



## ТЕОРИЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА

В. В. Момотов\*, Г. Д. Улетова\*\*, С. А. Маркова-Мурашова\*\*\*

### ПРИМЕНЕНИЕ ИНСТИТУТА АНАЛОГИИ В МАТЕРИАЛЬНОМ И ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Конституционные реформы и активное законотворчество последних десяти лет в Российской Федерации предоставляют замечательную возможность для плодотворного обсуждения, объединяющего все дисциплины юриспруденции. Сложные процессы становления и развития институтов гражданского общества и правового государства, имеющие место, как в России, так и в большинстве западноевропейских государств требуют критического пересмотра ряда господствовавших в недавнем прошлом идеологических стереотипов, концепций, традиций. Несмотря на обновление законодательства России в последние годы, оно остается пока пробельным и нуждается в дальнейшем совершенствовании. При таких обстоятельствах нельзя не признать существование коллизий в рамках национальной правовой системы, которые, безусловно, мешают согласованной работе правовой системы, сказываются на состоянии законности и правопорядка. Предупреждение, восполнение и устранение этих аномалий является важнейшей проблемой юридической науки и практики.

Одной из основных задач теории государства и права при этом является выработка обобщающих терминов, родовых понятий, обозначающих не только индивидуальные явления или предметы, но и целые их классы. Такие понятия являются наибольшим достижением науки, служат важным инструментом мышления, общения, выработки научных концепций и классификаций. К числу таких понятий в рамках настоящей статьи можно, например, отнести такие, как аналогия закона и аналогия права, являющиеся одним из важных путей преодоления коллизий в праве.

Путей преодоления такого рода препятствий в правоприменительной деятельности достаточно много. Но нас в контексте проблемы будет интересовать исключительно легитимный властный государственный процесс, связанный с преодолением пробелов в законодательстве, являющихся препятствием на пути применения права. Таким властным процессом может стать аналогия права в форме применения к неурегулированному конкретной нормой противоречию в праве первичных норм, отражающих общие начала и смысл законодательства.

В любой, даже развитой системе законодательства, могут встречаться пробелы, связанные с отсутствием нормы права, ее неполнотой, неясностью, либо непреодолимой коллизии с иной нормой.

© Момотов В. В., Улетова Г. Д., Маркова-Мурашова С. А., 2008

\* декан юридического факультета, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Кубанского государственного университета (г. Краснодар, Российская Федерация), доктор юридических наук, профессор

\*\* заведующая кафедрой гражданского процесса и трудового права Кубанского государственного университета (г. Краснодар, Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент

\*\*\* профессор кафедры теории и истории государства и права Кубанского государственного университета (г. Краснодар, Российская Федерация), доктор юридических наук, профессор



В этой связи, как справедливо отмечает А. В. Цихоцкий, «суд часто сталкивается с неточностью закона. Подобная ситуация может встречаться в двух случаях: во-первых, когда прямого закона не имеется, во-вторых, когда существующий закон неясен и двусмыслен»<sup>1</sup>.

В зависимости от типа правовой системы, от состава источников права и типа правопонимания, проблемы, связанные с наличием пробелов, решаются по-разному. Страны англо-саксонской правовой семьи более успешно решают эти вопросы, а в странах романо-германской правовой семьи возникает больше проблем, так как пробел рассматривается как недостаток правовой системы и приходится устранять обнаруженные пробелы либо восполняя, либо преодолевая их.

При этом надо действительно четко различать два самостоятельных способа устранения пробелов: восполнение пробела и устранение его, чтобы не было сложностей и ошибок при правоприменении.

Однако даже на сегодняшний день среди теоретиков права нет единства во мнениях. Отсюда проистекает, на наш взгляд, определенная настороженность у исследователей конкретных отраслей права и практических работников к применению аналогии для преодоления пробелов.

Схематически способы преодоления пробелов изображены на Рис. 1.



Рис. 1. Способы преодоления пробелом

Однако, прежде всего, необходимо составить представление о предмете нашего исследования, т. е. о понятии аналогии закона и аналогии права.

Следует отличать аналогию закона и аналогию права. На это всегда указывали как отечественные, так и зарубежные исследователи. «Аналогия по закону исходит из отдельного правового положения; она развивает его основную правовую мысль, очищая ее от всех несущественных предпосылок, и в таком очищенном виде применяет закон к случаям, которые под него подпадают, следовательно, отличаются от случая разрешенного по закону, только несущественными чертами, не затрагивающими внутреннего смысла правила..., аналогия же права исходит из нескольких правовых норм; из них путем

<sup>1</sup> Цихоцкий А. В. Аналогия права в механизме судебного правоприменения // Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека: Сб. науч. статей. — Краснодар; СПб. 2007. — С. 227.



