

О. Печений, доцент НЮА України

Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві

Аналогія як метод наукового аналізу і пізнання об'єктивної дійсності має для науки колосальне значення. Вивчаючи в процесі наукового аналізу причини і властивості окремих явищ, кожен дослідник звертається не тільки і не стільки до їх власних закономірностей, а й до знань про подібні явища, особливо коли відповідні узагальнення і висновки ще не одержані. Далеко не всі пояснення, що їх пропонує сучасна наука, є висновками, сформульованими на основі вже відомої стійкої закономірності¹. При цьому чим менший обсяг відповідних знань, тим частіше виникає необхідність звернення до аналогії, за допомогою якої і виникає можливість судити про нові явища за аналогією з раніше відомими випадками². Вагомість аналогії підтверджують одержані за допомогою цього методу наукові результати. Так, у створенні вчення Чарльза Дарвіна³ про природний добір та походження видів використано аналогію⁴. Відомі приклади аналогії і в гуманітарних науках. Наприклад, німецький історик і філософ Освальд Шпенглер передбачав загибель європейської культури на підставі аналогії з культурами стародавніх народів, виходячи з думки про абсолютну повторюваність культур (їхніх структур) та судячи про теперішнє за аналогією з минулим⁵. Звичайно, що в тій галузі знань, яка стосується суспільних явищ, застосування аналогії має гіпотетичний характер і завжди певною мірою ризиковано⁶. Заперечувати важливість аналогії, а тим більше виключити її з арсеналу наукових методів було б упущенням.

Логічний термін «аналогія» означає відносини *часткової подібності* в ознаках, пропорціях, елементах між двома чи декількома предметами, їх групами, подіями, явищами тощо. Умовиводи, які ґрунтуються на висновках, зроблених при переході від подібності в одних ознаках (яви-

¹ Див.: *Ивин А. А.* Современная философия науки. – М., 2005. – С. 417.

² Див.: *Старченко А. А.* Роль аналогии в познании: на материалах исторического и правового исследования. – М., 1961. – С. 28.

³ В інтерпретації К. Тімірязєва сформульоване Ч. Дарвіном вчення про походження видів побудоване на аналогії з тим процесом, який застосовувався людиною при вдосконаленні нею культурних рослин та тварин, що були приручені (див.: *Тимирязев К. А.* Чарльз Дарвин // Собр. соч. Ч. Дарвина. – М., 1939. – Т. 3. – С. 6).

⁴ Див.: *Воробьев Н. В.* Умозаключение по аналогии. – М., 1963. – С. 8.

⁵ Див.: *Шпенглер О.* Закат Европы. Образ и действительность. – Т. 1. – С. 9.

⁶ Див.: *Воробьев Н. В.* Вказ. праця – С. 9.

сах, подіях, групах предметів тощо) до подібності в інших, називають умовиводами за аналогією¹.

Традиційно виділяють аналогію ознак і аналогію відносин. Відмінність між ними проводиться залежно від об'єкта порівняння. Якщо в першому випадку порівнюються окремі ознаки, то в другому — відносини і системи ознак. Результат аналогії відносин на підставі системного охоплення більшого кола ознак є більш достовірним². В площині юридичної матерії аналогія використовується перш за все для правової оцінки явищ, прямо не передбачених нормою права внаслідок певних обставин. Оскільки аналогія як логічна операція ґрунтується на виявленні подібності певних явищ, при її використанні необхідно враховувати: 1) кількість подібних ознак; 2) ступінь їх істотності; 3) наявність та значущість відмінностей.

При цьому дослідники підкреслюють, що результат аналогії може бути високим і за відсутності всіх зазначених умов³. Іноді сама природа об'єктів, що порівнюються, не може забезпечити існування всіх умов, хоча застосування аналогії можливе.

Легальна формула аналогії міститься у ст. 8 ЦК: 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). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). Одряду бачимо, що в обсяг логічної операції аналогії «втискується» лише аналогія закону. Аналогія ж права перш за все за відсутності ознак подібності, такою логічною операцією визнана бути не може. Невипадково С. Вільнянський наголошував, що аналогія права не є суто логічним прийомом⁴.

