

На правах рукописи

Романенко Денис Иванович

**АНАЛОГИЯ ПРАВА
(ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ)**

12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Автореферат

диссертации на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Саратов – 2019

Работа выполнена в Федеральном государственном автономном образовательном учреждении высшего образования «Белгородский государственный национальный исследовательский университет».

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор
Тычинин Сергей Владимирович

Официальные оппоненты: Кузнецова Ольга Анатольевна
доктор юридических наук, профессор,
ФГБОУ ВО «Пермский государственный
национальный исследовательский университет»,
профессор кафедры гражданского права

Волос Алексей Александрович
кандидат юридических наук,
ФГБОУ ВО «Саратовская государственная
юридическая академия», доцент кафедры
гражданского права

Ведущая организация: Федеральное государственное бюджетное
учреждение науки Институт государства и права
Российской академии наук

Защита диссертации состоится «12» апреля 2019 г. в 11:00 часов на заседании диссертационного совета Д-212.239.03 при федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» по адресу: 410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 104, зал заседаний диссертационных советов.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке и на сайте федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» (<http://test.ssla.ru/dissertation/dissert/01-02-2019-3d.pdf>).

Автореферат разослан «___» _____ 2019 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук



Колодуб Григорий Вячеславович

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы. Стабильность, эффективность и целостность правовой системы являются необходимыми условиями для ее нормального развития и функционирования. Среди многообразия проблем, стоящих перед современной российской правовой системой, особо выделяются вопросы обеспечения ее эффективности для регулирования новых общественных отношений, защиты и восстановления нарушенных субъективных прав; недопустимости отказа в правосудии.

Разрешению этих проблем, в том числе, способствует обширное реформирование современного гражданского законодательства, формирование правоприменительной практики, адекватно отзывающейся на изменения. Взаимопроникновение и динамика границ между правовыми системами и отраслями права, а также специфика внешнеэкономической интеграции обуславливают возникновение неизвестных ранее общественных отношений. Усложнение экономических связей требует оперативного правового регулирования. В связи с этим в отсутствие нормы права конкретного содержания возникает потребность в нормативном инструментарии, который служил бы, с одной стороны, основанием для установления, изменения, прекращения гражданского правоотношения его участниками – физическими и юридическими лицами, а с другой стороны, средством преодоления пробелов правоприменительными органами. Одним из таких институтов выступает аналогия в гражданском праве.

В современном гражданском законодательстве все чаще используются нормативные конструкции с открытым содержанием, позволяющие учитывать конкретные обстоятельства дела. Широкий диапазон оценочных категорий, появившихся в гражданском законодательстве, становится важной теоретической основой для применения аналогии права, расширения сферы ее использования.

Содержание норм, посвященных аналогии права в гражданском законодательстве, является, с одной стороны, лаконичным, с другой стороны, достаточно обобщенным. «Широта» употребления категории аналогия права не всегда обеспечивает однозначность ее восприятия и использования. Следствием этого является нечастое обращение участников оборота и правоприменительных органов к аналогии права, отождествление аналогии права с близкими по содержанию правовыми категориями, применение

аналогии права на тех участках правового регулирования, где отсутствует пробел. Такие действия влекут за собой правовую неопределенность, злоупотребление правом и обход закона.

В связи с этим возникает потребность в конкретизации механизма применения аналогии права, создании нормативного инструментария, обеспечивающего однозначность использования аналогии права.

Российская судебная практика за последние два с половиной десятилетия не очень успешно справлялась с задачей преодоления законодательных пробелов путем аналогии права. Не является активно востребованной аналогия права и при установлении, изменении, прекращении гражданских прав самими участниками правоотношений. Аналогия права часто воспринимается в качестве запасного регулятора общественных отношений, не применяющегося в практике, что неоправданно сужает сферу ее использования и порождает правовую неопределенность.

Скудность существующей нормативной базы в совокупности с недостаточным количеством самостоятельных теоретических исследований, посвященных аналогии права в цивилистике, порождают противоречивую правоприменительную практику разрешения споров посредством аналогии права. Непоследовательность в использовании соответствующих норм связана, в частности, с относительно небольшим количеством споров, в которых правоприменительный орган использует аналогию права.

С учетом изложенного представляется, что одной из актуальных задач современной теории гражданского права является определение сущности, области применения и объективных условий использования аналогии права.

История существования аналогии права в цивилистике не способствовала становлению единого концептуального понимания правовой природы аналогии. В науке российского гражданского права остается слабо разработанным вопрос о месте института аналогии в системе гражданского права. Аналогию определяют в качестве правового института, правового метода, способа и средства преодоления пробелов и др. В отличие от зарубежных правовых порядков в российской цивилистике не получили надлежащего отражения вопросы применения аналогии при восполнительном толковании договора, а также использования фактической аналогии (анalogии факта).

Изложенные обстоятельства свидетельствуют о том, что обозначенные проблемы требуют теоретического осмысления, а существующие доктринальные позиции нуждаются в ревизии.

Степень научной разработанности темы. Интерес к проблеме аналогии права в российской цивилистической доктрине проявился на рубеже XIX-XX веков (работы Е.В. Васьковского, Ю.С. Гамбарова, Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Г.Ф. Шершеневича и др.). Впервые в дореволюционной правовой науке был сделан вывод о необходимости устранения неясности и неполноты гражданского законодательства посредством правовой аналогии (аналогия закона и аналогия права), а также установлены условия ее применения.

В советский период в общей теории аналогия права рассматривалась строго в соответствии с принципом социалистической законности, любая правотворческая роль суда отрицалась. Границы правовой аналогии предопределялись в равной степени как содержанием, так и социальным назначением права (научные труды А.К. Безиной, В.Н. Карташова, К.И. Комиссарова, А.С. Пиголкина, А.В. Рыбина и др.).

