

УДК 340.1

DOI 10.34076/2658_512X_2021_1_12

Захарова Елизавета Вадимовна (zakharova.elizavetka@mail.ru)
ORCID: 0000-0003-1343-8485

Студент Института государственного и международного права
Уральского государственного юридического университета

Elizaveta V. Zakharova

ORCID: 0000-0003-1343-8485

Ural State Law University

Institute of state and international law, Student

Научный руководитель

Владимирова Дарина Сергеевна (dari.vladimirova@mail.ru)

Преподаватель кафедры теории государства и права

Уральского государственного юридического университета,
ведущий специалист Института частного права

Academic supervisor

Darina S. Vladimirova

Lecturer of the Department of Theory of state and Law

Ural State Law University

Leading specialist of the Institute of private law

Восполнение пробелов в законодательстве при помощи использования инструментов анalogии права и закона

Filling Legitimacy Gaps by Using the Implements of Analogy of Law and Statute

Для цитирования: Захарова Е. В. Восполнение пробелов в законодательстве при помощи использования инструментов аналогии права и закона // Уральский журнал правовых исследований. 2021. №. 1. С. 12–18. DOI 10.34076/2658_512X_2021_1_12.

For citation: E. V. Zakharova, 'Filling legitimacy gaps by using the implements of analogy of law and statute', Ural Journal of Legal Research, 2021, No. 1. pp. 12–18. DOI 10.34076/2658_512X_2021_1_12.

Аннотация: В настоящее время пробелы в законодательстве являются одной из базовых проблем российского правопорядка. С целью их восполнения были разработаны инструменты аналогии закона и аналогии права, применяемые для решения спорных случаев в период, когда законодатель еще не успел урегулировать общественное отношение либо издать специальную норму для его регламентации. Ценность аналогии права и аналогии закона, главным образом, состоит в том факте, что с их помощью гражданам не приходится годами ждать решения по спорному вопросу, поскольку их дела решаются более быстро.

Ключевые слова: пробел в праве, пробел в законодательстве, аналогия права, аналогия закона, правоприменение.

Abstract: Currently, gaps in legislation are one of the basic problems of the Russian law and order. In order to fill them, the tools of analogy of law and analogy of statute were developed, that are used to resolve controversial cases during the period when the legislator has not yet managed to regulate public relations and issue a special norm for its regulation. The value of the analogy of law and the analogy of statute, mainly, is that with their help, citizens do not have to wait for years for a

decision on a controversial issue, waiting out the procedure for formalizing the norm, since their cases are resolved more quickly.

Keywords: gap in law, gap in legislation, analogy of law, analogy of statute, law enforcement.

В настоящее время можно часто услышать такой термин как «пробел в законодательстве и праве», который нередко приводит людей в недоумение, заставляя их задумываться о целостности и эффективности законодательства и права в целом. Но что же такое пробел в праве на самом деле, и какие инструменты используются для его восполнения?

Пробел в праве это отсутствие конкретной нормы, которая необходима для регламентации правоотношения, входящего в сферу правового регулирования. При этом же возникающие и развивающиеся правоотношения требуют урегулирования, а в случае возникновения споров – справедливого разрешения [1].

Примером дела, в процессе разрешения которого был выявлен пробел в законодательстве, может стать первое «экологическое дело» «Фадеева против России»¹, рассматриваемое в Европейском суде по правам человека. Гражданка из города Череповец утверждала, что ухудшение состояния ее здоровья напрямую было связано с проживанием в экологически неблагоприятной санитарно-защитной зоне рядом с заводом и просила о переселении ее в благоприятную для проживания среду, отдаленную от производственной территории. Пройдя все национальные судебные инстанции и не получив защиты своих прав, гражданка обратилась в международный орган по защите прав человека. Для подтверждения своей позиции заявительница ссылаясь на градостроительные правила 1989 года², которые, по ее мнению, предписывали, что владельцы завода были обязаны реализовать различные экологические меры в санитарно-защитной зоне, включая переселение всех жильцов на экологически безопасную территорию. То есть одним из пробелов в экологическом праве России является то, что граждане не могут защитить свои естественные права в национальных судебных инстанциях, поскольку основной проблемой является доказывание случая их нарушения. По делу же видно, что гражданка фактически не могла подтвердить, что именно выбросы и неблагоприятная окружающая среда стали первоочередной причиной ухудшения ее здоровья. Тем самым она не могла реализовать и защитить свое конституционное право на благоприятную окружающую среду.

