

Катерина Насурлаєва

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН В СФЕРІ ІНЖИНІРИНГУ

Kateryna Nasurlaieva

V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Sciences, Ukraine

LEGAL REGULATION IN THE FIELD OF ENGINEERING

The rapid development of civil relations eliminates legislator's possibility for prompt response to the emergence of gaps in existing legislation. The basic source of engineering is a contract (agreement). The analogy of legislation, analogy of law are applied to overcome lacunae, particularly in the field of engineering relationships. To decide the issue by using the analogy of law a legislator gives us such mechanism for filling gaps as a custom. To eliminate gaps in legislatio subsidiary application of norms is used, which should not be confused with analogy of law. As a way to overcome gaps in civil law interpretation is also used, including interpretation of a transaction. Not allocating judicial lawmaking as a special kind of lawmaking in our country, we note that the trend of its development exist.

Key words: lacunae, analogy of legislation, analogy of law, subsidiary application of law.

Постановка проблеми. Розбудова ринкових відносин в Україні нерозривно пов'язана з наданням широкого спектру послуг у сфері інтелектуальної власності, зокрема тих, які пов'язані із знанням та вмінням персоналу і досвідом їх використання. Вихід України на світовий ринок потребує формування відповідного механізму правомірного використання такої категорії як інжинірингові послуги. Внаслідок своєї універсальності інжиніринг застосовується при реалізації проектів найрізноманітнішого характеру: науково-дослідних, проектно-будівельних, виробничих, збутових тощо, тому визначити повний вичерпний перелік інжинірингових робіт не вдається можливим. Тим самим він конкурує з іншими договірними конструкціями.

Метою даної статті є аналіз альтернативного регулювання відносин в сфері інжинірингу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дійсно інжиніринг в Україні є доволі молодим видом господарської діяльності і наразі на науковому рівні ще не вироблено однозначної дефініції, що з одного боку спрощує дослідницьке завдання (будь-яке обґрунтування буде новим), а з другої ускладнює його (вкрай звужена емпірична база, відсутні попередні дослідження, нікого критикувати чи солідаризуватися), проте серед вчених, які переймалися вивченням альтернативних методів регулювання цивільних відносин можемо виокремити плідний внесок О.В. Зайчук, І.А. Бірюкова, С.Я. Фурси, Р.О. Стефанчука, Р.Б. Шишки тощо.

Виклад основного матеріалу. Різноманіття точок зору з приводу поняття інжинірингу та його правового регулювання сприяє виникненню дискусій, які здавалося б мали сприяти розробці правового підґрунтя для вироблення єдиного розуміння самої проблематики та пошуку вдалих її вирішень. Однак на даному етапі вони лише переростають у досить заплутані суперечності, зокрема на науковому рівні.

Щодо документально-правового забезпечення інжинірингу, то наразі його базовим джерелом є контракт (договір) на купівлю-продаж інжинірингових послуг та/або робіт, який регламентує: обсяги, якість та терміни виконання робіт із можливим уточненням конкретних термінів проведення та виконання окремих операцій; склад інжинірингового персоналу, який працюватиме на об'єкті, з уточненням умов його проживання, перебування на об'єкті; умови субпідряду, навчання та перекваліфікації персоналу; традиційні технічні параметри — умови дії та припинення договору; відповідальність сторін тощо.

Як вважає Р.Б. Шишка це рівень мононормативного регулювання цивільних правовідносин. З одного боку це перевага, оскільки передбачає свободу договору (627 ЦК України) і можливість його урегульованості як змішаного, а з другого – недолік, бо надає можливість для зловживання правою сильною стороною, зокрема послугою надавача, який моделює цей договір (йдеться про договори

приєднання (ст. 634 ЦК України).

Можемо зазначити, що інколи у цивільному праві зустрічаються так звані лакуни (прогалини), що створює складнощі при застосуванні джерела права. Під лакуною в праві розуміється повна або часткова відсутність нормативних приписів, для врегулювання окремих суспільних відносин. Здебільше йдеться про ті відносини, які не регульовані актами цивільного законодавства, але і не заборонені ним. Якщо вони ще існують за умови їх нормального розвитку, то судова перспектива розв'язання суперечки із таких правовідносин доволі не визначена. Принаймні, при її розв'язанні суд відповідно ст. 19 Конституції України повинен керуватися законом і відсутність закону перешкоджає винесенню законного рішення. Якщо воно прийматиметься виключно на розсуд судді, то не виключено що надалі буде оскаржене¹.

