

На правах рукописи



ШИНДЯПИНА
Елена Дмитриевна

АНАЛОГИЯ ПРАВА В ПРАВОПРИМЕНЕНИИ

Специальность 12 00 01 — теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени кандидата
юридических наук

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters and a long horizontal stroke extending to the right.

МОСКВА 2007

Работа выполнена на кафедре теории права и государства Московского государственного открытого университета и рекомендована к защите на кафедре государственного строительства и права Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Научный руководитель – доктор юридических наук, профессор
БОШНО Светлана Владимировна.

Официальные оппоненты – доктор юридических наук, профессор
РАДЬКО Тимофей Николаевич;
кандидат юридических наук
СПЕКТОР Екатерина Ильинична.

Ведущая организация: Российская правовая академия
Министерства юстиции Российской
Федерации.

Защита состоится «24» мая 2007 года, в 12 - 00 часов на заседании диссертационного Совета Д-502.006.10 по юридическим наукам в Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации по адресу: 119606, г. Москва, пр. Вернадского, 84, ауд. 2297.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке РАГС при Президенте Российской Федерации

Автореферат разослан «24» апреля 2007г.

Ученый секретарь
диссертационного Совета

 И.С.Яценко

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ДИССЕРТАЦИОННОЙ РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Российское общество за последние десятилетия претерпело значительные изменения во всех сферах жизнедеятельности. Это обусловлено объективными процессами развития правовой науки, законодательства и правоприменительной практики. В ходе судебной-правовой реформы, начавшейся в 90-х годах XX века, уже достигнуты определенные результаты, которые являются надежной гарантией реализации прав и законных интересов человека и гражданина. Тем не менее, при несомненных достижениях существуют и недостатки, часть из которых невозможно устранить. Законодательство, как бы оно ни было совершенно, всегда остается пробельным. Этот вывод следует из философской сущности права, его многоаспектности и многогранности, подтверждается практикой.

В случае, когда конкретная жизненная ситуация становится объектом правового регулирования, отсутствие ее регламентации не дает основания органу, применяющему право, отказать в соответствующем решении. При недостаточной системности, плановости и скоординированности законотворческого процесса, необходимость в принятии индивидуального правового акта с использованием аналогии права, является одним из способов приспособления права к бесконечно возникающим и динамично развивающимся общественным отношениям. Это, в свою очередь, свидетельствует о необходимости теоретического осмысления основ правоприменения, особенно малоизученных его аспектов, каковой представляется использование аналогии права.

Данный способ преодоления пробела в праве получил законодательное закрепление во многих нормативных правовых актах России, но они не закрепляют общий для всех ситуаций порядок его применения. В связи с чем, субъект правоприменения не имеет теоретического представления о том, как с помощью аналогии права преодолеть пробел. Правильное понимание сущности и роли моральных оснований права, общеправовых принципов при применении аналогии

права является важным условием вынесения законного, справедливого и обоснованного решения

Необходимость углубленного изучения особенностей применения аналогии права объясняется тем, что в рамках общей теории права может быть создана ее целостная концепция, как способа преодоления пробела в праве в процессе правоприменения. Научный анализ и обобщение практики применения аналогии права, разработка порядка ее применения позволят выработать наиболее приемлемые пути совершенствования правоприменительного процесса.

Степень научной разработанности темы. Отечественная правовая наука всегда уделяла значительное внимание изучению правоприменения, способов восполнения и преодоления пробелов, допустимости и целесообразности применения аналогии закона и аналогии права. В частности отдельным вопросам способов преодоления пробелов в праве посвящены труды В И Акимова, Н Г Александрова, А В Ашихминой, А К Безиной, Я М Брайтлина, С Н Братуся, А Т Боннер, Н Ю Бро, С И Вильнянского, Н Н Вопленко, И Я Дюрягина, В М Жуйкова, Ю Х Калмыкова, В Н Карташова, А П Коренева, И К Комиссарова, В В Лазарева, В И Леушина, А А Мельникова, П Е Недбайло, А С Пиголкина, С В Полениной, А И Рагога, Ю С Решетова, М Д Шаргородского, М Б Штейнгардта и других.

Вопросам применения аналогии права уделяли внимание дореволюционные отечественные юристы Г Ф Шершеневич, Е Н Трубецкой, Е В Васьковский, П И Люблинский, И Я Фойницкий, Г В Демченко, И А Ильин, И А Покровский и другие, а так же зарубежные исследователи А Барак, Ж -Л Бержел, Р Давид, Р Дворкин, Д Ллойд.

