

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ  
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«БЕЛГОРОДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ  
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»

*На правах рукописи*

**Романенко Денис Иванович**

**АНАЛОГИЯ ПРАВА  
(ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ)**

12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;  
семейное право; международное частное право

**ДИССЕРТАЦИЯ**

на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

**Научный руководитель:**

доктор юридических наук, профессор

Тычинин Сергей Владимирович

Белгород – 2019

**СОДЕРЖАНИЕ**

<b>ВВЕДЕНИЕ.....</b>	<b>3</b>
<b>ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИКО-КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА.....</b>	<b>18</b>
§ 1.1. Понятие гражданско-правовой неопределенности и ее диалектическая связь с аналогией права.....	18
§ 1.2. Понятие, формы и место аналогии в системе российского гражданского права.....	37
<b>Глава 2. ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ .....</b>	<b>63</b>
§ 2.1. Пробелы в гражданском законодательстве и гражданско-правовом договоре как основание применения аналогии права и восполнительного толкования договора.....	63
§ 2.2. Основные начала гражданского законодательства и их значение для юридико-технической логики применения аналогии права.....	97
<b>Глава 3. ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА .....</b>	<b>117</b>
§ 3.1. Пределы применения аналогии права в отдельных институтах российского гражданского права .....	117
§ 3.2. Пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой .....	134
§ 3.3. Пределы применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям.....	145
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ .....</b>	<b>161</b>
<b>БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ .....</b>	<b>166</b>

## ВВЕДЕНИЕ

**Актуальность темы.** Стабильность, эффективность и целостность правовой системы являются необходимыми условиями для ее нормального развития и функционирования. Среди многообразия проблем, стоящих перед современной российской правовой системой, особо выделяются вопросы обеспечения ее эффективности для регулирования новых общественных отношений, защиты и восстановления нарушенных субъективных прав; недопустимости отказа в правосудии.

Разрешению этих проблем, в том числе, способствует обширное реформирование современного гражданского законодательства, формирование правоприменительной практики, адекватно отзывающейся на изменения. Взаимопроникновение и динамика границ между правовыми системами и отраслями права, а также специфика внешнеэкономической интеграции обуславливают возникновение неизвестных ранее общественных отношений. Усложнение экономических связей требует оперативного правового регулирования. В связи с этим в отсутствие нормы права конкретного содержания возникает потребность в нормативном инструментарии, который служил бы, с одной стороны, основанием для установления, изменения, прекращения гражданского правоотношения его участниками – физическими и юридическими лицами, а с другой стороны, средством преодоления пробелов правоприменительными органами. Одним из таких институтов выступает аналогия в гражданском праве.

В современном гражданском законодательстве все чаще используются нормативные конструкции с открытым содержанием, позволяющие учитывать конкретные обстоятельства дела. Широкий диапазон оценочных категорий, появившихся в гражданском законодательстве, становится важной теоретической основой для применения аналогии права, расширения сферы ее использования.

Содержание норм, посвященных аналогии права в гражданском законодательстве, является, с одной стороны, лаконичным, с другой стороны, достаточно обобщенным. «Широта» употребления категории аналогия права не всегда обеспечивает однозначность ее восприятия и использования. Следствием этого является нечастое обращение участников оборота и правоприменительных органов к аналогии права, отождествление аналогии права с близкими по содержанию правовыми категориями, применение аналогии права на тех участках правового регулирования, где отсутствует пробел. Такие действия влекут за собой правовую неопределенность, злоупотребление правом и обход закона.

В связи с этим возникает потребность в конкретизации механизма применения аналогии права, создании нормативного инструментария, обеспечивающего однозначность использования аналогии права.

Российская судебная практика за последние два с половиной десятилетия не очень успешно справлялась с задачей преодоления законодательных пробелов путем аналогии права. Не является активно востребованной аналогия права и при установлении, изменении, прекращении гражданских прав самими участниками правоотношений. Аналогия права часто воспринимается в качестве запасного регулятора общественных отношений, не применяющегося в практике, что неоправданно сужает сферу ее использования и порождает правовую неопределенность.

Скудность существующей нормативной базы в совокупности с недостаточным количеством самостоятельных теоретических исследований, посвященных аналогии права в цивилистике, порождают противоречивую правоприменительную практику разрешения споров посредством аналогии права. Непоследовательность в использовании соответствующих норм связана, в частности, с относительно небольшим количеством споров, в которых правоприменительный орган использует аналогию права.

С учетом изложенного представляется, что одной из актуальных задач современной теории гражданского права является определение сущности, области применения и объективных условий использования аналогии права.

История существования аналогии права в цивилистике не способствовала становлению единого концептуального понимания правовой природы аналогии. В науке российского гражданского права остается слабо разработанным вопрос о месте института аналогии в системе гражданского права. Аналогию определяют в качестве правового института, правового метода, способа и средства преодоления пробелов и др. В отличие от зарубежных правовых порядков в российской цивилистике не получили надлежащего отражения вопросы применения аналогии при восполнительном толковании договора, а также использования фактической аналогии (анalogии факта).

Изложенные обстоятельства свидетельствуют о том, что обозначенные проблемы требуют теоретического осмысления, а существующие доктринальные позиции нуждаются в ревизии.

**Степень научной разработанности темы.** Интерес к проблеме аналогии права в российской цивилистической доктрине проявился на рубеже XIX-XX веков (работы Е.В. Васьковского, Ю.С. Гамбарова, Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Г.Ф. Шершеневича и др.). Впервые в дореволюционной правовой науке был сделан вывод о необходимости устранения неясности и неполноты гражданского законодательства посредством правовой аналогии (аналогия закона и аналогия права), а также установлены условия ее применения.

В советский период в общей теории аналогия права рассматривалась строго в соответствии с принципом социалистической законности, любая правотворческая роль суда отрицалась. Границы правовой аналогии определялись в равной степени как содержанием, так и социальным назначением права (научные труды А.К. Безиной, В.Н. Карташова, К.И. Комиссарова, А.С. Пиголкина, А.В. Рыбина и др.).

В науке советского гражданского права исследование правовой аналогии было подчинено главным образом задаче преодоления правовых пробелов правоприменительными органами, что нашло отражение в работах О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Н.Н. Вопленко и др. Иной взгляд на правовую аналогию, основанный на правотворческой природе аналогии и не нашедший широкой поддержки в теории, был предложен С.Н. Братусем, А.Б. Венгеровым, И. Сабо. Оригинальная концепция отрицания аналогии права как аналогии вследствие иной логической природы была сформулирована С.И. Вильнянским. В основу отрицания было положено несоответствие правовой аналогии методу аналогии в науке. Отдельные аспекты аналогии в гражданском праве затронуты в исследованиях С.В. Полениной. Автором было обосновано отнесение аналогии в гражданском праве к материально-правовым институтам, определены условия применения аналогии.

Комплексное исследование института аналогии в советском гражданском праве проведено в диссертационной работе В.И. Акимова «Аналогия в советском гражданском праве» (Л., 1970). Автором были установлены сфера и особенности использования правовой аналогии, что послужило расширению области ее применения.

Современные диссертационные исследования аналогии права посвящены преимущественно изучению роли аналогии в правоприменении юрисдикционными органами. Правоприменительная природа института аналогии раскрыта в работе Е.Д. Шиндяпиной «Аналогия права в правоприменении» (М., 2007). Пределы допустимости применения института аналогии в правовой системе России изложены в диссертации В.В. Фидарова (Тамбов, 2009). Пробелам в законодательстве и способам их преодоления посвящены научные труды В.И. Спектор (М., 2003), Ф.Р. Уранского (М., 2005).

Отдельные аспекты применения аналогии в сфере ограничения гражданских прав и установления гражданско-правовой ответственности представлены в работах В.А. Микрюкова, Г.А. Микрюковой. Реализация норм принципов гражданского права при применении аналогии права нашла отра-

жение в исследованиях О.А. Кузнецовой. Внимание автора преимущественно сосредоточено на правоприменительном значении норм-принципов гражданского права, что служит достижению нормативной определенности и расширению сферы применения аналогии права.

Комплексное исследование института аналогии в гражданском праве проведено в диссертации Л.А. Фоминой «Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права» (М., 2009). Ввиду поставленных автором задач аналогия рассматривается преимущественно в системе средств преодоления пробелов наряду с судебной практикой и обычаями. За пределами внимания исследователя остались как некоторые общие (например, неопределенность в гражданском праве, формы аналогии, место аналогии права в системе российского гражданского права), так и частные вопросы (особенности применения аналогии права к отдельным видам гражданско-правовых отношений, составляющих предмет гражданского права, и др.).

Проблема использования правовой аналогии широко освещается и продолжает оставаться дискуссионной в зарубежной доктрине. Так, целесообразность использования аналогии частного права к международно-правовым имущественным отношениям обосновывали английские ученые (R. Phillimore, D. Manning, D. Westlake), американские юристы (G. Halleck, T. Taylor), французские авторы (G. Bonfils, F. Despagne), шотландские правоведы (D. Lorimer, A. Rivier). Фундаментальное и комплексное исследование применения аналогии частного права к международно-правовым отношениям, не потерявшее актуальность по сей день, проведено в работе Н. Lauterpacht «Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration» (London, 1927). Автором впервые были установлены правовая основа и особенности применения аналогии частного права к международно-правовым имущественным отношениям, а также рассмотрена роль правовой аналогии в международном коммерческом арбитраже. К наиболее значимым современным исследованиям в данной об-

ласти следует отнести работу V. Vadi «Analogy in International Investment Law and Arbitration» (Cambridge, 2015), в которой представлены теоретические основы применения аналогии частного права в качестве субсидиарного источника международного права.

В системе англо-американского гражданского права построение юридических рассуждений с использованием аналогии факта широко применяется при мотивировании судебных решений. К наиболее значимым исследованиям аналогии факта в правовой аргументации следует отнести работы L. Alexander, S. Burton, R.M. Dworkin, M. Eisenberg, A.L. Goodhart, M. Moore, J. Raz, F. Schauer, Lloyd L. Weinreb. Авторами доказывается необходимость применения аналогии факта для установления сходства обстоятельств предыдущего и рассматриваемого дел в случаях, когда доктрина прецедента прямо не применима.

В зарубежном континентальном праве получило распространение рассмотрение аналогии, в том числе, в качестве одной из форм восполнительного толкования договора (работы N. Cornet, H. Koetz, K. Larenz, O. Sandrock). Авторами аргументировано применение аналогии при восполнительном толковании договора в отсутствие условия, необходимого для его исполнения (пробел в договоре).

Существующие научные представления и выводы относительно различных аспектов аналогии права в российском и зарубежном гражданском праве имеют важное методологическое, правоприменительное и теоретико-правовое значение для формирования целостного концептуального представления об аналогии права.

**Целью исследования является** формирование цивилистической концепции аналогии права, включающей определение её понятия, сущности, места в системе гражданского права, соотношения со смежными правовыми категориями, юридико-технических основ и пределов применения.

Цель диссертационного исследования определяет его основные **задачи:**



- 1) сформулировать понятие гражданско-правовой неопределённости и выявить её диалектическую связь с аналогией права;
- 2) дать понятие, определить формы и установить место института аналогии в системе российского гражданского права;
- 3) определить понятие пробела в гражданском законодательстве и в гражданско-правовом договоре в качестве основания для применения аналогии права и восполнительного толкования договора;
- 4) выяснить значение основных начал гражданского законодательства для юридико-технической логики применения аналогии права;
- 5) выявить пределы применения аналогии права в отдельных институтах гражданского права;
- 6) установить пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой;
- 7) описать специфику, правовые основы и пределы применения аналогии частного права к имущественным международно-правовым отношениям; сформулировать понятие аналогии частного права в международном праве.

**Объектом исследования** являются закономерности гражданско-правового регулирования общественных отношений, связанных с применением аналогии права.

**Предметом исследования** выступают нормы права, закрепленные в отечественных нормативных актах и нормативных актах некоторых зарубежных стран, устанавливающие правовые основы регулирования аналогии права в гражданском праве; отечественная и зарубежная правоприменительная практика; научные труды, посвящённые содержанию и применению аналогии права в гражданском праве.

**Методологическая основа исследования.** Общеметодологическую основу исследования составил общенаучный диалектический метод познания, позволяющий рассмотреть объект диссертации в исторической изменчивости, изучить различные точки зрения на предмет исследования, проанализировать практику применения аналогии гражданского права к отдельным отношениям в неразрывном

единстве и взаимодействии с иными правовыми категориями с опорой на судебную практику.

Для реализации поставленных задач в диссертационном исследовании использовались универсальные научные методы. При изучении правовой природы неопределенности в гражданском праве в зависимости от правопонимания, существовавшего в конкретный исторический период, применялся конкретно-исторический метод. С помощью формально-логического метода сформулировано понятие аналогии права, а также юридико-техническая логика ее применения. Использование системно-структурного метода позволило установить место института аналогии в системе российского гражданского права.

Кроме того, в диссертационном исследовании использовались специальные методы правовой науки, включающие сравнительно-правовой, позволивший рассмотреть формы аналогии, применяющиеся в различных правовых системах; метод системного толкования, способствовавший установлению особенностей применения аналогии к отдельным отношениям, составляющим предмет гражданского права.