Лакуни у цивільному праві зумовлені стрімким розвитком суспільних відносин. Зокрема такими наразі є відносини які складаються у сфері договірних відносин, щодо права на самовираження, вчинення ризикових (алеаторних) правочинів, до яких ми відносимо і інжиніринг. Між тим, те що відносини вищевказаної сфери не врегульовані спеціальним законодавством не означає що ці відносини перебувають поза правовим впливом.

Повністю погоджуючись із професором, доктором юридичних наук О.В. Зайчук, зазначимо, що прогалини у праві — це повна чи часткова відсутність у чинному законодавстві необхідних юридичних норм². У процесі аналізу наявності прогалин у праві повинні бути враховані два основних фактори:

- 1) фактичні обставини повинні знаходитись у сфері правового регулювання;
- 2) відсутність у законодавстві норми права, яка б регулювала дані фактичні обставини.

У юридичній літературі виділяють об'єктивні та суб'єктивні причини існування прогалин у праві:

- неврегульованість тих суспільних відносин, які потребують правового регулювання;
- поява нових суспільних відносин;
- технічні прорахунки законодавця у процесі підготовки нормативно-правових актів.

Згідно ст. 8 ЦК України якщо цивільні відносини не врегульовані ЦК, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами ЦК, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). Можливість застосування аналогії закону передбачена і ч. 2 ст. 305 ГК України, згідно з якою у частині, не врегульованій Господарським кодексом України, іншими, прийнятими відповідно до нього нормативно-правовими актами, до агентських відносин можуть застосовуватися відповідні положення ЦК України, якими регулюються відносини доручення.

Загалом застосування права за аналогією є способом подолання прогалин у праві. Аналогія права і аналогія закону отримали назву правових аналогій, до яких дуже часто зараховують ще й субсидіарну (міжгалузеву) аналогію. Аналогія за своєю сутністю і походженням є логічним прийомом і керується законами логіки. Аналогією можна вважати такий умовивід, в якому від схожості предметів в одних ознаках робиться висновок про схожість цих предметів в інших ознаках³. Логічний термін «аналогія» означає відносини часткової подібності в ознаках, пропорціях, елементах між двома чи кількома предметами, їхніми групами, подіями, явищами тощо⁴.

З іншої точки зору, термін «аналогія» має умовне значення, при цьому наголошується, що в такій ситуації відсутня аналогія в суворому її розумінні. Наприклад, А. Старченко зазначає, що поняття аналогії не має нічого спільного з такою формою умовиводу, як умовивід за аналогією⁵.

Аналогія закону — це вирішення справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на подібні випадки. Аналогія виключається, якщо вона прямо заборонена законом або якщо закон пов'язує настання юридичних наслідків з наявністю конкретних

¹ Сучасні проблеми правової системи України: збірник матеріалів III Міжнародної наук.-практич. конф. (24 листопада 2011 р., м. Київ). Київ: Вид-во Європейського університету, 24-25.

² Зайчук, О.В., Оніщенко, Н.М. (2006). *Теорія держави і права. Академічний курс*. Підручник. Київ: Юрінком Інтер.

³ Проценко, М.Г. (2005). *Логіка*. Суми: Довкілля.

⁴ *Вісник Академії правових наук України* (2007), 2(49), 108-119.

⁵ Спасович, В.Д. (1863). *Учебник уголовного права. Т.1*. Санкт-Петербург.

норм. Наприклад, відсутність в Україні спеціального законодавства, яке б регулювало правове забезпечення інжинірингу, дозволяє заповнити її договором підряду, який є подібним до договору інжинірингу.

Аналогія права — це вирішення справи або окремого юридичного питання на основі принципів права, загальних засад і змісту законодавства.

Аналогія права застосовується тоді, коли:

- немає норми, яка прямо передбачає даний випадок;
- немає норми, яка передбачає подібний випадок.

