

УДК 340.132.666

## Применение института аналогии в материальном и процессуальном праве России: история и современность

В.В. МОМОТОВ,  
доктор юридических наук, профессор,  
зав. кафедрой теории и истории государства и права КубГУ,  
судья Верховного суда Российской Федерации,

Г.Д. УЛЕТОВА,  
доктор юридических наук, профессор,  
зав. кафедрой гражданского, арбитражного процесса и трудового права КубГУ,

С.А. МАРКОВА-МУРАШОВА,  
доктор юридических наук,  
профессор кафедры теории и истории государства и права КубГУ

*Рассматривается легитимный властный государственный процесс, связанный с преодолением пробелов в законодательстве, которые препятствуют применению права. Исследуются понятия «аналогия закона» и «аналогия права». Обосновывается вывод о том, что для успешного применения аналогии права необходимо продолжать совершенствовать отечественную судебную систему с учетом собственного историко-правового опыта развития и достижений в области права иностранными правовыми системами.*

*Ключевые слова:* пробелы в законодательстве, процессуальное право, аналогия права, аналогия закона.

*The application of the institute of analogy in the material and procedural law of Russia:  
history and modernity*

*Momotov V.V., Uletova G.D., Markova-Murashova S.A.*

*The authors examine the process of legitimate state power related to overcoming the gaps in the legislation, which hinder the application of the law. Explores the concept of "analogy of the law" and "the analogy of the right". The authors concludes that for the successful application of analogy of law need to continue to improve the domestic judicial system taking into account its historical and legal experience of development and achievements in the field of the rights of foreign legal systems.*

*Keywords:* blanks in the legislation, a procedural right, analogy of the right, analogy of the law.

**К**онституционные реформы и активное законотворчество последних десяти лет в Российской Федерации предоставляют замечательную возможность для плодотворной дискуссии, объединяющей все дисциплины юриспруденции. Сложные процессы становления и развития институтов гражданского общества и правового государства, проходящие 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 Российской Федерации в последние годы, оно все еще остается пробельным и нуждается в дальнейшем совершенствовании. При таких обстоятельствах нельзя не признать существование коллизий в рамках национальной правовой системы, которые, безусловно, мешают ее работе, сказываются на состоянии законности и правопорядка. Предупреждение, вос-

полнение и устранение данных аномалий — важнейшая проблема 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 служат важным инструментом мышления, общения, выработки научных концепций и классификаций, преодоления коллизий в праве. К их числу в рамках настоящей статьи можно отнести, например, такие понятия, как *аналогия закона и аналогия права*.

В контексте рассматриваемой проблемы нас будет интересовать исключительно *легитимный властный государственный процесс*, связанный с преодолением тех пробелов в законодательстве, которые препятствуют применению права. Таким властным процессом может стать аналогия права в форме применения к не-

урегулированному 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 коллизией с иной нормой.

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>.