В последние годы появился научный интерес к данной теме среди ученых, занимающихся исследованием уголовно-процессуальных отношений (В О Белоносов и Д Ю Сельченко), а так же проблематикой гражданского и арбитражного процессуального права (Г Д Улетова, Г Лобанов). Тем не менее, следует констатировать тот факт, что на сегодняшний день отсутствуют общетеоретические работы, специально посвященные анализу использования аналогии права в правоприменении.

Авторы, занимающиеся исследованием вопроса о способах преодоления пробелов в праве (А Т Боннер, Э Ш Кемулария, Н Н Вопленко, В Н Карташов, Г Лобанов), большое внимание уделяют аналогии закона, при этом применению аналогии права уделяется недостаточное внимание. Некоторые ученые (А Н Карташов, Д Ю Сельченко) рассматривают аналогии права и аналогии закона как единый институт, при этом примеры и теоретические выводы связаны, в основном, с аналогией закона.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе правоприменения при преодолении пробела с помощью аналогии права.

Предметом диссертационного исследования являются нормы как материального, так и процессуального права, регулирующие процесс принятия индивидуального правового акта посредством аналогии права.

Цель исследования достигается посредством решения следующих задач:

- проанализировать историко-теоретические воззрения отечественных ученых конца XIX – начала XX веков о необходимости и допустимости применения аналогии права,
- обобщить современное состояние учения о способах преодоления пробелов в праве,
- выявить причины появления и способы преодоления пробелов в процессе правоприменения,
- с учетом современных тенденций развития российского общества критически осмыслить известные подходы в обосновании пределов допустимости использования аналогии права,
- раскрыть содержание и порядок применения аналогии права,
- выяснить соотношение аналогии закона и аналогии права,
- проанализировать общеправовые принципы права и обосновать их роль как юридической основы для применения аналогии права,
- определить моральные основания права и их влияние на создание правоположения при применении аналогии права,

- выяснить роль судейского усмотрения и иных субъективных факторов в применении аналогии права

Методологическую основу диссертационного исследования составляют общелогические методы познания анализ, синтез, обобщение, а так же общенаучные, частнонаучные методы. В частности, общелогические методы использованы при конструировании общетеоретических определений исследования, их признаков и содержания. Структурно-функциональный метод применялся при анализе деятельности правоприменительных органов. Специфика предмета исследования, представляющего интерес для нескольких отраслей права, обусловила использование комплексного подхода к изучению сущности аналогии права. Изучение правового материала требует применения формально-юридического метода, что особенно важно для изучения юридических категорий, определений, анализа правовых норм.

Указанные методы применялись в сочетании с широко используемыми для познания и объяснения основных закономерностей государственно-правовых явлений требованиями объективности, всесторонности, историзма и принципа конкретности.

Теоретической основой диссертации послужили фундаментальные положения, содержащиеся в трудах С.С. Алексеева, А.Б. Венгерова, В.К. Бабаева, М.И. Байтина, А.Т. Боннер, И.Я. Дюрягина, В.В. Ершова, А.В. Васильева, Р.Ф. Васильева, Д.А. Керимова, Р.З. Лившица, Г.В. Мальцева, М.Н. Марченко, Н.И. Матузова, Т.И. Муромцева, П.Е. Недбайло, В.С. Нерсесянца, А.С. Пиголкина, С.В. Полениной, Т.Н. Радько, В.М. Сырых, Ю.А. Тихомирова, И.С. Яценко и других.

Источниковедческую базу исследования составляют: Конституция Российской Федерации 1993 года, международно-правовые акты (в том числе Статут Международного суда ООН, Конвенция ООН «Венская конвенция о праве международных договоров» от 23 мая 1969г), федеральные конституционные законы (в том числе «О Конституционном Суде Российской Федерации», «О судебной системе Российской Федерации»), федеральные законы (в том числе Гражданский кодекс Российской Федерации, Семейный кодекс Российской Федерации,

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации и т д), Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» Используются акты органов судебной власти (в том числе постановления и определения Конституционного Суда Российской Федерации, постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, информационные письма Высших судебных органов Российской Федерации, судебные акты окружных Федеральных арбитражных судов Российской Федерации

Научная новизна диссертационного исследования заключается в комплексном изучении значимых, узловых проблем применения аналогии права в российской правовой системе В диссертационной работе предложена авторская концепция порядка применения аналогии права и пределов ее допустимости, путей устранения проблем, возникающих у правоприменительного органа Определены основные отличия аналогии права от аналогии закона и иных смежных правовых явлений

В диссертации проанализировано использование моральных оснований права и определена роль общеправовых принципов при вынесении решения по делу с использованием аналогии права

На защиту выносятся следующие положения и выводы, обладающие элементами научной новизны:

- анализ развития учения о способах преодоления пробелов в праве в период с конца XIX по начало XXI века в России, позволяет диссертанту прийти к выводу о том, что интерес к данной проблематике практически всегда был вызван обновлением законодательства Данный вывод дает основание выделить следующие этапы развития учения о способах преодоления пробелов

