

**СПІВВІДНОШЕННЯ АНАЛОГІЇ ПРАВА І СУБСИДІАРНОГО
ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА****INTERRELATION OF ANALOGY OF LAW
AND SUBSIDIARY APPLICATION NORMS IN CIVIL LAW**

Завальнюк С.В.,
асистент кафедри цивільного права
Одеської юридичної академії

У статті розглянуте співвідношення аналогії права та субсидіарного застосування норм цивільного права при подоланні прогалин у праві. З'ясована правова природа понять та визначені відмінності між аналогією права та субсидіарним застосуванням норм цивільного права.

Ключові слова: прогалини в праві, аналогія права, субсидіарне застосування норм.

В статье рассмотрено соотношение аналогии права и субсидиарного применения норм гражданского права при преодолении пробелов в праве. Выяснена правовая природа понятий и определены различия между аналогией права и субсидиарным применением норм гражданского права.

Ключевые слова: пробелы в праве, аналогия права, субсидиарное применение норм.

The article considers ratio of analogy of rights and subsidiary application norms during overcoming legal gaps. Found out legal nature of concepts and identifies differences between analogy of law and subsidiary application norms in civil law.

Key words: legal gaps, analogy of law, subsidiary application norms.

Актуальність теми. У галузевих науках на сучасному етапі їх розвитку значна увага приділяється розмежуванню галузей права. Ніби свідомо замовчується їх єдність. Проте головним завданням правової системи є не розмежування правових галузей та їх сфер (хоча очевидно, що без цього просто не можна говорити про їх систему), а забезпечення їх єдиного, комплексного впливу на регульовані суспільні відносини. Тому система права повинна характеризуватися внутрішньою узгодженістю всіх належних до неї підсистем (елементів), що спирається на соціально-економічні та організаційно-правові чинники [3].

Тісний взаємозв'язок цивільного і, наприклад, сімейного права є безспірним. Схожість за характером правового регулювання між цими галузями права не випадкова в силу того, що сімейне право історично виділилося з цивільного [16, с. 78]. Водночас той факт, що сімейне право відокремилася від цивільного, зумовлює істотну специфіку їх взаємодії на рівні як загальних правил, так і окремих правових інститутів [16, с. 80].

Одним із проявів міжгалузевих зв'язків цивільного права є субсидіарне застосування норм цивільного права до відносин інших галузей. Ключовим питанням, що визначає можливість субсидіарного застосування норм цивільного права до відносин інших галузей, є питання, що стосується підстав такого застосування [17, с. 100].

Виклад основного матеріалу. Згідно з ч. 1 ст. 9 ЦК України положення ЦК України застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Тобто, вищезазначена норма ЦК України передбачає можливість субсидіарного застосування норм ЦК України до відносин, що виникають, зокрема у сфері сімейних та трудових відносин.

Однак у законодавстві України немає ні поняття субсидіарного застосування права, ні умов використання цього методу. Це поняття було сформульоване в наукових дослідженнях, а умови його застосування визначені судовою практикою [13, с. 146]. Ю.Х. Калмиков зазначив, що «органи владного правозастосування не користуються поняттям «субсидіарне застосування», вони або прямо посилаються на необхідність використання тієї або іншої норми із суміжної галузі права, або формулюють можливість

звернення до останньої у висловах на кшталт «відповідно до ст. ... [6, с. 28]».

Зміст поняття «субсидіарне застосування норм права» є дискусійним і різні автори розуміють субсидіарне застосування норм неоднозначно. В.А. Божок визначає під субсидіарним застосуванням норм права пряме регулювання нормами однієї галузі права суспільних відносин, що становлять предмет іншої галузі права [2, с. 29]. З такою позицією не можна погодитися. Кожна галузь права регулює свій предмет, має свій метод, на підставі чого її і виділяють у самостійну галузь. Як вказує Д.О. Туманов, при формулюванні норм, які регулюють відносини, що становлять предмет однієї галузі права, законодавець навряд чи виходить із того, що ці ж норми повинні регулювати відносини, що становлять предмет іншої галузі [19, с. 19].

Використання в суміжних галузях норм цивільного права (дефініція юридичної особи, довіреності, норми про відшкодування шкоди) свідчить про субсидіарне застосування норм цивільного права.

В.М. Лебедев наполягає на біполярному характері субсидіарності цивільного права. Як відзначає дослідник, цивільне право запозичує в інших галузях норми, які визначають таких суб'єктів, як роботодавець, середній зарплаток, посадова особа та ін. Воно використовує необхідні йому норми інших галузей, а також надає свої норми для застосування ними [11, с. 117].