Более того, можно обнаружить еще один пробел в праве, проанализировав данное дело. В нормативно-правовых актах предусматривается переселение граждан из санитарно-защитной зоны в порядке очереди, которое будет осуществлено лишь в случае наличия соответствующих средств в федеральном бюджете. Следовательно, для того чтобы восполнить данный пробел в российское законодательство необходимо внести нормы, устанавливающие реальные сроки для переселения всех граждан из опасных для проживания территорий, а также предусмотреть выделение средств из государственного бюджета для их оперативной реализации.

Как известно, по статье 48 Конституции³ Российской Федерации каждый человек имеет право на получение квалифицированной юридической помощи, поэтому суд не вправе отказать в решении дела, обосновывая отклонение тем, что в законодательстве не существует нормы, регулирующей данное правоотношение. В таких ситуациях зачастую используется знакомый нам в обыденной жизни прием – решение дела по аналогии.

1 Фадеева против России: постановление Европейского суда по правам человека от 09 июня 2005 г. № 55723/00 // Официальная база практики Европейского суда по правам человека: сайт. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus/?i=001-100063> (дата обращения 10.10.2020).

2 Градостроительство. Планировка и застройка городских и сельских поселений: строительные нормы и правила от 02.07.01-89 // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации. URL: <http://docs.cntd.ru/document/5200163> (дата обращения 12.12.2020).

3 Конституция Российской Федерации (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 г. № 2-ФКЗ, от 01.07.2020 г. № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства Рос. Федерации. 2020, № 31. Ст. 4398.

В гражданском праве возможность применения аналогии права и аналогии закона прямо закреплена в 6 статье Гражданского кодекса Российской Федерации⁴. В ней идет речь о том, что в случаях, когда возникает пробел в законодательстве, могут применяться правовые нормы, регулирующие сходные отношения. Так, в правовой науке выделяется два вида аналогий, применяемых в подобных случаях. Аналогия закона – это применение к неурегулированному общественному отношению нормы закона, которая регулирует очень сходные общественные отношения. В том же случае когда аналогию закона применить невозможно, то применяется аналогия права. Аналогией права является применение к неурегулированному общественному отношению при отсутствии нормы, регулирующей сходные отношения, общих начал и смысла законодательства.

Следует отметить то, что в других нормативно-правовых актах напрямую о возможности применения аналогии закона и аналогии права речи не идет, но она непременно используется. То есть правоприменитель может основывать свое решение на норме права той же области права, к которой относится рассматриваемое дело (поскольку запрещено, например, в гражданском праве использовать нормы административного, либо же уголовного права). Аналогия закона и права достаточно часто применяется в частном праве, в таких отраслях, как семейное право, гражданское право. По общему правилу применение аналогии права и закона в отраслях, где преобладает разрешительный тип правового регулирования, и закрепляются императивные нормы недопустимо. В свою же очередь П. С. Дагель писал, что уголовное право – это нормы, определяющие условия наказуемости деяний, и порядок применения наказаний, и основания и условия освобождения от уголовной ответственности, то есть те нормы, где институт аналогии продолжает действовать. Например, смягчающие вину обстоятельства могут применяться по аналогии, хотя зачастую в публичном праве аналогия права и закона не фигурирует [2].

В публичном праве применение норм по аналогии возможно только в конституционном праве. Пробелы в законодательстве можно восполнять путем применения норм Конституции, поскольку в основном законе Российской Федерации содержатся наиболее важные положения, которым не должен противоречить ни один источник права. Все нормативно-правовые акты России базируются на том, что закреплено в основном законе государства, поэтому, в первую очередь, по аналогии применяются именно нормы и принципы, закрепленные в Конституции. К примеру, это конституционные принципы, такие как свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств (ст. 8 Конституции РФ); неприкосновенность собственности (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ); судебная защита прав (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ) и другие [3].