индуктивного умозаключения она развивает более общие принципы и применяет их в тех случаях, которые не подпадают ни под какую законодательную норму...»<sup>2</sup>.

Современные теории права определяют применение права на основе аналогии закона как решение юридического дела по существу при отсутствии конкретной для данного случая нормы путем привлечения и использования нормы, регулирующей сходные, аналогичные отношения<sup>3</sup>.

Правоприменение на основе аналогии права выглядит как рассмотрение и разрешение юридического дела в условиях значительного по объему пробела в правовом регулировании путем логического выведения нормативного предписания из «общего духа», смысла, целей и принципов законодательства. Нормативная «почва» правоприменительного решения здесь отыскивается в процессе анализа достаточно абстрактных понятий: идеи, начала, принципов, смысла, цели и «общего духа» законов и иных источников права. Правоприменитель в таких условиях становится творцом права, обращаясь к глубинным и вечным его основам. И это требует от него исключительно высокого уровня профессионализма, развитого и субъективно воспринятого чувства законности<sup>4</sup>.

Мировая история права свидетельствует о том, что со времен римского права и далее, законодателями различных государств в разнообразных формах судебным органам предоставлялось право создавать недостающее нормы самостоятельно.

Как видно из сочинений Цицерона и Гая, уже на рубеже VI—V вв. до н. э., римские юристы прекрасно понимали, что никакие законы не способны охватить всю палитру и гамму сложных человеческих взаимоотношений, и верно полагали, что законы должны регулировать большую часть случаев, не вдаваясь в детали и мелочную регламентацию. Ведь жизнь, особенно экономическая, не терпит застывших форм регулирования. Современнно звучит в сегодняшнее время сентенция римского юриста Павла: «Обходит закон тот, кто, держась за слова, упускает из виду (нарушает) его смысл и его предназначение» (D. 3.29).

В Риме, в процессе возрастающих противоречий между архаичным формальным цивильным правом и развитием экономических отношений, стало рождаться преторское право, дающее правовую защиту новым правоотношениям. На смену старым формулам, изобретенным в свое время жрецами, приходят формулы-иски, которые составляет претор, руководствуясь здравым смыслом, основанным на моральных и философских принципах, отражавших, в конечном итоге, экономический и социальный интерес. Это и «справедливость», это и «добрая совесть», это и «истинная воля» участников правоотношения, это и «свободная оценка доказательств».

В силу того, что римское право, как справедливо полагают практически все его исследователи, представляет собой систему исков, то предполагалось, что если право невозможно защитить путем иска, оно не существует. Преторы в своей деятельности, по сути, использовали аналогию права, опираясь не на букву закона, а на его дух, т. е. справедливость, давая правовую защиту новым рождающимся отношениям, еще не урегулированным цивильным правом. При этом каждый раз, когда претор защищал новое правоотношение, менялось и так называемое материальное право, так как, получая преторскую защиту, новые отношения заменяли собой старые юридические конструкции.

Аналогия права известна и английской правовой системе, несмотря на то, что она опирается на прецедент. Как представляется, сама аналогия права в Англии рождалась еще в эпоху феодализма, в ситуации, когда стороны, справедливо ссылаясь на непредставление защиты судами общего права, которые не в состоянии были решить противоречие на основе старых обычаев англосаксов, искали правовую защиту у лорда-канцлера, действовавшего по поручению короля. Этот суд стал называться «судом справедливости», так как он не был связан с нормами общего права, а опирался в своих решениях на целесообразность и дух справедливости права как некоей социальной ценности. Постепенно решения лорд-канцлера стали приобретать форму прецедента и стали действующим источником права.

<sup>2</sup> Энциклопедия Л. Курс германского гражданского права. — М., 1968. — С. 192.

<sup>3</sup> Общая теория государства права. Академический курс: В 3 т. / Отв. ред. проф. М.Н. Марченко. — М., 2001. — Т. 2. — С. 471.

<sup>4</sup> Там же.



Аналогия используется как правовой принцип и Французским гражданским кодексом: «Судья, который откажется рассматривать дело под предлогом пробела в законе, непонятности или несовершенства (недостаточности) закона, может быть привлечен к ответственности за отказ в правосудии (ст. 4)»<sup>5</sup>.

Закон о гражданско-правовом процессе, Лузен, 1852, § 193 гласит: «Суд должен ... там, где молчит право из закона, почерпнуть его из происходящего и из общих правовых принципов».

Австрийский гражданский кодекс, § 7 также указывает на необходимость применения аналогии права: если судебное дело остается сомнительным, то оно должно быть разрешено согласно естественным правовым принципам и с учетом тщательно собранных и достаточно обдуманных обстоятельств.

