. Законотворчість в Україні : [навчальний посібник] / А.М. Ришелюк. – К., 2013. – 384 с.
10. Василюк С. Застосування аналогії в цивільному процесі / С. Василюк, О. Ломоносова // Право України. – 2002. – № 3. – С. 135–137.
11. Боннер А.Т. Гражданский процессуальный закон и фактическая процессуальная деятельность / А.Т. Боннер // Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. – С. 404–406.

УДК 347.4

## АКЦІОНЕРНІ ДОГОВОРИ В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ Й МОЖЛИВІСТЬ УКЛАДЕННЯ

Трофіменко І.В., магістрант  
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті досліджуються акціонерні договори з огляду на чинне законодавство України, а також акти офіційного тлумачення. Розглядається можливість існування акціонерних договорів в Україні з урахуванням імперативного характеру корпоративних норм вітчизняного законодавства. Розмежовуються суміжні категорії досліджуваного інституту акціонерних договорів.

**Ключові слова:** договори між акціонерами, механізм корпоративного управління, акціонерні договори, акціонерні угоди, *shareholders' agreement*, корпоративне право, акціонерні товариства, права акціонерів.

В статье исследуются акционерные договоры, учитывая действующее законодательство Украины, а также акты официального толкования. Рассматривается возможность существования акционерных договоров в Украине с учетом императивного характера корпоративных норм отечественного законодательства. Разграничиваются смежные категории исследуемого института акционерных договоров.

**Ключевые слова:** договоры между акционерами, механизм корпоративного управления, акционерные договоры, акционерные сделки, *shareholders' agreement*, корпоративное право, акционерные общества, права акционеров.

Trofimenko I.V. SHAREHOLDERS' AGREEMENTS IN UKRAINE: CONCEPT AND POSSIBILITY OF CONCLUSION

The article focuses on characteristics of shareholders' agreement, under the current legislation of Ukraine, as well as, under acts of official interpretation. The author discusses the possibility of shareholders' agreement in Ukraine, in view of the imperative nature of national corporate law. The author suggests a new approach to the solution of the problem of distinguishing categories related institute of shareholders' agreement.

**Key words:** agreements between shareholders, mechanism of corporate governance, shareholders' agreement, corporate law, joint-stock companies, shareholders' rights.