

ПОНЯТТЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ Й АНАЛОГІЇ ПРАВА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

CONCEPT OF ANALOGY OF LEX AND ANALOGY OF LAW IN THE CIVIL LAW OF UKRAINE

Орзів В.М.,

аспірант кафедри цивільного права

*Національного університету «Одеська юридична академія»,
приватний нотаріус Одеського міського нотаріального округу*

Стаття присвячена дослідженню аналогії закону й аналогії права в цивільному праві України. Проаналізовано запропоновані в доктрині визначення аналогії права та закону, а також їх ознаки. На підставі проведеного дослідження обґрунтовано авторську позицію щодо визначення ролі та значення аналогії права й аналогії закону в цивільному праві України.

Ключові слова: цивільне право України, цивільно-правова доктрина, аналогія права, аналогія закону, зміст цивільного законодавства, недоліки законодавчого регулювання.

Статья посвящена исследованию аналогии закона и аналогии права в гражданском праве Украины. Проанализированы предложенные в доктрине определения аналогии права и закона, а также их признаки. На основании проведенного исследования обосновано авторскую позицию по определению роли и значения аналогии права и аналогии закона в гражданском праве Украины.

Ключевые слова: гражданское право Украины, гражданско-правовая доктрина, аналогия права, аналогия закона, содержание гражданского законодательства, недостатки законодательного регулирования.

The article is devoted to the investigation of analogy of law and analogy of lex in civil law of Ukraine. Author analyses definition of the analogy of lex and analogy of law and there features which proposes in the civil doctrine. As the result of investigation author makes a conclusion and substantiates position on determining the role and significance of the analogy of lex and the analogy of the law in the civil law of Ukraine.

Key words: civil law of Ukraine, civil law doctrine, analogy of lex, analogy of law, content of civil legislation, shortcomings of legislative regulation.

У сучасних умовах необхідність застосування аналогії зумовлена неспроможністю законодавця з різних причин своєчасно відреагувати на появу нових і зміну вже наявних суспільних відносин, що зумовлює наявність відносин, які не врегульовані нормами цивільного законодавства. Саме тоді аналогія права й аналогія закону стають інструментами для врегулювання нових відносин, а іноді й інструментарієм для усунення колізій у чинному правовому полі. Традиційним підходом у цивільному праві після проголошення незалежності Україною було визначення аналогії закону як поширення на відносини, що безпосередньо не врегульовані в законі, правових норм, які регламентують подібні відносини, а аналогії права – як засобу подолання прогалин у законі, що зводиться до керування не конкретною нормою цивільного законодавства, а лише загальними засадами, змістом цивільного законодавства [1, с. 42–42].

Застосування аналогії традиційно досліджується в теорії права, де серед останніх проведених досліджень варто вказати на роботи О.В. Колотової, Ю.І. Матат. У цивільному праві України до проблеми аналогії права та закону звертались А.С. Довгерт, А.І. Дрішлюк, І.В. Спасибо-Фатеева, Р.А. Майданик, Н.С. Кузнецова, С.О. Погрібний, О.П. Печений, Є.О. Харитонов та інші. Крім того, захищено дисертаційні дослідження С.І. Клім, С.В. Завальнюком. Разом із тим уважати, що всі дискусійні питання з приводу аналогії в доктрині вирішені, підстав не має, зокрема дискусійною залишається природа аналогії права тощо.

У сучасній навчальній літературі аналогія розглядається серед форм цивільного законодавства як засіб подолання прогалин у законодавстві [2, с. 43]; в аспекті застосування законодавства, зокрема його тлумачення [3, с. 54–56], або в системі джерел цивільного права під час характеристики цивільного законодавства [4, с. 96–97; 5, с. 394]. У такої ситуації є історичне підґрунтя.

Так, у дореволюційній літературі дослідники доходили висновку, що аналогія – це особливий вид тлумачення закону. Зокрема, Д.І. Мейер, виходячи з позиції, що однакові підстави повинні вести законодавця до однакових визначень, зазначав, що законодавець, визначаючи які-небудь випадки, розповсюдив би своє визначення й на ті випадки, які мають підстави, однакові з визначеними в законі, якби мав їх на увазі. Ґрунтуючись на цьому припущенні, він допускав поширення закону за тотожністю підстав, що й становить тлумачення закону за аналогією [6, с. 74–75].

Зауважимо, що А. Гольмстен, який редагував відповідний курс цивільного права Д.І. Мейера, вказував, що в основі аналогії покладено застосування, яке виходить за межі волі законодавця [6, с. 74–75].