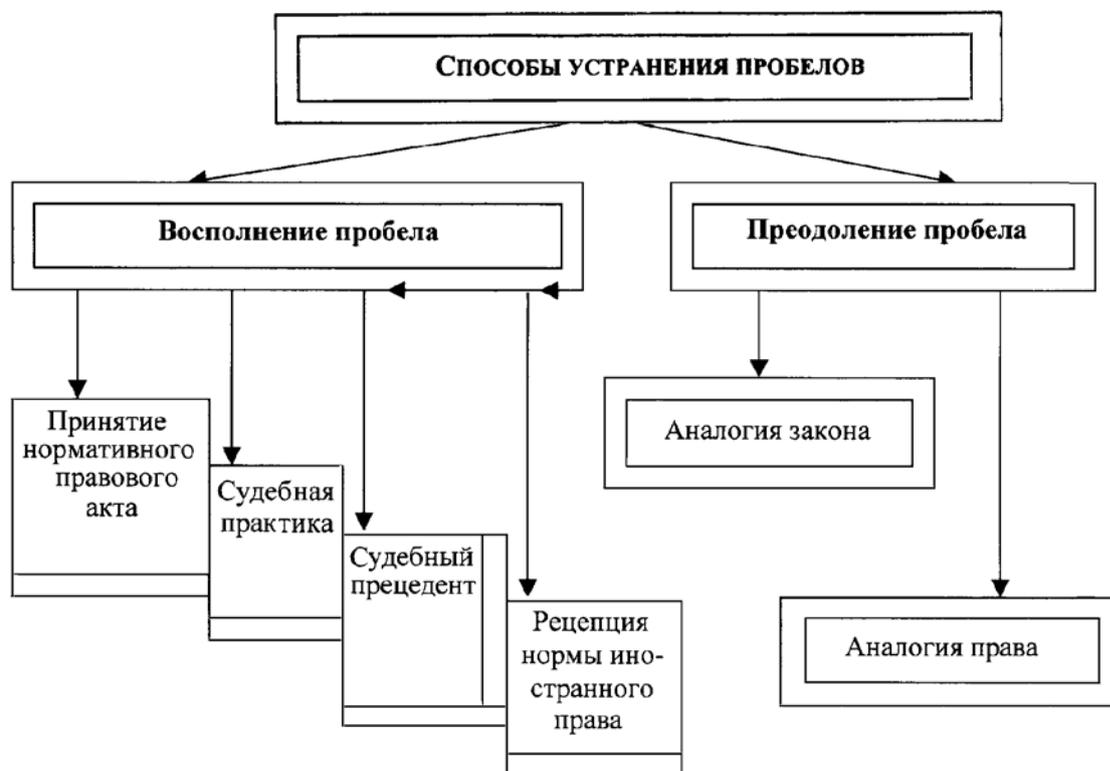
В зависимости от типа правовой системы, от состава источников права и типа правопонимания, проблемы, связанные с наличием указанных пробелов, решаются по-разному. Страны англосаксонской правовой семьи в этом более успешны, а в странах романо-германской правовой семьи проблем возникает больше, поскольку пробелы рассматриваются как недостатки правовой системы и приходится их устранять. При этом, чтобы не возникало сложностей и ошибок в правоприменении, надо очень четко различать два самостоятельных способа: восполнение пробела и преодоление его.

Однако 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 относительно применения для преодоления пробелов *аналогии*.

Способы преодоления пробелов изображены схематически на рисунке.

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

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



<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. ст. — Краснодар — СПб., 2007. С. 227.

чения) она развивает более общие принципы и применяет их к случаям, которые не подпадают ни под какую законодательную норму...»<sup>1</sup>.

Современные теоретики 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>2</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 отыскивается здесь в процессе анализа достаточно абстрактных понятий (идеи, начала, принципов, смысла и иных источников права). Правоприменитель в таких условиях становится творцом права, обращаясь к глубинным и вечным его основам, что требует от него исключительно высокого уровня профессионализма, развитого и субъективно воспринятого чувства законности<sup>3</sup>.

Мировая история права свидетельствует, что со времен римского права законодателями различных государств судебным органам предоставлялось право создавать недостающие 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. Современно звучит сентенция римского юриста Павла: «Обходит закон тот, кто, держась за слова, упускает из виду (нарушает) его смысл и его предназначение»<sup>4</sup>.

В Риме в процессе возрастающих противоречий между архаичным формальным гражданским правом и развитием экономических отношений родилось преторское право, дающее защиту новым правоотношениям. На смену старым формулам, изобретенным в свое время жрецами, пришли формулы-иски, которые

составлял претор, руководствуясь здравым смыслом, основанным на моральных и философских принципах, отражавших в конечном итоге экономический и социальный интерес. Это и «справедливость», и «добрая совесть», и «истинная воля» участников правоотношения, и «свободная оценка доказательств».

В силу того что римское право, как справедливо полагают практически все его исследователи, представляет собой систему исков, 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. на справедливость, обеспечивая правовую защиту новым отношениям, еще не урегулированным гражданским 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 зародилась 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. Такой суд стали называть 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 лорда-канцлера приобрели форму прецедента и стали действующим источником права.

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

В § 7 Австрийского гражданского кодекса также указывается на необходимость приме-

<sup>1</sup> Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. — М., 1968. С. 192.

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

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Д. 3.29.

<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.

нения 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 году известный русский цивилист-процессуалист и выдающийся адвокат Е.В. Васильковский 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>1</sup>. Автор также отмечал, что это является общепризнанным в современных законодательствах европейских государств и в юридической литературе<sup>2</sup>.