В науке советского гражданского права исследование правовой аналогии было подчинено главным образом задаче преодоления правовых пробелов правоприменительными органами, что нашло отражение в работах О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Н.Н. Вопленко и др. Иной взгляд на правовую аналогию, основанный на правотворческой природе аналогии и не нашедший широкой поддержки в теории, был предложен С.Н. Братусем, А.Б. Венгеровым, И. Сабо. Оригинальная концепция отрицания аналогии права как аналогии вследствие иной логической природы была сформулирована С.И. Вильнянским. В основу отрицания было положено несоответствие правовой аналогии методу аналогии в науке. Отдельные аспекты аналогии в гражданском праве затронуты в исследованиях С.В. Полениной. Автором было обосновано отнесение аналогии в гражданском праве к материально-правовым институтам, определены условия применения аналогии.

Комплексное исследование института аналогии в советском гражданском праве проведено в диссертационной работе В.И. Акимова «Аналогия в советском гражданском праве» (Л., 1970). Автором были установлены сфера и особенности использования правовой аналогии, что послужило расширению области ее применения.

Современные диссертационные исследования аналогии права посвящены преимущественно изучению роли аналогии в правоприменении юрисдикционными органами. Правоприменительная природа института аналогии раскрыта в работе Е.Д. Шиндяпиной «Аналогия права в правоприменении» (М., 2007). Пределы допустимости применения института аналогии в правовой системе России изложены в диссертации В.В. Фидарова (Тамбов, 2009). Пробелам в законодательстве и способам их преодоления посвящены научные труды В.И. Спектор (М., 2003), Ф.Р. Уранского (М., 2005).

Отдельные аспекты применения аналогии в сфере ограничения гражданских прав и установления гражданско-правовой ответственности представлены в работах В.А. Микрюкова, Г.А. Микрюковой. Реализация норм принципов гражданского права при применении аналогии права нашла отражение в исследованиях О.А. Кузнецовой. Внимание автора преимущественно сосредоточено на правоприменительном значении норм-принципов гражданского права, что служит достижению нормативной определенности и расширению сферы применения аналогии права.

Комплексное исследование института аналогии в гражданском праве проведено в диссертации Л.А. Фоминой «Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права» (М., 2009). Ввиду поставленных автором задач аналогия рассматривается преимущественно в системе средств преодоления пробелов наряду с судебной практикой и обычаями. За пределами внимания исследователя остались как некоторые общие (например, неопределенность в гражданском праве, формы аналогии, место аналогии права в системе российского гражданского права), так и частные вопросы (особенности применения аналогии права к отдельным видам гражданско-правовых отношений, составляющих предмет гражданского права, и др.).

Проблема использования правовой аналогии широко освещается и продолжает оставаться дискуссионной в зарубежной доктрине. Так, целесообразность использования аналогии частного права к международно-правовым имущественным отношениям обосновывали английские ученые (R. Phillimore, D. Manning, D. Westlake), американские юристы (G. Halleck, T. Taylor), французские авторы (G. Bonfils, F. Despagne), шотландские правоведы (D. Lorimer, A. Rivier). Фундаментальное и комплексное исследование применения аналогии частного права к международно-

правовым отношениям, непотерявшее актуальность по сей день, проведено в работе Н. Lauterpacht «Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration» (London, 1927). Автором впервые были установлены правовая основа и особенности применения аналогии частного права к международно-правовым имущественным отношениям, а также рассмотрена роль правовой аналогии в международном коммерческом арбитраже. К наиболее значимым современным исследованиям в данной области следует отнести работу V. Vadi «Analogy in International Investment Law and Arbitration» (Cambridge, 2015), в которой представлены теоретические основы применения аналогии частного права в качестве субсидиарного источника международного права.

В системе англо-американского гражданского права построение юридических рассуждений с использованием аналогии факта широко применяется при мотивировании судебных решений. К наиболее значимым исследованиям аналогии факта в правовой аргументации следует отнести работы L. Alexander, S. Burton, R.M. Dworkin, M. Eisenberg, A.L. Goodhart, M. Moore, J. Raz, F. Schauer, Lloyd L. Weinreb. Авторами доказывается необходимость применения аналогии факта для установления сходства обстоятельств предыдущего и рассматриваемого дел в случаях, когда доктрина прецедента прямо не применима.

В зарубежном континентальном праве получило распространение рассмотрение аналогии, в том числе, в качестве одной из форм восполнительного толкования договора (работы N. Cornet, H. Koetz, K. Larenz, O. Sandrock). Авторами аргументировано применение аналогии при восполнительном толковании договора в отсутствии условия, необходимого для его исполнения (пробел в договоре).

Существующие научные представления и выводы относительно различных аспектов аналогии права в российском и зарубежном гражданском праве имеют важное методологическое, правоприменительное и теоретико-правовое значение для формирования целостного концептуального представления об аналогии права.

Целью исследования является формирование цивилистической концепции аналогии права, включающей определение её понятия, сущности, места в системе гражданского права, соотношения со смежными правовыми категориями, юридико-технических основ и пределов применения.

Цель диссертационного исследования определяет его основные **задачи**:

- 1) сформулировать понятие гражданско-правовой неопределённости и выявить её диалектическую связь с аналогией права;
- 2) дать понятие, определить формы и установить место института аналогии в системе российского гражданского права;
- 3) определить понятие пробела в гражданском законодательстве и в гражданско-правовом договоре в качестве основания для применения аналогии права и восполнительного толкования договора;
- 4) выяснить значение основных начал гражданского законодательства для юридико-технической логики применения аналогии права;
- 5) выявить пределы применения аналогии права в отдельных институтах гражданского права;
- 6) установить пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой;
- 7) описать специфику, правовые основы и пределы применения аналогии частного права к имущественным международно-правовым отношениям; сформулировать понятие аналогии частного права в международном праве.

