

УДК 347.9

ОБ АНАЛОГИИ ЗАКОНА И СУБСИДИАРНОМ ПРАВОПРИМЕНЕНИИ
В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

А. В. Германов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 16 марта 2012 г.

Аннотация: *в статье исследуется вопрос об отличии между применением общих норм гражданского процессуального права в дополнение к специальным и аналогией гражданского процессуального закона. Дается краткий обзор отраженного в юридической литературе неоднозначного понимания термина «субсидиарное применение норм права». Делается вывод о разном значении субсидиарного правоприменения и аналогии гражданского процессуального закона.*

Ключевые слова: *субсидиарное применение норм права, аналогия гражданского процессуального закона, межотраслевая аналогия, нормы гражданского процессуального права общего и специального значения.*

Abstract: *in this paper we study the question of the difference between the applications of general rules of civil procedural law in addition to the special rules and similarity to civil procedural law. A brief review of the equivocal understanding of the term «subsidiary administration of law» which is mentioned in legal literature is given. The author draws the conclusion about different meanings of subsidiary administration of law and similarity to civil procedural law.*

Key words: *subsidiary administration of law, the similarity to of civil procedural law, inter-branch similarity, the rules of civil procedural law of general and special value.*

2012. № 1

140

Одной из обсуждаемых на страницах юридической печати тем в науке гражданского процессуального права является проблема разграничения аналогии процессуального закона и субсидиарного правоприменения. При этом если в отношении понятия аналогии процессуального закона не возникает каких-либо осложнений, а потому и само понятие не нуждается в уточнении, то в отношении понятия субсидиарного применения правовых норм единства мнений не наблюдается. Обзор юридической литературы позволяет прийти к выводу, что в дискуссии по поводу субсидиарного правоприменения речь идет скорее об определении значения термина, нежели об определении понятия. Разные авторы приписывают термину «субсидиарный» разные значения, и едва ли возможно признать чье-либо мнение в качестве преобладающего.

Как известно, в гражданском процессуальном законодательстве данный термин не используется. Использование же этого термина в гражданском законодательстве позволяет прийти к выводу, что под ним по-

нимаются установленные в дополнение к основным правовым нормам факультативные нормы права. Это соответствует и этимологическому значению термина «субсидия», который происходит от латинского «*subsidium*» и означает помощь или поддержку¹. Соответственно «субсидиарный» означает прежде всего «вспомогательный» или «дополнительный». В гражданском законодательстве этот латинизм используется для обозначения дополнительной ответственности при противопоставлении ее солидарной ответственности должников. Так, в п. 1 ст. 363 ГК РФ указывается, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя. Неоднократно субсидиарная ответственность закрепляется в нормах, регулирующих отношения между учредителями и создаваемыми ими юридическими лицами. О субсидиарной ответственности руководителя должника по долгам последнего говорится также в п. 2 и 11 ст. 10 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». Кроме того, считается общепризнанным субсидиарный характер норм о неосновательном обогащении, закрепленных в ст. 1103 ГК РФ.

Термин «субсидиарный» употребляется также для обозначения действия общих норм права в той части, в какой соответствующее отношение не урегулировано специальными нормами права. Но это по сути верное значение термина «субсидиарный» затушевывается разнообразием приписываемых термину «субсидиарное правоприменение» иных значений, в результате чего он приобретает ничем не оправданную омонимичность.

Начнем с того, что, например, Е. В. Блинкова иерархию правовых норм, при которой правовое регулирование осуществляется специальными нормативными правовыми актами, а субсидиарно к ним применяются и общие нормы права, считает нетипичной². С мнением о нетипичности такой иерархии правовых норм трудно согласиться, так как данное соотношение специальных и общих норм права является, наоборот, типичным. Так, общие нормы обязательственного права применяются к гражданским правоотношениям в той части, в которой они не урегулированы специальными нормами права об отдельных видах договоров. Точно так же общий порядок искового производства с соответствующими изъятиями применяется при рассмотрении дел особого производства. Другое вопрос: следует ли в последнем случае говорить об аналогии закона или же имеет место субсидиарное правоприменение правил искового производства в качестве общих норм права?