Аналіз понять «аналогія закону» і «аналогія права» призводить нас до питання: чи можна розглядати їх як парні юридичні категорії? Парні юридичні категорії є такою логічною формою (особливою парою понять), яка має на меті відобразити в теорії об'єктивну єдність і взаємодію двох протилежних явищ, тенденцій, властивостей⁵. Поставлене питання

¹ Див.: Воробьев Н. В. Вказ. праця. — С. 3.

² Див.: Там само. — С. 21.

³ Див.: Старченко А. А. Вказ. праця. — С. 14-15.

⁴ Див.: Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. — Х., 1958. — С. 68.

⁵ Див.: Малько А. В., Нырко В. В. Исследование парных юридических категорий как методологический ресурс правоведения // Теоретико-методологические проблемы права. — М., 2007. — Вып. 2. — С. 108.

має не тільки суто теоретичне значення, адже аналіз аналогії права та аналогії закону під кутом зору їх парності вимагає додержання певних правил алгоритму їх кореляції. Зокрема, існує думка, згідно з якою парні юридичні категорії — це феномени, що постійно обмінюються місцями: то одне явище виступає причиною, а інше — наслідком, або навпаки, останнє — причина, а перше — наслідок¹. Категорійному апарату правознавства широко відомі поняття, віднесення яких до парних не викликає сумнівів: норма права — правовідношення; приватне право — публічне право; матеріальне право — процесуальне право; суб'єктивне право — юридичний обов'язок; правовий стимул — правове обмеження та ін. На прикладі останньої «зв'язки» понять (правовий стимул — правове обмеження) слід сказати, що їх відносять до парних категорій, оскільки вони уособлюють двоїсту юридичну інформацію; наділені внутрішнім діалектичним зв'язком; забезпечують взаємне регулювання; в сукупності створюють баланс мотиваційних правових засобів².

Навіть приблизне співвіднесення наведених критеріїв із аналогією права та аналогією закону свідчить про те, що останні властивостями парних категорій не наділені. З одного боку, між ними є істотна подібність, обумовлена перш за все спільними функціями та завданнями у процесі правозастосування. Крім того, на хибний шлях уявлення аналогії закону та аналогії права як парних категорій дослідника може наводити і те, що застосування аналогії закону виключає застосування аналогії права. З другого боку, спостерігається істотна відмінність: якщо аналогія закону, будучи подібною до аналогії як логічної операції, передбачає пошук рішення на підставі існуючої норми права, що розрахована не на даний, 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*³. Застосування аналогії права як форми суддівської

¹ Див.: Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. — М., 1976. — С. 253–256.

² Див.: Малько А. В., Нырков В. В. Вказ. праця — С. 109–110.

³ Існує думка, відповідно до якої аналогія права є процесом *обмежувального* тлумачення загальної норми права, правового принципу (див.: Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. — М., 2003. — С. 38). Такий підхід є помилковим, оскільки залишає без відповіді питання: які підстави у суб'єкта, що застосує аналогію права, обмежувати правові принципи, що є загальними засадами цивільного законодавства? Адже при застосуванні правової норми без аналогії ніякого обмежувального тлумачення не відбувається. При аналогії права під фокусом загальної норми-принципу створюється конкретна норма, здатна регулювати спірні відносини.

правотворчості укладається в концепцію школи вільного права, схиляючись до соціологічного напрямку в правознавстві. Причому до правотворчості суд спрямовують і навіть підштовхують не тільки прогалини в праві, а й оціночні положення, які містяться у ЦК, інших актах законодавства¹. Як зазначав французький науковець Ф. Жені, при формулюванні з об'єктивної соціальної реальності, громадських потреб та суспільних цінностей певного правоположення суддя стає законодавцем у конкретній справі².