При застосуванні аналогії права істотне значення мають принципи права, які закріплюються в конституції. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, то правозастосувач, виходячи із власною правосвідомості, може мотивувати рішення в справі, посилаючись на конституційні норми.¹

На вирішення питання за допомогою аналогії права законодавець дає нам такий механізм заповнення прогалин, як застосування звичаю. За загальним правилом, звичай і без його формального закріплення є джерелом права. Разом з тим він може бути закріплений у відповідному документі. Найбільш поширеними є зібрання торговельних звичаїв, що застосовуються у міжнародному торговельному обороті. Одним з найбільш авторитетних зібрань міжнародних торговельних звичаїв є Правила «ІНКОТЕРМС», що уточнюються та редагуються Міжнародною торговельною палатою у Парижі (ІСС). Кожні десять років Міжнародні правила тлумачення торговельних термінів ІНКОТЕРМС переглядаються і затверджується їх нова редакція. Нині діє редакція «ІНКОТЕРМС-2010».

При вирішенні справи за аналогією закону і аналогією права необхідно додержуватися таких умов:

- 1) аналогія допустима лише у разі повної відсутності або неповноти правових норм;
- 2) суспільні відносини, до яких застосовується рішення за аналогією, повинні бути врегульовані хоча б у загальній формі, тобто перебувати у сфері правового регулювання;
- 3) наявність подібності (аналогії) аналізованих обставин і обставин, передбачених наявною нормою, повинна бути в істотних, юридичне рівнозначних ознаках; розбіжність — у деталях, у неістотному;
- 4) пошук норми, яка регулює аналогічний випадок, має йти спочатку в актах тієї самої галузі права, у разі відсутності такої — в іншій галузі та у законодавстві в цілому;
- 5) вироблене в ході використання аналогії правове рішення не повинно суперечити дії розпоряджень закону, його меті;
- 6) обов'язково має бути вмотивоване пояснення причин застосування рішення за аналогією до даного випадку;
- 7) норми позитивного права застосовуються першими, а при їх відсутності вже можна застосовувати аналогію права;
- 8) аналогія закону застосовується у певній ієрархії : від ЦК до звичаїв ділового обороту.

Для усунення прогалин у законі використовується також субсидіарне застосування норм права. В першу чергу на наш погляд слід встановити що означає субсидіарне застосування норм права і чи потрібно його ототожнювати з аналогією закону. Насамперед необхідність вищевикладеного полягає у тому, що радянське законодавство, передбачаючи в певних галузях можливість аналогії права, не використовує поняття субсидіарного застосування норм права.

По-перше, можемо зазначити, що це поняття виникло в правозастосовній практиці як різновид аналогії закону, яка в свою чергу, як ми вказували вище, передбачає при відсутності закону, який би прямо регулював дане правовідношення, використовується норма яка регламентує порядок регулювання близьких, подібних суспільних відносин, яке, як правило, але не обов'язково належить до предмета даної галузі права.

Проте, субсидіарне застосування норм права є використанням за аналогією норм іншої близької (суміжної) галузі права. Саме ця особливість, а в контексті вищевказаного – відмінність, позиціонує субсидіарне застосування норм права в особливий вид аналогії закону, що застосовується при виявленні прогалини у регулюванні будь-яких відносин нормами даної галузі права.

¹ Бірюков, І.А., Заїка, Ю.О. (2006). *Цивільне право України. Загальна частина*. Київ: КНТ.

За своєю правовою спрямованістю субсидіарне законодавство є механізмом регулювання відносин, метою якого є нормативна економія, при якій, за умови спорідненості галузей, формується правило про поширення дії норм однієї (назвемо її – донорської) галузі права на регулювання відносин у рамках іншої галузі (реципієнта).

З огляду на вищевказане можемо в рамках цього дослідження виділити наступні умови субсидіарного застосування правових норм. По-перше, необхідно, щоб норма, яка буде використовуватись, була запозичена саме із суміжної (близької, спорідненої) галузі права, із подібним предметом та методами. Проте, можемо зазначити, що в правозастосовній діяльності мають місце «запозичення» із несуміжних галузей права (наприклад, у відносинах представництва в цивільно-процесуальному та адміністративно-процесуальному праві). Використання норм також можливо у разі відсутності прямої заборони на неї. Так, ч. 2 ст. 1 ЦК України передбачає, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. І, останньою умовою є відсутність норми у галузі права, яка регулює відносини, відсутність прогалини та наявність норми у спорідненій галузі права, яка регулює ці самі відносини.