Положение осложняется тем, что как к понятию субсидиарности, так и к понятию аналогии закона может относиться использование норм права

¹ См.: Словарь иностранных слов / сост. Т. Ю. Уша. СПб., 2007. С. 617.

² См.: Блинкова Е. В. Проблемы квалификации предмета договора снабжения водой через присоединенную сеть // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 12. С. 40.

в порядке межотраслевой аналогии, а субсидиарность, в свою очередь, предполагает не только специфику, но и сходство регулируемых отношений. Так, если для разрешения ситуации по аналогии используется регулятивная норма, то ее заимствование из другой отрасли права не лишает такую операцию характера аналогии закона, с той лишь разницей, что речь идет о межотраслевой аналогии. Регулятивная норма-образец заполняет обнаруженный пробел, но поскольку данная норма относится к другой отрасли права, постольку она дополняет правовое регулирование подлежащей разрешению ситуации, «помогает» эту ситуацию разрешить, распространяется на нее в качестве дополнительной, а потому применяется в то же время и субсидиарно. Например, Н. А. Власенко ставит знак равенства между межотраслевой аналогией и субсидиарным правоприменением посредством скобок: «На возможность применения аналогии, причем субсидиарной (применение норм, регулирующих сходные отношения) Верховный Суд ориентировал и ранее». Высказывая свое мнение относительно возможности межотраслевой аналогии, Н. А. Власенко утверждает, что публичный характер уголовно-процессуальной отрасли не предполагает и не позволяет «ни аналогии закона (применения уголовно-процессуальных норм), ни тем более аналогии субсидиарной (применения норм сходной отрасли)»³. Таким образом, аналогия закона подразделяется на внутриотраслевую и межотраслевую, т.е. субсидиарную.

Отождествление субсидиарного правоприменения и межотраслевой аналогии находит поддержку в юридической литературе. В частности, М. С. Носенко со ссылкой на С. С. Алексеева воспроизводит взятое из общей теории права номинальное определение субсидиарного применения правовых норм также с использованием скобок для указания на равнозначность межотраслевой аналогии и субсидиарного правоприменения как понятий. Он утверждает, что возможность применения норм смежной отрасли права по аналогии (межотраслевая аналогия) в теории права именуется субсидиарным применением права, являющимся наряду с аналогией закона и аналогией права способом преодоления пробела в праве, подчеркивая, что применение норм смежной отрасли права в субсидиарном порядке исключается, если между рассматриваемыми отношениями нет сходства в методе регулирования⁴.

Однако в юридической литературе по гражданскому процессуальному праву относительно понятий межотраслевой аналогии закона и субсидиарного правоприменения встречаются и иные суждения.

В. А. Божок включает в понятие субсидиарного применения норм права применение норм-адресатов отсылочных норм, например правил ст. 190 ГПК РФ к судебным прениям в суде кассационной инстанции согласно ч. 1 ст. 359 ГПК РФ; межотраслевую аналогию, с той особеннос-

³ Власенко Н. А. Об аналогии в современном процессуальном праве // Рос. юстиция. 2005. № 7. С. 34.

⁴ См.: Носенко М. С. Применение процессуальной аналогии арбитражными судами // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 8. С. 48.

тью, что при субсидиарном применении норм одной отрасли права к другой содержание первой нормы не изменяется; применение норм одного подинститута к другому подинституту в рамках одной и той же отрасли (ст. 362–364 к ст. 387 ГПК РФ), а также применение норм-дефиниций, взятых из других отраслей⁵.

А. Н. Балашов и Э. И. Мишутина, первоначально не раскрывая содержания понятия субсидиарного правоприменения, во всяком случае, придают термину «субсидиарный» значение, отличающееся как от аналогии закона, так и от применения общих и специальных норм права, потому как считают, что применение общих норм права, субсидиарное применение норм и расширительное толкование являются важными дополнительными условиями «на стадии определения нормы, регулирующей сходные отношения»⁶.