Объектом исследования являются закономерности гражданско-правового регулирования общественных отношений, связанных с применением аналогии права.

Предметом исследования выступают нормы права, закреплённые в отечественных нормативных актах и нормативных актах некоторых зарубежных стран, устанавливающие правовые основы регулирования аналогии права в гражданском праве; отечественная и зарубежная правоприменительная практика; научные труды, посвящённые содержанию и применению аналогии права в гражданском праве.

Методологическая основа исследования. Общеметодологическую основу исследования составил общенаучный диалектический метод познания, позволяющий рассмотреть объект диссертации в исторической изменчивости, изучить различные точки зрения на предмет исследования, проанализировать практику применения аналогии гражданского права к отдельным отношениям в неразрывном единстве и взаимодействии с иными правовыми категориями с опорой на судебную практику.

Для реализации поставленных задач в диссертационном исследовании использовались универсальные научные методы. При изучении правовой природы неопределённости в гражданском праве в зависимости от

правопонимания, существовавшего в конкретный исторический период, применялся конкретно-исторический метод. С помощью формально-логического метода сформулировано понятие аналогии права, а также юридико-техническая логика ее применения. Использование системно-структурного метода позволило установить место института аналогии в системе российского гражданского права.

Кроме того, в диссертационном исследовании использовались специальные методы правовой науки, включающие сравнительно-правовой, позволивший рассмотреть формы аналогии, применяющиеся в различных правовых системах; метод системного толкования, способствовавший установлению особенностей применения аналогии к отдельным отношениям, составляющим предмет гражданского права.

Эмпирическую основу исследования составили материалы российской судебной практики: КС РФ (6), ВАС РФ (11), ВС РФ (4), суда по интеллектуальным правам (1), арбитражных судов округов (6), арбитражных апелляционных судов (3), арбитражных судов субъектов (2); материалы зарубежной судебной практики: ICSID (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров) (8), IACHR (Межамериканский суд по правам человека) (1), ICJ (Международный суд ООН) (5), ICTY (Международный трибунал по бывшей Югославии) (1), LCIA (Лондонский международный третейский суд) (1). Всего в работе содержатся ссылки на 49 судебных актов, принятых в 1904–2017 гг.

Теоретическую основу диссертационного исследования составляют:

- труды представителей отечественной юридической науки: В.И. Акимова, Н.Г. Александрова, С.С. Алексеева, А.В. Баркова, В.А. Белова, А.К. Безиной, Е.В. Богданова, С.В. Бошно, М.И. Брагинского, С.А. Братуся, Е.В. Вавилина, А.Б. Венгерова, Н.А. Власенко, С.И. Вильнянского, В.В. Витрянского, Н.Н. Вопленко, А.В. Габова, В.П. Грибанова, О.С. Иоффе, В.Н. Карташова, Е.Г. Комиссаровой, К.И. Комиссарова, О.А. Кузнецовой, О.А. Красавчикова, Л.В. Лазарева, В.И. Леушина, Р.З. Лившиц, А.Л. Маковского, Н.С. Малеина, В.А. Микрюкова, Г.А. Микрюковой, В.В. Ровного, А.В. Рыбина, И. Сабо, Г.А. Свердлов, А.П. Сергеева, В.И. Спектора, Е.А. Суханова, А.С. Пиголкина, С.В. Полениной, Ю.К. Толстого, С.В. Тычинина, Ф.Р. Уранского, Л.А. Фоминой, В.В. Фидарова, З.И. Цыбуленко, М.Ю. Челышева, Е.Д. Шиндяпиной и др. В процессе подготовки исследования было использовано правовое наследие выдающихся

дореволюционных ученых: Е.В. Васьковского, Ю.С. Гамбарова, Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Г.Ф. Шершеневича и др.

- работы зарубежных исследователей: L. Alexander, G. Bonfils, S. Burton, N. Cornet, F. Despagne, R.M. Dworkin, M. Eisenberg, A.L. Goodhart, G. Halleck, H. Koetz, K. Larenz, H. Lauterpacht, D. Lorimer, D. Manning, D.N. MacCormick, M. Moore, S. Perry, R. Phillimore, J. Raz, A. Rivier, F. Schauer, O. Sandrock, T. Taylor, V. Vadi, D. Westlake, Lloyd L. Weinreb и др.

Научная новизна работы заключается в том, что на основании новых теоретических положений, предложенных в исследовании, сформулирована цивилистическая концепция аналогии права, которая позволила сформировать всестороннее представление об аналогии права в науке гражданского права, выработать рекомендации по внесению изменений в нормативные акты, а также корректированию правоприменительной практики.

При этом в диссертационном исследовании:

- раскрыта правовая природа неопределенности в гражданском праве в диалектической связи с аналогией права;
- охарактеризовано понятие, определены формы и установлено место аналогии в системе российского гражданского права;
- сформулировано понятие пробела в гражданском законодательстве и в гражданско-правовом договоре в качестве основания для применения аналогии права и восполнительного толкования договора;
- установлено значение основных начал гражданского законодательства для юридико-технической логики применения аналогии права;
- выявлены пределы применения аналогии права в отдельных институтах гражданского права, а также пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой;
- сформулировано понятие аналогии частного права в международном праве, выделены правовые основы и пределы применения аналогии частного права к имущественным международно-правовым отношениям.

Научная новизна исследования раскрывается в следующих, сформулированных автором выводах и **положениях, выносимых на защиту:**

1. Выявлена диалектическая связь гражданско-правовой неопределенности и аналогии права. Неопределенность в гражданском праве

представляет собой свойство права, предполагающее свободу выбора возможных дальнейших действий, в отсутствии правила поведения, обязывающего действовать строго определенным образом (императивная норма). Вслед за концепцией дихотомии правовой неопределенности, сформировавшейся в общей теории права, следует признать обоснованным выделение позитивной (относительно-определенные правовые нормы, оценочные понятия и рамочные договоры) и негативной (правовые пробелы) неопределенности в гражданском праве. Возникновение негативной правовой неопределенности является необходимым основанием для применения аналогии права, что обуславливает диалектическую связь гражданско-правовой неопределенности и аналогии права.

