

# ЮРИДИЧЕСКАЯ АНАЛОГИЯ В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ УКРАИНЫ



## А. ДОВГЕРТ

доктор юридических наук, профессор,  
член-корреспондент НАПрН Украины,  
заведующий кафедрой  
международного частного права  
(Институт международных отношений  
Киевского национального университета  
имени Тараса Шевченко)

**Введение.** Уже с первого курса юридического вуза будущий юрист знает о существовании таких юридических инструментов, как аналогия права и аналогия закона. Лишь значительно позже на практике он узнает о сложной истории формирования теории вывода по аналогии и о значительных трудностях в его применении.

Еще римские юристы писали об аналогии, называя этот прием выводом по сходству. Более 2000 лет понадобилось мировому юридическому сообществу для наработки в определенной степени содержательной теории аналогии. Даже мысль о различии аналогии права и аналогии закона получила поддержку совсем недавно. В начале XX в. профессор Е. Васьковский определял аналогию как «решение случая, непредвиденного действующим правом, на основе нормы, определяющей похожий случай... Если эта норма выражена в законе, то распространение ее на подобный случай будет аналогией закона, если же она предварительно должна быть выведена из общих принципов действующего права, то выходит аналогия права» [1, 339–341].

До XX в. вопрос о юридической аналогии обсуждался преимущественно в западной литературе. На основе этих исследований о нем заговорили дореволюционные российские ученые (кроме Е. Васьковского стоит упомянуть М. Винавера, И. Покровского, Г. Шершеневича), ученые советской эпохи (С. Вильнянский, И. Новицкий, В. Лазарев и др.). Стоит отметить, что аналогию исследовали преимущественно ученые-цивилисты, поскольку в сфере публичного права ее применение весьма проблематично. Сегодня в отечественной литературе проблеме аналогии в гражданском праве посвящены диссертация С. Клим [2], труды Р. Майданика [3] и др.

Несмотря на многовековую историю изучения и применения юридической аналогии, она содержит еще много тайн и противоречивых положений. Цель этой статьи заключается, во-первых, в изложении основных подходов разработчиков нового Гражданского кодекса (далее — ГК) Украины по этой правовой категории, подходов, которые в основном отразились в ст. 8 («Аналогия»)

© А. Довгерт, 2013

настоящего Кодекса; во-вторых, в обобщении современной практики судов по применению положений указанной статьи. Анализ судебной практики проведен на основе определений, постановлений и решений Верховного Суда Украины (далее — ВСУ) и Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел (далее — ВССУ), которые выступили по конкретным делам, как правило, кассационной инстанции.

**Общие подходы к аналогии в гражданском праве.** Ценность кодификации гражданского права, воплощенная прежде всего в ГК Украины, проявляется в том, что нередко ее нормы могут быть распространены различным способом на значительный круг подобных частных отношений. К этим способам относится использование отсылочных норм, субсидиарное применение ГК Украины в частноправовых коммерческих, земельных, семейных и других отношениях, юридическая аналогия. Последний способ отличается от первых двух тем, что имеет дело с пробелами в законодательстве (реже в других источниках), которые преодолеваются<sup>1</sup> индивидуально субъектами правоприменения. Под пробелами мы понимаем отсутствие или неполноту регулирования гражданских отношений нормами актов гражданского законодательства или договором [2, 9].

Юридическая аналогия находит свое обоснование в принципе «разрешено все, что не запрещено законом».

Специальные нормы о юридической аналогии появились в ГК Украины впервые. В ГК УССР 1963 г. только такой вид аналогии, как аналогия права, логическим путем выводился из ст. 4, которая предусматривала возможность возникновения гражданских прав и обязанностей на основании общих начал и содержания гражданского законодательства. На отсутствие в старом Кодексе прямого указания о применении двух видов юридической аналогии повлияло, пожалуй, мнение отдельных ученых (например, И. Новицкого) во времена тогдашней кодификации о «более угрожающем характере» аналогии закона по сравнению с аналогией права [4, 120–124]. Только Гражданский процессуальный кодекс (далее — ГПК) УССР 1963 г. прямо обязывал суды применять как аналогию права, так и аналогию закона (ст. 11). Такие нормы сохранились и в новом ГПК Украины, в ст. 8 которого указано, что в случае неурегулированности спорных отношений законом суд применяет закон, регулирующий подобные по содержанию отношения, а при отсутствии такового суд исходит из общих принципов законодательства. В ГК Украины аналогию также предложено в двух видах — аналогии закона и аналогии права.