В 1902 г. известный русский цивилист-процессуалист и выдающийся адвокат Е. В. Васьяковский отмечал, что «восполнять пробелы ..., извлекая из существующих норм еще и другие, явно не выраженные, но *implicite* заключающиеся в них, ... наиболее правильный и вполне целесообразный способ»<sup>6</sup>. При этом он замечал, что это является общепризнанным в современных законодательствах европейских государств и в юридической литературе<sup>7</sup>.

Вопрос о допустимости аналогии при осуществлении правосудия по гражданским делам является предметом многолетних дискуссий российских ученых, которые продолжают в гражданской процессуальной теории сегодня, несмотря на его законодательное решение. До сих пор среди теоретиков и практиков сохраняется страх, что это приведет к бесконтрольному судебскому усмотрению, от которого недалеко и до произвола, и что судья может, прикрываясь сомнительным юридическими принципами, безнаказанно злоупотреблять своей властью.

Теоретические разногласия по этой проблеме привели к различному решению ее в процессуальных регламентах (ГПК РСФСР 1923 г., ГПК РСФСР 1964 г., ГПК РФ 2002 г. и АПК РФ 2002 г.).

Согласно ГПК РСФСР 1923 г. суд был обязан разрешать дела на основании действующих узаконений и распоряжений Рабоче-крестьянского правительства, а также постановлений местных органов власти, изданных в пределах предоставленной им компетенции (ст. 3). В соответствии со ст. 4 названного Кодекса «за недостатком узаконений и распоряжений для решения какого-либо дела суд решает его, руководствуясь общими началами советского законодательства и общей политикой Рабоче-крестьянского правительства».

В постатейных материалах указывалось, что ст. 4 ГПК не дает суду права не применять к делу прямых узаконений или распоряжений Рабоче-крестьянского правительства по данному вопросу, если таковые имеются. В случае же необходимости разрешения спорного вопроса на основании общих начал советского законодательства и общей политики Рабоче-крестьянского правительства суд должен, не ограничиваясь только ссылкой на эти основания, подробно изложить в решении, на какой именно общей политике правительства он основывает свое решение, так как без этого подробного изложения решение остается голословным, т. е. необоснованным, при полной невозможности проверить правильность таких общих ссылок<sup>8</sup>.

Отдельные авторы ст. 4 ГПК толковали слишком широко, считая, что она должна применяться и в тех случаях, когда существует закон, регулирующий конкретное правоотношение, но применение его противоречит интересам трудящегося<sup>9</sup>. По мнению А. Гойхбарга, суд не должен ограничиваться «формальной ссылкой на применение писаной нормы, когда конкретные особенности данного дела по классовому положению заинтересованных в нем лиц или по иной подобной причине вопиют против применения

<sup>5</sup> Французский гражданский кодекс / Науч. ред. и предисл. Д. Г. Лаврова. Пер. с фр. А. А. Жуковой, Г. А. Пашковской. — СПб., 2004. — С. 112.

<sup>6</sup> Васьяковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002. — С. 279.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> Из Инструктивного письма ГПК Верховного Суда РСФСР № 1 за 1926 г. // Гражданский процессуальный кодекс РСФСР. — М., 1957. — С. 148.

<sup>9</sup> См.: Доклад Гойхбарга и прения на V Всероссийском съезде деятелей советской юстиции // Сборник статей и материалов по гражданскому процессу за 1922-1924 гг. — М., 1925. — С. 90-93.



этой писаной нормы»<sup>10</sup>. Таким образом, автор ориентировал суды руководствоваться целесообразностью и классовой солидарностью даже при наличии закона, регулирующего спорное правоотношение, что достаточно часто имело место на практике.

Верховный Суд СССР и Верховный Суд РСФСР неоднократно обращали внимание на недопустимость противопоставления закона целесообразности, ориентируя суды не применять ст. 4 «в тех случаях, когда имеется закон, прямо предусматривающий разбираемый случай»<sup>11</sup>. Неправильное применение судами ст. 4 некоторыми учеными подвергалось критике и в юридической литературе<sup>12</sup>.

При обсуждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик мнения о необходимости закрепления аналогии разделились (в первом проекте Основ такая норма отсутствовала). Подкомиссия вынесла вопрос на обсуждение Комиссии, где также высказывались противоположные мнения. Утверждалось, что в судебной практике случаи «применения закона, регулирующего схожие отношения, встречаются крайне редко», что институт аналогии права нецелесообразен, поскольку «создает условия для нарушения и произвольного толкования закона». Но большинство депутатов поддержало предложение подкомиссии и ученых, выступивших в печати, отметив, что «между применением аналогии в гражданских и уголовных делах имеются существенные различия», поэтому «в Основах целесообразно сохранить аналогию закона и аналогию права»<sup>13</sup>. Эта норма, включенная в проект (ст. 13), была санкционирована законодателем: «В случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии такого закона суд исходит из общих начал и смысла советского законодательства» (ст. 12 Основ).

