

ДОНЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ВАСИЛЯ СТУСА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І
ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф.Г. БУРЧАКА
НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

*Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису*

КАПЦОВА ТЕТЯНА ПЕТРІВНА

УДК 346.9

ДИСЕРТАЦІЯ

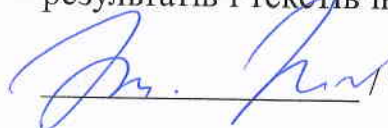
**ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ АНАЛОГІЇ
В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ**

081 «Право»

08 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело.

 Тетяна КАПЦОВА

Науковий керівник: **Бакалінська Ольга Олегівна**, доктор юридичних наук,
професор

Вінниця – 2025

АНОТАЦІЯ

Катцова Т.В. Застосування інституту аналогії в господарському судочинстві. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» у галузі знань 08 «Право». – Донецький національний університет імені Василя Стуса Міністерства освіти і науки України, Вінниця, 2025.

Дисертацію присвячено комплексному дослідженню правових проблем застосування інституту аналогії в господарському судочинстві.

У розділі 1 «Теоретичні засади застосування інституту аналогії в господарському судочинстві» з'ясовано, що сучасне господарське життя є дуже динамічним, характеризується постійним виникненням нових господарських відносин, при цьому законодавче регулювання відстає від практичних потреб. За таких умов юридична аналогія виступає засобом віднайдення балансу між сприянням інноваціям та забезпеченням стабільності і послідовності правового регулювання.

У дисертації виділено різні рівні розуміння аналогії залежно від сфери її застосування: (1) аналогія як компонент інтелекту; (2) аналогія як особливість юридичного мислення загалом; (3) аналогія як тип міркування в правовій системі загального права; (4) аналогія як інститут континентальної правової системи, та визначено ключові характеристики аналогії на кожному з рівнів.

Визначено і систематизовано спільні та відмінні риси аналогії у системі загального права та континентальній правовій системі. Розглянуто використання аналогії для цілей правового регулювання нових ситуацій та реформування законодавства на прикладі вирішення спорів, пов'язаних з віртуальними активами (криптоактивами). Визначено основні аспекти впливу аналогії на ефективність господарського судочинства.

З'ясовано, що умовою застосування аналогії є наявність прогалин у праві, прогалини в праві відмежовано від юридичної колізії та помилки у праві.

Проведено класифікацію правових прогалин шляхом виділення видів таких прогалин за низкою критеріїв, визначено відмінності між звичайною прогалиною (лакуною) та законодавчим упущенням. Встановлено, що застосовуючи аналогію, суд здійснює саме подолання прогалини, тоді як усунення прогалини є виключною прерогативою законодавця. Визнання можливості усунення прогалин судом є недоцільним, оскільки: а) практика навіть Верховного Суду не є послідовною; б) вирішення судом конкретної справи за аналогією не завжди усуває необхідність виправлення недоліків правового регулювання законодавцем. Визначено, що теоретична концепція безпрогальності права (з огляду на дію принципу верховенства права) не виключає ситуацій неврегульованості певних суспільних відносин конкретними правовими нормами, що обумовлює необхідність застосування аналогії.

На основі дослідження практики господарських судів встановлено поширене застосування аналогії у справах з корпоративних правовідносин. Сформувалася позиція, згідно з якою правовідносини у сфері корпоративного управління, що виникають між учасниками юридичних осіб та юридичними особами різних організаційно-правових форм є в цілому подібними. Водночас, подальшої розробки потребує питання щодо меж застосування аналогії, оскільки таке застосування не повинно спростовувати об'єктивно існуючі особливості організаційно-правових форм господарських організацій корпоративного типу та їхніх органів управління.

Обґрунтовано, що суб'єктами застосування аналогії закону є як суд, так і інші суб'єкти правозастосування (зокрема, третейський суд, міжнародний комерційний арбітраж), однак застосування аналогії судами та іншими суб'єктами має різну правову природу та правові наслідки.

Аналогію відмежовано від розширювального тлумачення правових норм, субсидіарного застосування правових норм та прецеденту. Систематизовано відмінності між прецедентом в системі загального права та юридичною аналогією в континентальному праві.

У Розділі 2 «Умови та межі застосування інституту аналогії в господарському судочинстві» досліджено подібність правовідносин як ключову умову застосування аналогії закону. Встановлено, що підхід щодо визначення подібності правовідносин, згідно з яким подібність слід оцінювати за змістовим, суб'єктивним та об'єктивним критеріями, є формальним, а ці критерії – недостатніми, коли їх наявність не пояснюється, а просто констатується. Сама по собі схожість не пояснює, чому умовивід за аналогією є раціонально переконливим. Пропонується використовувати раціональну модель застосування аналогії, згідно з якою правило слід застосовувати до справи, якщо, і тільки якщо, підстави застосування переважають підстави незастосування. Тобто, замість простої констатації подібності або відсутності подібності правовідносин, яка притаманна вітчизняній судовій практиці, слід визначити конкретні аргументи «за» і «проти» встановлення подібності, і провести зважування таких аргументів.

Визначено систему правових принципів, які мають головне значення для застосування аналогії права: (I) загальноправовий принцип верховенства права, і передусім така його складова, як принцип правової визначеності; (II) принципи господарського права як галузеві принципи: принцип забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки; принцип економічної багатоманітності; принцип захисту конкуренції у господарській діяльності; принцип підтримки національного товаровиробника з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань України; принцип недопущення господарських зв'язків з державою-агресором (державою-окупантом); (III) загальні засади цивільного законодавства, визначені статтею 3 ЦК України, передусім справедливість, добросовісність і розумність.

Досліджено зворотній зв'язок між принципом *розумності* і аналогією а саме, застосовуючи аналогію, суди справляють вплив на розвиток і уточнення стандарту розумності: коли юридичні проблеми виникають у нових сферах, як-от онлайн-платформи чи штучний інтелект, суди використовують аналогію, щоб розширити концепцію розумності; розумність за своєю суттю є гнучким стандартом, але аналогія допомагає підтримувати послідовність правових

підходів; розумність залежить від контексту, а аналогія забезпечує гнучкість, необхідну для тлумачення стандарту в різних ситуаціях, одночасно забезпечуючи об'єктивність правових рішень. Відтак аналогія допомагає збалансувати відкритий характер розумності з необхідністю передбачуваності правових результатів.

Систематизовано відмінності між аналогією і суддівським розсудом. Аргументовано можливість і доцільність застосування аналогії аналогії в процесуальному праві.

На основі здійсненого дослідження автором сформовано низку теоретичних висновків та пропозицій.

Ключові слова: аналогія, аналогія закону, аналогія права, арбітраж, верховенство права, добросовісність, досудовий порядок врегулювання спорів, колізія, медіація, прогалини в праві, правова визначеність, тлумачення, господарська діяльність, господарське законодавство, господарське судочинство, прецедент, саморегулювання, суддівський розсуд, господарське право, правозастосовна діяльність

ABSTRACT

Kaptsova T. P. Application of the institute of analogy in commercial litigation. – Qualifying research paper, presented as a manuscript.

The thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 «Law» in field of study 08 «Law». – Vasyl' Stus Donetsk National University of Ministry of Education and Science of Ukraine, Vinnytsia, 2025.

The thesis is dedicated to a comprehensive study of the legal issues surrounding the application of analogy in commercial litigation.

In the 1st Section “Theoretical foundations of the application of the institution of analogy in commercial procedure” the author argues that modern commercial life is highly dynamic, characterized by the constant emergence of new commercial relationships, while legislative regulation often lags behind practical needs. In these

conditions, legal analogy serves as a tool to balance the promotion of innovation with the stability and consistency of legal regulation.

The dissertation identifies different levels of analogy depending on its field of application: (1) analogy as a component of intelligence; (2) analogy as a characteristic of legal reasoning in general; (3) analogous reasoning in the common law system; and (4) analogy as an institute in the continental legal system. Key characteristics of analogy are defined at each of these levels.

The study outlines and systematizes the similarities and differences in the application of analogy within the common law and continental law systems. It explores the use of analogy for regulating novel situations and reforming legislation, using disputes over virtual assets (crypto assets) as an example. The main aspects of analogy's impact on the efficiency of commercial litigation are defined.

The dissertation establishes that the application of analogy requires the presence of legal gaps and distinguishes these gaps from legal conflicts and errors. It provides a classification of legal gaps according to different criteria, and highlights differences between ordinary gaps (*lacunae*) and legislative omissions. It argues that while courts use analogy to address these gaps, filling them remains the exclusive prerogative of the legislature. Recognizing that courts can fill such gaps is deemed impractical because (a) even the Supreme Court's practices are inconsistent, and (b) resolving a case through analogy does not eliminate the need for legislative correction of legal deficiencies. The theoretical concept of a "no-gaps" doctrine (considering the principle of the rule of law) does not preclude the possibility of situations in which specific legal norms do not cover certain social relationships, thus necessitating the use of analogy.

An analysis of commercial court practice reveals a widespread use of analogy in cases involving corporate relations. A consensus has emerged that relations in corporate governance between participants and legal entities of various organizational-legal forms are generally similar. However, further research is needed to define the boundaries of analogy, so that its application does not undermine the unique characteristics of different corporate organizational forms and their management bodies.

The dissertation argues that both courts and other legal actors, such as arbitration courts and international commercial arbitration, can apply analogy. However, the nature and consequences of applying analogy differ between courts and other actors.

Analogy is distinguished from broad interpretation, subsidiary application of legal norms, and precedent. The study systematizes the differences between precedent in the common law system and legal analogy in the continental system.

In the 2nd Section “Conditions and limits of the application of the institution of analogy in commercial procedure” special attention is paid to the similarity of legal relations as a key condition for applying statutory analogy. The study shows that the approach of assessing similarity based solely on content, subject, and object criteria is formalistic and insufficient if these criteria are simply asserted without explanation. Mere similarity does not justify why reasoning by analogy is logically persuasive. The dissertation proposes a rational model for applying analogy, whereby a rule should apply to a case only if the reasons for its application outweigh the reasons for non-application. Thus, rather than merely asserting the presence or absence of similarity in legal relations, as is typical in domestic judicial practice, the approach should define concrete arguments “for” and “against” establishing similarity, weighing these arguments in a reasoned manner.

The dissertation identifies a system of legal principles that are essential for applying legal analogy: (I) the general legal principle of the rule of law, particularly the principle of legal certainty; (II) the principles of commercial law, including the protection of all business entities, the social orientation of the economy, economic diversity, the protection of competition in business activity, support for domestic producers considering Ukraine’s international obligations, and the prohibition of business relations with an aggressor state; and (III) the general principles of civil law, especially fairness, good faith, and reasonableness, as defined in Article 3 of the Civil Code of Ukraine.

The study examines the interrelationship between the principle of reasonableness and analogy: by using analogy, courts influence the development and refinement of the standard of reasonableness. When legal issues arise in new areas such

as online platforms or artificial intelligence, courts use analogy to extend the concept of reasonableness. While reasonableness is inherently a flexible standard, analogy helps maintain consistency in legal approaches. Since reasonableness depends on context, analogy provides flexibility for interpreting the standard across different situations, while ensuring objectivity in legal decisions. Thus, analogy balances the open nature of reasonableness with the need for predictable legal outcomes.

Differences between analogy and judicial discretion are systematized, and the study argues for the feasibility of using analogy in procedural law.

Based on this research, the author formulates a series of theoretical conclusions and proposals.

Keywords: analogy, statutory analogy, legal analogy, arbitration, good faith, pre-trial dispute resolution, conflict, mediation, rule of law, legal gaps, legal certainty, interpretation, commercial legislation, commercial litigation, economic activity, economic law, economic proceedings, precedent, self-regulation, judicial discretion, commercial law, law enforcement activities.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Капцова Т.П. Прогалина в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С.90-98. DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.15>

URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/3/16.pdf>

2. Bakalinska O., Honcharenko O., Kaptsova T., Babadzhanian H. Advocacy of competition in the world and Ukraine: comparative characteristics. *AJEE* 2022. № 4. (16). DOI <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-n000428>

URL: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1666107248.pdf

3. Капцова Т.П. Теоретичні засади застосування аналогії в господарському праві. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. №12. С. 144-146. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-12/34>

URL: http://lsej.org.ua/12_2023/34.pdf

4. Капцова Т.П. Застосування суддівського розсуду у разі застосування аналогії в господарському судочинстві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія юридичні науки*. 2023. № 6. С. 9-14. DOI <https://doi.org/10.32999/ksu2307-8049/2023-6-2>

URL: <https://lj.journal.kspu.edu/index.php/lj/article/view/405/370>

5. Капцова Т.П. Співвідношення інституту аналогії з суміжними способами подолання прогалин в господарському судочинстві. *Право і суспільство*. 2023. № 6. С. 129-135. DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2023.6.19>

URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2023/6_2023/19.pdf

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Капцова Т.П. Аналогія закону та аналогія права в господарських правовідносинах. Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства: збірник наукових праць. Випуск 4. К.: Науково-

дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2021. С. 176-184.

7. Капцова Т.П. Особливості застосування аналогії в господарському судочинстві. Теоретичні та практичні проблеми реалізації норм права: матеріали ІХ Міжнародної науково-практичної конференції, м. Кременчук, 22-23 грудня 2023 року. Львів-Торунь: 2023. С. 123-126.

8. Капцова Т.П. Застосування аналогії права в господарському судочинстві – шлях до забезпечення правової визначеності. Становлення і розвиток правової держави: проблеми теорії і практики матеріали ІХ Міжнародної науково-практичної конференції, м. Миколаїв, 21 грудня 2023 року. Львів-Торунь: 2023. С. 24-28.

ЗМІСТ

Вступ.....	12
РОЗДІЛ I. ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ АНАЛОГІЇ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	22
1.1. Поняття аналогії та її роль у забезпеченні ефективності господарського судочинства.....	22
1.2. Правові прогалини як передумови застосування аналогії в господарському судочинстві.....	44
1.3. Аналогія закону і аналогія права як способи подолання прогалин та підвищення ефективності господарського судочинства.....	63
1.4. Співвідношення аналогії з суміжними поняттями.....	79
Висновки до Розділу I.....	97
РОЗДІЛ II. УМОВИ ТА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ АНАЛОГІЇ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	105
2.1. Подібність правовідносин як умова допустимості застосування аналогії в господарському судочинстві.....	105
2.2. Використання принципів права при застосуванні господарським судом аналогії права.....	114
2.3. Роль суддівського розсуду при застосуванні аналогії в господарському судочинстві.....	136
2.4. Процесуальна аналогія в господарському судочинстві.....	147
Висновки до Розділу II.....	155
ВИСНОВКИ.....	159
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	165
ДОДАТКИ.....	182

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Важливими якостями формування і функціонування будь-якої правової системи є її ефективність і цілісність, що здатні забезпечити фактичне досягнення поставлених перед нею цілей і завдань. Одним з важливих завдань держави є перетворення правової системи в цілісну взаємоузгоджену систему, що здатна реально і повно забезпечити пріоритет загально визнаних прав і свобод особистості, доступність правосуддя і можливість судового захисту, а також ефективність та прозорість відновлення порушених прав.

У чинному українському господарському законодавстві є численні прогалини та суперечності; окремі положення та навіть правові акти допускають різне тлумачення тих чи інших господарських відносин, що призводить до виникнення численних дефектів у правозастосовній діяльності, зловживань, порушення прав і законних інтересів суб'єктів господарювання і громадян.

До цього слід додати об'єктивний динамізм господарського законодавства, прийняття законодавцем нових законів у зв'язку як з необхідністю урегулювання нових аспектів економічних відносин, так і процесом переговорів щодо вступу України до Європейського Союзу, що вимагає приведення українського законодавства у відповідність до *acquis* ЄС. Поряд з цим відбувається розширення сфери застосування норм міжнародних договорів та рішень міжнародних інституцій в правозастосовній, зокрема судовій практиці. Позитивним аспектом сучасного періоду є забезпечення єдності судової практики та формування позицій Великою Палатою Верховного Суду, або Касаційним господарським судом у складі Верховного суду. Саме в цих випадках на допомогу суддям спрямовується весь потенціал правової системи, зокрема і такі класичні теоретичні конструкції як аналогія, розширене тлумачення та судовий прецедент набувають нового змістовного виміру та практичного застосування.

Військова агресія РФ проти України також призводить до змін в законодавстві та судовому правозастосуванні, оскільки господарські суди

змушені працювати не тільки в нових умовах, а й стикаються з необхідністю розгляду значної кількості справ, що пов'язані з порушенням умов забезпечення і виконання господарських договорів, дезорганізацією господарської діяльності, залучення до господарської діяльності нових суб'єктів, необхідністю реагування на дисбаланси, що виникають в господарській діяльності внаслідок війни. І це все відбувається в умовах триваючої майже п'ятнадцять років судової реформи. За таких умов першочергового значення набуває здатність правової системи за допомогою наявних в ній інструментів адаптуватися до ситуацій, що вимагають оперативного вирішення правових конфліктів при виявленні прогалин у правовому регулюванні господарсько-правових відносин.

У правовій системі України такими інструментами є аналогія закону і аналогія права. Інститут аналогії покликаний забезпечити можливість прийняття рішення правозастосовними органами, зокрема господарськими судами, при наявності прогалин у праві та сприяти повноцінному виконанню правом своїх завдань і функцій. Сучасна динаміка економічного життя вимагає адаптації правових підходів до нових відносин, зокрема тих, що стосуються віртуальних активів, онлайн-платформ та штучного інтелекту. У цій ситуації юридична аналогія є важливим інструментом, що допомагає врівноважувати інновації з правовою стабільністю, заповнюючи прогалини в законодавстві. Крім того, у порядку аналогії застосовуються конституційні принципи і загальні засади права (законодавства), які виражають саму суть законодавства.

Проте склалася ситуація, за якої законодавче регулювання застосування аналогії закону та права господарськими судами і наукове осмислення цього правового феномена йдуть своїми шляхами і не узгоджуються. Це шкодить і законотворчості, і правозастосуванню, і науці. Тому є підстави для висновку про актуальність дослідження застосування господарськими судами аналогії в процесі здійснення судочинства.

Теоретична основа дослідження. Інститут аналогії був предметом спеціальних досліджень таких вітчизняних вчених-правників, як: Беяневич О.А., Довгерт А.С., Завальнюк С.В., Калашник О.М., Колотова О.В.,

Клім С.І., Кройтор В.А., Майданик Р.А., Матат Ю.І., Орзіх В.М., Печений О.П., Погребняк С.П., Смітюх А.В., Спасибо-Фатєєва І.В., Харитонов Є.О., Харитонова О.І., Шмаленя С.В. Втім, переважну частину цих досліджень виконано в рамках наук цивільного та цивільного процесуального права.

Дотичні до теми дослідження питання ефективності господарського права і господарського судочинства, суддівського розсуду, прецеденту досліджувалися в роботах: Бакалінської О.О., Бутирського А.А., Вінник О.М., Деревянка Б.В., Дорошенко Л.М., Захарченка А.М., Знаменського Г.Л., Коваль І.Ф., Малишева Б.В., Пількова К.М., Подцерковного О.П., Притики Д.М., Стаднік І.В., Степанової Т.В., Резнікової В.В., Щербини В.С. та ін.

Використовувалися також роботи зарубіжних дослідників, як-от: Барак А., Кросс Р., Регельсбергер Ф., Циппеліус Р., Brewer S., Golding M. P., Haage J., Hunter D., Levi E., MacCormick D.N., Schauer F., Spelman B. та ін.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають в процесі виявлення і подолання прогалин в господарському законодавстві та процесі завдяки використанню аналогії в господарському судочинстві.

Предметом дослідження є застосування інституту аналогії в господарському судочинстві.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційна робота виконана відповідно до плану науково-дослідної діяльності юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса у межах теми «Правові засади господарсько-правового та адміністративно-правового забезпечення повоєнного відновлення та розвитку України» (ДР № 0124U004597), де автором проведено дослідження застосування аналогії в господарському судочинстві.

Мета дослідження полягає в обґрунтуванні положень щодо вдосконалення застосування інституту аналогії в господарському судочинстві та розробці пропозицій з розвитку відповідного законодавства.

Для досягнення зазначеної мети поставлено та вирішено такі завдання:

з'ясувати сутність аналогії та уточнити її роль у забезпеченні ефективності господарського судочинства;

дослідити явище правових прогалин як передумов використання інституту аналогії в господарськими судами України та здійснити класифікацію таких прогалин;

розкрити зміст інституту аналогії закону і аналогії права як способів подолання прогалин в господарському законодавстві України;

встановити співвідношення інституту аналогії і тлумачення, субсидіарного застосування права, відсильних норм та прецеденту;

вивчити і доопрацювати питання про подібність правовідносин як умову застосування аналогії в господарському судочинстві;

визначити і конкретизувати особливості застосування аналогії права в господарському судочинстві;

дослідити явище суддівського розсуду, уточнити його межі та співвідношення з аналогією;

з'ясувати допустимість застосування процесуальної аналогії господарським судом.

Методологічна основа дослідження. Для досягнення мети та виконання завдань дослідження використовувались загальні та спеціальні методи наукового пізнання. Зокрема, застосування діалектичного методу дало змогу дослідити роль аналогії як інструменту віднайдення балансу між сприянням інноваціям та забезпеченням правової визначеності при здійсненні правосуддя господарськими судами (підрозділ 1.1), визначити відмінності аналогії та суддівського розсуду (підрозділ 2.3). Системно-структурний метод дозволив дослідити сутність аналогії на різних рівнях (підрозділ 1.1), провести класифікацію правових прогалин (підрозділ 1.2), визначити систему правових принципів, які мають головне значення для застосування аналогії права (підрозділ 2.2). За допомогою формально-логічного методу аналогію було відмежовано від суміжних правових явищ – розширювального тлумачення правових норм, субсидіарного застосування правових норм, застосування відсильних норм та прецеденту

(підрозділ 1.4.), обґрунтовано раціональну модель застосування аналогії (підрозділ 2.1). Порівняльно-правовий метод дав змогу визначити спільні та відмінні риси аналогії у системі загального та континентального права (підрозділ 1.1), відмінні риси прецеденту та практики ЄСПЛ і Суду ЄС (підрозділ 1.4). Метод аналізу використано при дослідженні практики застосування аналогії господарськими судами за окремими категоріями справ (підрозділ 1.3, 2.1), метод синтезу – при узагальненні практики господарських судів щодо застосування принципів добросовісності, справедливості, розумності (підрозділ 2.2). Метод прогнозування дав змогу виявити недоліки чинного господарського та господарського процесуального законодавства в контексті правового регулювання даного правового інституту та виявити шляхи удосконалення нормативно-правового регулювання (підрозділи 2.1., 2.3., 2.4). У процесі дослідження використовувалися також інші загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання.

Новизна дисертаційного дослідження. У дисертації вперше у вітчизняній науці господарського права запропоновано науково-теоретичне обґрунтування передумов, умов та меж застосування інституту аналогії в господарському судочинстві.

Наукова новизна одержаних у дисертації результатів конкретизується в наступних основних положеннях, висновках та пропозиціях, а саме:

Вперше:

виокремлено рівні розуміння аналогії залежно від сфери її застосування: (1) аналогія як компонент інтелекту; (2) аналогія як особливість юридичного мислення загалом; (3) аналогія як тип міркування у правовій системі загального права; (4) аналогія як інститут континентальної правової системи, та визначено ключові характеристики аналогії на кожному з рівнів;

визначено і систематизовано спільні та відмінні риси аналогії у системі загального права та континентальній правовій системі. Спільними рисами аналогії є такі: вона забезпечує можливість вирішення спорів за відсутності правила, що безпосередньо стосується спору; використовується для

урегулювання ситуацій, пов'язаних з виникненням не врегульованих суспільних відносин; заснована на керівному принципі «подібні ситуації – подібні результати» («ubi eadem est ratio, ibi idem ius»); спрямована на однакове вирішення не справи в цілому, а певного питання права, яке є істотним для винесення рішення по суті. До відмінних рис належать: *основне призначення* (у загальному праві аналогія найчастіше використовується для поширення існуючих прецедентів на нові ситуації з подібними фактами, у континентальному – для заповнення прогалів у законодавстві); *сфера дії за колом випадків* (у загальному праві аналогія може включати виведення правила з певної справи, яке потім застосовується до необмеженої кількості подібних справ, у континентальному – аналогія завжди поширюється тільки на окремий випадок); *методологія застосування* (у загальному праві міркування за аналогією зазвичай включає детальне порівняння фактів і юридичних принципів з попередніх справ, у континентальному – головна увага приділяється пошуку основних засад законів); *регламентованість застосування* (у загальному праві судді мають більше свободи у застосуванні аналогії, у континентальному – існують строгі умови застосування аналогії та заборони її застосування у визначених сферах); *умови застосування* (у загальному праві аналогія можлива, якщо вдається знайти відповідний прецедент, у континентальному – у разі відсутності правових норм, які регулюють подібні відносини, можуть бути застосовані принципи права); *структура аналогії* (у загальному праві види аналогії не виділяють, у континентальному – виділяють аналогію закону та аналогію права);

розмежовано правову природу та правові наслідки застосування аналогії судами та іншими суб'єктами: (а) застосування аналогії судами є здійсненням правосуддя, тимчасом як для інших суб'єктів це – звичайне правозастосування; (б) судові рішення, засноване на аналогії, має статус офіційного тлумачення закону, на відміну від рішень, прийнятих на основі аналогії іншими суб'єктами; (в) у разі, якщо застосування аналогії покладене в основу правової позиції Верховного Суду, така правова позиція є обов'язковою для врахування судами

при вирішенні наступних подібних справ, доки Верховний Суд не відступить від своєї правової позиції у порядку, визначеному статтею 302 ГПК, тимчасом як застосування аналогії іншими суб'єктами не зв'язує третіх осіб;

запропоновано використовувати раціональну модель застосування аналогії, згідно з якою правило слід застосовувати до справи, якщо, і тільки якщо, підстави застосування переважають підстави незастосування. Тобто, замість простої констатації подібності або відсутності подібності правовідносин, слід визначити конкретні аргументи «за» і «проти» встановлення подібності, і провести зважування таких аргументів.

Удосконалено:

класифікацію правових прогалин шляхом виділення видів прогалин за низкою критеріїв: *залежно від причин виникнення* (об'єктивні чи суб'єктивні причини) – первинні та похідні прогалини; *залежно від способу виявлення* – прогалини формулювання та оціночні прогалини; *залежно від суттєвості правових наслідків* – звичайні законодавчі прогалини (лакуни), та законодавчі упуцнення. Систематизовано відмінності між звичайною прогалиною (лакуною) та законодавчим упуцненням: *звичайна прогалина*: стосується ситуації, коли немає конкретної правової норми, застосовної до питання або випадку; виникає через недогляд законодавця, або новизну питання, але ніколи не охоплюється наміром законодавця (не є навмисною); може бути подолана шляхом застосування аналогії, шляхом тлумачення або субсидіарного застосування правових норм; *законодавче упуцнення*: має місце, коли законодавець не приймає необхідний закон або не урегулює певний аспект, що порушує конституційні норми, принципи, гарантії, права і свободи людини; може бути ненавмисним (недогляд або помилка в законотворчому процесі) або навмисним (свідоме рішення не приймати закони з певного питання); вимагає законодавчого втручання – тимчасове подолання шляхом застосування аналогії не є достатнім;

розмежування прецеденту в системі загального права та юридичної аналогії в континентальному праві шляхом встановлення таких відмінностей: (1) судовий прецедент має нормативний характер, може і повинен застосовуватись

необмежену кількість разів до невизначеного кола осіб і ситуацій протягом необмеженого проміжку часу; (2) право створювати судові прецеденти надається тільки судам вищих інстанцій (інстанційний критерій); (3) судовий прецедент повинен бути оприлюднений в офіційному виданні. Тимчасом застосування аналогії не має нормативного характеру, до аналогії може звертатися суд будь-якої інстанції, вимог щодо офіційного опублікування відповідних судових рішень немає;

визначення співвідношення між аналогією та суддівським розсудом шляхом встановлення їх відмінностей: *аналогія*: може застосовуватися як судом, так і іншими суб'єктами правозастосування; застосовується виключно за наявності прогалини у праві з метою її подолання; передбачає застосування правових норм, що регулюють подібні, але не тотожні правовідносини (аналогія закону), або правових принципів (аналогія права); це логічний, структурований метод поширення існуючих правових норм або принципів на нові ситуації, передбачає умовивід аналогії (аналогія закону) або умовивід силогізму (аналогія права), підпорядковується строгим умовам щодо допустимості застосування; головною метою є забезпечення правової визначеності (подібні справи повинні вирішуватися подібним чином); *суддівський розсуд*: застосовується виключно судом; наявність прогалини у праві не є обов'язковою умовою застосування; стосується свободи суддів приймати рішення в тих сферах, де закон дозволяє вибирати між різними правовими рішеннями чи тлумаченнями; дозволяє суддям приймати рішення на основі унікальних обставин справи, але є більш гнучким і суб'єктивним, ніж міркування за аналогією; перелік вимог допустимості застосування відсутній; головною метою є пошук справедливого рішення, однак може призводити до меншої правової визначеності, оскільки результат більшою мірою залежатиме від тлумачення окремого судді та унікальних обставин справи.

Набули подальшого розвитку:

визначення ролі аналогії у забезпеченні ефективності господарського судочинства шляхом виділення основних аспектів впливу аналогії на таку ефективність: *послідовність і передбачуваність* (вирішення подібних справ на

подібних засадах зменшує невизначеність); *оптимізація ресурсів* (спрощується і пришвидшується прийняття рішень у справах, вивільняється ресурс для вирішення більш складних або новітніх справ); *справедливість і рівність* (вирішення подібних справ подібним чином сприяє справедливості і рівності перед законом, зменшує ймовірність довільного вирішення судових справ, посилюючи довіру до судової системи); *якість судових рішень* (судові рішення засновуються на міцних правових засадах, що сприяє зниженню рівня їх оскаржень); *адаптивність права* (правова система залишається релевантною та реагує на зміни в суспільних відносинах без потреби негайного оновлення законодавства);

аргументація щодо недоцільності визнання можливості усунення (а не тільки подолання) прогалин судом, оскільки: а) практика навіть Верховного Суду не є послідовною; б) вирішення судом конкретної справи за аналогією не завжди усуває необхідність виправлення недоліків правового регулювання законодавцем;

визначення системи правових принципів, які мають головне значення для застосування аналогії права: (I) загальноправовий принцип верховенства права, і передусім така його складова, як принцип правової визначеності; (II) принципи господарського права як галузеві принципи: принцип забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції); принцип економічної багатоманітності (ст. 15 Конституції); принцип захисту конкуренції у господарській діяльності (ст. 42 Конституції); принцип підтримки національного товаровиробника з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань України; принцип недопущення господарських зв'язків з державою-агресором (державою-окупантом); (III) загальні засади цивільного законодавства, визначені статтею 3 ЦК України, передусім справедливість, добросовісність і розумність;

характеристика зворотного зв'язку між принципом розумності і аналогією: застосовуючи аналогію, суди справляють вплив на розвиток і уточнення стандарту розумності, що проявляється, зокрема, в таких аспектах: коли

юридичні проблеми виникають у нових сферах, як-от онлайн-платформи чи штучний інтелект, суди використовують аналогію, щоб розширити концепцію розумності; розумність за своєю суттю є гнучким стандартом, але аналогія допомагає підтримувати послідовність правових підходів; розумність залежить від контексту, а аналогія забезпечує гнучкість, необхідну для тлумачення стандарту в різних ситуаціях, одночасно забезпечуючи об'єктивність правових рішень.

Практичне значення отриманих результатів полягає у тому, що вони можуть бути використані у науково-дослідній діяльності, у навчальному процесі під час викладання дисциплін «Господарське право», «Господарське процесуальне право», при підготовці підручників, навчальних посібників, у законотворчій та правозастосовній діяльності.

Наведені в дисертаційній роботі узагальнення та рекомендації можуть бути корисними у практичній діяльності. Окремі положення результатів дослідження рекомендовано до використання в правозастосовній діяльності ТОВ «Юридичне агентство «Абсолют» (Додаток А), а також впровадженні в навчальний процес Донецького національного університету імені Василя Стуса (Додаток Б).

Структура дослідження. Дисертація складається із вступу, двох розділів, що містять вісім підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації складає 184 сторінки, з яких основного тексту 164 сторінок. Робота містить список використаних джерел із 175 найменувань та додатки.

РОЗДІЛ I. ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ АНАЛОГІЙ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

1.1. Поняття аналогії та її роль у забезпеченні ефективності господарського судочинства

Забезпечення рівного доступу до правосуддя є однією з основних цілей нової програми розвитку людства до 2030 року, затвердженої Резолюцією Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25 вересня 2015 року¹. У свою чергу, верховенство права як комплексна юридична категорія складається з таких базових елементів, як: 1) дотримання основоположних прав людини, закріплених у Конституції та міжнародних актах, що є частиною національного законодавства України; 2) відповідність національних законодавчих актів принципу юридичної визначеності та основоположним правам, закріпленим у Конституції України та міжнародно-правових актах; 3) забезпечення кожному права на незалежний, неупереджений і справедливий суд, реальне виконання ухвалених судових рішень².

Згідно ст. 124 Конституції України³, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

Як вказує О.А. Беяневич, конституційна норма про поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі (частина 2 статті 124 Конституції України), доповнюється, зокрема, нормою частини 11 статті 11 Господарського процесуального кодексу України, якою встановлено

¹ Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року: Резолюція Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25.09.2015. URL: <http://sdg.org.ua/ua/resources-2/344-2030-2015> (дата звернення: 01.11.2024).

² Господарське законодавство України: перспективи модернізації на засадах сталого розвитку: монографія / під заг. ред. В.А. Устименка. Київ: НАН України, Інститут економіко-правових досліджень, 2019. С. 250.

³ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

заборону відмови у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Цей припис має досить давню історію. Вперше заборона відмови у розгляді справи під приводом лакуни в законі, незрозумілості або недосконалої (недостатності) закону та можливість притягнення судді до відповідальності за відмову в правосудді була закріплена в ст. 4 Французького цивільного кодексу⁴.

До завдань суду Закон України «Про судоустрій та статус суддів»⁵ відносить здійснення правосуддя на засадах верховенства права, забезпечення кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Діяльність судів виконує в суспільстві стабілізаційну функцію. Концепція правосуддя визначає судову владу не просто як інструмент, хоча й дуже важливий, для розв'язання суперечностей, а і як рівноправного партнера законодавчої і виконавчої влади у врегулюванні суспільних процесів.

Слушно відзначав Д.М. Притика, що відмінність судової влади від інших гілок державної влади – це наділення судової влади функцією здійснення правосуддя. Ця функція не може бути делегована чи привласнена іншими органами чи посадовими особами⁶. М. Смокович взагалі вважає, що функцією судової влади є лише здійснення правосуддя⁷.

За визначенням В.М. Лаговського, правосуддя – це особлива функція державної влади, що здійснюється через розгляд і вирішення в судових засіданнях юридичних справ зі спорів, стосовних до прав та інтересів громадян, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань та кримінальних справ і застосування встановлених законом карних заходів щодо осіб, винних у

⁴ Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. К.: Юрінком Інтер, 2006. С.265.

⁵ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

⁶ Притика Д.М. Судова влада України на межі третього тисячоліття. *Вісник господарського судочинства*. 2012. № 6. С. 25.

⁷ Смокович М. Судова влада: місце в суспільстві та судовий контроль. *Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України*. 2012. № 3. С. 37.

вчиненні злочину, або виправдання невинних⁸. Конституційний Суд України в рішенні № 3-рп/2003 від 30 січня 2003 р. встановив, що «правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах» (абзац 6 пункту 9)⁹.

У юридичній літературі поняття «правосуддя» і «судочинство», як правило розмежовують. Зокрема В. Бігун зазначає, що «правосуддя включає судочинство як діяльність суду, однак судочинство ще не є правосуддям», тож «терміни правосуддя і судочинство є відмінними за специфічним змістом юридичними термінами. Їхнє вживання як синонімічних є недоцільним і має бути обумовленим. Розуміння суті правосуддя можна сформулювати так: функціональне розуміння правосуддя ототожнює його з судочинством, судовим розглядом справ, тоді як друге, змістовне розуміння, акцентує на внутрішніх характеристиках судової діяльності. Якщо перше акцентує на функціях та суб'єктному складі діяльності, то друге – на змісті судового процесу та його меті, зокрема справедливості... Тому закономірним є розуміння правосуддя як справедливості у значенні мети судочинства як судової діяльності»¹⁰.

Щодо визначення судочинства, а конкретніше – господарського судочинства, то, за визначенням О.В. Рожнова, це – діяльність господарського суду та інших учасників судового процесу з приводу вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності та розглядом інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, яка здійснюється у порядку передбаченому господарськими процесуальними нормами¹¹. Зазначене визначення є спірним в частині здійснення судочинства «іншими учасниками судового процесу»; крім того, недоліком цього визначення є його формалізм і відсутність жодних вказівок на здійснення господарськими судами правосуддя.

⁸ Лаговський В.М. Правосуддя як основна функція судів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2014. Випуск 29. Частина 2. Том 3. С.20.

⁹ Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2003 від 30.01.2003 (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁰ Бігун В.С. Філософсько-правове осмислення правосуддя (щодо розмежування понять «судочинство» і «правосуддя»). *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2009. Вип. 48. С.22, 25.

¹¹ Рожнов О.В. Судочинство в господарських судах: навч. посіб. для здобувачів вищ. освіти. Харків: Право, 2020. С. 6.

Більш ґрунтовною є позиція А.А. Бутирського, згідно з якою при визначенні поняття «господарське судочинство» особлива увага має бути приділена його характеристикам, до яких автор відносить такі:

- 1) господарське судочинство є формою здійснення правосуддя;
- 2) господарське судочинство здійснюється спеціально створеними органами – господарськими судами;
- 3) господарське судочинство захищає права та охоронювані законом інтереси підприємств, установ, організацій, інших юридичних осіб (у тому числі іноземних), громадян, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності;
- 4) юрисдикція господарських судів поширюється на всі господарські спори, крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення;
- 5) правосуддя в господарських судах здійснюється на засадах верховенства права, законності, рівності усіх учасників господарського процесу перед законом і судом, змагальності сторін, диспозитивності та офіційного з'ясування всіх обставин у справі, гласності і відкритості господарського процесу.

Виходячи з наведених ознак, автор визначає господарське судочинство як «передбачену законом форму реалізації судової влади у сфері господарських правовідносин у порядку, визначеному ГПК України, направлену на захист прав, свобод та інтересів суб'єктів господарювання та, в окремих випадках, держави»¹².

Далі у розумінні господарського судочинства виходимо з того, що воно є правосудним, тобто, рішення приймаються господарськими судами у відповідності з законом та принципом верховенства права. Тим більше, що за статистикою Європейського суду з прав людини показник невідповідності рішень

¹² Бутирський А.А. Вирішення господарських спорів в Україні та країнах Східної Європи: дис... докт. юрид. наук (12.00.04). Київ, 2015. С.112.

господарських судів України міжнародним нормам найнижчий серед усіх інших судів¹³.

Так, відповідно до ч.1 ст. 2 ГПК України завданням господарського судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави. Це завдання, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі (ч. 2 ст.2 ГПК).

Варто погодитися з О.П. Подцерковним про те, що судочинство у сфері розгляду господарських спорів завжди було предметом підвищеної уваги з боку держави, бізнесу, громадянського суспільства та юридичної спільноти. Причина цьому – забезпечення господарським судочинством найважливішої частини суспільного буття – економіки, від розвитку якої залежить функціонування усіх наведених суб'єктів¹⁴.