**Эмпирическую основу** исследования составили материалы российской судебной практики: КС РФ (6), ВАС РФ (11), ВС РФ (4), суда по интеллектуальным правам (1), арбитражных судов округов (6), арбитражных апелляционных судов (3), арбитражных судов субъектов (2); материалы зарубежной судебной практики: ICSID (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров) (8), IACHR (Межамериканский суд по правам человека) (1), ICJ (Международный суд ООН) (5), ICTY (Международный трибунал по бывшей Югославии) (1), LCIA (Лондонский международный третейский суд) (1). Всего в работе содержатся ссылки на 49 судебных актов, принятых в 1904–2017 гг.

**Теоретическую основу** диссертационного исследования составляют:

- труды представителей отечественной юридической науки: В.И. Акимова, Н.Г. Александрова, С.С. Алексеева, А.В. Баркова, В.А. Белова, А.К. Безиной,

Е.В. Богданова, С.В. Бошно, М.И. Брагинского, С.А. Братуся, Е.В. Вавилина, А.Б. Венгерова, Н.А. Власенко, С.И. Вильнянского, В.В. Витрянского, Н.Н. Вопленко, А.В. Габова, В.П. Грибанова, О.С. Иоффе, В.Н. Карташова, Е.Г. Комиссаровой, К.И. Комиссарова, О.А. Кузнецовой, О.А. Красавчикова, Л.В. Лазарева, В.И. Леушина, Р.З. Лившиц, А.Л. Маковского, Н.С. Малеина, В.А. Микрюкова, Г.А. Микрюковой, В.В. Ровного, А.В. Рыбина, И. Сабо, Г.А. Свердлык, А.П. Сергеева, В.И. Спектора, Е.А. Суханова, А.С. Пиголкина, С.В. Полениной, Ю.К. Толстого, С.В. Тычинина, Ф.Р. Уранского, Л.А. Фоминой, В.В. Фидарова, З.И. Цыбуленко, М.Ю. Чельшева, Е.Д. Шиндяпиной и др. В процессе подготовки исследования было использовано правовое наследие выдающихся дореволюционных ученых: Е.В. Васьковского, Ю.С. Гамбарова, Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Г.Ф. Шершеневича и др.

- работы зарубежных исследователей: L. Alexander, G. Bonfils, S. Burton, N. Cornet, F. Despagnet, R.M. Dworkin, M. Eisenberg, A.L. Goodhart, G. Halleck, H. Koetz, K. Larenz, H. Lauterpacht, D. Lorimer, D. Manning, D.N. MacCormick, M. Moore, S. Perry, R. Phillimore, J. Raz, A. Rivier, F. Schauer, O. Sandrock, T. Taylor, V. Vadi, D. Westlake, Lloyd L. Weinreb и др.

**Научная новизна** работы заключается в том, что на основании новых теоретических положений, предложенных в исследовании, сформулирована цивилистическая концепция аналогии права, которая позволила сформировать всестороннее представление об аналогии права в науке гражданского права, выработать рекомендации по внесению изменений в нормативные акты, а также корректированию правоприменительной практики.

При этом в диссертационном исследовании:

- раскрыта правовая природа неопределенности в гражданском праве в диалектической связи с аналогией права;
- охарактеризовано понятие, определены формы и установлено место аналогии в системе российского гражданского права;

- сформулировано понятие пробела в гражданском законодательстве и в гражданско-правовом договоре в качестве основания для применения аналогии права и восполнительного толкования договора;

- установлено значение основных начал гражданского законодательства для юридико-технической логики применения аналогии права;

- выявлены пределы применения аналогии права в отдельных институтах гражданского права, а также пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой;

- сформулировано понятие аналогии частного права в международном праве, выделены правовые основы и пределы применения аналогии частного права к имущественным международно-правовым отношениям.

Научная новизна исследования раскрывается в следующих, сформулированных автором выводах и **положениях, выносимых на защиту**:

1. Выявлена диалектическая связь гражданско-правовой неопределенности и аналогии права. Неопределенность в гражданском праве представляет собой свойство права, предполагающее свободу выбора возможных дальнейших действий, в отсутствие правила поведения, обязывающего действовать строго определенным образом (императивная норма). Вслед за концепцией дихотомии правовой неопределенности, сформировавшейся в общей теории права, следует признать обоснованным выделение позитивной (относительно-определенные правовые нормы, оценочные понятия и рамочные договоры) и негативной (правовые пробелы) неопределенности в гражданском праве. Возникновение негативной правовой неопределенности является необходимым основанием для применения аналогии права, что обуславливает диалектическую связь гражданско-правовой неопределенности и аналогии права.

2. Установлены следующие формы аналогии в российском гражданском праве: (1) правовая аналогия (аналогия закона, аналогия права) и (2) фактическая аналогия (аналогия факта).

Обосновывается, что правовая аналогия в системе российского гражданского права является сложным, смешанным, материальным, общим, регулятивно-охранительным и функциональным правовым институтом. Аналогия права в гражданском праве представляет собой средство устранения негативной правовой неопределенности правоприменительными органами, а также установления, изменения и прекращения отдельных правоотношений участниками гражданского оборота – физическими и юридическими лицами.

В отличие от правовой аналогии фактическая аналогия выступает средством законодательной техники. Посредством фактической аналогии на основании сравнения обстоятельств и установления их сходства или различия, делается заключение о наличии или отсутствии юридического факта.

**3.** Сформулировано авторское определение пробела в гражданском законодательстве как одного из оснований применения аналогии права – неурегулированность нормой права конкретного содержания отношений, которые соответствуют природе гражданского права и входят в его предмет, подпадают под основные начала гражданского законодательства, регулируются посредством частноправового (координационного, диспозитивного) метода правового регулирования. Не образуют правовой пробел и не требуют применения аналогии права «молчание» правовой нормы; противоречие правовых норм; фактические ошибки в законе и договоре.

Установлению пробела и использованию аналогии права предшествуют следующие стадии правоприменения: соответственное применение правовых норм; субсидиарное применение права; конкретизация права; толкование; рестрикция и аналогия закона.

Аргументировано, что в отсутствии условия, необходимого для исполнения договора (пробел в договоре), аналогия может выступать одной из форм восполнительного толкования договора, когда существующее договорное условие применяется к неурегулированному вопросу по аналогии. Кроме того, при восполнительном толковании должны быть приняты во внимание

цель договора, общая воля сторон, практика, сложившаяся во взаимоотношениях сторон, требования добросовестности, разумности и справедливости.

**4.** В связи с неопределенностью содержания категорий «общие начала и смысл гражданского законодательства» для применения аналогии права предложено использовать установленные в ст. 1 ГК РФ «основные начала гражданского законодательства» в следующей юридико-технической правоприменительной логической последовательности: (1) выбор конкретного основного начала, подлежащего применению, либо выведение посредством индукции из нескольких основных начал общего правила поведения; (2) выведение посредством дедукции из общего правила поведения частного правила поведения, подлежащего применению.

**5.** Обосновано, что пределы аналогии права в гражданском праве предполагают запрет на применение аналогии для установления: (1) новых видов вещных прав, а также непредусмотренных ГК РФ оснований приобретения и прекращения права собственности; (2) новых объектов патентных прав, интеллектуальных прав на селекционные достижения и топологии интегральных микросхем; (3) новых юридических фактов, с которыми ГК РФ связывает возникновение наследственных правоотношений; (4) условий договора, когда норма, регулирующая права и обязанности сторон по договору, содержит явно выраженный запрет установить иное (императивная норма); (5) отношений, связанных с установлением гражданско-правовой ответственности и ограничением гражданских прав.

**6.** Доказано, что основанием для применения отдельных гражданско-правовых норм и принципов к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой, выступают межотраслевые связи. В названных отношениях, аналогия права подлежит применению в отраслевых гражданско-правовых пределах с учетом общеправовых ограничений применения аналогии права (запрет использования аналогии в сфере установления ответственности, а также в сфере отношений, где возникновение прав и обязанностей

соответствующих субъектов связано с наличием императивной нормы права конкретного содержания).

7. Установлено, что пределы применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям ограничиваются двумя основными сферами: 1) внедоговорные международно-правовые отношения, когда отсутствует применимый источник, но практикой выработаны механизмы использования гражданско-правовых принципов и концепции частного права; 2) международно-правовые отношения, регулируемые договором, в котором используются терминология и институты частного права.

Под аналогией частного права в международном праве следует понимать формулирование из одной или нескольких отраслей национального частного права гражданско-правового принципа, признанного цивилизованными нациями и подлежащего применению к неурегулированным международным правом имущественным отношениям в качестве частного правила поведения. При этом гражданско-правовые принципы, применяемые судом, должны носить международно-правовой характер и быть признанными большинством национальных правовых систем.

**Теоретическая значимость исследования** состоит в том, что его положения в совокупности образуют всестороннее представление о содержании аналогии права в гражданском праве, а также месте аналогии права в системе гражданского права, юридической техники и пределах применения аналогии права.

Выводы, сделанные в результате исследования, дополняют и развивают науку гражданского права в части устранения негативной правовой неопределенности и преодоления пробелов в гражданском праве, способов осуществления и защиты гражданских прав.

Результаты диссертационного исследования являются основанием для дальнейших научных исследований в сфере международного частного права, при изучении способов преодоления пробелов и осуществлении и защиты гражданских прав.

Высказанные в диссертации предложения могут быть использованы в нормотворческой деятельности при последующем развитии и совершенствовании гражданского законодательства.

**Практическая значимость исследования** состоит в том, что сформулированы научно обоснованные предложения по совершенствованию гражданского законодательства, в частности:

- высказана идея о дополнении содержания п. 2 ст. 421 ГК РФ положением об аналогии права в следующей редакции: «Стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. К договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами, при отсутствии признаков, указанных в пункте 3 настоящей статьи, правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) и аналогии права (пункт 2 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору».

Результаты исследования внедрены в учебный процесс Белгородского государственного национального исследовательского университета.

Отдельные положения исследования могут быть использованы в практике преподавания общего курса «Гражданское право» (общая и особенная части).

**Апробация результатов исследования.** Диссертационная работа подготовлена на кафедре гражданского права и процесса Белгородского государственного национального исследовательского университета, на которой проведено ее обсуждение и рецензирование.

Основные положения и результаты исследования были изложены на различных публичных выступлениях и научных конференциях: V Международной научно-практической конференции «Политика и право в социально-экономической системе общества» (г. Москва, 25-26 декабря 2012 г.); Научно-практической конференции «Региональные аспекты защиты прав потребителей» (г. Белгород, 15 марта 2012 г.); Международном молодежном фо-



руме «Нравственные императивы в праве, образовании, науке и культуре» (г. Белгород, 16-17 мая 2013 г.); Международной научно-практической конференции «Актуальні проблеми приватного права» (г. Харьков, 28 февраля 2014 г.). По теме исследования опубликовано восемь научных работ, в том числе шесть статей в журналах, рекомендованных ВАК РФ.

**Структура работы** определена сформулированными целью и задачами и состоит из введения, трёх глав, разделённых на семь параграфов, заключения и библиографического списка использованных источников.

## ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИКО-КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА

### § 1.1. Понятие гражданско-правовой неопределенности и ее диалектическая связь с аналогией права

Одним из основополагающих требований, предъявляемых личностью к праву, является определенность правовых норм. Право есть процесс придания социальной жизни целесообразности и определенности. Существо права состоит в привнесении в общественную жизнь порядка и скоординированности, уходе от неопределенности.

В философии существенными признаками определенности считают относительную устойчивость, выделенность и относительную независимость от среды. Неопределенность, напротив, понимается как потеря предметом своей определенности<sup>1</sup>.

Впервые в философии в наиболее общем виде идеи о неопределенности появились в учении Анаксимандра. В соответствии с его теорией определенность выступает свойством любой материи, отражает ее неисчерпаемость<sup>2</sup>.

Платон рассматривал неопределенность в качестве идеального мира (мира сущностей). Материальный мир, напротив, сводился к хаотичности и изменчивости<sup>3</sup>.

Диалектика неопределенности и определенности выражена в учении Гераклита об устойчивости и изменчивости; тождестве, единстве бытия и небытия. По мнению ученого, любая вещь приобретает свойства определенности в результате движения<sup>4</sup>.

Важное место категориям «определенность» и «неопределенность» отводится в работах Гегеля. Через призму названных категорий ученый стре-

---

<sup>1</sup> См.: Готт В.С. О неисчерпаемости материального мира. М.: Знание, 1968. С. 25.

<sup>2</sup> См.: Михайлова Э.Н., Чанышев А.Н. Ионийская философия. М.: Изд. Московского университета, 1966. С. 54.

<sup>3</sup> См.: Платон. Кратил. Ч. 5. М.: Мысль, 1979. С. 285.

<sup>4</sup> См.: Материалисты Древней Греции. М.: Госполитиздат, 1955. С. 49.

мился раскрыть содержание понятий, обосновать ход познавательного процесса. Философ считает, что неопределенность представляет собой необходимость, нерасчлененность бытия. Наличие в нем разных границ, различий обуславливает определенность<sup>1</sup>.