2. Установлены следующие формы аналогии в российском гражданском праве: (1) правовая аналогия (аналогия закона, аналогия права) и (2) фактическая аналогия (аналогия факта).

Обосновывается, что правовая аналогия в системе российского гражданского права является сложным, смешанным, материальным, общим, регулятивно-охранительным и функциональным правовым институтом. Аналогия права наряду с аналогией закона выступают в качестве субинститутов аналогии и обеспечивают единое организационное начало для правовой оценки обстоятельств, не урегулированных нормами права. Аналогия права в гражданском праве представляет собой средство устранения негативной правовой неопределенности правоприменительными органами, а также установления, изменения и прекращения отдельных правоотношений участниками гражданского оборота – физическими и юридическими лицами.

В отличие от правовой аналогии фактическая аналогия выступает средством законодательной техники. Посредством фактической аналогии на основании сравнения обстоятельств и установления их сходства или различия, делается заключение о наличии или отсутствии юридического факта.

3. Сформулировано авторское определение пробела в гражданском законодательстве как одного из оснований применения аналогии права – неурегулированность нормой права конкретного содержания отношений, которые соответствуют природе гражданского права и входят в его предмет, подпадают под основные начала гражданского законодательства, регулируются посредством частноправового (координационного,

диспозитивного) метода правового регулирования. Не образуют правовой пробел и не требуют применения аналогии права «молчание» правовой нормы; противоречие правовых норм; фактические ошибки в законе и договоре.

Установлению пробела и использованию аналогии права предшествуют следующие стадии правоприменения: соответственное применение правовых норм; субсидиарное применение права; конкретизация права; толкование; рестрикция и аналогия закона.

Аргументировано, что в отсутствии условия, необходимого для исполнения договора (пробел в договоре), аналогия может выступать одной из форм восполнительного толкования договора, когда существующее договорное условие применяется к неурегулированному вопросу по аналогии. Кроме того, при восполнительном толковании должны быть приняты во внимание цель договора, общая воля сторон, практика, сложившаяся во взаимоотношениях сторон, требования добросовестности, разумности и справедливости.

4. В связи с неопределенностью содержания категорий «общие начала и смысл гражданского законодательства» для применения аналогии права предложено использовать установленные в ст. 1 ГК РФ «основные начала гражданского законодательства» в следующей юридико-технической правоприменительной логической последовательности: (1) выбор конкретного основного начала, подлежащего применению, либо выведение посредством индукции из нескольких основных начал общего правила поведения; (2) выведение посредством дедукции из общего правила поведения частного правила поведения, подлежащего применению.

5. Обосновано, что пределы аналогии права в гражданском праве предполагают запрет на применение аналогии для установления: (1) новых видов вещных прав, а также непредусмотренных ГК РФ оснований приобретения и прекращения права собственности; (2) новых объектов патентных прав, интеллектуальных прав на селекционные достижения и топологии интегральных микросхем; (3) новых юридических фактов, с которыми ГК РФ связывает возникновение наследственных правоотношений; (4) условий договора, когда норма, регулирующая права и обязанности сторон по договору, содержит явно выраженный запрет установить иное (императивная норма); (5) отношений, связанных с

установлением гражданско-правовой ответственности и ограничением гражданских прав.

6. Доказано, что основанием для применения отдельных гражданско-правовых норм и принципов к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой, выступают межотраслевые связи. В названных отношениях, аналогия права подлежит применению в отраслевых гражданско-правовых пределах с учетом общеправовых ограничений применения аналогии права (запрет использования аналогии в сфере установления ответственности, а также в сфере отношений, где возникновение прав и обязанностей соответствующих субъектов связано с наличием императивной нормы права конкретного содержания).

7. Установлено, что пределы применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям ограничиваются двумя основными сферами: 1) внедоговорные международно-правовые отношения, когда отсутствует применимый источник, но практикой выработаны механизмы использования гражданско-правовых принципов и концепции частного права; 2) международно-правовые отношения, регулируемые договором, в котором используются терминология и институты частного права.

Под аналогией частного права в международном праве следует понимать формулирование из одной или нескольких отраслей национального частного права гражданско-правового принципа, признанного цивилизованными нациями и подлежащего применению к неурегулированным международным правом имущественным отношениям в качестве частного правила поведения. При этом гражданско-правовые принципы, применяемые судом, должны носить международно-правовой характер и быть признанными большинством национальных правовых систем.

Теоретическая значимость исследования состоит в том, что его положения в совокупности образуют всестороннее представление о содержании аналогии права в гражданском праве, а также месте аналогии права в системе гражданского права, юридической техники и пределах применения аналогии права.

Выводы, сделанные в результате исследования, дополняют и развивают науку гражданского права в части устранения негативной правовой

неопределенности и преодоления пробелов в гражданском праве, способов осуществления и защиты гражданских прав.

Результаты диссертационного исследования являются основанием для дальнейших научных исследований в сфере международного частного права, при изучении способов преодоления пробелов и осуществлении и защиты гражданских прав.

Высказанные в диссертации предложения могут быть использованы в нормотворческой деятельности при последующем развитии и совершенствовании гражданского законодательства.

Практическая значимость исследования состоит в том, что сформулированы научно обоснованные предложения по совершенствованию гражданского законодательства, в частности:

- высказана идея о дополнении содержания п. 2 ст. 421 ГК РФ положением об аналогии права в следующей редакции: «Стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. К договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами, при отсутствии признаков, указанных в пункте 3 настоящей статьи, правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) и аналогии права (пункт 2 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору».