В.І. Сінайський зараховував аналогію, яку він також поділяв на аналогію закону й аналогію права, до прийомів тлумачення закону. Він уважав, що основою аналогії закону слугує схожість, по суті, між тим складом фактів, який передбачений законом, і тим, який підлягає обговоренню (однорідність

складу фактів). Аналогія права полягає в тому, що під час вирішення життєвого випадку, не передбаченого законом, і за відсутності закону, на підставі якого щонайближче міг би бути вирішений цей випадок, суддя повинен знайти цілий інститут цивільного права, який щонайближче підходить би до ситуації й на підставі якого можна було б вирішити цей непередбачений випадок. Водночас В.І. Сінайський указував, що аналогія істотно відрізняється від розширювального тлумачення закону, оскільки останнє ґрунтується на презумпції неточного вираження в законі (помилка у виразі), тоді як аналогія заповнює волю закону [7, с. 89–90].

Г.Ф. Шершеневич зазначав, що аналогія права не може бути зарахована до способу тлумачення законів, а становить особливий прийом, який знаходиться поряд із тлумаченням законів [8, с. 52].

У радянському праві дослідження аналогії права та закону проводились у контексті розмежування аналогії з тлумаченням закону.

Д.М. Генкін під аналогією закону розумів застосування цього закону до подібного випадку, а під аналогією права – вирішення справи на підставі загальних правових засад, установлених законом для подібного правового інституту або цілої галузі права. Дослідник також указував на необхідність розмежування застосування закону за аналогією від розширювального тлумачення норми закону, оскільки аналогія є способом доповнення закону, а не його тлумаченням, яке охоплює лише випадки, передбачені законом, текстуальний зміст якого лише недостатньо широко сформульований [9, с. 91].

С.І. Вільнянський зазначав, що аналогія закону виходить за межі тлумачення, а аналогія права взагалі не є аналогією, оскільки в неї немає застосування за схожістю [10, с. 105]. Він наголошує, що в логіці аналогією називається такий індуктивний висновок, у якому зі схожості двох предметів в одних ознаках робиться висновок про їх схожість в інших ознаках. Між тим те, що називають аналогією права, зазначає дослідник, застосовується за допомогою дедуктивного висновку. Отже, аналогія права виводить потрібну норму із загальних принципів права, із загальних начал законодавства [11, с. 120].

І.Б. Новіцький визначав аналогію права як заповнення прогалин у нормах права на основі загального сенсу всього чинного законодавства, а аналогію закону – як застосування конкретної норми права до не передбаченого чинним правом відношення, схожого на те, яке регулюється цією нормою. Він також уважав, що аналогія права є ширшою категорією, що дає змогу задовольнити потребу практики й у тих випадках, які належать до аналогії закону, а тому можна обійтися без аналогії закону [11, с. 121].

Варто зауважити, що під час проведення другої кодифікації в ст. 4 Цивільного кодексу (далі – ЦК) УРСР було передбачено, що цивільні права й обов'язки виникають із підстав, передбачених законодавством Союзу РСР та Української РСР, а також із дій громадян та організацій, які хоча й не

передбачені законом, але в силу загальних начал і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права й обов'язки. Отже, термін «аналогія» не використовувався й узагалі питання аналогії не було в Кодексі предметом прямого регулювання. Разом із тим, відповідно до ст. 11 Цивільного процесуального кодексу України 1963 р., в разі відсутності закону, що регулює спірні відносини, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини, а за відсутності такого закону суд виходить із загальних начал і змісту законодавства.

Автори курсу з радянського цивільного права під редакцією В.Ф. Маслова, А.А. Пушкіна під аналогією закону розуміли застосування до неврегульованих відносин норми, яка регулює схожі відносини, а під аналогією права – заповнення прогалин у законодавстві на підставі загального сенсу законів [12, с. 48–49].

Фахівці в галузі теорії права визначали аналогію закону як поширення в процесі правозастосування на конкретні неврегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в межах цієї галузі права за найсуттєвішими ознаками, а аналогію права – як застосування до конкретних відносин загальних засад і сенсу законодавства, зокрема Конституції, в разі відсутності норм, що регулюють подібні відносини [13, с. 370].

Чинне цивільне законодавство України визначення аналогії не містить, указуючи лише на механізм та умови його застосування (ст. 8 ЦК України).

Серед цивілістичних досліджень були запропоновані й нестандартні погляди на аналогію. Так, на думку З.В. Ромовської, наявність у ЦК України спеціальної ст. 8 «Аналогія» дає підставу стверджувати, що аналогія є засобом регулювання відносин сторін і до звернення до суду. Зокрема, дослідниця вказує, що сутність аналогії права чинним ЦК України змінено, оскільки законодавець зазначає, що, якщо неможливо використати аналогію закону, регулювання цивільних відносин має здійснюватися за допомогою загальних засад цивільного законодавства, сформульованих у ст. 3 ЦК України, зокрема справедливості, добросовісності й розумності, тобто «в дусі цілого організму права» [14, с. 36], «на підставі природних принципів права» [15, с. 92]. Оскільки справедливість є категорією морально-правової свідомості, зазначає З.В. Ромовська, то можна зробити висновок, що мораль, моральне право має братися до уваги під час вирішення питання про те, чи має особа певне юридичне право чи не має його. Справедливість, розумність і добросовісність можуть бути закріплені в нормі звичаєвого права, а тому й звичаєве право може бути застосоване судом для вирішення спору [14, с. 27]. Позицію З.В. Ромовської уточнює А.І. Дрішлюк, який указував, що насправді така можливість не виключається, проте варто зауважити, що суд у сучасних умовах правозастосування з урахуванням вимог процесуального закону передусім керується саме позитивним законодавством,