В ГПК 1964 г. норма о возможности применения аналогии закона и аналогии права была полностью инкорпорирована из Основ.

Таким образом, к аналогии закона суд мог прибегнуть лишь в том случае, когда отсутствовала норма права, регулирующая спорное правоотношение, а к аналогии права — когда отсутствовала как норма, регулирующая спорное правоотношение, так и норма, регулирующая сходное правоотношение. Во всех комментариях ГПК указывалось, что применение закона и права по аналогии должно быть мотивированно в решении суда<sup>14</sup>. Пленум Верховного Суда РСФСР в Постановлении от 26 сентября 1973 г. «О судебном решении» дал легальное определение законности решения, основываясь на ст. 4 ГК, ст. 10 ГПК, действующих в исследуемый период, исходя из требований ст. 192 ГПК о законности и обоснованности решения<sup>15</sup>.

Применение аналогии в материальном праве стало в правоприменительной практике достаточно привычным и распространенным явлением. При принятии новых ГК РФ и ГПК РФ бурных дискуссий по этому вопросу не было. Ст. 6 ГК РФ устанавливает, что в тех случаях, когда входящие в предмет гражданского права общественные отношения не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона). При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются из общих начал и смысла гражданского законодательства (то есть используется аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК). С аналогией права и закона связано положение п. 1 ст. 8 ГК РФ: гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые

<sup>10</sup> Гойхбарг А. Применение гражданских законов судом // Советское право. — 1923. — № 3 (6). — С. 11.

<sup>11</sup> Сборник действующих постановлений Пленума Верховного Суда СССР. — 1924-1951. — М., 1952. — С. 214.

<sup>12</sup> См. подробнее: 40 лет советского права. — Л., 1957. — Ч. 1. — С. 662.

<sup>13</sup> Цит. по: Хутыз М. Х. Научное наследие / Вступ. ст. и сост. Г. Д. Улетовой, В. В. Момотова: Сб. науч. тр. — Краснодар, 2003. — С. 71.

<sup>14</sup> См., например: Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР / Под ред. М. К. Треушниковой. — М., 2001. — С. 29.

<sup>15</sup> Решение является законным в том случае, когда оно вынесено при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях закона, регулирующего сходное отношение, либо исходит из общих начал и смысла советского законодательства (п. 1). См.: Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по гражданским делам. — М., 2001. — С. 830.



хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

В новый ГПК РФ почти без изменения инкорпорирована ст. 10 ГПК РСФСР 1964 г., допускающая аналогию закона и аналогию права, изменилась лишь ее нумерация (ч. 3 ст. 11 ГПК РФ 2002 г.).

Иной подход доминировал и остается таковым в общей теории права и науке гражданского процессуального права — о недопустимости применения аналогии в отрасли публичного права. Применения аналогии в гражданском процессе не допускал и законодатель. В основе отрицания аналогии в гражданском процессе лежали следующие традиционные аргументы противников применения аналогии в процессуальной сфере: а) ни суд, ни другие участники судопроизводства не вправе менять установленную процессуальную форму, они могут лишь приспособиться к ней; б) субъективные права участников судопроизводства, равно как и их юридические обязанности, намного «беднее» прав и обязанностей субъектов гражданского оборота, споры о процессуальных правах и обязанностях участников судопроизводства возникают нечасто и нет необходимости поиска средств их урегулирования; в) все вопросы, возникающие при рассмотрении дела, все равно разрешаются судом.

Возражая против изложенных аргументов, сторонники аналогии отмечали, что гражданское процессуальное право, являясь элементом системы права, имеет общие для системы признаки. Следовательно, объективно оно содержит пробелы, которые могут преодолеваться посредством аналогии, что предопределяет предложение о закреплении в ГПК специальной нормы, которая имела бы непосредственное отношение к аналогии как способу преодоления пробелов в процессуальном законодательстве<sup>16</sup>.

В юридической литературе долгое время высказывались диаметрально противоположные точки зрения — от полного отрицания до немедленной легализации спорного института<sup>17</sup>. Дискуссия по этому вопросу не прекращалась вплоть до 2000 г.

В ч. 5 ст. 1 ГПК 1964 г. (в ред. Федерального закона от 7 августа 2000 г. № 120-ФЗ) впервые была закреплена возможность применения судом аналогии процессуального закона и аналогии процессуального права<sup>18</sup>, что, по мнению некоторых ученых, подвело черту в дискуссии по вопросу о допустимости разрешения процессуальных вопросов путем применения аналогии<sup>19</sup>. Жизнь в очередной раз опровергла идею возможности создания абсолютно беспробельных кодификаций<sup>20</sup>. Ни одна самая совершенная кодификация, в том числе и действующий ГПК, не может быть полностью свободной от различного рода пробелов<sup>21</sup>. Давая оценку смелому нововведению законодателя, В. М. Жуйков указывает, что «новое положение ГПК лишь закрепило сложившуюся и положительно себя проявившую судебную практику применения процессуального законодательства по аналогии (причем как в гражданском, так и уголовном судопроизводствах), которая вызвана реальными потребностями и ведет не к произволу, а, наоборот, способствует достижению важнейшей цели правосудия — обеспечению защиты прав заинтересованных лиц. Пробелы в праве всегда были, есть и будут даже в самых стабильных законодательных системах, поскольку объективно невозможно предусмотреть все, что требует правового регулирования»<sup>22</sup>.