Отже, резюмуючи вищевказане, встановлюємо, що субсидіарне застосування норм права – це додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права. Субсидіарне застосування правових норм до різних відносин, як правило, закріплене в законі. Є випадки субсидіарного застосування, які прямо законом не передбачені.

Поряд із аналогією закону, аналогією права та субсидіарним застосуванням норм права для усунення лакун цивільне законодавство передбачає тлумачення, зокрема тлумачення змісту правочину.

Як зазначає Міністерство юстиції України у Листі № Н-35267-18 від 30.01.2009 року «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами»¹ прогалини в законодавстві повинні заповнюватися у процесі правотворчості шляхом внесення змін і доповнень у закони, видання нових, більш досконалих юридичних актів. Водночас, рішення суду у випадках, коли застосовується аналогія, містять положення, які суттєво збагачують юридичну практику і можуть бути основою для розвитку законодавства.

Враховуючи вищезазначений Лист, не можна обминути увагою точку зору деяких учених про те, що особливим видом правотворчості є судова правотворчість. У романо-германській сім'ї правових систем діяльність верховних судів має конкретизуючий, а не правотворчий характер: вони виносять провідні роз'яснення щодо правильного застосування вже чинних правових норм і не містять нових норм права. Водночас слід визнати, що у певних ситуаціях у країнах романо-германської правової системи судді «черпали» право безпосередньо з життя, і навіть конкурували в цьому із законодавцем. Не виділяючи судової правотворчості як особливий вид правотворчості в країнах континентального права, відзначимо, що в них (у тому числі в Україні) є тенденції до розвитку, хоча і скромного, елементів судової правотворчості. Будь-яке судове рішення, що ґрунтується, наприклад, на аналогії закону або на загальних принципах права, може сприйматися судами після проходження рішення через касаційну інстанцію як фактичний прецедент.

Французький дослідник Р. Давид говорив про так звані «вторинні правові норми», утворювані суддями в процесі конкретизації норм права, сформульованих законодавцем. Він підкреслює, що зміст положень закону тлумачиться суддями у тому значенні, яке найбільшою мірою відповідає вимогам справедливості в момент застосування ними закону. Шлях до творчого застосування закону суддями в Україні відкриває чинний Цивільний кодекс, що включає норму про обов'язок судів під час вирішення цивільних справ застосовувати закони з урахуванням звичаїв ділового обороту, засад сумлінності, розумності, справедливості². Отже, він допускає елементи правотворчості в діяльності судів при відправленні ними правосуддя, але лише в межах права, забезпечуючи тим самим принцип верховенства права.

¹ Лист щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами 2009 (Міністерство юстиції України). Офіційний сайт Верховної Ради України. <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>> (2016, листопад, 17)

² Фурса, С.Я., Фурса, Є.І. (2006). *Адвокат у цивільному процесі*: Науково-практичний посібник. Київ: Вид-во КНТ.

Зважаючи на зазначене вище не можна не згадати прийнятий Верховною Радою України 20.10.2011 року Закон № 3992-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним Судом України». Згідно з цим актом суди при прийнятті ними рішень зобов'язані враховувати рішення Верховного Суду України¹. Таким чином, фактично, рішення найвищого судового органу набули ознак, які притаманні судовому прецеденту. В даному аспекті необхідно врахувати, як зазначає Т.О. Дідич, що однією із гарантій підготовки якісного проекту є проведення його правової експертизи, що передбачає оцінку проекту нормативно-правового акту з точки зору його відповідності Конституції України, міжнародним договорам, що належним чином ратифіковані, конституційним законам та іншим актам законодавства². У зв'язку з цим доцільність застосування судової нормотворчості викликає певні сумніви.

З одного боку, визнання законодавчих повноважень у суду призведе до ігнорування принципу поділу влади, з іншого - принцип поділу влади не може виключати внесок суду до правотворчості, наявність у нього специфічних нормотворчих функцій, зумовлених необхідністю постійно враховувати поступ соціального життя.