Интерес к категориям неопределенности и определенности в науке возрос с формулированием В. Гейзенбергом принципа неопределенности в физике в первой трети XX века. Так, ученый пришел к выводу, что не существует абсолютной определенности свойств и явлений в объективном мире. Объективная определенность всегда выступает в единстве с неопределенностью. Из этого следует, что универсальность определенности и неопределенности не знает границ. Охватывает не только все формы материи, но и познание<sup>2</sup>.

Названный постулат послужил толчком к переходу от распространения категорий «неопределенность» и «определенность» в материальном мире к исследованию названных явлений в социальной материи. Например, выяснилось, что через призму определенности и неопределенности можно рассматривать переход от одного качественного состояния к другому (социально-экономические формации, правовые формы и др.). Соответственно, с долей условности определенность и неопределенность в праве можно рассматривать в качестве категорий теории права.

В современной отечественной доктрине положение о том, что право обладает свойством определенности, не ставится под сомнение. В общей теории права традиционно основное внимание уделяется именно такому признаку права как определенность<sup>3</sup>. Однако некоторыми авторами предлагается рассматривать правовые явления «неопределенность» и «определенность»

---

<sup>1</sup> См.: Гегель. Сочинения. Т. 5. М.: Мысль, 1974. С. 66.

<sup>2</sup> Цит. по: Власенко Н.А. Категории «неопределенность» и «определенность» в исследовании современного права // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2017, № 1 (37). С. 9.

<sup>3</sup> См., например: Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юридическая литература, 1970. С. 89-105; Шабуров А.С. Формальная определенность права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1972. С.7.

как парные категории<sup>1</sup>. Представляется, что данный подход следует признать верным, поскольку определенность и неопределенность как противоположности находятся в единстве и связаны взаимными переходами. Сосредоточение правовой науки на рассмотрении определенности как свойстве права в обход исследования неопределенности не позволяет получить полное представление о правовой определенности. Определенность и неопределенность находятся в диалектическом единстве, одновременно и отрицая, и подтверждая друг друга.

Следует отметить, что в отечественной юридической науке феномен неопределенности в праве является достаточно новым и малоисследованным. К наиболее значимым работам можно отнести исследования Н.А. Власенко<sup>2</sup>, Т.Н. Назаренко<sup>3</sup>. Авторами сформулирована концепция неопределенности в праве, раскрыты формы проявления неопределенности, а также способы ее устранения и преодоления в различных правовых сферах.

Так, например, Т.Н. Назаренко под неопределенностью в широком смысле рассматривает обусловленное объективными и субъективными факторами несовершенство правового регулирования. В узком смысле неопределенность понимается как технико-юридический дефект текста права (внешней, письменной формы его выражения)<sup>4</sup>.

Н.А. Власенко понимает неопределенность, во-первых, как признак права, который выражается в неточности содержания и формы правовых явлений; во-вторых, как присущую социальным явлениям закономерность трансформации неопределенности в определенность; в-третьих, как свойство права, имеющее как негативное, так и позитивное значение. Более того, Н.А.

---

<sup>1</sup> См., например: *Власенко Н.А.* Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. М.: ИНФРА-М, 2015. С.21; *Назаренко Т.Н.* Неопределенность в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 227 с.

<sup>2</sup> См.: *Власенко Н.А.* Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 32-44; *Власенко Н.А.* Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М.:ИНФРА-М, 2014. 157 с.

<sup>3</sup> См.: *Назаренко Т.Н.* Неопределенность в российском праве. 227 с.

<sup>4</sup> См.: *Назаренко Т.Н.* Неопределенность в российском праве. С. 8.

Власенко приходит к выводу, что неопределенность как атрибут права – сложный феномен, требующий дальнейшего изучения<sup>1</sup>.

Представленные концепции неопределенности, сформулированные в теории права, побудили интерес к исследованию явления правовой неопределенности в отдельных отраслевых науках.

Так, Э.Л. Калашниковой предлагается рассматривать неопределенность в налоговом праве в широком и узком значении. В первом значении неопределенность подразумевает недостаток юридического регулирования должного поведения налогоплательщика. В узком значении под неопределенностью понимается несовершенство текста налогового законодательства<sup>2</sup>.

В рассматриваемой концепции неопределенности налоговой обязанности преобладает лишь одна из форм правовой неопределенности – дефект правового выражения. Данный дефект воспринимается автором в качестве негативного явления в праве. Вместе с тем можно выделить и иной аспект неопределенности. Например, правовая неопределенность может использоваться в целях обеспечения точности правового регулирования в налоговом праве, что, однако, не допускает произвола. Это означает, что в налоговом праве в определенных случаях могут применяться дополнительные средства, обеспечивающие гибкость и точность регулирования при установлении прав и обязанностей. К числу таких средств относится аналогия.

Так, аналогия применяется в целях противодействия злоупотребления в сфере налогов и сборов (п. 1 ст. 269 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ))<sup>3</sup>, а также употребляется законодателем в качестве одного из способов определения размера налоговых обязательств (пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ). Следовательно, подход, согласно которому правовая неопределенность при установлении налоговой обязанности признается правовым дефектом, неоправданно сужает свойство неопределенности, не учитывает его

---

<sup>1</sup> См.: Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения. С.36.

<sup>2</sup> Калашникова Э.Л. Неопределенность налоговой правовой обязанности: финансово-правовой аспект. С. 7

<sup>3</sup> См.: Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 31.08.1998 № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

положительный аспект. В данном случае законодатель, исходя из сложности налоговых отношений, а также динамики установления обязанности налогоплательщика, допускает позитивную неопределенность в праве.

В определенной степени безосновательная характеристика неопределенности налоговых правовых норм дана А.Г. Жигачевым. По мнению автора, неопределенность порождает произвол и «чиновничий беспредел» в отношении налогоплательщиков<sup>1</sup>.

В целом можно отметить интерес к изучению проблемы неопределенности в налоговом праве. Однако рассмотрение неопределенности исключительно через призму правового дефекта ограничивает свойство права как регулятора общественных отношений. Неопределенность в налоговом праве может рассматриваться как один из механизмов правового регулирования. Законодатель сознательно допускает неопределенность на тех участках, где не удастся абсолютно-определенным образом регламентировать отношения. Определенность таких отношений может быть достигнута, в том числе посредством использования аналогии.

Нельзя обойти стороной и конституционно-правовой аспект неопределенности в праве. Так, в соответствии со ст. 36 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 № 1-ФКЗ «О конституционном Суде Российской Федерации»<sup>2</sup> основанием для рассмотрения дела Конституционным Судом РФ выступает неопределенность в вопросе о соответствии Конституции РФ отдельных нормативных правовых актов.

Отсюда следует, что неопределенность в конституционно-правовом значении является основанием допустимости конституционного судопроизводства. Установление наличия или отсутствия неопределенности в вопросе соответствия закону Конституции РФ выступает основанием принятия дела к производству Конституционным Судом РФ. Таким образом, именно неопределенность в правовом регулировании выступает рычагом конституционного

---

<sup>1</sup> См.: Жигачев А.В. Неопределенность налоговой нормы как основание для обжалования налогоплательщиками в Конституционный Суд Российской Федерации // Доступ из СПС «Консультант-плюс». 2010.

<sup>2</sup> Российская газета. 1994. № 138.

правосудия. Данное обстоятельство еще раз подчеркивает значение феномена неопределенности в праве, а также актуальность дальнейшего исследования различных форм его проявления и средств преодоления.

Проблема неопределенности не получила достаточной теоретической разработки в гражданском праве. Вместе с тем обширность отношений, составляющих предмет гражданского права, не позволяет урегулировать их абсолютным образом. Диспозитивный метод гражданско-правового регулирования, равно как и свобода договора, провозглашенная в числе основных гражданско-правовых принципов, обуславливают возникновение неопределенности в гражданском праве.

Неопределенность в гражданском праве как самостоятельное явление не было предметом отдельного исследования в дореволюционной науке. Неопределенность рассматривалась в подавляющем большинстве случаев с негативной стороны как противоположность такого свойства права как определенность.

Так, И.А. Покровский отмечал, что определенность норм права является одним из самых существенных требований, предъявляющихся человеческой личностью к праву. Любая возникающая в этом отношении неясность ставит субъект в неопределенное положение, поскольку неясно каким правилом поведения следует руководствоваться<sup>1</sup>.

В дореволюционной литературе проблема определенности права рассматривалась через призму несовершенства закона и необходимости восполнения его судом. Поскольку закон не действует механически, для его исполнения необходимы органы правоприменения. Однако правоприменитель не является логическим механизмом, он также имеет свои представления о разумном и должном. В результате обнаруживается проблема правопонимания, которую в дореволюционной науке гражданского права предлагалось рассматривать сквозь призму следующих подходов: естественно-правового, исторического, догматического и историко-философского.

---

<sup>1</sup> См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2003. С. 97.

Цивилистика начала XIX века, следуя духу развития права в целом, преследовала идеи естественного права. Дореволюционные правоведы под естественным правом понимали независимое от государства, неотчуждаемое от личности идеальное право, воплощение справедливости и законности. Позитивное право, напротив, по мнению ученых, ограничивало личные права<sup>1</sup>.

Однако несовершенство и отсталость позитивного права того периода от требований жизни способствовали установлению свободного представления судов о своей роли. Под видом устранения неопределенности закона получило распространение неограниченное судебское усмотрение, а также исправление действующего закона посредством естественно-правовых принципов. Такое правопонимание просуществовало до тридцатых годов XIX века, когда на смену естественно-правовому направлению пришло историческое.

Историческая школа отрицала существование у каждой общности людей единого права, исходила из того, что у каждого народа есть свойственное ему право, определяемое присущим ему «народным духом». Основным источником права сторонники исторической школы признавали обычай, поскольку с законодательством знакомы немногие, а фактически сложившийся порядок известен всем. Соответственно любая неясность и неопределенность в праве может быть преодолена посредством сложившегося обычая.

С изданием судебных уставов 1864 года на смену историческому пришло догматическое направление. Суть данного направления состояла в формальном анализе правовых конструкций, систематизации институтов позитивного права и классификации юридических норм. Прежнее секретное делопроизводство сменилось гласным процессом. Произвольное манипулирование судами понятием справедливости и естественным правом было ограничено законом.

---

<sup>1</sup> См., например: *Кукольник В.Г.* Начальные основания российского частного гражданского права. Для руководства к преподаванию одного на публичных курсах. Спб.: Печатано при Сенатской тип., 1813. С. 98; *Цветаев Л.А.* Начертания теории законов. М.: Университетская типография, 1817. С. 13; *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. М.: Статут, 2003. С. 3-4.



Гражданское законодательство этого периода оперирует такими категориями как «неполнота», «неясность», «недостаток», «противоречие» закона. Предписывает в этом случае обращаться к толкованию, применять сходное правило поведения (аналогия закона), либо разрешать дело исходя из общих принципов права (аналогия права). Неясность закона рассматривается как негативное явление, требующее его преодоления. В этой связи интересна позиция Е.В. Васьковского, который под неясностью понимал неточность, двусмысленность, законов<sup>1</sup>.

Стоит отметить, что в случае толкования, равно как и применения аналогии, устанавливалось правило, что только закон (его смысл) может быть источником судебного решения. Такое решение всегда должно быть основано на законе (его смысле), а не выводиться из общих представлений о справедливости, целесообразности, морали и иных категорий, лежащих за пределами закона.

На смену позитивистскому направлению в дореволюционной цивилистике пришло историко-философское. Данное направление нашло отражение в психологической теории права (Л.И. Петражицкий<sup>2</sup>), социологической теории права (С.А. Муромцев<sup>3</sup>, Ю.С. Гамбаров<sup>4</sup>), морально-нравственном учении о праве (П.И. Новгородцев<sup>5</sup>, В.С. Соловьев<sup>6</sup>, Б.Н. Чичерин<sup>7</sup>) и др.

<sup>1</sup> См.: *Васьковский Е.В.* Руководство к толкованию и применению законов (для начинающих юристов). М.: Издание Бр. Башмаковы, 1913. С. 87, 91-92.

<sup>2</sup> См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Том I (издание 2-е, исправленное и дополненное). С.-Петербург, типография товарищества «Екатерингофское печатное дело», 1909. 758 с.

<sup>3</sup> См.: *Муромцев С.А.* Определение и основное разделение права / Вступит, статья, коммент. доктора юридических наук, профессора Ю. И. Гревцова. 2-е изд., доп. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2004. 224 с.

<sup>4</sup> См.: *Гамбаров Ю.С.* Свобода и ее гарантии. Популярны социально-юридические очерки. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1910. 288 с.

<sup>5</sup> См.: *Новгородцев П.И.* Лекции по истории философии права. Учения нового времени, XVI - XIX вв. 4-е изд. М.: Изд. кн. магазина «Высш. Шк.», 1918. 209 с.

<sup>6</sup> См.: *Соловьев В.С.* Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. СПб.: Я. Канторовичъ, 1899. 177 с.

<sup>7</sup> См.: *Чичерин Б.Н.* Нравственный мир // Русская философия права: философия веры и нравственности: Антология / сост. и авт. вступ. ст. А.П. Альбов. С-Пб.: Алетейя, 1997. 398 с.

Историко-философское направление стремилось рассмотреть взаимосвязь права с другими сторонами жизни (духовными, социальными). Понимание определенности права рассматривалось через призму морали, нравственности, а также свойств человеческой психики.