Аналогия права и закона может применяться компетентными органами правосудия – судами, которые разрешают споры и опираются на законы [6, с. 74]. То есть ни одно судебное дело не может быть урегулировано без решения суда и применения судом аналогии. Выработанное с помощью аналогии решение юридического дела не должно противоречить действующему законодательству, а также основным нормам морали и права.

Так, к примеру, дело, относящиеся к сфере частного права, суть которого заключалась в том, что выселение нанимателей по договору коммерческого найма не было предусмотрено статьями Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и Жилищного кодекса Российской Федерации (далее – ЖК РФ), то есть наблюдался пробел в законодательстве. Однако, исходя из прямо разрешенного применения аналогии закона и права в гражданско-правовом законодательстве (ст. 6 ГК РФ), при рассмотрении дела суд пришел к решению о том, что в данном случае возможно применение аналогии закона, поэтому дело было решено по ст. 83 и 90 ЖК

⁴ Гражданский Кодекс Российской Федерации. Часть первая: федеральный закон от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

РФ⁵. Смоленский областной суд издал определение⁶, суть которого состояла в том, что в делах, связанных с выселением нанимателей по договору коммерческого найма, возможно применение аналогии норм закона, то есть статей Жилищного кодекса, регулирующих отношения по расторжению договора социального найма. Другими словами, в законодательстве наблюдался явный пробел, поскольку конкретной нормы для решения данного вопроса не существовало, а решение возникшего спора требовало немедленного урегулирования. Разрешить эту спорную ситуацию суд смог с помощью инструмента аналогии закона.

Эффективность применения аналогии неоспорима, поскольку в случае, если бы аналогия была запрещена, суд не смог бы опереться на нормы, регулирующие сходные отношения и спор бы не разрешился оперативно и справедливо. Известно, что каждое судебное решение опирается на законодательную базу государства и общепринятые международные нормативно-правовые акты, поэтому для урегулирования любого спора требуется норма (закон), чего в указанном случае не было. Главным плюсом издания таких решений судами является то, что все вместе они составляют единую систему, которая в России называется судебной практикой. Судебная практика в Российской Федерации, в отличие от тех же стран англо-саксонской правовой семьи, выступает в качестве вспомогательного источника права, поскольку основой всего являются нормативно-правовые акты. Обогащение судебной практики вынесенными решениями судов положительно влияет на развитие всего законодательства, поскольку указывает на очевидные пробелы, которые нуждаются в восполнении.

Анализируя Определение Судебной коллегии по экономическим делам Верховного суда Российской Федерации по делу № 119-ПЭЖ16⁷, возможно заметить еще один пробел в гражданском законодательстве. В рамках дела о банкротстве общества с ограниченной ответственностью «Месхети» гражданка РФ К. обратилась в суд с заявлением об отказе от исполнения договора участия в долевом строительстве, исключении ее требования к должнику из реестра требований о передаче жилых помещений и об установлении денежного требования. В федеральном законе «О несостоятельности (банкротстве)»⁸ Российской Федерации нет прямой нормы, регулирующей данные правоотношения, то есть не содержится положений о перераспределении выплат между участниками строительства, своевременно заявившими о намерении изменить ранее заявленные требования касающиеся передачи жилых помещений в денежные, и кредиторами, нарушившими упомянутый месячный срок. Данный спор был решен по аналогии закона, где были использованы пункты 1, 2, 5 статьи 142 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Решение было следующим: кредитор получает удовлетворение в рамках своей очереди, но при этом имеет право на последовательное удовлетворение, то есть из средств, оставшихся после полного расчета с другими гражданами – кредиторами третьей очереди, подавшими заявления о трансформации требований в отведенный законом срок. Таким образом, жалоба гражданки К. не была удовлетворена и было отказано в передаче дела в суд надзорной инстанции, поскольку «смежные» с указанной ситуацией пункты другой нормы доказали справедливость решений, вынесенных ранее в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций.

Нельзя с точностью говорить о том факте, что пробел в праве и законодательстве означает несовершенство и несостоятельность законодательства. По мнению Г. А. Жилина невозможно

5 Жилищный кодекс Российской Федерации: федеральный закон Российской Федерации от 29.12.2004 г. № 188-ФЗ // Собрание законодательства Рос. Федерации. 2005. № 1 (Часть 1). Ст. 14

6 Определение СК по гражданским делам Смоленского областного суда от 26 июля 2011 г. по делу № 33-2414. // «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/100550172/> (дата обращения 20.12.2020).