- с конца XIX века – по 20-е годы XX века – работы Г Ф Шершеневича, Е Н Трубецкого, Е В Васьковского, И А Покровского, И А Ильина и др ,

- с 20-х годов XX века – по 50-е годы XX века – работа С И Вильянского и др ,

- с 60-х годов – по 80-е годы XX века – работы А Т Боннера, И Я Дюрягина, Н Н Вопленко, В Н Карташова, В В Лазарева, П Е Недбайло и др ,

- с 90-х годов XX века – по настоящее время – работы Д Б Абушенко, В В Ершова, В О Белоносова, Д Ю Сельченко, Г Д Улетовой, Г Лобанова, В А Божок и др ,

- диссертант, понимая под методом аналогии в праве установление сходства между правовыми явлениями с помощью правовых средств, приходит к выводу о том, что в процессе принятия индивидуального правового акта с использованием аналогии права, правоприменитель устанавливает сходство между урегулированными и неурегулированными правом отношениями, с целью определения их отраслевой принадлежности и необходимых правовых средств, с помощью которых конкретный казус может быть разрешен. Такими правовыми средствами являются принципы российского права, моральные основания права а также общепризнанные принципы и нормы международного права

- при применении аналогии права индивидуальный правовой акт принимается исходя из общих принципов и смысла права. Диссертант приходит к выводу, что поскольку законодательно невозможно закрепить ни строгий перечень, ни содержание всех принципов подлежащих применению при использовании аналогии права в процессе правоприменения, существует реальная необходимость выявлять содержание конкретного применяемого принципа путем его функционального толкования. Толкование осуществляется исходя из знания факторов и условий, в которых возникли общественные отношения, требующие правового урегулирования, в том числе правового менталитета, правовой культуры, моральных оснований права,

- между применением аналогии права и аналогии закона в правоприменении существуют различия. Прежде всего, при применении аналогии права в отличие от аналогии закона, отсутствуют нормы права, регулирующие сходные отношения и имеющие структуру «если , то , иначе », т е нормы-правила поведения. Однако имеются нормы-цели, нормы-задачи, и, прежде всего, нормы-принципы, которые и являются

базой для применения аналогии права. Диссертант приходит к выводу, что использование аналогии права является более сложным способом преодоления пробелов, требующим от правоприменителя высокой квалификации, позволяющей свести к минимуму возможность злоупотреблений при защите прав и законных интересов человека и гражданина. Такой квалификацией может обладать суд, к которому и общество, и законодательство предъявляют особые требования. Следовательно, в отличие от аналогии закона, субъектом применения аналогии права может быть только суд,

- анализ действующего законодательства и правоприменительной практики позволил диссертанту разработать и предложить порядок применения аналогии права, под которым понимается взятая в единстве совокупность действий правоприменителя, обеспечивающих преодоление пробела в праве, и состоит из

- выявления пробела в праве,
- констатации невозможности применения аналогии закона,
- установления отраслевой принадлежности неурегулированных общественных отношений,
- анализа общеправовых, отраслевых принципов права, которые должны быть в решении суда прямо названы, иначе оно будет необоснованным,
- анализа правоприменительной практики, необходимость которого обусловлена принципом единообразия в применении норм права в соответствии со ст. 389 ГПК РФ и ст. 304 АПК РФ,
- выработки правового положения с учетом моральных оснований права применительно к данному конкретному случаю,
- принятие решения по делу,

- на основе анализа современного состояния учения о пределах допустимости использования аналогии права, а также действующего законодательства, диссертантом обоснована необходимость и целесообразность ее применения в процессуальном праве, так как пробельность присуща не только материальному праву. Такая необходимость обусловлена, прежде всего, тем, что преодоление пробелов

способствует реализации требований ст 46 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой суд не вправе отказать в судебной защите в связи с неурегулированностью соответствующих процедур В пользу применения аналогии права также свидетельствует близость принципов процессуальных отраслей Диссертант полагает целесообразным внести в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации дополнения, связанные с закреплением правомочия суда применять аналогию права На законодательном уровне следует установить запрет по вопросу квалификации вменения правонарушения, которое является основанием для возложения юридической ответственности,

- в диссертационном исследовании обосновывается влияние субъективных факторов на выработку решения при использовании аналогии права Поскольку правовой конфликт является разновидностью социального конфликта выводы судьи нельзя ограничивать только правовыми нормами К числу основных субъективных факторов относятся уровень правосознания правоприменителя, его личностные характеристики (ощущения, восприятие, эмоции, память, мышление, воля), а также уровень его профессионализма Диссертант приходит к выводу, что все перечисленные факторы имеют существенное значение и их необходимо учитывать при назначении судей на должность