Анализ правопонимания в дореволюционной науке гражданского права позволяет сделать вывод, что правовая неопределенность в различных формах ее проявления (темнота, неясность, неполнота норм и др.) расценивалась преимущественно как негативное явление в праве, противоположность определенности, создающее препятствие в ее достижении. Рассмотрение неопределенности было подчинено задаче ее преодоления посредством различных правовых средств.

Так, согласно естественно-правовому подходу, получившему дальнейшее развитие в социологической теории права, неопределенность преодолевается посредством обращения к общефилософским категориям (справедливости, нравственности, морали и др.), что влечет к увеличению роли судебного усмотрения и ослаблению роли законов (позитивного права). Согласно позитивистскому подходу неопределенность в гражданском праве в различных формах ее проявления преодолевается посредством обращения к толкованию, правовой аналогии и иным средствам. При всем при этом суд не вправе выходить за рамки закона.

В отличие от дореволюционного этапа развитие советской правовой мысли складывалось главным образом на основе марксистского учения о государстве и праве в совокупности с критикой буржуазных теорий права.

Усилиями правоведов, среди которых можно выделить М.М. Агаркова, С.Н. Братуся, Д.М. Генкина, А.Е. Пашерстника, Н.Н. Полянского, Н.Г. Александрова и др., представляющих как общую теорию права, так и отраслевые юридические науки, в 30 – 40-х годах XX века было выработано нормативное понимание права как системы действующих в государстве юридических норм.

Однако в 70-80-х годах XX века названный подход стал вытесняться естественно-правовыми взглядами. Например, сторонники данного направления правопонимания предлагали включать в понятие права помимо норм, также правоотношение (С.Ф. Кечекьян, А.А. Пионтковский), правосознание (Я.Ф. Миколенко), субъективное право (Л.С. Явич) и др.

Следуя развитию теории права в целом, в советской цивилистике сложилось два основных направления правопонимания: нормативное (узкое) и естественно-правовое (широкое). Определенность как свойство права рассматривалось в единстве с самим пониманием права (узким и широким). Сменялось от понимания права как системы законодательства (его смысла) до расширения сферы права и включения в его состав правосознания, правоотношения и др.

Однако категория неопределенности в праве сама по себе была недооценена и в советской гражданско-правовой науке. Преобладало рассмотрение неопределенности как противоположности определенно-правовому регулированию. Неопределенность однозначно расценивалась как негативное явление в праве, требующее устранения посредством присущих определенному правопониманию правовых средств.

На современном этапе юридическая доктрина обогатилась общетеоретическими исследованиями неопределенности в праве, рассматриваемой самостоятельно и во взаимосвязи с определенностью, что дало толчок к дальнейшему исследованию этой, бесспорно, важной категории в гражданском праве.

Представляется, что в настоящее время наиболее обоснованный и аргументированный подход к категориям «определенность» и «неопределенность» в гражданском праве предложен Е.В. Богдановым. Согласно данной концепции неопределенность и определенность описывается в качестве элементов договорного регулирования общественных отношений<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Богданов Е.В. Категории «определенность» и «неопределенность» как элементы договорного регулирования общественных отношений // Законодательство и экономика. 2012. № 4. С. 21.

Е.В. Богданов указывает, что социальная ценность гражданского права состоит, прежде всего, в обеспечении определенности во взаимоотношениях участников гражданского оборота. Вследствие этого законодательством предусмотрено большое количество императивных норм, не допускающих двойственного регулирования общественных отношений (указание в законе существенных условий, порядка заключения, изменения, расторжения договоров и др.)<sup>1</sup>.

Однако усложнение гражданского оборота обуславливает потребность включения в обязательственное отношение неопределенности как элемента договорного регулирования. В связи с признанием категорий неопределенности или определенности законом или договором они приобретают значение юридической неопределенности или определенности.

Например, в соответствии с п. 5 ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>2</sup> (далее – ГК РФ), если договорное условие не определено диспозитивной нормой или соглашением сторон, соответствующие условия определяются применимыми к отношениям сторон обычаями. При такой ситуации сложившаяся в отношениях сторон неопределенность посредством применения обычая трансформируется в определенность.

В связи с этим Е.В. Богдановым предложено различать существенную и несущественную определенность. Так, неопределенность не является существенной, если с целью обеспечения стабильности договора законодательством предусмотрены соответствующие способы устранения неопределенности посредством преобразования ее в определенность. Напротив, существенная неопределенность договора влечет его недействительность или незаключенность<sup>3</sup>. Например, договор купли-продажи недвижимости считается незаключенным в случае отсутствия в нем данных, которые позволяют опреде-

---

<sup>1</sup> См.: Там же. С. 22.

<sup>2</sup> См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301

<sup>3</sup> См.: Богданов Е.В. Категории «определенность» и «неопределенность» как элементы договорного регулирования общественных отношений. С. 23.

ленно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору (ст. 554 ГК РФ).

По мнению Е.В. Богданова, гражданским законодательством предусмотрено два способа разрешения договорной неопределенности: 1) позитивное разрешение неопределенности (неопределенность устраняется нормой права, договор сохраняет юридическую силу); 2) негативное разрешение неопределенности (договор считается незаключенным с применением мер защиты интересов соответствующей стороны договора)<sup>1</sup>.

Предложенный подход к определенности и неопределенности в гражданском праве следует признать верным. Названные категории выступают в качестве элемента договорного регулирования, юридического факта, с наступлением которого законодательство связывает возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей.

В отличие от подхода к неопределенности, сформировавшегося в общей теории права и публично-правовых отраслях, неопределенность в гражданском праве следует рассматривать более широко. Например, Т.Н. Назаренко связывает неопределенность с возможностью индивидуального правового регулирования, известного «усмотрения» правоприменительных органов<sup>2</sup>. Н.А. Власенко указывает, что неопределенность в праве и ее пределы содержатся в правовой системе, во-первых, посредством относительно определенных норм права; во-вторых, с помощью фиксирования доступных альтернатив установления верхних и (или) нижних границ возможных вариантов решений (наступления определенных обстоятельств, временных границ и др.). Это позволяет правоприменителю, используя собственное усмотрение, разрешить спорную ситуацию<sup>3</sup>.

Данный подход, предложенный авторами, предполагает использование неопределенности для разрешения спора правоприменительными органами посредством усмотрения. Однако представляется, что неопределенность в

---

<sup>1</sup> См.: Там же. С. 23.

<sup>2</sup> См.: Назаренко Т.Н. Неопределенность в российском праве. С. 8.

<sup>3</sup> См.: Власенко Н.А. Категории «неопределенность» и «определенность» в исследовании современного права. С. 11.

гражданском праве следует также рассматривать как индивидуальное поднормативное регулирование правовых отношений в сфере реализации права участниками гражданского оборота. Это обусловливается тем, что категории «неопределенность» и «определенность» в гражданском праве являются элементом договорного регулирования.

Например, в соответствии с п. 2 ст. 481 ГК РФ, если договором купли-продажи не установлены требования к таре и упаковке, товар необходимо затарить и (или) упаковать обычным для такого товара способом, а при отсутствии такового – способом, обеспечивающим сохранность товаров такого рода при обычных условиях хранения и транспортировки. Соответственно содержание названной нормы предлагает участникам гражданского оборота самостоятельно разрешить возникшую неопределенность к таре или упаковке одним из способов.

В соответствии с п. 1 ст. 510 ГК РФ, если договором поставки не определен вид транспорта или условия доставки товара, право выбора вида транспорта или определение условий доставки товаров принадлежит поставщику, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, существа обязательства или обычаев делового оборота. В данном случае законодатель предоставляет поставщику право трансформировать неопределенность условий доставки в определенность посредством самостоятельного выбора вида транспорта и условий доставки товара.

Другим ограничением сферы неопределенности в праве выступает рассмотрение указанной категории в качестве *необходимого* (выделено мной – Д.И.) интеллектуально-волевого выбора варианта дальнейшей деятельности. Названным образом Р.О. Опалевым предлагается рассматривать неопределенность в арбитражном и гражданском процессуальном праве<sup>1</sup>. Однако, как было проиллюстрировано выше, неопределенность в гражданском праве может быть связана не только с необходимостью, но и с возможностью выбора вариантов поведения. Следовательно, неопределенность в гражданском праве

---

<sup>1</sup> См.: Опалев Р.О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве: автореф. ...дис.. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 7.

не может быть ограничена только лишь необходимостью выбора дальнейшей деятельности.

С учетом названных особенностей неопределенность в гражданском праве следует рассматривать как свойство права, предполагающее свободу выбора возможных дальнейших действий, в отсутствие правила поведения, обязывающего действовать строго определенным образом (императивная норма).

Такое понимание неопределенности не связывает названный феномен исключительно с действиями правоприменителя, а напротив, предполагает также усмотрение самих участников оборота в рамках договорного регулирования.

Не менее интересным представляется вопрос об оценке неопределенности в праве с точки зрения ее роли в правовом регулировании. Так, в современных отечественных исследованиях все чаще указывается, не только на отрицательный эффект неопределенности, но также и на ее положительную роль в праве. Например, впервые в юридической науке, по утверждению Т.Н. Назаренко, в ее исследовании обосновывается неопределенность в праве в качестве положительного явления<sup>1</sup>. Однако представляется, что подход о положительном эффекте неопределенности не является новым в правовой науке. Так, положительный аспект неопределенности еще в XX веке был предметом рассмотрения зарубежных исследователей как в области теории права, так и отдельных отраслевых наук.

Например, американский правовед Д. Кристи отмечал, что нормативные конструкции с открытым содержанием являются неизменным инструментом для достижения точности и ясности в юридическом языке<sup>2</sup>.

По утверждению английского автора Д.Э. Джонса, стремление обеспечить определенность налогообложения через точные и конкретные правила приводит к усложнению налогового законодательства<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Назаренко Т.Н. Неопределенность в российском праве. С.9.

<sup>2</sup> См.: Christie G.C. Vagueness and Legal Language // Minnesota Law Review. 1964. Vol. 48. P. 885.

Положительный эффект неопределенности был отмечен также в науке процессуального права. Э. Леви писал, что категории, используемые в юридическом процессе, должны быть неясными, двусмысленными в целях предоставления возможности вливания новых идей в судебное разбирательство<sup>2</sup>.

Концепция о дихотомии неопределенности в отечественном праве в наиболее фундаментальном виде отражена в работах Н.А. Власенко<sup>3</sup>. По справедливому утверждению автора, в юридической науке существует определенный задел для изучения проблемы неопределенности в отдельных отраслях права<sup>4</sup>.

Следует согласиться с Н.А. Власенко в том, что концепция о дихотомии неопределенности не является абсолютно новым подходом в теории права. Простое «механическое» перенесение идей о неопределенности с общей теории права в отраслевые науки не обогащает юридическую науку в целом.

Вместе с тем представляет теоретический и прикладной интерес исследование форм проявления, позитивной и негативной роли, а также способов преодоления неопределенности в гражданском праве.

Как было проиллюстрировано выше положительный эффект неопределенности в гражданском праве состоит в предоставлении свободы выбора дальнейшего поведения в отсутствие правовой нормы, обязывающей действовать строго определенным образом. Такую возможность в гражданском праве, в частности, предоставляют относительно-определенные юридические нормы.

Спецификой относительно определенных норм является закладываемая в них неопределенность и формулирование пределов для усмотрения суда. Например, в соответствии со ст. 1067 ГК РФ причиненный в состоянии крайней необходимости вред должен быть возмещен лицом, причинившим вред.

---

<sup>1</sup> См.: *Jones J.A. Tax Law: Rules or Principles // Fiscal Studies. 1996. Vol. 17, № 3. P. 78.*

<sup>2</sup> См.: *Levi E.H. An Introduction to Legal Reasoning. Chicago: The University of Chicago Press, 1949. P. 501-574.*

<sup>3</sup> См., например: *Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. 176 с.; Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 32-44 и др.*

<sup>4</sup> См.: *Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. С. 159*



Учитывая обстоятельства причинения вреда, суд может возложить на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред, обязанность его возмещения. Также суд может освободить от возмещения вреда полностью или частично как это третье лицо, так и причинившего вред. Очевидно, что заранее предугадать все обстоятельства, при которых в состоянии крайней необходимости может быть причинен вред, не представляется возможным. В этой связи законодатель предусмотрел возможность усмотрения суда в каждом конкретном случае, учитывая обстоятельства, при которых был причинен вред. Таким образом, в данном случае неопределенность выступает средством правового регулирования, трансформируясь в определенность посредством применения усмотрения суда.

Согласимся с Н.А Власенко в том, что другой формой позитивной неопределенности в гражданском праве выступают оценочные понятия. Они предоставляют субъектам правоприменения определенную свободу в толковании нормы права с помощью придания термину собственного содержания в зависимости от фактических обстоятельств. Оценочные понятия служат цели достижения правовой определенности. Это важнейшее правовое средство, посредством которого правовому регулированию придается гибкость<sup>1</sup>.

Определяющая роль в раскрытии оценочных понятий в гражданском праве принадлежит высшим судебным органам: Конституционному Суду РФ, Верховному Суду РФ и Высшему Арбитражному Суду РФ. Например, в соответствии с подп. «р» п. 1 ст. 23 ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»<sup>2</sup> регистрирующий орган вправе отказать в государственной регистрации при наличии подтвержденной информации о недостоверности предоставленных сведений об адресе юридического лица. Однако нет ясности о том, какие сведения об адресе юридического лица следует считать недостоверными.