Результаты исследования внедрены в учебный процесс Белгородского государственного национального исследовательского университета.

Отдельные положения исследования могут быть использованы в практике преподавания общего курса «Гражданское право» (общая и особенная части).

Апробация результатов исследования. Диссертационная работа подготовлена на кафедре гражданского права и процесса Белгородского государственного национального исследовательского университета, на которой проведено ее обсуждение и рецензирование.

Основные положения и результаты исследования были изложены на различных публичных выступлениях и научных конференциях: V Международной научно-практической конференции «Политика и право в социально-экономической системе общества» (г. Москва, 25-26 декабря 2012 г.); Научно-практической конференции «Региональные аспекты защиты прав

потребителей» (г. Белгород, 15 марта 2012 г.); Международном молодежном форуме «Нравственные императивы в праве, образовании, науке и культуре» (г. Белгород, 16-17 мая 2013 г.); Международной научно-практической конференции «Актуальні проблеми приватного права» (г. Харьков, 28 февраля 2014 г.). По теме исследования опубликовано восемь научных работ, в том числе шесть статей в журналах, рекомендованных ВАК РФ.

Структура работы определена сформулированными целью и задачами и состоит из введения, трёх глав, разделённых на семь параграфов, заключения и библиографического списка использованных источников.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность избранной темы, раскрывается степень ее научной разработанности, определяются цели, задачи, предмет и объект исследования; указываются методологические, эмпирические и теоретические основы работы; аргументируется научная новизна диссертации; формулируются положения, выносимые на защиту; определены теоретическая и практическая значимость исследования; приводятся данные об апробации полученных результатов.

Глава первая «ТЕОРЕТИКО-КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе «Понятие гражданско-правовой неопределенности и ее диалектическая связь с аналогией права» обосновывается, что проблема неопределенности не получила достаточной теоретической разработки в гражданском праве. Вместе с тем обширность отношений, составляющих предмет гражданского права, не позволяет урегулировать их абсолютным образом. Диспозитивный метод гражданско-правового регулирования, равно как и свобода договора, провозглашенная в числе основных гражданско-правовых принципов, обуславливают возникновение неопределенности в гражданском праве.

В исследовании последовательно освещена эволюция взглядов на проблему неопределенности в отечественном гражданском праве, начиная с дореволюционного периода до настоящего времени. Выявлено, что представления о правовой неопределенности находились в прямой зависимости от правопонимания, существовавшего в конкретный временной

период. Сделан вывод, что значение неопределенности в цивилистике недооценено. Правовая неопределенность (в различных формах ее проявления) расценивается преимущественно как негативное явление в праве, противоположность определенности, создающее препятствие в ее достижении.

Рассматривая правовую природу неопределенности, критически оценивается распространенный в теории права подход, согласно которому неопределенность понимается как средство нормативного правового регулирования (установление верхних и (или) нижних границ возможных вариантов решений, описания определенных условий (временных границ, наступления определенных обстоятельств и др.)) (Н.А. Власенко, Т.Н. Назаренко). Предлагается анализировать неопределенность в гражданском праве, в том числе, с позиции индивидуального поднормативного регулирования при реализации права самими участниками гражданского оборота. Это обусловливается тем, что категории «неопределенность» и «определенность» в гражданском праве выступают элементами договорного регулирования. Содержание целого ряда норм гражданского законодательства ориентирует участников гражданского оборота на то, каким образом они своими действиями могут устранить возникшую неопределенность путем ее «трансформации» в определенность.

Основываясь на данном подходе, предлагается неопределенность в гражданском праве понимать как свойство права, предполагающее свободу выбора возможных дальнейших действий, в отсутствие правила поведения, обязывающего действовать строго определенным образом (императивная норма).

Обосновывается целесообразность рассмотрения неопределенности в гражданском праве как с позитивной, так и с негативной стороны.

Установлено, что основными формами выражения позитивной неопределенности в гражданском праве выступают относительно-определенные правовые нормы, оценочные понятия и рамочные договоры. Отрицательное свойство неопределенности выражается в возникновении правовых пробелов. Связь негативной правовой неопределенности и аналогии права является диалектической, поскольку возникновение негативной неопределенности в гражданском праве является необходимым основанием для применения аналогии права.

Во втором параграфе «Понятие, формы и место аналогии в системе российского гражданского права» рассматриваются формы аналогии в российском гражданском праве: (1) правовая аналогия (аналогия закона, аналогия права) и (2) фактическая аналогия (аналогия факта).

Анализ существующих точек зрения на правовую природу аналогии, сформировавшихся в цивилистике, позволил выделить следующие основные концепции аналогии права: (1) теория правоприменения (В.И. Акимов, А.К. Безина, К.И. Комиссаров, А.С. Пиголкин, А.В. Рыбин, В.А. Божок, Л.А. Фомина); (2) теория правотворчества (С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, И. Сабо); (3) теория отождествления аналогии права и аналогии закона (Р.З. Лившиц); (4) теория отрицания аналогии права как аналогии (С.И. Вильнянский); (5) теория отождествления аналогии права и толкования (В.А. Белов).

На современном этапе наиболее функциональной для применения аналогии права теорией выступает теория правоприменения. В отличие от остальных концепций, названная теория предусматривает нормативный инструментальный использования аналогии права, что служит достижению определенности гражданско-правового регулирования.

В науке гражданского права остается слабо разработанным вопрос о месте аналогии в системе российского гражданского права, что порождает правовую неопределенность в применении аналогии. Критически оценивается определение правовой аналогии в качестве правового метода (Е.Д. Шиндяпина), способа (Л.А. Фомина), средства (В.В. Фидаров) преодоления пробелов. Аргументируется отнесение аналогии к категории правовой институт.