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

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

Согласно ГПК РСФСР 1923 года 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 комментариях указывалось, что ст. 4 ГПК РСФСР 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>3</sup>.

Отдельные авторы ст. 4 ГПК РСФСР 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>4</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 этой писаной нормы»<sup>5</sup>. Таким образом, автор ориентировал суды на то, чтобы руководствоваться целесообразностью и классовой солидарностью даже при наличии закона, регулирующего спорное правоотношение, что достаточно часто встречалось на практике.

ВС СССР и ВС РСФСР неоднократно обращали внимание на недопустимость противопоставления закона целесообразности, рекомендуя судам не применять указанную ст. 4 «в тех случаях, когда имеется закон, прямо предусматривающий разбираемый случай»<sup>6</sup>. Неправильное применение судами ст. 4 некоторые ученые подвергали критике в юридической литературе<sup>7</sup>.

При обсуждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик (далее — Основы) 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

<sup>1</sup> Васильковский Е.В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002. С. 279.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См.: Инструктивное письмо ГКК ВС РСФСР № 1 за 1926 г. // Гражданский процессуальный кодекс РСФСР. — М., 1957. С. 148.

<sup>4</sup> См.: Доклад А. Гойхбарга и прения на V Всероссийском съезде деятелей советской юстиции // Сб. ст. и материалов по гражданскому процессу за 1922—1924 гг. — М., 1925. С. 90—93.

<sup>5</sup> Гойхбарг А. Применение гражданских законов судом // Советское право. 1923. № 3(6). С. 11.

<sup>6</sup> Сборник действующих постановлений Пленума ВС СССР. 1924—1951 гг. — М., 1952. С. 214.

<sup>7</sup> Подробнее см.: 40 лет советского права. — Л., 1957. Ч. 1. С. 662.

для нарушения и произвольного толкования закона». Однако большинство депутатов поддержали 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>1</sup>. Эта норма, включенная в проект Основ (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 ГК РСФСР 1964 года 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 к ГК РСФСР указывалось, что применение закона и права по аналогии должно быть мотивировано в решении суда<sup>2</sup>. Пленум ВС РСФСР в постановлении от 26.09.1973 № 9 «О судебном решении» дал легальное определение законности решения, основываясь на ст. 4 ГК РСФСР, ст. 10 ГК РСФСР, действующих в исследуемый период, исходя из требований ст. 192 ГК РСФСР о законности и обоснованности решения<sup>3</sup>.

Применение аналогии в материальном праве стало в правоприменительной практике достаточно привычным и распространенным явлением. При принятии новых ГК РФ и ГК РФ 2002 года бурных дискуссий по этому вопросу не было. Статья 6 ГК РФ устанавливает, что в тех случаях, когда входящие в предмет гражданского права общественные отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения

(аналогия закона). При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

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

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

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, основываясь на следующих традиционных аргументах противников применения аналогии в процессуальной сфере: ни суд, ни другие участники судопроизводства не вправе менять установленную процессуальную форму, они могут лишь приспособиться к ней; 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 не часто, и нет необходимости поиска средств их урегулирования; вопросы, возникающие при рассмотрении дела, все равно разрешаются судом.

Возражая против изложенных аргументов, сторонники применения аналогии отмечали, что гражданское процессуальное право, являясь элементом системы права, имеет общие для системы признаки, следовательно, объективно содержит пробелы, которые могут преодолеваются посредством аналогии, что предопределяет предложение о закреплении в ГК РФ специальной нормы, которая имела бы непо-

<sup>1</sup> Цит. по: Хутиыз М.Х. Научное наследие: Сб. науч. тр. / Вступ. ст. и сост. Г.Д. Улетовой, В.В. Момотова. — Краснодар, 2003. С. 71.

<sup>2</sup> См., например: Научно-практический комментарий к ГК РСФСР / Под ред. М.К. Треушникова. — М., 2001. С. 29.

<sup>3</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 ВС и ВАС РФ по гражданским делам. — М., 2001. С. 830.

средственное отношение к аналогии как способу преодоления пробелов в процессуальном законодательстве<sup>1</sup>.