---

<sup>1</sup> См.: Власенко Н.А. Язык права. Иркутск: Восточно-Сибирское книжное изд-во, 1997. С. 162-167.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // Собрание законодательства РФ, 2001, № 33 (Часть I). Ст. 3431.

Названная неопределенность была разрешена Постановлением Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица»<sup>1</sup>. Так, в п. 2 названного Постановления указывается, что о недостоверности сведений об адресе юридического лица, может свидетельствовать, в частности: 1) адрес обозначен как место расположения большого количества юридических лиц, с которыми невозможна почтовая связь; 2) адрес в действительности не существует или находившийся по данному адресу объект разрушен; 3) адрес является условным почтовым адресом, присвоенным объекту незавершенного строительства; 4) адрес не может свободно использоваться для связи с юридическим лицом; 5) имеется заявление собственника о запрете регистрации юридического лица по данному адресу.

Для признания адреса юридического лица недостоверным правоприменительному органу необходимо установить наличие хотя бы одного из перечисленных обстоятельств. Таким образом, неопределенность оценочного понятия недостоверности в данном случае трансформируется в определенность посредством соотнесения фактических обстоятельств дела с обстоятельствами, указанными в Постановлении Пленума ВАС РФ.

Рассмотренные формы позитивной правовой неопределенности используются преимущественно правоприменительными органами, предоставляя последним определенную степень усмотрения.

В отличие от относительно-определенных норм и оценочных понятий неопределенность рамочного договора в гражданском праве предполагает трансформацию в определенность посредством действий самих участников гражданского оборота. Так, в соответствии с п. 1 ст. 429.1. ГК РФ рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, регламентирующий наиболее общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица» // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). № 32. 2013.

посредством заключения отдельных договоров, или иных действий на основании либо во исполнение рамочного договора.

Трансформацией неопределенности в определенность в данном случае выступает конкретизация договора его сторонами посредством конкретизирующего соглашения в форме приложения к договору, спецификации, заявки и т.п. Если в рамочном договоре нет ни одного условия, которое обладает непосредственным правовым эффектом и связывало бы стороны до согласования существенных условий, такой рамочный договор не может быть признан самостоятельной сделкой. В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ, если не согласованы существенные условия, договор нельзя считать полноценно заключенным. Такой рамочный договор является неопределенным, поскольку не влечет сам по себе никакие правовые последствия, не создает никаких прав, а лишь выступает в качестве этапа оформления договора. Соответственно определенность такой договор приобретает только после достижения сторонами соглашения относительно его существенных условий.

Выше были рассмотрены некоторые аспекты неопределенности как позитивного начала в гражданском праве, как средства правового регулирования. Отметим, что неопределенность в гражданском праве может проявляться, так же как и несовершенство юридического регулирования, дефект права и законодательства.

Главным образом следствием несбалансированности правовых норм является возникновение пробелов – отсутствие нормы права, подлежащей применению в условиях, когда общественное отношение находится в сфере гражданско-правового регулирования. При таких обстоятельствах правоприменитель оказывается в ситуации неопределенности. Лучшим выходом из нее является преодоление пробела провороческим путем. Однако суд не вправе отказать в защите субъективного права по причине отсутствия правовой нормы, подлежащей применению. В данном случае судья прибегает к правоприменительным способам преодоления пробелов: аналогии права и анало-

гии закона. Это позволяет преодолеть неопределенность и разрешить спорную ситуацию в рамках закона.

Аналогия права, в отличие от аналогии закона, выступает менее распространенным средством преодоления негативной неопределенности. В российской цивилистике остаются дискуссионными вопросы о механизме применения аналогии права и ее пределах, а также месте аналогии в системе гражданского права. Аналогия права, в целом, малоприменима в практике. Вместе с тем изначально именно в аналогию права законодателем был заложен большой правоприменительный потенциал для преодоления неопределенности, который до конца не реализован. Аналогия права остается заключительным (итоговым) правоприменительным правовым средством преодоления негативной правовой неопределенности при исчерпании всех иных юридических средств, что обуславливает диалектическую связь правовой неопределенности и аналогии права.

Исследование проблемы правовой неопределенности и ее проявления в гражданском праве позволяет сделать следующие выводы.

Неопределенность в гражданском праве представляет собой свойство права, предполагающее свободу выбора возможных дальнейших действий в отсутствие правила поведения, обязывающего действовать строго определенным образом (императивная норма).

Вслед за концепцией дихотомии правовой неопределенности, сформировавшейся в теории права, следует признать обоснованным выделение позитивной и негативной неопределенности в гражданском праве.

Основными формами выражения позитивной неопределенности в гражданском праве выступают относительно-определенные правовые нормы, оценочные понятия, рамочные договоры. Отрицательное свойство неопределенности выражается в возникновении правовых пробелов, которые преодолеваются посредством аналогии закона и аналогии права. Аналогия права выступает заключительным (итоговым) средством преодоления пробелов при исчерпании иных правовых средств.

## § 1.2. Понятие, формы и место аналогии в системе российского гражданского права

Категория «аналогия» имеет широкую сферу применения, используется в различных областях знаний. В наиболее общем виде под аналогией понимается сходство в каком-либо аспекте между предметами, явлениями, понятиями. С философской точки зрения аналогия представляет собой умозаключение, в соответствии с которым от внешнего подобия предметов и явлений по одним свойствам, делается вывод о возможности схожести по другим свойствам<sup>1</sup>.

В гражданском законодательстве аналогии посвящена ст. 6 ГК РФ, согласно которой в ситуациях, когда отношения, охватываемые предметом регулирования гражданского права, прямо не регламентированы законодательством, соглашением сторон или обычаем, к таким отношениям применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

В ситуациях, когда аналогия закона неприменима права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

Необходимость аналогии в гражданском праве восходит к его природе. Не представляется возможным посредством нормы права конкретного содержания дать ответы на все спорные вопросы, возникающие в области гражданского права. Неопределенность гражданского права имеет объективную природу. Как справедливо отмечал Ю.С. Гамбаров, законодательство объективно не может охватить все ситуации, возникающие в реальной действительности<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка. М.: РАН Институт русского языка им. В.В. Виноградова, 1999. С. 95.

<sup>2</sup> *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. Общая часть. М.: Зерцало Москва, 2003. С. 67.

В советский период правовая аналогия рассматривалась преимущественно как способ преодоления пробелов правоприменительными органами. Так, по утверждению В.И. Акимова «аналогия во всех случаях используется в целях восполнения пробелов гражданского законодательства»<sup>1</sup>. По мнению С.С. Алексеева, в право изначально закладывается специальная программа на случай возможных пробелов, которая предусматривает способы их преодоления в процессе правоприменения. Причем не играет роли, что в условиях совершенной, нормативно-законодательной системы, некоторые способы преодоления правовых пробелов, например, аналогия права, очень редко используются в практике. основополагающим остается оснащенность правовой системы необходимыми юридическими средствами преодоления пробелов. И все эти средства независимо от частоты использования в практике должны находиться в «боевой готовности»<sup>2</sup>.

Понимание аналогии в советском гражданском праве преимущественно в качестве способа преодоления пробелов судами было продиктовано необходимостью неукоснительного соблюдения принципа социалистической законности. Расширение сферы применения аналогии права за рамки преодоления пробелов правоприменительными органами рассматривалось в качестве «буржуазного судебного произвола и нарушения социалистической законности»<sup>3</sup>.

На современном этапе произошел уход от «социалистического правосознания», расширение и усложнение гражданского оборота. Однако в литературе все также господствует точка зрения, согласно которой аналогия выступает исключительно в качестве средства преодоления пробелов судами<sup>4</sup>. Вместе с тем, не ставя под сомнение значение функции преодоления пробелов

---

<sup>1</sup> Акимов В.И. Аналогия в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1970. С. 144

<sup>2</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2-х томах. Т. 1. М.: Юрид. лит. С.329-332.

<sup>3</sup> Акимов В.И. Аналогия в советском гражданском праве. С. 7.

<sup>4</sup> См.: Божок В.А. Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2005. С. 7

лов правоприменительными органами, можно выделить также иные функции аналогии права в цивилистике.

По справедливому утверждению В.О. Белоносова, сущность аналогии права в цивилистике состоит в том, чтобы распространить основные начала гражданского права на неурегулированные отношения. Из этого следует, что использование аналогии права является одним из частных вопросов применения права. Особенности использования аналогии следует рассматривать с учетом общего понятия о применении права<sup>1</sup>.

Наиболее часто применение права рассматривается именно как властная индивидуально-правовая деятельность<sup>2</sup>. Такой взгляд на понятие применения права в большей степени основан на том представлении, что нормы права применяются только тогда, когда совершено правонарушение и возникает необходимость мер государственного принуждения. Однако это необоснованно сужает сферу применения гражданско-правовых норм и аналогии права соответственно.

Применение права не ограничивается разрешением споров с установлением санкций. Применение правовой нормы предполагает реализацию ее предписаний в отношении фактов, на регулирование которых данная норма рассчитана. Это происходит путем установления, изменения, прекращения соответствующих правоотношений. Следует согласиться с авторами, которые рассматривают применение правовых норм как сознательное установление, изменение или прекращение конкретного правоотношения в соответствии с правовой нормой, регулирующей данное правоотношение<sup>3</sup>. Такой подход позволяет прийти к выводу, что в применении права могут участвовать наряду с государственными органами организации и граждане.

---

<sup>1</sup> См.: *Белоносов В.О.* Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 68.

<sup>2</sup> См., например: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М.: ИНФРА М, 1999. С. 484; *Алексеев С.С.* Общая теория права. С. 254.

<sup>3</sup> См.: *Иоффе О.С., Шаргородский М.Д.* Вопросы теории права, Л.; Госюриздат, 1961. С. 194.

Возникновение гражданских правоотношений преимущественно происходит в результате правомерных действий граждан и юридических лиц, основное место среди которых занимают сделки. Стоит отметить, что значение сделок в гражданском праве не ограничивается тем, что они выступают в качестве основания возникновения гражданских правоотношений. Сделки служат средством индивидуального регулирования прав и обязанностей участников правоотношения<sup>1</sup>. Это обстоятельство свидетельствует о сходстве сделок с правоприменительными актами, совершаемыми государственными органами. С.С. Алексеев справедливо отмечает, что «... при совершении такого рода актов необходимо в ряде случаев использовать правила и приемы, выработанные в области применения права (например, толкования, оценки фактов, правил юридической техники)»<sup>2</sup>. Аналогия права является одним из приемов применения права. Из этого следует, что ее использование допустимо при совершении сделок физическими и юридическими лицами.

Равно как применение гражданско-правовых норм нельзя ограничивать исключительно разрешением конфликтов с установлением санкций, применение аналогии права нельзя ограничивать только решением споров. Использование аналогии права, так же как и применение права в целом, выражается в осознанном установлении, изменении, прекращении гражданских правоотношений. Именно этим можно объяснить закрепление норм об аналогии как в ГК РФ, так и в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации (далее – ГПК РФ<sup>3</sup>), Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации (далее – АПК РФ<sup>4</sup>). Правила об аналогии, сформулированные в ст. 11 ГПК РФ, ст. 13 АПК РФ адресованы суду. Правило, закрепленное в ст. 6 ГК РФ адресовано не только суду, но и участникам гражданского оборота.

---

<sup>1</sup>См.: *Халфина Р.О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1954. С. 106.

<sup>2</sup> *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1966. Вып.4. С. 7.

<sup>3</sup> См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 2002, № 46. Ст. 4532.

<sup>4</sup> См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 2002, № 30. Ст. 3012.



Соответственно аналогию права следует рассматривать не только как средство преодоления пробелов судами, но также и в качестве средства установления, изменения и прекращения гражданских правоотношений гражданами и юридическими лицами.

Наряду с использованием аналогии права только в качестве способа преодоления пробелов правоприменительными органами, в гражданско-правовой доктрине господствует восприятие института аналогии как «запасного» регулятора общественных отношений<sup>1</sup>. Следует согласиться с В.А. Микрюковым в том, что низкий уровень использования аналогии вызван не столько беспробельностью и непротиворечивостью гражданского законодательства, сколько восприятием аналогии в качестве последнего и наилучшего средства гражданско-правового регулирования<sup>2</sup>.

Оценочность и неопределенность понятий, которыми необходимо оперировать при использовании аналогии права делают субинститут малоприменимым в практике. М.И. Брагинским и В.В. Витрянским небезосновательно было высказано предположение, что в будущем аналогию права вряд ли ждет большое развитие в условиях значительного расширения как общей части обязательственного права, так и видов поименованных в ГК РФ договоров<sup>3</sup>. В судебной практике аналогия также нередко рассматривается в качестве исключительного средства правоприменения<sup>4</sup>. Р.З. Бевзенко и вовсе не удалось обнаружить примеры использования судами аналогии права в качестве способа преодоления гражданско-правовых пробелов<sup>5</sup>.

В отечественной цивилистике до настоящего времени не выработано единого концептуального подхода к определению природы аналогии права. В

---

<sup>1</sup> См.: Гражданское право: Учебник в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ Пресс, 2011. Т. 1. С. 71.