Подчеркивается, что в системе российского гражданского права аналогию следует рассматривать как сложный, смешанный, материальный, общий, регулятивно-охранительный и функциональный правовой институт. Аналогия права, равно как и аналогия закона, выступает в качестве субинститута аналогии, обеспечивает единое организационное начало для юридической оценки обстоятельств, не урегулированных нормами права.

Под аналогией права предлагается понимать средство устранения негативной правовой неопределенности правоприменительными органами, а также установления, изменения и прекращения отдельных правоотношений участниками оборота – физическими и юридическими лицами.

Наряду с правовой аналогией одной из форм аналогии в гражданском праве является фактическая аналогия (аналогия факта). При установлении содержания и условий применения аналогии факта необходимо учитывать, что данная категория – наследие системы общего права. В англо-американском праве посредством фактической аналогии устанавливается сходство обстоятельств рассматриваемого и предыдущего дел, в случаях, когда доктрина прецедента прямо не применима.

Устоявшаяся точка зрения, согласно которой в отечественном праве аналогия используется исключительно для формулирования новых (отсутствующих в законодательстве) правил поведения, уже не отвечает современным социально-экономическим реалиям. Использование фактической аналогии не связано с негативной неопределенностью в российском гражданском праве. В данном случае аналогия выступает средством законодательной техники. Посредством аналогии факта на основании сравнения обстоятельств и установления их сходства делается заключение о наличии юридического факта. Названный механизм проиллюстрирован примерами возможного использования аналогии факта (1) при определении стоимостной оценки вещи (ст. 393.1; п.3 ст. 424; п. 5 ст. 468; п.1 ст. 502 и др.); (2) при установлении объектов интеллектуальных прав (п. 1 ст. 1259; п.1 ст. 1263; подп. 8 п. 2 ст. 1270; подп. 3 п. 1 ст. 1324 и др.); (3) при установлении лиц, в отношении которых допускается дарение и пожертвование (подп. 2 п. 1 ст. 575; п. 1 ст. 582 ГК РФ).

Глава вторая «ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ» включает два параграфа.

В первом параграфе «Пробелы в гражданском законодательстве и гражданско-правовом договоре как основание применения аналогии права и восполнительного толкования договора» обосновывается, что пробел в гражданском законодательстве связан с отсутствием нормирования лишь таких отношений, которые имеют юридическое значение. В связи с этим ставится вопрос: на основе каких критериев признается юридическая значимость общественных отношений при установлении пробела?

Критически оценивается подход, согласно которому необходимость юридической квалификации общественных отношений обуславливает правосознание (В.В. Лазарев, О.Э. Лейст, А.Г. Бережнов). Поддерживается позиция, в соответствии с которой общие принципы права выступают

критерием для установления юридической значимости отношений (П.Е. Недбайло). Делается вывод, что определение области правового регулирования исключительно на основании общих принципов права, является недостаточным. Рамки юридического регулирования предопределяются также предметом и методом нормирования гражданско-правовых отношений.

Аргументировано, что критерий предмета регулирования служит установлению пределов правового регулирования и определению сферы общественных отношений, в границах которой возникают правовые пробелы. Критерий метода регулирования позволяет отграничить юридически значимые отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников от отношений, основанных на административном или ином властном подчинении одной стороны другой.

В итоге, предлагается понимать пробел в гражданском законодательстве как неурегулированность нормой права конкретного содержания отношений, которые соответствуют природе гражданского права и входят в его предмет, подпадают под основные начала гражданского законодательства, регулируются посредством частноправового (координационного, диспозитивного) метода правового регулирования.

Отмечено, что установление правовых пробелов подчинено прикладной задаче их преодоления правоприменительными органами. Констатация пробела в праве является необходимым условием применения аналогии в гражданском праве. Однако ошибочная квалификация ситуации как пробела может привести к использованию различных способов его преодоления, что повлечет злоупотребление правом и обход закона.

Вследствие этого выявлено, что не образуют правовой пробел и не требуют применения аналогии права (1) «молчание» правовой нормы; (2) противоречие правовых норм (противоречие между правовыми нормами одного источника права; противоречие между правовыми нормами различных источников права; противоречие между нормами права, обладающими различной юридической силой); (3) фактические ошибки в законе и договоре.

Доказано, что установлению пробела и использованию аналогии права предшествуют следующие стадии правоприменения: соответственное применение правовых норм; субсидиарное применение права; конкретизация права; толкование; рестрикция и аналогия закона. Данные этапы

правоприменения дают наиболее полное представление о действующих нормах права, способствуют определению сферы правового регулирования, юридической значимости ненормированных правом отношений, позволяют сделать вывод о необходимости формулирования недостающих норм, то есть установлении наличия или отсутствия пробела в законе.

Обосновывается, что при рассмотрении гражданско-правовых споров суды нередко сталкиваются не только с пробелом в форме отсутствия необходимой для применения нормы права, но и с ситуациями, когда волеизъявление сторон относительно регулирования условий договора имеется, но является неясным и требует истолкования. Данные ситуации разрешаются посредством буквального толкования договора.

Однако возможны ситуации, когда волеизъявление относительно конкретного вопроса в договоре может отсутствовать. Другими словами спорная ситуация сторонами прямо не урегулирована и иные договорные условия не позволяют сделать однозначный вывод, что в отношении данного вопроса стороны достигли соглашения. Такая ситуация может быть квалифицирована как отсутствие условия, необходимого для исполнения договора (пробел в договоре).

Установлено, что преодолению пробела в договоре может служить восполнительное толкование договора. Обосновано, что аналогия выступает одной из форм восполнительного толкования договора, когда существующее договорное условие применяется к неурегулированному вопросу по аналогии. При восполнительном толковании следует принимать во внимание цель договора, общую волю сторон, практику, сложившуюся во взаимоотношениях сторон, требования добросовестности, разумности и справедливости.