Внесением норм о юридической аналогии в «материальный» ГК Украины разработчики стремились сделать их адресатом не только суды, а всех субъектов правоприменения. Залогом адекватного применения аналогии таким широким кругом лиц должно стать не только правильное понимание короткого текста

<sup>1</sup> В литературе, кроме слова «преодоление» [пробелов], используют другие термины, в частности устранение, заполнение, а в русском языке — «восполнение». Дискуссия по поводу того, какой из них более правильный, продолжается.

С позиций естественного права, на котором основывается ГК Украины, пробелов в праве быть не может, пробелы существуют только в законодательстве или так называемом положительном праве. Мысли о видах пробелов тоже далеки от однозначности. Разработчики проекта ГК Украины противоречивую терминологию вроде «устранение [пробелов]», «пробелы» сознательно не использовали в тексте статьи.

самой статьи, но и контекста всей гражданской кодификации и частного права в целом.

Например, из текста ч. 2 ст. 8 ГК Украины прямо вытекает последовательность применения двух видов аналогии: в первую очередь применяется аналогия закона, и только при невозможности ее использования — аналогия права. Непосредственно из текста статьи понятно, что разработчики ГК Украины отсутствие или неполноту регулирования гражданских отношений видели не только в положениях договора или норм закона в узком смысле этого слова, но и в нормах всех актов гражданского законодательства. К этим источникам гражданского права следует добавлять обычай, судебный прецедент, международный договор. Поэтому правильным является утверждение о том, что «правила о применении закона и права по аналогии используются в гражданском праве только при применении законов» [3, 395].

Содержание положений об аналогии часто надо выводить из контекста всей концепции ГК Украины. Например, обусловленное единством естественного частного права единство самой гражданской кодификации (другими словами, охват своим регулированием всех частных отношений независимо от сферы их существования) обязывает понимать ст. 8 ГК Украины как такую, которая относится ко всему частноправовому полю, в частности сфере труда, семьи, коммерции, использования природных ресурсов, охраны окружающей среды. При этом не имеет значения, предусмотрены или отсутствуют нормы об аналогии в так называемых «отраслевых» кодексах, подчиненных ГК Украины.

Ответ на сложный вопрос о допустимости аналогии субъекты правоприменения также могут получить лишь в контексте концепции кодификации и природы частного права. Границы допустимости применения юридической аналогии определяются из сути соответствующих отношений и содержания актов гражданского законодательства, например, к аналогии нельзя обращаться в вопросах ограничения конституционных прав и свобод.

Судебная практика распространяет юридическую аналогию также на гражданско-процессуальные правоотношения. Так, в известном деле о признании права собственности на долю в уставном фонде ТРК «Студия 1+1» ВСУ применил аналогию закона (в частности, ч. 5 ст. 75 ГПК Украины) для заключения о надлежащем уведомлении всех представителей стороны в случае вручения судебной повестки лишь одному из представителей стороны (Определение ВСУ от 25 мая 2007 г. по жалобе И. В. Коломойского о пересмотре в связи с исключительными обстоятельствами определения ВСУ о признании права собственности на долю в уставном фонде).

Неприменение судом в необходимых случаях аналогии является основанием для отмены судебного решения. Так, ВССУ отменил решение местного и определение апелляционного судов, которые не применили юридическую аналогию неурегулированных ГК Украины отношений относительно порядка возмещения вреда, причиненного актом, который признан неконституционным (Определения ВССУ от 13 июня 2012 г. и от 20 июня 2012 г. по кассационным жалобам на решение апелляционного суда г. Киева о возмещении материального ущерба, причиненного законодательным актом, который признан неконституционным). Неприменение судами аналогии закона для неурегулированного вопроса возмещения вреда в случае ликвидации предприятия, виновного в причинении вреда, без правопреемника стало основанием для

отмены ВСУ решений нижестоящих судов (Определение ВСУ от 18 апреля 2007 г. по кассационной жалобе Фонда социального страхования о возмещении утраченного заработка).

**Аналогия закона.** Часть 1 ст. 8 ГК Украины содержит правила наиболее распространенного вида юридической аналогии — аналогии закона.

