

Стаття 8. Аналогія

1. 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).

2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).

Коментар:

1. Необхідність застосування закону і права за аналогією викликана наявністю неврегульованих нормами права цивільно-правових відносин, що не може бути усунено іншими джерелами цивільного права.

Інститут аналогії в цивільному праві є правовим способом заповнення прогалин у праві, зміст якого полягає у виникненні цивільних прав та обов'язків також з дій фізичних та юридичних осіб, які хоч і не передбачені законом, але внаслідок загальних засад і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права та обов'язки.

В доктрині аналогію закону визначають як застосування, у разі відсутності закону, що регулює дані відносини, закону, який регулює подібні суспільні відносини, а аналогію права - як застосування загальних засад Конституції і законодавства України у разі відсутності закону, що регулює дані відносини, та неможливості застосування аналогії закону.

Стаття 8 ЦК України передбачає положення про необхідність застосування аналогії закону та аналогії права щодо неврегульованих цивільних відносин. Можливість застосування аналогії закону і права підтверджується частиною третьою ст. 11 ЦПК України. Побічно визнається можливість застосування закону і права за аналогією нормою ч. 6 ст. 4 ГПК, згідно з якою: "Забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини".

З набранням чинності ЦК України застосування аналогії в цивільному праві при здійсненні судочинства відповідно до Господарського процесуального кодексу вважається безспірним.

Застосування аналогії закону припустиме за наявності певних умов.

По-перше, це існування прогалини в законодавстві, яка не усувається (заповнюється) за допомогою передбачених законом засобів, включаючи звичаї майнового обороту.

По-друге, наявність законодавчого регулювання схожих відносин. Так, "довірчі операції" банків до прийняття норм про договір довірчого управління майном фактично регулювалися нормами про схожі договори - комісії і доручення, які застосовувалися до "довірчих договорів" за відсутності в них будь-яких необхідних умов.

В-третьє, застосування аналогічного закону до регульованих відносин повинно не суперечити їх суті. Не можна, наприклад, застосовувати загальні положення про правочини до більшості особистих немайнових відносин.

Прогалини в праві слід відмежовувати від суміжних явищ у правовому регулюванні, зокрема, від нечіткості, незрозумілості юридичних норм, які потребують тлумачення чи роз'яснення, а не нормативної конкретизації законодавчим або іншим компетентним органом.

Не є аналогією закону відсилка до регламентації схожих відносин, встановлена законодавчим порядком, наприклад поширення правил про підприємницькі юридичні особи на фізичну особу - підприємця. Тут йдеться не про прогалину в законі, а про особливий юридико-технічний прийом, спосіб регулювання.

2. Під актами цивільного законодавства, якими не врегульовано цивільні відносини, що вимагають застосування аналогії, слід розуміти будь-які нормативно-правові акти, що містять норми цивільного права, зокрема й комплексні акти (наприклад, Земельний кодекс, Господарський кодекс, Закон України "Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг" тощо).

3. За аналогією до цивільних відносин можуть застосовуватися лише положення цивільного законодавства. Застосування до цивільних відносин норм інших галузей за аналогією не допускається. У зв'язку з цим в літературі слушно звертається увага на те, що в разі укладення між юридичною особою та громадянином цивільно-правового договору про виконання роботи, застосовувати до цих відносин норми трудового права про охорону праці не можна (оскільки договір не визнано трудовим).

Аналогія цивільного закону і права до нецивільних відносин, також неприпустима. У цьому зв'язку важливо не допускати змішування аналогії закону і права із застосуванням законодавства бланкетними, відсилочними нормами. Зокрема, ст. 130 КЗпП України "Відшкодування шкоди в разі ушкодження здоров'я працівників" передбачає, що така шкода відшкодовується у встановленому законодавством порядку, чим фактично відсилає до відповідних положень ЦК України про відшкодування такого роду шкоди (статті 1195 - 1205 ЦК). В цьому випадку застосування цивільного права за аналогією відсутнє, тут наявне використання норм інших галузей відсилочними нормами.

4. В доктрині звертається увага на можливість конкуренції аналогії і принципів цивільного права, сформульованих у ст. 3 ЦК, позаяк і ці принципи, і аналогія закону використовують за відсутності конкретних правових норм, що регулюють відповідні відносини. У цьому зв'язку обґрунтовується, що аналогія закону не застосовується у випадку наявності відповідних принципів, оскільки останні безпосередньо входять до складу правових норм (хоч і найбільш загального характеру). З таким підходом важко погодитися, оскільки принципи, сформульовані у ст. 3 ЦК, поширюються на всі цивільні відносини, зазвичай не містять достатньо конкретних правил і тому не виключають застосування закону за аналогією. В цьому випадку правильніше стверджувати, що принципи цивільного права не виключають аналогію закону і виступають в ролі загальних правових норм при застосуванні аналогії права.