В дальнейшем данные авторы, обращая внимание на то, что ч. 4 ст. 1 ГПК РФ не указывает, где должна находиться норма-образец, и полагая, что поэтому норма, взятая из АПК РФ, будет аналогией, а не субсидиарным правоприменением, полностью соглашаются с высказанным А. С. Пиголкиным мнением о том, что при субсидиарном применении не существует пробела в праве, а законодатель сам указывает на применимое право другой отрасли посредством конструирования бланкетных или отсылочных норм. Именно применение адресатов бланкетных и отсылочных норм является, по их мнению, субсидиарным применением норм права. При этом к числу бланкетных норм данные авторы относят ст. 359 ГПК РФ и упоминают о том, что «возможно встретить ситуации», когда законодатель отсылает не к конкретной норме, а к неопределённому количеству норм, приводя в пример ч. 2 ст. 88 ГПК РФ. При этом отсылочные нормы в пример не приводятся. Далее следует вывод: «Таким образом, при разграничении субсидиарного применения права и аналогии важно то, что в первом случае нормы другой отрасли права регулируют данные правоотношения, а в случае аналогии регулируются сходные»⁷.

С мнением о том, что межотраслевая аналогия не является аналогией, средством или способом восполнения пробелов, а является субсидиарным применением правовых норм и представляет собой юридико-технический прием в виде отсылочного способа регулирования, своеобразный характер действия нормативно-правовых предписаний, соглашаются и другие авторы⁸.

⁵ См.: *Божок В. А.* Проблема разграничения института аналогии и субсидиарного применения правовых норм // *Нотариус*. 2006. № 5. С. 31–33.

⁶ *Балашов А. Н., Мишутина Э. И.* Вопросы применения аналогии закона и аналогии права в гражданском судопроизводстве // *Рос. юстиция*. 2009. № 10. С. 60.

⁷ *Балашов А. Н., Мишутина Э. И.* Аксиологические категории института процессуальной аналогии в гражданском судопроизводстве // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2010. № 8. С. 44.

⁸ См.: *Захаров В. Н., Цыбуленко А. П.* Применение аналогии при разрешении трудовых споров // *Рос. юстиция*. 2008. № 3. С. 23.

Из утверждения М. Алиэскерова о том, что процессуальный вопрос может быть разрешен с использованием аналогии права лишь в том случае, если нельзя применить аналогию закона или субсидиарно применить нормы смежной отрасли права, следует, что он также вкладывает разное содержание в понятия аналогии и субсидиарного правоприменения. Характерным для данного автора является то, что, не исключая субсидиарное применение норм-дефиниций, содержащихся в смежных отраслях права (п. 9 ст. 34 УПК РФ применительно к ст. 51 Конституции РФ при ее применении в рамках гражданского процесса), он считает недопустимым применение по аналогии норм-дефиниций в рамках одной и той же отрасли, относя ч. 1 и 2 ст. 49 ГПК РФ к нормам-дефинициям и полагая, что такое средство доказывания, как заключение эксперта, не может по аналогии применяться к заключению специалиста⁹.

Субсидиарный характер межотраслевой аналогии закона мы наблюдаем наиболее отчетливо именно с нормами-дефинициями. Уже по своему назначению нормы-дефиниции непосредственно не регулируют отношения, а призваны оказывать этому регулированию своеобразную «помощь» в целях устранения неясностей, т.е. по самой своей природе даже в рамках одной и той же отрасли законодательства носят субсидиарный характер.

Отсутствие единой теоретической позиции предопределяет различие в подходах законодателя к вопросу о соотношении внутриотраслевой аналогии закона и применением норм права, взятых из другой отрасли. Следует заметить, что, в отличие от некоторых иных отраслей законодательства, соотношение между внутриотраслевой аналогией закона и применением норм иных отраслей права в ГПК РФ не урегулировано. В других же отраслях законодатель по-разному регулирует соотношения между внутриотраслевой аналогией закона и применением норм других отраслей законодательства. Так, в ст. 7 ЖК РФ указывается, что в случаях, если жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений, и при отсутствии норм гражданского или иного законодательства, прямо регулирующих такие отношения, к ним, если это не противоречит их существу, применяется жилищное законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