Уже за время действия нового ГК Украины украинские суды имеют значительную практику в применении аналогии закона для преодоления пробелов в различных сферах отношений. Например, механизм реализации нанимателем своего преимущественного права на приобретение жилья был определен судами по аналогии с положениями ст. 362 ГК Украины, касающимися преимущественного права покупки доли в праве общей долевой собственности (Определение ВСУ от 16 декабря 2009 г. по кассационной жалобе Г. С. Баулы о признании правоотношений найма и т. д.); размер процентов за пользование средствами, содержащимися на счете по договору банковского счета (при отсутствии размера процентов в договоре и в случае отсутствия у банка такой услуги, как вклад до востребования), был судами определен по аналогии с положениями ст. 1061 ГК Украины о процентах на банковский вклад, в частности в размере учетной ставки Национального банка Украины (Постановление ВСУ от 6 июня 2011 г. по заявлению предпринимателя Н. В. Горчаковой о пересмотре постановления Высшего хозяйственного суда Украины о взыскании суммы); ч. 1 ст. 1280 ГК Украины о перераспределении наследства была применена по аналогии в случае заявления несовершеннолетним лицом своего права на часть наследственного имущества после того, как все это имущество ранее перешло к другому наследнику и было продано (Определение ВСУ от 16 июня 2010 г. по кассационной жалобе Е. И. Славчевой о разделе наследственного имущества) и т. п.

Под аналогией закона понимается применение к гражданским отношениям, неурегулированным ГК Украины, другими актами гражданского законодательства, договором (как уже было отмечено, другими видами источников), правовых норм актов гражданского законодательства, которые регулируют подобные по содержанию гражданские отношения (ч. 1 ст. 8 ГК Украины).

Стоит сразу обратить внимание на то, что в ч. 1 ст. 8 ГК Украины среди потенциальных источников не только неурегулированных (об этом говорилось выше), но и похожих гражданских отношений, упоминается не только закон, но и другие акты гражданского законодательства (постановления Кабинета Министров Украины, акты министерств и т. п.).

Например, суды для определения понятия и составляющих частей денежного обеспечения, предусмотренного Положением о порядке и условиях государственного обязательного личного страхования лиц рядового, начальствующего и вольнонаемного состава органов и подразделений внутренних дел Украины (утверждено постановлением Кабинета Министров Украины от 29 июня 1991 г. № 59), применили аналогию закона, а именно постановление Кабинета Министров Украины от 17 июля 1992 г. № 393 «О порядке исчисления выслуги лет, назначения и выплаты пенсий и денежной помощи лицам офицерского состава, прапорщикам, мичманам, военнослужащим сверхсрочной службы и военной службы по контракту, лицам начальствующего и рядового состава органов внутренних дел и членам их семей» [14].

На основе ч. 1 ст. 8 ГК Украины аналогия закона применяется при наличии следующих условий:

- 1) неурегулированные отношения относятся к частным;
- 2) имеются пробелы в источниках правового регулирования этих отношений;
- 3) существует положительное правовое регулирование подобных гражданских отношений;
- 4) сходство отношений (и, соответственно, норм актов гражданского законодательства), которые применяются в неурегулированной ситуации, должно быть содержательным (подобные гражданские права и обязанности, сходство субъектного состава, объекта и т. п.).

В отдельных случаях суды применяли аналогию закона без соблюдения названных условий. Так, в одном деле суд первой инстанции при отсутствии специального закона, который в соответствии со ст. 1207 ГК Украины должен определять условия и порядок возмещения государством вреда, причиненного увечьем, другим повреждением здоровья или смертью вследствие преступления, применил (с последующим подтверждением апелляционным судом) по аналогии Закон Украины от 1 декабря 1994 г. № 266/94-ВР «О порядке возмещения вреда, причиненного гражданину незаконными действиями органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность, органов предварительного следствия, прокуратуры и суда». ВССУ в своем решении отметил, что в этом случае не было учтено такого условия применения аналогии закона, как сходство по содержанию гражданских отношений, в частности отношения, регулируемые этим Законом, не сходны в содержании с отношениями, урегулированными статьями 1207, 1177 ГК Украины. Кроме того, недопустимо приспособление правовой нормы в аналогичных правоотношениях путем иного ее толкования (Решение ВССУ от 15 июня 2011 г. по жалобе Кабинета Министров Украины, Государственного казначейства Украины, заместителя прокурора Львовской области на решение апелляционного суда Львовской области о возмещении вреда, причиненного преступлением неплатежеспособности лица; Решение ВССУ от 11 апреля 2012 г. по кассационной жалобе прокурора Днепропетровской области на решение апелляционного суда Днепропетровской области о возмещении морального вреда).