Таким чином, аналогія права та аналогія закону є скоріше різноплановими, ніж парними юридичними категоріями. Порівнюючи їх, І. Спасибо-Фатеева вказала на складніший механізм аналогії права, який характеризується більш високим рівнем застосування безпосередньо правової матерії та полягає у вирішенні сутності проблеми підібранням більш абстрактного принципу для її розв'язання — відповідного принципу права, яким *тільки* й обґрунтовується рішення суду³.

Відтворення в цивільному законі формули застосування аналогії має важливе методологічне значення. Стаття 8 ЦК України — це *єдина* норма матеріального права, яка в повному обсязі відтворює аналогію в цивільному праві. Всі інші аналогії (п. 7 ст. 8 ЦПК України, п. 7 ст. 9 КАС України) зосереджені в процесуальному законодавстві, хоча саму можливість застосування процесуальної аналогії (тобто аналогії процесуальних норм) сприймають не однозначно. Так, категорично заперечує застосування аналогії процесуальних норм В. Беяневич, посиляючись при цьому на ст. 19 Конституції України, за якою суд як державний орган зобов'язаний діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України⁴. На думку В. Тертишнікова та інших авторів, застосування за аналогією норм цивільного процесуального права можливо лише у виключних випадках⁵. Як виня-

¹ Див.: Шевчук С. В. Судова правотворчість та соціологічна школа права // Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 1. — С. 26.

² Див.: Herget J. and Wallace S. The GermanFree Law Movement as The Source of American Legal Realism // Virginia Law Review. — 1987. — № 73. — Р. 410, (цит. за: Шевчук С. В. Вказ. праця. — 2007. — № 1. — С. 26).

³ Див.: Спасибо-Фатеева І. В. «Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 4(34). — С. 137–148.

⁴ Див.: Беяневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України (із змін. і доп. станом на 22 вересня 2005 р.): Науково-практичний коментар. — К., 2006. — С. 57.

⁵ Див.: Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. — Х., 2007. — С. 16; Тертишніков В. І., Шутенко О. В. Захист суб'єктивних прав у загальних та адміністративних судах. — Х., 2007. — С. 5–6.

ток, вимушений засіб розглядають процесуальну аналогію і деякі російські науковці¹. Наприклад, Д. Луспенник, в цілому позитивно ставлячись до цього способу заповнення прогалин в праві, наводить численні приклади застосування на практиці аналогії процесуальних норм та пропонує узаконити її на законодавчому рівні, рекомендуючи судам уникати спрощеного підходу до застосування аналогії у сфері процесуальних відносин². Будучи обмеженими темою даної публікації, зазначимо, що ми не вбачаємо принципових перешкод до застосування процесуальної аналогії³, однак умови та межі застосування аналогії і в матеріальному, і в процесуальному праві мають бути єдиними.

Треба відмітити, що поряд із ст. 8 ЦК в інших його положеннях також йдеться про аналогію, хоча застосування цього терміна не завжди є до речним. Наприклад, ст. 11 ЦК, окреслюючи підстави виникнення цивільних прав і обов'язків, припускає можливість їх виникнення за аналогією⁴. Між тим існує думка, згідно з якою в цій ситуації говорити про аналогію взагалі некоректно, а йдеться лише про матеріальні передумови аналогії⁵. На етапі виникнення цивільних правовідносин твердити про застосування правової норми недоречно, отже, відсутня і аналогія. І аналогія закону, і аналогія права мають місце на більш пізньому етапі розвитку правовідношення, тобто тоді, коли відповідні органи вирішують спір про характер

¹ Див.: *Туманов Д. А.* Некоторые вопросы о процессуальной аналогии в гражданском процессе // Государство и право. – 2006. – № 7. – С. 100–104.

² Див.: *Луспенник Д. Д.* Процесуальна аналогія в цивільному судочинстві: деюре та де-факто (постановка проблеми) // Адвокат. – 2006. – № 2. – С. 12–17.