Комментируя ч. 4 ст. 1 ГПК РФ 2002, закрепившую применение аналогии процессуального закона и права, Г. А. Жилин отмечает, что в законодательстве трудно, а иногда и невозможно предусмотреть все многообразие ситуаций, которые могут возникнуть в процедуре рассмотрения и разрешения конкретного гражданского дела. В

<sup>16</sup> См.: Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. — Новосибирск. 1997. — С. 371, 372.

<sup>17</sup> См.: Авдюков М. Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. — М., 1974. — С. 177-190; Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. — М., 1974. — С. 158-183; Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. — М., 1997. — С. 143-189; Боннер А. Т. Установление обстоятельств гражданских дел. — М., 2001. — С. 104, 105, Цихоцкий А. В. Указ. соч. — С. 369-372 и др.

<sup>18</sup> СЗ РФ. — 2000. — № 33. — Ст. 3346.

<sup>19</sup> Гражданское процессуальное право России / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С. 20, 35.

<sup>20</sup> Подробнее см.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юр. наук. — М., 1980.

<sup>21</sup> Гражданское процессуальное право России / Под ред. М. С. Шакарян. — М., 2004. — С. 35.

<sup>22</sup> Жуйков В. М. Проблемы гражданского процессуального права. — М., 2001. — С. 71.





связи с этим в судебной практике довольно часто приходится преодолевать пробелы в правовом регулировании процессуальной деятельности и связанных с нею отношений между субъектами судопроизводства с помощью аналогии закона или права<sup>23</sup>.

Очевидно, что миф о беспробельности позитивного гражданского процессуального права развенчан и не на всякий жизненный для сторон вопрос имеется ответ в современном процессуальном законе.

Однако, на наш взгляд, преодоление пробелов в гражданском процессуальном праве с помощью аналогии закона и аналогии права успешно может быть применено судом лишь при строгом соблюдении основополагающих принципов гражданского процессуального права. Очевидно и то, что применение аналогии требует от судьи более глубокого знания действующего процессуального законодательства во избежание заполнения мнимых пробелов. К аналогии в процессуальном праве необходимо подходить весьма осторожно. По мере формирования судебной практики о применении новеллы целесообразно ее обобщение, пока же в принятом Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» лишь разъяснено, что «решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права (ч. 4 ст. 1, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ)»<sup>24</sup>.

Можно ли обеспечить законность при применении аналогии? Представляется, что законность и аналогия не являются взаимоисключающими категориями, что вновь подтверждено в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»<sup>25</sup>. Законность при применении аналогии обеспечивается при соблюдении следующих требований.

1. Она применяется лишь в том случае, когда ясно можно установить, что по соответствующему вопросу имеется пробел в праве.

2. Недопустимо применение аналогии там, где можно отыскать норму, относящуюся к рассматриваемому вопросу.

3. Недопустимо применение аналогии и там, где законодатель преднамеренно по иному урегулировал отношения. Например, в АПК РФ 2002 г. отсутствует институт отказа в принятии искового заявления, который был ранее предусмотрен в ст. 107 АПК РФ 1995 г., что, по мнению его разработчиков, повышает гарантии доступности правосудия в контексте ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>26</sup>.

4. При применении аналогии закона необходимо найти самую близкую по основным признакам норму из всех, имеющихся в правовой системе. Ошибка в применении аналогии может привести к обжалованию и, как следствие, к отмене судебного решения, поскольку суд применил закон, не подлежащий применению, или не применил закон, подлежащий применению, хотя в данном случае речь будет идти о законе, регулирующем сходные отношения.

5. Аналогия закона возможна лишь там, где признаки рассматриваемого отношения и признаки, предусмотренные нормой права, обнаруживают явное сходство, где ряд признаков двух явлений идентичен, тождественен друг другу.

По мнению Г. Лобанова, «самым архисложным моментом при применении аналогии является определение схожести отношений, которые будут подвергаться процедуре правового регулирования по аналогии закона»<sup>27</sup>. Такой вывод не во всех случаях правомерен. В гражданском процессе достаточно часто очевидна явная схожесть отношений, требующих

<sup>23</sup> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. Г. А. Жилина. — М., 2003. — С. 11.