Висновки. Навіть найдосконаліша система права не може охопити всю різноманітність суспільних відносин, які потребують цивільно-правового регулювання. Так, безпосередньо в Цивільному кодексі України, незважаючи на регулювання ним широкого кола приватних відносин, відсутня правова регламентація питань, які виникають у сфері інжинірингу, тобто ці відносини залишилися поза полем правового регулювання. Суспільні відносини, які залишаються поза полем правового регулювання, утворюють прогалини в праві (так звані лакуни). Під прогалиною в праві звичайно розуміють випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового регулювання, але воно не передбачене конкретним законом, правовою нормою. Засобом усунення прогалин є прийняття нових норм або редагування застарілих.

Однак життя не стоїть на місці, і учасники цивільних відносин не можуть чекати, поки прогалину в праві усуне законодавець. Вихід полягає в тому, що суб'єктам цивільних правовідносин, зокрема інжинірингових, і суду надається право вирішувати справи такого роду за допомогою аналогій права або закону, субсидіарного застосування норм права, застосування звичаїв ділового обороту тощо.

References:

1. Birjukov, I.A., Zaika, Y.O. (2006). *Zivilne pravo Ukraini. Zagalna chactina* [Civil Law of Ukraine. General Part] Kyiv: KNT [in Ukrainian].
2. Didich, T.O. (2010). *Osnovu normoproektyvannja: putannja teoriji ta metodologii*: Monografija [Legislative Drafting Basics: Theory and Methodology: Monograph]. Kyiv: Vud-vo Evropeiskogo yuniversitetu. [in Ukrainian].
3. Fursa, S.J., Fursa, E.I. (2006). *Advocat y zivilnomy prozesi*: Naykovo-practichnii posibnuk [Lawyer in civil procedure: Scientific and Practical Guide]. Kyiv: Vid-vo KNT. [in Ukrainian].
4. *List shodo porjadky zastosyvannja normativno-pravovih aktiv y razi isnyvannja neyzhodjennosti mij pidzakonnumi aktamu* [Letter on Application of regulations in case of existence of inconsistencies between regulations] 2009 (Ministry of Justice of Ukraine). *Ofiziini sait Verhovnoi Rady Ukrainy [Official website of the Verkhovna Rada of Ukraine]*. <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>> (2016, listopad, 17) [in Ukrainian].
5. Prozenko, M.G. (2005). *Logika* [Logic]. Sumi: Dovkillja. [in Ukrainian].
6. Spasovich, V.D. (1863). *Uchebnik ygolovnogo prava. T.1.* [Textbook of criminal law, vol.1] Saint-Petersburg. [in Russian].
7. *Suchasni problem pravovoi systemu Ukraini*: zbirnik materialav III Mizhnarodnoii nauk.-practuch. konf. [Modern problems of the legal system of Ukraine: collection of materials of III International scientific-practical conference] (24 November, 2011, Kyiv). Kyiv: Vud-vo Evropeiskogo yuniversitetu, 24-25 [in Ukrainian].
8. *Visnik Akademii pravovuh nauk Ukraini* [Journal of the Academy of Sciences of Ukraine] (2007), no. 2(49). Kharkiv: Vidavnistvo Pravo Akademii pravovuh nauk Ukraini, 108-119. [in Ukrainian].
9. Zaichuk, O.V., Onishenko, N.M. (2006). *Teorija derzavi i prava. Acalemichnii kurs. Pidruchnik* [Theory of law. Academic course. textbook]. Kyiv: Yrincom Inter [in Ukrainian].
10. *Zakon pro vnesennja zmin do dejakuh zakonodavchuh aktiv Ukrainu shodo rozgljady sprav Verhovnim Sydom Ukraini* [The law on amendments to the some legislative acts of Ukraine concerning the cases the Supreme Court of Ukraine] 2011 (Verhovna Rada of Ukraine). *Ofiziini Visnik Ukraini [Ukraine Official Journal]*, 89. [in Ukrainian].

¹ Закон про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним Судом України 2011 (Верховна Рада України). *Офіційний Вісник України*, 89.

² Дідич, Т.О. (2010). *Основи нормопроєктування: питання теорії та методології*. Київ: Вид-во Європейського університету.