³ Прикладом процесуальної аналогії може бути застосування ч. 3 ст. 380 ЦПК у господарському процесі. Адже ГПК, зокрема ст. 122, не встановлює особливостей вирішення питання про поворот виконання судового рішення у разі неможливості повернути майно. Але ці питання врегульовано ч. 3 ст. 380 ЦПК: у разі неможливості повернути майно передбачається відшкодування вартості цього майна у розмірі коштів, одержаних від його реалізації. Видається, що немає принципових перешкод стосовно поширення за аналогією ч. 3 ст. 380 ЦПК і на господарський процес. Такий підхід підтримується судовою практикою (див.: Постанова Вищого господарського суду України від 2 листопада 2006 р. у справі № 52/401-05 // www.arbitr.gov.ua/docs/28_1393272.html).

⁴ Про особливості застосування аналогії в контексті положень ст. 11 ЦК див.: *Печеній О. П.* Підстави виникнення цивільних прав і обов'язків (аналіз юридичної конструкції ст. 11 ЦК України) // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 1 (48).

⁵ Див.: *Карташов В. Н.* О процессуальной природе института аналогии в советском праве // Актуальные проблемы юридического процесса в общественном государстве / Под ред. проф. В. М. Горшенева. – Ярославль, 1979. – Вып. 1. – С. 27–34.

суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, що впливають з цих дій¹. Іншим прикладом є норма ч. 2 ст. 109 ЦК, в якій вказується на застосування аналогії до виділу як способу створення юридичної особи. Однак такий підхід законодавця видається невірним, оскільки в ч. 2 ст. 109 ЦК йдеться про субсидіарне застосування правових норм, а не про аналогію, про що вже зазначалося в літературі². Такою помилкою законодавець надмірно ускладнює правозастосування, оскільки, використовуючи аналогію, правозастосовний орган має обґрунтувати її використання кризь призму умов застосування аналогії, визначених у ст. 8 ЦК.

Непоследовність законодавця приводить до помилок у судовій практиці. Так, по одній із справ суди першої та апеляційної інстанцій, не вдаючись до глибин досліджуваних правових явищ, застосували за аналогією права ст. 105 ЦК УРСР 1963 р., хоча очевидно, що йшлося про аналогію закону. Вищий господарський суд України скасував ухвалені судові рішення з тих підстав, що говорити про аналогію взагалі неможливо, однак навіть у постанові касаційної інстанції аналогія права та аналогія закону неправомірно ототожнюються³.

Аналогія закону та аналогія права є реакцією на наявні у праві прогалини, своєрідним щепленням проти них, що здійснюється на стадії застосування норми права. При цьому усунення прогалин здійснюється шляхом видання норми, тоді як *подолання* прогалин — шляхом аналогії⁴.

Слід відмітити, що прогалини є лише одним з різновидів недоліків у праві. Недоліки, або недосконалість, у праві як системне і багатоаспектне явище юридичної дійсності проявляються в багатьох формах. Крім прогалин, треба сказати про помилки в праві⁵, абсурдність в

¹ Див.: *Леушин В. И.* Особенности применения юридических норм при пробелах в советском праве // Проблемы применения советского права. – Свердловск., 1973. – Вып. 22. – С. 40.

² Див.: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Рогань. – К., Севастополь, 2004. – Т. 1. – С. 306–307.

³ Див.: Постанова Вищого господарського суду України від 21 грудня 2006 р. у справі № 14/292пн // http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1450065.html.

⁴ Див.: *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. – М., 1974. – С. 182.

⁵ Так, на думку В. Лазарева, існує небезпечність змішування прогалин з явищами «помилки в праві», коли норми права існують, практично діють, однак з будь-яких причин не можуть задовольнити правозастосовні органи. Автор наполягає на реалізації таких норм з подальшим зверненням до законодавця з приводу їх скасування та заміни іншими нормами (див.: *Лазарев В. В.* Вказ. праця. – С. 12). Звичайно, така позиція заслуговує на увагу, однак чи буде такий підхід ефективним, чи можна розраховувати на своєчасне виправлення помилки самим законодавцем? В сучасних умовах відповідь є очевидною.