лише в нетипових ситуаціях, зокрема коли вбачається зловживання правом, суд переходить до оцінювання цивільно-правових наслідків дій учасників провадження саме з таких позицій [16].

С.О. Погрібним запропоновано розглядати аналогію закону й аналогію права як способи подолання прогалин у правовому регулюванні договірних цивільних відносин [17, с. 221–229], що було цілком логічним із позиції обраної ним тематики дослідження.

А.В. Коструба зазначав, що аналогія права й аналогія закону, які є характерними лише для приватноправових галузей права, можуть бути ефективним способом конвалідації (оздоровлення) як механізму правозастосування, так і всього механізму правового регулювання майнових відносин. Цей юридичний інструмент дає змогу «підломити» найбільш схожу за змістом модель поведінки, закріплену в нормі права приватноправової або публічної галузі права, до реально існуючої ситуації й оцінити її наслідок саме з погляду закріпленої в нормі права моделі. Аналогія права й аналогія закону здатні доповнити фактичні елементи механізму правоприменення юридичними (норма права, правовідносини, юридична сторона правоприменюючого юридичного факту, юридичний наслідок, передбачений нормою права) і так зробити механізм правоприменення життєздатним і дієвим [18, с. 185–189].

Автори монографії «Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций» під аналогією розуміють поширення якої-небудь норми права або певного комплексу норм права на прямо не передбачені в цій нормі або в цьому комплексі норм, але істотно схожі випадки. При цьому схожість має бути не фактичною, а правовою, тобто необхідно, щоб не передбачене в законі, але істотно схоже відношення було схожим із передбаченим відношенням як правовідношення з його правового боку, так що норма права (і комплекси норм) поширюється на випадки, що неістотно відрізняються своїми правовими ознаками від випадків, передбачених у нормі права. Як аналогію закону дослідники пропонують розглядати застосування якої-небудь однієї норми до схожих у правовому відношенні випадків, тобто до випадків, які відхиляються від припущень закону тільки в несуттєвих, таких, що не лежать в основі змісту норми, ознаках. Під аналогією права розуміється застосування цілого комплексу норм до схожих випадків. При цьому панівна теорія не проводить принципової відмінності між цими двома видами аналогії й вважає, що за своєю логічною природою аналогія права тотожна аналогії закону та відрізняється від останньої тільки більшою численністю матеріалу, яким вона оперує [19, с. 140]. Проте прийоми, вживані під час аналогії закону й аналогії права, істотно відрізняються один від одного [20, с. 63].

С.В. Завальнюк у дисертаційному дослідженні зазначав, що аналогія права є шляхом подолання прогалин у праві на етапі правозастосування будь-яким із суб'єктів [21].

С.І. Клім пропонувала під аналогією закону в цивільному праві України розуміти складник механізму правового регулювання (зокрема суб'єктивне право), який спрямований на врегулювання майнових та особистих немайнових відносин, що ґрунтуються на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які не передбачені ЦК України, іншими актами цивільного законодавства, договором або звичаєм і не суперечать загальноправовим принципам та основним засадам цивільного законодавства, за допомогою правових норм, що регламентують подібні за змістом правовідносин [22].

Р.А. Майданик писав, що інститут аналогії в праві є правовим способом заповнення прогалин у праві, зміст якого полягає у виникненні цивільних прав та обов'язків також із дій фізичних і юридичних осіб, які хоча й не передбачені законом, але внаслідок загальних засад і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права й обов'язки. Зміст аналогії права полягає у визначенні прав та обов'язків сторін правовідношення на основі не конкретних правових норм, а загальних засад і змісту цивільного законодавства, а також вимог добросовісності, розумності і справедливості [5, с. 395].

О.П. Печений щодо зіставлення аналогії закону й аналогії права зазначав, що, з одного боку, між ними є істотна подібність, зумовлена насамперед спільними функціями та завданнями в процесі правозастосування. Крім того, на хибний шлях уявлення аналогії закону й аналогії права як парних категорій дослідника може наводити й те, що застосування аналогії закону виключає застосування аналогії права. З іншого боку, спостерігається істотна відмінність: якщо аналогія закону, будучи подібною до аналогії як логічної операції, передбачає пошук рішення на підставі чинної норми права, що розрахована не на цей, а на подібний за деякими (але не за всіма) ознаками випадок, то аналогія права є процесом застосування до спірних відносин загальних засад цивільного законодавства, що, по суті, означає створення під фокусом загальних засад цивільного законодавства на спірні відносини нової норми права [23, с. 108–119].