<sup>2</sup> См.: Микрюков В.А. О состоянии научных исследований по проблемам института аналогии в российском гражданском праве // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 1 (86). С. 61.

<sup>3</sup> См.: Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 107.

<sup>4</sup> См.: Балашов А.Н. Мишутина Э.И. Вопросы применения аналогии закона и аналогии права в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. №10. С. 59-62.

<sup>5</sup> См.: Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой: 2-е изд., перераб. и доп. / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2011. С. 27.

судебно-арбитражной практике встречается подмена аналогии права аналогией закона, то есть применение поименованной в законе гражданско-правовой нормы по аналогии права<sup>1</sup>. Пробелы обнаруживаются и в определении порядка, пределов допустимости и субъектного состава применения аналогии права. Указанные примеры свидетельствуют об отсутствии у правоприменителя единого концептуального понимания правовой природы аналогии, что является следствием недостаточной теоретической разработки аналогии права в цивилистике.

Для определения правовой природы и сущности аналогии права необходимо обратиться к основным концепциям данного субинститута, сформировавшимся в отечественной теории права и гражданско-правовой науке.

1. Теория правоприменения. Согласно господствующей в отечественной гражданско-правовой науке концепции аналогия права предполагает определение прав и обязанностей сторон на основе общих начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности, справедливости<sup>2</sup>; применение к неурегулированному законодательством (действующим позитивным правом) отношению общих начал и смысла права<sup>3</sup>.

Точка зрения, в соответствии с которой аналогия права расширяет сферу применения действующих норм, а не является правотворчеством, является наиболее устоявшейся в юридической науке. Так, Г.Ф. Шершеневич под аналогией права понимает «применение совокупности действующих законов, объединенных в правовой принцип, к случаю, сходному с теми, какие частично регламентированы в каждом из этих законов»<sup>4</sup>.

На разных этапах развития советской юридической науки аналогию права в цивилистике и правовой теории В.И. Акимов, А.К. Безина, К.И. Ко-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.04.1999 по делу № Ф04/752-125/А70-99 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Гражданское право: В 4 т. Т. 1: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2008. С.114.

<sup>3</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М: Издательство НОРМА, 2000. С. 490.

<sup>4</sup> *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права: учеб. пособие. Т. 2. Вып. 2-4. М.: Юридический колледж МГУ, 1995. С. 542.

миссаров, А.С. Пиголкин, А.В. Рыбин и др.<sup>1</sup> рассматривали с позиции правоприменения.

Так, К.И. Комиссаров полагает, что аналогия выступает способом восполнения пробелов не в законе, а в круге общественных отношений, которые подлежат юридическому регулированию. Аналогия предполагает правоприменительный, а не правотворческий процесс<sup>2</sup>. А.К. Безина отмечает, что при применении аналогии права судом не создается новой нормы права, а лишь применяются общие принципы отрасли права<sup>3</sup>.

Линия определения аналогии права через правоприменение проходит через современные монографические исследования в области способов преодоления пробелов<sup>4</sup>. Основная аргументация в пользу правоприменительной природы аналогии права сводится к следующему.

Правоприменитель констатирует правовой характер общественного отношения не по собственному субъективному усмотрению, а руководствуясь основными началами правовой отрасли. Суть аналогии права состоит в том, что суд не создает новой нормы, а лишь отыскивает правило, регламентирующее общественное отношение, близкое к тому, с которым он столкнулся.

Понимание аналогии права в цивилистике исключительно с позиций правоприменения не лишено недостатков по следующим основаниям.

Представляется, что отграничение в ГК РФ *применения* гражданского законодательства, регулирующего сходные отношения (аналогия закона) от

---

<sup>1</sup> См. например: *Акимов В.И.* Аналогия в советском гражданском праве. С. 7; *Безина А.К.* Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1971. С. 82; *Комиссаров К.И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 55; *Пиголкин А.С.* Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 57; *Рыбин А.В.* Виды и структура правовых норм // Ученые записки Пермского государственного университета. Том XV. Вып. 3. Юридические науки. Пермь, 1957. С. 45.

<sup>2</sup> См.: *Комиссаров К.И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе. С. 55.

<sup>3</sup> См.: *Безина А.К.* Судебная практика и развитие советского трудового законодательства С.82.

<sup>4</sup> См., например: *Божок В.А.* Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве. С. 17; *Фидаров В.В.* Пределы допустимости применения института аналогии закона и аналогии права в правовой системе России: дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 73; *Фомина Л.А.* Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С.25, 26 и др.

*определения* прав и обязанностей, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права), не случайно. Прежде чем применить что-либо, необходимо определить, *что* подлежит применению. Согласно толковому словарю Ожегова, *определение* – это объяснение (формулировка), раскрывающее, разъясняющее содержание, смысл чего-либо<sup>1</sup>. И если в случае с аналогией закона судья применяет норму, регулиющую сходные отношения, то в случае с аналогией права правоприменителю необходимо сформулировать (хоть и из общих начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности и справедливости) норму.

Очевидно, что изначально нормы нет, правоприменитель формулирует правило поведения самостоятельно, конкретизируя основные начала гражданского законодательства. Вполне справедлива позиция В.В. Ровного, согласно которой аналогия права не предполагает нормативного регулирования, ввиду отсутствия в условиях аналогии права конкретной правовой нормы<sup>2</sup>.

Несмотря на отмеченные недостатки, ценность теории правоприменения в цивилистике состоит в том, что она обеспечивает неукоснительное соблюдение действующего законодательства, принципов законности, недопущения злоупотребления правом и обхода закона.

Во-первых, названная теория предполагает, что правоприменитель в своей деятельности ограничен общими началами и смыслом законодательства, то есть нормами официальных правовых источников (законов, актов официального толкования, практики высших судебных инстанций). Во-вторых, отечественное законодательство прямо не признает за правоприменительными актами нормативной силы. Сформулированная судьей по аналогии права гражданско-правовая норма не подлежит впоследствии обязательному применению, а может быть использована лишь в качестве прецедента толкования.

---

<sup>1</sup>См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М.: Азбуковник, 1999. С. 439..

<sup>2</sup> См.: Гражданское право: В 3 т. Т. I.: учебник / Под ред. А.П. Сергеева. С. 73. (автор главы – В.В. Ровный).

2. Теория правотворчества. Очевидно, что аналогия права балансирует на грани правоприменения и правотворчества. Еще в начале XX века Ю.С. Гамбаров определял аналогию гражданского права «не столько как применение действующей нормы к неурегулированным ею отношениям, сколько приведение данной нормы посредством ее обобщения к такому виду, в котором она может быть применена к конкретному случаю»<sup>1</sup>.

В советской юриспруденции концепция правотворческой природы аналогии поддерживалась главным образом С.Н. Братусем и А.Б. Венгеровым<sup>2</sup>, сходных взглядов придерживался И. Сабо<sup>3</sup>. Согласно этой позиции при использовании аналогии права применяется не действующее правило (поскольку в этом случае проблемы бы не существовало), а другое, сходное правило. Данное правило (созданное для конкретного случая) объективно существует, что обеспечивает подведение частного случая под общую норму. Поэтому пробел в законе преодолевается не путем подведения не регламентированного правом отношения под сходную правовую норму, а путем создания судом аналогичной нормы, на основе которой и выносится решение<sup>4</sup>. Данная точка зрения не получила широкого распространения в советской правовой доктрине, поскольку всякая правотворческая роль суда отвергалась как порождение буржуазной теории.

В современной цивилистической науке высказываются различные точки зрения относительно правотворческой природы аналогии права. Так, В.В. Ровный отмечает, что аналогия права предполагает определение прав и обязанностей сторон исходя как из общих начал и смысла гражданского законодательства, так и требований добросовестности, разумности и справедливости. Следовательно, законодатель предоставляет возможность самим за-

---

<sup>1</sup> Гамбаров Ю.С. Гражданское право. С. 345.

<sup>2</sup> См.: Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. М.: Юрид. лит., 1975. С. 44-49.

<sup>3</sup> См.: Сабо И. Социалистическое право / И. Сабо; Под ред. В.А. Туманова (Вступ. ст.); Пер. с венг.: Б. Я. Гейгера, И. В. Пронякова, Н. Н. Сикачева. М.: Прогресс, 1964. С. 277-279.

<sup>4</sup> См.: Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики. С. 44-49.

интересованным лицам (участникам гражданского оборота) или правоприменителю создать индивидуально-определенное правило для определения прав и обязанностей<sup>1</sup>.

Такого рода понимание аналогии права в цивилистике не находит широкой поддержки по следующим основаниям. Отечественное законодательство не признает за решением суда нормативной силы. В традиционном понимании континентального права судебное правотворчество посягает на теорию разделения властей. Вместе с тем, поскольку решение суда по российскому гражданскому праву не является прецедентом, решение дела по аналогии не может служить образцом для аналогичных дел. В данном случае правотворчество суда сводится к «преодолению правового пробела *ad hoc*» сначала путем создания правила поведения (исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности и справедливости), а только затем его применения к неурегулированным отношениям.

Данный подход представляет ценность тем, что расширяет сферу применения аналогии права, не ограничивает ее исключительно использованием официальных гражданско-правовых источников.

3. Теория отождествления аналогии права и аналогии закона. Очевидно, что при понимании права как системы норм (нормативистское понимание права) возможна только аналогия закона, поскольку право и закон тождественны по содержанию. При таком понимании гражданского права идеи разумности, добросовестности и справедливости составляют содержание законов. Поэтому, как утверждает Р.З. Лившиц, неважно, применяются по аналогии общий принцип или конкретная норма, все равно имеет место аналогия закона<sup>2</sup>.

Такое понимание аналогии права логически верно и непротиворечиво, если не проводить различия между правом и законом.

---

<sup>1</sup> См.: Гражданское право: В 3 т. Т. I.: учебник / Под ред. А.П. Сергеева. С. 73. (автор главы – В.В. Ровный).

<sup>2</sup> См.: Лившиц Р.З. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1994. С. 142.

Вместе с тем В.А. Белов отмечает, что отождествление права с законодательством является одной из самых печальных тенденций в современном правоведении<sup>1</sup>. То обстоятельство, что гражданское законодательство основывается на принципах права, требованиях добросовестности разумности и справедливости, само по себе не свидетельствует о тождестве права и закона. Времена, когда правовое регулирование покрывалось «двенадцатью таблицами», содержание которых запоминалось без труда и представляло всеобщее достояние, безвозвратно ушли<sup>2</sup>.

Содержание нормативных актов непостоянно и изменчиво, что нельзя сказать о праве. Хотя при нормативистском понимании гражданского права отождествление двух видов аналогии не является логически противоречивым, такой подход неоправданно сужает сферу права. Нельзя согласиться с тем, что гражданское право и законодательство совпадают по содержанию. Таким образом, отождествление аналогии закона и аналогии права в цивилистике сложно признать целесообразным и оправданным.

4. Теория отрицания аналогии права как аналогии. При рассмотрении аналогии права с точки зрения формальной логики А.А. Старченко приходит к следующему построению.

Аналогия предусматривает перенос информации от одного явления к другому. Основанием перехода от известного факта к новому служит определенное сходство количественных и качественных признаков уподобляемых явлений. При соблюдении ряда правил полученное знание может быть достоверным. Необходимо, чтобы были существенными сходные признаки, количество которых должно быть возможно большим. Сравнимые явления не должны существенно различаться. Сходные признаки должны иметь связь между собой и с переносимыми признаками<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Белов В.А. Гражданское право Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право: учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Издательство Юрайт, 2015. С. 215.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 22.

<sup>3</sup> См.: Старченко А.А. Роль аналогии в познании. М.: Высшая школа, 1961. С. 15-25; Уемов А.И. Аналогия в практике научного исследования. М.: Наука, 1970. С. 255-257.

Вопрос логической основы аналогии права не получил однозначного ответа в правовой доктрине. Очевидно, что в аналогии права нет сходства между нормированными и ненормированными отношениями, отсутствует тождество количественных и качественных признаков явлений, равно как и возможность перенесения информации с одного отношения на другое. Как следствие – отсутствуют главные признаки, характерные для аналогии вообще.

Поскольку с точки зрения формальной логики аналогия права не есть аналогия, в литературе получили разработку следующие теории логической основы аналогии права.

По мнению С.И. Вильнянского, при аналогии права сначала применяется индукция (выводится общий принцип из нескольких частных норм), затем – дедукция (из общего принципа выводится недостающая частная норма). Вследствие этого аналогия права не является аналогией. При аналогии ни индукция, ни дедукция не используются<sup>1</sup>.

В доктрине также обосновывается, что по своей логической структуре аналогия права представляет дедуктивное заключение<sup>2</sup>, вывод по аналогии, что не исключает использование иных логических приемов<sup>3</sup> и др<sup>4</sup>.

В науке получила распространение точка зрения, в соответствии с которой логические основы аналогии права и аналогии закона тождественны. Основное отличие состоит только в большем количестве материала, которым оперирует аналогия права. Поэтому аналогию права можно применять при наличии тех же условий, какие требуются для аналогии закона<sup>5</sup>. Согласно такому пониманию аналогии права ее логическая природа включает: заключения на основании тождества; заключения от частного к общему (индукция);

---

<sup>1</sup> См.: Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой, Харьков: Право, 2011. С. 65. (автор главы – В.И. Вильнянский).