Розмежування понять правової аналогії та субсидіарного застосування норм права в літературі проводиться за декількома підходами. Загалом науковцями не заперечується схожість правових явищ, однак цю подібність різні вчені вбачають у різному.

Частина науковців пов'язує аналогію права і субсидіарне застосування норм права з однаковими підставами їх застосування – прогалинами в праві.

У профільній літературі загалом порівнюються і розмежовуються лише аналогія закону і субсидіарне застосування норм права. У рамках нашого дослідження, не вдаючись до термінологічного спору, презюмуємо, що міжгалузева аналогія є видом субсидіарного застосування норм права, яка покликана подолати прогалини у правовому регулюванні конкретної галузі права.

У чинному законодавстві України питання про можливість застосування міжгалузевої аналогії для заповнення

юридичних прогалин урегульоване неоднозначно. Зокрема, цивільне законодавство допускає застосування лише внутрішньогалузевої аналогії в силу положень ст. 8 ЦК України, відповідно до якої, 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) [8, с. 50]. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) [22].

На думку А.С. Довгерт, зміст загальних положень про аналогію необхідно виводити із контексту всієї концепції ЦК України. Наприклад, зумовлена єдністю природного приватного права єдність самої цивільної кодифікації (інакше кажучи, охоплення своїм регулюванням усіх приватних відносин незалежно від сфери їх існування), зобов'язує розуміти ст. 8 ЦК України як таку, що відноситься до всього приватноправового поля, зокрема сфери праці, сім'ї, комерції, використання природних ресурсів, охорони довкілля. При цьому не має значення, передбачені чи відсутні норми про аналогію у так званих «галузевих» кодексах, підпорядкованих ЦК України [4, с. 161].

В.М. Коваль, розглядаючи це питання, зазначає: якщо ст. 8 із Цивільного кодексу вилучити, то це не буде означати, що в цивільному законодавстві виникає прогалина, бо із ч. 8 ст. 8 ЦПК України, що передбачає застосування судом аналогії закону і права за аналогією, непрямо впливає і за допомогою висновку від наступного правового явища (правозастосування) до попереднього виявляється правовий припис, відповідно до якого цивільні відносини можуть регулюватися у певних випадках у порядку аналогії. Своєю чергою, якщо ч. 8 ст. 8 ЦПК України виключити із цього Кодексу, то це ніяк не вплине на застосування до цивільних правовідносин закону і права за аналогією, бо така можливість непрямо випливає із ст. 8 ЦК України і виявляється за допомогою висновку від попереднього правового явища (регулювання цивільних відносин за аналогією) до наступного (застосування закону і права до цивільних правовідносин за аналогією). Інша річ, що вилучення ч. 8 ст. 8 ЦПК України із цього Кодексу створить проблему застосування закону і права за аналогією до трудових, земельних та інших спорів, що розглядаються в порядку цивільного судочинства [10, с. 460].

Як зазначає В.В. Лазарєв, запозичення нормативного матеріалу властиве, передовсім, молодим галузям права, які використовують норми відповідних профільюючих галузей [14, с. 383–386]. З таким твердженням не можна погодитися, адже, як уже зазначалося, деякі галузі права тяжіють до запозичення норм із інших галузей права з використанням бланкетних і відсилних конструкцій. Однак, на нашу думку, це ніяк не пов'язано зі строком існування певної галузі.

Субсидіарне запозичення галузю норм права інших галузей не руйнує єдності предмета збагаченої у такий спосіб галузі. Інакше кажучи, субсидіарність не порушує цілісності предметів регулювання ні галузі-донора, ні галузі-реципієнта (галузі, яка запозичує норми права). Це важливо підкреслити, інакше можна дійти абсурдних висновків: 1) або про періодичну «переробку» предмета правового регулювання галузі-донора і галузі-реципієнта залежно від кожного випадку субсидіарного застосування норм права; 2) або про заміну предмета регулювання галузі права сферою її дії, принаймні, до змішання цих понять [11].

С.С. Алексєєв вважає, що у більшості галузей права аналогії і субсидіарне застосування – не лише необхідні, а й цілком «природні» правові явища, які покликані забезпечити динамізм правової системи, можливості її пристосування до суспільних відносин, що змінюються [1, с. 18].