Практическая значимость диссертационного исследования. Материалы исследования, теоретические положения и выводы, содержащиеся в работе, могут быть использованы для дальнейшего проведения судебной реформы в Российской Федерации, а также в правоприменительной практике Кроме того, они могут служить предпосылкой для дальнейшего научного исследования вопросов преодоления пробелов в праве, в целом, и проблемы использования аналогии права, в частности Выводы и положения диссертации могут быть использованы в процессе преподавания курса «Теория права и государства», а также при подготовке рекомендаций

правоприменительным органам и организации курсов повышения квалификации их должностных лиц

Апробация результатов диссертационного исследования осуществлена в ходе обсуждения на заседаниях предметно-методического комиссии кафедры теории права и государства Московского государственного открытого университета, а также на заседании кафедры государственного строительства и права Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации. Ряд положений диссертации отражены автором в научных публикациях. Основные положения и выводы диссертационного исследования внедрены и используются при рассмотрении дел и обобщении правоприменительной практики в Арбитражном суде Ставропольского края

Структура диссертации отражает логику исследования. Диссертация состоит из введения, двух глав, включающих пять параграфов, заключения, списка нормативных правовых актов и научной литературы

II ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДИССЕРТАЦИОННОЙ РАБОТЫ

Во **Введении** обоснована актуальность темы исследования, отмечена степень ее научной разработанности, определены цель, задачи, объект и предмет исследования, отражены его научная новизна и практическая значимость, сформулированы выносимые на защиту положения и выводы, раскрыты методы исследования, представлен обзор использованных источников, составляющих теоретическую основу диссертации и ее нормативную базу

Глава первая – «Понятие и сущность аналогии права в правоприменении» – включает параграфы, посвященные анализу теоретических разработок ученых конца XIX – начала XX веков об аналогии права (§1), анализу современного состояния учения о пробелах в

праве, причин их появления и способов преодоления (§2), содержанию и порядку применения аналогии права (§3)

На основе проведенного теоретического обобщения взглядов отечественных правоведов конца XIX – начала XX веков, изучавших проблемы пробельности права и способы их преодоления, диссертант приходит к выводу, что появление особого интереса к обоснованию способов устранения пробелов в праве, в указанный период, вызвано обновлением действующего законодательства и усилением роли суда как правоприменительного органа

В конце XIX – начале XX веков в российской правовой науке спор возник между представителями двух теорий. Сторонники одной из них, восходящей к античности, утверждали, что право пробельно. Приверженцами данной теории были такие русские юристы как Н С Таганцев, Г Ф Шершеневич, В Ф Тарановский и другие. Очень точное обоснование пробельности права было дано профессором И А Покровским. По его мнению, закон, как бы не был совершен в момент своего издания, с течением времени, при изменившихся обстоятельствах, может превратиться в несправедливость.

Согласно другой теории, берущей свое начало в период позднего средневековья и ранней стадии зарождения буржуазных отношений, право беспробельно. В свою очередь сторонники этой теории обосновывали подобное состояние либо с позиции нормативизма, либо с точки зрения логической замкнутости права.

Например, к сторонникам нормативизма можно отнести М А Унковского, который писал, что правом может быть лишь то, что предписано в тексте закона. Все действия личности либо воспрещаются, либо не воспрещаются, или подпадают под закон, или не подпадают.

В России наибольшую распространенность получило представление о логической замкнутости права как обоснование его беспробельности. Так, например, Н М Коркунов утверждал, что силу закона имеет не только то, что в нем прямо сказано, но и то, что логически вытекает из него. К представителям данного направления мы также относим Е В Васьковского.

Дискуссия о пробельности (беспробельности) права, в свою очередь породила спор о способах устранения этих пробелов. Учеными предлагалось как их восполнение законодательными органами, так и преодоление правоприменителем. Например, И. А. Покровский утверждал, что устранить пробелы возможно только путем их восполнения правотворческими органами. И. Я. Фойницкий и Н. А. Неклюдов считали, что восполнять пробелы в праве могут судебные органы.

Такие ученые, как Н. Д. Сергеевский и О. П. Дубровин были сторонниками преодоления пробелов в праве только путем применения аналогии закона.

Большой вклад в разработку способов преодоления пробелов в праве внес профессор Г. Ф. Шершеневич, который выделял два способа аналогии закона и аналогии права. Под аналогией закона он понимал применение существующего закона к случаю, сходному с тем, который регулировался этим законом. Под аналогией права он понимал применение совокупности существующих законов, объединенных в юридический принцип, к случаю, сходному с тем, которые определены отчасти в каждом из этих законов.