<sup>2</sup> См.: Жеребкин В.Е. Логика. Харьков: Изд-во Харьков. ун-та, 1968. С. 210.

<sup>3</sup> См.: Акимов В.И. Понятие аналогии в советском гражданском праве. С. 122.

<sup>4</sup> См.: Черданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. С. 99-114.

<sup>5</sup> См.: Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов. С. 140.



заклучения a fortiori (мотивирование от более сильного аргумента (например, кто управомочен или обязан к большему, тот управомочен или обязан к однородному меньшему и др.)); заклучения по аналогии; заклучения по противоположности (argumentum a contrario); заклучения от общего к частному (дедукция)<sup>1</sup>.

Резюмируя приведенные позиции, можно прийти к выводу, что с точки зрения формальной логики аналогия права действительно не соответствует методу аналогии в науке.

5. Теория отождествления аналогии права и толкования в цивилистике. Данная теория сводится к следующему. Аналогия права, пишет В.А. Белов, является, с одной стороны, результатом расширительного толкования норм права, а с другой – конкретизацией норм-принципов, выражающих общие начала и смысл гражданского законодательства. При этом действующее гражданское законодательство термину «аналогия права» придает только второе значение<sup>2</sup>.

Аналогичной позиции придерживаются Е.Б. Абдрасулов, А.И. Мугауова и Е.Ю. Тихонравов, отмечая, что преодоление правовых пробелов осуществляется посредством метода аналогии закона и аналогии права, которые выступают в качестве составной части толкования правовых норм<sup>3</sup>.

Д.И. Мейер утверждает, что аналогия в гражданском праве не есть толкование закона, а применение его, выходящее за пределы воли законодателя. Аналогию можно рассматривать в качестве толкования, если под основанием закона понимать то общее начало, из которого закон вытекает как логический вывод. В этом случае между аналогией и научным толкованием с целью восполнения пробела в законе не окажется никакой разницы. При понимании

---

<sup>1</sup> См.: *Карташов В.Н.* Институт аналогии в советском праве. Вопросы теории: Учебное пособие. Саратов: Издательство Саратовского университета, 1976. С. 16-18.

<sup>2</sup> *Белов В.А.* Гражданское право Т. 1. С. 215.

<sup>3</sup> См., например: *Абдрасулов Е.Б., Мугауова А.И.* Некоторые аспекты восполнения пробела в праве через аналогию закона и аналогию права как составных частей толкования норм права // *Инновационная наука.* 2018. № 1. С. 56; *Тихонравов Е.Ю.* Соотношение распространительного толкования права и аналогии закона // *Академический юридический журнал.* 2016. № 2 (64). С. 10.

аналогии как основания закона в смысле повода, побуждения, цели, ради которых законодатель установил данное определение, аналогию нельзя признать допустимым видом толкования<sup>1</sup>.

Если понимать под логической основой аналогии права индуктивно-дедуктивную форму выводов, то толкование имеет иную логическую основу и не может отождествляться с аналогией. Назначение толкования состоит в выяснении действительного смысла правовых норм. Это имеет место, как правило, когда отсутствует четкая формулировка нормы, смысл нормы не совпадает с ее содержанием, существует коллизия норм и др.

Аналогия права применяется, когда для частного случая нет нормы. В отличие от аналогии толкование применяется, когда существует норма, но ее действительный смысл не совпадает с текстуальным выражением, предписания одних норм находятся в противоречии с другими нормами и др. В этом случае применяется ограничительное или расширительное толкование. Таким образом, нельзя согласиться с тем, что аналогия права и толкование имеют тождественную логическую основу.

Очевидно, что доля истины обнаруживается едва ли не во всякой теории. Однако представляется, что на современном этапе наиболее функциональной для применения аналогии права выступает теория правоприменения.

Основным ограничением использования аналогии в гражданском праве выступает отсутствие нормативного понимания основных начал и смысла гражданского законодательства, через призму которых и следует рассматривать механизм применения аналогии права. Несмотря на существующие недостатки, в отличие от остальных концепций, теория правоприменения предусматривает нормативный инструментарий применения аналогии права, что служит достижению определенности гражданско-правового регулирования.

Данный подход позволит не рассматривать аналогию права исключительно как «запасной» регулятор общественных отношений, малопримени-

---

<sup>1</sup> См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). 1902. Изд. 3-е, испр. М.: «Статут», 2003. С. 134.

мый в практике, а распространить действие аналогии на широкий круг гражданских правоотношений.

В науке российского гражданского права остается слабо разработанным вопрос о месте аналогии в системе гражданского права. Аналогию определяют в качестве правового института<sup>1</sup>, правового метода<sup>2</sup>, способа<sup>3</sup>, средства<sup>4</sup> преодоления пробелов и др.

Наиболее распространенным в цивилистике является определение аналогии как правового института. Термин «институт» используется в юридической литературе очень широко, что, зачастую, лишает его определенности. В наиболее общем виде слово «институт» означает «установление». Поэтому, по справедливому утверждению О.С. Иоффе, в сфере права к категории «институт» можно отнести все: начиная от права в целом и заканчивая единичными правовыми нормами<sup>5</sup>. Если использовать институт для характеристики системы права, он приобретает более определенное значение. Так, под правовым институтом принято понимать устойчивую, относительно замкнутую совокупность норм, регулирующих однородные общественные отношения. Признаки, обособляющие институт права как отдельное подразделение системы права, обусловлены функциями правового института, а также его ролью в обеспечении регулирования общественных отношений<sup>6</sup>. Аналогия в цивилистике обладает всеми признаками гражданско-правового института по следующим основаниям:

---

<sup>1</sup> См., например: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 42; *Акимов В.И.* Аналогия в советском гражданском праве. С. 3; *Поленина С.В.* Аналогия в гражданском праве // Советское государство и право. 1969. № 5. С. 29-36; *Фидаров В.В.* Пределы допустимости применения института аналогии закона и аналогии права в правовой системе России. С. 62; и др.

<sup>2</sup> См.: *Шиндяпина Е.Д.* Аналогия права в правоприменении: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2007. С. 8.

<sup>3</sup> См.: *Фомина Л.А.* Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права. С. 25.

<sup>4</sup> См.: *Фидаров В.В.* Пределы допустимости применения института аналогии закона и аналогии права в правовой системе России. С. 64.

<sup>5</sup> См.: *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1968. Вып. 14. С. 51.

<sup>6</sup> См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 121.

Во-первых, аналогия обеспечивает самостоятельное регулятивное воздействие на определенный участок гражданско-правовых отношений, прямо не урегулированных законодательством или соглашением сторон.

Во-вторых, аналогия обладает собственной структурой, объединением норм, устойчивыми закономерными связями, которые выражены в юридической конструкции. Конструкция аналогии, сформированная в статье 6 ГК РФ, обеспечивает разностороннее воздействие на общественные отношения при наличии правового пробела. Юридическое единство аналогии закона и аналогии права в институте аналогии выражается в общеобязательном преодолении правового пробела, попадающего в сферу правового регулирования.

В-третьих, институт аналогии получил обособленное внешнее закрепление в гражданском законодательстве – статье 6 ГК РФ.

Указанные признаки позволяют отнести аналогию в цивилистике к категории «правовой институт». Вместе с тем в гражданско-правовой науке остается дискуссионным вопрос о видах института аналогии. Аналогию определяют и как материально-правовой институт<sup>1</sup>, и как процедурно-процессуальный правовой институт<sup>2</sup>, остается нерешенным вопрос об иных видах аналогии.

В связи с этим можно выделить следующие виды института аналогии в цивилистике.

По содержанию и степени сложности аналогия выступает сложным правовым институтом. В теории права под сложным правовым институтом принято понимать институт, в состав которого входят относительно обособленные субинституты. Еще О.С. Иоффе пришел к выводу, что институт не является последним после нормы подразделением правовой отрасли. Внутри института также встречаются отдельные самостоятельные образования. Такие образования можно было бы назвать «субинститутами»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Акимов В.И.* Аналогия в советском гражданском праве. С. 3

<sup>2</sup> См.: *Карташов В.Н.* Применение права: учеб. пособие. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1980. С. 39.

<sup>3</sup> См.: *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права. С. 51.

Субинститут представляет собой группу норм права, выражающих некоторые особенности правового регулирования отдельных видов общественных отношений. В теории права такие отношения еще называют «вариантными»<sup>1</sup>. Вариантность института аналогии в цивилистике сводится к тому, что при возможности применения к неурегулированным отношениям гражданского законодательства, регламентирующего сходные отношения используется аналогия закона. При отсутствии возможности применения аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности, справедливости. Очевидно, что неизменным условием применения института аналогии остается наличие правового пробела. Вариантность аналогии в цивилистике проявляется во внутреннем содержании различных форм аналогии. Руководствуясь данным положением, из института аналогии в зависимости от способа преодоления пробела можно выделить два субинститута: аналогию закона и аналогию права.

По отраслевой принадлежности аналогия выступает смешанным правовым институтом. Смешанные институты включают в себя нормы различных отраслей права. Формирование смешанных институтов вызвано взаимопроникновением отраслей, обусловленным существованием «пограничных» общественных отношений. Как утверждает С.В. Поленина, возникновение «пограничных» правовых отношений является результатом подвижности границ между смежными отраслями права<sup>2</sup>.

Особой разновидностью смешанных институтов являются межотраслевые институты. Институт аналогии может быть отнесен к межотраслевым институтам по следующим основаниям. Аналогия получила нормативное закрепление сразу в нескольких отраслях российского законодательства: ст. 6

---

<sup>1</sup> См.: *Киримова Е.А.* Правовой институт: понятие и виды: Учебное пособие. Саратов: Гос. акад. права, 2000. С. 14.

<sup>2</sup> См.: *Поленина С.В.* Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 24.

ГК РФ, ст. 5 Семейного кодекса Российской Федерации<sup>1</sup> (далее – СК РФ), ст. 13 АПК РФ, ст. 11 ГПК РФ, постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда<sup>2</sup> и др. Ведутся научные дискуссии о возможности применения аналогии в налоговом праве<sup>3</sup>, трудовом праве<sup>4</sup>, уголовном процессуальном праве<sup>5</sup> и др.

В российской правовой системе аналогия является одним из системообразующих институтов. В соответствии с положениями статей 46, 47 Конституции Российской Федерации<sup>6</sup>, ч. 2 ст. 3 ГПК РФ, ч. 3 ст. 4 АПК РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, отказ от права на обращение в суд недействителен. В позитивном российском законодательстве недопустим отказ в правосудии под предлогом отсутствия или неполноты правовых актов. В указанных обстоятельствах аналогия выступает межотраслевым институтом, обеспечивает защиту субъективных прав при наличии правового пробела в различных отраслях российского законодательства.

По характеру предписаний институт аналогии в российском гражданском праве выступает материальным правовым институтом. Сущность аналогии в гражданском праве состоит в том, чтобы распространить на не предусмотренный законом случай действующее гражданское законодательство в виде схожей нормы или общих правовых принципов. В отличие от положений об аналогии, закрепленных в п. 6 ст. 13 АПК РФ, п. 3 ст. 11 ГПК РФ, адресованных судам, норма об аналогии, установленная ст. 6 ГК РФ распространяет действие на иных лиц – участников гражданских отношений. Так,

<sup>1</sup> См.: Семейный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 29.12.1995 № 223-ФЗ. // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст.16.

<sup>2</sup> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» // Вестник ВАС РФ. № 4. 2011.

<sup>3</sup> См.: Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 5.

<sup>4</sup> См.: Кузнецова Л.Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2004. 188 с.; Ашихмина А.В. Аналогия в советском трудовом праве: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1979. 172 с.

<sup>5</sup> См., например: Кемуллария Э.Ш. Проблемы применения уголовно-процессуального законодательства по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1983. 161 с.; Белоносов В.О. Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве. 199 с.

<sup>6</sup> См.: Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 // Российская газета. 1993. № 237.

посредством аналогии физические и юридические лица способны устанавливать различного рода правоотношения.

По сфере правового регулирования аналогию следует отнести к общим правовым институтам. Отнесение института аналогии к общим правовым институтам основывается на том, что сформулированные в нем нормы и принципы закрепляют исходные начала, границы действия гражданского законодательства. Изъятие субинститута аналогии права повлечет изменение механизма правового регулирования общественных отношений в рамках всей отрасли. Общие институты схожи в различных отраслях права. Так, институт аналогии имеет типичную конструкцию и используется сразу в нескольких отраслях российского частного права.

По функциональной роли институт аналогии можно отнести к регулятивно-охранительным. С одной стороны, аналогия права осуществляет основную юридическую функцию права – регулятивную. Следует согласиться с О.А. Кузнецовой в том, что посредством аналогии права конкретизируются следующие регулятивные принципы: равенства участников гражданских правоотношений, неприкосновенности собственности, свободы договора и необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав<sup>1</sup>. С другой стороны, аналогия права используется также для охраны и защиты субъективных прав посредством конкретизации охранительных принципов: недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости восстановления нарушенных гражданских прав, судебной защиты гражданских прав.