Цілком природно, що застосування правил господарського законодавства переважає у повсякденній діяльності господарського суду. Г.Л. Знаменський зазначає: «Безпосередній предмет регулювання господарського законодавства – це господарська діяльність. Під нею (господарською діяльністю) мається на увазі процес виробництва та реалізації продукції, виконання робіт та надання послуг, а також забезпечення цього процесу необхідними ресурсами (перш за все всього фінансовими та матеріальними)»¹⁵.

Господарські правовідносини охоплюють правове регулювання організації виробництва, обігу і майнових відносин суб'єктів господарювання. Г.Л. Знаменський вважає, що «господарські правовідносини – це особливий вид суспільних відносин, що виникають у результаті впливу норм права на фактичні,

¹³ Аналіз стану здійснення правосуддя при розгляді господарських справ за 2021 рік: КГС ВС. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/sud_pract/2021_analiz_KGS.pdf (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁴ Подцерковний О.П. Щодо реформування господарської юстиції у світлі нових концепцій. *Аналітично-порівняльне правознавство. Електронне наукове видання*. 2023. №4. С.202. DOI: 10.24144/2788-6018.2023.04.32.

¹⁵ Знаменський Г.Л. *Хозяйственное право: Учебник*/ В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. К.: Юринком Интер, 2002. 912 с.

реальні відносини в суспільстві і становлять проміжну ланку між нормою права та фактичними суспільними відносинами»¹⁶.

За визначенням В.С. Щербини «господарські правовідносини – це відносини між господарюючими суб'єктами (підприємствами, підприємцями) та органами управління, які утворюються у процесі організації і безпосередньої господарської діяльності»¹⁷.

Ширше визначення господарських правовідносин пропонує О.М. Вінник, на думку якої під господарськими правовідносинами слід розуміти «врегульовані нормами господарського права суспільні відносини, котрі виникають у сфері господарювання щодо безпосереднього здійснення господарської діяльності та/або організації/керівництва такою діяльністю, характеризуються особливим суб'єктним складом, а також поєднанням організаційних та майнових елементів»¹⁸.

Нормативно-правове визначення господарських правовідносин закріплює стаття 1 Господарського кодексу України: «господарськими визнаються відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання» (ГК втрачає чинність 28.08.2025 р. відповідно до Закону України від 09.01.2025 р. «Про особливості регулювання діяльності юридичних осіб окремих організаційно-правових форм у перехідний період та об'єднань юридичних осіб»¹⁹).

Стрімкий розвиток технологій кардинально змінює ландшафт економічної діяльності, породжуючи явища, що кидають виклик традиційним регуляторним рамкам. Із зростанням темпів інновацій збільшується розрив між новими економічними реаліями та правовими структурами, покликаними їх регулювати.

¹⁶ Знаменский Г.Л. Новое хозяйственное право. Избранные труды: сб. науч. трудов. Киев: Юринком Интер, 2012. 488 с.

¹⁷ Щербина В.С. Господарське право: підручник. 6-те вид. Київ: Юринком Інтер, 2013. С. 28.

¹⁸ Вінник О.М. Господарське право: курс лекцій (загальна частина). Київ: Ліра-К, 2017. С. 9.

¹⁹ Про особливості регулювання діяльності юридичних осіб окремих організаційно-правових форм у перехідний період та об'єднань юридичних осіб: Закон України від 09.01.2025 № 4196-ІХ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4196-20#Text> (дата звернення: 24.04.2025).

Електронна комерція є одним з перших яскравих прикладів цього розриву. Інтернет революціонував торгівлю, надавши бізнесу можливість миттєво контактувати зі споживачами і виходити на глобальні ринки. Однак правова інфраструктура для електронної комерції розвивалася повільно. Такі питання, як захист споживачів, електронні договори та оподаткування транскордонних операцій, довгий час залишалися в сірій зоні, змушуючи суди та законодавців наздоганяти зміни. В Україні Закон «Про електронну комерцію» було прийнято лише у 2015 році²⁰, хоч фактичні відносини у цій сфері склалися задовго то того.

Виникнення шерингової економіки, яка розвивається завдяки платформам на кшталт Uber та Airbnb, ще більше підкреслює труднощі, з якими стикається законодавство. Шерингову економіку (*sharing economy*, також економіка спільного користування) визначають як модель, що дозволяє обмін товарами та послугами між окремими особами або суб'єктами господарювання шляхом використання недостатньо задіяних ресурсів із застосуванням технологій з метою максимізації соціальних, економічних та екологічних вигод від їх використання²¹. Відповідні цифрові платформи переосмислили працю і надання послуг, розмиваючи межі між незалежними підрядниками та працівниками, а також між особистою та комерційною діяльністю. Традиційне трудове та житлове законодавство не завжди підходять до цих нових бізнес-моделей, що призводить до конфліктів, судових справ і закликів до реформ²².

Криптовалюта та інші віртуальні активи (криптоактиви) так само більше ілюструють труднощі, з якими стикається право, намагаючись не відставати від інновацій. Біткоїн, перша криптовалюта, з'явився у 2008 році²³, але знадобилися роки, щоб держави усвідомили наслідки його появи. Навіть зараз, коли

²⁰ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

²¹ Haqqani A.A.H., Elomri A., Kerbache L. Sharing Economy: A Systematic Review of Definitions, Drivers, Applications, Industry status and Business models. *IFAC-PapersOnLine*. 2022. Volume 55, Issue 10. P. 490-495. DOI: 10.1016/j.ifacol.2022.09.441.

²² Див. напр.: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 December 2017. *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain*, SL. Case C-434/15. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0434> (дата звернення: 01.11.2024).

²³ Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2008. URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (дата звернення: 01.11.2024).

криптоактиви широко поширені, регуляторні рамки їхнього функціонування залишаються фрагментованими та непослідовними. Крім того, децентралізована природа блокчейн-технології кидає виклик традиційним уявленням про регулювання та контроль, тимчасом як держави намагаються відстояти свою владу над ринками. В Україні 17.02.2024 р. було прийнято Закон «Про віртуальні активи»²⁴, однак він досі не набув чинності.

Штучний інтелект (ШІ) являє собою ще один рубіж, де законодавство не встигає за технологічним прогресом. ШІ трансформує індустрії, автоматизуючи завдання, оптимізуючи операції та створюючи нові форми цінностей, однак його швидкий розвиток викликає етичні та правові питання, які наявне правове регулювання поки що не може вирішити. Наприклад, залишаються невирішеними питання щодо відповідальності у випадках помилок ШІ, захисту персональних даних та можливості упередженості та дискримінації в алгоритмах ШІ. Оскільки системи ШІ стають більш автономними та інтегрованими в повсякденне життя, потреба у всебічному його правовому регулюванні зростає, але законодавство продовжує відставати від практичних реалій.

Згадані сфери (електронна комерція, шерингова економіка, ринки криптоактивів, використання штучного інтелекту) характеризуються стрімким розвитком, високим ступенем новизни та наявністю значних прогалів у чинному правовому регулюванні. Ці сфери репрезентують новітні бізнес-моделі, які постійно трансформуються під впливом цифрових технологій і часто виходять за межі усталених юридичних категорій.

Як зазначають О.М. Вінник, Т.Г. Попович та Б.В. Деревянко, відносини цифровізації неоднозначні, оскільки використання цифрових технологій має не лише переваги (можливість діяти ефективно, швидко, дистанційно, в транснаціональному масштабі), але пов'язано із значними ризиками (загроза виходу з-під контролю людини штучного інтелекту; значна енерговитратність, що збільшує вуглецевий слід; кіберзлочинність). Відтак, відносини цифровізації

²⁴ Про віртуальні активи: Закон України від 17.02.2024 № 2074-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text> (дата звернення: 24.04.2025).

потребують регулювання з метою забезпечення соціального спрямування цього процесу, що включає стимулювання суспільно корисне використання цифрових технологій та зменшення ризиків/загроз, пов'язаних з цифровізацією²⁵.

Оскільки технології продовжують розвиватися небаченими темпами, право постійно опиняється в реактивній позиції. Законодавці та регулятори стикаються з викликом створення правил, достатньо гнучких для того, щоб враховувати інновації, але водночас здатних захищати суспільні інтереси. Однак швидка поява нових економічних явищ часто означає, що до моменту ухвалення законів ландшафт уже змінився.

У такому динамічному середовищі суди опиняються в ситуації необхідності віднайдення балансу між сприянням інноваціям і забезпеченням того, щоб правові рамки були досить міцними для вирішення викликів, що виникають через нові технології. Важлива роль при цьому належить аналогії.

Категорія «аналогія» (грец. *Analogia* – відповідність, схожість) має широку сферу застосування, використовується в різних галузях знань. У найбільш загальному вигляді під аналогією розуміється схожість у будь-якому аспекті між предметами, явищами, поняттями. З філософської точки зору аналогія є умовиводом, відповідно до якого від зовнішньої схожості предметів і явищ за одними властивостями, робиться висновок про можливість схожості за іншими властивостями²⁶.

Як вказує А.С. Довгерт, ще римські юристи писали про аналогію, називаючи цей прийом висновком за схожістю. Попри багатовікову історію вивчення і застосування юридичної аналогії, вона містить ще багато таємниць і суперечливих положень²⁷.

Аналогія – це порівняння двох речей, які не є ідентичними або буквально схожими, що має пояснювальний або прогнозуючий ефект. Це означає, що два

²⁵ Вінник О.М., Попович Т.Г., Деревянко Б.В. Регулювання відносин цифрової економіки: окремі аспекти. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Том 29. № 3. С.197.

²⁶ Геращенко Т.Г. Філософія у стислому викладі: Навчальний посібник. Суми, Університетська книга, 2015. 180 с. С.83

²⁷ Довгерт А.С. Юридична аналогія в Цивільному кодексі та судовій практиці України. *Приватне право*. 2013. №1. С. 159.

об'єкти порівнюються, і результат, висновок або визначення, які стосуються одного з них, вважаються такими самими, як і в іншого. Зазвичай, ми порівнюємо об'єкти, результат одного з яких нам відомий, і припускаємо, що результат іншого буде таким самим²⁸.

Можна виділити різні рівні розуміння аналогії залежно від сфери її застосування.

1) Аналогія як компонент інтелекту.

Практично кожен проводить аналогії, і загально визнано, що мислення за аналогією є ключовим компонентом інтелекту.

Більшість дослідників погоджуються, що аналогія є фундаментальною – або щонайменше дуже важливою – у креативному мисленні. Фахівці у сфері когнітивної науки загалом погоджуються щодо її основ. Головними характеристиками аналогії є поняття відображення (англ. *mapping*, дослівно – картографування) роль вихідної та цільової сфер, а також функціонування окремих частин процесу²⁹.

Перший крок у застосуванні аналогії полягає у визнанні релевантної схожості між певним попереднім набором фактів і набором фактів, який наразі потребує рішення. Усвідомивши цю схожість, ті, хто формулює юридичні аргументи або приймає юридичні рішення, ідентифікують аналогію і на цій основі роблять висновок, що результат, досягнутий на основі попередніх фактів, має бути таким самим у даному випадку. Якщо описувати процес мовою психологічного дослідження аналогії, то суб'єкти правозастосування ідентифікують (або знаходять) минуле рішення або набір фактів як джерело, а потім використовують результат, отриманий для цього джерела, щоб аргументувати, виправдати або спрямувати (або контролювати) результат для поточної, або цільової, ситуації. Перехід від джерела до цілі технічно називається відображенням, і традиційна точка зору на важливість міркування за аналогією в

²⁸ Hunter D. Reason is too large: Analogy and precedent in law (August 14, 2000). P. 8. URL: <https://ssrn.com/abstract=239739> (дата звернення: 01.11.2024).

²⁹ Ibid. P.14.

праві стверджує, що пошук джерела і відображення цього джерела на цільову ситуацію є центральним методом прецедентного права³⁰.

2) Аналогія як особливість юридичного мислення загалом.

Відгалуженням традиційного погляду на аналогію в праві як на особливий спосіб формулювання аргументів і прийняття рішень є твердження, що володіння аргументацією за аналогією є важливим компонентом «юридичного мислення». Вважається, що судді та інші юристи навчені робити умовиводи за аналогією, особливо в умовах прецедентного права, і тому клас юристів характеризується особливою експертизою в міркуванні за аналогією, якою не володіють ті, хто не має юридичної освіти³¹.

Втім, як вказують Ф. Шауер та Б. Шпельман, справа не в тому, що юристи завдяки своїй професійній експертизі є більш вправними у мисленні за аналогією. Справа в тому, що, завдяки цій експертизі, юристи більш ймовірно бачитимуть зв'язки певного типу, зв'язки, які не зміг би виявити нефахівець. Саме у цій здатності бачити правові зв'язки, засновані на юридичних категоріях, можна вбачати те, що говорить на користь відмінності мислення за аналогією в праві від мислення за аналогією в інших сферах³².

Окремим вартиєм згадки випадком застосування аналогії в праві є аналогія у розумінні нових ситуацій та реформуванні законодавства. Щоб визначити, як слід вирішувати нову юридичну проблему – наприклад, регулювання нових технологій – можна застосувати близьку до цієї проблеми аналогію та запропонувати результат на основі цієї аналогії.

Д. Хантер наводить історичний приклад такої аналогії між дикими тваринами та нафтою. У Сполучених Штатах, як і в деяких інших юрисдикціях, права на поклади нафти, що знаходяться на землях певної особи, регулюються правилами, що походять від ранніх принципів власності, розроблених щодо диких тварин, *ferae naturae*. Ця аналогія виникла, коли судді та коментатори

³⁰ Schauer F., Spelman B. Analogy, expertise and experience. The University of Chicago Law Review. 2017: 84. P.105-106. URL: <https://ssrn.com/abstract=3064100> (дата звернення: 01.11.2024).

³¹ Ibid. P.113.

³² Ibid. P.117-118.

зіткнулися з новим ресурсом під назвою «нафта» і були змушені ухвалювати рішення щодо права власності на неї. Було виявлено, що між цими двома класами ресурсів існують певні спільні характеристики. Як зазначив Верховний суд Пенсильванії у справі *Westmoreland & Cambria Natural Gas Company v. DeWitt*, «вода і нафта, а ще більшою мірою газ, можуть бути віднесені до такої категорії, якщо аналогія не є надто вигадливою, як копалини *ferae naturae* (дослівно – дикі копалини – авт.). Подібно до тварин, і на відміну від інших копалин, вони мають здатність і тенденцію втікати без волі власника. Їхнє «тікаюче і блукаюче існування в межах певної ділянки є непевним»... Отже, володіння землею не обов'язково означає володіння газом. Якщо сусідній, або навіть віддалений власник, бурить свою землю і добуває ваш газ, внаслідок чого він потрапляє в його свердловину і під його контроль, то він більше не є вашим, а його». Тобто, зіткнувшись з новим об'єктом, суддя звернув увагу на виразну спільну характеристику між добре вивченою дикою твариною та невідомою нафтою: їхню здатність і схильність до втечі³³.

Більш сучасні приклади можна побачити в таких сферах, як захист нових типів технологій, як-от комп'ютерне програмне забезпечення або біотехнології. За відсутності законодавчого регулювання – яке або взагалі не здійснюється, або, в кращому випадку, відстає від суспільних відносин на кілька років – суди та коментатори покладаються на міркування за аналогією, щоб зрозуміти нові сфери та створити для них правові режими. Прикладами є аналогія між комп'ютерними програмами та книгами, де і ті, й інші мають, зокрема, текстові особливості, ідентифіковані структурні компоненти та людського автора; аналогія між комп'ютерною базою даних і розкладом залізничного транспорту, де і те, й інше містить скомпільовані факти, що зазвичай використовуються для бізнес-цілей; та аналогія між Інтернетом і телефонною компанією або газетою для цілей розгляду справ про наклеп. Таким чином, нові правові середовища розуміються через звернення до існуючих юридичних справ або принципів³⁴.

³³ Hunter D. Op.cit. P. 34-35.

³⁴ Ibid. P.35-36.

У новітній період яскравою категорією спорів, що вирішуються судами за допомогою мислення за аналогією, є спори, пов'язані з віртуальними активами (криптоактивами). Розглянемо основні питання, з яких застосовується аналогія, у цій сфері:

а) законодавство про цінні папери.

Один із найбільш відомих прикладів застосування аналогії у справах щодо криптоактивів – це застосування законодавства про цінні папери до первинних пропозицій монет (ICO). У справах на зразок *SEC v. Telegram Group Inc.*³⁵, суди США застосували «тест Гові» (*Howie test*) – стандарт із рішення Верховного суду 1946 року – щоб визначити, чи є криптоактив цінним папером. Суд дійшов висновку, що токени Gram від Telegram справді є цінними паперами, проводячи аналогію між традиційними інвестиційними контрактами та продажем криптотокенів для залучення капіталу;

б) право власності.

Суди також використовували аналогії з традиційним майном для вирішення питань, пов'язаних із власністю та контролем криптоактивів. Наприклад, у справі *AA v. Persons Unknown*³⁶ у Великобританії Високий суд Англії та Уельсу розглянув Bitcoin як «власність», яка може бути предметом заборонного припису. Міркування суду ґрунтувалися на аналогіях із традиційними формами власності, хоча Bitcoin не вписується точно в існуючі категорії, як-от фізична або інтелектуальна власність;

³⁵ Securities and Exchange Commission v. Telegram Group Inc. et al, No. 1:2019cv09439 - Document 227 (S.D.N.Y. 2020). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2019cv09439/524448/227/> (дата звернення: 01.11.2024).

³⁶ AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin [2019] EWHC 3556 (Comm) (13 December 2019) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html> (дата звернення: 01.11.2024).

в) договірне право.

У спорах, що стосуються смарт-контрактів – самовиконуваних контрактів, умови яких безпосередньо прописані в коді, суди іноді застосовують принципи традиційного договірного права. Наприклад, у справі *SEC v. Ethereum*³⁷ Комісія з цінних паперів США мала визначити, чи може смарт-контракт бути виконаним відповідно до існуючих правових стандартів. Комісія застосувала міркування за аналогією, розглядаючи смарт-контракт як будь-який інший контракт, оцінюючи його на наявність оферти, акцепту та зустрічного задоволення;

г) законодавство про банкрутство.

У справах на зразок *In re HashFast Technologies LLC*³⁸, суди з банкрутства США мали визначити, як класифікувати та поводитися з криптовалютними активами у процесі банкрутства. Суди проводили аналогії з традиційними активами, розглядаючи Bitcoin та інші криптовалюти як «власність», яку можна включити до складу майна банкрута.

Хоч міркування за аналогією дозволяє судам застосовувати існуючі правові принципи до криптоактивів, воно також має свої обмеження. Унікальні характеристики криптовалют, як-от їх децентралізована природа та потенційна анонімність, можуть ускладнити застосування традиційних правових концепцій. Це може призводити до непослідовності у підходах до регулювання криптоактивів у різних юрисдикціях і підкреслює необхідність оновлених правових рамок, які спеціально враховують особливості криптоактивів.

3) Аналогія як тип міркування в правовій системі загального права.

Аналогія є фундаментальною основою правового мислення в правовій системі загального права.

Першим і головним прикладом міркування за аналогією у вказаній правовій системі є вирішення судових справ на основі прецеденту. Судді

³⁷ Securities and Exchange Commission. Securities Exchange Act of 1934 Release No. 84553 / November 8, 2018. Administrative Proceeding File No. 3-18888 in the matter of Zachary Coburn, Respondent. URL: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2018/34-84553.pdf> (дата звернення: 01.11.2024).

³⁸ Manatt Phelps & Phillips LLP. California Bankruptcy Judge Rules that Bitcoin Is Property, Not Convertible Currency, For Valuation Purposes Under Fraudulent Transfer Laws. March 24, 2016. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d80f280b-43e7-4168-bd7e-2d007a5652f5> (дата звернення: 01.11.2024).

зобов'язані вирішувати справу, що знаходиться на їхньому розгляді, відповідно до наявних прецедентів у певній сфері. Крім того, адвокати кожної зі сторін у справі, з очевидністю, повинні використовувати прецедент аналогічним чином, щоб надати судді основу для його/її рішення, заснованого на прецеденті³⁹.

Як зазначає Б.І. Квятковська, зазвичай в літературі суть дії прецеденту зводять до того, що подібні справи повинні вирішуватися однаково. В цьому, власне, і полягає зміст доктрини судового прецеденту. Але є очевидним, що ступінь подібності – критерій достатньо відносний, оскільки ймовірність абсолютної тотожності усіх істотних фактів дуже низька. Завжди існують розбіжності, які можуть вплинути на остаточний результат. Тому для доктрини прецеденту головне – це однакове вирішення не справи в цілому, а саме певного питання права, яке є істотним для винесення рішення по суті⁴⁰. Слід зазначити, що останнє стосується і аналогії в континентальній системі права.

Б.В. Малишев вказує, що основою доктрини прецеденту є принцип *stare decisis* (вирішити так, як було вирішено раніше), який повністю сформувався лише у ХІХ ст. У загальних рисах цей принцип можна визначити таким чином: кожний суд зобов'язаний слідувати прецеденту вищого суду, а апеляційні суди (крім Палати лордів) зв'язані своїми попередніми прецедентами. Втім, сила принципу *stare decisis* поширюється не на все рішення, обов'язковим є тільки його правовий принцип (*ratio decidendi*)⁴¹. Англійський юрист Р. Кросс писав, що *ratio decidendi* прецеденту – це будь-яка норма права, яка прямо або побічно тлумачиться суддею як необхідний крок у досягненні рішення, включаючи хід його міркувань чи обов'язкову частину його вказівки присяжним⁴².

Американський науковець, колишній Генеральний прокурор США Едвард Г. Леві, вказував, що основним зразком юридичного міркування є міркування за прикладом. Це триетапний процес, описаний доктриною прецеденту, в якому положення, що описує першу справу, перетворюється на правову норму, яка

³⁹ Hunter D. Op.cit. P. 33.

⁴⁰ Квятковська, Б.І. Судовий прецедент: деякі теоретичні аспекти. Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія: Право. 2013. Вип. 21. Т.1. Ч.2. С.52.

⁴¹ Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. К.: Праксіс, 2008. С.102.

⁴² Cross R. Precedent in English law. 3rd ed. Clarendon Press Oxford, 1977. P.76.

потім застосовується до наступної подібної ситуації. Ці кроки такі: виявляється схожість між справами; далі оголошується правило, притаманне першій справі; потім це правове правило застосовується до другої справи⁴³.

Д. Хантер зазначає, що Е. Леві припустився помилки, вважаючи, що всі міркування за аналогією обов'язково мають включати виведення правила з певної справи, а після виведення правила, воно застосовується дедуктивно. Леві не врахував того, що аналогія може і не передбачати створення правила, а натомість може включати застосування прецеденту без обов'язкового його узагальнення до рівня правила⁴⁴. Так чи інакше, у системі загального права застосування аналогії кардинально відрізняється від континентальної системи: у континентальній системі регламентація відносин за аналогією завжди поширюється тільки на окремих випадок і не має юридичного значення для інших ідентичних ситуацій.

Ступінь тотожності справ визначається виходячи з порівняння їх суттєвих обставин та фактів. У зв'язку розумова діяльність судді або адвоката з цим зазвичай включає детальне порівняння фактів і юридичних принципів з попередніх справ. Оскільки повний збіг обставин рідко зустрічається на практиці, прецедентна система для того, щоб визначити, чи є у даному випадку аналогія, надає суддям дуже широких повноважень⁴⁵.

Слід також вказати, що, на відміну від континентального права, де виділяють два різні види аналогії – аналогію закону та аналогію права, у системі загального права застосовується єдине поняття «міркування за аналогією» (analogical reasoning).

4) Аналогія як інститут континентальної правової системи.

Велика Палата Верховного Суду в постанові від 08.06.2022 у справі № 2-591/11⁴⁶ вказала, що інститут аналогії закону і аналогії права первісно був

⁴³ Levi, Edward H. An Introduction to Legal Reasoning. *University of Chicago Law Review*: 1948. Vol. 15: Iss. 3, Article 2. P.501-502.

⁴⁴ Hunter D. Op.cit. P. 57-58.

⁴⁵ Малишев Б.В. Вказ. праця. С.103.

⁴⁶ Постанова Великої Палати Верховного суду від 08.06.2022 у справі № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105110382> (дата звернення: 01.11.2024).

доктринально обґрунтований і застосовувався судами задовго до часткового відображення цього інституту в законодавстві.

Так, ще на початку ХХ ст. професор Є. Васьковський визначав аналогію як «вирішення випадку, непередбаченого діючим правом, на основі норми, яка визначає схожий випадок... Якщо ця норма виражена в законі, то поширення її на схожий випадок буде аналогією закону; якщо ж вона попередньо повинна бути виведена із загальних принципів діючого права, то виходить аналогія права»⁴⁷.

Ідея аналогії ґрунтується на припущенні, що законодавець, який є справедливим, нормував би даний випадок так само, як він унормовував би схожі випадки (*ubi eadem legis ratio, ubi eadem legis dispositio*)⁴⁸

Наразі національне процесуальне законодавство прямо встановлює підстави для застосування аналогії судами. Відповідно до частини 10 статті 11 Господарського процесуального кодексу України⁴⁹, «якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права)». Згідно з частиною 9 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України, «якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)»⁵⁰. Нарешті, частина 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України визначає, що «у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовуються для визначення підстав, меж

⁴⁷ Довгерт А.С. Вказ. праця. С.159.

⁴⁸ *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. URL: <https://www.rechtesay.at/wiki/ubi-eadem-legis-ratio-ibi-eadem-legis-dispositio/> (дата звернення: 01.11.2024).

⁴⁹ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

⁵⁰ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування»⁵¹.

Зазначені норми вказують на те, що аналогія застосовується для подолання *прогалін* у законодавстві. На відміну від країни системи загального права, в Україні аналогія завжди поширюється тільки на окремих випадок і не має юридичного значення для інших ідентичних ситуацій. При цьому суддівська свобода щодо застосування аналогії не є такою значною, як в системі загального права, оскільки аналогію припустимо застосовувати за наявності чітко встановлених умов і у визначених межах, які детально розглядатимуться у Розділі 2 цієї роботи.

Уявляється доцільним систематизувати спільні і відмінні риси застосування аналогії в системі загального права та в континентальній правовій системі, з огляду на те, що Україна належить до континентальної системи, однак значна частина літератури, присвяченої аналогії, походить з країн загальної системи.

Спільні риси застосування аналогії:

- 1) забезпечує можливість вирішення спорів за відсутності правила, що безпосередньо стосується спору;
- 2) використовується для урегулювання ситуацій, пов'язаних з виникненням нових суспільних відносин;
- 3) заснована на керівному принципі «подібні ситуації – подібні результати» (латинська максима «ubi eadem est ratio, ibi idem ius»);
- 4) спрямована на однакове вирішення не справи в цілому, а саме певного питання права, яке є істотним для винесення рішення по суті.

Відмінні риси застосування аналогії:

1) основне призначення:

- загальне право: аналогія найчастіше використовується для поширення існуючих прецедентів на нові ситуації з подібними фактами. Судді аналізують

⁵¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

минулі справи (*stare decisis*) і визначають, чи застосовується обґрунтування рішення (*ratio decidendi*) до поточної ситуації;

- континентальне право: аналогія головним чином використовується для подолання прогалів у законодавстві. Судді аналізують мету закону і визначають, чи можна його застосувати до ситуації, яка не охоплена прямо законом;

2) сфера дії за колом випадків:

- загальне право: аналогія може включати виведення правила з певної справи, яке потім застосовується до необмеженої кількості подібних справ;

- континентальне право: аналогія завжди поширюється тільки на окремий випадок і не має юридичного значення для інших ідентичних ситуацій;

3) методологія застосування:

- загальне право: міркування за аналогією зазвичай включає детальне порівняння фактів і юридичних принципів з попередніх справ. Судді аналізують схожості та відмінності, щоб визначити застосовність прецеденту;

- континентальне право: головна увага приділяється пошуку основних засад законів і їхньому застосуванню за аналогією до відносин, які не урегульовані прямо законодавством;

3) регламентованість застосування:

- загальне право: судді мають більше свободи у застосуванні аналогії, особливо у сферах з обмеженим законодавчим регулюванням;

- континентальне право: існують строгі умови застосування аналогії та заборони застосування аналогії у визначених сферах;

4) умови застосування:

- загальне право: аналогія можлива, якщо вдається знайти відповідний прецедент; у разі відсутності такого прецеденту можливості застосування аналогії не буде;

- континентальне право: у разі відсутності правових норм, які регулюють подібні відносини, можуть бути застосовані принципи права (аналогія права);

5) структура аналогії:

- загальне право: застосовується єдине поняття «міркування за аналогією»

(analogical reasoning);

- континентальне право: виділяють два різні види аналогії – аналогію закону та аналогію права.

Видається, що тільки в контексті континентального права (зокрема, права України) можливо говорити про аналогію як *правовий інститут*, оскільки тут наявна сукупність спеціалізованих правових норм, які закріплюють визначення аналогії та умови і межі її застосування. Тимчасом, у системі загального права аналогія не є законодавчо регламентованою; під нею розуміють описаний вище *процес мислення* юриста (передусім, судді) при прийнятті рішень щодо справи.

Наведемо приклади вирішення справи за аналогією у країні загального права (США) та континентального права (Німеччина).

У справі *United States v. Nosal* (2016) йшлося про таке. Девід Носал був колишнім співробітником фірми з пошуку керівників Korn/Ferry. Після того, як залишив компанію, він використав дані облікового запису поточного працівника (з його дозволу) для отримання доступу до бази даних Korn/Ferry, щоб розпочати конкуруючий бізнес. Носала було звинувачено згідно із Законом про комп'ютерне шахрайство та зловживання (CFAA) за несанкціонований доступ до захищеного комп'ютера. Суд порівняв несанкціонований доступ до цифрових баз даних із традиційними уявленнями про проникнення та незаконне привласнення конфіденційної інформації. Справа ґрунтувалася на принципах попередніх рішень щодо несанкціонованого доступу та зловживання конфіденційною інформацією. Дев'ятий окружний апеляційний суд залишив без змін вирок Носалу, підкресливши, що CFAA забороняє доступ до комп'ютерної системи без дозволу, подібно до проникнення у приватну власність⁵².

У німецькій справі BGHZ 202, 102 (2015) йшлося про компанію, яка використовувала програмних ботів для купівлі квитків на концерти оптом через онлайн-платформу продажу квитків, обходячи обмеження платформи щодо

⁵² USA V. David Nosal, No. 14-10037 (9th Cir. 2016). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/14-10037/14-10037-2016-12-08.html> (дата звернення: 01.11.2024).

масової покупки.

Юридичне питання полягало в тому, чи використання програмних ботів є недобросовісною комерційною практикою та порушує Закон Німеччини про недобросовісну конкуренцію (UWG). Суд використав міркування за аналогією, щоб застосувати принципи чесної конкуренції, що стосувалися традиційної комерційної практики, до цифрового контексту. Він розглядав використання ботів як аналог фізичних практик, які створюють несправедливі переваги в торгівлі. Федеральний суд Німеччини постановив, що використання програмних ботів для масової купівлі квитків є недобросовісною комерційною практикою згідно з UWG, спираючись на аналогії з традиційними формами маніпулювання ринком і недобросовісної конкуренції⁵³.

Загалом обидві системи використовують аналогію, але акценти та конкретне застосування відрізняються залежно від їхніх основоположних правових філософій та джерел права.

Незалежно від правової системи аналогія відіграє ключову роль у забезпеченні ефективності судочинства. Можна виділити такі основні аспекти впливу аналогії на ефективність судочинства, у тому числі й господарського:

1) *послідовність і передбачуваність*. Вирішення подібних справ на подібних засадах зменшує невизначеність, дозволяючи індивідам і компаніям розуміти і передбачати правові наслідки;

2) *оптимізація ресурсів*. Міркування за аналогією спрощує прийняття рішень у справах. Ефективне вирішення справ зменшує навантаження на суди, сприяючи швидшому здійсненню правосуддя. Також вивільняється ресурс для вирішення судами більш складних або новітніх справ, що вимагають глибшого дослідження;

3) *справедливість і рівність*. Вирішення подібних справ подібним чином сприяє справедливості і рівності перед законом, зменшує ймовірність довільного вирішення судових справ, таким чином посилюючи довіру до судової системи;

⁵³ BGHZ 202, 102 (2015). URL:

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=16.07.2014&Aktenzeichen=IV%20ZR%2073%2F13> (дата звернення: 01.11.2024).

4) *якість судових рішень*. Міркування за аналогію заохочує суддів засновувати свої рішення на міцних правових засадах, а не на особистих упередженнях чи *ad hoc* міркуваннях, що сприяє також зниженню рівня оскаржень судових рішень;

5) *адаптивність права*. Міркування за аналогією дозволяє судам адаптувати існуючі правові засади до нових ситуацій та ситуацій, що швидко змінюються. Таким чином правова система залишається релевантною та реагує на зміни в суспільних відносинах без потреби негайного оновлення законодавства. З іншого боку, розвиток права є послідовним і еволюційним.

Таким чином, міркування за аналогією є невід'ємною частиною ефективності правосуддя, оскільки воно сприяє послідовності, справедливості та адаптивності у прийнятті судових рішень. Це допомагає судам виносити своєчасні та добре обґрунтовані рішення, тим самим підвищуючи загальну ефективність і дієвість правової системи. У сфері господарського судочинства це особливо важливо з огляду на бурхливий розвиток і динамізм сучасних економічних відносин.

Ознаками аналогії у господарському судочинстві є такі:

- цей інститут передбачає застосування норм господарського та господарсько-процесуального права;
- застосовується до відносин, що не врегульовані нормами господарського та/або господарсько-процесуального права, шляхом застосування норм, що регулюють подібні відносини, або принципів права;
- забезпечує подолання прогалин, які виявляються у процесі провадження у справі;
- сприяє підвищенню ефективності господарського судочинства та забезпеченню правової визначеності.

З огляду на зазначене, вважаємо що доктринальне визначення господарсько-правової аналогії повинно йти далі простої констатації того, що аналогіє закону є вирішення справи на основі правової норми, розрахованої на схожі випадки. Таке визначення повинно відображати і зв'язок зі здійсненням

господарським судом правосуддя, роль аналогії у забезпеченні ефективності господарського судочинства. Пропонуємо визначення господарсько-правової аналогії як способу розв'язання спорів господарським судом, який здійснює правозастосування в господарських правовідносинах, що виникли у ході господарської або господарської-процесуальної діяльності, але не врегульовані законодавством, шляхом застосування норм, що регулюють подібні господарські відносини, або принципів права, що сприяє процесу оперативного виявлення прогалин, подоланню їх у правозастосуванні, захисту прав та законних інтересів учасників господарських правовідносин.

Відповідно, інститутом аналогії в господарському судочинстві є сукупність правових норм, яка дозволяє господарському суду вирішити спір з неврегульованих законодавством правовідносин, шляхом застосування норм, що регулюють подібні господарські відносини (аналогія закону), або принципів права (аналогія права), що сприяє ефективності господарського судочинства, захисту прав та законних інтересів учасників господарських правовідносин.

1.2. Правові прогалини як передумови застосування аналогії в господарському судочинстві

Юридична аналогія відрізняється від використання відсильних норм та субсидіарного застосування правових норм тим, що має справу з прогалинами в законодавстві (рідше в інших джерелах), які долаються індивідуально суб'єктами правозастосування⁵⁴.

Прогалина в праві має місце тоді, коли з вірогідністю можна констатувати, що певне питання входить в сферу правового регулювання, яке повинне

⁵⁴ Клім С. І. Аналогія закону у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). О., 2012. С.9.

вирішитися юридичними засобами, але певне його вирішення в цілому або частково не передбачено або передбачено не повністю⁵⁵.

Прогалини в праві є дефектами у зовнішньому вияві державної волі та/або її оформленні (в неповному або недостатньому використанні засобів юридичної техніки) за наявності прогалин і суперечностей в чинному законодавстві і праві⁵⁶. У загальному розумінні прогалина являє собою «пусте», «незаповнене місце», «пропуск»; у переносному – це хиба, недогляд, недолік. При цьому хиба характеризується як невиконання належного, недогляд, як помилка з необережності, а недолік – як недосконалість, неповнота. Традиційно актуальною для юридичної науки та практики залишається проблема подолання прогалин у законодавстві та праві, яка передбачає визначення дій суб'єкта правозастосування, що уможливають прийняття рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права⁵⁷.

О.А. Беяневич виступає за використання в правовому контексті терміну «лакуна» (лат. *Lacuna* – заглиблення, порожнина), який, на її думку, на відміну від терміна «прогалина» етимологічно точніше відображає сутність досліджуваного явища. Крім того, в юриспруденції термін «лакуна» має давню історію, оскільки він зустрічається ще в *Codex Theodosianus* (438 р.). В контексті господарського договірного права під лакунами у праві авторка розуміє дефекти в логічних нормах господарського договірного права, коли відсутні необхідні ланки в регулюванні певних типів господарських договорів, та їх заповнення судовою практикою⁵⁸. Також дослідниця вказує, що під лакуною у праві, як правило, розуміється повна або часткова відсутність нормативних приписів, *необхідність* яких зумовлена розвитком суспільних відносин, що *перебувають у сфері правового впливу*, та потребами практичного рішення справ, основними принципами, політикою, смислом та змістом чинного законодавства⁵⁹.

⁵⁵ Шевченко Т.В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С.23-26.

⁵⁶ Там само. С. 24

⁵⁷ Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр.* Харків: Право, 2013. № 1(72). С.46.

⁵⁸ Беяневич О.А. Вказ. праця. С.145

⁵⁹ Там само. С. 299.

Разом з тим, конкретних аргументів на користь більшої етимологічної точності терміну «лакуна» не наводиться; вважаємо, що терміни «лакуна» та «прогалина» в правовому контексті є повними синонімами, саме як такі вони використовуються і Конституційним Судом України (див. далі).

З прийняттям Закону України від 24.08.2023 «Про правотворчу діяльність»⁶⁰ поняття правової прогалини отримало законодавче визначення. Відповідно до ч.1 ст. 65 зазначеного Закону, «правова прогалина – це повна або часткова відсутність норми права, що не забезпечує завершеність правового регулювання відповідних суспільних відносин».

Випадки відсутності необхідної норми у конкретному нормативно-правовому акті ще не свідчать про справжню прогалину у господарському праві, оскільки необхідну норму, яка здатна врегулювати спірні суспільні відносини, можна знайти в інших правових документах (системі нормативно-правових актів в цілому)⁶¹. Так, у постанові від 09.03.2023 р. у справі № 915/1499/20 Верховний Суд зазначив: «Аргументи про необхідність застосування до юридичних осіб положень вказаного Закону за аналогією права (аналогію закону) відхилено судом як безпідставні, оскільки за умовами частини першої статті 8 ЦК України та частини десятої статті 11 ГПК України аналогія закону та аналогія права застосовуються виключно у разі, якщо спірні правовідносини не врегульовані законом. Між тим, апеляційна інстанція зазначила, що правовідносини щодо відшкодування шкоди, завданої юридичній особі, регламентовані ЦК України, а саме: Главою 82 «Відшкодування шкоди»⁶².

Прогалини в праві необхідно відрізнити від поняття юридичних колізій. На відміну від прогалин юридичні колізії – це надмірна кількість нормативно-правових актів, або норм права, які суперечать один одному або дублюють один одного⁶³. Згідно з ч.1 ст. 66 Закону «Про правотворчу діяльність», колізія норм

⁶⁰ Про правотворчу діяльність: Закон України від 24.08.2023 № 3354-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

⁶¹ Шмаленя С.В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ: дис... канд. юрид. наук (12.00.01). Запоріжжя 2008. С.39.

⁶² Постанова Верховного Суду від 09.03.2023 у справі № 915/1499/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/109645718> (дата звернення: 01.11.2024).

⁶³ Шевченко Т.В. Вказ. праця. С.24.