Ученые уделяли большое внимание обоснованию необходимости и допустимости применения аналогии права. Прежде всего, против ее применения высказывались такие ученые как Н. С. Таганцев, А. Ф. Кистяковский, Л. С. Белогриц-Котляревский, Г. Ф. Шершеневич.

Несмотря на то, что Советское государство в 20-х годах XX века приняло Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы, положения закрепляющие право суда применять аналогии права были перенесены из соответствующих актов 1864 годов. Диссертант приходит к выводу о том, что это обстоятельство может служить основанием некоторого спада интереса к данной проблематике среди ученых. В этот период к фундаментальным трудам можно отнести работу С. И. Вильнянского «Толкование и применение гражданско-правовых норм».

Вновь к проблематике преодоления пробелов в праве ученые обратились в 60-80-х годах XX века, и опять поводом к дискуссии

послужило обновление законодательства, в частности, принятие Уголовного кодекса РСФСР (1960 год), Гражданского кодекса РСФСР (1964 год), Гражданского процессуального кодекса РСФСР (1964 год) и т.д. В диссертации анализируются работы авторов, ставшие основополагающими для формирования концепции использования аналогии права, как способа преодоления пробелов, среди которых П. Е. Недбайло, А. С. Пиголкин, В. В. Лазарев, В. И. Леушин, В. Н. Карташов, Н. Н. Вопленко, А. Т. Боннер и другие.

Глобальные изменения общественных отношений и политической системы России, начавшиеся в 90-х годах XX века, не оставляют равнодушными юристов и в настоящий момент. Происходит переосмысление многих положений, обосновывающих причины и виды пробелов в праве и способов их устроения. Появляются новые позиции в обосновании целесообразности и допустимости применения аналогии в правоприменении.

В общетеоретической литературе существуют различные понятия пробела в праве. Тем не менее, во всех них есть сходство в существенных признаках. Во-первых, пробел – это полное или частичное отсутствие норм права, регулирующих общественные отношения. Во-вторых, такие общественные отношения, не урегулированные правом, должны попадать в сферу правового регулирования.

Причины появления пробелов могут быть поделены на объективные (постоянное развитие общественных отношений, которое невозможно предусмотреть при создании нормативного правового акта) и субъективные (недоработки, ошибки законодателя).

Анализ правоприменительной практики приводит к выводу о том, что субъективные причины появления пробелов связаны не только с деятельностью законодательного органа. В некоторых случаях причиной может стать деятельность Конституционного Суда РФ. Правоприменитель нередко сталкивается с ситуацией, когда нормативный правовой акт или отдельные его положения противоречат Конституции Российской Федерации. Единственный способ принять законное, объективное и справедливое решение – это обращение в Конституционный Суд.

Российской Федерации о проверке конституционности положений нормативного акта Своим постановлением Конституционный Суд Российской Федерации может признать данную норму неконституционной и, как следствие, она не подлежит применению Но Конституция Российской Федерации не регулирует все общественные отношения, требующие опосредования со стороны права, а Конституционный Суд Российской Федерации не наделен правотворческими полномочиями Действующая конституционно-законодательная регламентация статуса, компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, юридической силы его решений, правовых последствий их принятия, а также практика их применения и использования органами различных ветвей власти позволяют сделать вывод о том, что деятельность Конституционного Суда Российской Федерации может быть отнесена наряду с деятельностью законодателя к субъективным причинам появления пробелов в праве

В ситуации, когда правоприменитель должен решить тот или иной правовой случай при наличии пробела, ряд авторов пишет о «восполнении пробела в праве» (А В Цихоцкий, И Сабо, В Н Карташов), другие же употребляют понятие «преодоление пробелов» (В В Лазарев, А Т Боннер, И К Комиссаров) Поскольку пробелы остаются и после разрешения конкретного дела и требуют принятия нормативного правового акта, следует согласиться с мнением Н Н Вопленко, который считает, что и восполнение, и преодоление являются близкими по смыслу, но самостоятельными способами устранения пробелов

Если говорить о восполнении пробела, то данный способ относится к компетенции правотворческих органов и представляет собой деятельность по разработке и принятию недостающей нормы права или целого нормативного правового акта Следовательно, правотворчество является основным способом восполнения и, как следствие, ликвидации пробела

Пробелы чаще всего обнаруживаются в процессе правоприменительной деятельности В такой ситуации суд вправе самостоятельно его преодолеть только двумя способами путем

использования аналогии закона или аналогии права. Аналогия закона определяется как разрешение конкретного юридического дела на основе норм права, регулирующих сходные с рассматриваемыми общественные отношения.

Суть аналогии закона заключается в том, что от сходства в материальной основе отношения происходит переход к сходству в юридической основе, посредством чего и осуществляется распространение действия нормы на отношения, подобные предмету ее регулирования.