Во втором параграфе «Основные начала гражданского законодательства и их значение для юридико-технической логики применения аналогии права» определено, что категории «общие начала» и «смысл законодательства», закрепленные в п. 2 ст. 6 ГК РФ, выступают формально-юридическим нормативным инструментарием при применении аналогии права. Однако законодательная неопределенность содержания названных категорий препятствует расширению сферы применения аналогии права. Это обуславливает необходимость установления содержания и порядка использования общих начал и смысла гражданского законодательства.

Отмечено, что в доктрине отсутствует согласие в решении вопроса о содержании общих начал гражданского законодательства. Предпринимаемые в теории попытки отнесения отдельных принципов к общим началам гражданского законодательства сами по себе не решают вопроса об их правоприменительном значении. Сложившаяся неопределенность вызвана отсутствием нормативного понимания принципов права. Вместе с тем, именно такое понимание правовых принципов привлекает возможностью их практического использования посредством аналогии права.

Для применения аналогии права предлагается использовать установленные в ст. 1 ГК РФ «основные начала гражданского законодательства» в следующей юридико-технической правоприменительной логической последовательности: (1) выбор конкретного основного начала, подлежащего применению, либо выведение посредством индукции из нескольких основных начал общего правила поведения; (2) выведение посредством дедукции из общего правила поведения частного правила поведения, подлежащего применению.

Установлена роль добросовестности, разумности и справедливости при применении аналогии права. Обосновано, что «презумпция добросовестности и разумности», предусмотренная п. 5 ст. 10 ГК РФ, согласно которой добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, служит расширению области применения аналогии права. Аргументировано, что критерии добросовестности, разумности и справедливости при применении аналогии права следует использовать в негативном смысле. Правоприменительный акт должен соответствовать основным началам и смыслу гражданского законодательства, и вместе с тем не должен быть недобросовестным, неразумным, несправедливым.

Глава третья «ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА» содержит три параграфа.

В первом параграфе «Пределы применения аналогии права в отдельных институтах российского гражданского права» обосновано, что пределы аналогии права обусловлены спецификой отношений, регулируемых обособленными институтами гражданского права. Возможность применения аналогии права к отдельным институтам зависит от допустимости возникновения внутри института отношений, хотя и не предусмотренных законом, но имеющих юридическое значение. Вместе с тем ошибочное

применение аналогии права к отношениям, в которых аналогии нет места, влечет за собой злоупотребление правом и обход закона, что недопустимо исходя из ст. 10 ГК РФ.

Определено, что с точки зрения видов вещных правоотношений нельзя говорить о возможности их пробельности и применении аналогии права соответственно. Так, в целях недопущения осуществления действий в обход закона и злоупотребления правом представляется недозволительным применение аналогии права для формулирования новых видов вещных прав, а также не предусмотренных ГК РФ оснований приобретения и прекращения права собственности.

Установлено, что отдельные отношения в сфере права интеллектуальной собственности, регулируются в предусмотренных законом пределах. Так, представляется недопустимым использование аналогии права для установления новых объектов патентных прав, интеллектуальных прав на селекционные достижения и топологии интегральных микросхем. Названные объекты интеллектуальных прав исчерпывающим образом установлены законом, либо возникают только при достижении указанного в законодательстве творческого результата.

Отмечено, что поскольку наследственные правоотношения возникают вследствие наступления юридических фактов, прямо предусмотренных законом (смерть, объявление гражданина умершим), постольку установление иных, непредусмотренных законодательством юридических фактов по аналогии права не допускается.

Доказано, что в части установления условий договора аналогия права неприменима, если норма, регулирующая права и обязанности сторон по договору, содержит ярко выраженный запрет установить иное (императивная норма). Обосновывается, что расширению сферы применения аналогии права будет способствовать дополнение п. 2 ст. 421 ГК РФ положением об аналогии права.

Выявлено, что специфика отношений, связанных с установлением гражданско-правовой ответственности и ограничением гражданских прав, не допускает применения аналогии права, поскольку это вступает в противоречие с п. 1 ст. 1 ГК РФ (недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав).

Во втором параграфе «Пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой» отмечено, что гражданским законодательством (п. 2 ст. 3 ГК РФ) установлена иерархическая связь между нормами ГК РФ и нормами других однородных, а также неоднородных с гражданским правом правовых отраслей. К имущественным отношениям, основанным на властном подчинении одной стороны другой, гражданское законодательство может применяться в установленных законом пределах. Гражданско-правовые нормы, содержащиеся в других законах, должны соответствовать гражданскому законодательству. Основанием для применения отдельных гражданско-правовых норм и принципов к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой, выступают межотраслевые связи.

Установлено, что вследствие недостаточного (неполного) регулирования отношений, основанных на властном подчинении одной стороны другой, в случаях, прямо предусмотренных законодательством, возникает потребность в обращении к нормам гражданского права.

Так, включение в НК РФ норм, содержащих прямые и косвенные отсылки к гражданскому законодательству, предполагает использование гражданско-правовых правил поведения при регулировании налоговых отношений (п. 1 ст. 60 НК РФ и др.). Реализация некоторых норм НК РФ о правах и обязанностях частных и публичных субъектов осуществляется посредством гражданско-правовых средств, то есть за пределами публично-правовых отношений (п. 3 ст. 26 НК РФ, п. 1 ст. 27 НК РФ, подпункт 5 п. 5 ст. 47 НК РФ и др.).