праві¹, архаїзми в праві². Зокрема, під архаїзмами в праві ми розуміємо такі правові норми, які прийняті за сучасних соціально-економічних та інших умов, однак містять положення, котрі не можуть бути реалізовані через невідповідність їх цим умовам. Так, архаїчними є певні норми ГК України, який хоча і прийнято 16 січня 2003 р., проте передбачає існування таких видів підприємств, які в сучасних умовах не можуть бути утворені, наприклад, орендні підприємства (ст. 115). На жаль, з огляду на стрімке падіння якості нормативно-правового матеріалу, стійку тенденцію до його ускладнення аномалії в праві набувають різних, більш витончених форм, наприклад, поширюється «економізм» в юриспруденції як метод тлумачення правових норм з відходом від букви закону чи іншого нормативно-правового акта виключно на підставі врахування економічної суті відносин, що склалися³. «Економізм» в юриспруденції поширений не тільки на стадії застосування правових норм, а й у правотворчій діяльності. Це проявляється перш за все у внесенні до правових норм суто економічних понять, які з погляду юридичної термінології не можуть бути пояснені.

Однак слід визнати і певну відмінність між прогалинами та іншими видами недосконалостей в праві. Якщо помилки, абсурдності, архаїзми є певним упущенням з боку суб'єктів правотворчої та правозастосовної

¹ І тут благодатним підґрунтям для прикладів є податкове законодавство. Так, до загального місячного оподаткованого доходу включаються кошти або майно (немайнові активи), отримані платником податку як *хабар*, викрадені чи знайдені як *скарб*, не зданий державі згідно із законом, у сумах, підтверджених обвинувальним вироким суду, незалежно від призначеної ним міри покарання (п. п. 4. 2. 16 п. 4. 2 ст. 4 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб»). У випадку хабара недоречно говорити про його оподаткування, оскільки предмет хабара підлягає конфіскації, у винної особи оподатковуваний дохід не утворюється. Що ж стосується скарбу, то за загальним правилом він є власністю особи, яка його виявила (ч. 2 ст. 343 ЦК). Виняток становить лише скарб, що є пам'яткою історії та культури, право власності на нього набуває держава (ч. 4 ст. 343 ЦК). Виходить, що в першому випадку скарб як такий, що не підлягає здаванню державі, до оподаткованого доходу не включається, тоді ж як в другому – включається. Та і взагалі чи логічно пов'язувати оподаткування скарбу з тим, підлягає він здаванню державі або ні? Адже у будь-якому випадку скарб як певна цінність в економічному розумінні утворює дохід у особи, яка його знайшла.

² Багатий на такі, далеко не найкращі, запозичення з минулого Господарський кодекс України (див., напр.: *Кириш А.* Гостья из будущего // Зеркало недели. – 2003. – № 14 (439).

³ Див.: *Карабань В. Я.* Науково обґрунтоване тлумачення актів законодавства як умова удосконалення правосуддя // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 2. – С. 185–194.

діяльності, які можна було б передбачити або не допустити, то прогалини передбачити задалегідь не завжди можливо, більшість прогалин у праві мають об'єктивний характер та є невід'ємною, закономірною частиною правового регулювання. Існування права без прогалин важко собі уявити¹.

З огляду на теоретичне визначення правового регулювання як розв'язання *типових* юридично значущих ситуацій, будь-яке ухилення життєвої ситуації від типової здатне породити прогалину в праві², що в свою чергу викликає застосування аналогії. Аналізуючи взаємозв'язок прогалини в праві та аналогії, слід відмітити, що аналогія не може бути застосована за наявності правової норми, яка регулює спірні відносини. Така позиція наводилася в літературі і раніше³. Причому до норм треба відносити не тільки положення ЦК, нормативно-правових актів, договорів, міжнародних договорів, а й звичаї, інші джерела, про які безпосередньо у легальній формулі аналогії (ст. 8 ЦК) не йдеться. Відносини слід вважати врегульованими і тоді, коли законодавець допускає субсидіарне застосування інших правових норм. Застосування аналогії не допускається і тоді, коли суд може вирішити справу на підставі тлумачення відповідної правової норми закону чи договору.