На практике применение норм права по аналогии закона достаточно распространено.

В случае, если правоприменительный орган не находит в праве нормы, регулирующие сходные отношения, решение по делу принимается на основании аналогии права. Под применением аналогии права понимается принятие индивидуального правового акта исходя из общих начал и смысла права.

Диссертант приходит к выводу о том, что в процессе принятия индивидуального правового акта с использованием аналогии права, правоприменитель устанавливает сходство между урегулированными и неурегулированными правом отношениями, с целью определения их отраслевой принадлежности и необходимых правовых средств, с помощью которых конкретный казус может быть разрешен. Таким образом аналогия права в правоприменении присущи характерные черты аналогии в праве, под которой понимается установление сходства между правовыми явлениями с помощью правовых средств.

К числу правовых средств используемых при применении аналогии права, диссертант относит принципы российского права, моральные основания права, а также общепризнанные принципы и нормы международного права.

Проблемы применения аналогии права во многом связаны с тем, что правоприменитель не имеет четкого представления о том, в чем разница между аналогией права и аналогией закона. Прежде всего, при применении аналогии права, в отличие от аналогии закона, отсутствуют

нормы права, регулирующие сходные отношения и имеющие привычную для юристов формулу «если , то , иначе », те нормы-правила поведения Однако имеются нормы-цели, нормы-задачи, и, прежде всего, нормы-принципы, которые и являются базой для использования аналогии права

Таким образом, становится очевидным, что это сложная задача, требующая от правоприменителя высокого уровня знаний закона, владение общетеоретическим материалом, понимание социальных и политических процессов происходящих в государстве Уровень квалификации субъекта разрешающего дело должен быть выше всех остальных, поскольку при выработке решения возрастает субъективизм, что может привести к ущемлению прав и законных интересов личности

По мнению диссертанта, такой квалификацией может обладать только суд, к которому и общество и законодательство предъявляют особые требования Он является тем органом правоприменения, который обязан при любой ситуации непосредственно осуществлять защиту субъективных прав и законных интересов обратившихся за помощью лиц Только суду принадлежит окончательное решение по делу, которое принимается и провозглашается от имени государства Придавая судебным постановлениям силу государственных актов, государство, тем самым, принимает на себя всю ответственность за их содержание и за все вытекающие из этих постановлений последствия Государственная власть силой своего авторитета обеспечивает судебному акту реальность исполнения, санкционируя применение необходимых мер принуждения ко всем, кто сделает попытку ему не подчиняться

На основе анализа юридической литературы, действующего законодательства и правоприменительной практики, в диссертационной работе обосновывается целесообразность и допустимость применения аналогии права в процессуальном праве

Предназначение процессуальных норм состоит в обеспечении реализации материальных норм в случаях возникновения различных отклонений от нормального развития социально значимых общественных

отношений и направлено на их защиту. Они играют важную роль в обеспечении необходимых условий правового регулирования, несут основную нагрузку по обеспечению прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц.

Сегодня невозможно только по содержанию материального права судить обо всей правовой системе того или иного государства. Всемерное обеспечение и защита прав и свобод личности определяется не столько их количеством, закрепленным в законодательстве, сколько реальностью и степенью надежности механизма их осуществления. Таким образом, одним из основных условий выполнения поставленных перед судебной властью задач является наличие предельно регламентированного процессуального механизма, который отвечал бы на все возникающие у него вопросы. К сожалению, в жизни это невозможно. Полагаем, что существует реальная необходимость для применения судами аналогии права при преодолении пробелов процессуального регулирования.

Исследование сущности применения аналогии права приводит диссертанта к выводу о том, что данный способ преодоления пробелов недопустим при квалификации вменения правонарушения, которое является основанием для возложения юридической ответственности. Здесь должен действовать принцип — нет преступления без указания на то в законе. Относительно остальных отраслей права должен действовать другой принцип — применение аналогии права допускается во всех отраслях права, за исключением тех, в которых это прямо или косвенно запрещено.

И, вместе с тем, к применению аналогии права в процессуальном праве необходимо подходить весьма осторожно. По мере формирования судебной практики о применении аналогии права, необходимо ее обобщение с целью выработки рекомендаций для правоприменительных органов. Кроме того, считаем необходимым внести в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации соответствующие изменения, закрепляющие право суда применять аналогию права. На

законодательном уровне следует ограничить ее использование при определении степени юридической ответственности

В юридической литературе до сих пор нет четкого представления о том порядке действий, который должен осуществить правоприменитель при использовании аналогии права. Тем не менее, правильная квалификация дела и логически выстроенные действия – залог принятия справедливого и обоснованного решения по делу. В связи с чем, диссертант счел необходимым исследовать и обосновать последовательность таких действий.