Таким образом, в данной статье аналогия закона имплицитно представлена как внутриотраслевая, причем приоритет отдан нормам иных отраслей права. Из положений данной статьи с очевидностью вытекает, что в случае, если нормы гражданского или иного законодательства напрямую регулируют жилищные отношения, то применение таких норм права не будет являться аналогией закона. Но из этого следует также и другой вывод, а именно: если жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений и при этом отсутствуют нормы гражданского или иного законо-

⁹ См.: Алиэскеров М. Процессуальная аналогия в гражданском судопроизводстве // Рос. юстиция. 2002. № 3. С. 18–20.

дательства, прямо регулирующие такие отношения, а также отсутствуют нормы жилищного законодательства, регулирующие сходные отношения, то применение норм иного законодательства по сходству следует признать межотраслевой аналогией. Получается следующая «цепочка»: прямое регулирование отношений нормами жилищного законодательства, затем такое же прямое регулирование жилищных отношений нормами гражданского и иного законодательства, после этого внутриотраслевая аналогия, а уже после нее возможна и межотраслевая аналогия.

Несколько по-иному урегулировано соотношение между внутриотраслевой аналогией закона и применением норм иных отраслей права в СК РФ. В ст. 5 СК РФ указывается, что в случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона).

Из положений данной статьи СК РФ однозначно вытекает, что применение по сходству норм как семейного, так и гражданского законодательства отнесено самим законом к аналогии закона и противопоставлено прямому регулированию семейных отношений нормами как семейного, так и гражданского права. Следовательно, прямое регулирование отношений какой-либо отрасли права нормами иной отрасли права не является аналогией закона, а потому по методу остатков должно быть отнесено к субсидиарному правоприменению. Открытым остается только вопрос о том, что нормы права, напрямую регулирующие отношения другой отрасли права, сами могут находиться в отношении основных и дополнительных, т.е. субсидиарных.

Если же придерживаться мнения о том, что под термином «субсидиарное правоприменение» следует понимать только применение общих норм права в той части, в какой определенное правоотношение не урегулировано специальными нормами, то необходимо определиться с понятием общих норм права. Но и по этому поводу единое мнение также отсутствует. Например, в учебной литературе по гражданскому процессу референт термина «общие нормы права» определяется неоднозначно. При классификации норм права общие нормы права могут квалифицироваться как один из видов обобщающих норм. В частности, под общими нормами права понимаются нормы, направленные на фиксирование в обобщенном виде особенностей регулируемых отношений, например, нормы ст. 2 ГПК РФ, фиксирующие задачи гражданского судопроизводства. Наряду с общими нормами права к обобщающим нормам права относят декларативные нормы (нормы-принципы) и дефинитивные нормы¹⁰. Получается, что общие нормы права являются одним из элементов понятия обобщающих норм права. Такое суждение не только страдает тавтологией (общее – это то, что обобщает), но и не раскрывает главной особенности общих

¹⁰ См.: Гражданский процесс : учебник / под ред. М. К. Треушников. М., 2007. С. 40.

10. Заказ 670

норм права, а именно их противопоставления специальным нормам. К тому же указанная квалификация производится по разным основаниям: по степени обобщения и по его характеру.

Существуют и иные подходы при классификации норм права с точки зрения их общности. Так, М. Ю. Лебедев общие и специальные нормы объединяет в рубрику организационных норм, понимая под общими нормами права те нормы, действие которых касается судопроизводства независимо от его вида и стадии, а под специальными – те, которые направлены на конкретный вид и стадию судопроизводства. При этом дефинитивные нормы права он выделяет в самостоятельный вид норм наряду с регулятивными (диспозитивными и императивными)¹¹. Такой подход представляется правильным, так как он выражает существо общих норм права, раскрываемое через их предназначение: действовать всегда там, где иное регулирование не предусмотрено специальными нормами права.

Однако все вышеизложенное подводит к другому вопросу: каким нормам следует придавать значение общих?