права – це «протиріччя або невідповідність між нормами права у нормативно-правових актах, що регулюють одні й ті самі суспільні відносини». Втім, обох ситуацій – як прогалин, так і колізій – стосується припис ч. 11 ст. 11 ГПК, відповідно до якої забороняється відмова у правосудді з причин неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Неповнота чи відсутність правового регулювання являє собою прогалину, суперечливість правового регулювання – колізію.

Також від прогалини у праві слід відрізнити правову помилку, тобто невірну оцінку об'єктивних умов та як наслідок, неадекватну законодавчу волю, яку слід було б втілити у нормативно-правовому акті. Наприклад, видання правотворчим органом непотрібної норми або помилкове по суті регулювання певної ситуації.

Як вказує О.А. Беяневич, прикладом помилковості може бути норма статті 185 ГК про те, що до укладення господарських договорів у конкурентний спосіб застосовуються загальні правила укладення договорів на основі вільного волевиявлення, тобто за буквального значенням цього твердження повинні застосовуватися правила статей 181 та 184 ГК⁶⁴. Наведемо інший приклад: відповідно до абзацу 2 частини 4 статті 43 ГК, підприємницька діяльність посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування обмежується законом у випадках, передбачених частиною другою статті 64 Конституції України. Однак у ч.2 ст. 64 Конституції України йдеться про зовсім інше питання – обмеження прав і свобод в умовах воєнного або надзвичайного стану. Що ж до підприємницької діяльності державних службовців та інших осіб, повноважених на виконання функцій держави, то така діяльність не обмежується, а взагалі забороняється відповідно до частини 1 статті 25 Закону України «Про запобігання корупції»⁶⁵.

Причинами виникнення прогалин є насамперед поява нових суспільних відносин, які на момент ухвалення законодавчого акту не існували і тому не були

⁶⁴ Беяневич О.А. Вказ. праця. С.146.

⁶⁵ Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. №1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

враховані законодавцем. Аналіз об'єктивних законів розвитку суспільних відносин дає змогу визначити можливі напрями цього розвитку надалі, але передбачення не безмежне. Неможливо заздалегідь передбачити все різноманіття життєвих ситуацій, які можуть виникнути надалі і стати об'єктивною причиною можливої прогалини.

Так, Р.А. Майданик зазначає, що необхідність застосування інституту аналогії в цивільному праві багато в чому зумовлена неспроможністю законодавця з об'єктивних причин своєчасно реагувати на появу нових та зміну існуючих суспільних відносин та викликану цим наявністю не врегульованих нормами права цивільно-правових відносин, що не може бути усунено іншими джерелами цивільного права. У більшості таких випадків юридичні аналогії виступають єдиною розумним способом врегулювати нові, ледве сформовані суспільні відносини⁶⁶.

Суб'єктивними причинами є прорахунки та упущення самого законодавця при розробці та прийнятті правового акту. По-перше, правотворчий орган під час розроблення та ухвалення нормативного акту в разі неможливості досягти згоди, залишає не врегульованими ті чи інші суспільні відносини. По-друге, законодавець з якоїсь причини не передбачив або не точно висловив правову норму, або створив суперечність між нормами однакової юридичної сили.

Ще однією вимушеною суб'єктивною причиною появи прогалин, у деяких випадках, може стати правозастосовна діяльність суду, зокрема Конституційного Суду України або міжнародних судових установ. Відповідно до частини 3 статті 320 ГПК України, підставами для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами є:

1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане;

2) установлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої

⁶⁶ Майданик Р.А. Цивільне право: Загальна частина. Т. I. Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. С.395.

визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом.

Т.А. Цувіна звертає увагу, що наведені підстави для перегляду судових рішень за попередньої редакції процесуальних кодексів уважалися підставами для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами, проте нині ці два види перегляду – перегляд за нововиявленими обставинами та перегляд за виключними обставинами – сформульовані в тексті процесуальних кодексів як окремі види перегляду судових рішень, що набрали чинності⁶⁷.

Оскільки у таких випадках безпосередньою причиною появи прогалин не є діяльність законодавця, можливо іменувати відповідні причини появи прогалин *зовнішніми* причинами.

Наявність прогалин у праві є передумовою використання аналогії закону чи аналогії права як засобу подолання правової невизначеності, що знаходиться у сфері правового регулювання, в процесі реалізації права. Як слушно зазначають у науковій літературі, найкращим способом правового регулювання за наявності прогалин у праві є не застосування аналогії закону або права, а усунення самої прогалини. Водночас законодавець із різних міркувань та причин цього не робить, а тому питання подолання прогалин досі є актуальним⁶⁸.

Способами переборення прогалин в законодавстві є усунення і подолання. З цього приводу А.С. Довгерт зазначає таке: «У літературі, крім слова подолання [прогалин], використовують інші терміни, зокрема усунення, заповнення, а в російській мові - «восполнение». Дискусія з приводу того, який з них правильніший, продовжується⁶⁹. Вважаємо, що усунення і подолання слід чітко розрізняти.

Усунення відбувається через нормотворчу діяльність шляхом внесення змін і доповнень у закони, видання нових, досконаліших юридичних актів чи створення юридичного прецеденту, або укладання нормативного договору.

⁶⁷ Цувіна Т.А. Інститут конституційної скарги та перегляд судових рішень за виключними обставинами в контексті принципу верховенства права. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Вип. 3 (28). Т. 1. С. 136.

⁶⁸ Орзіх В. Умови та механізм застосування аналогії закону та аналогії права в цивільному праві України. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2019. №.1. С. 145.

⁶⁹ Довгерт А.С. Вказ. праця. С. 160.

Подолання здійснюється в процесі правозастосовної діяльності за допомогою аналогії закону й аналогії права, а також субсидіарного застосування права.

Заповнити вакуум можливо тільки за допомогою ухвалення нової норми або цілого нормативного правового акту, що є компетенцією правотворчого органу. Конституційний Суд України в своїй ухвалі «Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Амальгама Люкс» щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 500 Цивільного кодексу України та статті 34 Господарського процесуального кодексу України у їх співвідношенні» зазначає, що «заповнення прогалин у законах має здійснювати законодавець внесенням до них змін і доповнень, а не Конституційний Суд України шляхом офіційного тлумачення їх правових норм (окремих положень) або застосуванням загальнотеоретичних засобів їх подолання – аналогії закону і аналогії права»⁷⁰.

На таких самих позиціях перебуває і Верховний Суд, який висловив, зокрема, таке: «Відсутні жодні сумніви, що суд при здійсненні своїх функцій тлумачить норми закону. Проте Верховний Суд виходить з того, що це не може бути правотворча діяльність. У процесі тлумачення суд повинен дотримуватися принципу, вираженого у статті 6 Конституції України, відповідно до якого державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову влади, забезпечуючи необхідний баланс для функціонування правової держави. Верховний Суд поділяє думку, що прогалини у законодавстві повинні усуватися в процесі саме правотворчості шляхом внесення змін і доповнень до законів, видання нових. Лише у випадках чітко визначених у частинах дев'ятій – десятій статті 11 ГПК України суд може застосовувати звичаї, які є вживаними у діловому обороті, аналогію закону чи аналогію права для врегулювання спірних відносин. Позиції, що суперечать цьому питанню може призвести до неприпустимого втручання судових органів

⁷⁰ Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Амальгама Люкс» щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 500 Цивільного кодексу України та статті 34 Господарського процесуального кодексу України у їх співвідношенні: Ухвала Конституційного Суду від 24.06.2009 по справі № 2-35/2009. № 34-у/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v034u710-09#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

у компетенції, віднесені до законодавчої влади» (п.8.38 постанови від 20.06.2023 № 910/8880/22)⁷¹.

О.А. Беляневич вказує, що в радянський період більшістю дослідників заперечувалася можливість *заповнення* судом лакун у праві, і визнавалося лише *подолання* їх судом при вирішенні конкретної справи за допомогою аналогії закону та аналогії права⁷². Виходить, що наведена вище позиція Конституційного Суду України та Верховного Суду є пережитком радянського мислення. Сама ж авторка вважає, що судова практика як джерело права заповнює лакуни, або, іншими словами, виправляє деонтичну недосконалість нормативної підсистеми. Ця мета досягається за допомогою інтерпретації (тлумачення) судами норм права та застосування аналогії⁷³.

Не погоджуємося з такою думкою і проілюструємо свою позицію прикладом, який стосується практики Верховного Суду щодо приватних підприємств.

У справі № 907/167/17, що вирішувалася Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного господарського суду, позивач – учасник приватного підприємства (далі – Підприємство) заявляв про позбавлення його права участі в загальних зборах учасників у зв'язку з неповідомленням його про проведення зборів, що призвело до порушення його права власності стосовно частки в статутному капіталі Підприємства відповідно до ст. 167 ГК України.

Верховний Суд зазначив, що приватне підприємство є окремою організаційно-правовою формою суб'єкта господарювання. Наявність у підприємства, яке може діяти, зокрема, на основі приватної власності кількох громадян, статутного капіталу не є достатньою підставою для ототожнення його з господарським товариством. Разом з тим Суд відзначив, що порядок створення та діяльності уповноважених власником органів управління приватним підприємством не врегульований ні ЦК України, ні ГК України. Зокрема,

⁷¹ Постанова Верховного Суду від 20.06.2023 № 910/8880/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/1116757612> (дата звернення: 01.11.2024).

⁷² Беляневич О.А. Вказ. праця. С.301.

⁷³ Там само. С. 283.

наведеними нормативно-правовими актами не передбачений порядок скликання та проведення загальних зборів учасників приватного підприємства.

Оскільки Підприємство засноване на приватній власності двох осіб (засновників), а статутний капітал Підприємства поділений між учасниками на частки, Суд вважав правильним застосування до спірних правовідносин положень законодавства, які регулюють правовідносини щодо порядку скликання та проведення загальних зборів товариства з обмеженою відповідальністю⁷⁴.

Інших висновків щодо правового статусу приватного підприємства дійшла Велика Палата Верховного суду у справі №916/2813/18. У даній справі розглядався позов про визнання недійсним договору дарування, за умовами якого дарувальник безоплатно передав обдарованій належну дарувальнику частку в статутному капіталі приватного підприємства. Приватне підприємство виступало третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору.

Велика палата Верховного Суду зазначила, що приватне підприємство – це не окрема організаційно-правова форма юридичної особи, а класифікуюча ознака юридичних осіб залежно від форми власності. Разом із цим за ознакою наявності чи відсутності учасників юридичні особи поділяються на товариства та установи, у зв'язку із чим приватне підприємство є товариством, оскільки воно має хоча б одного учасника. Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що приватне підприємство є товариством з обмеженою відповідальністю та встановила, що відносини з управління та діяльності приватного підприємства як підприємницького товариства безпосередньо врегульовані Законом України «Про господарські товариства» в редакції, чинній на момент укладення договору дарування частки в статутному капіталі приватного підприємства⁷⁵.

Таким чином, в обох справах Верховний Суд застосував до приватних підприємств положення законодавства щодо ТОВ в порядку аналогії закону.

⁷⁴ Постанова Верховного Суду від 06.03.2018 у справі №907/167/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/72645204> (дата звернення: 01.11.2024).

⁷⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29.06.2021 у справі №916/2813/18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98531899> (дата звернення: 01.11.2024).

Разом з тим, позиція Верховного Суду у зазначених двох справах має суттєву відмінність. Так, у першій справі Верховний Суд постановив, що приватне підприємство не є ТОВ, а у другій – що воно є нічим іншим, як ТОВ. В силу першої позиції учасники приватного підприємства можуть на свій розсуд урегулювати питання управління підприємством та інші питання у *статуті такого підприємства*; і лише у випадку відсутності у статуті відповідних положень можливе застосування за аналогією положень законодавства про ТОВ. Тимчасом, друга позиція означає, що відносини в межах приватного підприємства цілком повністю підпорядковуються закону про ТОВ; учасники такого підприємства не можуть передбачити у статуті жодних положень, які суперечили б імперативним нормам закону про ТОВ.

Зазначений приклад ілюструє, що судова практика, навіть якщо це практика вищої судової інстанції, не може вважатися такою, що заповнює прогалину. По-перше, ця практика може не бути послідовною. По-друге, навіть якщо орієнтуватися тільки на позицію Великої Палати у другій справі, чи знімає ця позиція проблему неналежного правового регулювання правового становища приватних підприємств? Уявляється, що ні. Так, недоліки правового регулювання організаційно-правової форми приватних підприємств детально розкриті О.М. Вінник. Засновник такого підприємства, передаючи право власності на майно створеному ним підприємству, втрачає на нього майнові права і не отримує того комплексу зобов'язальних прав, яких набувають засновники господарського товариства. Чи не єдиним легальним способом для засновника приватного підприємства зберегти над останнім контроль є призначення себе самого його виконавчим органом (директором) з фіксацією відповідних повноважень у статуті підприємства. Для кредиторів відносини з таким підприємством все ж таки залишаються досить ризикованими⁷⁶. Відтак вирішення судом конкретної справи за аналогією не завжди усуває необхідності виправлення недоліків правового регулювання самим законодавцем.

⁷⁶ Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Монографія. К.: Атіка, 2003. С.235.

Підтримуємо думку С. В. Шмалені, згідно з якою аналогія розширює сферу застосування відповідних нормативних приписів та принципів права, але не створює норми права. Нове правове положення, створене на основі принципів права задля заповнення прогалини та вирішення конкретної справи, має індивідуальний характер, не володіє обов'язковою силою для інших однорідних випадків, не служить і не може служити офіційною підставою для вирішення аналогічних справ, не стає правовою нормою або судовим (адміністративним) прецедентом. Конкретне рішення, якщо воно прийняте доволі компетентним і авторитетним органом, може бути зразком, еталоном для вирішення однорідних справ, виправлення та уніфікації практики й удосконалення правового регулювання⁷⁷.

Класифікація прогалин.

Розглянемо визначені в літературі види прогалин і сформулюємо критерії, за допомогою яких їх вирізняють.

За критерієм причин виникнення прогалин (об'єктивні чи суб'єктивні причини) виділяють первинні та похідні прогалини. *Первинні прогалини* зумовлені тим, що законодавець не врахував у формулюваннях нормативних актів всю багатоманітність життєвих ситуацій, що вимагають правового регулювання. Це може трапитися також через прорахунки, допущені при розробці закону, у використанні прийомів юридичної техніки. *Похідні прогалини* з'являються об'єктивно в наслідок постійного розвитку суспільних відносин, виникнення нових життєвих ситуацій, які не могли бути заздалегідь передбачені законодавцем⁷⁸.

За критерієм способу виявлення німецький вчений Р. Циппеліус вирізняє ті, що їх можна встановити з формулювання закону (прогалини формулювання) і ті, що виявляються в результаті оцінки (оціночні прогалини). *Прогалина формулювання* має місце тоді, коли в дослівному тексті закону відсутня повна регламентація поведінки в тій чи іншій ситуації. Як приклад Р. Циппеліус

⁷⁷ Шмаленя С.В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.01). Л., 2009. С.6

⁷⁸ Калашник О.М. Види прогалин у цивільному процесуальному праві. *Форум права*. 2013. №2. С.198-199.

наводить статтю 904 Німецького цивільного кодексу (BGB): «Власник речі не має права забороняти іншій особі подіяти на неї, якщо ці дії чиняться з метою відвернення шкоди, яка неспівмірно більша від шкоди, що її буде нанесено речі внаслідок цих дій. Власник може вимагати відшкодування завданих йому збитків». Наведений припис відкриває доступ до чужої речі, якщо це необхідно для відвернення певної загрози. Однак відкритим залишається питання щодо того, хто повинен відшкодувати збитки – той, хто чинить дію на річ, чи той, на чию користь чиниться така дія, від кого буде відвернено загрозу⁷⁹.

У свою чергу, *оціночні прогалини* мають місце тоді, коли буквальний смисл слів, якими сформульовано ту чи іншу норму права, не вказує на прогалину, однак очевидна несправедливість, що постане внаслідок застосування норми, вимагає її коригування. Така прогалина виникає насамперед там, де норма права має або надто вузьке, або надто широке формулювання. Це означає, що остання або не враховує тієї ситуації, яка не охоплена, але мала би бути охоплена нормою, і, отже, потребує врегулювання, або формулювання цієї норми охоплюють ще й така ситуації, які слід вилучити в цієї норми⁸⁰.

Залежно від правових наслідків Конституційний Суд України розрізняє звичайну законодавчу прогалину (лакуну), та законодавче упуцнення (*legislative omission*), наявність якого є порушенням Конституції України. Як встановив Конституційний Суд України у справі №3-72/2023(145/23), законодавче упуцнення відрізняється від звичайної законодавчої прогалини (лакуни) і є незабезпеченням державою потрібного унормування певного сегмента суспільних відносин, що порушує конституційні норми, принципи, гарантії, права і свободи людини (п.4.4 рішення від 20 грудня 2023 року № 11-р(II)/2023))⁸¹. В іншій справі, де йшлося про неврегулювання в законі перерахунку розміру пенсій, Конституційний Суд України вказав, що

⁷⁹ Ципеліус Р. Методика правозастосування. К.: Юстиніан, 2016. 192 с. С.108-109.

⁸⁰ Там само. С.109.

⁸¹ Рішення Другого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Луцинецького Анатолія Олександровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих приписів частини першої статті 111 Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо особистого і сімейного життя особи, засудженої до довічного позбавлення волі) від 20.12.2023 № 11-р(II)/2023, справа №3-72/2023(145/23). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-23#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

законодавче упущення «обов'язково має бути внормоване у законі, ухваленому Верховною Радою України. Незабезпечення державою законодавчого підґрунтя для функціонування ефективного юридичного механізму перерахунку розмірів пенсій, інших видів соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, зокрема у зв'язку із законодавчим упущенням в унормуванні суспільних відносин, свідчить про ілюзорність конституційних гарантій права на соціальний захист та порушення низки конституційних норм і принципів» (п. 5.7 рішення від 23 грудня 2022 року № 3-р/2022)⁸².

Таким чином Конституційний Суд України послідовно обстоює позицію, що саме законодавчий орган держави, шляхом ухвалення відповідних законів, має усувати законодавчі прогалини, які виникають у зв'язку з законодавчим упущенням. Подолання прогалин судом, як вбачається з позиції Конституційного Суду України, не є раціональним і є недостатнім у випадку законодавчого упущення.

На перший погляд, видається, що звичайна прогалина відрізняється від законодавчого упущення за критерієм допустимого способу переборення: для звичайної прогалини таким способом є подолання (шляхом застосування аналогії), а для законодавчого упущення – усунення (шляхом прийняття нового закону). Однак такий висновок не буде точним, оскільки у випадку, коли суд, зокрема, господарський суд, стикається при вирішенні справи з законодавчим упущенням, він все одно не може відмовити у правосудді, посилаючись на відсутність законодавства; тож і у цьому випадку йому доведеться долати прогалину шляхом застосування аналогії. Усунення виступатиме наступним необхідним етапом переборення законодавчого упущення.

Систематизуємо відмінності звичайної прогалини (лакуни) від законодавчого упущення:

1) Звичайна прогалина:

⁸² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Мосюрчака Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015 №889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців) від 23 грудня 2022 року № 3-р/2022, справа № 3-132/2018(5462/17). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-22#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

- стосується ситуації, коли немає конкретної правової норми, застосовної до конкретного питання або випадку;

- виникає через недогляд законодавця, або новизну питання, але ніколи не охоплюється наміром законодавця (не є навмисною);

- може бути подолана шляхом застосування аналогії, шляхом тлумачення або субсидіарного застосування правових норм;

2) *Законодавче упуцнення:*

- має місце, коли законодавець не приймає необхідний закон або не урегульовує певний аспект, що порушує конституційні норми, принципи, гарантії, права і свободи людини;

- може бути ненавмисним (недогляд або помилка в законотворчому процесі) або навмисним (свідоме рішення не приймати закони з певного питання);

- вимагає законодавчого втручання – тимчасове подолання шляхом застосування аналогії не є достатнім.

У підсумку, хоч обидві концепції стосуються прогалин у правовій системі, лакуною є загальна прогалина, де не існує конкретного законодавчого припису, тоді як законодавче упуцнення стосується неспроможності законодавчого органу вирішити проблему належним чином.

Встановлення прогалини починається з того, що правозастосувач під час розв'язання конкретного випадку стикається з певними проблемами та суперечностями, які не дають змоги ухвалити рішення. Але з цього поки що не випливає те, що встановлено прогалину. Для встановлення прогалини правозастосувач має вирішити такі питання:

- 1) чи не існує норми, яка так чи інакше регулює ці суспільні відносини (приклади – звичай або субсидіарне застосування правових норм);

- 2) чи не є передбачувана потреба в правовому регулюванні уявною, тобто, чи дійсно відсутність норми створює ситуацію правової невизначеності. Якщо подібні справи раніше вирішувалися судами без вказівки на прогалину, це може бути аргументом проти визнання існування прогалини.

Слід зауважити, що не усі правові концепції з необхідністю мають бути закріплені в законах, що не перешкоджає використанню їх судами. Так, наприклад, у доктрині та світовій судовій практиці сформувалося так зване «правило ділового рішення» (*business judgement rule*), відповідно до якого посадові особи компанії не повинні доводити ефективність ділових рішень. В широко цитованій справі *Aronson v. Lewis* Верховний Суд Делаверу визначив це правило як «презумпцію того, що при прийнятті ділового рішення директори корпорації діяли поінформовано, добросовісно та в чесному переконанні, що прийняте рішення було в найкращих інтересах компанії»⁸³.

У постанові від 10.01.2024 р. у справі № 911/266/22 Верховний Суд вказав: «За цим правилом, суди зазвичай не входять в питання оцінки ефективності ухвалених ділових рішень. Судді зазвичай не володіють достатньою компетенцією та досвідом для оцінки ефективності ухвалених ділових (інвестиційних, підприємницьких) рішень. Крім того, будь-яке бізнес-рішення є ризиковим, це невід’ємна риса підприємницької діяльності, а також таким, яке ухвалюється в умовах володіння певним обсягом інформацією станом на момент ухвалення рішення. При ухваленні рішень інформація про майбутні події є невідомою і може бути лише спрогнозована. Оцінка судом ефективності ділового рішення вже постфактум, за наявності значно більшого обсягу інформації про події, які відбулися після ухвалення рішення, не завжди забезпечує справедливий підхід. Під час судового розгляду, який відбувається як правило зі впливом значного періоду часу, навіть розумне ділове рішення може здатися нерозумним. Водночас, «правило ділового рішення» не захищає очевидно нерозумні, абсурдні рішення, яким немає пояснень, які належним чином не обґрунтовані» (с.107)⁸⁴.

Прикладів, коли суди посиляються на певні доктринальні концепції, не закріплені в законах, в сучасній судовій практиці доволі багато, і говорити при

⁸³ *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 805 (1984). URL: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html> (дата звернення: 01.11.2024).

⁸⁴ Постанова Верховного Суду від 10.01.2024 р. у справі № 911/266/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/119416876> (дата звернення: 01.11.2024).

цьому про існування прогалин, очевидно, не доводиться.

3) чи не виявив законодавець негативної волі на регулювання цих відносин за допомогою права. Так, існує поняття «кваліфіковане мовчання законодавця», яке означає ті випадки, коли законодавець навмисно залишає питання відкритим, утримується від прийняття норми, показуючи тим самим небажання її приймати, відносячи рішення за межі законодавчої сфери⁸⁵.

У необхідних випадках для з'ясування волі законодавця можна використати історичний контекст, пояснювальні записки до законопроектів, преамбули законів.

Підсумовуючи зазначимо, що прогалина в господарському та господарському процесуальному праві являє собою повну або часткову відсутність у джерелах господарського права і процесу норм конкретного змісту, необхідних для регулювання відносин, що підлягають правовому опосередкуванню, зокрема в процесі організації і здійснення господарської діяльності і господарського судочинства. Ознаками прогалини в праві є така сукупність властивостей конкретної ситуації, за якої: відповідні правовідносини входять до сфери правового регулювання, чинні норми права не дозволяють винести однозначне рішення зі спірних правовідносин у зв'язку з повною відсутністю правового припису конкретного змісту чи неповнотою чинної правової норми.

Якщо поділити правозастосовну діяльність під час подолання прогалин на стадії, то вона не вміщається в загальноприйнятну схему стадій застосування права: установлення фактичних обставин справи, вибір та аналіз необхідної норми, ухвалення відповідного рішення. З'являються додаткові стадії: до них належать такі:

а) з'ясування правозастосовним органом того, чи входять фактичні обставини до сфери правового регулювання, чи мають вони юридичне значення, чи потребують правового опосередкування і вирішення по суті;

⁸⁵ Колотова О.В. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ. *Часопис Київського університету права*. 2009. №3. С.56.

б) вибір способу подолання прогалини (аналогія закону чи аналогія права);

в) конструювання на основі подібної норми або принципу права відповідно до фактичних обставин справи конкретного правила відповідно до фактичних обставин справи конкретного правила для винесення рішення, тобто формулювання казуальної норми.

Аналогія закону і аналогія права становлять єдиний правовий інститут у механізмі правового регулювання господарських та господарсько-процесуальних відносин, головною функцією якого є подолання прогалин в процесі здійснення господарської діяльності та господарського судочинства з метою забезпечення відповідності між правом як динамічною системою і розвитком господарських та господарсько-процесуальних правовідносин, а також з метою найбільш повної та оперативної реалізації цілей і завдань їх правового регулювання.

Насамкінець зупинимося на висловленій у юридичній літературі ідеї безпрогальності права. Історично поглядів на безлакунарність права дотримувалися Ф. К. Савіньї та Ф. Регельсбергер, який міркував з приводу існування лакун у праві наступним чином: «і так, і ні залежно від того, що розуміти під правом»⁸⁶.

А.С. Довгерт зауважує, що з позицій природного права, на якому ґрунтується ЦК України, прогалин у праві бути не може, прогалини існують лише в законодавстві чи так званому позитивному праві. Думки про види прогалин теж далекі від однозначності. Розробники проекту ЦК України суперечливу термінологію на кшталт «усунення [прогалин]», «прогалини» свідомо не використовували у тексті статті⁸⁷.

Як зазначає В.М. Коваль, включенням до законодавства України принципу верховенства права система права в Україні завершила своє формування, були усунені будь-які розбіжності, а тим більше суперечності, між системою права і системою законодавства, а обидві ці системи набули ознаки

⁸⁶ Беляневич О.А. Вказ. праця. С. 299.

⁸⁷ Довгерт А.С. Вказ. праця. С.170.

органічної єдності і безпрогальності⁸⁸.

Натомість, Є. Ерліх вказував, що «жодна теорія застосування права не може скасувати того факту, що будь-яка система твердо встановлених правил поведінки за своєю природою має прогалину, що вона застаріває в той самий момент, коли вона встановлена, вона не в змозі охопити своїм регулюванням сучасність, і тим паче майбутнє; жодна теорія не може перешкодити розвитку суспільних явищ, до яких застосовується право, продовжити постійно розвиватися і щохвилини наповнювати новим змістом норми, які встановлені для їх вирішення»⁸⁹.

Навіть якщо визнавати слушність міркувань про безпрогальність права, чи означає це, що в сучасній правовій системі немає місця застосуванню інституту аналогії? Аж ніяк ні. Той самий В.М. Коваль зазначає, що коли мова йде про безпрогальність системи законодавства України, то мається на увазі, що у зв'язку з інтеграцією до вітчизняної системи права принципу верховенства права відпала необхідність у безпосередньому зверненні до ідей, принципів і норм природного права як регуляторів суспільних відносин, до інших джерел, відпала необхідність у визнанні суддівського та адміністративного розсуду, бо суди та інші державні органи підпорядковані тепер не тільки конкретним правовим нормам і загальним засадам законодавства, а й принципу верховенства права. Ця безпрогальність системи законодавства в цілому, що забезпечується принципом верховенства права, не виключає неврегульованості певних суспільних відносин конкретними правовими нормами, що вимагає застосування правової конструкції, яка позначається терміном «аналогія закону»⁹⁰.

На нашу думку, якщо й говорити про безпрогальність права, то тільки у зв'язку з питаннями, які належать до сфери приватної автономії. Показовими є міркування Є.О. Харитонова і О.І. Харитоновой: «з самої сутності приватного

⁸⁸ Коваль В.М. Концептуальні засади юридичної інтерпретації у господарському судочинстві: дис. ... докт. юрид. наук (12.00.04). О., 2012. С. 339.

⁸⁹ Матат Ю.І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності: монографія. Х.: Право, 2015. С.13.

⁹⁰ Коваль В.М. Вказ. праця. С. 340-341.

права, як наднаціональної (базисної) системи права, та цивільного права України, як втілення приватного права на національному рівні, впливає, що вести стосовно них мову про «прогалини у праві» є не коректним, оскільки «неповноти правового регулювання» тут не існує: учасники цивільних відносин мають право встановлювати правила поведінки своїм договором (якщо це не заборонено законом)»⁹¹. Однак ані господарське, ані, тим більше, господарське процесуальне право не належать до тих галузей, де за відсутності законодавчого регулювання учасники відповідних відносин можуть урегулювати ці відносини на власний розсуд. Тому обстоювати «безпрогальність» господарського та господарського процесуального права не варто, як не варто говорити і про «безпрогальність права» загалом. Останнє, визнав і законодавець у Законі «Про правотворчу діяльність», стаття 65 якого веде мову про «правову прогалину», а не «законодавчу прогалину».

Досліджені наминаукові джерела здебільшого не акцентують увагу на відмінностях понять «прогалина у праві» та «прогалина у законодавстві», використовуючи їх як синоніми. Зважаючи на дискусійність теорії безпрогальності права, вважаємо такий підхід загалом прийнятним.

⁹¹ Харитонов Є.О., Харитонova О.І. «Прогалини» у цивільному законодавстві та їхнє подолання у процесі юрисдикційної діяльності. Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (м. Одеса, 18 груд. 2015 р.). Одеса : Фенікс, 2015. С.11.

1.3. Аналогія закону і аналогія права як способи подолання прогалин та підвищення ефективності господарського судочинства

Аналогія є одним із найбільш багатоаспектних інститутів права, який знаходить своє вираження не тільки в тому, що даний інститут може скласти предмет дослідження як у загальній теорії права, так і в окремих галузях права, але і в тому, що при цьому необхідно враховувати власне правове і логічне значення аналогії⁹².

Відповідно до ч.3 ст. 65 Закону України «Про правотворчу діяльність», суд для подолання правової прогалини може застосовувати у випадках, передбачених законом:

- 1) аналогію закону – шляхом застосування до неврегульованих суспільних відносин положень закону, який регулює подібні суспільні відносини;
- 2) аналогію права – шляхом застосування до суспільних відносин, не врегульованих нормативно-правовими актами, загальних принципів права.

Відповідно до ч.4 ст. 65 Закону «Про правотворчу діяльність» аналогія закону або аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, притягнення особи до юридичної відповідальності.

Правовою підставою застосування аналогії у приватно-правових відносинах є ст.8 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України⁹³.

Відповідно до ч. 1 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).

⁹² Орзіх В.М. Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права: дис. ... доктора філософії (081 – Право). Одеса, 2021. С.85.

⁹³ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) (ч.2 ст. 8 ЦК).

На відміну від ч.3 ст.65 Закону «Про правотворчу діяльність», з тексту ч. 2 ст. 8 ЦК прямо впливає послідовність застосування двох видів аналогії: в першу чергу застосовується аналогія закону, і лише при неможливості її застосування – аналогія права.

Умови допустимості застосування аналогії визначено в п.4 листа Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18⁹⁴. Так, при вирішенні справи по аналогії закону чи аналогії права обов'язковим є дотримання таких умов:

- аналогія допустима лише у випадку повної чи часткової відсутності правових норм;
- суспільні відносини, до яких застосовується аналогія, повинні знаходитися у сфері правового регулювання;
- повинна бути схожість між обставинами справи і наявною нормою за суттєвими юридичними ознаками;
- пошук норми, що регулює аналогічний випадок, повинен здійснюватися спочатку в актах тієї ж галузі права, у випадку відсутності – в іншій галузі права і у законодавстві в цілому;
- винесене у процесі використання аналогії правове рішення не повинно суперечити нормам закону, його меті;
- обов'язково повинно бути мотивоване пояснення причин застосування рішення по аналогії до конкретного випадку.

Аналогія не може бути застосована за наявності правової норми, яка регулює спірні відносини. Пленумом Вищого Господарського суду України в постанові від 24.11.2014 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів» визначено, що «підстави припинення

⁹⁴ Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

майнової поруки безпосередньо врегульовано окремими нормами цивільного законодавства, а тому суд не може вдаватися до аналогії закону і застосовувати норми, які регулюють підстави припинення інших видів забезпечення виконання зобов'язання, – незалежно від ступеню їх подібності»⁹⁵.

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 договору⁹⁶.

Як зазначає Р.А. Майданик, правила щодо застосування закону та права за аналогією мають використовуватися в праві тільки під час застосування законів. Ці правила не поширюються на застосування підзаконних нормативних актів, а наявні в них прогалини не усуваються таким чином. У зв'язку з цим Р.А. Майданик доходить висновку, що сформульовані в юридичній літературі спроби розширеного тлумачення аналогії закону як застосування не лише положень законів, а й інших нормативно-правових актів, є мало обґрунтованими⁹⁷. Така точка зору видається спірною в світлі ч.2 ст. 65 Закону України «Про правотворчу діяльність», згідно з якою у разі виявлення правової прогалини відповідний суб'єкт правотворчої діяльності зобов'язаний прийняти (видати) нормативно-правовий акт, що її усуває, актом того самого виду, що містить прогалину. Усунення правової прогалини шляхом прийняття (видання) нормативно-правового акта нижчої юридичної сили не допускається. Виходячи з тексту цієї правової норми (і з об'єктивної дійсності також) прогалини можуть існувати в актах різної юридичної сили, що може викликати потребу застосування аналогії.

⁹⁵ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів: Постанова Пленуму Вишого Господарського суду України від 24.11.2014. № 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va001600-14#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

⁹⁶ Печений О. Деякі питання застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. №2 (49). С. 115.

⁹⁷ Майданик Р.А. Вказ. праця. С.395.

Аналогія закону.

Відповідно до листа Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18 аналогією закону є вирішення справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на схожі випадки (п.4).

У силу того, що ЦК України як акт матеріального права містить власні норми про аналогію, значна кількість визначень аналогії закону пропонується представниками науки цивільного права. Узагальнення цих визначень здійснив В.А. Кройтор: «більшість вчених сходяться у своєму баченні поняття аналогії закону та надають йому, як правило, такі характерні риси: це спосіб усунення прогалин; може застосовуватися у подібних за змістом цивільних правовідносинах; може застосовуватися на підставі існуючих законів у певній галузі права»⁹⁸.

Аналогію закону застосовують тоді, коли відсутня норма права, що передбачає ці відносини, але є така, що регулює подібні відносини. При аналогії закону встановлюються схожість і відмінність в ознаках прогальних і врегульованих відносин. У разі істотності подібності та незначної відмінності юридичних наслідків, які передбачені для врегульованих відносин, останні переносяться на відносини подібні, але не врегульовані конкретною нормою права. До певного юридичного рішення під час застосування норми за аналогією ми доходимо не безпосередньо, тобто через встановлене законодавцем для даного випадку правило, а опосередковано, через подібну, але не ідентичну норму.

Варто звернути увагу на те, що у ч. 1 ст. 8 ЦК України серед потенційних джерел не лише неврегульованих (про це йшлося вище), а і схожих цивільних відносин згадується не лише закон, а й інші акти цивільного законодавства (постанови Кабінету Міністрів України, акти міністерств тощо)⁹⁹.

С.І. Клім зазначала, що аналогія закону характеризується такими властивостями як регулятивність, індивідуальність, піднормативність. Межі

⁹⁸ Кройтор В.А. Усунення прогалин у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. №3. С. 161.

⁹⁹ Довгерг А.С. Вказ. праця. С. 72.

застосування аналогії закону безпосередньо зумовлюють принципи аналогії, які є керівними началами у вирішенні питань в разі наявності прогалини у цивільному законодавстві¹⁰⁰.

Регулятивність полягає в тому, що за допомогою інституту аналогії відбувається впорядкування господарсько-правових відносин, неврегульованих правом, введення їх у чітко визначені межі правового регулювання. На основі норми, що регулює подібний випадок, або на основі правових принципів визначаються права та обов'язки сторін господарських правовідносин, межі їхньої поведінки у відповідній ситуації. Інститут аналогії виступає тут як фактор, що забезпечує організацію господарсько-правових відносин, їх конкретність, спрямованість та зміст.

Індивідуальність регламентування полягає в тому, що воно поширюється тільки на окремий випадок і не має юридичного значення для інших ідентичних ситуацій.

Піднормативність виражається в тому, що правовий вплив ґрунтується на схожій нормі або принципах права, і має підпорядковуватися нормативному регулюванню господарсько-правових відносин.

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, ознаках¹⁰¹.

¹⁰⁰ Клім С.І. Вказ. праця. С. 8.

¹⁰¹ Орзіх В.М. Поняття аналогії закону і аналогії права в цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2019. Випуск 54. С.83-86.

У практиці господарських судів широко поширене вирішення за аналогією закону справ у справах з корпоративних правовідносин. Так, у постанові від 01.11.2023 № 904/3715/22 Касаційний господарський суд Верховного Суду встановив таке: «У багатьох постановах Верховного Суду вказано, що правовідносини у сфері корпоративного управління, що виникають між учасниками юридичних осіб та юридичними особами різних організаційно-правових форм є в цілому подібними, про що додатково свідчить наявність у Цивільному кодексі України загальних норм, що регулюють порядок управління товариством, в тому числі шляхом ухвалення загальними зборами відповідних рішень (статті 97, 98 Цивільного кодексу України). Подібний висновок наведений у постановах Верховного Суду від 05.11.2019 у справі № 922/80/18, від 21.04.2021 у справі № 902/1051/19, від 28.07.2021 у справі № 918/456/20.

Законодавство та судова практика тривалий час розвивалися шляхом застосування по суті єдиних підходів до вирішення спорів, пов'язаних із корпоративним управлінням до всіх юридичних осіб, незалежно від їх організаційно-правової форми.

Аналіз норм ЦК та ГК України свідчить, що ними не передбачений порядок скликання та проведення загальних зборів учасників фермерських господарств. Відтак щодо вказаних правовідносин слід застосувати насамперед положення статуту товариства (подібних висновків дійшов Верховний Суд в постанові від 21.04.2021 у справі № 902/1051/19).

Разом з тим, як встановили суди попередніх інстанцій, ані Статут Фермерського господарства «Явір», ані Закон України «Про фермерське господарство», ані інший нормативний акт не передбачають порядку та строку, протягом якого мають бути повідомлені учасники фермерського товариства про проведення загальних зборів.

Але порядок скликання та проведення загальних зборів учасників (акціонерів, членів) юридичної особи визначений законодавством України (Цивільним та Господарським кодексами України, а також, зокрема, Законами України «Про акціонерні товариства», «Про господарські товариства» та «Про

кооперацію»), за положеннями якого учасники (акціонери, члени) юридичної особи мають бути до початку загальних зборів повідомлені про дату, місце, час проведення та порядок денний таких зборів. Такий порядок скликання загальних зборів вищого органу управління юридичної особи не залежить від її організаційно-правової форми, є загальноприйнятим та таким, що гарантує забезпечення права учасника (акціонера, члена) юридичної особи на участь в управлінні нею (п. 66 постанови Великої Палати Верховного Суду від 28.01.2020 у справі № 924/641/17) (пункт 5.6)¹⁰².