В юридической литературе долгое время высказывались диаметрально противоположные точки зрения — от полного отрицания до немедленной легализации спорного института<sup>2</sup>. Дискуссия по этому вопросу не прекращалась вплоть до 2000 года.

В части 5 ст. 1 ГПК РСФСР 1964 года (в ред. от 07.08.2000) впервые была закреплена возможность применения судом аналогии процессуального закона и аналогии процессуального права, что, по мнению некоторых ученых, подвело черту в дискуссии по вопросу о допустимости разрешения процессуальных вопросов путем применения аналогии<sup>3</sup>. Жизнь в очередной раз опровергла идею возможности создания абсолютно беспробельных кодификаций<sup>4</sup>. Ни одна самая совершенная кодификация, в том числе и действующий ГПК РФ, не может быть полностью свободной от различного рода пробелов<sup>5</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 в уголовном судопроизводстве), 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>6</sup>.

Комментируя ч. 4 ст. 1 ГПК РФ 2002 года, закрепившую применение аналогии процессуального закона и аналогии процессуального 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 этой связи в судебной практике довольно часто приходится преодолевать пробелы в правовом регулировании процессуальной деятельности и

связанных с ней отношений между субъектами судопроизводства с помощью аналогии закона или права<sup>7</sup>.

Очевидно, что миф о беспробельности позитивного гражданского процессуального права развенчан и не на всякий жизненно важный 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 постановлении Пленума ВС РФ от 19.12.2003 № 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. 1 ст. 1, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ).

Можно ли обеспечить законность, применяя аналогию? Представляется, что законность и аналогия не являются взаимоисключающими категориями, и это вновь подтверждено в постановлении Пленума ВС РФ от 19.12.2003 № 23 «О судебном решении». Законность при применении аналогии обеспечивается при соблюдении следующих требований.

1. Аналогия закона 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-ино-

<sup>1</sup> См.: Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. — Новосибирск, 1997. С. 371—372.

<sup>2</sup> См.: Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. — М., 1970. 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. Принцип законности... С. 369—372, и др.

<sup>3</sup> См.: Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. — М., 2004. С. 20, 35.

<sup>4</sup> Подробнее см.: Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1980.

<sup>5</sup> См.: Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. Указ. изд. С. 35.

<sup>6</sup> Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. — М., 2001. С. 71.

<sup>7</sup> См.: Комментарий к ГПК РФ (постатейный) / Под ред. Г.А. Жилина. — М., 2003. С. 11.

му урегулировал отношения. Например, в АПК РФ 2002 года отсутствует институт отказа в принятии искового заявления, который был ранее предусмотрен в ст. 107 АПК РФ 1995 года, что, по мнению его разработчиков, повышает гарантии доступности правосудия в контексте ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>1</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 идентичны, тождественны 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>2</sup>. Такой вывод, на наш взгляд, не во всех случаях правомерен. В гражданском процессе достаточно часто очевидна явная схожесть отношений, требующих разрешения по аналогии. Случай применения аналогии закона, когда разрешаемые вопросы имеют значительное сходство, предусмотрен, в частности, п. 22 постановления Пленума ВС РФ от 20.01.2003 № 2, в котором сказано: «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, регулирующую сходные отношения (аналогию закона), — статью 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 пред-

ставления прокурора на судебные постановления, вступившие в законную силу до 1 февраля 2003 г., Пленум ВС РФ предложил исчислять с 1 февраля 2003 г., т. е. со дня введения в действие ГПК РФ.

На наш взгляд, более сложным является выяснение, 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 (абзац второй 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 местожительства или местонахождения. 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, что 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>3</sup>.

Потребность в применении аналогии процессуального закона возникает и в ряде других случаев. В статье 136 ГПК РФ предусматривается оставление искового заявления без движения, если оно подано в суд без соблюдения установленных требований (статьи 131 и 132). 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 установлен-

<sup>1</sup> См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий судьи ВАС РФ Т.К. Андреевой. — М., 2003. С. 210.

<sup>2</sup> Лобанов Г. Поговорим об аналогиях // Проблемы формирования судебной практики по гражданским делам на региональном уровне: Науч.-практ. семинар. — Екатеринбург, 2003. С. 217.