С.І. Клім виділяє такі умови застосування міжгалузевої аналогії: 1) наявність прогалини у правовому регулюванні; 2) схожість галузевих методів правового регулювання; 3)

наявність аналогічних ознак у суспільних відносинах; 4) генетичний зв'язок суміжних галузей законодавства [7, с. 64].

Р.Л. Хачатуров, досліджуючи випадки застосування норм цивільного права до сімейних правовідносин, робить висновок, що тут застосовується міжгалузева аналогія, яка отримала назву «субсидіарної» аналогії. Її суть полягає в такому: при відсутності у певній галузі права необхідних юридичних підстав для застосування аналогії закону чи права до випадку, який за своїм змістом може бути віднесений до відносин, що регулюються цією галуззю, можливе звернення до норм і принципів іншої галузі права або до загальних засад, загальних принципів права [186, с. 131].

У чинному Земельному кодексі України (далі – ЗК України) норми щодо застосування аналогії закону відсутні, проте відповідно до ст. 9 ЦК України допускається застосування норм цього кодексу для регулювання земельних відносин за наявності юридичних прогалин. Наприклад, у науковій літературі пропонується для врегулювання питання щодо порядку поновлення договору оренди земельної ділянки за відсутності заперечень сторін (ст. 33 Закону України «Про оренду землі») використовувати за аналогією ст. 764 ЦК України, на підставі якої поновлення договору оренди здійснювати шляхом укладення додаткової угоди між сторонами та її державної реєстрації [15, с. 48].

Однак, застосовуючи норми цивільного права (зокрема й принципи цивільного права), необхідно звертати увагу на характер відносин, до яких застосовуються ці норми. У жодному разі не можна субсидіарно застосовувати принципи цивільного права до правовідносин, що мають публічний характер.

Отже, якщо з міжгалузевою аналогією закону все доволі чітко зрозуміло, то міжгалузеве застосування принципів інших галузей права (міжгалузева аналогія права) видається спірним питанням.

Принципи права України характеризуються системністю. Так, відповідно до взятих Україною міжнародних зобов'язань національні принципи права мають відповідати загальнолюдським принципам (гуманізму, юридичної рівності, свободи, демократизму, справедливості, законності) [8, с. 54]. Своєю чергою, галузеві принципи, зокрема принципи цивільного права України, повинні відповідати загальноправовим принципам (верховенства права, законності, рівності перед законом, взаємозв'язку прав і обов'язків, взаємної відповідальності особи і держави, відповідальності за вину).

Питання застосування до цивільних відносин за аналогією права принципів інших галузей права чи загальноправових принципів лежить у сфері розуміння принципів цивільного права. Про тлумачення «загальних засад законодавства» та їх обмеження лише закріпленими у ЦК України принципами мова йшла вище.

Однак незрозумілим залишається, чи можливо безпосередньо застосовувати до цивільних правовідносин фактично закріплені принципи, наприклад, конституційного права. Так, наприклад, Т.О. Коваленко, аналізуючи можливість міжгалузевої аналогії права для земельних правовідносин, доходить висновку, що у випадку відсутності галузевих принципів для заповнення земельно-правової прогалини можливим є застосування конституційних, загальноправових та загальнолюдських (міжнародних) правових принципів [8].

До такого ж висновку щодо договірних правовідносин і С.О. Погрібний, який вважає, що застосування до конкретних відносин загальних засад законодавства в разі відсутності норм, що регулюють подібні за найсуттєвішими ознаками відносини, означає, що юридична справа вирішується на основі принципів права, які переважно закріплені у відповідних статтях Конституції або в загальних положеннях законодавчих актів [20, с. 27].

В.М. Коваль вважає, що із тексту ч. 2 ст. 8 ЦК України цілком визначено випливає, що в порядку аналогії права

конституційні принципи застосовуватись не можуть. Це не виключає їх застосування до цивільних відносин узагалі, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 4 України Конституція становить основу цивільного законодавства України, але ж виключає застосування конституційних принципів у порядку аналогії права. Натомість ч. 7 ст. 9 КАС України передбачає застосування в порядку аналогії права конституційних принципів. Аналізуючи ці два законодавчі положення, досліджуючи суспільні відносини, що є предметом їх регулювання, не можна знайти будь-яких підстав для різного визначення цими законодавчими положеннями підстав застосування аналогії права [9, с. 83].