У постанові від 24.09.2019 № 904/9495/16 Касаційний господарський суд Верховного Суду встановив: «Оскільки правові наслідки порушення переважного права учасника товариства з обмеженою відповідальністю та можливі способи захисту такого порушеного права не врегульовані положеннями цивільного та господарського законодавства, відповідно до статті 8 Цивільного кодексу України до спірних правовідносин мають бути застосовані норми цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі продажу частки у товаристві з обмеженою відповідальністю з порушенням переважного права її купівлі, учасник товариства може захистити свої права у спосіб, передбачений частиною 4 статті 362 Цивільного кодексу України, шляхом пред'явлення до суду позову про переведення на нього прав та обов'язків покупця (п.67)¹⁰³.

Водночас, з певних аспектів корпоративних правовідносин практика виявилася суперечливою. Зокрема, у період дії попереднього Закону України «Про акціонерні товариства»¹⁰⁴ дискусійним було питання, чи можна використовувати аналогію з порядком проведення загальних зборів акціонерів для врегулювання питань проведення засідань наглядової ради. Більш ранні судові рішення визнавали таку можливість. Наприклад, у постанові Вищого

¹⁰² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28.01.2020 у справі № 924/641/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/114723491> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁰³ Постанова Верховного Суду від 24.09.2019 № 904/9495/16. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/84524234?q=%22%22аналогія%20закону%22%22> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁰⁴ Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 № 514-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

господарського суду України від 25.04.2012 у справі №15/5025/1283/11¹⁰⁵ зазначено: «При вирішенні спорів, пов'язаних з порядком скликання і роботи наглядової ради, визначенням правомочності її засідання, необхідно застосовувати положення установчих документів АТ. У випадку їх неврегульованості в установчих документах застосовується аналогія закону в частині норм, що регулюють відповідні питання скликання та проведення загальних зборів акціонерів (обов'язковість повідомлення усіх членів наглядової ради про проведення засідання, надання інформації з питань порядку денного, правомочність, порядок прийняття рішення)». Однак вже у постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» зазначено, що судам «слід виходити з того, що до порядку скликання засідань наглядової ради АТ не можуть бути застосовані за аналогією норми, які визначають порядок скликання загальних зборів акціонерів» (п.2.31)¹⁰⁶.

Пізніше Касаційний господарський суд Верховного Суду знову повернувся до визнання можливості вирішувати питання функціонування наглядових рад за аналогією. Зокрема, така можливість визнається у постановах від 04.06.2018 у справі № 910/19433/17¹⁰⁷ та від 22.08.2018 у справі № 925/715/17¹⁰⁸ про визнання недійсними рішень наглядових рад АТ. У першій з них Касаційний господарський суд Верховного Суду зазначає, що за неврегульованості в установчих документах порядку скликання і роботи наглядової ради товариства, визначенням правомочності її засідання «застосовується аналогія закону в частині норм, що регулюють відповідні питання скликання та проведення загальних зборів товариства (обов'язковість повідомлення усіх членів наглядової

¹⁰⁵ Постанова Вищого господарського суду України від 25.04.2012 у справі №15/5025/1283/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/23736317> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁰⁶ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁰⁷ Постанова Верховного Суду від 04.06.2018 у справі № 910/19433/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74691737> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁰⁸ Постанова Верховного Суду від 29.05.2018 у справі № 920/432/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74411247> (дата звернення: 01.11.2024).

ради про проведення засідання, надання інформації з питань порядку денного, правомочність, порядок прийняття рішення)».

Втім, як вказує А.В. Смітюх, виникає питання щодо меж правовідносин при скликанні та проведенні засідань наглядової ради АТ, до яких, за відсутності належного регулювання, треба застосовувати за аналогією норми щодо скликання та проведення загальних зборів АТ. Автор відзначає раціональне зерно правової позиції, наведеної у п. 2.31. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4 полягає у тому, що «правове регулювання порядку скликання та проведення загальних зборів АТ не може бути механічно, у повному обсязі перенесене на відносини, які виникають при скликанні та проведенні засідань наглядової ради. На думку автора, застосування положень законодавства, які регулюють скликання та проведення загальних зборів акціонерів за аналогією закону до відносин, що виникають у зв'язку із скликанням та проведенням засідань наглядової ради, доцільно обмежити виключно положеннями про обов'язковість повідомлення усіх членів наглядової ради про проведення засідання про час, місце проведення та порядок денний засідання, надання інформації з питань порядку денного, оскільки повне перенесення порядку скликання та проведення загальних зборів АТ на його наглядову раду суттєво ускладнить роботу наглядової ради»¹⁰⁹.

Вважаємо, що визначеним вище підходом (правове регулювання одних відносин не може бути механічно, у повному обсязі перенесене на інші відносини) слід керуватися в усіх випадках вирішення спорів з корпоративних правовідносин за допомогою аналогії; оскільки застосування аналогії не повинно спростовувати об'єктивно існуючі особливості організаційно-правових форм господарських організацій корпоративного типу та їхніх органів управління.

Аналогія права.

¹⁰⁹ Смітюх А.В. Щодо застосування аналогії закону до відносин із скликання та проведення засідань наглядових рад АТ. Рекодифікація Цивільного Кодексу України: перспективи правового регулювання корпоративних відносин: зб. наук. праць за матеріалами 19-ї Міжнар. наук.-практ. конф. (Івано-Франківськ, 24.09.2021). Івано-Франківськ, 2021. С. 133.

За визначенням М.В. Кравчука, аналогія права – це спосіб вирішення конкретної юридичної справи (за наявності прогалин у законодавстві та відсутності «аналогічної» правової норми) на основі загальних принципів відповідної галузі права або права в цілому¹¹⁰.

М.В. Цвік вважає, що аналогія права – це застосування до конкретних відносин загальних засад і сенсу законодавства у разі відсутності норм, що регулюють подібні за найсуттєвішими ознаками відносини. Це означає, що юридична справа вирішується на основі принципів права, таких як справедливість, гуманізм, юридична рівність, відповідальність за вину тощо, що переважно закріплені у відповідних статтях Конституції України або загальних положеннях законодавчих актів. Застосування аналогії права до конкретної справи не має у майбутньому обов'язкової сили при вирішенні інших подібних справ¹¹¹.

В.І. Труба та Р.С. Притченко зазначають, що з метою подолання прогалин у праві підлягають застосуванню норми тієї самої галузі права, яка регулює такі суспільні відносини. Якщо така норма відсутня або якщо вичерпані всі можливості цієї галузі для розгляду правового питання, допустимим є додаткове застосування правових норм суміжної, «спорідненої» галузі права. Це розглядається як «вищий рівень аналогії закону». Якщо і це неможливо, то варто вдатися до аналогії права, яка передбачає усунення прогалини шляхом розгляду питання на основі загальних засад, принципів і цілей законодавства¹¹².

Р.А. Майданик вказує, що інститут аналогії права 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

¹¹⁰ Кравчук М.В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права: навч. посіб. 3-тє вид., змін. й доп. Тернопіль: Карт-бланш, 2002. С.131.

¹¹¹ Загальна теорія держави і права: підручник. За ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Х.: Право, 2009. С.160.

¹¹² Труба В.І., Притченко Р.С. Теорія держави і права. Х.: Одісей, 2007. С.319.

правових норм, а загальних засад і змісту цивільного законодавства, а також вимог добросовісності, розумності і справедливості¹¹³.

В.А. Кройтор зазначає, що поняття «аналогія права» ширше за змістом, ніж «аналогія закону», тому що ґрунтується на загальних принципах права чи принципах конкретної галузі права¹¹⁴.

Уявляється, що не варто характеризувати співвідношення аналогії закону та аналогії права як «вужчого» та «ширшого», або як «простішого» та «складнішого». Слід прислухатися до точки зору, згідно з якою в основі аналогії закону та аналогії права лежать різні типи міркувань. Правова оцінка відносин при застосуванні аналогії закону відбувається у формі умовиводу за аналогією, якому завжди передує операція порівняння двох об'єктів. Застосування аналогії закону дає можливість логічного переходу від відомого знання до невідомого за правилом: якщо два одиничних предмети схожі в певних ознаках, то вони можуть бути схожими і в інших ознаках, які виявляються в одному із порівнюваних предметів. Таким чином, правомірність і надійність висновків суду при застосуванні аналогії закону залежатиме від того, наскільки коректним виявилася операція порівняння і які саме ознаки судом були визнані саме як суттєві або, навпаки, несуттєві.

Тимчасом, при застосуванні аналогії права найбільш яскраво виявляється особливе положення принципів в структурі права як основоположних регулятивних елементів, їх сутність як механізму саморегулювання в системі права. При застосуванні аналогії права правова оцінка відбувається не у формі умовиводу за аналогією, а у формі силогізму, більшою посилкою якого є конкретне положення загальних засад законодавства (наприклад, верховенство права, справедливість, свобода підприємницької діяльності тощо). Тобто інститут аналогії права, відповідно, не має безпосереднього відношення до умовиводу за аналогією, а тому тут має місце суто термінологічний збіг¹¹⁵.

¹¹³ Майданик Р.А. Вказ. праця. С. 395.

¹¹⁴ Кройтор В.А. Усунення прогалін у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. № 3. С. 161.

¹¹⁵ Беляєвич О.А. Вказ. праця. С.302-303.

І.В. Спасибо-Фатєєва вказує, що аналогія права потребує застосування не схожої норми із втіленим у ній принципом, а перейманням сутності проблеми, підбиранням більш абстрактного принципу для її вирішення – відповідного принципу права, яким тільки й обґрунтовується рішення суду¹¹⁶.

Під час ухвалення рішення у справі правозастосувач має чітко розуміти - при застосуванні аналогії права відсутні норми права, які регулюють схожі відносини і мають звичну для юристів формулу: «якщо..., то..., інакше...», тобто норми – правила поведінки. Однак є норми-цілі, норми-завдання, і, насамперед, принципи, які і є базою для застосування аналогії права. Правильна кваліфікація справи та логічно вибудовані дії правозастосовувача – запорука ухвалення справедливого та обґрунтованого рішення у справі¹¹⁷.

С.В. Завальнюк вказує, що механізм застосування аналогії права має низку стадій, що мають бути виконані максимально сумлінно та ретельно задля правильного застосування аналогії права щодо матеріальних правовідносин за цивільним законодавством. До першої стадії механізму застосування аналогії права, на думку автора, належить аналіз фактичних обставин справи та чинного законодавства. Суб'єкту правозастосування необхідно з'ясувати сутність правовідносин і переконатися в тому, що вони дійсно не врегульовані правом. Другою стадією, як зазначав автор, виступає аналіз законодавства на предмет подібних за змістом цивільних норм, тобто спроба застосування аналогії закону, за якої правозастосувач переходить до етапу пошуку схожої норми, що регулює схожі відносини. Результатом цієї стадії є застосування аналогії закону щодо неврегульованого правовідношення або виявлення неможливості використання аналогії закону через відсутність норм, що регулюють схожі відносини. Коли правозастосувач констатує факт неможливості аналогії закону, починається третя стадія – застосування загальних засад цивільного законодавства¹¹⁸.

¹¹⁶ Спасибо-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. С.137-148.

¹¹⁷ Завальнюк С.В. Аналогія права як спосіб подолання прогалин в цивільному праві. *Актуальні проблеми політики*. 2014. Випуск 52. С.375.

¹¹⁸ Завальнюк С.В. Аналогія права за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). Одеса, 2015. С.7.

Під порядком застосування аналогії права ми розуміємо взяття в єдності сукупність дій правозастосовувача, що забезпечують подолання прогалини в праві. Вважаємо, що правозастосовувач повинен здійснити такі кроки:

По-перше – виявити прогалину в праві. Ця прогалина має бути дійсною, а не уявною (див. попередній підрозділ).

По-друге – констатувати відсутність норм, дію яких можливо поширити на схожі суспільні відносини, неврегульовані правом, тобто встановити неможливість застосування аналогії закону.

По-третє – встановити галузеву належність неврегульованих суспільних відносин. Залежно від такого встановлення правозастосовувач може отримати спеціальний інструментарій при ухваленні законного рішення у справі. Йдеться про «дух і зміст закону», та про спеціальні (галузеві) принципи права, притаманні конкретній галузі.

По-четверте – проаналізувати практику вищих судових органів. Необхідність такого аналізу зумовлена, перш за все, збереженням однаковості правозастосовної практики; зробити повний аналіз галузевих, загально-правових принципів права і визначити, які з них будуть покладені в основу ухваленого рішення. У рішенні суду застосований принцип або принципи права мають бути прямо названі, інакше рішення буде необґрунтованим.

По-п'яте – зробити повний аналіз галузевих, загально-правових принципів права і визначити, які з них будуть покладені в основу ухваленого рішення. У рішенні суду застосований принцип або принципи права мають бути прямо названі, інакше рішення буде необґрунтованим.

По-шосте – виробити правоположення у справі з урахуванням аналізу моральних підстав права стосовно даного конкретного випадку. Правозастосовувач повинен шляхом аналізу всіх чинників та умов, у яких виникли суспільні відносини, що потребують правового врегулювання, сформулювати зміст принципу права (принципів права), що підлягають застосуванню.

По-сьоме – прийняти рішення у справі. З урахуванням усіх дій, вчинених правозастосовцем, у рішенні має бути вмотивовано встановлено наявність

прогалини в праві, неможливість застосування аналогії закону та розкрито зміст застосовуваних принципів права.

Таким чином, стає очевидним, що подолання прогалини з використанням аналогії права – складне завдання, що вимагає від правозастосувача високого рівня знань закону, володіння загальнотеоретичним матеріалом, розуміння соціальних і політичних процесів, які відбуваються в державі.

Суб'єкти застосування аналогії.

У фокусі цієї роботи знаходиться застосування аналогії господарськими судами. Разом з тим, для повноти дослідження доцільно коротко зупинитися на питанні про можливість застосування аналогії іншими, ніж суд, суб'єктами.

Наразі існують дві позиції щодо суб'єктів, які наділені правом застосовувати аналогію: перша говорить, що таке право належить виключно судовим органам, що беззаперечно обумовлено законодавчими положеннями щодо повноважень судів. Друга позиція до суб'єктів застосування аналогії відносить усіх суб'єктів правозастосування.

Можливою є точка зору, що якщо прийняти пропозицію про допустимість подолання прогалин усіма правозастосовними органами, то доведеться визнати, що сфера, в якій прогалини можуть долатися, практично не обмежена, а це не сприятиме зміцненню законності. Так, А. Дрішлюк вказує, що тільки суд має право на застосування аналогії, а інші державні органи позбавлені права застосовувати аналогію у своїй діяльності¹¹⁹. Так само В. Кройтор зауважує, що аналогія в цивільному праві є доволі поширеним правовим явищем, вона може застосовуватися винятково судом у разі дотримання певного порядку, який має встановлюватися законом¹²⁰.

Законодавство України прямо передбачає можливість застосування аналогії не тільки судом, а й третейським судом. Відповідно до ч. 3 ст. 11 Закону України від 11 травня 2004 р. «Про третейські суди»¹²¹, у разі відсутності

¹¹⁹ Дрішлюк А. І. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період). *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2011. Вип. 17. С. 9–14. С.13.

¹²⁰ Кройтор В.А. Вказ. праця. С.165.

¹²¹ Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 № 1701-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

законодавства, що регулює певні спірні відносини, третейські суди застосовують законодавство, яке регулює подібні відносини, а за відсутності такого третейські суди застосовують аналогію права чи керуються торговими та іншими звичаями, якщо останні за своїм характером та змістом властиві таким спірним відносинам.

Виникає питання, чи може аналогія застосовуватися міжнародним комерційним арбітражем. На відміну від Закону «Про третейські суди», Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж»¹²² не містить спеціальних приписів щодо аналогії. Однак правова природа третейського суду і міжнародного комерційного арбітражу є подібною: на це, зокрема, вказує стаття 22 ГПК, яка одноманітно регулює право сторін на передачу спору на розгляд третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу. Тож слід дійти висновку, що і міжнародний комерційний арбітраж може застосовувати аналогію. Тим більше, що міркування за аналогією здатне бути особливо корисним у міжнародних комерційних спорах, де закони різних країн можуть мати відмінності або взагалі не передбачати вирішення конкретного питання. У таких випадках арбітри можуть звертатися до визнаних принципів міжнародного права або застосовувати принципи, що вже були встановлені в подібних справах, для прийняття справедливого рішення.

А. С. Довгерт зазначає, що внесенням норм про юридичну аналогію до «матеріального» ЦК України (стаття 8 ЦК України) розробники прагнули зробити їх адресатом не лише суди, а всіх суб'єктів правозастосування. Запорукою адекватного застосування аналогії таким широким колом осіб повинно стати не лише правильне розуміння короткого тексту самої статті, а й контексту всієї цивільно-правової кодифікації та приватного права загалом¹²³. Подібними є міркування З.В. Ромовської, на думку якої 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,

¹²² Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

¹²³ Довгерт А. С. Вказ. праця. С. 170-171.

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»¹²⁴.

На думку Є. Харитонова, аналогію права можуть використовувати суб'єкти цивільного права, обираючи для себе при укладенні договору, не передбаченого законом, орієнтири змісту (умов) останнього. Крім того, аналогію права можуть використовувати будь-який орган чи особа, які мають цивільну юрисдикцію (право вирішувати цивільно-правові суперечки і застосовувати цивільно-правові норми): суди всіх рівнів, прокурори, нотаріуси і т. ін.¹²⁵.

Розширення кола суб'єктів застосування аналогії є неминучим та об'єктивно обумовленим динамічною трансформацією суспільних відносин, та, відповідно, аналогічною реакцією законодавця на такі зміни. Більш того, наділяючи лише суд повноваженнями на застосування аналогії, неминучим є настання надмірного навантаження на судові органи, адже в такому випадку за вирішенням будь-якої атипової ситуації, чітко не врегульованої законом, зацікавлені особи змушені будуть звертатися до суду та брати участь у достатньо тривалому процесі (враховуючи сучасний стан судової системи та перебування у стані незавершеної судової реформи). У той час як спірна ситуація могла б бути вирішена уповноваженим суб'єктом, так би мовити «тут і зараз», уникаючи довготривалих процедур, і лише у разі незгоди з прийнятим рішенням суб'єкт міг би звернутися до суду.

На нашу думку, коло осіб, що застосовують аналогію при здійсненні господарської діяльності побудованої на юридичній рівності та майновому інтересі не повинно обмежуватися. При цьому, варто враховувати, що учасники господарських правовідносин мають можливість при визначенні власних прав і обов'язків застосовувати норми господарського законодавства та норми

¹²⁴ Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: підручник. 2-е вид., доп. Київ: Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. С.36

¹²⁵ Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины. Х. : Одиссей, 2004. С. 49-50.

міжнародних договорів. Водночас, застосування аналогії судами та іншими суб'єктами має різну правову природу та правові наслідки:

1) застосування аналогії судами є здійсненням правосуддя, тимчасом як для інших суб'єктів це – звичайне правозастосування;

2) судові рішення, засноване на аналогії, має статус офіційного тлумачення закону. Це рішення може вплинути на подальше законодавство або бути використаним іншими судами в майбутніх справах, що підвищує його значення в правовій системі. Тимчасом, рішення, прийняті на основі аналогії іншими суб'єктами, можуть бути важливими для конкретних випадків або сторін, але не мають широкого юридичного впливу на законодавство чи судову практику;

3) у разі, якщо застосування аналогії покладене в основу правової позиції Верховного Суду, така правова позиція є обов'язковою для врахування судами при вирішенні наступних подібних справ, принаймні, доки Верховний Суд не відступить від своєї правової позиції у порядку, визначеному статтею 302 ГПК. Загальний сенс правил статті 302 ГПК полягає у прийнятті рішення щодо відступу на рівні, вищому, ніж той, на якому було прийняте попереднє рішення. Це слугує запобіжником від частого і невваженого прийняття суперечливих судових рішень.

Тимчасом, застосування аналогії іншими суб'єктами ніяким чином не зв'язує третіх осіб.

1.4. Співвідношення аналогії з суміжними поняттями

Глибокий аналіз інституту аналогії неможливий без з'ясування його місця серед інших явищ механізму правового регулювання суспільних відносин. Йдеться насамперед про співвідношення інституту аналогії та розширювального тлумачення, субсидіарного застосування правових норм, використання відсильних норм, а також судового прецеденту.

Розширювальне тлумачення

Тлумачення норм права – розумовий процес, що здійснюється за допомогою низки прийомів (методів), які забезпечують з'ясування дійсного змісту норми права чи нормативного акту загалом. Особливістю тлумачення норм господарського законодавства і права є те, що їх зміст недоступний безпосередньому сприйняттю за допомогою органів чуття. Тільки мислення (опосередковане пізнання, що оперує поняттями, судженнями, висновками) може осягнути сенс відповідної норми господарського права¹²⁶.

Види юридичного тлумачення можуть бути класифіковані за кількома критеріями: а) за способом тлумачення; б) за обсягом тлумачення (залежно від співвідношення між текстуальним вираженням правової норми та її змістом); в) за суб'єктами тлумачення та його юридичними наслідками.

За способом юридичного тлумачення виокремлюють такі його види:

1) *філологічне (граматичне, текстове, мовне) тлумачення* – полягає у з'ясуванні змісту правової норми шляхом аналізу її текстового вираження під кутом зору його лексико-семантичних, лексико-граматичних, морфологічних, синтаксичних характеристик;

2) *історико-політичне (історичне) тлумачення* – використовується для з'ясування змісту правової норми на основі вивчення конкретних історичних і політичних умов її ухвалення, його мотивів і намірів;

3) *системне тлумачення* – полягає у з'ясуванні змісту правової норми на основі виявлення її зв'язків з іншими нормами права, тобто розгляду її в контексті системності права;

4) *телеологічне (цільове) тлумачення* – передбачає з'ясування змісту правової норми на основі встановлення мети, заради досягнення якої норма була прийнята.

Залежно від співвідношення між текстуальним вираженням правової норми та її дійсним змістом (за обсягом) тлумачення поділяється на такі види:

¹²⁶ Гончаров В.В. Офіційне тлумачення юридичних норм як засіб встановлення і трансформації їх змісту : дис. ... канд. юр. наук (12.00.01). Львів, 2012. 228 с.

1) *буквальне (адекватне) тлумачення*, коли зміст норми, що тлумачиться, повністю збігається з її текстуальним вираженням;

2) *розширювальне*, коли зміст норми, що тлумачиться, ширший за її текстуальне вираження;

3) *обмежувальне*, коли зміст норми, що тлумачиться, вузьчий від її текстуального вираження.

За суб'єктами тлумачення та його юридичними наслідками розрізняють такі види тлумачення:

1) *офіційне* тлумачення, тобто роз'яснення змісту правових норм, яке здійснюється уповноваженими на те державою органами і результати якого мають обов'язковий характер;

2) *неофіційне* тлумачення, тобто роз'яснення змісту правових норм, що здійснюється науковими установами, громадськими об'єднаннями, окремими особами, результати якого не мають обов'язкового характеру¹²⁷.

Судове тлумачення норм права – це завжди офіційне тлумачення, що здійснюється суддями, ще однією особливістю якого є те, що результати такого тлумачення можуть бути обов'язковими як для необмеженої кількості випадків (нормативне тлумачення), так лише для конкретного судового спору (казуальне тлумачення). Також особливістю судового тлумачення є спеціальна форма закріплення його результатів. У цій ролі виступає мотивуюча частина судового рішення, актів судів апеляційної та касаційної інстанції, постанов пленумів вищих судових інстанцій.

Право тлумачити норму права є виключним правом суду. Роз'яснення державних органів (листи, рекомендації) не є нормою права і не мають юридичного значення¹²⁸.

Такий висновок викладений в пункті 112 Постанови Об'єднаної палати Касаційного господарського суду по справі № 927/491/19¹²⁹. Висновок з'явився у

¹²⁷ Загальна теорія права: Підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. С.253-254.

¹²⁸ Секретар ВП ВС Лариса Рогач висвітлила аспекти відступів від висновків щодо застосування норм права. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1257521/> (дата звернення: 01.11.2024).

¹²⁹ Постанова Верховного Суду від 18.06.2021 у справі № 927/491/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/97911848> (дата звернення: 01.11.2024).

зв'язку із тим, що в обґрунтування свого права на підписання додаткових угод та збільшення ціни товару відповідач посилався на роз'яснення Міністерства економічного розвитку і торгівлі України «Щодо зміни істотних умов договору про закупівлю», що міститься у листі від 07.04.2015 № 3302-05/11398-07¹³⁰.

Згідно з цим роз'ясненням у залежності від коливання ціни товару на ринку сторони протягом дії договору про закупівлю можуть вносити зміни декілька разів в частині ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків кожного разу з урахуванням попередніх змін, внесених до нього, сукупність яких може перевищувати 10 відсотків від ціни за одиницю товару, визначеної сторонами на момент укладання договору про закупівлю та за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної у договорі, і виконати свої зобов'язання відповідно до такого договору з урахуванням зазначених змін¹³¹.

Відповідно до абз.2 п.19 постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 30.06.2021 у справі № 914/1304/20 правила тлумачення норм права є сталими в науці про основні та загальні закономірності виникнення, розвитку функціонування права і відповідно до одного з них тлумачення норм права за своїм обсягом може бути і розширювальним; таке тлумачення має місце, зокрема, тоді, коли зміст норми є більш широким, ніж її текстуальне вираження, наприклад коли норма права викладена дуже лаконічно та необхідні додаткові засоби, щоб правильно зрозуміти її зміст¹³².

Аналогія закону має багато спільного з розширювальним тлумаченням. Спільним для аналогії закону і розширювального тлумачення є те, що вони спираються на певну норму чинного законодавства.

В обох випадках ми стикаємося з відступом від змісту норми права, «букви

¹³⁰ Лист-роз'яснення щодо зміни істотних умов договору про закупівлю № 3302-05/11398-07 від 07.04.2015. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=bacec1cf-8039-4789-aa20-0f448863fe89&title=ListroziasnenniaSchodoZminiIstotnikhUmovDogovoruProZakupivliu3302-05--11398-07-Vid07--04--2015> (дата звернення: 01.11.2024).

¹³¹ У КГС ВС нагадали, що тлумачення норм права є виключною компетенцією суду. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/207760-u-kgs-vs-nagadali-scho-tlumachennya-norm-prava-ye-viklyuchnoyu-kompetentsiyeyu-sudu> (дата звернення: 01.11.2024).

¹³² Постанова Верховного Суду від 30.06.2021 у справі № 914/1304/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98105274> (дата звернення: 01.11.2024).

закону», коли правозастосовний орган іде далі дослівного вираження юридичної норми. Розширювальне тлумачення та аналогія закону спрямовані на усунення певної невідповідності між фактичними обставинами та правовою нормою. І те, й інше явище має місце в певних випадках за недоліків, «дефектів» законодавства. Проте, ані розширювальне тлумачення, ані аналогія закону не спричиняють будь-якої зміни змісту права.

Не підлягають розширювальному тлумаченню і застосуванню за аналогією норми, що встановлюють винятки, вилучення із загального правила, приписи вичерпного характеру, коли вони поширюються на типові обставини, які не відповідають цим особливостям, наприклад ч. 3 ст. 4 ГК України визначає, що до господарських відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані Кодексом торговельного мореплавства України, застосовуються правила ГК України.

Відмежовуючи аналогію закону від розширювального тлумачення, необхідно чітко уявляти, що в результаті тлумачення з'ясовується дійсний зміст господарсько-правової норми, який ширший за її буквальне вираження. Причиною розширювального тлумачення є розбіжність граматичного та логічного сенсу норми, недосконалість граматичного та логічного сенсу норми, недосконалість форми вираження правових приписів¹³³.

У своїй практиці ЄСПЛ визнав, що, як би чітко не було сформульовано положення законодавства, у будь-якій галузі права існує неминучий елемент судового тлумачення. Завжди існуватиме потреба у роз'ясненні нечітких норм або тих, які потребують пристосування до обставин, що змінюються. Знову ж таки, хоча визначеність є вкрай необхідною, вона може спричинити надмірну суворість, а закон повинен бути здатним відповідати обставинам, що змінюються. Таким чином, багато законів неминуче сформульовані у термінах, які тією чи іншою мірою є нечіткими, і чиє тлумачення та застосування є питаннями практики. Функція здійснення правосуддя, закріплена за судами, полягає саме у подоланні сумнівів щодо тлумачення, які залишаються (див.

¹³³ Гусарев С.Д. Теорія права і держави: навч. посіб. Київ: Правова єдність, 2008. С. 121.

рішення у справі «ВАТ «Нафтова компанія «Юкос» проти Росії» (ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia), заява №14902/04, пункт 568, від 20.09.2011)¹³⁴.

А.С. Довгерт також наголошує, що аналогію закону не слід плутати із поширювальним тлумаченням правових норм. Нині способам тлумачення норм приділяється мало уваги, особливо на практиці. Проте для встановлення справжньої волі законодавця нерідко треба звертатися до так званого поширювального тлумачення норми. Таке тлумачення зовсім не означає, що відповідна норма поширюється на відносини, які нею не передбачені. Насправді ці відносини охоплює ця норма, лише не дуже вдалий запис її тексту ускладнює розуміння змісту норми. Порівнюючи цей спосіб тлумачення з аналогією, професор Є. Васьковський слушно зауважував, що тлумачення розкриває справжню думку законодавця, водночас як аналогія застосовує норму у випадках, які не охоплюються справжньою думкою законодавства¹³⁵.

Таким чином, розширювальне тлумачення і аналогія є різними розумовими процесами, оскільки тільки аналогія є способом подолання прогалин.

Субсидіарне застосування правових норм.

Ще одним засобом подолання прогалин без внесення змін у цивільне законодавство є субсидіарне застосування норм, коли юрисдикційний орган використовує приписи суміжного правового інституту або спорідненої галузі¹³⁶.

На думку Є.О. Харитонова, умовами субсидіарного застосування норм законодавства є: 1) відсутність норм, які спеціально регулюють ці відносини; 2) наявність таких норм у суміжних інститутах або галузях права, однорідних з тими, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 3) однорідність методу правового регулювання, який застосовується в одному та іншому випадку¹³⁷.

¹³⁴ Постанова Верховного суду від 14.09.2022 у справі 909/298/21. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat_kgs_vs/2022_11_09_909_298_21 (дата звернення: 01.11.2024).

¹³⁵ Довгерт А.С. Вказ. праця. С. 174

¹³⁶ Орзіх В.М. Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права: дис. ... доктора філософії (081 – Право). Одеса, 2021. С. 86.

¹³⁷ Харитонов Є.О. Цивільне право України: підручник. К.: Істина, 2013. С.89.

Як вказує Ю.І. Матат, серед вчених існують різні підходи стосовно застосування правових норм у субсидіарному порядку: так, ряд дослідників відносить субсидіарне застосування норм до різновиду аналогії закону, інші ж – розглядають в якості самостійного інституту; при цьому висловлено точку зору, згідно з якою субсидіарне застосування є аналогією закону, «але на більш високому рівні», оскільки у першому випадку необхідне встановлення подібності не тільки в суспільних відносинах, але й у методах правового регулювання цих відносин¹³⁸.

Вважаємо, однак, що аналогія закону та субсидіарне застосування правових норм є різними правовими явищами, які необхідно розмежовувати. Аналогія закону має місце у разі наявності прогалини у законодавстві. Перед органом правозастосування стоїть завдання виявити прогалину, визначити її вигляд, встановити подібність у врегульованих та врегульованих правовідносинах тощо. Причиною субсидіарного застосування норм є *навмисна* неповнота права. Певні суспільні відносини враховані законодавцем, але свідомо не врегульовані нормами права, що відповідають їх змісту та характеру. Субсидіарне застосування норм права є засобом економії, забезпечення компактності законодавчого матеріалу, способом організації єдності та цілісності правового регулювання, встановлення раціонального зв'язку між системою права та систематизацією законодавства. Так, у період дії Господарського кодексу України для вирішення господарськими судами спорів, що виникають із майнових відносин у сфері господарювання субсидіарно застосовувалося цивільне законодавство, якщо такі відносини були не передбачені Господарським кодексом¹³⁹.

У зв'язку з цим виникає питання щодо співвідношення субсидіарного застосування правових норм і так званої міжгалузевої аналогії. Як вказує С. Клім, розрізняють два види аналогії закону – внутрішньо- та міжгалузеву

¹³⁸ Матат Ю.І. Субсидіарне застосування норм права як засіб подолання прогалин з законодавстві. Юридична осінь 2012 року : зб. тез доп. та наук. повідомл. учасн. всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів (13 листоп. 2012 р.). Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 47-50.С.47.

¹³⁹ Коваль В.М. Застосування господарськими судами закону і права за аналогією. *Форум права*. 2011. № 1. С. 461.

(різногалузеvu) аналогію закону. Тимчасом як внутрішньогалузева аналогія закону використовується й застосовується лише в рамках однієї галузі права, міжгалузева аналогія передбачає подолання прогалини закону за рахунок застосування норм іншої галузі права¹⁴⁰.

Р.А. Майданик зазначає про існування «різногалузевої аналогії», що стосується закону і правовідносин однорідної галузевої належності. Він вважає, що застосування «різногалузевої аналогії», але однорідної, приватно-правової чи публічно-правової, є виправданим і правомірним за умови, якщо це виключить прийняття завідомо несправедливого рішення суду з причин неврегульованості відносин¹⁴¹.

На думку С. Погребняка, субсидіарне застосування норм законодавства є окремим випадком аналогії закону, так як воно передбачає застосування до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних галузях права¹⁴².

Інші автори міжгалузеvu аналогію як вид аналогії закону відрізняють від субсидіарного застосування норм права за такими рисами:

1) субсидіарне застосування норм права може носити не тимчасовий, а стабільний характер, безпосередньо встановлений законодавцем з метою досягнення єдності у правовому регулюванні суспільних відносин, тимчасом як застосування аналогії закону (міжгалузевої аналогії) завжди стосується індивідуально визначеного випадку;

2) субсидіарне застосування норм права здійснюється, як правило, безпосередньо з волі законодавця, який у відповідній правовій нормі встановлює спеціальні відсилки до інших норм або нормативно-правових актів у цілому, які регулюють схожі відносини. Водночас застосування інституту аналогії у праві законом не встановлюється, а здійснюється відповідно до умов та правил застосування аналогії закону та аналогії права;

¹⁴⁰ Клім С. Критерії розмежування видів аналогії закону та субсидіарного застосування норм у цивільному праві України. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2013. Випуск 58. С.199.

¹⁴¹ Майданик Р. А. Вказ. праця. С. 395.

¹⁴² Погребняк С. Вказ. праця. С. 51.

3) субсидіарне застосування норм здійснюється при відсутності прогалин у праві, які є обов'язковою умовою для застосування інституту аналогії у праві¹⁴³.

Підтримуємо останню точку зору і вважаємо, що субсидіарне застосування правових норм і аналогія, включаючи міжгалузеву аналогію, є різними явищами. До вищенаведених додамо ще один аргумент: як з'ясовано в підрозділі 1.1., з точки зору мисленнєвого процесу сутністю аналогії є перенесення концепцій з вихідної сфери на цільову сферу. При цьому ключовим елементом є встановлення подібності вихідної і цільової сфер, що неминуче включає елемент розсуду (детальніше у підрозділі 2.1). Тимчасом, у випадку субсидіарного застосування правових норм такий елемент розсуду відсутній. Так, наприклад, у ГК немає прямої вказівки застосовувати положення ЦК щодо недійсності правочинів до господарських договорів, однак необхідність застосовувати відповідні положення не викликає сумніву.

Використання відсильних норм.

У певних випадках законодавець з метою «нормативної економії» сам вказує на необхідність застосування відповідного закону. Так, згідно до ст. 265 ГК до відносин поставки, не врегульованих ГК України застосовуються відповідні положення ЦК про договір купівлі-продажу. Так само до відносин за договорами контрактації, міни, не врегульованих правилами щодо цих договорів, застосовують загальні положення про договір купівлі-продажу і правила про договори поставки, якщо інше не передбачено договором, законом або іншими нормативно-правовими актами. Проте у вищезначених випадках використовується інший механізм правового регулювання суспільних відносин – відсильна норма, оскільки посилання у законі на ту чи іншу правову норму не є аналогією закону через відсутність самої прогалини у праві, як необхідної умови застосування аналогії. Утім на теоретичному рівні проблема відсильних норм не знайшла однозначного вирішення: одні науковці розглядають відсильні норми як різновид аналогії закону (такого роду аналогія виводиться самим законодавцем); інші – вважають, що відсильна норма відрізняється від аналогії закону тим, що

¹⁴³ Кройтор В.А. Вказ. праця. С.164.

при аналогії закону схожу норму визначають сторони або суд, який розглядає спір, тоді як застосування прийому відсильної норми визначено безпосередньо законодавцем¹⁴⁴.

Так, відповідно до ч.10 ст. 78 Господарського кодексу України, особливості господарської діяльності комунальних унітарних підприємств визначаються відповідно до вимог, встановлених цим Кодексом щодо діяльності державних комерційних або казенних підприємств, а також інших вимог, передбачених законом. Можна було б сказати, що у даному випадку має місце аналогія закону, однак Верховний Суд зайняв іншу позицію. У постанові від 04.09.2018 у справі № 5023/4388/12 Верховний Суд застосував положення статей 77 та 78 ГК України у питанні встановлення субсидіарної відповідальності засновника комунального підприємства за його зобов'язаннями. Зокрема, Верховний Суд зазначив, що:

- «відповідно до частини десятої статті 78 ГК України особливості господарської діяльності комунальних унітарних підприємств визначаються відповідно до вимог, встановлених цим Кодексом щодо діяльності державних комерційних або казенних підприємств, а також інших вимог, передбачених законом» (пункт 4.8),

- «частинами другою та третьою статті 76 ГК України встановлено, що казенне підприємство створюється за рішенням Кабінету Міністрів України. У рішенні про створення казенного підприємства визначаються обсяг і характер основної діяльності підприємства, а також орган, до сфери управління якого входить підприємство, що створюється. Реорганізація і ліквідація казенного підприємства проводяться відповідно до вимог цього Кодексу за рішенням органу, до компетенції якого належить створення даного підприємства. Майно казенного підприємства закріплюється за ним на праві оперативного управління» (пункт 4.9),

- «відповідно до частини третьої статті 77 ГК України орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, здійснює контроль за

¹⁴⁴ Мілаш В.С. Господарське договірне право. Лекція 5. URL: <https://www.scribd.com/document/768449109/Лекція-5> (дата звернення: 01.11.2024).

використанням та збереженням належного підприємству майна, і має право вилучити у казенного підприємства майно, яке не використовується або використовується не за призначенням, та розпорядитися ним у межах своїх повноважень» (пункт 4.10),

- «згідно з приписами частини сьомої статті 77 ГК України казенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні. У разі недостатності зазначених коштів держава, в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства» (пункт 4.11),

- «з огляду на зазначене вище, спірні відносини прямо врегульовано за допомогою відсильної норми частини десятої статті 78 ГК України та частини сьомої статті 77 цього Кодексу, що виключає необхідність застосування до таких відносин аналогії закону або права» (пункт 4.12)¹⁴⁵.

Вважаємо, що використання відсильних норм слід чітко відрізнити від застосування аналогії. Відсильна норма виражає волю законодавця, який свідомо вдається до саме такого прийому у регулюванні відповідних суспільних відносин з метою компактизації правового регулювання; тимчасом, в основу аналогії покладено застосування, яке виходить за межі волі законодавця. Так само при застосуванні відсильної норми немає відзначеного вище елементу розсуду, оскільки відбувається просте виконання вказівки законодавця. Наприклад, відповідно до ч.3 ст. 56 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»¹⁴⁶ до товариств з додатковою відповідальністю застосовуються норми цього Закону щодо товариств з обмеженою відповідальністю, що не суперечать нормам цієї статті. Тут йдеться саме про субсидіарне застосування норм про ТОВ, яке прямо охоплюється волею законодавця і пов'язано зі значною подібністю організаційно-правових форм

¹⁴⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.09.2018 у справі № 5023/4388/12. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/76381567> (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁴⁶ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

ТОВ та ТДВ; говорити про існування прогалини, а відтак і про застосування аналогії, немає підстав.