Глава вторая – «Основные начала и принципы права как юридическая основа применения аналогии права» – обоснована роль общеправовых принципов и моральных оснований права в применении аналогии права (§1), анализируется значение судейского усмотрения при ее применении, а также выявляются основные субъективные факторы, влияющие на принятие решения по делу (§2).

При применении аналогии права особая роль принадлежит принципам права. Они оказывают непосредственно регулирующее воздействие на все общественные отношения, определяя их общую юридическую урегулированность и являясь той правовой базой, на основе которой происходит формулирование конкретного правила для преодоления пробела. Принципы права охватывают всю правовую материю – идеи, нормы, отношения, и придают ей логичность, последовательность, сбалансированность. В них синтезируется опыт развития права и всего человечества.

Диссертант приходит к выводу, что существует целый ряд принципов, которые не получили своего закрепления в нормативных правовых актах, однако их наличие подтверждается наукой и практикой, в связи с чем они так же имеют большое значение при преодолении пробелов в праве. Судья в своей деятельности применяет не только закон. В основе его правовой позиции по делу лежат принципы и моральные основания права. В осуществлении аналогии права особую роль играют такие общеправовые принципы как справедливость, добросовестность и разумность. Конституционный Суд Российской Федерации, Верховный

Суд Российской Федерации, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации при обосновании своей позиции по делу очень широко использует понятие «общие (общеправовые) принципы права». Причем эти принципы применяются ими вне зависимости от того, закреплены ли они прямо в конкретных нормативных правовых актах или нет. Конституционный Суд Российской Федерации исходит из того, что эти принципы обладают высшей степенью нормативной обобщенности, определяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений.

В связи с конституционным закреплением приоритета общепризнанных принципов и норм международного права, а также международных договоров Российской Федерации (п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации), они играют особую роль в применении аналогии права. Диссертантом осуществлен анализ тенденций применения общепризнанных принципов международного права в России и сделан вывод о том, что при вынесении решения суды ссылаются на международные акты, в которых обосновывается содержание таких принципов как равенство, сотрудничество, добросовестное исполнение обязательств, мирное урегулирование споров. Но существуют и проблемы, связанные с тем, что это применение требует наличия у суда достаточно обширных знаний, прежде всего, в области международного права.

При выработке подходов к тем или иным спорным правоотношениям, которые не могут быть разрешены путем применения действующих норм, а требуют применения аналогии права, суд должен занимать активную позицию. В общем виде это выражено в формуле, содержащейся в п. 2 ст. 6 Гражданского кодекса РФ: «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». Гражданский кодекс РФ, впрочем, как и иные нормативные правовые акты, не раскрывает общие для всех ситуаций

критерии добросовестности, разумности и справедливости Ни Конституционный Суд Российской Федерации, ни Верховный Суд Российской Федерации, ни Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, обосновывая свое решение, применяя эти принципы права, не дают четкого их определения

Диссертант приходит к выводу о том, что не представляется возможным законодательно закрепить строгий перечень всех принципов права, впрочем, как и невозможно закрепить и их содержание Следовательно, существует реальная необходимость выявлять их содержание путем функционального толкования конкретного применяемого принципа, исходя из знания факторов и условий, в которых возникли общественные отношения, требующие разрешения, в том числе правового менталитета, правовой культуры, моральных оснований права

На основании анализа действующего законодательства и правоприменительной практики в диссертационной работе обоснована существующая взаимосвязь между общими принципами и моральными основаниями права Полагаем, что незнание судом принципов права, непонимание моральных оснований, лежащих в основе права в целом, может привести к принятию несправедливого решения Принятие решения при применении аналогии права требует от правоприменительного органа не просто использования термина «общеправовые принципы права», но и четкого обоснования в мотивировочной части решения каждого использованного принципа применительно к обстоятельствам дела Содержание любого правоприменительного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, должно быть понятно лицам, заинтересованным в его решении, особенно при нестандартном случае Диссертант приходит к выводу, что обоснованным может считаться только тот судебный акт, в котором содержание применяемых принципов наиболее полно раскрыто Это возможно осуществить через использование моральных норм, адаптированных к праву

При применении аналогии права задействованы многие юридические (и не только юридические) приемы и методы На выработку правовой позиции по делу оказывают влияние разнообразные

объективные и субъективные факторы К объективным факторам диссертант относит такие, как социальная среда, в которой правоприменитель осуществляет правосудие, несовершенство процессуального законодательства способствующего подведению позиции суда под единый стереотип, чрезмерная загруженность, вызванная нехваткой кадров и т.д. К числу субъективных – уровень профессионализма правоприменителя, его личностные характеристики, такие как ощущения, восприятие, эмоции, память, мышление, воля, а также специфика его воззрений и характера