<sup>24</sup> О судебном решении: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2003 г., № 23 // Бюллетень ВС РФ. — 2004. — № 2.

<sup>25</sup> Решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права (ч. 1 ст. 1, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ).

<sup>26</sup> Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий судьи Высшего Арбитражного Суда РФ Т. К. Андреевой. — М., 2003. — С. 210.

<sup>27</sup> Лобанов Г. Поговорим об аналогиях // Проблемы формирования судебной практики по гражданским делам на региональном уровне: Науч.-практ. семинар. — Екатеринбург, 2003. — С. 217.



разрешения по аналогии. Случай применения аналогии закона, когда разрешаемые вопросы имеют значительное сходство, предусмотрен, в частности, п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. № 2: «С учетом того, что ГПК РСФСР не устанавливал срок на обжалование судебных постановлений в порядке надзора, а при введении в действие ГПК РФ, установившего такой срок, Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. не определил порядок исчисления срока обжалования после 1 февраля 2003 г. судебных постановлений, вступивших в законную силу до указанной даты, этот порядок необходимо определять, применяя на основании части 4 статьи 1 ГПК РФ норму, регулиющую сходные отношения (аналогию закона), — ст. 9 Федерального закона от 24 июля 2002 г. «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации». Руководствуясь аналогией «чужого закона» срок подачи надзорной жалобы или представления прокурора на судебные постановления, вступившие в законную силу до 1 февраля 2003 г., Пленум Верховного Суда РФ предложил исчислять с 1 февраля 2003 г., т. е. со дня введения в действие ГПК РФ.

На наш взгляд, более сложным является уяснение — не преднамеренно ли законодатель именно так урегулировал отношения. В качестве примера можно привести ст. 125 ГПК РФ. В отличие от искового производства, предусматривающего различные правовые последствия в зависимости от характера имеющихся препятствий к возбуждению дела (отказ в принятии, возвращение и оставление искового заявления без движения), для приказного производства законодатель установил только отказ в принятии заявления о вынесении судебного приказа, причем перечень специальных оснований дан как исчерпывающий (абз. 2 ч. 1 ст. 125). Однако в названной статье не указаны последствия нарушения некоторых требований к содержанию заявления о вынесении судебного приказа, в частности, как должен поступить суд при отсутствии в заявлении наименования взыскателя, его место жительства или места нахождения. В юридической литературе правомерно обращено внимание на отсутствие среди оснований для отказа в принятии заявления наличия вступившего в силу судебного приказа по тождественному требованию, хотя очевидно его наличие должно служить основанием для отказа в принятии заявления о вынесении судебного приказа по тождественному требованию.

6. Дела должны разрешаться строго в рамках нормы, применяемой по аналогии, не выходя за ее пределы, т. е. применяя закон по аналогии, суд должен толковать его так же, как и при обычном применении этой нормы. Недопустимо приспособление правовой нормы к аналогичным правоотношениям путем несколько иного толкования<sup>28</sup>.

Потребность в применении аналогии процессуального закона возникает и в ряде других случаев. В ст. 136 ГПК РФ предусматривается оставление искового заявления без движения, если оно подано в суд без соблюдения установленных требований (ст. 131 и 132 ГПК). Судья выносит определение, в котором устанавливается разумный срок для исправления недостатков. Определение об оставлении заявления может быть обжаловано путем подачи частной жалобы. Если заявитель в установленный срок выполнит указания судьи, заявление считается поданным в день первоначального представления в суд и судья выносит определение о возбуждении производства по делу, в противном случае оно возвращается заявителю со всеми приложенными к нему документами. Какой процессуальный документ судья должен выносить в случае возврата заявления? В какой срок судья должен возвращать заявление? Подлежит ли обжалованию выносимый процессуальный документ? К сожалению, ст. 136 ГПК РФ не содержит ответов на поставленные практикой и нами вопросы, нет и прямой отсылки к ст. 135 ГПК и др. Представляется, что в рассматриваемом случае вполне уместно прибегнуть к аналогии процессуального закона (ч. 2 ст. 135 ГПК). Возвращение заявления следует оформлять мотивированным определением, которое должно быть в течение пяти дней по истечении установленного срока для исправления недостатков вручено или направлено заявителю вместе с заявлением и со всеми приложенными документами (с учетом срока прохождения почтовой корреспонденции). На определение судьи о возвращении искового заявления в связи с невыполнением указания судьи об исправлении недостатков в разумный срок может быть подана частная жалоба (аналогия ч. 3 ст. 135 ГПК).

<sup>28</sup> Алишкеров М. Процессуальная аналогия в гражданском судопроизводстве // Проблемы формирования судебной практики по гражданским делам на региональном уровне: Матер. науч.-практ. семинара. — Екатеринбург, 2003. — С. 205.