Судовий прецедент.

Термін «прецедент» може застосовуватися для позначення різних правових явищ, які, у свою чергу, по-різному співвідносяться з юридичною аналогією. У цьому зв'язку необхідно розмежовувати судовий прецедент в системі загального права та зовні подібні, але відмінні за правовою природою та наслідками явища в інших правових системах, як-от усталена практика Європейського суду з прав людини, Суду ЄС та вищих національних судових інстанцій, включаючи український Верховний Суд.

Як зазначалося у підрозділі 1.1, судовий прецедент є основою системи загального права.

Основу судового прецеденту складає та мотивувальна частина судового рішення, де міститься *ratio decidendi*, що являє собою принцип, правову позицію, покладену в основу вирішення справи. Саме ця частина судового рішення містить нове правило поведінки (норму прецедентного права) та являє собою судовий стандарт – пояснення, чому саме так було вирішено конкретну справу, – якого в подальшому слід додержуватися при вирішенні наступних аналогічних справ¹⁴⁷.

Англійський юрист Р. Кросс дає поняття прецеденту як «норми права, що одержала пряме або непряме трактування судді, коли він формулює свої доводи у справі; при цьому необхідно брати до уваги фактичні обставини конкретної справи і *rationes decidendi* інших прецедентів»¹⁴⁸. Прецедент для англійського права є нормою, обов'язковою для виконання. Прецедентом може бути тільки рішення авторитетного англійського суду. Занадто старе рішення може втратити свою силу не шляхом прямого його скасування, а побічно, завдяки випадковому конфлікту старого і, можливо, вже забутого принципу рішеннями судів, що прийняті пізніше. Старий прецедент, не будучи скасованим, виявляється

¹⁴⁷ Теорія держави і права: підручник; за ред. О. В. Петришина. Харків: Право. 2015. С.36.

¹⁴⁸ Cross R. Op.cit. P. 159.

несумісним із нинішнім станом судової практики. Таким чином, свого часу, як стверджував Г.В. Демченко, сила старості підточує значення прецеденту, і, зрештою, забирає у нього авторитет. Відкинути прецедент може і вища інстанція суду; у такому разі він визнається нікчемним і втрачає будь-яку силу¹⁴⁹.

Якщо говорити про співвідношення прецеденту й аналогії, то таке співвідношення можна визначати на різних рівнях. З точки зору мисленнєвого процесу прецедент передбачає перенесення концепцій з вихідної сфери на цільову сферу, тобто, прецедент і є аналогією. Так, в Енциклопедії американського права прецедентом визначається судові рішення, що цитується як приклад чи *аналогія* (курсив наш – авт.) для вирішення подібних питань права в пізніших справах¹⁵⁰.

Якщо ж порівнювати прецедент як інструмент системи загального права та юридичну аналогію як інструмент континентального права, то між ними є суттєві відмінності, а саме:

1) судовий прецедент має нормативний характер, що, зокрема, означає невичерпність дії судового рішення, що містить відповідне правоположення, його виконанням в рамках конкретної справи, у якій таке рішення було винесене. Іншими словами, судовий прецедент не припиняє діяти після завершення процедури виконавчого провадження, а може і повинен застосовуватись необмежену кількість разів до невизначеного кола осіб і ситуацій протягом необмеженого проміжку часу¹⁵¹;

2) одним із критеріїв віднесення судового рішення до судових прецедентів є інстанційний критерій (місце суду в системі національних судів). Традиційно право створювати судові прецеденти надавалося тільки судам вищих інстанцій, що пояснюють централізацією судової влади, а також підвищеними кваліфікаційними вимогами до суддів вищих ланок у порівнянні із суддями місцевих судів¹⁵²;

¹⁴⁹ Демченко Г.В. Судебный прецедент. Варшава, 1903. С.15.

¹⁵⁰ West's Encyclopedia of American Law. Jeffrey Lehman, editor, Shirelle Phelps, editor. 2nd Edition. Thomson Gale. 2005. 6727 pages. P.3726.

¹⁵¹ Квятковська Б.І. Вказ. праця. С.52.

¹⁵² Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. К.: Праксіс, 2008. С. 58.

3) судовий прецедент повинен бути оприлюднений в офіційному виданні. Г.В. Демченко наголошував, що судовим прецедентом може бути не будь-яке рішення суду, а лише те, яке через його публікацію стало загальновідомим і обов'язковим для судів¹⁵³.

Ці ознаки не властиві юридичній аналогії в Україні, оскільки: застосування аналогії не має нормативного характеру, до аналогії може звертатися суд будь-якої інстанції, вимог щодо офіційного опублікування відповідних судових рішень немає.

У вітчизняній юриспруденції часто ведуть мову про прецеденти Європейського суду прав людини. На нашу думку, тут необхідно розмежовувати 2 різні аспекти:

- а) статус рішень ЄСПЛ для українських судів;
- б) статус попередніх рішень ЄСПЛ для самого ЄСПЛ при вирішенні наступних справ.

Відповідно до частини 1 статті 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини»¹⁵⁴ при розгляді справ українські суди застосовують як джерело права практику Європейського суду з прав людини. Це може дати підстави говорити про те, що рішення ЄСПЛ мають прецедентний характер для українських судів. Однак вважаємо, що такий висновок не є правильним з огляду на таке:

1) звернення до прецеденту має своєю передумовою відсутність або неповноту правового регулювання, тобто наявність прогалини у праві. Тимчасом, використання практики ЄСПЛ здійснюється українськими судами в силу прямої вказівки законодавця, ніякої прогалини у праві при цьому може і не бути;

2) метою застосування прецеденту є вирішення справи за принципом *ubi eadem legis ratio, ubi eadem legis dispositio*, відтак ключове значення має встановлення подібності обставин справ. Тимчасом, метою звернення до практики ЄСПЛ є застосування кращих стандартів захисту конкретних прав

¹⁵³ Демченко Г.В. Вказ. праця. С.1.

¹⁵⁴ Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

людини, при цьому справа, яку розглядав ЄСПЛ, та справа, яку розглядає українських суд, не обов'язково мають значний ступінь подібності;

3) на відміну від прецеденту, в основі застосування практики ЄСПЛ в принципі не лежить умовивід за аналогією.

Щодо статусу попередніх рішень ЄСПЛ для самого ЄСПЛ, то Європейська конвенція з прав людини¹⁵⁵ не містить жодних положень щодо обов'язковості попередніх рішень Суду при вирішенні ним наступних справ. Видається, що уявлення про прецедентний характер рішень ЄСПЛ виникли у зв'язку з невдалими перекладами таких рішень. Так, наприклад, в українському перекладі рішення у справі «Совтрансавто-холдинг» проти України чотири рази згадується «прецедентна практика Суду» (пункти 67, 72, 81 та 90)¹⁵⁶. Втім, у англійському тексті цього ж рішення йдеться про «Court's case-law», тобто, просто «практику Суду»¹⁵⁷; жодних згадок про прецедент немає.

Таким чином, ЄСПЛ не дотримується доктрини прецеденту у тому ж строгому сенсі, як це роблять суди загального права, наприклад, у Великобританії або США. Інша справа, що ЄСПЛ покладається на свої попередні рішення як на переконливий авторитет і прагне до послідовності у своїх висновках.

Коли ЄСПЛ ухвалює рішення у справах, він часто посиляється на свої попередні рішення, щоб забезпечити узгодженість і однорідність у застосуванні Європейської конвенції з прав людини в державах-членах. Хоча ці попередні рішення не є обов'язковими у строгому юридичному сенсі, вони мають значний вплив, і Суд зазвичай дотримується своїх попередніх тлумачень, якщо немає вагомих причин від них відступити. Така практика є важливою для підтримання правової визначеності та передбачуваності в юриспруденції ЄСПЛ, що сприяє загальній стабільності права у сфері прав людини в Європі.

¹⁵⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини) від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁵⁶ Справа «Совтрансавто-Холдинг» проти України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_043#Text (дата звернення 01.11.2024)

¹⁵⁷ Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine (Application no. 48553/99). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60634%22%5D%7D> (дата звернення 01.11.2024).

Так, у рішенні у справі «Чепмен проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ наголосив на тому, що в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом він не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього підстави. Причинами для відступу можуть бути вади попереднього рішення чи групи рішень (їх неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість); зміни суспільного контексту (пункт 70)¹⁵⁸.

Аналогічним чином слід оцінювати і практику Суду ЄС. Така практика набуває для України принципового значення з огляду на статус країни-кандидата на вступ до ЄС. Втім, ще до моменту набуття такого статусу В.С. Щербина та В.В. Резнікова вказували, що однією з тенденцій розвитку господарського процесу України є зближення (гармонізація, уніфікація) правил та процедур на рівні країн ЄС, зближення господарського процесуального законодавства України з процесуальним правом ЄС Суду ЄС¹⁵⁹.

У вітчизняній юридичній літературі визнається прецедентний характер практики Суду ЄС: так, дисертація Т.М. Анакіної має назву «Судовий прецедент у праві Європейського Союзу». Дослідниця вказує, що, «хоча формально правило прецеденту в праві ЄС/Співтовариств не закріплено, при вивченні сучасного розвитку цього права можна дійти висновку, що прецеденти судових органів ЄС є важливим джерелом права. Незважаючи на те, що завдання судів ЄС формально обмежене тлумаченням і застосуванням кожного з інших джерел права, вони відіграють ключову роль у розширенні правопорядку ЄС/Співтовариств. Прецедент судових органів ЄС (передусім Суду Правосуддя) у праві ЄС виконує інтегруючу функцію – через нього формується і розвивається це право. Тому в дисертації наголошується, що правова система Європейського Союзу має прецедентний характер»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Справа Чарман проти Сполученого Королівства (заява № 27238/95). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-196508%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-196508%22]%7D) (дата звернення 01.11.2024).

¹⁵⁹ Щербина В., Резнікова В. Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України. *Право України*. 2017. №9. С.13.

¹⁶⁰ Анакіна Т.М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу. Дис...канд.юрид.наук (12.01.11). Х.:2008. С.11.

Разом з тим, зазначені судження щодо інтегруючої функції Суду ЄС не означає, що цей Суд зв'язаний доктриною прецеденту в строгому сенсі, як у правових системах загального права, хоч його попередні рішення мають значний вплив і зазвичай їх дотримуються в наступних справах. Рішення Суду ЄС, особливо ті, що приймаються в процедурі попереднього рішення (коли національні суди звертаються до Суду для тлумачення права ЄС), створюють корпус судової практики, яка визначає порядок тлумачення та застосування права ЄС у державах-членах. Ця судова практика забезпечує послідовність і однорідність у застосуванні права ЄС в усьому Союзі.

Суд ЄС може відступити від своїх попередніх рішень, але робить це обережно, зазвичай тоді, коли є суттєві зміни в обставинах, розвиток права ЄС або зрушення в правовому чи суспільному контексті, які виправдовують нове тлумачення. Такий підхід поєднує необхідність правової визначеності з можливістю адаптації до змінних умов.

Те саме стосується й відступу від попередніх правових висновків Верховним Судом в Україні. Правила відступу Верховного Суду від попередніх правових висновків урегульовано ст. 302 ГПК.

Відповідно до частини 1 статті 302 Господарського процесуального кодексу України, суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів, передає справу на розгляд палати, до якої входить така колегія, якщо ця колегія вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з цієї ж палати або у складі такої палати.

Суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів або палати, передає справу на розгляд об'єднаної палати, якщо ця колегія або палата вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з іншої палати або у складі іншої палати чи об'єднаної палати (частина 2 статті 302 ГПК).

Суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати або об'єднаної палати, передає справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо така колегія (палата, об'єднана палата) вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Великої Палати (частина 4 статті 302 ГПК).

Як вказує К.М. Пільков, палатний механізм відступів дозволяє правовим позиціям «дозрівати», набувати значення усталеної практики, а професійним спільнотам і суспільству в цілому – розрізнити дійсно усталену практику і позиції, які є спірними. Так, результатом розгляду палатою питання відступу на базі висновку колегії суддів є більш багатоаспектний висновок палати, що особливо цінно у касаційних судах, де запроваджено спеціалізацію. У випадку передання справи для відступу на розгляд об'єднаної палати касаційного суду, що за наявності спеціалізації вказуватиме на значення відповідного питання для всієї юрисдикції, відповідна позиція піддається ще більш багатоаспектному дослідженню. Врешті передання справи для відступу на розгляд Великої Палати передбачає аналіз, який піднімається до рівня застосування принципів права. На кожному з цих рівнів, перш за все фахові юристи мають можливість зрозуміти, яка практика, дійсно, набуває значення усталеної, тобто протягом тривалого часу без спроб відступити переноситься з постанови у постанову, застосовується у неподібних справах *mutatis mutandis*¹⁶¹.

Останнє зауваження – щодо можливості застосування у неподібних справах *mutatis mutandis* – якраз вказує на відмінність усталеної практики наднаціональних та вищих національних судів від прецеденту в строгому розумінні, який застосовний тільки до подібних справ.

Повертаючись до питання співвідношення судового прецеденту і юридичної аналогії, слід вказати, що тільки судовий прецедент як інструмент правової системи загального права є явищем, тісно спорідненим з аналогією.

¹⁶¹ Пільков К.М. Висновки Верховного суду: формула висновку, його обов'язковість та механізм відступу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2003. № 8. С.206.

Тимчасом, усталена практика наднаціональних та вищих національних судів не є прецедентною у строгому розумінні, і її формування не обов'язково здійснюється на підставі умовиводів за аналогією.

Аналогія виступає засобом, що дає змогу праву, в один і той самий час нормам господарського права і процесу, бути стабільними і гнучкими інструментами регулювання господарсько-правових відносин, що забезпечують функціонування господарського права як динамічної системи, яка розвивається.

Висновки до Розділу 1

1. Сучасне господарське життя є дуже динамічним, характеризується постійним виникненням нових господарських відносин (відносини за участю онлайн-платформ, з приводу віртуальних активів та штучного інтелекту тощо), при цьому законодавче регулювання відстає від практичних потреб. За таких умов юридична аналогія виступає засобом віднайдення балансу між сприянням інноваціям та забезпеченням стабільності і послідовності правового регулювання.

2. Слід виділяти різні рівні розуміння аналогії залежно від сфери її застосування:

аналогія як компонент інтелекту;

аналогія як особливість юридичного мислення загалом;

аналогія як риса правової системи загального права;

аналогія як інститут континентальної правової системи.

3. Ключовими аспектами аналогії як риси інтелекту є вихідна, цільова сфери та відображення (перехід від джерела до цілі). Пошук джерела і відображення цього джерела на цільову ситуацію є центральним методом прецедентного права.

4. Аналогія як особливість юридичного мислення полягає у здатності юристів виявляти правові зв'язки, засновані на юридичних категоріях, що недоступно для нефахівців у галузі права.

Особливим випадком застосування аналогії в праві є аналогія у правовому регулюванні нових ситуацій та реформуванні законодавства. Так, наприклад, при вирішенні спорів, пов'язаних з віртуальними активами (криптоактивами), за аналогією застосовуються: *законодавство про цінні папери* (аналогія між традиційними інвестиційними контрактами та продажем криптовалют для залучення капіталу), *право власності* (криптоактиви як «власність», яка може бути, зокрема, предметом заходів забезпечення позову), *договірне право* (смарт-контракти як договори), *законодавство про банкрутство* (криптоактиви як частина ліквідаційної маси).

5. Аналогія у системі загального права та континентальній правовій системі мають спільні та відмінні риси.

Спільні риси:

забезпечує можливість вирішення спорів за відсутності правила, що безпосередньо стосується спору;

використовується для урегулювання ситуацій, пов'язаних з виникненням нових суспільних відносин;

заснована на керівному принципі «подібні ситуації – подібні результати» (латинська максима «ubi eadem est ratio, ibi idem ius»);

спрямована на однакове вирішення не справи в цілому, а саме певного питання права, яке є істотним для винесення рішення по суті.

Відмінні риси:

основне призначення:

- загальне право: аналогія найчастіше використовується для поширення існуючих прецедентів на нові ситуації з подібними фактами. Судді аналізують минулі справи (*stare decisis*) і визначають, чи застосовується обґрунтування рішення (*ratio decidendi*) до поточної ситуації;

- континентальне право: аналогія головним чином використовується для подолання прогалів у законодавстві. Судді аналізують мету закону і визначають, чи можна його застосувати до ситуації, яка не охоплена прямо законом;

сфера дії за колом випадків:

- загальне право: аналогія може включати виведення правила з певної справи, яке потім застосовується до необмеженої кількості подібних справ;
- континентальне право: аналогія завжди поширюється тільки на окремий випадок і не має юридичного значення для інших ідентичних ситуацій;

методологія застосування:

- загальне право: міркування за аналогією зазвичай включає детальне порівняння фактів і юридичних принципів з попередніх справ. Судді аналізують схожості та відмінності, щоб визначити застосовність прецеденту;
- континентальне право: головна увага приділяється пошуку основних засад законів і їхньому застосуванню за аналогією до відносин, які не урегульовані прямо законодавством;

регламентованість застосування:

- загальне право: судді мають більше свободи у застосуванні аналогії, особливо у сферах з обмеженим законодавчим регулюванням;
- континентальне право: існують строгі умови застосування аналогії та заборони застосування аналогії у визначених сферах;

умови застосування:

- загальне право: аналогія можлива, якщо вдається знайти відповідний прецедент; у разі відсутності такого прецеденту можливості застосування аналогії не буде;
- континентальне право: у разі відсутності правових норм, які регулюють подібні відносини, можуть бути застосовані принципи права (аналогія права);

структура аналогії:

- загальне право: застосовується єдине поняття «міркування за аналогією» (analogical reasoning);
- континентальне право: виділяють два різні види аналогії – аналогію закону та аналогію права.

6. Основними аспектами впливу аналогії на ефективність господарського судочинства є:

послідовність і передбачуваність - вирішення подібних справ на подібних засадах зменшує невизначеність;

оптимізація ресурсів - спрощується і пришвидшується прийняття рішень у справах, вивільняється ресурс для вирішення судами більш складних або новітніх справ;

справедливість і рівність - вирішення подібних справ подібним чином сприяє справедливості і рівності перед законом, зменшує ймовірність довільного вирішення судових справ, посилюючи довіру до судової системи;

якість судових рішень - судові рішення засновуються на міцних правових засадах, що сприяє зниженню рівня їх оскаржень;

адаптивність права - правова система залишається релевантною та реагує на зміни в суспільних відносинах без потреби негайного оновлення законодавства.

7. Умовою застосування аналогії є наявність прогалин у праві. *Правову прогалину* (повна або часткова відсутність норми права) слід відрізнити від *юридичної колізії* (протиріччя або невідповідність між нормами права у нормативно-правових актах, що регулюють одні й ті самі відносини) та *помилки у праві* (видання правотворчим органом непотрібної норми або помилкове по суті регулювання певної ситуації).

8. Причини виникнення прогалин поділяються на: *об'єктивні* – поява нових суспільних відносин і відставання законодавця у їх регулюванні; *суб'єктивні* – прорахунки та упущення законодавця при розробці та прийнятті правового акту; зовнішні – встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону, встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань.

9. Способами переборення прогалин є усунення і подолання. Застосовуючи аналогію, суд здійснює саме подолання прогалини, тоді як усунення прогалини є виключною прерогативою законодавця. Визнання можливості усунення прогалин судом є недоцільним, оскільки: а) практика навіть Верховного Суду не

є послідовною; б) вирішення судом конкретної справи за аналогією не завжди усуває необхідність виправлення недоліків правового регулювання законодавцем.

10. Правові прогалини слід класифікувати таким чином:

залежно від причин виникнення прогалин (об'єктивні чи суб'єктивні причини) – первинні та похідні прогалини;

залежно від способу виявлення – прогалини формулювання та оціночні прогалини;

залежно від суттєвості правових наслідків – звичайні законодавчі прогалини (лакуни), та законодавчі упушення.

11. Між звичайною прогалиною (лакуною) та законодавчим упушенням існують такі відмінності:

звичайна прогалина:

стосується ситуації, коли немає конкретної правової норми, застосовної до конкретного питання або випадку;

виникає через недогляд законодавця, або новизну питання, але ніколи не охоплюється наміром законодавця (не є навмисною);

може бути подолана шляхом застосування аналогії, шляхом тлумачення або субсидіарного застосування правових норм;

законодавче упушення:

має місце, коли законодавець не приймає необхідний закон або не урегулює певний аспект, що порушує конституційні норми, принципи, гарантії, права і свободи людини;

може бути ненавмисним (недогляд або помилка в законотворчому процесі) або навмисним (свідоме рішення не приймати закони з певного питання);

вимагає законодавчого втручання – тимчасове подолання шляхом застосування аналогії не є достатнім.

12. Для встановлення прогалини правозастосувач має вирішити такі питання:

чи не існує норми, яка так чи інакше регулює ці суспільні відносини (звичай або субсидіарне застосування правових норм);

чи не є передбачувана потреба в правовому регулюванні уявною, тобто, чи дійсно відсутність норми створює ситуацію правової невизначеності;

чи не виявив законодавець негативної волі на регулювання цих відносин за допомогою права (кваліфікована мовчанка законодавця або автономія волі суб'єктів правовідносин).

13. Теоретична концепція безпрогальності права (з огляду на дію принципу верховенства права) не виключає ситуацій неврегульованості певних суспільних відносин конкретними правовими нормами, що обумовлює необхідність застосування аналогії.

14. У практиці господарських судів поширене застосування аналогії у справах з корпоративних правовідносин. Сформувалася позиція, згідно з якою правовідносини у сфері корпоративного управління, що виникають між учасниками юридичних осіб та юридичними особами різних організаційно-правових форм є в цілому подібними. Водночас, подальшої розробки потребує питання щодо меж застосування аналогії, оскільки таке застосування не повинно спростовувати об'єктивно існуючі особливості організаційно-правових форм господарських організацій корпоративного типу та їхніх органів управління.

15. Між аналогією закону та аналогією права відсутнє співвідношення «вужчого» та «ширшого», або «простішого» та «складнішого». Натомість, в їх основі лежать різні типи міркувань: аналогія закону передбачає умовивід за аналогією, тимчасом як аналогія права – умовивід силогізму.

16. Застосовуючи аналогію права, правозастосувач повинен здійснити такі кроки: виявити дійсну прогалину в праві; констатувати відсутність норм, дію яких можливо поширити на схожі суспільні відносини, тобто встановити неможливість застосування аналогії закону; встановити галузеву належність неврегульованих суспільних відносин; зробити повний аналіз галузевих, загально-правових принципів права і визначити, які з них будуть покладені в основу рішення; проаналізувати практику вищих судових органів з метою

забезпечення її послідовності; виробити правоположення у справі з урахуванням аналізу моральних підстав права; прийняти рішення у справі.

17. Суб'єктами застосування аналогії закону є як суд, так і інші суб'єкти правозастосування (зокрема, третейський суд, міжнародний комерційний арбітраж). Однак застосування аналогії судами та іншими суб'єктами має різну правову природу та правові наслідки:

застосування аналогії судами є здійсненням правосуддя, тимчасом як для інших суб'єктів це – звичайне правозастосування;

судове рішення, засноване на аналогії, має статус офіційного тлумачення закону, на відміну від рішень, прийнятих на основі аналогії іншими суб'єктами;

у разі, якщо застосування аналогії покладене в основу правової позиції Верховного Суду, така правова позиція є обов'язковою для врахування судами при вирішенні наступних подібних справ, доки Верховний Суд не відступить від своєї правової позиції у порядку, визначеному статтею 302 ГПК, тимчасом як застосування аналогії іншими суб'єктами ніяким чином не зв'язує третіх осіб.

18. Аналогію слід відрізнити від розширювального тлумачення правових норм. У результаті розширювального тлумачення з'ясовується дійсний зміст господарсько-правової норми, який ширший за її буквальне вираження; підставою для тлумачення є невдале або нечітке формулювання норми; відносини насправді регулюються цією нормою, тобто прогалина у праві відсутня. Тимчасом, аналогія можлива тільки за наявності прогалини у праві, в її основу покладено застосування, яке виходить за межі волі законодавця.

19. Питання відмежування від субсидіарного застосування правових норм постає насамперед щодо міжгалузевої аналогії:

субсидіарне застосування носить не тимчасовий, а постійний характер, тимчасом як застосування міжгалузевої аналогії стосується індивідуально визначеного випадку;

субсидіарне застосування здійснюється, як правило, з волі законодавця, тимчасом як застосування аналогії виходить за межі волі законодавця (цей самий

критерій застосовується для відмежування аналогії від застосування відсильних норм);

субсидіарне застосування норм здійснюється при відсутності прогалин у праві, які є обов'язковою умовою для застосування інституту аналогії;

аналогія передбачає встановлення подібності вихідної і цільової сфер, що включає елемент, тимчасом, у випадку субсидіарного застосування елемент розсуду відсутній.

20. Між прецедентом в системі загального права та юридичною аналогією в континентальному праві існують такі відмінності:

1) судовий прецедент має нормативний характер, може і повинен застосовуватись необмежену кількість разів до невизначеного кола осіб і ситуацій протягом необмеженого проміжку часу;

2) право створювати судові прецеденти надається тільки судам вищих інстанцій (інстанційний критерій);

3) судовий прецедент повинен бути оприлюднений в офіційному виданні.

Ці ознаки не властиві юридичній аналогії, оскільки: застосування аналогії не має нормативного характеру, до аналогії може звертатися суд будь-якої інстанції, вимог щодо офіційного опублікування відповідних судових рішень немає.

РОЗДІЛ II. УМОВИ ТА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ АНАЛОГІЇ В ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

2.1. Подібність правовідносин як умова допустимості застосування аналогії в господарському судочинстві

З-поміж умов допустимості застосування аналогії, визначених в пункті 4 листа Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18, особливий дослідницький інтерес становить одна з умов – «повинна бути схожість між обставинами справи і наявною нормою за суттєвими юридичними ознаками». Дотримання цієї умови не є самоочевидним, натомість з необхідністю передбачає оціночні судження: що таке схожість (подібність), які юридичні ознаки є «суттєвими», який ступінь схожості/подібності достатній для застосування аналогії?

Як пише М.В. Кравчук, аналогія закону – це рішення конкретної юридичної справи (за наявності прогалин у законодавстві) на основі правової норми, розрахованої не на дані, а на подібні відносини¹⁶². Так само і судовою практикою визнано, що аналогію закону можна застосовувати виключно у разі *подібності* спірних не врегульованих правовідносин (див., напр.: постанову Верховного суду України від 15.04.2015 р. у справі № 3-39гс15¹⁶³, ухвалу Вищого адміністративного суду України від 18.10.2017 р. у справі № 826/25535/15¹⁶⁴). Це обумовлює принципову важливість питання про критерії подібності правовідносин для дослідження інституту аналогії.

Практично усі визначення аналогії згадують подібність правовідносин як умову її застосування; втім, конкретних міркувань з приводу того, що таке подібність, не так багато. М.В. Цвік зазначає, що аналогія закону – це поширення в процесі правозастосування на конкретні не врегульовані правом життєві

¹⁶² Кравчук М.В. Вказ. праця. С.131.

¹⁶³ Постанова Верховного суду України від 15.04.2015 р. у справі № 3-39гс15. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/43675390> (дата звернення 01.11.2024).

¹⁶⁴ Ухвала Вищого адміністративного суду України від 18.10.2017 р. у справі № 826/25535/15. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/69859158> (дата звернення 01.11.2024).

відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в рамках даної галузі права за найсуттєвішими ознаками. «Подібність» відносин означає однотипність правового режиму їх регулювання¹⁶⁵. З останнім твердженням не погоджується В.А. Кройтор, оскільки міжгалузєва аналогія має своє право на існування. До того ж, такі галузі права, як цивільне та цивільне процесуальне право, мають різний правовий режим, проте, судова практика показує, що застосування аналогії все ж таки здійснюється¹⁶⁶.

Велика Палата Верховного Суду в постанові від 12.10.2021 у справі №233/2021/19 задля юридичної визначеності у застосуванні приписів процесуального закону, які зобов'язують визначати подібність правовідносин конкретизувала висновки Верховного Суду щодо тлумачення поняття «подібні правовідносини», що полягає у тому, що на предмет подібності слід оцінювати саме ті правовідносини, які є спірними у порівнюваних ситуаціях. Встановивши учасників спірних правовідносин, об'єкт спору (які можуть не відповідати складу сторін справи та предмету позову) і зміст цих відносин (права й обов'язки сторін спору), суд має визначити, чи є певні спільні риси між спірними правовідносинами насамперед за їхнім змістом. А якщо правове регулювання цих відносин залежить від складу їх учасників або об'єкта, з приводу якого вони вступають у правовідносини, то у такому разі подібність слід також визначати за суб'єктним і об'єктним критеріями відповідно. Для встановлення подібності спірних правовідносин у порівнюваних ситуаціях суб'єктний склад цих відносин, предмети, підстави позовів і відповідне правове регулювання не обов'язково мають бути тотожними, тобто однаковими.

При цьому, Велика Палата Верховного Суду зазначила, що термін «подібні правовідносини» може означати як ті, що мають лише певні спільні риси з іншими, так і ті, що є тотожними з ними, тобто такими самими, як інші. Отже, для цілей застосування приписів процесуального закону, в яких вжитий термін «подібні правовідносини», зокрема пункту 1 частини другої статті 287 ГПК

¹⁶⁵ Загальна теорія держави і права: підручник. За ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С.161.

¹⁶⁶ Кройтор В.А. Вказ.праця. С.160.

України та пункту 5 частини першої статті 296 ГПК України таку подібність слід оцінювати за змістовим, суб'єктивним та об'єктивним критеріями. З-поміж цих критеріїв змістовий (оцінювання спірних правовідносин за характером урегульованих нормами права та договорами прав і обов'язків учасників) є основним, а два інші – додатковими¹⁶⁷.

Велика Палата Верховного Суду неодноразово зазначала, що таку подібність суд касаційної інстанції визначає з урахуванням обставин кожної конкретної справи [див. постанови від 27 березня 2018 року у справі № 910/17999/16 (пункт 32); від 25 квітня 2018 року у справі № 925/3/17 (пункт 38); від 16 травня 2018 року у справі № 910/24257/16 (пункт 40); від 5 червня 2018 року у справі N 243/10982/15-ц (пункт 22); від 31 жовтня 2018 року у справі № 372/1988/15-ц (пункт 24); від 5 грудня 2018 року у справах № 522/2202/15-ц (пункт 22) і № 522/2110/15-ц (пункт 22); від 30 січня 2019 року у справі № 706/1272/14-ц (пункт 22)]. Це врахування слід розуміти як оцінку подібності насамперед змісту спірних правовідносин (обставин, пов'язаних із правами й обов'язками сторін спору, регламентованими нормами права чи умовами договорів), а за необхідності, зумовленої специфікою правового регулювання цих відносин, - також їх суб'єктів (видової належності сторін спору) й об'єктів (матеріальних або нематеріальних благ, щодо яких сторони вступили у відповідні відносини).

Слід звернути увагу, що вищенаведений підхід Верховного Суду щодо визначення подібності правовідносин сформульовано не спеціально для цілей застосування аналогії. Сама Велика Палата вказує, що подібність встановлюється «для цілей застосування приписів процесуального закону, в яких вжитий термін «подібні правовідносини», зокрема пункту 1 частини другої статті 287 ГПК України та пункту 5 частини першої статті 296 ГПК України».

Так, відповідно до пункту 1 частини другої статті 287 ГПК підставою касаційного оскарження судових рішень, зазначених у пунктах 1, 4 частини

¹⁶⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12.10.2021 р. у справі №233/2021/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/110957394> (дата звернення 01.11.2024).

першої цієї статті, є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права у випадку, якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у *подібних правовідносинах*, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку. Згідно з пунктом 5 частини першої статті 296 ГПК суд касаційної інстанції закриває касаційне провадження, якщо: після відкриття касаційного провадження на підставі пункту 1 частини другої статті 287 цього Кодексу судом встановлено, що висновок щодо застосування норми права, який викладений у постанові Верховного Суду та на який посилався скажчик у касаційній скарзі, стосується правовідносин, які *не є подібними*.

Чи стосується такий підхід визначення правовідносин подібними для цілей застосування аналогії? Очевидно, що так, адже частина 10 статті 11 ГПК також належить до «приписів процесуального закону, в яких вжитий термін «подібні правовідносини». Крім того, логічно, щоб підхід до визначення подібності був однаковим для цілей застосування *усіх* приписів процесуального закону, в яких вжитий зазначений термін.

Разом з тим, вбачається, що оцінка подібності «за змістовим, суб'єктним та об'єктним критеріями» є формальною, а ці критерії – недостатніми, особливо коли їх наявність не пояснюється, а просто констатується. Якщо суб'єктний і об'єктний критерії можуть бути (хоч є не обов'язково є) більш очевидними, то щодо головного, змістового критерію, зберігається вихідне питання: коли зміст правовідносин слід вважати подібним, а коли ні?

Проілюструємо це на прикладі постанови Верховного Суду від 20.06.2023 у справі № 910/8880/22 щодо оскарження рішення Антимонопольного комітету України. Верховний Суд вказав, що неможливість застосування у даному випадку приписів статті 223 ГК України та статей 257-259 ЦК України визначена, тим, що цивільні правовідносини [особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному

волевиявленні, майновій самостійності їх учасників], господарські відносини [сферу господарських відносин становлять господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські відносини; господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності; під організаційно-господарськими відносинами у ГК України розуміються відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю; внутрішньогосподарськими є відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами] не є подібними з правовідносинами, які виникають на підставі Закону між АМК [в силу приписів частини четвертої статті 4 Закону АМК здійснює державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції, захист інтересів суб'єктів господарювання та споживачів від його порушень] і особою, що оскаржує відповідні рішення про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (пункт 8.37)¹⁶⁸.

По-перше, викликає заперечення те, що Верховний Суд прирівняв цивільні і господарські правовідносини, адже останні зовсім не обов'язково засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Зокрема, не є такими організаційно-господарські відносини, що є управлінськими відносинами, заснованими на владі-підпорядкуванні. По-друге, якщо говорити саме про організаційно-господарські відносини, то їхня неподібність до відносин за участю Антимонопольного комітету України вже не є самоочевидною. Так, І.М. Кравець визначає Антимонопольний комітет України суб'єктом організаційно-господарських повноважень у сфері антимонопольно-конкурентної політики¹⁶⁹. Принаймні, це питання варте більш

¹⁶⁸ Постанова Верховного Суду від 20.06.2023 у справі № 910/8880/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/111675761> (дата звернення 01.11.2024).

¹⁶⁹ Кравець І.М. Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень. Монографія. К.: Юрінком Інтер, 2010. С.80.

глибокого дослідження.

Таким чином, що ж насправді суд має на увазі, коли застосовує аналогію? Д. Хантер досліджує це питання на прикладі класичної американської справи *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 151 NY 163 (1896). Справа стосувалася особи, яка позивалася з приводу втрати багажу під час подорожі на нічному поромі. Багаж було вкрадено з верхньої полиці у каюті позивача. Позивач стверджував, що компанія-судновласник була зобов'язана забезпечити схоронність речей, відтак повинна відповідати за їх втрату. Припускаємо, що законодавчого регулювання ситуації немає, натомість наявні лише два прецеденти, які можуть бути релевантними для рішення. Перший прецедент стосувався власника готелю, якого визнали відповідальним за крадіжку речей гостя, оскільки покладений на нього обов'язок гостинності включав у себе і розумну турботу про безпечне зберігання речей гостя. У другому прецеденті йшлося про залізничну компанію, яку не було визнано відповідальною за крадіжку речей пасажира, оскільки правовідносини між пасажиром і залізницею стосувалися перевезення, а не розміщення на ночівлю.

Адвокат позивача стверджуватиме, що пором є «плаваючим готелем»: він має каюти, подібні до готельних номерів, тут є ресторани та інші готельні зручності, і пасажир майже неминуче проводять ніч на борту. Відтак суддя має слідувати готельному прецеденту та вирішити спір на користь позивача. Натомість адвокат відповідача стверджуватиме, що пором – це «морський потяг»: намір пасажирів – насамперед подорожувати, а не залишатися на ніч, у поїздах також є ресторани та бари тощо. Таким чином, позовні вимоги не можуть бути задоволені.

Перед суддею постає прямолінійне питання: обрати аналогію з «плаваючим готелем» чи аналогією з «морським потягом»? Як вказує Д. Хантер, це просте питання приховує низку складних питань. Перше питання стосується міркувань судді, який обирає прецедент для наслідування, а потім виправдовує його використання. Чи справді це два окремі процеси: суддя спочатку вирішує, що прецедент є переконливим, а потім виправдовує його використання? Чи ж

міркування за аналогією є єдиним неподільним процесом? Друге питання стосується обмежень суддівського розсуду: у справі про пором суддя не зобов'язаний дотримуватися тієї чи іншої аналогії. Отже, чи існують якісь обмеження щодо прийняття суддею рішень, і якщо так, то які вони? І чи є ці обмеження цілком правовими рамками, чи натомість ми зможемо точніше змодельовати певні обмеження за допомогою психологічних досліджень? По-третє, виникає питання про те, чи чим насправді є висновок за аналогією. Чи йдеться про те, що, проводячи аналогію, суддя бере справу-прецедент, «перетворює» її на правило, а потім застосовує це правило до невіршеної справи? Чи натомість він переносить деякі особливості прецеденту безпосередньо на невіршений випадок і вирішує справу відповідно до близькості прецеденту до невіршеного випадку?¹⁷⁰

З огляду на те, що система загального права в силу свого прецедентного характеру надзвичайно сильно залежна від застосування аналогії, провідні американські і британські теоретики права приділяють аналогії значну увагу в своїх роботах, не оминаючи і фундаментальне питання подібності. Так, Едвард Г. Леві вказує: «Не можна сказати, що судовий процес – це застосування відомих правил до різноманітних фактів. І все ж це система правил; правила відкриваються в процесі визначення подібності чи відмінності. Але якщо увага спрямована на пошук подібності або відмінності, з'являються інші особливості. Проблема для права полягає в тому: коли буде справедливо розглядати різні випадки як однакові? Таким чином, працююча правова система повинна бути готова виділити ключові подібності та обґрунтувати їх заради застосування загальної класифікації»¹⁷¹.

Д.Н. МакКормік зазначає, що «когнітивна близькість» не є вирішальною для використання аналогії. Близькість аналогії не є визначальною в той чи інший бік. Ми говоримо метафорично, але навіть з урахуванням цього важко було б сказати, принаймні кількісно, що існує якийсь суто когнітивний тест, за

¹⁷⁰ Hunter D. Op. cit. P. 4.

¹⁷¹ Levi, Edward H. Op. cit. P 3.

допомогою якого можна було б сказати, що одна аналогія є більш (або менш) «близькою», ніж [інша аналогія]¹⁷².

За словами Мартіна П. Голдінга, ключове питання не в тому, що наявні подібності і відмінності, а у тому, чи порівнювані об'єкти схожі один на одного (і відрізняються один від одного) у *релевантних* аспектах, тобто, аспектах, які є релевантними для передбачуваної подібності¹⁷³.

Скотт Бревер відзначає, що безвідносно до різних підходів до аналогії, усі вони тяжіють до визначення «схожості» ключовим аспектом своїх пояснень; втім, сама по собі концепція схожості аж ніяк не пояснює, чому умовивід за аналогією є раціонально переконливим¹⁷⁴.

Зазначені міркування стосуються юридичного мислення за аналогією загалом, тому їх значення не обмежується системою загального права. Вони вказують на те, що хоч подібність безсумнівно лежить в основі аналогії, для виправдання аналогії мало сказати, що дещо є подібним до чогось іншого.