В другом деле ВССУ было отмечено, что ст. 24 Закона Украины «Об объединении совладельцев многоквартирного строения» была применена судом по аналогии неправомерно, поскольку отсутствует пробел в законодательстве, а соответствующие отношения регулируются ст. 360 ГК Украины о содержании имущества, находящегося в общей долевой собственности (Определение ВССУ от 25 августа 2011 г. по кассационной жалобе на решение апелляционного суда Закарпатской области о возмещении расходов на содержание общей совместной собственности).

Бывают случаи, когда суды только используют термин «аналогия закона», совсем не указывая при этом на условия и последствия его применения, в частности не указывают, какие отношения не урегулированы источниками права, какие отношения схожи, какое положение законодательства применяется при аналогии и т. д. (Определение Высшего ВССУ от 7 сентября 2011 г. по кассационной жалобе на решение апелляционного суда Хмельницкой области об устранении препятствий в пользовании общим имуществом).

Аналогию закона не следует путать с распространительным толкованием правовых норм. Сейчас способам толкования норм уделяется мало внимания, особенно в практике. Однако для установления подлинной воли законодателя нередко надо обращаться к так называемому распространительному толкованию нормы. Такое толкование вовсе не означает, что соответствующая норма распространяется на отношения, ею не предусмотренные. На самом деле эти отношения охватывает данная норма, и лишь не слишком удачная запись ее текста затрудняет понимание содержания нормы. Сравнивая этот способ толкования по аналогии, профессор Е. Васьковский справедливо отмечал, что толкование раскрывает настоящую мысль законодателя, в то время как аналогия применяет норму в случаях, которые не охватываются настоящей мыслью законодателя [1, 342].

**Аналогия права.** При невозможности обращения к аналогии закона «проблемные» гражданские отношения регулируются в соответствии с общими принципами гражданского законодательства. Для такого вида юридической аналогии в ч. 2 ст. 8 ГК Украины его разработчики не случайно использовали распространенный в доктрине термин — «аналогия права». В этом случае разработчики дополнительно отмечают, что концептуально ГК Украины разрабатывали на основе естественно-правовых теорий, из которых следует различие закона (созданного людьми) и права (как естественного явления).

Ориентиром для понимания общих принципов гражданского законодательства может служить ст. 3 ГК Украины, в которой позиционируются основные предписания естественного права: недопустимость произвольного вмешательства в сферу личной жизни человека; недопустимость лишения права собственности, кроме случаев, установленных Конституцией Украины и законом, свобода договора, свобода предпринимательской деятельности, не запрещенной законом; судебная защита гражданского права и интереса, справедливость, добросовестность и разумность. Безусловно, что естественно-правовой характер этих принципов не утрачивается в случае их оформления в позитивном праве: во-первых, их содержание не может основываться только на положениях позитивного права; во-вторых, ограничения, установленные законом о действии этих принципов, должны соответствовать критериям естественного права, а именно разумности, общественной необходимости, пропорциональности и т. д.

Перечисленные общие принципы не являются исчерпывающим перечнем и покрывают различные по объему массивы частных отношений. Несмотря на это ст. 3 ГК Украины имеет решающее значение в современной частноправовой системе, в частности для правопонимания, законотворчества, правоприменения и т. д.

Закрепление общих принципов гражданского законодательства в ГК Украины свидетельствует, прежде всего, о подтверждении законодателем «первоисточника» гражданского законодательства, которым является естественное право, определяет поведение людей в обществе независимо от позитивного права. Большое значение для функционирования всей системы частного права имеет объективизация принципов справедливости, добросовестности и разумности. Во-первых, они аккумулировали в себе не только приведенные выше принципы, но и другие принципы гражданского права. Во-вторых, применение всех других принципов гражданского права не должно

приводить к несправедливому, глупому и недобросовестному результату (например, ст. 627 ГК Украины отмечает ограничение принципа свободы воли требованиями разумности и справедливости). В-третьих, именно эти принципы являются неперемной сущностью права и подтверждают его естественное происхождение.