Аналогія є свого роду інструментом для «ручної роботи» в процесі застосування норми права, тому окреслити в узагальненому вигляді найбільш типові, «серійні» випадки її застосування досить складно. Однак можна сказати, що важливою сферою застосування аналогії в цивільному праві є ситуація, коли суб'єкти (фізичні й юридичні особи) наділені відповідними правами, але відсутні нормативно-правові акти щодо їх реалізації. В цьому випадку аналогія виступає єдиним способом примусової реалізації та захисту суб'єктивних прав, що виникли, з огляду на те, що неприпустимим є відкладення вирішення питання по суті до встановлення законодавством процедури реалізації цих прав.

На необхідність вирішення питання саме в такий спосіб, за допомогою аналогії закону або аналогії права, наголошується в науковій літературі⁴, законодавчих актах інших держав, зокрема Республіки Беларусь.

¹ У зв'язку з цим відома з радянських часів концепція «безпрогалинного» права за сучасних реалій не має права на існування.

² Див.: *Исаков В. Б.* Правовое регулирование и юридические факты // *Правоведение*. – 1980. – № 5. – С. 35.

³ Див.: *Поленина С. В.* Аналогия в гражданском праве // *Сов. государство и право*. – 1969. – № 7. – С. 29–36.

⁴ Див.: *Витушко В. А.* Курс гражданского права: Общая часть. – Мн., 2001. – Т. 1. – С. 245.

З огляду на те, що динаміка цивільного обороту і здійснення цивільних прав набагато випереджає розвиток і вдосконалення цивільного законодавства, «нові» суб'єктивні права можуть гарантуватися не інакше як шляхом аналогії¹. Однак у таких випадках судові органи, мабуть, з причин консерватизму суддівської правосвідомості та праворозуміння застосовувати аналогію остерігаються. Показовою в цьому відношенні є судова практика, що склалася при вирішенні спорів про захист переважних прав акціонерів. Так, постановою Київського апеляційного господарського суду частково задоволено позов ВАТ «Інжиніринг», переведено права покупця за договорами купівлі-продажу цінних паперів, укладеними між ТОВ «Будсервіс» та ТОВ «Будсервіскомплект», відповідно до яких ТОВ «Будсервіс» придбало у ТОВ «Будсервіскомплект» акції ЗАТ «Гідроінжбуд». Ухвалену постанову мотивовано тим, що правовідносини з реалізації акціонером свого переважного права на придбання акцій у разі їх відчуження іншими акціонерами цього товариства є подібними до правовідносин, урегульованих ч. 2 ст. 147 ЦК, тобто до правовідносин з реалізації учасниками ТОВ свого переважного права на купівлю частки у статутному фонді ТОВ та правовідносин з реалізації переважного права купівлі співвласником частки у праві спільної часткової власності у разі її продажу іншими співвласниками (ч.ч. 2, 4 ст. 362 ЦК). Кваліфікуючи усі перелічені групи відносин як подібні, суд цілком обгрунтовано виходив з того, що всі вони ґрунтуються на переважному праві на придбання майна при його відчуженні². Тому суд застосував до спірних відносин, пов'язаних із реалізацією та захистом переважних прав акціонера, за аналогією норми, що регулюють механізм реалізації інших переважних прав, у даному випадку — переважних прав співвласників. Причому тут мала місце «подвійна» аналогія — спочатку суд послався на норми про переважні права учасника ТОВ, а оскільки вони відсилають до правил про переважну купівлю частки у праві спільної власності, застосував за аналогією ці правила (ст. 362 ЦК). Логіка судового рішення цілком охоплюється алгоритмом застосування аналогії закону: прогалина в праві — наявність норми, що регулює подібні за змістом відносини — відсутність прямої заборони — застосування аналогії закону.

¹ Див.: *Витушко В. А.* Курс гражданского права: Общая часть. – Мн., 2002. – Т. 2. – С. 224.

² В літературі (*Пушай В. І.* Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (на матеріалах судової практики): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 13.) переважні права на придбання, передання у власність майна та майнових прав виділяються у самостійну групу, що не може не свідчити про їх певну подібність.