Автор вважає, що конституційні принципи не можуть бути застосовані в порядку аналогії права. У тій частині, в якій конституційні принципи вміщують у собі правові норми (нормативний регулятор), вони згідно із частиною третьою ст. 8 Конституції підлягають прямому застосуванню. У тій частині, в якій конституційні принципи вміщують у собі декларацію, вони взагалі не можуть застосовуватися господарськими судами, бо призначення декларації – не здійснювати правове регулювання, а підштовхнути в ненормативний спосіб до дій, що створюють передумови для перетворення декларації у правову норму. При цьому перетворення декларації, що вміщуються у конституційних принципах, у правові норми не потребує будь-якого акта правотворчості: суд при здійсненні правозастосування повинен оцінити готовність відповідних суспільних відносин сприйняти певний конституційний принцип як регулятор суспільних відносин і зробити висновок про те, чи є цей принцип у відповідній частині правовою нормою чи декларацією [9, с. 84–85].

Ця думка є дискусійною, адже автор не враховує особливу роль та функції принципів права (особливо конституційних). Вважаємо, що конституційні принципи не можна отожденовати з усіма іншими нормами Конституції, адже прямо регулювати відносини вони можуть лише номінально. А повертаючись до вже висловленої думки про включення основних принципів цивільного законодавства до змісту конституційного принципу верховенства права, констатуємо тісний взаємозв'язок конституційних принципів та загальних засад цивільного законодавства.

Дискусійним питанням у літературі залишається і можливість застосування принципів цивільного права до суміжних із цивільними відносин. В.Ф. Яковлев взагалі висловив побоювання щодо застосування до суміжних відносин (наприкладі сімейного права) цивільного права за аналогією, оскільки принципи цивільного та інших суміжних галузей права мають суттєві відмінності [23, с. 740]. Безумовно, такі застереження не є безпідставними. Однак із критикою таких тверджень виступає О.В. Некрасова. Автор зауважує, що сімейне право не затверджує деякі важливі принципи правового регулювання, які містяться серед загальних засад цивільного законодавства і мають значення для сімейного права, наприклад, неприпустимість позбавлення права власності, свобода договору [18, с. 149].

Розв'язання цього питання лежить у площині тлумачення ст. 8 СК України, яка визначає порядок застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин. Ця норма є відносно новою. Якщо раніше було закріплено, що норми ЦК України застосовуються лише до майнових відносин членів сім'ї, які не врегульовані СК України, то в новій редакції міститься інше правило: якщо особисті немайнові та майно-

ві відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин [5, с. 7].

Отже, цілком можна говорити про можливість застосування як загальних засад цивільного законодавства, так і принципів окремих інститутів цивільного права (наприклад, принципу свободи договору – до договірних відносин).

Крім того, в літературі всерйоз розглядається можливість прямого договірного регулювання сімейних відносин. Подружжя, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулює СК України, можуть врегулювати свої відносини за домовленістю (договором), якщо це не суперечить вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 9 СК України).

Одночасно передбачаються загальні засади (принципи) регулювання сімейних відносин у ст. 7 СК України. Саме ці принципи дозволяють встановити відповідність певної конкретної домовленості (договору) учасників сімейних правовідносин меті та завданням сімейного законодавства. Крім того, не можна недооцінювати їх значення при здійсненні правотворчої діяльності компетентних державних органів. А при договірному регулюванні загальні засади сімейного законодавства використовуються також і тоді, коли неможливе застосування аналогії закону, тобто при аналогії права (ч. 2 ст. 10 СК України) [21, с. 196].

Висновки. З огляду на це, вважаємо необхідним внесення змін до ст. 10 СК України, яку варто викласти у такій редакції: «Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного чи цивільного законодавства».

Однак необхідно розуміти, що загальні принципи цивільного законодавства не завжди можна застосувати до відносин у суміжних галузях права. Адже кожна з галузей права має свою специфіку, неврахування якої небезпечно для учасників таких відносин. Важливо звертати особливу увагу на вимогу несуперечності субсидіарного застосування норм цивільного права до сімейних, трудових, земельних та ін. відносин їхньої суті. Так, наприклад, у літературі вказується, що суті сімейних відносин суперечить застосування закріплених у цивільному законодавстві норм про недійсність угоди при вирішенні питання про недійсність шлюбу [12, с. 28].

Ця проблема розв'язується на фундаментальному рівні, адже під час будь-якої правозастосовної діяльності, як уже зазначалося, необхідно керуватися принципами галузі права. А, отже, застосовуючи міжгалузеву аналогію принципів цивільного права, її необхідно здійснювати з обов'язковим урахуванням принципів сімейного, трудового, земельного чи іншого права, в межах правового регулювання якого знаходяться конкретні суспільні відносини.