7 Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда от 04.05.2016 № 119-ПЭЖ16 // Правовая навигационная система «Кодексы и законы». URL: <https://www.zakonrf.info/suddoc/e4a21dd363469ce75f3306aa238f12ac/> (дата обращения 19.12.2020).

8 О несостоятельности (банкротстве): ФЗ от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ // Собрание законодательства Рос. Федерации. 2002. № 43. Ст. 4190.

предусмотреть все варианты развития событий и детали, казусы, возникающие при рассмотрении того либо же иного дела. Поэтому только судам как органам правосудия предоставляется возможность подробно разбираться в делах, применяя аналогию и заполняя пробелы, вынося индивидуальные решения касающиеся конкретных дел [4, с. 1–2]. Приведенный выше пример свидетельствует о том факте, что даже в законе, регулирующем определенную сферу гражданско-правовых отношений (в указанном случае сферу банкротства) не рассмотрены все казуальные ситуации, поэтому в данном случае применение аналогии закона явно принесло несомненную пользу. Однако, между судами и органами законодательной власти существует обменная связь, поскольку суды, столкнувшиеся с пробелом в законодательстве, очень часто незамедлительно сообщают об этом органам законодательной власти. Как известно, налаженная между органами судебной и законодательной власти коммуникация позволяет своевременно выявить пробел в праве и вовремя регламентировать его, внося в законодательство определенные корректировки.

Аналогия же права применяется в случаях, когда при решении дела невозможно вынести решение, опираясь на очень схожую норму законодательства. Исходя из анализа апелляционного Определения Московского городского суда от 22.12.2014 по делу № 33-38549⁹, следует, что применение аналогии права в Российской Федерации имеет место быть. В приведенном споре гражданка В., приобретшая автомобиль у гражданки С., не была виновна в данной ситуации и не обязана выплачивать кредит, поскольку автомобиль был приобретен гражданкой В. возмездно, доказательств, что ей было известно о приобретении имущества, являющегося предметом залога, материалы дела не содержат. Исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности, а также справедливости (пункт 2 статьи 6 ГК РФ), не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало и не должно было знать о том факте, что приобретаемое им имущество является предметом залога. В приведенном спорном деле правоприменитель обратился к базовым принципам гражданского права – к принципам справедливости, исходя из которых, смог вынести решение. Это не может противоречить тому, что в случае, если не существует нормы, регламентирующей правоотношение, либо же нормы, регулирующей сходные отношения, это значит то, что дело не может быть решено, поскольку нет базовой единицы, на которую опираются суды – нормы. Вследствие того, что принципы гражданского права есть основные начала, которые обладают общеобязательным характером, вследствие их законодательного закрепления и именно на них базируется вся законодательная база, то они также могут служить основанием для вынесения решения, которое не регулируется законодательством.

С развитием гражданско-правовых отношений нормативно-правовые акты устаревают и не могут регулировать появившиеся вновь, поэтому, как правило, пробелы в праве нельзя назвать грубыми ошибками законодателя или же «катастрофой», поскольку они возникают вследствие прогресса жизни общества. Самое важное – вовремя обнаружить пробел и усовершенствовать нормативно-правовой акт. Пробел может быть восполнен не только созданием новых норм права, которые бы регламентировали не опосредованные правом общественные отношения, но и путем издания судебных постановлений [5, с. 55].

Аналогию права и закона в некотором роде можно считать судьейским правотворчеством. При существовании пробелов в законодательстве центральные органы юрисдикции, включая Верховный Суд РФ, Конституционный Суд РФ, вынуждены формулировать правовоположения, вносящие дополнения в систему нормативного регулирования всех общественных отношений. Постановления данных органов вступают в силу и начинают действовать как источники права

⁹ Апелляционное определение Московского городского суда от 22 декабря 2014 г. № 33-38549/14. URL: <https://base.garant.ru/132653929/> (дата обращения 20.12.2020).

только после признания их в качестве таковых со стороны государства. Так, можно сказать, что высшие судебные инстанции наделяются правом законодательной инициативы. Отсутствие у судов инструмента аналогии при наличии неурегулированных отношений могло бы привести к невозможности защиты прав граждан и, как следствие, к ограничению их конституционных прав и свобод.