5. Передбачена принципом свободи договору можливість укладення договорів, не передбачених актами цивільного законодавства, викликає необхідність застосування аналогії щодо відносин, не врегульованих цивільним законодавством. Застосування закону і права за аналогією є складовою механізмом реалізації принципу свободи договору. Оскільки принцип свободи договору поширює свою дію як на договірні відносини, так і відносини з односторонніх правочинів, аналогія закону має поширюватися на цивільні відносини, не врегульовані будь-яким правочинном.

Позаяк аналогія в цивільному праві обмежується сферою регулятивної функції, застосування аналогії в охоронних відносинах зазвичай неприпустиме, якщо інше не впливає з акта цивільного законодавства. У зв'язку з цим за аналогією закону зазвичай не можуть застосовуватися норми щодо цивільно-правової відповідальності, деліктних зобов'язань, інших охоронних правовідносин.

Аналогія в цивільному праві не застосовується, якщо цивільні відносини [регулятивні] врегульовані актами цивільного законодавства або договором. Однак акти цивільного законодавства можуть застосовуватись за аналогією до правовідносин, що виникають на підставі договорів, у частині відносин неврегульованих цим правочином.

Аналогією закону і права прогалини у врегулюванні цивільних відносин не усуваються за допомогою правових звичаїв. Наявність звичаїв ділового обороту або інших звичаїв, що поширюються на дані відносини, не перешкоджає застосуванню аналогії. Однак закріплення звичаїв в нормах писаного права прирівнює відповідні відносини до врегульованих актами цивільного законодавства, що виключає застосування закону і права за аналогією. Зокрема, у випадку належного затвердження звичаїв ділового обороту в межах повноважень відповідного суб'єкта, наданих йому законом, наприклад, як це передбачено ст. 78 КТМ, акти законодавства не можуть застосовуватись за аналогією до відносин, врегульованих такими звичаями.

6. Правила про застосування закону і права за аналогією використовуються в цивільному праві лише при застосуванні законів. Вони не можуть поширюватися на застосування підзаконних нормативних актів, а наявні в них прогалини не можуть усуватися подібним чином.

У зв'язку з цим додаткових аргументів потребує сформульована в літературі ідея розширеного тлумачення аналогії закону як застосування не лише норм законів, а й інших нормативно-правових актів.

Отже, за аналогією можуть застосовуватися лише положення законів, але не інших (підзаконних) нормативно-правових актів.

7. Усувати прогалини в законі слід виключно шляхом додаткової законотворчості. Оскільки повноцінними джерелами права визнаються лише акти, які видають компетентні правотворчі органи держави, то лише ці органи і мають усувати прогалини. Всі інші державні органи та організації, наукові установи тощо беруть участь у виявленні прогалин, однак не наділені правом їх нормотворчого усунення. А для покладення на суд обов'язку усувати прогалини в законі необхідно наділити його відповідною компетенцією.

У разі якщо законом не встановлено обов'язок застосування закону чи права за аналогією, органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Правовою доктриною сформульовано випадки, до яких аналогію (права і закону) не може бути застосовано, зокрема, у разі притягнення особи до юридичної відповідальності, обмеження конституційних прав і свобод громадян тощо.

Однак, нормативно вітчизняне законодавство не закріплює випадків, коли інститут аналогії не може застосовуватися.

8. Іншим видом усунення прогалин в праві є аналогія права, яка передбачає застосування не конкретної норми цивільного законодавства, а лише загальних засад цивільного законодавства.

Поняття та умови використання такого засобу заповнення прогалин закону передбачено ЦК України, який допускає застосування аналогії права лише в разі неможливості використання аналогії закону для регулювання цивільних відносин (ч. 2 ст. 8 ЦК).

Отже, аналогія права припустима за наявності прогалин у законі, які не усуваються за допомогою аналогії закону (тобто за відсутності норми, яка регулює схожі відносини), а також з дотриманням наведених вище критеріїв. При цьому реальне застосування аналогії права в судовій практиці є надзвичайно рідкісним, виключним випадком.

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. Під загальними засадами цивільного законодавства слід розуміти основні принципи цивільно-правового регулювання, а під змістом - галузеві особливості, визначені специфікою предмета і методу цивільного права