АПК РФ и ГПК РФ также содержат отсылочные нормы к отдельным статьям ГК РФ и гражданскому законодательству в целом. Например, в АПК РФ отсылки к гражданскому законодательству содержатся в ч. 5 ст. 13 АПК РФ (применение норм иностранного права), ч. 1 ст. 330 АПК РФ (возмещение вреда, причиненного судебным приставом-исполнителем, в порядке, предусмотренном гражданским законодательством) и др. ГПК РФ предусматривает отсылки к конкретным нормам ГК РФ (например, в ст. 286 ГПК РФ содержится отсылка к п. 3 ст. 29 и п. 2 ст. 30 ГК РФ; в ст. 287 ГПК РФ – отсылка к п. 1 ст. 27 ГК РФ и др.).

Кроме того межотраслевые связи гражданского права и смежных отраслей имеют место (1) в юридических фактах (например, такие гражданско-правовые юридические факты, как смерть гражданина,

ликвидация юридического лица, являются основаниями для прекращения производства по делу в соответствии с ч.1 ст. 150 АПК РФ); (2) в правоотношениях (например, субъективные права и обязанности сторон при рассмотрении гражданско-правового спора могут следовать из утвержденного судом мирового соглашения (ст. 140 АПК РФ), содержащего такие гражданско-правовые условия, как признание и прощение долга, уступка права требования и др.)); (3) в правореализации (так, для реализации отдельных положений о приостановлении производства по делу (глава 17 ГПК РФ, глава 16 АПК РФ) суд должен принимать во внимание соответствующие гражданско-правовые нормы (например, нормы о реорганизации юридического лица и др.)).

В каждой из перечисленных сфер процессуальные отношения, так или иначе, осложнены частноправовым элементом. Это, в свою очередь, в силу п.3 ст. 2, п. 2 ст. 3 ГК РФ дает основания для использования аналогии гражданского права, однако в тех пределах, в каких ее использование допустимо внутри отрасли гражданского права, его отдельных институтов. Вместе с тем при применении аналогии гражданского права к отдельным отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой, следует учитывать общеправовые ограничения аналогии права. Такие ограничения проявляются в запрете использования аналогии в сфере установления ответственности, а также в сфере отношений, где возникновение прав и обязанностей соответствующих субъектов связано с наличием нормы права конкретного содержания (императивная норма).

В третьем параграфе «Пределы применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям» показано, что распространение применения аналогии национального частного права к международно-правовым имущественным отношениям обусловлено, во-первых, слабой кодификацией отрасли международного права, основными источниками которого выступают соглашения и обычай, во-вторых, недопустимостью применения доктрины *non-liquet*, то есть отказа в правосудии под предлогом отсутствия норм.

Последовательно представлена эволюция взглядов на использование аналогии национального частного права в международном праве с момента становления международного права как самостоятельной отрасли до настоящего времени. Сделан вывод, что пределы аналогии частного права в международном праве ограничиваются двумя основными сферами: 1)

внедоговорные международно-правовые отношения, когда отсутствует применимый источник, но практикой выработаны механизмы использования гражданско-правовых принципов и концепции частного права; 2) международно-правовые отношения, регулируемые договором, в котором используются терминология и институты частного права.

Сформулирована дефиниция аналогии частного права в международном праве, под которой предлагается понимать формулирование из одной или нескольких отраслей национального частного права гражданско-правового принципа, признанного цивилизованными нациями и подлежащего применению к неурегулированным международным правовым отношениям в качестве частного правила поведения. При этом гражданско-правовые принципы, применяемые судом, должны носить международно-правовой характер и быть признанными большинством национальных правовых систем.

В заключении сформулированы выводы диссертационного исследования.

ОСНОВНЫЕ ПУБЛИКАЦИИ ПО ТЕМЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Статьи в рецензируемых научных журналах и изданиях, рекомендованных ВАК при Министерстве науки и высшего образования РФ для опубликования основных научных результатов диссертаций:

1. Романенко, Д.И., Тычинин, С.В. Правовая природа пробела в гражданском праве [Текст] / Д.И. Романенко, С.В. Тычинин // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Философия Социология Право. - 2014. - № 2 (173). - С. 136-143. (0,8 п.л.).

2. Романенко, Д.И., Тычинин, С.В. Правовая природа судебного прецедента в английском и российском праве: сравнительный анализ [Текст] / Д.И. Романенко, С.В. Тычинин // Мир юридической науки. - 2015. - № 9. - С. 9-14. (0,7 п.л.).

3. Романенко, Д.И. Аналогия в системе российского гражданского права [Текст] / Д.И. Романенко // Актуальные проблемы российского права. - 2016. - № 9. - С. 76-80. (0,5 п.л.).

4. Романенко, Д.И. Правовая природа аналогии в англо-американском гражданском праве [Текст] / Д.И. Романенко //

Международное публичное и частное право. - 2016. - № 6. - С. 38-40. (0,5 п.л.).

5. *Romanenko, D.I., Dekhnych, O.V.* Analogy and precedent in the Common Law and the Civil Law: outstanding features and terminological differences [Текст] / *D.I. Romanenko, O.V. Dekhnych* // Наука Красноярья. - 2016. - № 5. - С. 8-24. (1,1 п.л.).

6. *Романенко, Д.И.* Правовая природа пробелов в англо-американском гражданском праве [Текст] / Д.И. Романенко // Гражданское право. - 2017. - № 3. - С. 40-42. (0,6 п.л.).

Статьи, опубликованные в иных научных журналах и изданиях:

7. *Романенко, Д.И.* К вопросу о порядке применения института аналогии в российском гражданском праве [Текст] / Д.И. Романенко // Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнарод. наук.-практ. конф., присвяч. 92-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова, 28 лют. 2014 р. Х., 2014. С. 329. (0,3 п.л.).

8. *Романенко, Д.И.* Правовые основы и тенденции отнесения судебной практики к источникам гражданского права [Текст] / Д.И. Романенко // Вестник СНО. Сборник студенческих научных работ: НИУ «БелГУ». Вып. XVIII. 2014, С. 593-595. (0,3 п.л.).