Следует констатировать, что механизм аналогии права очень редко используют суды для преодоления пробелов в позитивном гражданском праве. В недавнем прошлом такое положение вещей можно было объяснить общей тенденцией ограничения судебного усмотрения. Но сейчас, когда Конституцией Украины установлен принцип верховенства права, а в ГК Украины записаны общие принципы гражданского законодательства, в том числе и принципы справедливости, добросовестности, разумности, механизм аналогии права, несмотря на действительно гигантский массив актов законодательства, следует применять смелее. К нему можно обращаться даже в том случае, когда применение предусмотренной законодательством нормы в определенных гражданских отношениях в нестандартной ситуации приводит к несправедливому и неразумному результату.

#### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002.
2. *Клім С. І.* Аналогія закону у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — О., 2012. — 20 с.
3. *Майданик Р. А.* Цивільне право : загальна частина. — К., 2012. — Т. 1 : Вступ у цивільне право.
4. *Новицкий И. Б.* Источники советского гражданского права. — М., 1959.

#### **Довгерт А. С. Юридическая аналогия в Гражданском кодексе и судебной практике Украины**

**Аннотация.** В статье изложены подходы разработчиков Гражданского кодекса Украины к аналогии (ст. 8) и проанализирована современная судебная практика по применению этого правового механизма. Включив нормы о юридической аналогии в «материальный» Гражданский кодекс, разработчики сделали их адресатом не только суды, а все субъекты правоприменения. Залогом адекватного применения аналогии таким широким кругом субъектов должно стать не только правильное понимание небольшого текста самой ст. 8 Гражданского кодекса, но и контекста всей гражданско-правовой кодификации и частного права в целом.

За время действия нового Гражданского кодекса украинские суды наработали определенную практику применения аналогии закона для преодоления пробелов в разных сферах отношений. Однако механизм аналогии права используется судами крайне редко, несмотря на объективизацию основных начал гражданского законодательства в Гражданском кодексе и принципа верховенства права в Конституции Украины.

**Ключевые слова:** юридическая аналогия, аналогия закона, аналогия права.

#### **Довгерт А. С. Юридична аналогія в Цивільному кодексі та судовій практиці України**

**Анотація.** У статті викладено підходи розробників Цивільного кодексу України до юридичної аналогії (ст. 8) та проаналізовано сучасну судову практику застосування цього юридичного механізму. Включивши норми про юридичну аналогію до «матеріального» Цивільного кодексу, його розробники скерували ці норми не лише до судів, а й до всіх інших суб'єктів правозастосування. Запорукою адекватного застосування аналогії таким широким колом суб'єктів має стати не тільки правильне розуміння короткого тексту самої ст. 8 Цивільного кодексу, а й контексту усієї цивільно-правової кодифікації та приватного права загалом.

Упродовж усього періоду чинності нового Цивільного кодексу українські суди напрацювали певну практику застосування аналогії закону для подолання прогалів у різних сферах відносин. Проте суди у своїй практиці досить рідко вдаються до аналогії права попри об'єктивізацію загальних засад цивільного законодавства у Цивільному кодексі та вимоги принципу верховенства права, закріпленого в Конституції України.

**Ключові слова:** юридична аналогія, аналогія закону, аналогія права.

**Dovhert A. Analogy in the Civil Code and in the Courts' Practice of Ukraine**

**Annotation.** Approaches of drafters of the Ukraine's Civil Code to the legal analogy (Art. 8 of the Ukraine's Civil Code) and analysis of the current courts' practice to apply it are exposed in the article. Having included the rules on legal analogy into «material» Ukraine's Civil Code, the drafters have addressed them not only to the courts but to all the other subjects applying law. In order to guarantee that legal analogy which is adequately applied by such wide range of subjects there is a need to perceive correctly not only the rule of Ukraine's Civil Code Article 8 but the whole context of codification of private law in general as well.

Since a new Ukraine's Civil Code has come into force, the Ukrainian courts have largely applied analogy of statutory provisions in their practice to fill the gaps in different spheres of legal regulation. However, analogy of law is applied very rarely by the courts despite the objective character of the basic civil law principles enshrined in Ukraine's Civil Code and the rule of law requirements stemming out from the Constitution of Ukraine.

**Key words:** legal analogy, analogy of statutory provisions, analogy of law.