Вважаємо плідною позицію Дж. Хаге, який пропонує раціональну (reason-based) модель застосування правила за аналогією. Відповідно до цієї моделі, правило слід застосовувати до справи, якщо, і тільки якщо, підстави застосування переважають підстави незастосування. Якщо правило застосовне до справи, тобто якщо справа відповідає умовам правила, це є підставою для застосування правила, тоді як незастосовність правила є підставою проти його застосування. Окрім цих двох підстав, можуть існувати й інші причини за або проти застосування правила до конкретної справи. Раціональна модель застосування правила, сама по собі не вказує, які саме можуть бути ці причини; це залишено на розсуд закону¹⁷⁵.

У практиці Верховного Суду можна виявити міркування, які близькі до описаної раціональної моделі. Так, у постанові від 15.02.2023 р. № 922/3797/21

¹⁷² MacCormick D. N. *Legal reasoning and legal theory* 19-52. Oxford: Clarendon Press 1978) (With revised preface, 1994) P.190-91.

¹⁷³ Golding, Martin P. *Legal Reasoning*. Knopf, 1984. P. 45.

¹⁷⁴ Brewer, Scott. *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 HARV. L. REV. 923, 937 (1996) P. 932.

¹⁷⁵ Haage J. *The Logic of Analogy in the Law*. *Argumentation* (2005) 19:401-415. P.404.

Верховний Суд вказав, що «за відсутності іншої норми права, яка б урегульовувала подібні правовідносини, а також враховуючи ненадання відповідачами альтернативного розрахунку спірних сум, Верховний Суд вважає обґрунтованим та правомірним застосування судом першої інстанції пункту 286.6 статті 286 ПК України за аналогією у спірних правовідносинах, який дійшов висновку, що розрахувати суми безпідставно збережених коштів за користування земельною ділянкою для кожної з кількох осіб пропорційно їх часткам у праві власності на нерухомість, яка знаходиться на такій земельній ділянці, можливо, а тому розрахунок позовних вимог, який містить у собі саме такий алгоритм, не суперечить вимогам закону, є раціональним та справедливим¹⁷⁶. Звернення до стандартів раціональності та справедливості відрізняє цю позицію Верховного Суду від тих, де просто констатується «подібність».

Вважаємо, що основне положення раціональної моделі повинно бути використане і у вітчизняній доктрині юридичної аналогії. Тобто, традиційні змістовний, суб'єктний та об'єктний критерії слід доповнити ще одним: правову норму слід застосовувати до справи, якщо підстави її застосування переважають підстави незастосування. Тобто, замість простої констатації подібності або відсутності подібності правовідносин, яка притаманна вітчизняній судовій практиці, слід визначити конкретні аргументи «за» і «проти» встановлення подібності, і провести зважування таких аргументів.

¹⁷⁶ Постанова Верховного Суду від 15.02.2023 р. № 922/3797/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/109210500> (дата звернення 01.11.2024).

2.2. Використання принципів права при застосуванні господарським судом аналогії

Принципи права – одне з найпоширеніших понять загальної теорії права. Під принципами (від лат. *principium* – первинне, визначальне) права зазвичай розуміють відправні ідеї, основні засади, що визначають зміст і спрямованість правового регулювання¹⁷⁷.

При застосуванні аналогії права принципи безпосередньо регулюють суспільні відносини, визначаючи їхню загальну юридичну урегульованість, і є тією правовою базою, на основі якої відбувається формулювання конкретного правила для заповнення прогалини. У даному випадку правові положення щодо подолання прогалини, на відміну від правового положення, виробленого в результаті аналогії закону, формується насамперед з аналізу принципів права. Це певною мірою може знизити якість результатів, отриманих за допомогою аналогії права, порівняно з висновками, зробленими з використанням аналогії закону. Німецький цивіліст Ф. Регельсбергер стверджував, що: «Чим далі доводиться... сходити від окремих положень права до загальних правових принципів, тим більш невизначеними робляться обриси загального складу фактів і тим менш надійним – результат, одержуваний за посередництвом аналогії»¹⁷⁸. Дійсно, принципи права мають загальний характер і тому не відображають усієї специфіки суспільних відносин, пов'язаних із тим чи іншим казусом. У деяких випадках досить складно вивести з принципів права правове положення, за допомогою якого долається прогалина і вирішується конкретна справа. Але не можна не визнати справедливими і твердження Ф. Регельсбергера, що таку недосконалість легше «винести, ніж банкрутство правосуддя або зведення, так званого, розуму, тобто судової дискреції в джерело права»¹⁷⁹.

Вважаємо, що без чіткого розуміння принципів права неможливо мати правильний орієнтир у правовій дійсності. Вони лежать в основі всіх правових

¹⁷⁷ Загальна теорія права: Підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. С.66.

¹⁷⁸ Регельсбергер Ф. *Общее учение о праве*. Т-во И. Д. Сытина, 1897. С. 169.

¹⁷⁹ Там само.

явищ, що існують у суспільстві. Застосування принципів права зачіпає основні теоретичні питання правознавства, бо визначення їх змісту, видів, особливостей дає змогу виявити засади формування системи права, специфіку тієї чи іншої правової системи.

Залежно від сфери дії принципів у межах системи права у теорії права їх поділяють на *загальні, міжгалузеві, галузеві*, а також на *принципи підгалузеві та інститутів права*. Ці принципи притаманні, відповідно, праву в цілому, декільком галузям права, окремим галузям, підгалузям або інститутам права¹⁸⁰.

З-поміж загальних правових принципів визначальне значення для застосування інституту аналогії судом має **принцип верховенства права**. Положеннями статті 8 Конституції України гарантовано, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права як панування права в суспільстві, що є засадничою ціннісною ідеєю у законотворчості та правозастосуванні. Частиною 1 статті 11 ГПК України на господарський суд покладено обов'язок у розгляді справ керуватися принципом верховенства права. Водночас законодавець не наводить дефініції поняття «верховенство права», а розкриває суть цього терміна через імперативну вимогу щодо застосування судом під час розгляду справ Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інших правових актів, прийнятих відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України. У контексті реалізації принципу верховенства права законодавець у частині 4 статті 11 ГПК України визначив обов'язок суду застосовувати під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерело права. Отже, верховенство права розглядається як елемент спільної спадщини держав-учасниць Конвенції 1950 року, яка є частиною національного законодавства України, тому його дотримання як принципу права у сфері судочинства є

¹⁸⁰ Загальна теорія права: Підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. С. 70.

обов'язковим як для суду, так і для учасників справи. Поняття «верховенство права» та його основні елементи було проаналізовано у Доповіді Венеціанської комісії «Про верховенство права» на 86-му пленарному засіданні 25-26 березня 2011 року¹⁸¹. Так, принцип верховенства права у формальному розумінні – це верховенство права, а не особи, тоді як у сутнісному розумінні це верховенство права над законом.

Пунктом 41 Доповіді визначено основні елементи верховенства права: (1) законність, у тому числі прозорий, підзвітний і демократичний порядок уведення законів у дію; (2) правова певність; (3) заборона свавілля; (4) доступ до правосуддя у незалежних і неупереджених судах, у тому числі судовий контроль за адміністративними актами; (5) дотримання прав людини; (6) недискримінація та рівність перед законом. Зазначені елементи становлять зміст принципу верховенства права, дія якого має на меті встановлення певних меж діяльності держави в напрямі захисту прав людини та недопущення будь-якого свавілля з боку держави, зокрема органів судової влади.

П. Гаудер, аналізуючи реалізацію верховенства права у реальному світі, зауважив, що верховенство права стосується загальних моделей поведінки та норм, що повинні належно дотримуватись державними інститутами, до яких належать й органи судочинства. Якщо окремих суддя використовує свою владу у спосіб, що суперечить принципу верховенства права, не можна вважати, що верховенство права занепало, оскільки цей суддя порушує закон; якщо ж судді постійно так вчиняють, то верховенство права занепало¹⁸². Отже, дотримання принципу верховенства права у процесі здійснення правосуддя є запорукою законності судового провадження та справедливості прийнятих судами рішень, а також належної довіри учасників справи до суду, який вирішує спір про їхні права та обов'язки.

¹⁸¹ Про верховенство права: доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) на 86-му пленарному засіданні (м. Венеція, 25-26 березня 2011 року). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2011)003rev-ukr) (дата звернення 01.11.2024).

¹⁸² Гаудер П. Верховенство права у реальному світі. Харків: Право, 2018. 392 с.

З-поміж складових принципу верховенства права окремої уваги заслуговує *принцип правової певності або правової визначеності*, оскільки застосування аналогії судом безпосередньо впливає на стан забезпеченості цього принципу.

Конституційний суд України вказав, що одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями¹⁸³. Втім, це лише один з аспектів правової визначеності. Згідно з підходом Венеційської комісії вимога визначеності охоплює всі рівні правового регулювання, і передбачає, зокрема: доступність законодавства, його передбачуваність, доступність рішень судів, стабільність і послідовність закону та його застосування на практиці, відсутність зворотної сили закону, охорону правомірних очікувань, дотримання принципів *nullum crimen sine lege* і *nulla poena sine lege*, а також додержання засади *res judicata*¹⁸⁴.

«Визначеність» та «невизначеність» відомі як філософські категорії та неодноразово входили до предмету дослідження у сфері теорії права. Вимога визначеності – це одна із найсуттєвіших вимог, що пред'являються людиною до права. Її важливість досить давно усвідомлюється європейською культурою. Поки що повільно, але поступово правова визначеність проявляється і в українській національній системі права¹⁸⁵.

Правова визначеність є одним із найважливіших та фундаментальних елементів принципу верховенства права. Сьогодні забезпеченню правової визначеності сприяє усвідомлене суддями прагнення до єдності судової практики досягненню якої сприяє наявність таких процесуальних механізмів: передача

¹⁸³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29.06.2010 № 17-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text> (дата звернення 01.11.2024).

¹⁸⁴ Rule of law checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11–12.03.2016). CDL-AD (2016) 007. P. 15–17. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e). (дата звернення: 01.11.2024).

¹⁸⁵ Васильєв С.В. «Невизначеність» в механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин та юридичні інструменти її усунення. *Правова держава*. 2021. № 42. С. 22-31.

справи на розгляд Великої Палати Верховного суду України у разі необхідності відступу від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Великої Палати або якщо справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики; передача справи на розгляд об'єднаної палати касаційного суду та ін¹⁸⁶.

Сутність впливу права на суспільні відносини полягає в тому, що воля держави, надаючи суспільним відносинам правову структуру, спрямовує зв'язки між людьми в необхідне русло. Цей вплив здійснюється безпосередньо в результаті правомірної поведінки учасників суспільних відносин. Так, встановлюються суб'єктивні, об'єктивні й умови господарських зв'язків, правова норма вже визначає спрямованість суспільних відносин. Впорядковані, скоординовані суспільні відносини набувають виду відповідної системи. Можна вести мову про певний порядок взаємодії елементів¹⁸⁷.

Як вказує А. Коструба, закріплюючи юридичні факти, право «прив'язує» моделі поведінки до реальності, до тих умов, в яких вони мають реалізуватися. Вони виступають як своєрідне «ядро» в системі суспільних відносин, як підсистема, спираючись на яку право здійснює трансформацію всього масиву зв'язків. Від повноти системи юридичних фактів безпосередньо залежить своєчасність і точність правової реакції. Тому відсутність норми права означає відсутність правової моделі юридичного факту та його наслідку. Однак юридичну сторону зазначеного механізму може оздоровити застосування аналогії права або аналогії закону¹⁸⁸.

Загальнотеоретичні та загальновизнані принципи права є тим джерелом права, яке має передусім застосовуватися судом при подоланні прогалини за допомогою аналогії права. Діяльність правозастосовувача істотно ускладнюється

¹⁸⁶ Правова визначеність є одним із найважливіших елементів принципу верховенства права, переконані судді ВС. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1145556/> (дата звернення 01.11.2024).

¹⁸⁷ Конрад С.С. Правомірна поведінка та право: порядок: взаємозв'язок та взаємозумовленість. *Держава і право*. 2006. Вип. 31. С.36-37.

¹⁸⁸ Коструба А. Аналогія права й аналогія закону як фактична фікція та спосіб «оздоровлення» механізму правоприпинення. *Підприємництво, господарство і право*. 2012. 203 (11). С. 7.

у зв'язку з тим, що неможливо законодавчо закріпити суворий перелік загальноновизнаних і загальноправових принципів. Так само неможливо закріпити і зміст цих принципів. Вважаємо, що зміст загальноправових і загальноновизнаних принципів має формулюватися судом з огляду на моральні засади права та стосовно конкретного казусу.

Зміст конкретного принципу виявляють шляхом його функціонального тлумачення, виходячи зі знання чинників і умов, у яких виникли суспільні відносини, що потребують розв'язання, зокрема правового менталітету, правової культури, моральних засад права. Таким чином, між загальноновизнаними принципами і моральними засадами права існує тісний взаємозв'язок. Незнання правозастосовцем, особливо судом, загальноправових принципів, нерозуміння моральних категорій, що лежать в основі права загалом, може призвести у нестандартній ситуації до ухвалення несправедливого рішення. Ухвалення рішення при застосуванні аналогії права вимагає від правозастосовчого органу не просто використання термінів «загальноправові та загальноновизнані принципи права», а й вмотивованого пояснення причини їх застосування.

Якщо вести мову про **галузеві принципи**, то для господарського судочинства визначальними є принципи господарського права.

Варто погодитися з О.П. Подцерковним в тому, що починаючи з кінця XIX століття економіка стала потребувати публічно-правових обмежень, які покликані забезпечити стабільність і порядок у господарській сфері. В цьому зацікавлені, передусім, самі одиничні суб'єкти господарювання, ефективність яких неможлива в умовах економічної анархії, засилля монополізму і відсутності чітких правил гри в економіці. Таким чином, господарське право, що успадковувало норми торгового (комерційного) права, виступило новим якісним щаблем у регулюванні економічної діяльності. Така якість виникла завдяки не тільки особливій спеціалізації приватноправових (цивільно-правових) норм стосовно умов професійної господарської діяльності, але і у зв'язку з таким явищем, як наповнення актів господарського законодавства публічно-правовими нормами. Поєднання приватноправового і публічно-правового регулювання

економічних відносин робить господарське право новим інструментальним утворенням. Рівноважний стан такого утворення з різноспрямованими елементами досягається завдяки підпорядкуванню господарсько-правових норм єдиній меті – побудові ефективної економіки¹⁸⁹.

Як вказує О.А. Беляєвич, у сучасний період проблематика принципів господарського права як керівних засад, що визначають характер правового регулювання відповідних відносин, на рівні окремих наукових досліджень не знайшла висвітлення, хоча така необхідність є очевидною, оскільки в сучасних умовах принципи права набувають самостійного регулятивного значення і слугують основою правозастосування, в тому числі і для заповнення лакун у законодавстві. Авторка виходить з того, що принципами господарського права є, насамперед, конституційні норми як вихідні начала, які конкретизуються в господарському праві: принцип верховенства права (ст. 8 Конституції), забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції), економічної багатоманітності (ст. 15 Конституції), правового порядку в Україні (стаття 19 Конституції), захист конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монополюючим становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції, захист прав споживачів (ст. 42 Конституції)¹⁹⁰.

Загалом погоджуємося з тим, що Конституція України повинна слугувати орієнтиром для визначення принципів господарського права. Разом з тим, принципи верховенства права та правового порядку в Україні, з очевидністю, мають загальноправовий характер. До галузевих принципів господарського права слід відносити ті, які: а) мають економічний зміст; б) спрямовані на забезпечення балансу приватних інтересів суб'єктів господарювання та публічних інтересів. З-поміж конституційних принципів до таких належать:

принцип забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції);

¹⁸⁹ Подцерковний О.П. Господарське право. С.12-15.

¹⁹⁰ Беляєвич О.А. Вказ. праця. С. 114-115.

принцип економічної багатоманітності (ст. 15 Конституції);

принцип захисту конкуренції у господарській діяльності (ст. 42 Конституції);

принцип захисту прав споживачів (там само).

О.В. Пушняк звертає увагу на часові аспекти застосування аналогії права, які залежатимуть від того, про застосування яких принципів права йдеться. Якщо мова йде про внутрішньо властиві праву його загальні принципи, то, в силу їхнього фундаментального характеру такі принципи ніби не з'являються і не зникають, вони в певному сенсі вічні. Інша справа – принципи конкретнішого характеру, закріплені в певному нормативному акті, які в певний момент можуть з'явитися чи зникнути при внесенні змін до законодавства у зв'язку з переглядом уявлень про засади відповідної сфери права чи держави¹⁹¹. У зв'язку з цим вважаємо, що в сучасних реаліях триваючої війни та перспективи повоєнного відновлення уявляється, що наведений вище перелік принципів господарського права необхідно доповнити ще такими, як:

принцип підтримки національного товаровиробника з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань України, та

принцип недопущення господарських зв'язків з державою-агресором (державою-окупантом).

Нарешті, принципово важливими для інституту аналогії є визначені у статті 3 Цивільного кодексу загальні засади цивільного законодавства:

- 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;
- 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;
- 3) свобода договору;
- 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;
- 5) судовий захист цивільного права та інтересу;

¹⁹¹ Пушняк О.В. Питання дії права в часі при подоланні прогалін у законодавстві. *Теорія і практика правознавства*. 2014. №4. С.13

б) справедливість, добросовісність та розумність.

Як вказує А.С. Довгерт, перелічені загальні засади або принципи не становлять вичерпного їх переліку та покривають різні за обсягом масиви приватних відносин. Попри це стаття 3 ЦК України має вирішальне значення у сучасній приватноправовій системі, зокрема праворозуміння, законотворення, правозастосування тощо. Велике значення для функціонування всієї системи приватного права має об'єктивізація принципів справедливості, добросовісності та розумності. По-перше, вони акумулювали в собі не лише наведені вище засади, а й інші принципи цивільного права. По-друге, застосування всіх інших принципів цивільного права не повинно приводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату (наприклад, ст. 627 ЦК України зазначає обмеження принципу свободи волі вимогами розумності та справедливості). По-третє, саме ці принципи є неодмінною сутністю права та підтверджують його природне походження¹⁹².

У судовій практиці також визнається фундаментальне значення принципів, закріплених у статті 3 ЦК України. Так, у постанові від 18.06.2024 р. у справі № 910/97/22 Верховний Суд вказав: «Тлумачення як статті 3 ЦК України загалом, так і пункту 6 частини першої статті 3 ЦК України, свідчить, що загальні засади (принципи) цивільного права мають фундаментальний характер й інші джерела правового регулювання, насамперед акти цивільного законодавства, мають відповідати змісту загальних засад.

Це, зокрема, проявляється в тому, що загальні засади (принципи) є по своїй суті нормами прямої дії» (пункти 8.59-8.60)¹⁹³.

Справедливість є вирішальною у визначенні права як регулятора суспільних відносин, одним із його загальнолюдських вимірів. У теорії права розглядають у трьох аспектах: формальному, змістовному та процедурному.

Основна ідея *формальної справедливості* – до однакового слід ставитись однаково. Вона присутня в самому понятті права, яке за своєю природою є

¹⁹² Довгерт А.С. Вказ. праця. С. 164.

¹⁹³ Постанова Верховного Суду від 18.06.2024 у справі № 910/97/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/119896204> (дата звернення 01.11.2024).

нормативним явищем. Саме право здатне виконувати роль незацікавленої особи, яка вирішує конфлікти, що виникають між людьми. Воно має демонструвати *неупередженість (безсторонність)* та *послідовність* як при *створенні*, так і при *застосуванні* правил. Мінімальною умовою справедливості є заборона свавілля. У правовій сфері формальна справедливість втілюється в принципі *формальної рівності*.

Змістовна справедливість втілюється в такому загальному принципі права, як пропорційність. За влучним висловом Ульпіана, справедливість – це незмінне і постійне прагнення надати кожному належне йому право. Змістовна справедливість вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, установлення і диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, що зумовлюють їхнє запровадження, установлення і застосовування справедливих та ефективних форм перерозподілу суспільного доходу з метою забезпечення добробуту всіх громадян.

Процедурна справедливість вимагає додержання процедурних правил, спрямованих на забезпечення справедливості результату, незалежно від інших обставин. Наприклад, під час судочинства вона зумовлює такі правила: не можна бути суддею у власній справі; кожна сторона повинна бути вислуханою; суддя має виявляти неупередженість (безсторонність); процес повинен бути публічним та ін¹⁹⁴.

Детальну характеристику принципу справедливості дав Верховний Суд у постанові від 30.09.2021 № 922/3928/20: «Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню» (пункт 4.1 Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 № 15-рп/2004).

¹⁹⁴ Загальна теорія права: Підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. С.71.

Справедливість як один із фундаментальних принципів права, який закладено безпосередньо в змісті права, в тих правовідносинах формою яких є право, передбачає готовність враховувати інтереси інших сторін, не зловживати своїми правами на шкоду їм, дотримуватися рівності в положенні учасників правовідносин.

Отже за своєю юридичною силою принцип справедливості є фактично імперативною нормою права (нормою відхилення від якої недопустиме), яка поряд з нормами цивільного права належить до механізму регулювання цивільних правовідносин.

Хоча така категорія, як справедливість, є оціночним поняттям та має властивість змінювати своє змістовне наповнення залежно від різних, як об'єктивних, так і суб'єктивних обставин, очевидним є те, що застосування такого принципу у визначенні розміру збитків у вигляді упущеної вигоди відповідає меті та цілям такої міри відповідальності як відшкодування збитків, а також унеможливує отримання заподіювачем збитків переваг від своєї недобросовісної (протиправної) поведінки» (пункти 112, 114-116)¹⁹⁵.

А у постанові від 10.04.2024 р. № 927/330/23 Верховний Суд вказав: «Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення (п.78)¹⁹⁶.

Повертаючись до визначених вище видів справедливості, зазначимо, що очевидно значущою для цілей застосування аналогії господарським судом є формальна справедливість – до однакового слід ставитись однаково. Це повністю співвідноситься з керівним принципом застосування аналогії *ubi eadem*

¹⁹⁵ Постанова Верховного Суду від 30.09.2021 № 922/3928/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/100918610> (дата звернення 01.11.2024).

¹⁹⁶ Постанова Верховного Суду від 10.04.2024 р. № 927/330/23. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/118321196> (дата звернення 01.11.2024).

legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Втім, формальна справедливість є більш значущою для аналогії закону, оскільки саме в рамках цього виду аналогії здійснюється порівняння. Для аналогії ж права першорядне значення має змістовна справедливість, яка пов'язана з пропорційністю. Тож справедливе рішення повинно бути пропорційним, тобто таким, що не покладає надмірного тягара на особу.

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 спору¹⁹⁷.

Щодо **добросовісності**, то значна кількість дослідників вказують на те, що категорія добросовісності є морально-етичною та оціночною, тому намагатися жорстко визначити її в законі, договорі чи рішенні суду практично неможливо, а в окремих випадках і не варто. О.О. Бакалінська наводить огляд позицій авторитетних зарубіжних дослідників з цього приводу. Так, німецький дослідник Є. Ерліх з приводу визначення поняття добросовісності вказував: «що таке за німецьким правом зловживання правом, в яких випадках має місце порушення «Treu und Glauben», або «добрих звичаїв» – цього ми наразі не знаємо тому, що закон з цього приводу нічого не говорить, ми дізнаємося про це тільки із судових рішень через сто років». Б. Зеллер в результаті свого дослідження категорії добросовісності дійшов висновку, що незважаючи на її «спокусливу простоту», добросовісність є невловимим поняттям. На етичну природу добросовісності посилався і професор П. Ельцбахер, який писав: «питання про те, чи суперечить певний спосіб дій добрій вдачі є питанням етичного характеру»¹⁹⁸.

Положення про добру совість у праві було об'єктом вивчення як дореволюційних, так і сучасних учених. Так, наприклад, І.Б. Новицький

¹⁹⁷ Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: підручник. С.27.

¹⁹⁸ Бакалінська О.О. Добросовісність і розумність в цивілістичній концепції здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. Випуск 3 (11) 2011. С. 173.

присвятив цьому вивченню роботу «Принцип доброї совісті в проекті зобов'язального права». На його думку, «добра совість (bona fides, Treu und Glauben), за етимологічним змістом, приховує в собі такі елементи, як: знання про іншого, про його інтереси; знання, пов'язане з відомою доброзичливістю; елемент довіри, упевненість, що моральні засади обігу беруться до уваги, що від них виходить кожен у своїй поведінці»¹⁹⁹.

Отже, можна дійти висновку, що принцип добросовісності – це необхідність будь-якого суб'єкта правовідносин під час використання своїх прав і виконання своїх обов'язків дотримуватися прав і законних інтересів інших учасників правовідносин. В основі сумлінності лежать такі критерії, як правдивість, лояльність по відношенню до оточуючих, повага до права, вірність зобов'язанням з боку суб'єкта цих зобов'язань. Саме вони є головними елементами в поведінці сторін правовідносин. Принцип добросовісності свідчить про наявність у суб'єктів права психологічно усвідомленої позиції, внутрішнього розуміння певного рівня поведінки.

Спочатку ґрунтуючись на суб'єктивному критерії, принцип добросовісності поширив сферу своєї дії і на моральну, об'єктивну сторону. З цих позицій його визначають як етичну норму, що відображає в собі ті уявлення про мораль і моральність, які панують у даній системі права, державному устрої, нації, суспільних відносинах, у рамках ділового обороту. Головна мета об'єктивного елемента принципу добросовісності – забезпечити співвідношення балансу приватних інтересів суб'єктів і моралі, що існують поза цими інтересами і не залежать від їхньої волі.

Добросовісність є однією з основоположних засад цивільного законодавства та імперативним принципом щодо дій усіх учасників цивільних правовідносин (пункт 6 частини 1 статті 3 Цивільного кодексу України). Добросовісність – це відповідність дій учасників цивільних правовідносин певному стандарту поведінки, який характеризується чесністю, відкритістю,

¹⁹⁹ Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. *Вестник Гражданского права, издаваемый ММ. Винавером*. Петроград, 1916. № 6. С. 65.

повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення. Тобто цивільний оборот ґрунтується на презумпції добросовісності та чесності учасників цивільних відносин, які вправі розраховувати саме на таку поведінку інших учасників, що відповідатиме зазначеним критеріям та уявленням про честь і совість. Такий висновок викладено у постанові Великої Палати Верховного Суду від 07.09.2022 у справі № 910/16579/20²⁰⁰.

При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах (частина третя статті 13 ЦК України).

Постанова Верховного Суду від 22.02.2024 у справі № 464/7832/21 містить правовий висновок про те, що «зловживання правом і використання приватно-правового інструментарію всупереч його призначенню проявляється в тому, що: особа (особи) «використовувала/використовували право на зло»; наявні негативні наслідки (різного прояву) для інших осіб (негативні наслідки являють собою певний стан, до якого потрапляють інші суб'єкти, чії права безпосередньо пов'язані з правами особи, яка ними зловживає; цей стан не задовольняє інших суб'єктів; для здійснення ними своїх прав не вистачає певних фактів та/або умов; настання цих фактів/умов безпосередньо залежить від дій іншої особи; інша особа може перебувати у конкретних правовідносинах з цими особами, які «потерпають» від зловживання нею правом, або не перебувають); враховується правовий статус особи /осіб (особа перебуває у правовідносинах і як їх учасник має уявлення не лише про обсяг своїх прав, а і про обсяг прав інших учасників цих правовідносин та порядок їх набуття та здійснення; особа не вперше перебуває у цих правовідносинах або ці правовідносини є тривалими, або вона є учасником й інших аналогічних правовідносин)» (пункт 52)²⁰¹.

²⁰⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 07.09.2022 у справі № 910/16579/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/107140913> (дата звернення 01.11.2024).

²⁰¹ Постанова Верховного Суду від 22.02.2024 у справі № 464/7832/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/117206372> (дата звернення 01.11.2024).

Оцінюючи домірність припису частини третьої статті 13 ЦК України, Верховний Суд виснує про те, що «вказана норма права має на меті стимулювати учасників цивільних правовідносин до добросовісного та розумного здійснення своїх цивільних прав у всіх їх проявах, є заходом, спрямованим на зміцнення засад цивільно-правового регулювання, оскільки кожен зобов'язаний вчиняти дії без посягання на права і свободи інших людей.

Категорія «добросовісність» є основоположною в розмежуванні належного здійснення цивільних процесуальних прав і зловживання такими правами. Добросовісність слід розглядати як властивість, що передбачає використання цивільних процесуальних прав виключно за їх призначенням та є однією з умов виконання завдань цивільного судочинства, оскільки вона є регулятором суспільних відносин»²⁰².

Крім того, Верховний Суд зазначав, що однією із основоположних засад цивільного законодавства є добросовісність і дії учасників цивільних правовідносин мають бути добросовісними. Тобто відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення. Тому правопорядок не може залишати поза реакцією дії, які хоч і не порушують конкретних імперативних норм, але є очевидно недобросовісними та зводяться до зловживання правом²⁰³.

Судова практика вказує на те, що принцип добросовісності може розглядатися у широкому і у вузькому розумінні. У широкому розумінні метою принципу добросовісності є отримання результату, який буде визнаний сторонами як прийнятний (досягнення консенсусу) і не суперечитиме загально визнаним стандартам моральності та моралі. У вузькому розумінні добросовісність – це недопущення зловживання правом.

²⁰² Постанова Верховного Суду від 07.02.2024 у справі № 490/1981/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/117179819> (дата звернення 01.11.2024).

²⁰³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 03.07.2019 № 369/11268/16-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/83482786> (дата звернення 01.11.2024).

Розумність як моральна категорія, стосовно права також має оціночну характеристику. Під розумними діями розуміють ті, які вчинені особою або групою осіб, що володіють тими самими вимогами, з належним рівнем інтелекту, освітою і життєвим досвідом, необхідним для цього. Термін «розумність» історично виник в англосаксонській системі права. Згідно з англійським правом «розумна людина» (reasonable man) – це «звичайний громадянин, якого іноді називають «людиною з автобуса»²⁰⁴.

Правило розумності, вперше розроблене в антитрестівській практиці США і отримало потім застосування в багатьох правових системах, зокрема й антимонопольному законодавстві ЄС. Сутність «правила розумності» була сформульована і відображена Верховним судом США в 1911 р. у рішенні у справі *Standart Oil New Jersey v.t.J.S.*, згідно з яким закон Шермана слід тлумачити на користь заборони лише тих обмежень, які можна класифікувати як «нерозумні» згідно з принципами загального права²⁰⁵.

Розумність суб'єкта передбачає обґрунтованість, логичність, усвідомленість та доцільність його поведінки. Розумною прийнято вважати поведінку особи, якщо вона є результатом усвідомлення соціально-економічної обстановки, в який знаходиться особа.

На відміну від добросовісності, що є характеристикою совісті людини, обтяженої або не обтяженої знанням про можливе заподіяння шкоди іншій особі, розумність характеризує об'єктивну сторону дій особи. При вирішенні питання про розумність дій, що підлягають оцінці, ці дії порівнюються з еталонними діями середньої людини. І якщо виявляється, що вони менш корисні або більш шкідливі для зазначеної в законі особи, ніж дії в тій же ситуації розумної людини, вважається, що вимоги розумності дотримано не було.

Принцип розумності в праві означає відповідність поведінки індивіда соціальному досвіду, усвідомленість, вмотивованість його діянь. Розумні дії

²⁰⁴ Elizabeth A. Martin. Oxford Dictionary of Law. Oxford, 1997. P. 383.

²⁰⁵ Standard Oil Company of New Jersey et al., Appts., V. United States. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1> (дата звернення 01.11.2024).

цілеспрямовані, типові і в цьому сенсі нормальні для даного суспільства. Відповідно до принципу розумності, наприклад, зобов'язання повинні виконуватися «в розумний строк» (якщо точний строк їхнього виконання не передбачений і не може бути визначений за умовами конкретного зобов'язання); кредитор вправі «за розумну ціну» доручити виконання зобов'язання третій особі за рахунок ненадійного боржника; кредитор повинен вжити «розумних заходів» щодо зменшення збитків, заподіяних йому несправним боржником, і т.д. Існують й інші випадки, наприклад, під час розгляду судом питання про компенсацію моральної шкоди, керуючись принципом розумності, оцінюючи обставини, за яких позивач зазнавав моральних або фізичних страждань, суд може не стягувати завищені суми, первісно визначені позивачем.

Аналіз практики вирішення спорів господарськими судами вказує на те, що суди не намагаються сформулювати загальне визначення розумності.

Так, наприклад, у постанові від 29.08.2023 № 902/1144/22 Верховний Суд вказав: «Для приватного права апріорі є притаманною така засада як розумність. Розумність характерна та властива як для оцінки/врахування поведінки учасників цивільного обороту, тлумачення матеріальних приватно-правових норм, що здійснюється при вирішенні спорів. Суди першої та апеляційної інстанції є судами встановлення, дослідження та з'ясування питань про факти, і саме вони можуть встановлювати обставини справи, приймати, досліджувати та надавати оцінку доказам. На відміну від судів першої та апеляційної інстанцій, Верховний Суд є судом оцінки права, а не встановлення фактів. Імперативним приписом частин другої-третьої статті 300 ГПК України передбачено, що у суді касаційної інстанції не приймаються і не розглядаються вимоги, що не були предметом розгляду в суді першої інстанції. Суд касаційної інстанції не має права встановлювати або вважати доведеними обставини, що не були встановлені у рішенні або постанові суду чи відхилені ними» (пункт 8.17.2)²⁰⁶.

²⁰⁶ Постанова від 29.08.2023 № 902/1144/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/113203851> (дата звернення 01.11.2024).

Принцип розумності, так само, як і інші принципи, виступає певним зовнішнім стандартом, яким керується суд, приймаючи рішення, зокрема, у порядку аналогії. Водночас, між принципом розумності і аналогією існує і зворотній зв'язок, а саме: застосовуючи аналогію, суди справляють вплив на розвиток і уточнення стандарту розумності. Це проявляється, зокрема, в таких аспектах:

- коли юридичні проблеми виникають у нових сферах, як-от онлайн-платформи чи штучний інтелект, суди використовують аналогію, щоб розширити концепцію розумності;

- розумність за своєю суттю є гнучким стандартом, але аналогія допомагає підтримувати послідовність правових підходів;

- розумність залежить від контексту, а аналогія забезпечує гнучкість, необхідну для тлумачення стандарту в різних ситуаціях, одночасно забезпечуючи об'єктивність правових рішень.

Відтак аналогія допомагає збалансувати відкритий характер розумності з необхідністю передбачуваності правових результатів.

Принципи добросовісності, розумності та справедливості поширюються на всі господарсько-процесуальні правовідносини та в повній мірі розкриваються при характеристиці діяльності самого суду. Суд не тільки повинен виробляти свою правову позицію у справі на їхній основі, але йому самому, насамперед, мають бути притаманні моральність, повага до людини, відповідальність за ухвалене рішення.

Принципи справедливості, добросовісності і розумності є проявом категорій справедливості, добросовісності і розумності як суті права загалом. Принцип добросовісності є одним із засобів утримання сторін від зловживання своїми правами. Основне призначення цього принципу вбачається в наданні суддям більше можливостей з'ясувати в повному обсязі фактичні обставини справи і, насамкінець, встановити об'єктивну істину. Загалом зміст цих принципів (справедливості, добросовісності і розумності) полягає в тому, що тексти законів, правочинів та їх застосування суб'єктами цивільних

правовідносин мають бути належними і справедливими та відповідати загально визнаним нормам обороту та нормам закону (правова позиція, викладена у постанові об'єднаної палати Верховного Суду Касаційного господарського суду від 06.12.2019 у справі №910/353/19)²⁰⁷.

Дослідження судової практики вказує на те, що суди широко звертаються до засад справедливості, добросовісності й розумності, однак не в контексті застосування аналогії права.

Так, у постанові від 01.06.2021 у справі № 910/12876/19 Велика Палата Верховного Суду зробила висновки щодо співвідношення свободи договору і таких засад цивільного законодавства, передбачених статтею 3 ЦК України, як справедливість, добросовісність, розумність: «Свобода договору, як одна з принципових засад цивільного законодавства, є межею законодавчого втручання у приватні відносини сторін. Водночас сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, коли такий відступ неможливий в силу прямої вказівки акта законодавства, а також якщо відносини сторін регулюються імперативними нормами.

Відповідно сторони не можуть врегулювати свої відносини (визначити взаємні права та обов'язки) у спосіб, який суперечить існуючому публічному порядку, порушує положення Конституції України, не відповідає загальним засадам цивільного законодавства, передбаченим статтею 3 ЦК України, які обмежують свободу договору (справедливість, добросовісність, розумність). Домовленість сторін договору про врегулювання своїх відносин всупереч існуючим у законодавстві обмеженням не спричиняє встановлення відповідного права та/або обов'язку, як і його зміни та припинення» (пункти 7.9-7.10)²⁰⁸.

У постанові Верховного Суду від 19.01.2024 р. у справі № 911/2269/22 вказано, що справедливість, добросовісність, розумність як загальні засади

²⁰⁷ Постанова Верховного Суду від 06.12.2019 у справі №910/353/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/86503751> (дата звернення 01.11.2024).

²⁰⁸ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 01.06.2021 у справі № 910/12876/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98524309> (дата звернення 01.11.2024).

цивільного законодавства є застосовними у питаннях застосування господарсько-правової відповідальності²⁰⁹. А в постанові від 10.10.2019 № 904/8902/17 зазначено, що значення принципів справедливості та добросовісності поширюється на сферу виконання зобов'язань та на сферу користування правами, тобто, такі засади здійснення судочинства виступають тою межею між припустимим використанням права (як формою правомірного поведіння) та зловживанням правами (як формою недозволеного використання прав)²¹⁰.

Приклади безпосереднього посилання судів на аналогію права при вирішенні господарських спорів є нечисленними. Так, в постанові від 19.04.2023 № 910/17014/21 Верховний Суд встановив, що закон не містить правил про те, коли сплачений авансовий внесок в рахунок оплати ціни земельної ділянки підлягає поверненню платнику. Отже, закон містить прогалину. Заповнюючи цю прогалину, колегія виходить із загальних засад цивільного законодавства (аналогія права), враховуючи мету законодавчого регулювання.

Оскільки авансовий внесок в рахунок оплати ціни земельної ділянки слугує меті забезпечення виконання обов'язків особи, зацікавленої у придбанні земельних ділянок у власність, у переддоговірних правовідносинах, то таке забезпечення припиняється у разі припинення переговорів за умови добросовісності такої особи. У цьому разі сплачений авансовий внесок в рахунок оплати ціни земельної ділянки втрачає свої функції: по-перше, перестає виконувати функцію забезпечення, а по-друге – не може бути зарахований до ціни продажу земельної ділянки. Тоді відпадає правова підстава набуття цього внеску, оскільки переддоговірні правовідносини за участі добросовісної особи, виконання обов'язків якої було забезпечено, припинені без укладення договору, внаслідок чого такий внесок підлягає поверненню відповідно до статті 1212 ЦК України.

²⁰⁹ Постанова Верховного Суду від 19.01.2024 у справі № 911/2269/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/116445536> (дата звернення 01.11.2024).

²¹⁰ Постанова Верховного Суду від 10.10.2019 № 904/8902/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/85153895> (дата звернення 01.11.2024).

За висновками Великої Палати Верховного Суду прояви обов'язків сторін на переддоговірній стадії та недобросовісної чи нерозумної поведінки є численними і не можуть бути визначені у вичерпний спосіб. Зокрема, недобросовісну поведінку може становити необґрунтоване припинення переговорів, пропозиція нерозумних умов, які завідомо є неприйнятними для контрагента, вступ у переговори без серйозних намірів (зокрема з метою зірвати укладення договору з третьою особою, наприклад з конкурентом недобросовісної сторони переговорів), нерозкриття необхідної контрагенту інформації тощо (постанова від 29.09.2020 у справі № 688/2908/16-ц (пункт 37))²¹¹.