Характеризуючи природу аналогії права, варто погодитися з І.В. Спасибо-Фатеевою, яка вказує, що аналогія права потребує застосування не схожої норми з утіленням у неї принципом, а переймання сутності проблеми, підбирання більш абстрактного принципу для її вирішення – відповідного принципу права, яким тільки й ґрунтується рішення суду [24, с. 142]. Саме в такому випадку, на нашу думку, може йти мова про аналогію права.

Отже, проведене дослідження на цьому етапі дає змогу стверджувати, що аналогія права й аналогія закону в доктринальному аспекті пройшли шлях від розуміння їх як виду тлумачення до самостійного техніко-юридичного прийому усунення недоліків законодавчого регулювання цивільних відносин. Протягом радянського періоду розвитку цивільного права України в умовах дії позитивістського підходу

до права аналогія права й аналогія закону розглядались як засіб усунення недоліків правового регулювання. Сьогодні аналогія закону також розглядається як спосіб усунення недоліків законодавчого регулювання, проте аналогію права пропонується розглядати вже не тільки як юридичний прийом заповнення

прогалин законодавства, а і як джерело права, з чим ми погоджуємось. Разом із тим правильне застосування аналогії, зокрема, нотаріусом зумовлює необхідність детального дослідження механізму й умов застосування аналогії в цивільному праві України, що буде здійснено в наступних публікаціях автора.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. Київ: Юрінком Інтер, 1999. Книга I. 864 с.
2. Харитонов Є.О., Голубєва Н.Ю. Цивільне та сімейно право України: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. 968 с.
3. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасібо-Фатєєвої, В.Л. Яроцкого. Харків: Право, 2011. Т. 1. 656 с.
4. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / С.М. Бервено, А.В. Васильєва, М.К. Галянич та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-те вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком-Інтер, 2010. 976 с.
5. Майданик Р.А. Цивільне право: Загальна частина: монографія. Київ: Алерта, 2012. Т. I: Вступ у цивільне право. 472 с.
6. Мейер Д.И. Русское гражданское право: учебник. 2-е изд. испр. и доп. Москва: Статут, 2000. 831 с.
7. Синайський В.И. Русское гражданское право: учебник. Москва: Статут, 2002. 638 с.
8. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.): учебник / вступительная статья Е.А. Суханова. Москва: Спарк, 1995. 556 с.
9. Советское гражданское право: учебник: в 2 т. / Д.М. Генкин, С.Н. Братусь, Л.А. Лунц и др.; под ред. Д.М. Генкина. Москва: «ГОСЮРИЗДАТ», 1950. Том I. 495 с.
10. Вильнянский В.И. Значение логики в применении правовых норм. *Ученые записки Харьковского юридического института*. 1948. Вып. III. С. 105.
11. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права: монография. Москва: Юр. лит., 1959. 162 с.
12. Советское гражданское право: учебник: в 2 ч. / М.И. Бару, З.А. Подопрігора, С.Д. Волошко и др.; под ред. В.Ф. Маслова, А.А. Пушкина. 2-е изд., доп. и перераб. Киев: Вища школа, 1983. Ч. 1. 462 с.
13. Загальна теорія держави і права: підручник / М.В. Цвік, В.Д. Ткаченко, Л.Л. Богачова та ін.; за ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. Харків: Право, 2002. 542 с.
14. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: підручник. 2-е вид., доп. Київ: Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. 594 с.
15. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права: учебник. Москва: Статут, 1998. 353 с.
16. Дрішлюк А.І. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2011. № 17. С. 9–14.
17. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2009. 374 с.
18. Коструба А.В. Аналогія права та закону як фактична фікція і спосіб «оздоровлення» механізму право припинення. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 185–189.
19. Васильковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Москва: Центр «ЮриИнфоР», 2002. 507 с.
20. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / авт. кол.: В.К. Антошкина, И.В. Жилинкова, В.И. Крат и др.; под ред. И.В. Спасібо-Фатєєвой. Харьков: Право, 2011. 296 с.
21. Завальнюк С.В. Аналогія права за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Міжнародний гуманітарний університет. Одеса, 2015. 22 с.
22. Клім С.І. Аналогія закону у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / наук. кер. Є.О. Харитонов; Міжнародний гуманітарний університет. Одеса: Б. в., 2012. 20 с.
23. Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2 (49). С. 108–119.
24. Спасібо-Фатєєва І.В. Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. № 4 (35). С. 142.