Пробелы в законодательстве могут решаться не только путем применения аналогии, но и внесением корректировок в нормативно-правовой акт, регулирующий возникшую ситуацию, но это занимает слишком большое количество времени, поэтому в основном регулирование таких «пробелов» возлагается на правоприменительные органы, то есть на суды высших инстанций. Другие же правоприменительные органы (то есть суды низшего звена) могут лишь временно восполнить пробел в праве, но не решить всей проблемы полностью. Встает вопрос: почему же именно органам судебной власти предоставляется право восполнения пробелов в праве? В первую очередь это зависит от того, что именно эта ветвь власти разрешает казуальные споры и обеспечивает право людей на судебную защиту, базируясь на законодательстве. Анализируя нормы права, выявляя схожесть правоотношений, и выясняя, можно ли в конкретном случае применить существующую норму права по аналогии, суды тщательно разбираются с пробелом и находят решение, которое может послужить примером для решения аналогичных споров. Судебная власть является ветвью, обеспечивающей правосудие и защищающей граждан от нарушений, то есть качественно обоснованные решения с применением аналогии выступают как готовые нормы, которые законодателю необходимо проверить и закрепить в нормативно-правовом акте или же сделать отсылку на решение суда для полного восполнения пробела. В свою же очередь, суды имеют право корректировать нормы законодателя с целью обеспечения справедливости и исполнения основных прав и свобод населения.

Качество восполнения пробелов в праве напрямую зависит от работы законодательной и судебной ветвей власти, поскольку довольно часто пробелы выявляются органами судебной власти при решении коллизионных ситуаций, после чего же информация передается в органы законодательной власти. Своевременное же восполнение пробела в законодательстве является одним из основных критериев качества законодательства, поскольку быстрое реагирование на проблему позволяет разрешить ее как можно быстрее и не допустить возникновения подобных ситуаций в будущем [7].

Подводя итог, можно сказать, что аналогия закона и права является мощным инструментом восполнения пробелов в законодательстве, поскольку с ее помощью появляется возможность для реализации и защиты гражданами своих прав, а также происходит куда более оперативное восполнение пробела путем совместной деятельности судебной и законодательной системы.

Библиографический список

1. Теория государства и права: учебник / отв. ред. Алексеев С.С., Архипов С.И. – М.: Норма, 2005. – С. 530–535.
2. Дагель П. С. Об аналогии в советском уголов. праве // Ученые записки Дальневосточного гос. ун-та. Владивосток, 1972. – С. 40.
3. Рыженков А. Я. Дифференцирование применения принципов гражданского права в судебной практике // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4 (28). С. 210–216.
4. Жилин Г. А. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. Г. А. Жилина. – М.: Проспект, 2012. – 864 с.



5. Алексеев С. С., Степанов С. А., Мурзин Д. В., Владимирова Д. С. Гражданское право: учебник: 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2020. – 448 с.
6. Гражданское право: учебник: в 2 т. / под ред. Б. М. Гонгало. М.: Статут, 2016. Т. 1. – 511 с.
7. Шергина М. Н. Соотношение аналогии права и аналогии закона // Юридическая наука: история и современность. 2011. № 3. С. 28–31.

References

1. S. S. Alexeev, S. I. Arkhipov (ed.), *Theory of State and Law: a Textbook*, Norma, 2005, at 530–535.
2. P. S. Dagel, *On Analogies in Soviet Criminal Law*, Vladivostok, 1972, at 40.
3. A. Y. Ryzhenkov, *Differentiating of Implementation of Civil Law Principles in Court Practice* (2013) *Actual Problems of Economics and Law* 4 (28), at 210–216.
4. G. A. Zhilin (ed.), *Commentary to the Civil Procedure Code of the Russian Federation (Article-by-Article)*, Prospect, 2012.
5. S. S. Alexeev, S. A. Stepanov, D. V. Murzin, D. S. Vladimirova, *Civil Law: a Textbook*, 2020.
6. B. M. Gongalo, *Civil Law: a Textbook*, 2020.
7. M. N. Shergina, *Correlation of Analogy of Law And Legal Analogy* (2011) *Legal Science: History And Modern World* 3, at 28–31.