Отже, недобросовісну поведінку може становити не будь-яке, а саме необґрунтоване припинення переговорів. Водночас у цій справі саме територіальна громада (в особі своїх органів) порушила обов'язок добросовісної поведінки на переддоговірній стадії, оскільки зі свого боку не вчиняла дій, спрямованих на укладення договору купівлі-продажу протягом тривалого часу.

Безпідставна довготривала бездіяльність територіальної громади зумовила втрату в позивача інтересу до укладення договору купівлі-продажу земельної ділянки, тому позивач правомірно і добросовісно припинив переговори, повідомивши листом від 22.04.2021 № 02/04 про намір отримати сплачений ним внесок (пп. 6.28 – 6.32)²¹².

Ще один приклад посилення на аналогію права знаходимо в постанові Касаційного господарського суду Верховного Суду від 07.06.2023 № 916/959/22. Верховний Суд вказав, що виходячи з правової природи реєстрації прав на нерухоме майно як способу володіння ним та беручи до уваги загальні засади цивільного законодавства (аналогія права), колегія дійшла висновку, що у випадку, якщо заінтересована особа – позивач (власник земельної ділянки, інший правоволоділець) вважає, що зареєстроване за відповідачем право власності чи

²¹¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29.09.2020 у справі № 688/2908/16-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/92137264> (дата звернення 01.11.2024).

²¹² Постанова Верховного Суду від 19.04.2023 № 910/17014/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/110394406> (дата звернення 01.11.2024).

інше речове право на певний об'єкт насправді не існує і нікому не належить, то належному способу захисту відповідає вимога про припинення володіння відповідача відповідним правом. Судове рішення про задоволення таких позовних вимог є підставою для внесення до Державного реєстру запису про відсутність права. Якщо на відповідний об'єкт, право на який не може бути зареєстроване за жодним суб'єктом, був відкритий розділ Державного реєстру прав, таке судове рішення є також підставою для закриття розділу Державного реєстру прав на цей об'єкт (п. 53)²¹³.

Як вказує А.С. Довгерт, слід констатувати, що механізм аналогії права дуже рідко використовують суди для подолання прогалин у позитивному цивільному праві. В недалекому минулому такий стан речей можна було пояснити загальною тенденцією щодо обмеження судового розсуду. Але нині, коли Конституцією України встановлено принцип верховенства права, а в ЦК України записано загальні засади цивільного законодавства, зокрема і принципи справедливості, добросовісності, розумності, механізм аналогії права, незважаючи на справді гігантський масив актів законодавства, варто застосовувати сміливіше. До нього можна звертатися навіть у тому випадку, коли застосування передбаченої законодавством норми до певних цивільних відносин у нестандартній ситуації призводить до несправедливого та нерозумного результату²¹⁴.

Судова практика вже містить відповідні приклади. Так, у постанові від 04.07.2018 у справі №310/11534/13-ц, Велика Палата Верховного Суду, керуючись однією з аксіом цивільного судочинства: «*Placuit in omnibus rebus praescipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*», що означає «У всіх юридичних справах правосуддя й справедливість мають перевагу перед строгим розумінням права», дійшла висновку про необхідність відступити від правового висновку, викладеного у постанові Верховного Суду України від 23 вересня 2015 року у справі №6-1206цс15, згідно з яким наявність судового рішення про задоволення вимог кредитора, яке боржник не виконав, не припиняє

²¹³ Постанова Верховного Суду від 07.06.2023 № 916/959/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/111552098> (дата звернення 01.11.2024).

²¹⁴ Довгерт А.С. Вказ. праця. С. 164-165.

правовідносини сторін кредитного договору, не звільняє боржника та поручителя від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання й не позбавляє права на отримання штрафних санкцій, передбачених умовами договору та ЦК України²¹⁵.

Висновок про те, що правосуддя й справедливість мають перевагу перед строгим розумінням права стосується не тільки цивільного, а й господарського судочинства. Однак таке звернення суду до принципу справедливості не є застосуванням аналогії, оскільки прогалина у праві при цьому не констатується.

Вищенаведене вказує на те, що слід розрізняти різні ситуації звернення господарського суду до принципів права, зокрема, принципів справедливості, добросовісності і розумності:

1) під час нормального здійснення судового розсуду для оцінки обставин справи та тлумачення норм права;

2) у випадку, коли застосування передбаченої законодавством норми до певних відносин призводить до несправедливого та нерозумного результату;

3) за наявності прогалини у праві і неможливості застосувати аналогію закону. Лише останній випадок становитиме застосування аналогії права.

2.3. Роль суддівського розсуду при застосуванні аналогії в господарському судочинстві

Доцільно зупинитися на ролі суб'єктивних чинників у процесі застосування аналогії закону та аналогії права. Це актуально у зв'язку з тим, що деякі вчені розглядають аналогію закону та аналогію права як такий собі «істотний елемент» судового розсуду.

²¹⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.07.2018 у справі №310/11534/13-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/75287282> (дата звернення 01.11.2024).

Перш ніж ми розглянемо співвідношення аналогії права і суддівського розсуду, необхідно зупинитися на тому, що розуміється під суддівським розсудом в юридичній літературі.

Проблема розсуду, як невід’ємна складова частина будь-якого юридичного процесу, не є новою для юридичної науки. Судовий розсуд є розповсюдженим явищем правової дійсності та повсякденною подією у судовій діяльності. Вжиття заходів до забезпечення позову чи доказів, встановлення факту зловживання правом, зниження розміру неустойки та ін. є проявами дискреційної діяльності суду. Значна кількість процесуальних дій господарського суду та рішень по суті спору тісно пов’язана із прийняттям рішень у ситуації, коли норми права не визначають єдиного, абсолютно визначеного варіанту вирішення спору.

Вирішення правових спорів у ситуації відсутності абсолютно визначеного правила покладає на суд особливу відповідальність. Права та інтереси сторін господарського спору напряду залежать від розуміння господарським судом свого завдання щодо справедливого, розумного, об’єктивного вирішення спору на підставі верховенства права із урахуванням конкретних обставин справи.

На більш високому рівні узагальнення можна стверджувати, що від належного використання господарськими судами своїх дискреційних повноважень певною мірою залежить якість правового регулювання господарської діяльності в країні, стан інвестиційного клімату у державі.

Поняття судового розсуду та його синоніми не визначаються чинним законодавством. Ця констатація не може сприйматися у якості критики вітчизняного законодавства. Аналогічна ситуація має місце у правопорядках розвинених країн Європи та США.

Суддівський угляд (розсуд), за визначенням Т.В. Степанової, є відносною свободою вибору, коли судовий орган при виборі варіанта рішення керується принципами та нормами права, нормами моралі тощо. Так, за аналізом змісту ГПК України спостерігається чимало положень, що мають змістовний зв’язок з суддівським углядом: «сумнів суду» (ч. 3 ст. 22, ч. 11 ст. 80 ГПК України), «думка суду» (ч. 3 ст. 34, ч. 4 ст. 35 ГПК України), «суд дійде висновку» (ч. 3 ст. 246 ГПК

України), «висновок суду» (ч.10 ст.240 ГПК України), «необхідність відійти від висновку» (абз.2 ч. 2 ст. 287 ГПК України)²¹⁶.

Останнім часом вища судова інстанція України декілька разів висловила свою позицію щодо сутності судового розсуду (дискреції). Є доречним враховувати правову позицію Верховного Суду, який схиляється до визнання розсуду у якості права або повноваження, чітко не розрізняючи ці категорії.

Так, у постанові Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 19.02.2019 у справі 908/130/15-г зазначено: «Судовий розсуд – це передбачене законодавством право суду, яке реалізується за правилами передбаченими Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», ГПК України та іншими нормативно-правовими актами, що надає йому можливість під час прийняття судового рішення (вчинення процесуальної дії) обрати з декількох варіантів рішення (дії), встановлених законом, чи визначених на його основі судом (повністю або частково за змістом та/чи обсягом), найбільш оптимальний в правових і фактичних умовах розгляду та вирішення конкретної справи, з метою забезпечення верховенства права, справедливості та ефективного поновлення порушених прав та інтересів учасників судового процесу»²¹⁷.

Судовий розсуд не означає, що суддя взагалі не підкоряється жодним нормам і обмеженням, оскільки його дії характеризуються лише з погляду точки зору права, а не соціального регулювання в цілому. Якщо з якогось питання чинне право «мовчить», але є моральні, релігійні, традиційні чи інші правила, то суддя може скористатися ними при вирішенні справи – у цьому і полягає судовий розсуд.

Широко відомою є характеристика суддівського розсуду, запропонована ізраїльським суддею і правознавцем Аароном Бараком. Під суддівським розсудом він розуміє «повноваження, яке закон дає судді, щоб робити вибір із кількох

²¹⁶ Степанова Т.В. Окрема думка судді як складова суддівського угляду в господарському судочинстві: монографія. Одеса : Фенікс, 2015. 196 с. С. 18.

²¹⁷ Постанова Верховного Суду від 19.02.2019 у справі 908/130/15-г. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/85972213> (дата звернення 01.11.2024).

альтернатив, з яких кожна законна». При цьому А. Барак підкреслює, що вибір варіанта вирішення спору на розсуд можливий тільки в межах зони формальної законності. Як причини застосування суддівського розсуду автор виділяє невизначеності в мові, невизначеність у правилах тлумачення, а так само прогалини в праві²¹⁸.

Тим часом вважаємо, що доцільність, допустимість, а також можливість суддівського розсуду і застосування аналогії права багато в чому схожі. Суддя під час розгляду справи складає для себе певну думку про ступінь вірогідності та достовірності подій, про значущість відносин, з яких впливає спір. Він може визнати ті чи інші факти достовірними чи ні, відносини, нерегульовані правом, значущими з економічного, соціального або політичного погляду чи ні. Проте прийти до будь-якого варіанту суддя не може без свого внутрішнього переконання.

Застосування приписів норм матеріального права судами господарської юрисдикції відчуває, серед іншого, вплив галузевих принципів, особливостей предмету та методу правового регулювання відповідних галузей. Саме ці правові явища у своїй сукупності визначають в значній мірі підстави, межі та спрямування розсуду господарського суду. У літературі, виділяючи межі правозастосовного розсуду, пропонують їх класифікувати за галузевою належністю на межі в адміністративному, цивільному, кримінальному та інших галузях. При цьому особливості кожного виду багато в чому визначаються специфікою предмета та методу конкретної галузі права²¹⁹.

Важливим аспектом проблематики, що частково пов'язаний із попереднім, є позаправовий контекст дискреційної діяльності господарського суду. «Джерелом» особливостей дискреційної діяльності господарського суду є той особливий «набір» морально-етичних цінностей, правил, уявлень, що притаманний відносинам в сфері економіки. Норми моралі, економічна політика держави, уявлення про чесну конкуренцію та ін. соціальні імперативи, які

²¹⁸ Ariel L. Bendor, & Zeev Segal, The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak , 47 *Tulsa L. Rev.* 465 (2013). URL: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol47/iss2/10> (дата звернення 24.04.2025).

²¹⁹ Фасій В.Б. Межі формування категорії «розсуд» в приватному праві. *Право і суспільство*. 2018. №3. С. 112.

безпосередньо пов'язані із економічною системою суспільства, істотним чином впливають на дискреційну діяльність суду при вирішенні спорів у сфері економіки. Особливо це стосується питань спрямування судового розсуду та встановлення його меж.

Загальні морально-етичні уявлення набувають певної специфіки в контексті систематичної господарської діяльності. З нашої точки зору одним із основних джерел особливостей реалізації дискреційних повноважень суду в господарському процесі полягає саме у питаннях морально-правових меж розсуду. На нашу думку, морально-етичні норми, що знаходяться на межі правових норм та правової ідеології, слугують істотним важелем спрямування розсуду.

У контексті загальної характеристики особливостей розсуду у господарському процесі варто зазначити, що у розсуді господарського суду має місце врахування ідей, принципів, морально-етичних та соціальних норм, що пов'язані як із регулюванням економічних відносин, так і відносин суб'єктів господарювання. Загально-правові принципи справедливості, розумності, добросовісності та ін., які доволі часто виконують функцію критерія оцінки дій (бездіяльності) суб'єкта, отримують певне специфічне наповнення в контексті господарської діяльності.

Коли йдеться про розсуд судді саме господарського суду, то, окрім загально-правових принципів і норм, слід згадати також ідеологічну функцію механізму правового регулювання господарських відносин. Як вказує І.В. Стаднік, ідеологічна функція проявляється в тому, що механізм правового регулювання господарських відносин, відображаючи принципи, очікування і вимоги суспільства у сфері господарювання, виступає як інструмент досягнення господарського правового порядку, що, в свою чергу, дозволяє створити економіко-правову основу для формування і розвитку громадянського суспільства і правової держави. Він є провідником державної волі і несе в собі інформацію про можливу та /або належну поведінку суб'єктів господарювання. Крім того, його дієвість зумовлює здійснення ним виховного впливу на суб'єктів

господарських відносин, формування у останніх стійких правових установок на правомірну поведінку²²⁰.

Внаслідок специфіки правових та морально-етичних норм судді господарського суду набувають певний специфічний досвід. Ю.М. Грошевой зазначав: «Процес формування переконання професійного судді зумовлений поряд з іншими факторами рівнем його професійної правосвідомості, його навичками, досвідом щодо правильного застосування матеріального та процесуального закону. Не можна не враховувати, що сприйняття доказової інформації, що відбувається у судовому розгляді фіксується, запам'ятовується, думки обробляються суддею в існуючій системі загальнополітичних, етичних, професійних і життєвих знань, які закріплюються у його професійному досвіді. Професійний досвід систематизує, узагальнює правові знання судді, його навички та вміння, допомагає орієнтуватися у доказовій інформації та «витягувати» з неї те, що справді необхідно для правильного вирішення справи. Досвід судді зумовлює особливе професійне бачення тих фактичних обставин справи, які є суттєвими для встановлення події ...»²²¹.

Досить часто в юридичній практиці виникають ситуації, коли фахівцю у галузі права для того, щоб зрозуміти до яких правовідносин використовувати ту чи іншу норму та як правильно її застосувати, доводиться користуватися додатковими матеріалами, такими як коментарі, спеціальна література, наукові статті, судові рішення та ін. На допомогу фахівцю приходять висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду та рішення зі «зразкових справ».

Особливості господарських справ втілюються в особливостях судової практики. Організаційна єдність системи господарських судів поряд із спеціалізацією у питанні розгляду спорів із певних видів матеріальних правовідносин, про що йшлося вище, є підґрунтям для формування в рамках

²²⁰ Стаднік І.В. Функціональна дієвість механізму правового регулювання господарських відносин. *Правничий часопис Донецького університету*. 2019. №1. С.25.

²²¹ Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков: Вища школа, 1975. С. 124.

господарського судочинства узагальнених підходів судової практики, які мають значення, зокрема, у питанні обмеження та спрямування розсуду господарського суду. Такі підходи судової практики мають певні сталі специфічні ознаки.

Частина 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»²²² передбачає, що Верховний Суд здійснює аналіз судової статистики, узагальнення судової практики. Аналогічні повноваження покладено на апеляційні господарські суди.

Частини 5 та 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачають, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Ці та деякі інші законодавчі положення у своїй сукупності створюють правові підвалини стабільної судової практики в Україні.

У літературі неодноразово підкреслювалося значення судової практики у якості джерела обмеження судового розсуду. Так, досліджуючи питання важливості для вітчизняного правозастосування проблеми чіткого, експліцитного формулювання Верховним Судом у своїх постановах висновків щодо застосування норм права К.М. Пільков зазначає, що висновок Верховного Суду про застосування норм права, має формулюватись експліцитно за формулою квазінорми про те, як слід застосовувати відповідну норму права, тобто таким чином, щоб висновок міг слугувати засновком в умовиводі для вирішення цієї та інших подібних справ, де другим (меншим засновком) будуть твердження про існування відповідних фактів, з якими норма пов'язує таке своє застосування²²³. Дослідник пропонує розмежовувати серед висновків касаційної інстанції у питаннях права ті, що становлять правове «ядро» рішення, тобто його

²²² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення 01.11.2024).

²²³ Пільков К.М. Вказ. праця. С. 208.

ratio decidendi, та ті, у яких викладається пояснення мотивів або думка суду стосовно питань, від вирішення яких не залежало рішення у справі (dicta)²²⁴.

І.В. Булгакова у статті, присвяченій темі судового розсуду у господарському процесі, зазначає, що у сучасних українських умовах судовий розсуд можливий лише у випадках, встановлених нормами чинного матеріального та процесуального закону, в порядку і формах, що встановлено законом²²⁵.

Розгорнуті міркування щодо суддівського розсуду містяться у вже згадуваній постанові Великої Палати Верховного Суду від 01.06.2021 № 910/12876/19. Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду ухвалою від 03.11.2020 відкрив касаційне провадження за касаційною скаргою, а ухвалою Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 17.12.2020 справу разом зі скаргою передав на розгляд Великої Палати Верховного Суду на підставі приписів частини п'ятої статті 302 ГПК України.

На думку колегії суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, наявність у договорі умов щодо стягнення з відповідача, який порушив господарське зобов'язання за договором, двох видів штрафу (двох неустойок одного виду) з однаковою базою для нарахування неустойки з огляду на правову природу негрошового зобов'язання не відповідає статті 61 Конституції України. Вказаний критерій з огляду на застосовану конструкцію формулювання та його правовий характер є абсолютним та має застосуватися у всіх випадках, не враховуючи наявності чи відсутності іншого.

Виключна правова проблема, на думку Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, полягає у відсутності одного варіанту реалізації розсуду суду, який можна було вважати правильним у контексті щодо застосування в системному зв'язку з нормами інших законодавчих актів, а саме статей 3, 549, 628, 629 ЦК України та статті 61 Конституції України, при цьому її вирішення має міжюрисдикційний характер, є необхідним для забезпечення розвитку права

²²⁴ Пільков К.М. Там само. С. 205.

²²⁵ Булгакова І.В. Судовий розсуд у господарському процесі. *Вісник Академії адвокатури України*. 2005. Вип. 3. С. 44-50. С.45

та формування єдиної правозастосовчої практики, оскільки на сьогодні існує невизначеність законодавчого регулювання правових питань щодо порядку прийняття рішення у такій категорії справи. Тож наведене не може бути вирішено відповідним касаційним судом у межах оцінки правильності застосування судами нижчих інстанцій норм матеріального права чи дотримання норм процесуального права в контексті підстав касаційного оскарження. Вирішення правової проблеми необхідне також для забезпечення принципу пропорційності, тобто належного балансу між свободою договору та засадами цивільного законодавства, передбаченими статтею 3 ЦК України (справедливість, добросовісність, розумність). Крім того, існують обґрунтовані припущення, що аналогічні проблеми щодо тлумачення правових норм неминуче виникатимуть у майбутньому.

Щодо обрання варіанту реалізації розсуду суду у контексті застосування його у системному зв'язку з нормами законодавчих актів, а саме статей 3, 549, 628, 629 ЦК України та статті 61 Конституції України слід керуватися визначеним частиною першою статті 2 ГПК України завданням господарського судочинства, яким є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави. Відтак реалізація повноважень із суддівського розсуду має спрямовуватися на вибір оптимального варіанту розв'язання спірного правового питання, пошук необхідної правової норми, її розуміння та інтерпретацію, справедливе вирішення спору відповідно до встановлених судами обставин кожної конкретної справи (пп. 6.1, 6.5, 6.6, 7.11).

У процесі застосування аналогії права для досягнення результату правозастосувач використовує суддівський розсуд. Між ним і застосуванням аналогії права багато спільного, але ототожнювати їх ми не можемо. Суддівський розсуд може здійснюватися і за відсутності прогалини в праві, а загально визнані

принципи і моральні засади права застосовуються субсидіарно. Водночас для застосування аналогії права вони є необхідною умовою ухвалення рішення.

Систематизуємо відмінності між аналогією та суддівським розсудом.

Аналогія:

може застосовуватися як судом, так і іншими суб'єктами правозастосування;

застосовується виключно за наявності прогалини у праві з метою її подолання;

передбачає застосування правових норм, що регулюють подібні, але не тотожні правовідносини (аналогія закону), або правових принципів (аналогія права);

це логічний, структурований метод поширення існуючих правових норм або принципів на нові ситуації, заснований на відповідній подібності правовідносин; передбачає умовивід аналогії (аналогія закону) або умовивід силогізму (аналогія права); підпорядковується строгим умовам щодо допустимості застосування;

головною метою застосування є забезпечення правової визначеності (подібні справи повинні вирішуватися подібним чином).

Суддівський розсуд:

застосовується виключно судом;

наявність прогалини у праві не є обов'язковою умовою застосування;

стосується свободи суддів приймати рішення в тих сферах, де закон дозволяє вибирати між різними правовими рішеннями чи тлумаченнями;

дозволяє суддям приймати рішення на основі унікальних обставин справи, але є більш гнучким і суб'єктивним, ніж міркування за аналогією; перелік вимог допустимості застосування відсутній;

головною метою застосування є пошук справедливого рішення, однак може призводити до меншої правової визначеності, оскільки результат більшою мірою залежати від тлумачення окремого судді та унікальних обставин справи.

Останній аспект спонукає згадати про проблему надмірного суддівського розсуду, від якого застерігають у господарсько-правовій літературі.

Так, І.В. Коваль та А.М. Захарченком обґрунтовано положення щодо меж суддівського розсуду у застосуванні ефективних способів захисту прав та законних інтересів, в тому числі у сфері інтелектуальної власності. Автори вказують, що визначення судом способу захисту, який не передбачений законом або договором, залежить від, по-перше, доведення позивачем неефективності передбаченого у законі або договорі способу захисту, по-друге, пред'явлення позивачем вимоги про застосування іншого – ефективного способу захисту, по-третє, не суперечність такого способу захисту закону, по-четверте, визнання судом ефективним заявленого позивачем способу захисту²²⁶.

Л.М. Дорошенко критично оцінює вживання Верховним Судом таких оціночних категорій, як «розумна обачність», «стандартна ділова практика», не сприяє реалізації принципу правової визначеності, передбачуваності судової практики та сталості обороту. Така позиція фактично ставить під сумнів презумпцію добросовісності сторони, права якої порушено. Авторка зазначає, що розширення суддівського розсуду в корпоративних спорах на цьому етапі розвитку суспільства не є своєчасним і не приносить очікуваної визначеності та чіткості²²⁷.

6 лютого 2025 року Європейський суд з прав людини ухвалив важливе рішення щодо меж судового розсуду.

Компанія-позивач скаржилася, що Велика палата Верховного Суду застосувала чітку й однозначну норму вітчизняного законодавства (ст.88 Закону України «Про нотаріат») непередбачуваним чином, всупереч принципу правової визначеності. Натомість, Уряд України стверджував, що рішення у справі позивача мало корисний ефект стимулювання змін до Закону про нотаріат.

²²⁶ Коваль І.Ф., Захарченко А.М. Межі суддівського розсуду у сфері застосування способів захисту прав інтелектуальної власності. *Правничий часопис Донецького національного університету імені Василя Стуса*. 2024. №2. С. 183-192.

²²⁷ Дорошенко Л. М. Способи захисту прав сторін корпоративного договору: проблемні питання теорії та практики. *Право України*. 2021. № 6. С. 97-116. С.109.

ЄСПЛ зазначив, що вимоги правової визначеності та захисту законних очікувань громадськості не надають набутого права на незмінність судової практики. Розвиток судової практики сам по собі не є протиправним у рамках належного здійснення правосуддя, оскільки відмова від динамічного й еволюційного підходу ризикує перешкоджати реформам або вдосконаленню (п.45).

Разом з тим, враховуючи принцип розподілу влади між Парламентом і судовою гілкою влади та між різними судовими інстанціями, встановлений у законодавстві України, ЄСПЛ визнав за неможливе підтримати позицію, згідно з якою відмова вищого судового органу загальної юрисдикції України застосувати закон, який Конституційний Суд України визнав чітким і таким, що не потребує тлумачення, була легітимним способом спонукання законодавця до його зміни (п.47).

У підсумку, ЄСПЛ виснував, що Велика палата Верховного Суду по-новому витлумачила чітку й однозначну норму у спосіб, що суперечив самій нормі, і зробила це без будь-яких вагомих підстав та без урахування наслідків зміни тлумачення для правової визначеності. Це дало ЄСПЛ достатні підстави визнати наявність порушення ч.1 ст.6 Конвенції (п.49-50)²²⁸.

Це рішення підкреслює, що суди не можуть підмінити собою законодавця, а також формує чіткі вимоги до прийняття рішень в межах суддівського розсуду, які повинні виконуватися і при застосуванні аналогії (особливо аналогії права).

2.4. Процесуальна аналогія в господарському судочинстві

Застосування аналогії в матеріальних господарських правовідносинах є усталеним явищем. Проте може викликати сумнів її застосування в господарському процесуальному праві з огляду на те, що процесуальні кодекси

²²⁸ Case of Ukrkava, TOV v. Ukraine (Application no. [10233/20](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-241576%22%5D%7D)). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-241576%22%5D%7D> (дата звернення 24.04.2025).

не містять прямих приписів щодо можливості застосування процесуальної аналогії.

Низка законодавчих положень безпосередньо встановлюють заборону застосування аналогії за галузевим принципом або за колом питань.

Так, частина 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України яка визначає, що аналогія закону та аналогія права не застосовуються для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування.

Відповідно до частини 4 статті 3 Кримінального кодексу України застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено.

Межі допустимості застосування юридичної аналогії визначаються суттю відповідних відносин та змістом актів цивільного законодавства, наприклад, до аналогії не можна звертатися у питаннях обмеження конституційних прав і свобод²²⁹. Так, в листі Міністерства юстиції України «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» від 30.01.2009 року вказано, що аналогія не застосовується у сфері кримінального законодавства та законодавства про адміністративні правопорушення, що узгоджується з нормами міжнародних договорів про права людини.

У юридичній літературі висловлено навіть точку зору, згідно з якою слід повністю виключити аналогію як спосіб подолання прогалин в тих галузях законодавства, які пов'язані зі встановленням відповідальності за вчинення правопорушення. Зокрема, до таких галузей віднесено й податкове законодавство. У таких галузях аналогія може бути використана лише щодо процесуальних норм, які регулюють, наприклад, порядок реалізації встановлених прав і обов'язків, але не до норм матеріальних²³⁰.

Ю. Матат зазначав, що загальним правилом визначення допустимості використання аналогії з метою подолання прогалин у законодавстві є таке:

²²⁹ Довгерт А.С. Вказ. праця. С.171.

²³⁰ Колотова О.В. Допустимість застосування аналогії у галузях права. *Держава і право*. 2009. Випуск 44. С.64.

«Аналогія допустима всюди, за винятком тих випадків, де законодавець пов'язує настання юридичних наслідків лише з наявністю конкретної правової норми». На підставі викладеного, можна дійти такого висновку щодо можливості використання аналогії в окремих галузях (інститутах) законодавства: варто повністю виключити такий спосіб подолання прогалин як аналогія у випадках, пов'язаних із встановленням заходів юридичної відповідальності за вчинення правопорушення (у тому числі за злочини)²³¹.

Узагальнююче положення з цього питання на сьогодні міститься в частині 4 статті 65 Закону «Про правотворчу діяльність»: аналогія закону або аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, притягнення особи до юридичної відповідальності.

Прямих заборон на застосування процесуальної аналогії у законодавстві немає. Гіпотетично можна вказати, що суд є органом державної влади, а процесуальні норми визначають підстави, межі повноважень та спосіб його дій. Однак, на нашу думку, таке тлумачення не відповідає наміру законодавця, адже формулювання щодо органів державної влади явно запозичене у частині 4 статті 65 Закону «Про правотворчу діяльність» з Кодексу адміністративного судочинства, тож стосується інших питань, аніж застосування процесуальних норм судом.

Практика Касаційного господарського суду Верховного Суду з приводу застосування процесуальної аналогії не була послідовною. З одного боку, існують справи, у яких така аналогія застосовувалася, причому це питання не виглядало дискусійним.

Так, в ухвалі від 20.02.2018 у справі № 910/22199/16 Верховний Суд вказав: «Відповідно до пункту 7 частини першої статті 228 Господарського процесуального кодексу України, суд може за заявою учасника справи, а також з власної ініціативи зупинити провадження у справі у випадках перегляду судового

²³¹ Матат Ю.І. Вказ. праця. С.71.

рішення у подібних правовідносинах (в іншій справі) у касаційному порядку палатою, об'єднаною палатою, Великою Палатою Верховного Суду.

Враховуючи викладене, Суд з власної ініціативи дійшов висновку про наявність підстав за аналогією закону зупинити провадження за касаційною скаргою, поданою у справі № 910/22199/16 до вирішення об'єднаною палатою Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду питання про усунення неоднозначного застосування норм права у подібних правовідносинах²³².

В ухвалі від 14.05.2019 № 921/955/14-г/16 Верховний Суд зазначив: «Оскільки заявником двічі не виконано процесуальний обов'язок, покладений судом, щодо надання Касаційному господарському суду двох примірників завіреного перекладу ухвали Верховного Суду на грецьку мову, і таке не виконання процесуального обов'язку унеможлиблює забезпечення прав відповідача-3 (юридична особа Кіпру) щодо належного повідомлення його про розгляд цієї справи, визначених наведеними правовими нормами Господарського процесуального кодексу України та Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах від 15.11.1965 року (Гаага), то відповідно унеможлиблює розгляд касаційної скарги заявника без належного повідомлення відповідача-3 згідно із наведеною статтею 15 Конвенції.

Пунктом 4 частини першої статті 226 Господарського процесуального кодексу України визначено, що суд залишає позов без розгляду якщо позивач без поважних причин не подав витребувані судом докази, необхідні для вирішення спору, або позивач (його представник) не з'явився у судові засідання або не повідомив про причини неявки, крім випадку, якщо від нього надійшла заява про розгляд справи за його відсутності і його нез'явлення не перешкоджає вирішенню спору.

²³² Ухвала Верховного Суду від 20.02.2018 у справі № 910/22199/16 <https://verdictum.ligazakon.net/document/72293759> (дата звернення: 01.11.2024).

Поважними, з урахуванням конкретних обставин справи, вважаються причини, які за об'єктивних, тобто не залежних від позивача, обставин унеможлилювали або істотно утруднювали вчинення ним відповідних дій, однак таких у даній справі не вбачається.

На підставі наведених правових норм, *застосовуючи аналогію права* (курсив наш – авт.), колегія суддів Касаційного господарського суду дійшла висновку про залишення касаційної скарги Публічного акціонерного товариства «Банк Форум» в особі Уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб на ліквідацію Публічного акціонерного товариства «Банк Форум» Шевченка Олександра Володимировича без розгляду»²³³.

На нашу думку, в останньому випадку йдеться не про аналогію права, а про аналогію закону, адже суд не визначив правовий принцип, яким він керується, натомість, чітко послався на пункт 4 частини першої статті 226 ГПК як на підставу свого рішення. Цей приклад підтверджує, що аналогія права поки що залишається для судів складним у використанні інструментом. Водночас, наведені та подібні до них справи вказують, що суди при вирішенні спорів готові застосовувати аналогію з процесуальних питань.

З іншого боку, існують справи, у яких той самий Касаційний господарський суд висловлювався проти процесуальної аналогії.

Так, у постанові від 29.07.2021 № 916/2799/20 Верховний Суд вказав: «Отже, враховуючи наведене вище, колегія суддів зазначає, що по-перше, наведене у частині десятій статті 11 ГПК України словосполучення «спірні правовідносини не врегульовані законом» не дозволяє вести мову про існування процесуальної аналогії в господарському судочинстві; по-друге, у спірних правовідносинах є неможливою аналогія закону та застосування норм частини третьої статті 56 Закону №2210 з огляду на те, що положення Закону №2210 та Закону №3659 не містять положень щодо можливості застосування судом

²³³ Ухвала Верховного Суду від 14.05.2019 № 921/955/14-г/16. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/81725040> (дата звернення: 01.11.2024).

аналогії закону в частині визначення дискреційних повноважень АМК щодо визначення строків виконання його рішень» (пункт 7.32)²³⁴.

Міркування суду в цій справі викликають заперечення. По-перше, незрозуміло, чому саме словосполучення «спірні правовідносини не врегульовані законом» не дозволяє вести мову про існування процесуальної аналогії в господарському судочинстві. Чи йдеться про те, що процесуальний закон завжди вичерпно регулює усі питання, які можуть виникнути у зв'язку з його застосуванням, і за визначенням є безпрогальним? Навряд чи це так. По-друге, спеціальні закони не можуть містити положень щодо можливості застосування судом аналогії закону з урегульованих ними питань, оскільки застосування аналогії ніколи не охоплюється первісним задумом законодавця. Можна зазначити, що застосування судом аналогії закону в частині визначення дискреційних повноважень АМК щодо визначення строків виконання його рішень неприпустиме, оскільки існує пряма заборона на застосування аналогії для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади. Але ж це зовсім інший аргумент, який не заявлявся судом.

Висновки про можливість застосування процесуальної аналогії містяться в постанові Великої Палати Верховного суду від 08.06.2022 у справі № 2-591/11. Велика Палата Верховного Суду «нагадує, що інститут аналогії закону і аналогії права первісно був доктринально обґрунтований і застосовувався судами задовго до часткового відображення цього інституту в законодавстві.

Необхідність інституту аналогії (аналогії закону та аналогії права) впливає з того, що закон призначений для його застосування в невизначеному майбутньому, але законодавець, встановлюючи регулювання, не може охопити всі життєві ситуації, які можуть виникнути. Крім того, життя перебуває у постійному русі, змінюється і розвивається, внаслідок чого виникають нові життєві ситуації, які законодавець не міг передбачити під час ухвалення закону.

²³⁴ Постанова Верховного Суду від 29.07.2021 № 916/2799/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98702270> (дата звернення: 01.11.2024).

Суд застосовує аналогію закону і аналогію права тоді, коли на переконання суду певні відносини мають бути врегульовані, але законодавство такого регулювання не містить, внаслідок чого наявна прогалина в законодавчому регулюванні.

Зазначені висновки стосуються як матеріального, так і процесуального права. Велика Палата Верховного Суду неодноразово застосовувала аналогію у процесуальному праві, зокрема у постановках від 26 червня 2019 року у справі № 905/1956/15 (провадження № 12-62гс19, пункт 6.27), від 27 листопада 2019 року у справі № 629/847/15-к (провадження № 13-70кс19), від 16 червня 2020 року у справі № 922/4519/14 (провадження № 12-34гс20, пункт 6.19), від 13 січня 2021 року у справі № 0306/7567/12 (провадження № 13-73кс19, пункт 28), від 28 вересня 2021 року у справі № 761/45721/16-ц (провадження № 14-122цс20, пункт 105).

Саме застосування аналогії у процесуальному праві в певних випадках дає змогу ухвалити справедливе рішення. Наприклад, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 26 червня 2019 року у справі № 905/1956/15 (провадження № 12-62гс19, пункт 6.27) застосування аналогії дозволило замінити одного відповідача двома, що і забезпечило справедливість постанови.

Тому відсутність у процесуальних кодексах положень про процесуальну аналогію не є перешкодою для застосування такої аналогії» (пункти 77-82 постанови)²³⁵.

З огляду на наведені висновки Великої Палати питання про можливість застосування процесуальної аналогії наразі можна вважати вирішеним позитивно.

Ми є прихильниками допустимості застосування аналогії в процесуальному праві. Виходячи з предмета правового регулювання матеріальні норми мають своїм головним призначенням регулювання виникнення, розвитку і припинення соціально значущих суспільних відносин. Призначення

²³⁵ Постанова Великої Палати Верховного суду від 08.06.2022 у справі № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105110382> (дата звернення 01.11.2024).

процесуальних норм полягає в забезпеченні реалізації матеріальних норм у випадках виникнення різноманітних відхилень від нормального розвитку соціально значущих суспільних відносин і спрямовані на їх захист. Вони відіграють важливу роль у забезпеченні необхідних умов правового регулювання, несуть основне навантаження щодо забезпечення прав, свобод і законних інтересів громадян та юридичних осіб.

Сьогодні неможливо лише за змістом матеріального права судити про всю правову систему тієї чи іншої держави. Справжнє обличчя правової системи, спрямованість її на всебічне забезпечення і захист прав і свобод особистості визначається не стільки їхньою кількістю, закріпленою в законодавстві, скільки реальністю і ступенем надійності механізму їхнього здійснення. Таким чином, однією з основних умов виконання поставлених перед судовою владою завдань є наявність досконалого процесуального механізму, який би відповідав на всі питання, які в нього виникають. На жаль у реальному житті це неможливо. Вважаємо, що існує реальна необхідність для застосування судами аналогії права при подоланні прогалин процесуального регулювання.

На користь доцільності застосування аналогії права в процесуальному праві можуть бути наведені такі аргументи:

1) у процесуальному праві прогалини були, є і будуть, оскільки неможливо передбачити всі права і законні інтереси суб'єктів права, які потребують судового захисту;

2) застосування аналогії права сприяє реалізації вимог ГПК України, відповідно до якого, суд не має права відмовити в судовому захисті у зв'язку з неврегульованістю відповідних процедур;

3) на користь застосування аналогії права може свідчити єдність підходів і близькість принципів процесуальних галузей.

Висновки до Розділу 2

1. Подібність є ключовою умовою застосування аналогії закону. Підхід щодо визначення подібності правовідносин, згідно з яким подібність слід оцінювати за змістовим, суб'єктивним та об'єктивним критеріями, є формальним, а ці критерії – недостатніми, коли їх наявність не пояснюється, а просто констатується. Сама по собі схожість не пояснює, чому умовивід за аналогією є раціонально переконливим. Пропонується використовувати раціональну модель застосування аналогії, згідно з якою правило слід застосовувати до справи, якщо, і тільки якщо, підстави застосування переважають підстави незастосування. Тобто, замість простої констатації подібності або відсутності подібності правовідносин, яка притаманна вітчизняній судовій практиці, слід визначити конкретні аргументи «за» і «проти» встановлення подібності, і провести зважування таких аргументів.

2. Для застосування аналогії права головне значення мають такі правові принципи:

загальноправовий принцип верховенства права, і передусім така його складова, як принцип правової визначеності (метою застосування аналогії є забезпечення правової визначеності);

принципи господарського права як галузеві принципи: принцип забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції); принцип економічної багатоманітності (ст. 15 Конституції); принцип захисту конкуренції у господарській діяльності (ст. 42 Конституції); принцип підтримки національного товаровиробника з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань України; принцип недопущення господарських зв'язків з державою-агресором (державою-окупантом).

загальні засади цивільного законодавства, визначені статтею 3 ЦК України, передусім справедливість, добросовісність і розумність.

3. *Справедливість* розглядають у трьох аспектах: формальному, змістовному та процедурному. Найбільш значущим для аналогії права є

змістовний аспект справедливості, який втілюється у пропорційності; відтак справедливе рішення, зокрема, і винесене в порядку аналогії, повинно бути пропорційним.

Принцип *добросовісності* може розглядатися у широкому і у вузькому розумінні. У широкому розумінні метою принципу добросовісності є отримання результату, який буде визнаний сторонами як прийнятний (досягнення консенсусу) і не суперечитиме загально визнаним стандартам моральності та моралі. У вузькому розумінні добросовісність – це недопущення зловживання правом.