Причому констатацію прогалини в праві ми знаходимо у тексті постанови суду касаційної інстанції: ні в ЦК, ні в ГК, ні в інших законодавчих актах, ні в статуті ЗАТ не визначено механізму реалізації переважного права акціонерів ЗАТ щодо придбання акцій, які реалізуються іншими акціонерами товариства. Дивує лише винесений Вищим господарським судом України вердикт по справі: ухвалені судові рішення скасувати, прийняти нове рішення, яким в задоволенні позовних вимог щодо переведення прав та обов'язків покупця за договорами купівлі-продажу цінних паперів відмовити¹. Ще більш дивним є обґрунтування позиції суду касаційної інстанції: відносини щодо продажу акцій і відносини щодо продажу частки у спільній частковій власності *не є подібними*, оскільки вони мають різний за своєю юридичною природою об'єкт, а відтак, й різну правову природу. Акція є не часткою у спільній власності, а окремим об'єктом цивільних прав і засвідчує корпоративні права акціонера, а не право власності акціонера на майно акціонерного товариства, власником якого є саме воно.

Останньої тези ми не заперечуємо, а що стосується першої, то в ній наявна істотна помилка у застосуванні аналогії як логічної операції. Як уже зазначалося, вирішення справи за допомогою аналогії передбачає виявлення у порівнюваних відносинах певної кількості подібних ознак, оцінку ступеня їх істотності, виявлення наявності та значущості відмінностей. Цим правилом суд касаційної інстанції з невідомих причин знехтував. По-перше, висновок про те, що спірні відносини не є схожими, зроблено на підставі аналізу лише однієї ознаки — об'єкта, всі інші ознаки не проаналізовано. Хоча нам видається, що юридична природа об'єкта і вказує на відмінність спірних відносин, але вирішального значення не має. Тим більше, що в разі застосування аналогії порівнювані явища (відносини) не можуть збігатися за всіма елементами, інакше аналогія виключається, у них повинні бути відмінності. По-друге, суд проігнорував усі інші ознаки подібності аналізованих прав і відносин, що виникають при їх здійсненні, насамперед переважний характер прав (майновий характер, переважний характер, створюють можливість придбання майна у власність та ін.²). Досліджуючи історичну генезу пере-

¹ Див.: Постанова Вищого господарського суду України від 3 жовтня 2006 р. у справі № 30/361 // http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_166995.html.

² В літературі визначені такі ознаки переважних прав, як їх строковість, можливість встановлення як законом, так і договором (а в нашому випадку – статутом або іншим актом юридичної особи), неможливість бути самостійними об'єктами цивільних правовідносин, специфічність захисту (див.: *Крам В. І. Переважні права: теоретичний та практичний аспект // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 9. – С. 72–74.*). Підкреслимо, що і переважні права акціонерів, і переважні права учасників спільної власності відповідають усім цим ознакам.

важних прав, В. Крат дійшов висновку про те, що в російському дореволюційному законодавстві переважні права співучасників компанії одержали розвиток на ґрунті інституту переважних прав учасників спільної власності¹, що не може не наводити на думку про їх подібність, саме про те, що і права співвласника, і права акціонера мають переважний характер перед такими ж правами інших осіб, тобто є за своєю сутністю певною пільгою, яка надається цим особам і підкреслює подібність цих прав і відповідно відносин, що виникають при їх здійсненні. Тому позиція Вищого господарського суду України видається нам непереконливою. На жаль, наведена справа не є поодиноким випадком. Так, в іншій справі Вищий господарський суд України скасував постанову суду апеляційної інстанції та залишив в силі рішення господарського суду першої інстанції, визнавши неможливим застосування до спірних відносин за аналогією ст. 362 ЦК. Свою позицію Вищий господарський суд мотивував тим, що спірні відносини виникли не на етапі реалізації переважного права акціонерів на придбання акцій, що випускаються додатково, а на етапі реалізації прав інших інвесторів на придбання акцій, що випускаються додатково, та існуючих акціонерів у кількості, що перевищує кількість акцій, на яку акціонер реалізував своє право. Ця обставина, на думку касаційного суду, виключає застосування до спірних відносин ст. 362 ЦК. Тому в позові про визнання недійсним рішень, визнання права на укладання договору купівлі-продажу акцій додаткового випуску, переведення прав та обов'язків покупця відмовлено².