В связи с тем, что правовой конфликт является разновидностью социального конфликта, в диссертационном исследовании обосновывается роль субъективных факторов в процессе применения аналогии права. Это актуально в связи с тем, что некоторые ученые рассматривают аналогию права, как некий «существенный элемент» судебного усмотрения

Диссертант обосновывает тезис о том, что целесообразность и допустимость судебного усмотрения и применения аналогии права во многом схожи. Судейское усмотрение и аналогия права не могут существовать без нравственных оценок той или иной ситуации. Самыми сложными для исследования являются случаи, когда суд при разрешении конкретного дела сталкивается с отсутствием правового регулирования общественных отношений. В таких случаях применение аналогии права, безусловно, связано с использованием судебного усмотрения. Тем не менее, диссертант приходит к выводу, что при достаточном количестве сложных черт между этими правовыми категориями существуют различия, позволяющие утверждать, что судебское усмотрение и применение аналогии права соотносятся между собой как часть и целое.

По мнению диссертанта, любой вывод судьи относительно обстоятельств дела или варианта его разрешения несет отпечаток его мировоззрения, жизненного опыта, уровня профессиональной подготовки, других характеристик. Убеждение судьи в правильности сделанных им юридических выводов должно базироваться на достаточной совокупности относимых, допустимых и достоверных доказательств по конкретному

делу. Однако ограничивать его право принимать решение только лишь на основе юридических доказательств, игнорируя при этом эмоционально-волевой аспект, было бы неверно. Оценка искренности того или иного лица, дающего пояснения суду, оценка степени добросовестности сторон требуют от судьи знаний в области психологии.

Только профессионализм, опыт правоприменительной деятельности судьи, наличие у него соответствующих волевых качеств могут служить гарантией принятия справедливого и законного решения. Тем не менее, с абсолютной точностью невозможно определить, какими юридическими познаниями и личностными характеристиками должен обладать судья при применении аналогии права. По мнению диссертанта, при назначении судей целесообразно проводить личностно-профессиональную диагностику кандидата. Сведения, полученные таким путем, могли бы изучаться, сопоставляться с другой имеющейся информацией. При наличии таких сведений назначение судьи на должность впервые или без ограничения срока полномочий, а также при назначении на должность в вышестоящий суд, могло бы решаться более объективно.

Причин, при которых возникают субъективные факторы, оказывающие влияние на процесс применения аналогии права немало, но их невозможно устранить. Судья при вынесении решения руководствуется собственным мировоззрением, психологическим состоянием и профессиональным опытом.

В **Заключении** автор подводит итоги диссертационного исследования, которые с учетом научного значения, новизны и актуальности выносятся на защиту, отражают его основные положения и обобщает выводы.

По теме диссертации автором опубликованы следующие работы

1. Статьи, опубликованные в ведущих рецензируемых научных изданиях ВАК.

1 Шиндяпина Е.Д. Способы преодоления пробелов в праве (историко-правовые аспекты) // Вестник Московского университета МВД России – 2007 – № 3 – С. 159 - 160 – 0, 25 п.л.

II. Статьи, опубликованные в иных периодических изданиях

2 Шиндяпина Е Д Судебная практика как источник законодательных инициатив // Научные труды РАЮН Т 3 – М, – 2006 – С 1062 – 1065 – 0,25 п л

3 Шиндяпина Е Д Роль общепризнанных принципов и морально-этических оснований права в применении аналогии права // Государственное строительство и право Сборник научных трудов кафедры государственного строительства и права РАГС при Президенте РФ Выпуск XVII – М, – 2006 – С 79 - 83 – 0,3 п л

4 Шиндяпина Е Д, Бошно С В Соотношение аналогии права и аналогии закона // Юрист – 2006 – № 7 – С 6 - 9 – 0,4 п л

5 Шиндяпина Е Д Историко–теоретический аспект применения аналогии права // Государственное строительство и право Периодическое издание научных трудов кафедры государственного строительства и права РАГС при Президенте РФ Выпуск XIX – М, – 2007 – С 111 - 121 – 0,7 п л

Автореферат

**Диссертации на соискание ученой степени кандидата наук
Шиндяпиной Елены Дмитриевны**

**Тема диссертационного исследования
«Аналогия права: теория и практика»**

**Научный руководитель
доктор юридических наук, профессор
Бошно Светлана Владимировна**

**Изготовление оригинал-макета
Шиндяпиной Е Д**

Подписано в печать 19 04 07г тираж 80 экз

Усл п л 1,2

**Российская академия государственной службы при Президенте
Российской Федерации**

Отпечатано ОПМТ РАГС Заказ № 200

119606 Москва, пр-т Вернадского, 84