Між принципом *розумності* і аналогією існує зворотній зв'язок, а саме: застосовуючи аналогію, суди справляють вплив на розвиток і уточнення стандарту розумності: коли юридичні проблеми виникають у нових сферах, як-от онлайн-платформи чи штучний інтелект, суди використовують аналогію, щоб розширити концепцію розумності; розумність за своєю суттю є гнучким стандартом, але аналогія допомагає підтримувати послідовність правових підходів; розумність залежить від контексту, а аналогія забезпечує гнучкість, необхідну для тлумачення стандарту в різних ситуаціях, одночасно забезпечуючи об'єктивність правових рішень. Відтак аналогія допомагає збалансувати відкритий характер розумності з необхідністю передбачуваності правових результатів.

4. Слід розрізняти різні ситуації звернення господарського суду до принципів права, зокрема, принципів справедливості, добросовісності і розумності:

1) під час нормального здійснення судового розсуду для оцінки обставин справи та тлумачення норм права;

2) у випадку, коли застосування передбаченої законодавством норми до певних відносин призводить до несправедливого та нерозумного результату;

3) за наявності прогалини у праві і неможливості застосувати аналогію закону. Лише останній випадок становитиме застосування аналогії права.

5. Між аналогією та суддівським розсудом існують такі відмінності:

аналогія:

може застосовуватися як судом, так і іншими суб'єктами правозастосування;

застосовується виключно за наявності прогалини у праві з метою її подолання;

передбачає застосування правових норм, що регулюють подібні, але не тотожні правовідносини (аналогія закону), або правових принципів (аналогія права);

це логічний, структурований метод поширення існуючих правових норм або принципів на нові ситуації, заснований на відповідній подібності правовідносин; передбачає умовивід аналогії (аналогія закону) або умовивід силогізму (аналогія права); підпорядковується строгим умовам щодо допустимості застосування;

головною метою застосування є забезпечення правової визначеності (подібні справи повинні вирішуватися подібним чином).

суддівський розсуд:

застосовується виключно судом;

наявність прогалини у праві не є обов'язковою умовою застосування;

стосується свободи суддів приймати рішення в тих сферах, де закон дозволяє вибирати між різними правовими рішеннями чи тлумаченнями;

дозволяє суддям приймати рішення на основі унікальних обставин справи, але є більш гнучким і суб'єктивним, ніж міркування за аналогією; перелік вимог допустимості застосування відсутній;

головною метою застосування є пошук справедливого рішення, однак може призводити до меншої правової визначеності, оскільки результат більшою мірою залежить від тлумачення окремого судді та унікальних обставин справи.

6. Відсутність у процесуальних кодексах положень про процесуальну аналогію не є перешкодою для застосування такої аналогії.

На користь доцільності застосування аналогії в процесуальному праві можуть бути наведені такі аргументи:

у процесуальному праві прогалини були, є і будуть, оскільки неможливо передбачити всі права і законні інтереси суб'єктів права, які потребують судового захисту;

застосування аналогії права сприяє реалізації вимог ГПК України, відповідно до якого, суд не має права відмовити в судовому захисті у зв'язку з неврегульованістю відповідних процедур;

на користь застосування аналогії права може свідчити єдність підходів і близькість принципів процесуальних галузей.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення та розв'язання важливої проблеми господарського та господарського процесуального права, яка полягає в обґрунтуванні нових і доопрацюванні існуючих науково-теоретичних положень щодо застосування інституту аналогії в господарському судочинстві та розробці пропозицій щодо удосконалення законодавства з цих питань.

1. Виокремлено рівні розуміння аналогії залежно від сфери її застосування: (1) аналогія як компонент інтелекту; (2) аналогія як особливість юридичного мислення загалом; (3) аналогія як тип міркування у правовій системі загального права; (4) аналогія як інститут континентальної правової системи та визначено ключові характеристики аналогії на кожному з рівнів.

Визначено і систематизовано спільні та відмінні риси аналогії у системі загального права та континентальній правовій системі. Спільними рисами аналогії є такі: вона забезпечує можливість вирішення спорів за відсутності правила, що безпосередньо стосується спору; використовується для урегулювання ситуацій, пов'язаних з виникненням нерегульованих суспільних відносин; заснована на керівному принципі «подібні ситуації – подібні результати» («ubi eadem est ratio, ibi idem ius»); спрямована на однакове вирішення не справи в цілому, а певного питання права, яке є істотним для винесення рішення по суті. До відмінних рис належать: *основне призначення* (у загальному праві аналогія найчастіше використовується для поширення існуючих прецедентів на нові ситуації з подібними фактами, у континентальному – для заповнення прогалин у законодавстві); *сфера дії за колом випадків* (у загальному праві аналогія може включати виведення правила з певної справи, яке потім застосовується до необмеженої кількості подібних справ, у континентальному – аналогія завжди поширюється тільки на окремий випадок); *методологія застосування* (у загальному праві міркування за аналогією зазвичай включає детальне порівняння фактів і юридичних принципів з попередніх справ, у континентальному – головна увага приділяється пошуку

основних засад законів); *регламентованість застосування* (у загальному праві судді мають більше свободи у застосуванні аналогії, у континентальному – існують строгі умови застосування аналогії та заборони її застосування у визначених сферах); *умови застосування* (у загальному праві аналогія можлива, якщо вдається знайти відповідний прецедент, у континентальному – у разі відсутності правових норм, які регулюють подібні відносини, можуть бути застосовані принципи права); *структура аналогії* (у загальному праві види аналогії не виділяють, у континентальному – виділяють аналогію закону та аналогію права).

Набуло подальшого розвитку визначення ролі аналогії у забезпеченні ефективності господарського судочинства шляхом виділення основних аспектів впливу аналогії на таку ефективність: *послідовність і передбачуваність* (вирішення подібних справ на подібних засадах зменшує невизначеність); *оптимізація ресурсів* (спрощується і пришвидшується прийняття рішень у справах, вивільняється ресурс для вирішення більш складних або новітніх справ); *справедливість і рівність* (вирішення подібних справ подібним чином сприяє справедливості і рівності перед законом, зменшує ймовірність довільного вирішення судових справ, посилюючи довіру до судової системи); *якість судових рішень* (судові рішення засновуються на міцних правових засадах, що сприяє зниженню рівня їх оскаржень); *адаптивність права* (правова система залишається релевантною та реагує на зміни в суспільних відносинах без потреби негайного оновлення законодавства).

2. Доопрацьовано класифікацію правових прогалин шляхом виділення видів таких прогалин за низкою критеріїв: *залежно від причин виникнення* (об'єктивні чи суб'єктивні причини) – первинні та похідні прогалини; *залежно від способу виявлення* – прогалини формулювання та оціночні прогалини; *залежно від суттєвості правових наслідків* – звичайні законодавчі прогалини (лакуни), та законодавчі упуцнення. Систематизовано відмінності між звичайною прогалиною (лакуною) та законодавчим упуцненням: *звичайна прогалина*: стосується ситуації, коли немає конкретної правової норми, застосовної до

питання або випадку; виникає через недогляд законодавця, або новизну питання, але ніколи не охоплюється наміром законодавця (не є навмисною); може бути подолана шляхом застосування аналогії, шляхом тлумачення або субсидіарного застосування правових норм; *законодавче упуцнення*: має місце, коли законодавець не приймає необхідний закон або не урегулює певний аспект, що порушує конституційні норми, принципи, гарантії, права і свободи людини; може бути ненавмисним (недогляд або помилка в законотворчому процесі) або навмисним (свідоме рішення не приймати закони з певного питання); вимагає законодавчого втручання – тимчасове подолання шляхом застосування аналогії не є достатнім.

Додатково аргументовано недоцільність визнання можливості усунення (а не тільки подолання) прогалин судом, оскільки: а) практика навіть Верховного Суду не є послідовною; б) вирішення судом конкретної справи за аналогією не завжди усуває необхідність виправлення недоліків правового регулювання законодавцем.

3. Розмежовано правову природу та правові наслідки застосування аналогії судами та іншими суб'єктами: (а) застосування аналогії судами є здійсненням правосуддя, тимчасом як для інших суб'єктів це – звичайне правозастосування; (б) судові рішення, засноване на аналогії, має статус офіційного тлумачення закону, на відміну від рішень, прийнятих на основі аналогії іншими суб'єктами; (в) у разі, якщо застосування аналогії покладене в основу правової позиції Верховного Суду, така правова позиція є обов'язковою для врахування судами при вирішенні наступних подібних справ, доки Верховний Суд не відступить від своєї правової позиції у порядку, визначеному статтею 302 ГПК, тимчасом як застосування аналогії іншими суб'єктами не зв'язує третіх осіб;

4. Уточнено розмежування прецеденту в системі загального права та юридичної аналогії в континентальному праві шляхом встановлення таких відмінностей: (1) судовий прецедент має нормативний характер, може і повинен застосовуватись необмежену кількість разів до невизначеного кола осіб і ситуацій протягом необмеженого проміжку часу; (2) право створювати судові

прецеденти надається тільки судам вищих інстанцій (інстанційний критерій); (3) судовий прецедент повинен бути оприлюднений в офіційному виданні. Тимчасом застосування аналогії не має нормативного характеру, до аналогії може звертатися суд будь-якої інстанції, вимог щодо офіційного опублікування відповідних судових рішень немає.

5. Запропоновано використовувати раціональну модель застосування аналогії, згідно з якою правило слід застосовувати до справи, якщо, і тільки якщо, підстави застосування переважають підстави незастосування. Тобто, замість простої констатації подібності або відсутності подібності правовідносин, слід визначити конкретні аргументи «за» і «проти» встановлення подібності, і провести зважування таких аргументів.

6. Набуло подальшого розвитку визначення системи правових принципів, які мають головне значення для застосування аналогії права: (I) загальноправовий принцип верховенства права, і передусім така його складова, як принцип правової визначеності; (II) принципи господарського права як галузеві принципи: принцип забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції); принцип економічної багатоманітності (ст. 15 Конституції); принцип захисту конкуренції у господарській діяльності (ст. 42 Конституції); принцип підтримки національного товаровиробника з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань України; принцип недопущення господарських зв'язків з державою-агресором (державою-окупантом); (III) загальні засади цивільного законодавства, визначені статтею 3 ЦК України, передусім справедливість, добросовісність і розумність.

Уточнено характеристику зворотного зв'язку між принципом розумності і аналогією: застосовуючи аналогію, суди справляють вплив на розвиток і уточнення стандарту розумності, що проявляється, зокрема, в таких аспектах: коли юридичні проблеми виникають у нових сферах, як-от онлайн-платформи чи штучний інтелект, суди використовують аналогію, щоб розширити концепцію розумності; розумність за своєю суттю є гнучким стандартом, але аналогія

допомагає підтримувати послідовність правових підходів; розумність залежить від контексту, а аналогія забезпечує гнучкість, необхідну для тлумачення стандарту в різних ситуаціях, одночасно забезпечуючи об'єктивність правових рішень.

7. Уточнено співвідношення між аналогією та суддівським розсудом шляхом встановлення їх відмінностей: *аналогія*: може застосовуватися як судом, так і іншими суб'єктами правозастосування; застосовується виключно за наявності прогалини у праві з метою її подолання; передбачає застосування правових норм, що регулюють подібні, але не тотожні правовідносини (аналогія закону), або правових принципів (аналогія права); це логічний, структурований метод поширення існуючих правових норм або принципів на нові ситуації, передбачає умовивід аналогії (аналогія закону) або умовивід силогізму (аналогія права), підпорядковується строгим умовам щодо допустимості застосування; головною метою є забезпечення правової визначеності (подібні справи повинні вирішуватися подібним чином); *суддівський розсуд*: застосовується виключно судом; наявність прогалини у праві не є обов'язковою умовою застосування; стосується свободи суддів приймати рішення в тих сферах, де закон дозволяє вибирати між різними правовими рішеннями чи тлумаченнями; дозволяє суддям приймати рішення на основі унікальних обставин справи, але є більш гнучким і суб'єктивним, ніж міркування за аналогією; перелік вимог допустимості застосування відсутній; головною метою є пошук справедливого рішення, однак може призводити до меншої правової визначеності, оскільки результат більшою мірою залежатиме від тлумачення окремого судді та унікальних обставин справи.

8. Додатково аргументовано доцільність застосування аналогії в процесуальному праві можуть бути наведені такі аргументи:

у процесуальному праві прогалини були, є і будуть, оскільки неможливо передбачити всі права і законні інтереси суб'єктів права, які потребують судового захисту;

застосування аналогії права сприяє реалізації вимог Конституції України,

відповідно до якої, суд не має права відмовити в судовому захисті у зв'язку з неврегульованістю відповідних процедур;

на користь застосування аналогії права може свідчити єдність підходів і близькість принципів процесуальних галузей.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin [2019] EWHC 3556 (Comm) (13 December 2019) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html> (дата звернення: 01.11.2024).
2. Ariel L. Bendor, & Zeev Segal, The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak, 47 Tulsa L. Rev. 465 (2013). URL: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol47/iss2/10> (дата звернення 24.04.2025).
3. Aronson v. Lewis 473 A.2d 805 (1984). URL: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html> (дата звернення: 01.11.2024).
4. BGHZ 202, 102 (2015). URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=16.07.2014&Aktenzeichen=IV%20ZR%2073%2F13> (дата звернення: 01.11.2024).
5. Brewer, Scott. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, 109 HARV. L. REV. 923, 937 (1996).
6. Cross R. Precedent in English law. 3rd ed. Clarendon Press Oxford, 1977.
7. Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine (Application no. 48553/99). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60634%22%5D%7D> (дата звернення 01.11.2024)
8. Case of Ukrkava, TOV v. Ukraine (Application no. 10233/20). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-241576%22%5D%7D> (дата звернення 24.04.2025).
9. Elizabeth A. Martin. Oxford Dictionary of Law. Oxford, 1997. 552 p.
10. Golding, Martin P. Legal Reasoning. Knopf, 1984.
11. Haage J. The Logic of Analogy in the Law. Argumentation (2005) 19:401-415.
12. Haqqani A.A.H., Elomri A., Kerbache L. Sharing Economy: A Systematic Review of Definitions, Drivers, Applications, Industry status and Business models.

IFAC-PapersOnLine. 2022. Volume 55, Issue 10. P. 490-495. DOI: 10.1016/j.ifacol.2022.09.441.

13. Hunter D. Reason is too large: Analogy and precedent in law (August 14, 2000). P. 1-71. URL: <https://ssrn.com/abstract=239739> (дата звернення: 01.11.2024).

14. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 December 2017. Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain, SL. Case C-434/15. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0434> (дата звернення: 01.11.2024).

15. Levi, Edward H. An Introduction to Legal Reasoning. *University of Chicago Law Review*: 1948. Vol. 15: Iss. 3, Article 2. P. 501-574.

16. MacCormick D.N. Legal reasoning and legal theory 19-52. Oxford: Clarendon Press 1978 (With revised preface, 1994).

17. Manatt Phelps & Phillips LLP. California Bankruptcy Judge Rules that Bitcoin Is Property, Not Convertible Currency, For Valuation Purposes Under Fraudulent Transfer Laws. March 24, 2016. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d80f280b-43e7-4168-bd7e-2d007a5652f5> (дата звернення: 01.11.2024).

18. Rule of law checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11–12.03.2016). CDL-AD (2016) 007. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e). (дата звернення: 01.11.2024).

19. Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2008. URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (дата звернення: 01.11.2024).

20. Schauer F., Spelman B. Analogy, expertise and experience. *The University of Chicago Law Review*. 2017: 84. P. 101-120. URL: <https://ssrn.com/abstract=3064100> (дата звернення: 01.11.2024).

21. Securities and Exchange Commission v. Telegram Group Inc. et al, No. 1:2019cv09439 - Document 227 (S.D.N.Y. 2020). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/newyork/nysdce/1:2019cv09439/524448/227/> (дата звернення: 01.11.2024).

22. Securities and Exchange Commission. Securities Exchange Act of 1934 Release No. 84553 / November 8, 2018. Administrative Proceeding File No. 3-18888 in the matter of Zachary Coburn, Respondent. URL: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2018/34-84553.pdf> (дата звернення: 01.11.2024).

23. Standard Oil Company of New Jersey et al., Appts., V. United States. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1> (дата звернення 01.11.2024).

24. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. URL: <https://www.rechtesay.at/wiki/ubi-eadem-legis-ratio-ibi-eadem-legis-dispositio/> (дата звернення: 01.11.2024).

25. USA V. David Nosal, No. 14-10037 (9th Cir. 2016). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/14-10037/14-10037-2016-12-08.html> (дата звернення: 01.11.2024).

26. West's Encyclopedia of American Law. Jeffrey Lehman, editor, Shirelle Phelps, editor. 2nd Edition. Thomson Gale. 2005. 6727 p.

27. Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу. Дис...канд.юрид.наук (12.01.11). Х.: 2008. 21 с.

28. Аналіз стану здійснення правосуддя при розгляді господарських справ за 2021 рік: КГС ВС. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/sud_p_ract/2021_analiz_KGS.pdf (дата звернення: 01.11.2024).

29. Бакалінська О.О. Добросовісність і розумність в цивілістичній концепції здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. Випуск 3 (11) 2011. С. 172-175.

30. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. К.: Юрінком Інтер, 2006. 592 с.

31. Бігун В.С. Філософсько-правове осмислення правосуддя (щодо розмежування понять «судочинство» і «правосуддя»). *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2009. Вип. 48. С. 21–27.

32. Булгакова І.В. Судовий розсуд у господарському процесі. *Вісник Академії адвокатури України*. 2005. Вип. 3. С. 44-50.

33. Бутирський А.А. Вирішення господарських спорів в Україні та країнах Східної Європи: дис. ... докт. юрид. наук (12.00.04). Київ, 2015. 473 с.

34. Васильєв С.В. «Невизначеність» в механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин та юридичні інструменти її усунення. *Правова держава*. 2021. № 42. С. 22-31.

35. Вінник О.М. Господарське право: курс лекцій (загальна частина). Київ: Ліра-К, 2017. 240 с.

36. Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Монографія. К.: Атіка, 2003. 352 с.

37. Вінник О.М., Попович Т.Г., Деревянко Б.В. Регулювання відносин цифрової економіки: окремі аспекти. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Том 29. № 3. С. 181–204.

38. Гаудер П. Верховенство права у реальному світі. Харків: Право, 2018. 392 с.

39. Геращенко Т.Г. Філософія у стислому викладі: Навчальний посібник. Суми, Університетська книга, 2015. 180 с. дата звернення: 01.11.2024).

40. Гончаров В.В. Офіційне тлумачення юридичних норм як засіб встановлення і трансформації їх змісту : дис. ... канд. юр. наук (12.00.01). Львів, 2012. 228 с.

41. Господарське законодавство України: перспективи модернізації на засадах сталого розвитку: монографія / під заг. ред. В.А. Устименка. Київ: НАН України, Інститут економіко-правових досліджень, 2019. 320 с.

42. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

43. Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судебного убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков: Вища школа, 1975. 144 с.

44. Гусарев С.Д. Теорія права і держави: навч. посіб. Київ: Правова єдність, 2008. 270 с.
45. Демченко Г.В. Судебный прецедент.-Варшава, 1903. 244 с.
46. Довгерт А.С. Юридична аналогія в Цивільному кодексі та судовій практиці України. *Приватне право*. 2013. №1. С.159-165.
47. Дорошенко Л. М. Способи захисту прав сторін корпоративного договору: проблемні питання теорії та практики. *Право України*. 2021. № 6. С. 97-116.
48. Дрішлюк А.І. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період). *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2011. Вип. 17. С. 9–14.
49. Завальнюк С.В. Аналогія права за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). Одеса, 2015. 13 с.
50. Завальнюк С.В. Аналогія права як спосіб подолання прогалин в цивільному праві. *Актуальні проблеми політики*. 2014. Випуск 52. С.372-378.
51. Загальна теорія держави і права: підручник. За ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Х.: Право, 2009. 584 с.
52. Загальна теорія права: Підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.
53. Знаменский Г.Л. Новое хозяйственное право. Избранные труды: сб. науч. трудов. Киев: Юринком Интер, 2012. 488 с.
54. Знаменский Г.Л. Хозяйственное право: Учебник/ В.К. Макутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Макутова В.К. К.: Юринком Интер, 2002. 912 с.
55. Калашник О.М. Види прогалин у цивільному процесуальному праві. *Форум права*. 2013. №2. С.196-204.
56. Квятковська, Б.І. Судовий прецедент: деякі теоретичні аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія: Право*. 2013. Вип. 21. Т.1 Ч.2. С. 52–55.

57. Клім С. Критерії розмежування видів аналогії закону та субсидіарного застосування норм у цивільному праві України. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2013. Випуск 58. С.198-202.
58. Клім С.І. Аналогія закону у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). О., 2012. 20 с.
59. Коваль В.М. Застосування господарськими судами закону і права за аналогією. *Форум права*. 2011. № 1. С. 459-467.
60. Коваль В.М. Концептуальні засади юридичної інтерпретації у господарському судочинстві: дис. ... докт. юрид. наук (12.00.04). О., 2012.
61. Коваль І.Ф., Захарченко А.М. Межі суддівського розсуду у сфері застосування способів захисту прав інтелектуальної власності. *Правничий часопис Донецького національного університету імені Василя Стуса*. 2024. №2. С. 183-192.
62. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).
63. Колотова О.В. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ. *Часопис Київського університету права*. 2009. №3. С.55-59.
64. Колотова О.В. Допустимість застосування аналогії у галузях права. *Держава і право*. 2009. Випуск 44. С.60-66.
65. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини) від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 01.11.2024).
66. Конрад С.С. Правомірна поведінка та право: порядок: взаємозв'язок та взаємозумовленість. *Держава і право*. 2006. Вип. 31. С. 35–38.
67. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 01.11.2024).
68. Коструба А. Аналогія права й аналогія закону як фактична фікція та спосіб «оздоровлення» механізму правоприпинення. *Підприємництво, господарство і право*. 2012, 203 (11), С.6-9.

69. Кравець І.М. Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень. Монографія. К.: Юрінком Інтер, 2010. 240 с.

70. Кравчук М.В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права : навч. посіб. 3-тє вид., змін. й доп. Тернопіль: Карт-бланш, 2002. 247 с.

71. Кройтор В.А. Усунення прогалин у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. №3. С.159-166.

72. Кройтор В.А. Усунення прогалин у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. № 3. С. 159–166.

73. Лаговський В.М. Правосуддя як основна функція судів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2014. Випуск 29. Частина 2. Том 3. С.18-21.

74. Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

75. Лист-роз'яснення щодо зміни істотних умов договору про закупівлю № 3302-05/11398-07 від 07.04.2015// <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=bases1cf-8039-4789-aa20-0f448863fe89&title=ListroziasnenniaSchodoZminiIstotnikhUmovDogovoruProZakupivliu3302-05--11398-07-Vid07--04--2015> (дата звернення: 01.11.2024).

76. Майданик Р.А. Цивільне право: Загальна частина. Т. I. Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. 472 с.

77. Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. К.: Праксіс, 2008. 344 с.

78. Матат Ю.І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності: монографія. Х.: Право, 2015. С.13.

79. Матат Ю.І. Субсидіарне застосування норм права як засіб подолання прогалин з законодавстві. Юридична осінь 2012 року : зб. тез доп. та наук. повідомл. учасн. всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів (13

листоп. 2012 р.). Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 47-50.

80. Мілаш В.С. Господарське договірне право. Лекція 5. URL: <https://www.scribd.com/document/768449109/Лекція-5> (дата звернення: 01.11.2024).

81. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. *Вестник Гражданского права, издаваемый ММ. Винавером*. Петроград, 1916. № 6.

82. Орзіх В. Умови та механізм застосування аналогії закону та аналогії права в цивільному праві України. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2019. №.1. С.144-147.

83. Орзіх В.М. Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права: дис. ... доктора філософії (081 – Право). Одеса, 2021. 187 с.

84. Орзіх В.М. Поняття аналогії закону і аналогії права в цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2019. Випуск 54. С.83-86.

85. Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року: Резолюція Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25.09 2015. URL: <http://sdg.org.ua/ua/resources-2/344-2030-2015> (дата звернення: 01.11.2024).

86. Печений О. Деякі питання застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. №2 (49). С.108-119.

87. Пільков К.М. Висновки Верховного суду: формула висновку, його обов'язковість та механізм відступу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 8. С. 201-209.

88. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр.* Харків: Право, 2013. № 1(72). С. 44-56.

89. Подцерковний О.П. Щодо реформування господарської юстиції у світлі нових концепцій. *Аналітично-порівняльне правознавство. Електронне наукове видання*. 2023. №4. С.201-207. DOI: 10.24144/2788-6018.2023.04.32

90. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 01.06.2021 у справі № 910/12876/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98524309> (дата звернення 01.11.2024).

91. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 03.07.2019 № 369/11268/16-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/83482786> (дата звернення 01.11.2024).

92. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.07.2018 у справі №310/11534/13-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/75287282> (дата звернення 01.11.2024).

93. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.09.2018 у справі № 5023/4388/12. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/76381567> (дата звернення: 01.11.2024).

94. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 07.09.2022 у справі № 910/16579/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/107140913> (дата звернення 01.11.2024).

95. Постанова Великої Палати Верховного суду від 08.06.2022 у справі № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105110382> (дата звернення: 01.11.2024).

96. Постанова Великої Палати Верховного суду від 08.06.2022 у справі № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105110382> (дата звернення 01.11.2024).

97. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12.10.2021 р. у справі №233/2021/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/110957394> (дата звернення 01.11.2024).

98. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28.01.2020 у справі № 924/641/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/114723491> (дата звернення: 01.11.2024).

99. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29.06.2021 у справі №916/2813/18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98531899> (дата звернення: 01.11.2024).

100. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29.09.2020 у справі № 688/2908/16-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/92137264> (дата звернення 01.11.2024).

101. Постанова Верховного Суду від 04.06.2018 у справі № 910/19433/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/74691737> (дата звернення: 01.11.2024).

102. Постанова Верховного Суду від 06.03.2018 у справі №907/167/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/72645204> (дата звернення: 01.11.2024).

103. Постанова Верховного Суду від 06.12.2019 у справі №910/353/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/86503751> (дата звернення 01.11.2024).

104. Постанова Верховного Суду від 07.02.2024 у справі № 490/1981/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/117179819> (дата звернення 01.11.2024).

105. Постанова Верховного Суду від 07.06.2023 № 916/959/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/111552098> (дата звернення 01.11.2024).

106. Постанова Верховного Суду від 09.03.2023 у справі № 915/1499/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/109645718> (дата звернення: 01.11.2024).

107. Постанова Верховного Суду від 10.01.2024 р. у справі № 911/266/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/119416876> (дата звернення: 01.11.2024).

108. Постанова Верховного Суду від 10.04.2024 р. № 927/330/23. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/118321196> (дата звернення 01.11.2024).

109. Постанова Верховного Суду від 10.10.2019 № 904/8902/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/85153895> (дата звернення 01.11.2024).

110. Постанова Верховного Суду від 15.02.2023 р. № 922/3797/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/109210500> (дата звернення 01.11.2024).
111. Постанова Верховного Суду від 18.06.2021 у справі № 927/491/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/97911848> (дата звернення: 01.11.2024).
112. Постанова Верховного Суду від 18.06.2024 у справі № 910/97/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/119896204> (дата звернення 01.11.2024).
113. Постанова Верховного Суду від 19.01.2024 у справі № 911/2269/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/116445536> (дата звернення 01.11.2024).
114. Постанова Верховного Суду від 19.02.2019 у справі 908/130/15-г. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/85972213> (дата звернення 01.11.2024).
115. Постанова Верховного Суду від 19.04.2023 № 910/17014/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/110394406> (дата звернення 01.11.2024).
116. Постанова Верховного Суду від 20.06.2023 у справі № 910/8880/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/111675761> (дата звернення 01.11.2024).
117. Постанова Верховного Суду від 22.02.2024 у справі № 464/7832/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/117206372> (дата звернення 01.11.2024).
118. Постанова Верховного Суду від 24.09.2019 № 904/9495/16. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/84524234?q=%22%22аналогія%20закону%22%22> (дата звернення: 01.11.2024).
119. Постанова Верховного Суду від 29.05.2018 у справі № 920/432/17 URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/74411247> (дата звернення: 01.11.2024).
120. Постанова Верховного Суду від 30.06.2021 у справі № 914/1304/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98105274> (дата звернення: 01.11.2024).

121. Постанова Верховного Суду від 30.09.2021 № 922/3928/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/100918610> (дата звернення 01.11.2024).

122. Постанова Верховного суду України від 15.04.2015 р. у справі № 3-39Гс15. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/43675390> (дата звернення 01.11.2024).

123. Постанова Вищого господарського суду України від 25.04.2012 у справі №15/5025/1283/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/23736317> (дата звернення: 01.11.2024).

124. Постанова від 29.08.2023 № 902/1144/22. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/113203851> (дата звернення 01.11.2024).

125. Правова визначеність є одним із найважливіших елементів принципу верховенства права, переконані судді ВС. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1145556/> (дата звернення 01.11.2024).

126. Притика Д. М. Судова влада України на межі третього тисячоліття. *Вісник господарського судочинства*. 2012. № 6. С. 24–35.

127. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 № 514-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

128. Про верховенство права: доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) на 86-му пленарному засіданні (м. Венеція, 25-26 березня 2011 року). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2011)003rev-ukr) (дата звернення 01.11.2024).

129. Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

130. Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Амальгама Люкс» щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті

500 Цивільного кодексу України та статті 34 Господарського процесуального кодексу України у їх співвідношенні: Ухвала Конституційного Суду від 24.06.2009 по справі № 2-35/2009. № 34-у/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v034u710-09#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

131. Про віртуальні активи: Закон України від 17.02.2024 № 2074-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text> (дата звернення: 24.04.2025).

132. Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

133. Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

134. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. №1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

135. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

136. Про особливості регулювання діяльності юридичних осіб окремих організаційно-правових форм у перехідний період та об'єднань юридичних осіб: Закон України від 09.01.2025 № 4196-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4196-20#Text> (дата звернення: 24.04.2025).

137. Про правотворчу діяльність: Закон України від 24.08.2023 № 3354-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

138. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення 01.11.2024).

139. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

140. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

141. Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 № 1701-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

142. Пушняк О. В. Питання дії права в часі при подоланні прогалин у законодавстві. *Теорія і практика правознавства*. 2014. №4. С. 1-15.

143. Регельсбергер Ф. *Общее учение о праве*. Т-во И. Д. Сытина, 1897. 312 с.

144. Рішення Другого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Лужинецького Анатолія Олександровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих приписів частини першої статті 111 Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо особистого і сімейного життя особи, засудженої до довічного позбавлення волі) від 20.12.2023 № 11- р(П)/2023, справа №3- 72/2023(145/23). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-23#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

145. Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2003 від 30.01.2003 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

146. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29.06.2010 № 17-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text> (дата звернення 01.11.2024).

147. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Мосюрчака Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015 №889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців) від 23 грудня 2022 року № 3-р/2022, справа № 3-132/2018(5462/17). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-22#Text> (дата звернення: 01.11.2024).

148. Рожнов О.В. Судочинство в господарських судах: навч. посіб. для здобувачів вищ. освіти. Харків: Право, 2020. 170 с.

149. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: підручник. 2-е вид., доп. Київ: Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. 594 с.

150. Секретар ВП ВС Лариса Рогач висвітлила аспекти відступів від висновків щодо застосування норм права. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1257521/> (дата звернення: 01.11.2024).

151. Смітюх А.В. Щодо застосування аналогії закону до відносин із скликання та проведення засідань наглядових рад АТ. Рекодифікація Цивільного Кодексу України: перспективи правового регулювання корпоративних відносин: зб. наук. праць за матеріалами 19-ї Міжнар. наук.-практ. конф. (Івано-Франківськ, 24.09.2021). Івано-Франківськ, 2021. С. 131-134.

152. Смокович М. Судова влада: місце в суспільстві та судовий контроль. *Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України*. 2012. № 3. С. 34–40.

153. Спасибо-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.

154. Справа «Совтрансавто-Холдинг» проти України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_043#Text (дата звернення 01.11.2024)

155. Справа Шарман проти Сполученого Королівства (заява № 27238/95). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-196508%22%5D%7D> (дата звернення 01.11.2024).

156. Стаднік І.В. Функціональна дієвість механізму правового регулювання господарських відносин. *Правничий часопис Донецького університету*. 2019. №1. С.22-27.

157. Степанова Т. В. Окрема думка судді як складова суддівського угляду в господарському судочинстві: монографія. Одеса : Фенікс, 2015. 196 с.

158. Теорія держави і права: підручник; за ред. О. В. Петришина. Харків: Право. 2015. 336 с.

159. Труба В.І., Притченко Р.С. Теорія держави і права. Х.: Одісей, 2007. 448 с.

160. У КГС ВС нагадали, що тлумачення норм права є виключною компетенцією суду. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/207760-u-kgs-vs-nagadali-scho-tlumachennya-norm-prava-ye-viklyuchnoyu-kompetentsiyeyu-sudu> (дата звернення: 01.11.2024).

161. Ухвала Верховного Суду від 14.05.2019 № 921/955/14-г/16. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/81725040> (дата звернення: 01.11.2024).

162. Ухвала Верховного Суду від 20.02.2018 р. у справі № 910/22199/16 <https://verdictum.ligazakon.net/document/72293759> (дата звернення: 01.11.2024).

163. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 18.10.2017 р. у справі № 826/25535/15. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/69859158> (дата звернення 01.11.2024).

164. Фасій В.Б. Межі формування категорії «розсуд» в приватному праві. *Право і суспільство*. 2018. №3. С. 110-114.

165. Харитонов Є.О. Цивільне право України: підручник. К.: Істина, 2013. 808 с.
166. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. «Прогалини» у цивільному законодавстві та їхнє подолання у процесі юрисдикційної діяльності. Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (м. Одеса, 18 груд. 2015 р.). Одеса : Фенікс, 2015. – С. 11-14.
167. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).
168. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 01.11.2024).
169. Циппеліус Р. Методика правозастосування. К.: Юстиніан, 2016. 192 с.
170. Цувіна Т.А. Інститут конституційної скарги та перегляд судових рішень за виключними обставинами в контексті принципу верховенства права. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Вип. 3 (28). Т. 1. С. 136–141.
171. Шевченко Т.В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С.23-26.
172. Шмаленя С.В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.01). Л., 2009. 20 с.
173. Шмаленя С.В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ: дис... канд. юрид. наук (12.00.01). Запоріжжя, 2008. 216 с.
174. Щербина В., Резнікова В. Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України. *Право України*. 2017. №9. С.9-27.
175. Щербина В.С. Господарське право: підручник. 6-те вид. Київ: Юрінком Інтер

ДОДАТКИ

Додаток А



Спеціалізованій вченій раді
Донецького національного
університету імені Василя Стуса
21021, Україна, Вінницька обл.,
місто Вінниця, вулиця 600-річчя,
будинки, 21

Довідка

про використання результатів дисертації

Капцової Т.П. на тему: «Застосування інституту аналогії в господарському
судочинстві»

подану на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081
«Право»

ТОВ «Юридичне агентство «Абсолют» розглянуті висновки дисертаційного дослідження Капцової Т.П. в частині, яка стосується особливостей здійснення правосуддя з використанням аналогії закону та аналогії права та застосування аналогії при формуванні позиції сторони в господарському процесі. За результатами цього розгляду партнери ТОВ «Юридичне агентство «Абсолют» підтримують, розширення сфери застосування аналогії в господарському судочинстві та обгрунтовану дисертанткою необхідність вдосконалення чинного процесуального законодавства.

Висновки і пропозиції, викладені в роботі Капцової Т.П. є актуальними, обгрунтованими та мають як правотворчу, так і правозастосовну перспективу.

«29» квітня 2025 року

Керівник АО «Абсолют»



Бондарчук О.П.

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
 ДОНЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ВАСИЛЯ СТУСА



ЗАТВЕРДЖУЮ

Ілля ХАДЖИНОВ

04 2025 р.

АКТ № 16-25/12.0-24

впровадження результатів дисертаційного дослідження
КАПЦОВОЇ Тетяни Петрівни
 «Застосування інституту аналогії в господарському судочинстві»
 (спеціальність 081 Право) у навчальний процес
 Донецького національного університету
 імені Василя Стуса

1. Комісія у складі:

Голова: Сергій РАДІО, проректор з наукової роботи.

Члени комісії: Світлана КНИЩ, завідувач навчального відділу;

Ганна ПЕТРЕНКО, завідувач відділу аспірантури та докторантури «Докторська школа».

у період з 16.04.2025 р. по 21.04.2025 р. розглянула матеріали впровадження результатів зазначеної дисертаційної роботи у навчальний процес.

2. Комісія встановила:

Результати дисертаційного дослідження КАПЦОВОЇ Тетяни Петрівни «Застосування інституту аналогії в господарському судочинстві» впроваджено у навчальний процес кафедри господарського та адміністративного права Донецького національного університету імені Василя Стуса шляхом використання викладачами кафедри основних положень дисертації (щодо розуміння і класифікації правових прогалин, їх відмежування від юридичної колізії та помилки у праві, суб'єктів застосування аналогії, умов та меж застосування аналогії в господарському судочинстві), що сприяло більш ґрунтовному вивченню особливостей здійснення господарського судочинства, вирішення господарських спорів під час викладання наступних освітніх компонентів:

1. «Господарсько-процесуальне право» (ОС «Бакалавр», 4 курс, 2 години лекцій);
2. «Господарське право» (ОС «Бакалавр», 2 курс, 2 години лекцій);

Позитивний вплив упровадження результатів дисертаційного дослідження Тетяни КАПЦОВОЇ «Застосування інституту аналогії в

господарському судочинстві» обговорено на засіданні кафедри господарського та адміністративного права юридичного факультету (протокол № 10 від 15.04.2025 р.).

Декан юридичного факультету



Ірина КОВАЛЬ

Голова комісії



Сергій РАДІО

Завідувач кафедри господарського та адміністративного права



Ліна ДОРОШЕНКО

Члени комісії:



Світлана КНИШ

Ганна ПЕТРЕНКО

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Капцова Т.П. Прогалина в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С.90-98. DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.15>

URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/3/16.pdf>

2. Bakalinska O., Honcharenko O., Kaptsova T., Babadzhanian H. Advocacy of competition in the world and Ukraine: comparative characteristics. *AJEE* 2022. № 4. (16). DOI <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-n000428>

URL: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1666107248.pdf

3. Капцова Т.П. Теоретичні засади застосування аналогії в господарському праві. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. №12. С. 144-146. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-12/34>

URL: http://lsej.org.ua/12_2023/34.pdf

4. Капцова Т.П. Застосування суддівського розсуду у разі застосування аналогії в господарському судочинстві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія юридичні науки*. 2023. № 6. С. 9-14. DOI <https://doi.org/10.32999/ksu2307-8049/2023-6-2>

URL: <https://lj.journal.kspu.edu/index.php/lj/article/view/405/370>

5. Капцова Т.П. Співвідношення інституту аналогії з суміжними способами подолання прогалин в господарському судочинстві. *Право і суспільство*. 2023. № 6. С. 129-135. DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2023.6.19>

URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2023/6_2023/19.pdf

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Капцова Т.П. Аналогія закону та аналогія права в господарських правовідносинах. *Правове забезпечення ринкових відносин в умовах*

громадянського суспільства: збірник наукових праць. Випуск 4. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2021. С. 176-184.

7. Капцова Т.П. Особливості застосування аналогії в господарському судочинстві. Теоретичні та практичні проблеми реалізації норм права: матеріали ІХ Міжнародної науково-практичної конференції, м. Кременчук, 22-23 грудня 2023 року. Львів-Торунь: 2023. С. 123-126.

8. Капцова Т.П. Застосування аналогії права в господарському судочинстві – шлях до забезпечення правової визначеності. Становлення і розвиток правової держави: проблеми теорії і практики матеріали ІХ Міжнародної науково-практичної конференції, м. Миколаїв, 21 грудня 2023 року. Львів-Торунь: 2023. С. 24-28.