М.В. Бориславська наводить відповідний цій ситуації приклад застосування принципу свободи договору у сімейному праві, особливістю якого є обмеження у багатьох випадках права вибору контрагента чітко визначеними суб'єктами сімейних відносин [21, с. 196]. При застосуванні цього принципу необхідно дотримуватися, найперше, максимального врахування інтересів дитини чи непрацездатних членів сім'ї.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Алексеев С.С. Советское право как система: методологические принципы исследования / С.С. Алексеев // Советское государство и право. – 1974. – № 7. – С. 11–18.
2. Божок В.А. Проблема разграничения института аналогии и субсидиарного применения правовых норм / В.А. Божок // Нотариус. – 2006. – № 5. – С. 31–33.
3. Гражданское право : учебник : в 2-х т. / под ред. Е.А. Суханова. – М. : Издательство БЕК, 1994. – Т. 1. – 384 с.
4. Довгерт А.С. Юридична аналогія в цивільному кодексі та судовій практиці України / А.С. Довгерт // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 159–165.

5. Жилінкова І.В. Сімейний кодекс України: чергова «агресія» чи кроки щодо подальшого удосконалення? / І.В. Жилінкова // Юридичний вісник України. – 2007. – № 12 (24–30 березня). – С. 6–7.
6. Калмыков Ю.Х. Условия субсидиарного применения норм гражданского законодательства к семейным отношениям / Ю.Х. Калмыков // Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье в правоприменительной практике : межвуз. темат. сб. / ред. кол.: В.П. Никитина (отв. ред.) и др. ; Министерство высшего и среднего специального образования РСФСР. Саратовский юридический институт им. Д.И. Курского. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1978. – 135 с.
7. Клім С.І. Аналогія закону у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С.І. Клім – Одеса, 2011. – 220 с.
8. Коваленко Т.О. Юридична аналогія в земельному праві: поняття та підстави застосування / Т.О. Коваленко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 7. – С. 47–55.
9. Коваль В.М. Застосування господарськими судами аналогії права до спірних правовідносин / В.М. Коваль // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия: Юридические науки. – 2010. – Т. 23 (62). – № 2. – С. 82–88.
10. Коваль В.М. Застосування господарськими судами закону і права за аналогією. – [Електронний ресурс] / В.М. Коваль // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 459–465. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11kvmpza.pdf>.
11. Лебедев В.М. Субсидиарное применение норм гражданского права / В.М. Лебедев // Вестник Томского государственного университета. – Вып. 345. – С. 117–121.
12. Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права / С.А. Муромцев. – М. : Тип. А.И. Мамонтова, 1877. – Ч. 1. – 316 с.
13. Некрасова О.В. Проблеми субсидіарного застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин / О.В. Некрасова // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского: Серия «Юридические науки». – 2008. – Том 21(60). – № 2. – С. 146–150.
14. Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів : Постанова Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 р. № 461. – [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/461-2011-%D0%BF>.
15. Рішення Черкаського районного суду Черкаської області від 7.04.2008 р. по справі № 2-424/2008. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5415836>.
16. Рузанова В.Д. Гражданское право и семейное право как самостоятельные и взаимосвязанные отрасли / В.Д. Рузанова // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. – 2013. – Вып. 4. – С. 76–84.
17. Сафин А.Ф. Основания субсидиарного применения норм гражданского права к отношениям иных отраслей / А.Ф. Сафин // Вестник экономики, права и социологии. – 2007. – № 2. – С. 100–105.
18. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. – [Електронний ресурс] / Е.Н. Трубецкой. – М. : Тип. А.И. Мамонтова, 1917. – 227 с. – Режим доступу: <http://www.lib.tpu.ru/fulltext/m/2009/consultant/trubeckoy.pdf>.
19. Туманов Д.А. Пробелы в гражданском процессуальном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Д.А. Туманов – М., 2007. – 184 с.
20. Фурса С.Я. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи : наук.-практ. посіб. / С.Я. Фурса, С.В. Щербак, О.І. Євтушенко. – К. : КНТ, 2006. – 448 с.
21. Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали / Г.Л.А. Харт // Правоведение. – 2005. – № 5. – С. 102–136.
22. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. – № 435–IV. – [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
23. Яковлев В.Ф. Гражданское право в системе права / В.Ф. Яковлев // Избранные труды : [в 3 т.]. – М. : Статут, 2012. – Т. 2. – Гражданское право: История и современность. Кн. 1. – 976 с.