Не зважився застосувати аналогію у справах про захист переважних прав акціонерів і Верховний Суд України. Так, ухвалою колегії суддів Судової палати в цивільних справах Верховного Суду України від 17 листопада 2005 г. залишено в силі рішення Гагаринського районного суду м. Севастополя про визнання недійсними договорів купівлі-продажу акцій, однак з цього рішення виключено вказівку про переведення прав і обов'язків покупця на позивача. При цьому Верховний Суд України виходив з того, що питання переходу і реалізації права власності на акції вирішується при їх відчуженні відповідно до законодавства та порядку, визначеному статутом акціонерного товариства³. По суті суд ухилився від вирішення справи про захист переважних прав до «кращих

¹ Див.: Крат В. І. Историко-правовой аспект формирования института преимущественных прав // Проблемы законности. – 2005. – Вип. 75. – С. 3–7.

² Див.: Постанова Вищого господарського суду України від 13 червня 2006 р. у справі № 6/560 // <http://www.arbitr.gov.ua>.

³ Див.: Ухвала колегії суддів Судової палати в цивільних справах Верховного Суду України від 17 листопада 2005 г. // <http://www.scourt.gov.ua>.

часів», коли це питання буде врегульовано законодавством чи корпоративними нормами. Наведені приклади свідчать про формування з боку судових органів системного підходу стосовно неможливості застосування аналогії у справах про захист переважних прав акціонерів, що слід визнати помилковим.

Однак судовій практиці відомі й інші приклади, коли за відсутності механізму реалізації суб'єктивного права суд звертається до аналогії закону. Так, N звернулася до суду в інтересах свого неповнолітнього сина зі скаргою зобов'язати податкові органи виключити присвоєний її сину ідентифікаційний номер і всю іншу інформацію про нього з Державного реєстру фізичних осіб платників податків, видати йому довідку про наявність права здійснювати будь-які платежі без ідентифікаційного номера. Скаргу обґрунтовано тим, що позивачка та її син за своїми релігійними переконаннями не бажають мати ідентифікаційний номер, і це право передбачено відповідними нормативними актами. Постановою Кіровоградського районного суду м. Кіровограда від 24 лютого 2006 р. в задоволенні скарги відмовлено. Суд апеляційної інстанції дійшов висновку про необґрунтованість такої відмови, зазначивши, що відсутність механізму забезпечення прав неповнолітніх громадян здійснювати будь-які платежі без ідентифікаційного номера, порівняно з правами повнолітніх осіб, які через свої релігійні або інші переконання відмовляються від прийняття ідентифікаційного номера є порушенням їхнього конституційного права. Оскільки відсутній закон, що регулює порядок забезпечення прав осіб, які не досягли шістнадцятирічного віку і відмовилися від ідентифікаційного номера, то суд, застосувавши аналогію права, вважає, що податкові органи повинні видати особі довідку, яка посвідчує його право здійснювати будь-які платежі без ідентифікаційного номера і діє до досягнення ним шістнадцятирічного віку¹.

Наведена справа є показовою з багатьох причин. По-перше, в ній суд застосував аналогію права, що за складністю є «вищою математикою» правозастосування. По-друге, доведено, що відсутність механізму реалізації права (навіть тоді, коли це стосується не тільки цивільних, а й інших відносин) не є перешкодою для його захисту і примусового здійснення шляхом звернення до судових органів. По-третє, викристалізоване за допомогою аналогії правило може бути використане при вирішенні аналогічних справ, що надає йому ознак нормативності.

¹ Див.: Постанова Апеляційного суду Кіровоградської області від 15 червня 2006 р. у справі № 22ас-179 //Єдиний державний реєстр судових рішень України: <http://reyestr.court.gov.ua>.