В ГПК РФ не указаны последствия несоблюдения требований, предъявляемых к форме и содержанию заявления об отмене заочного решения. На практике этот пробел восполняется путем применения аналогии закона, в частности, ст. 323 и 341 ГПК РФ, предусматривающих оставление без движения апелляционных (кассационных) жалоб и представлений.

В ГПК РФ не установлены основания возвращения заявления об отмене заочного решения, хотя на практике такая необходимость возникает. Представляется, что и в этом случае можно прибегнуть к аналогии закона, возвратив заявление, если оно подано лицом, не имеющим на то право, либо по истечении установленного законом срока, если не заявлено ходатайство о его восстановлении (ст. 324, 342).

В соответствии с ч. 3 ст. 247 ГПК РФ судья оставляет заявление без движения и разъясняет заявителю необходимость оформления искового заявления по правилам ст. 131 и 132 ГПК, если при подаче заявления в суд будет установлено, что имеет место спор о праве, подведомственный суду. На практике наличие спора о праве устанавливается, как правило, в стадии подготовки дела к судебному разбирательству или в процессе рассмотрения и разрешения дела, возникшего из публичных правоотношений. Каковы в этом случае правовые последствия, законодатель не указывает. Ответ на возникший в практике вопрос мы находим в абз. 4 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации». Пленум рекомендует в указанном случае руководствоваться аналогией процессуального закона (ч. 4 ст. 1 ГПК) и применять норму, регулиющую сходные отношения в особом производстве (ч. 3 ст. 263 ГПК). При этом выносится определение об оставлении заявления без рассмотрения, в котором разъясняется заявителю и другим заинтересованным лицам их право разрешить спор в порядке искового производства<sup>29</sup>.

Потребность в аналогии чужого закона может возникнуть при применении ст. 392 ГПК РФ, предусматривающей основания для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений суда, вступивших в законную силу, поскольку названная норма отстает от потребностей современного гражданского судопроизводства.

Обратим внимание на то, что в п. 6 ст. 311 АПК РФ содержится новое основание пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам. Речь идет о таком основании, как признание Конституционным Судом Российской Федерации неконституционности закона, примененного арбитражным судом в конкретном деле, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Конституционный Суд. Указанное положение согласуется с ч. 3 ст. 79, ч. 2 ст. 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», в соответствии с которыми при признании закона, примененного в конкретном деле, не соответствующим Конституции РФ, данное дело во всяком случае подлежит пересмотру компетентным органом в обычном порядке. Представляется, что расширение в АПК РФ перечня оснований пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам за счет включения в него решения Конституционного Суда о признании неконституционным закона, примененного арбитражным судом в конкретном деле, явится дополнительной гарантией защиты прав лиц, участвующих в деле, а также будет способствовать обеспечению единообразия в применении законодательства и судебной практики. К сожалению, в ГПК РФ такой нормы нет. Думается, что впредь до внесения дополнений в ст. 392 ГПК РФ, предусматривающую основания для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений суда, вступивших в законную силу, суды общей юрисдикции могли бы применять аналогию другого процессуального закона, в частности, п. 6 ст. 311 АПК РФ, хотя, несомненно, возможно и применение положений ст. 79 Закона о Конституционном Суде РФ, в соответствии с которой решения судов и иных органов, основанные на актах, признанных неконституционными, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях.

В п. 7 ст. 311 АПК РФ предусмотрено еще одно новое основание для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, включение которого обусловлено

<sup>29</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2003. — № 3.



вступлением России в Совет Европы и распространением на ее территорию юрисдикции Европейского суда по правам человека: установленное Европейским судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении арбитражным судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Европейский суд по правам человека. В ГПК РФ подобной нормы нет. Представляется, что и в этом случае суды общей юрисдикции могут использовать аналогию арбитражного процессуального закона, пересматривая по вновь открывшимся обстоятельствам решения, определения суда, вступившие в законную силу. Как справедливо отмечает Т. К. Андреева, решение Европейского суда по конкретному делу имеет значение не только для восстановления нарушенного права заявителя, но и для развития права, для обеспечения единообразия судебной практики<sup>30</sup>. В этой связи очевидна необходимость унификации положений ГПК РФ и АПК РФ, касающихся оснований пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам.

Проведенное исследование применения института аналогии в России и зарубежных государствах показало значимость и необходимость данного института для совершенствования правовой системы в целом. Развитие юриспруденции со времен Рима практически не отразилось на понимании аналогии. Вопрос об аналогии права и аналогии закона всегда возникает применительно к конкретным отраслям права и связан с существующими пробелами в текущем законодательстве. Наибольшую остроту данная проблема приобретает в связи с принятием конкретных судебных решений и организации гражданского судопроизводства.