<sup>3</sup> См.: Алискеров М. Процессуальная аналогия в гражданском судопроизводстве // Проблемы формирования судебной практики по гражданским делам на региональном уровне: Науч.-практ. семинар. Указ изд. С. 205.

ный 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 РФ и т. д. Представляется, что в рассматриваемом случае вполне уместно прибегнуть к аналогии процессуального закона (ч. 2 ст. 135 ГПК РФ). Возвращение заявления следует оформлять мотивированным определением, которое должно быть в течение 5 дней по истечении установленного срока для исправления недостатков вручено или направлено заявителю вместе с заявлением и со всеми приложенными к нему 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 РФ).

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 статей 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 если оно подано по истечении установленного законом срока и не заявлено ходатайство о его восстановлении (статьи 324 и 342).

В соответствии с ч. 3 ст. 247 ГПК РФ судья оставляет заявление без движения и разъясняет заявителю необходимость оформления искового заявления по правилам статей 131 и 132 ГПК РФ, 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 право-

отношений. Каковы в этом случае правовые последствия, законодатель не указывает. Ответ на возникший в практике вопрос мы находим в абзаце четвертом п. 10 постановления Пленума ВС РФ от 20.01.2003 «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 РФ) и применять норму, регулиющую сходные отношения в особом производстве (ч. 3 ст. 263 ГПК РФ). 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>1</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, постановлений президиума суда надзорной инстанции, 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 КС РФ неконституционным 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 от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее — Закон о КС РФ), 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 КС РФ 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, преду-

<sup>1</sup> Бюллетень ВС РФ. 2003. № 3.

смаатривающую основания для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений суда, постановлений президиума суда надзорной инстанции, 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 КС 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 пункте 4 ч. 3 ст. 311 АПК РФ предусмотрено еще одно новое основание для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, включение которого обусловлено 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 и определения суда, вступившие в законную силу. Как справедливо отмечает судья ВАС РФ 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>1</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 проблемами в текущем законодательстве. Наиболь-

шую остроту данная проблема приобретает в связи с принятием конкретных судебных решений и организацией гражданского судопроизводства.

Актуальность и значимость аналогии не в последнюю очередь обусловлена усложнением общественных отношений, являющихся предметом судебной юрисдикции, поэтому должны адекватно использоваться имеющиеся процессуальные средства, в том числе и из других процессуальных регламентов. Для современного гражданского оборота гибкость процессуальных механизмов чрезвычайно 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 РФ, регулирующая сходное отношение<sup>2</sup>.

На наш взгляд, сегодня для дискуссии более актуальна проблема пределов применения аналогии, о чем мы неоднократно писали и говорили на различных международных конференциях, т. е. стоит 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 реальна на доктринальном уровне постановка вопроса о применении гражданского процессуального закона иностранного государства, хотя ряд ученых категорически исключают такую возможность<sup>3</sup>.

Расхождение во мнениях относительно аналогии в процессуальном праве позволяет констатировать: проблема требует дальнейшего комплексного исследования учеными различных областей знания.

В целом теория права призвана предоставлять отраслевым наукам четкую теоретическую схему разрешения возникающих коллизий и

<sup>1</sup> См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий судьи ВАС РФ Т.К. Андреевой. — М., 2003. С. 210.

<sup>2</sup> См.: Бутнев В.В. Некоторые вопросы совершенствования гражданского судопроизводства России // Государство и право на рубеже веков: Материалы Всерос. конф. — М., 2001. С. 153—154.

<sup>3</sup> Там же. С. 154.

восполнения пробелов. А отраслевые науки, владея теоретическими знаниями, преломляя их применительно к своей области, должны совместными усилиями с теоретиками права совершенствовать законодательство конкретных отраслей и правовую систему России в целом.

С учетом современного контекста развития государства и права 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 неправового характера — социальные, моральные т. п.

Практическое решение вопросов, связанных как с применением аналогии, так и 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, поскольку 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 также совпадать с позицией 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, изданными при соучастии палат, и тем не менее указы... являются самостоятельным источником права. <...> То же самое мы видим и в отношении к судебной практике. ...деятельность суда по самому своему существу не может быть чужда творческого элемента<sup>1</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 аналогия 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>1</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1904. С. 296.