При ответе на данный вопрос необходимо сделать одно предварительное замечание: норма права, которая служит адресатом отсылочной нормы, вполне может рассматриваться в качестве общей нормы права, постольку, поскольку ею регулируется более чем одно правоотношение. Например, нормы ст. 193 и 194 ГПК РФ являются общими постольку, поскольку ими регулируется не только вынесение и объявление судебных решений в суде первой инстанции, но и, согласно ст. 360 ГПК РФ, вынесение и объявление кассационных определений. По тем же основаниям значение общей нормы права приобретает норма, используемая в качестве образца по аналогии. Тем не менее отличие между этими двумя видами обобщения можно провести. Когда законодатель в дальнейшем использует устоявшуюся в судебной практике аналогию закона в качестве легальной аналогии, тогда норма-образец становится адресатом отсылочной нормы права, но отсылочная норма права может быть сформулирована по одному из двух вариантов. Так, если законодатель предписывает применять те или иные нормы права к каким-либо отношениям с учетом существа последних, то такое предписание относится к легальной аналогии. При отсутствии оговорки об учете существа отношений, к которым должна применяться отсылочная норма права, речь идет о субсидиарном применении содержащихся в ней правил. Поэтому в ситуации, когда вместо легальной аналогии нормы права сконструированы по образцу их субсидиарного соотношения, т.е. без оговорки о необходимости учета существа соответствующих отношений, может возникнуть немало затруднений. Например, ч. 3 ст. 72 АПК РФ, в которой указывается, что обеспечение доказательств производится арбитражным судом по правилам, установленным настоящим Кодексом для обеспечения иска, сконструирована по образцу субсидиарного правоприменения. Думается, что данная норма права не вызывала бы на практике значительные трудности в ее применении, если бы законодатель сформулировал эту норму права по образцу

¹¹ См.: Лебедев М. Ю. Гражданский процесс : учебник. М., 2010. С. 21–22.

легальной аналогии, используя оговорку о необходимости учета существа правоотношений по поводу обеспечения доказательств. Что касается нормы ч. 1 ст. 66 ГПК РФ, согласно которой обеспечение доказательств производится судьей по правилам, установленным настоящим Кодексом, то данная норма как минимум нуждается в предварительном систематическом толковании, так как напрямую закон не устанавливает соответствующих правил. Как максимум данную норму права можно охарактеризовать в качестве незавершенной.

На следующем этапе рассуждений логично предположить, что если из какой-либо нормы права законодатель устанавливает исключение, то эти две нормы находятся в отношении «общее-специальное» даже в том случае, когда специальная норма права полностью исключает действие общих норм. Основанием к такому утверждению является соотношение общего и особенного.

Логично также предположить, что, вводя какое-либо легальное определение понятия, законодатель придает ему значение общего, исходя из того, что он не предусматривает в каком-либо другом месте иного содержания используемого им понятия.

Наконец, логично предположить, что если законодатель эксплицитно не выделяет в отдельную рубрику какие-либо нормы права в качестве общих, то из этого вовсе не следует, что общее значение каких-либо норм права не может быть установлено имплицитно. Так, если в ч. 1 ст. 263 ГПК РФ законодатель указывает, что дела особого производства рассматриваются и разрешаются судом по общим правилам искового производства с особенностями, установленными главой 27, а также главами 28–38 ГПК РФ, то все правила искового производства следует признать общими по отношению к правилам, установленным в главах 27–38 ГПК РФ. В развитие данного тезиса можно утверждать, что исковое производство является общим не только по отношению к главам 27–38 ГПК РФ.

Таким образом, при условии наличия общепризнанного определения содержания понятия общих норм права правильным представляется утвердительный ответ на вышепоставленный вопрос: применение общих норм права в той части, в какой определенное правоотношение не регулируется специальными нормами права, необходимо считать субсидиарным правоприменением во всех случаях. Следовательно, в строгом смысле слова, о наличии пробела и соответственно об аналогии закона можно говорить тогда, когда возникшая ситуация напрямую не урегулирована ни общими, ни специальными нормами права. При этом аналогия закона необходимо отличать от расширительного толкования, которому не подлежат специальные нормы права. Но это – уже другая тема для обсуждения.