Актуальность и значимость аналогии не в последнюю очередь обусловлена усложнением общественных отношений, являющихся предметом судебной юрисдикции, в связи с этим адекватно должны использоваться имеющиеся процессуальные средства, в том числе и из других процессуальных регламентов. Для современного гражданского оборота гибкость процессуальных механизмов очень важна.

Несмотря на значимость и ценность новации о применении аналогии процессуального закона и аналогии процессуального права ряд исследователей, приветствуя разрешение аналогии процессуального закона, по-прежнему считают разрешение аналогии процессуального права ошибочным, поскольку в отличие от гражданских материальных отношений в процессе допустимы только действия, предусмотренные процессуальным законодательством. В этой связи у суда для совершения процессуальных действий должен быть определенный ориентир — норма ГПК, регулирующая сходное отношение<sup>31</sup>.

На наш взгляд, сегодня уже более актуальна для дискуссии проблема пределов применения аналогии, о чем мы неоднократно писали и говорили на различных международных конференциях, т. е. необходимо ли вести речь лишь об аналогии российского процессуального закона этой же отраслевой принадлежности или допустима аналогия процессуального закона иной отраслевой принадлежности (российская практика дает многочисленные примеры аналогии собственного и чужого закона). Когда мы говорим об иной отраслевой принадлежности, надо ли ограничиться относительно гражданского процесса лишь нормами АПК РФ либо возможна аналогия УПК РФ? Сегодня вполне возможно на доктринальном уровне поставить вопрос о возможности применения гражданского процессуального закона иностранного государства, хотя ряд ученых это категорически исключают<sup>32</sup>.

Различие мнений относительно аналогии в процессуальном праве позволяет констатировать: проблема в научном плане требует дальнейшего комплексного исследования учеными различных областей знания.

В целом теория права призвана предоставлять отраслевым наукам четкую теоретическую схему разрешения возникающих коллизий и восполнения пробелов. А отраслевые науки, владея теоретическими знаниями, преломляя их к своей области, должны совместными усилиями с теоретиками права совершенствовать законодательство конкретных отраслей и правовую систему России в целом.

<sup>30</sup> Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Постатейный научно-практический комментарий судьи Высшего Арбитражного Суда РФ Т. К. Андреевой. — М., 2003. — С. 489.

<sup>31</sup> Бутнев В. В. Некоторые вопросы совершенствования гражданского судопроизводства России // Государство и право на рубеже веков: Матер. всеросс. конф. — М., 2001. — С. 153, 154.

<sup>32</sup> Там же. — С. 154.



С учетом современного контекста развития права и государства российское общество нуждается в формировании нового типа правопонимания, адекватно отражающего происходящие в мире процессы глобализации, правовой конвергенции и мультикультурализма. В силу длительного господства юридического позитивизма современным ученым достаточно трудно смириться с мыслью об ином правопонимании, с точки зрения которого в случае неполноты или отсутствия закона, судья должен найти решение, используя не только систему действующего законодательства, его смысл, но и источники внеправового характера — социальные, моральные т. п.

Практическое решение вопросов, связанных как с применением аналогии, так с признанием судебного прецедента источником права, в конечном итоге зависит от формирования нового типа правопонимания, отвечающего потребностям и уровню развития современной жизни.

На наш взгляд, не следует опасаться применения аналогии, потому что она не устраняет пробел, а лишь преодолевает его. Кроме того, решение, вынесенное по аналогии, обязательно лишь для конкретного дела и его субъектов. Оно не обязательно для законодателя, который может иным образом урегулировать коллизию, устранив ее. При этом решение проблемы законодателем может и не совпадать с ранее выработанной позицией суда.

Иное понимание означало бы признание неизменности вынесенного однажды решения и безусловной подмены судебной властью законодателя. Решение законодателя может и совпадать с позиций суда. И в этом случае признание нормативности судебных суждений означало бы признание возможности дублирования норм, возможности функционирования одновременно двух аналогичных норм по одному вопросу, что нарушает общие закономерности функционирования права, обусловленные самой его природой. Так, Н. М. Коркунов, основатель российской теории права, справедливо указывал: «Суд должен судить по закону или обычаю, а не по своему усмотрению, но этим отнюдь не исключается творческое значение судебной практики. Так и правительство ... ограничено законами палат, и тем не менее, указы его ... являются самостоятельным источником права ... То же самое заключение необходимо сделать и в отношении судебной практики ... деятельность суда по существу своему не может быть лишена творческого духа»<sup>33</sup>.

Итак, в современной доктрине теории права и гражданского процесса России формируется новый тип правопонимания, складывается новое представление о процессе применения норм права, приемов поисковой деятельности суда, где немаловажную роль играет применение аналогии права. Для успешного применения указанного института, на наш взгляд, необходимо продолжать совершенствовать отечественную судебную систему с учетом собственного историко-правового опыта развития и достижений в области права иностранными правовыми системами.



<sup>33</sup> Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1904. — С. 296.