По степени воздействия на гражданско-правовые отношения аналогия выступает функциональным правовым институтом. Аналогия дает «сквозное» регулирование гражданско-правовых отношений. Субинститут аналогии права в цивилистике объединяет нормы-принципы, которые одинаково применяются ко всем отношениям, попадающим в сферу гражданско-правового регулирования.

---

<sup>1</sup> См.: Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С. 23.

Несмотря на теоретические разработки в области аналогии в отечественной науке, следует признать, что российская судебная практика за последнюю четверть века не очень успешно справлялась с задачей преодоления гражданско-правовых пробелов путем аналогии права. С учетом изложенного, представляется, что выработка объективных условий и расширение сферы применения аналогии права, являются одними из актуальных задач современной теории гражданского права, эффективному решению которых способствовало бы изучение соответствующего зарубежного опыта.

В соответствии с доктриной прецедента в системах общего права суды обязаны следовать предыдущим решениям, поскольку юридически значимые обстоятельства рассматриваемых дел «идентичны». Доктрина аналогии предполагает, что более позднее решение должно опираться на более раннее, поскольку юридически значимые обстоятельства обоих дел «схожи»<sup>1</sup>. Вместе с тем, суды обязаны руководствоваться вынесенными ранее решениями, если одинаковы фактические обстоятельства предыдущего и рассматриваемого дел. Однако очевидно, что не существует абсолютно идентичных ситуаций. События всегда происходят при разных обстоятельствах (в разных местах, в разное время и др.). В доктрине англо-американского права является общепринятой точка зрения, согласно которой два дела могут быть «идентичны» только по всем существенным юридическим обстоятельствам<sup>2</sup>.

Не является верным утверждение, что в системе общего права судья обязан опираться на решение суда вышестоящей инстанции. Согласно доктрине прецедента общеобязательной силой обладают норма права или правовой принцип, содержащийся в решении. Фрагмент решения, содержащий названные правовые нормы, которым обязаны следовать нижестоящие суды, получил название *ratio decedendi* (сущность решения). Правовое обоснование, то есть изложение юридических норм, посредством которых суд делает вы-

---

<sup>1</sup> Цит. по: Романенко Д.И. Правовая природа аналогии в англо-американском гражданском праве // *Международное публичное и частное право*. 2016. № 6. С. 39.

<sup>2</sup> Цит. по: Романенко Д.И. Правовая природа аналогии в англо-американском гражданском праве. С. 39.



вод относительно заявленных требований и является *ratio decedendi*. Именно эта часть судебного решения образует прецедент<sup>1</sup>.

Часть решения, которая состоит из изложенных судьей в ходе процесса правил, которые прямо не относятся к рассматриваемому спору, получила название *obiter dicta* (попутно сказанное). Данная часть решения является судебным мнением, которому не обязаны следовать суды в последствие<sup>2</sup>.

Следует согласиться с утверждением A.W.B. Simpson в том, что доктрина прецедента в общем праве может быть дополнена правовой аргументацией по аналогии в следующих случаях: (1) когда фактические обстоятельства дела не подпадают под действие *ratio decedendi* любого прецедента, с целью приведения результата аналогичного дела к результату в рассматриваемом деле; (2) когда фактические обстоятельства дела подпадают под действие *ratio decedendi* как основа для разграничения рассматриваемого дела и прецедента<sup>3</sup>.

В общем гражданском праве получила распространение практика разграничения сходных дел (*distinguishing*). В соответствии с *distinguishing* суд не связан прецедентом, если существуют различия в фактических обстоятельствах рассматриваемых дел<sup>4</sup>. Метод *distinguishing* используется, когда при изменении социальных условий применение устаревшего прецедента не-

---

<sup>1</sup> См., например: *Raz J.* Law and Value in Adjudication in The Authority of Law. Oxford: Oxford University Press, 1979. P. 38; *Alexander L.* Constrained by Precedent. Southern California Law Review, 1989, vol. 63. Pp. 1–64; *Schauer F.* Is the Common Law Law? California Law Review. 1989, vol. 77. Pp. 489-471; *Schauer F.* Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Oxford University Press, 1989. Pp. 174-187.

<sup>2</sup> Цит. по: *Романенко Д.И.* Правовая природа аналогии в англо-американском гражданском праве. С. 39.

<sup>3</sup> См.: *Simpson A.W.B.* The Ratio Decedendi of a Case and Doctrine of Precedent. Oxford: Oxford University Press, 1961. Pp. 168-169.

<sup>4</sup> См., например: *Goodhart A.L.* Determining the Ratio Decedendi of a Case. Yale Law Journal, 1930, vol. 40. Pp. 161–183; *Goodhart A.L.* The Ratio Decedendi of a Case. Modern Law Review, 1959, vol. 22. Pp. 117–124; *Burton S.* An Introduction to Law and Legal Reasoning. 2nd ed. Boston: Little Brown, 1995. Pp. 60-65; *Eisenberg M.* The Nature of the Common Law. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1988. P. 51-54.

оправданно. Указанный метод обеспечивает гибкость англо-американскому праву<sup>1</sup>.

Отличие доктрины аналогии от доктрины прецедента в общем праве состоит в следующем. Если юридически значимые обстоятельства рассматриваемого и предыдущего дел «идентичны», то суд обязан последовать решению предыдущего дела. В отличие от прецедента, в англо-американском праве суд не обязан использовать аналогию. Обычно аналогия применяется наряду с иными правовыми средствами для усиления правовой аргументации по делу. Если юридически значимые обстоятельства рассматриваемого дела не подпадают под *ratio decedendi* прецедента, суд вправе не следовать доктрине прецедента. В тоже время юридическая аргументация более раннего решения может применяться в более позднем решении по аналогии.

В общем праве получила распространение концепция, согласно которой правовая аргументация по аналогии (*reasoning by analogy*) и практика разграничения прецедентов (*distinguishing precedents*) являются зеркальным отражением друг друга. Следует присоединиться к мнению М. Eisenberg, в том, что при различии фактических обстоятельств раннего и рассматриваемого дел, суд уполномочен использовать либо *distinguishing precedents*, либо *reasoning by analogy*<sup>2</sup>.

Основная особенность аналогии в англо-американском гражданском праве состоит в том, что посредством аналогии устанавливается сходство обстоятельств рассматриваемого и предыдущего дел в случаях, когда доктрина прецедента прямо не применима. При констатации с помощью аналогии достаточного сходства обстоятельств правовое обоснование предыдущего дела может быть применено к рассматриваемому.

---

<sup>1</sup> См., например: *Dworkin R.M. Hard Cases. Harvard Law Review, 1975, vol.88. № 6. P. 1057; Moore M. Precedent, Induction, and Ethical Generalization. In Precedent in Law. Ed. L. Goldstein. Oxford: Clarendon, 1987. P. 201, 210; Perry S. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. Oxford Journal of Legal Studies, 1987, vol. 7. P. 235, 239.*

<sup>2</sup> *Eisenberg M. The Nature of the Common Law. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1988. P. 87.*

Представляется, что богатый опыт применения аналогии факта, сформировавшийся в системе общего права, может способствовать развитию института фактической аналогии в российском гражданском праве. Устоявшаяся точка зрения, согласно которой в отечественном праве аналогия используется исключительно для формулирования новых (отсутствующих в законодательстве) правил поведения, уже не отвечает современным социально-экономическим реалиям. Несмотря на то, что ГК РФ содержит более двадцати норм, прямо предусматривающих использование аналогии факта, названный институт остается малоисследованным в теории. В практике также обнаруживается потребность применения фактической аналогии при установлении юридических фактов. Названные обстоятельства могут быть проиллюстрированы следующими примерами.

Так, в отсутствии стоимостной оценки вещи ее цена определяется исходя из стоимости аналогичной вещи. Названный механизм используется:

- 1) при возмещении убытков при прекращении договора (ст. 393.1 ГК РФ);
- 2) при определении цены в возмездном договоре (п. 3 ст. 424 ГК РФ);
- 3) при установлении обязательства по оплате товара, ассортимент которого не соответствует договору (п. 5 ст. 468 ГК РФ);
- 4) при обмене непродуктивного товара (п. 1 ст. 502 ГК РФ);
- 5) при возмещении разницы в цене при замене товара (п. 2 ст. 504 ГК РФ);
- 6) при замене арендованного и переданного безвозмездно имущества с недостатками (п. 1 ст. 629 ГК РФ; п. 2 ст. 693 ГК РФ);
- 7) при определении суммы ущерба вследствие утраты багажа при отсутствии цены в договоре (п. 2 ст. 796 ГК РФ) и др.

Несмотря на разнородность названных общественных отношений все они имеют ту или иную связь с вещью. В свою очередь стоимостная оценка вещи влияет на субъективное право сторон в отмеченных правоотношениях. В случаях, когда цена вещи не установлена, гражданским законодательством предусмотрен общий порядок определения цены вещи через стоимость аналогичной вещи. Таким образом, фактическая аналогия обеспечивает систем-

ность и гибкость правового регулирования в гражданско-правовых отношениях.

Аналогия факта также широко распространена в сфере интеллектуальных прав. Например, при установлении объектов интеллектуальных прав к фотографическим произведениям приравниваются произведения, полученные способами, аналогичными фотографии (п. 1 ст. 1259 ГК РФ). К аудиовизуальным произведениям относятся кинематографические произведения, а также все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (п. 1 ст. 1263 ГК РФ). Одним из исключительных прав на использование произведения и исполнения является, в том числе, сообщение по кабелю с помощью провода, оптического волокна или иных аналогичных средств (подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ; подп. 3 п. 1 ст. 1324 ГК РФ). Ограничение на свободное воспроизведение произведения в личных целях устанавливается, в том числе, при воспроизведении произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений (подп. 1 п. 1 ст. 1273 ГК РФ). Устанавливается запрет на использование юридическим лицом фирменного наименования, тождественного или сходного до степени смешения с фирменным наименованием другого юридического лица, если юридические лица осуществляют аналогичную деятельность (п. 3 ст. 1474 ГК РФ) и др.

Использование аналогии факта в сфере интеллектуальных прав обусловлено природой результатов интеллектуальной деятельности – объективированных продуктов научного, технического, художественного и иного духовного творчества человека, которые подлежат правовой охране. Очевидно, что установить исчерпывающий перечень объектов интеллектуальных прав и их содержание не представляется возможным. Именно поэтому интеллектуальные отношения устанавливаются путем указания на сферу применения результата интеллектуальной деятельности и определения условий, при которых данный результат получает правовую охрану. Также юридическая значимость отношений в сфере права интеллектуальной собственности определяется признаками, характеризующими результаты интеллектуальной

деятельности. В указанных условиях фактическая аналогия используется при соотнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности с правовой нормой (устанавливающей его признаки и условия применения) с целью установления юридического факта.

Еще одним примером фактической аналогии в гражданском праве является установление лиц, в отношении которых не допускается дарение и допускается пожертвование.

Например, в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 575 ГК РФ не допускается дарение, в том числе, работникам образовательных, медицинских, социальных и иных аналогичных организаций.

Норма, установленная в п. 1 ст. 582 ГК РФ, допускает пожертвование в отношении граждан, медицинских, образовательных, социальных, благотворительных, научных и иных алогичных организаций, а также государства и других субъектов гражданского права, указанных в статье 124 ГК РФ.

Данный пример также иллюстрирует, что ГК РФ не установлен исчерпывающий перечень субъектов, в отношении которых допустимо пожертвование и недопустимо дарение. При этом законодатель стремится указать максимальное количество аналогичных организаций с целью установления подобия и применения соответственного правила поведения. Таким образом, на основании установления сходства между субъектами, поименованными в правовой норме, и рассматриваемым субъектом делается вывод о допустимости дарения и пожертвования в отношении организации.

Проведенное исследование правовой природы аналогии в цивилистике позволяет сделать следующие выводы.

К формам аналогии в российском гражданском праве относятся: (1) правовая аналогия (аналогия закона, аналогия права) и (2) фактическая аналогия (аналогия факта).

Под аналогией права в российском гражданском праве следует понимать средство устранения негативной правовой неопределенности правоприменительными органами, а также установления, изменения и прекращения от-

дельных правоотношений участниками оборота – физическими и юридическими лицами. Аналогия в системе российского гражданского права является сложным, смешанным, материальным, общим, регулятивно-охранительным и функциональным правовым институтом. Аналогия права, равно как и аналогия закона, выступает в качестве субинститута аналогии, обеспечивает единое организационное начало для юридической оценки обстоятельств, не урегулированных нормами права.

В отличие от правовой аналогии фактическая аналогия выступает средством законодательной техники и предполагает, что на основании сравнения обстоятельств и установления их сходства или различия делается вывод о наличии или отсутствии юридического факта.

## **Глава 2. ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ**

### **§ 2.1. Пробелы в гражданском законодательстве и гражданско-правовом договоре как основание применения аналогии права и восполнительного толкования договора**

Установление пробелов в гражданском законодательстве предопределяется задачей всемерной охраны и защиты интересов общества, организаций и граждан на основе принципа законности. Существование пробелов приводит к тому, что субъективное право отдельных лиц не получает охраны со стороны закона и в случае нарушения не может быть обеспечено принудительным путем. Регулируя посредством юридических норм общественные отношения, гражданское законодательство учитывает возможность возникновения таких случаев и предусматривает на этот счет соответствующие правила преодоления пробелов с помощью аналогии закона и аналогии права (ст. 6 ГК РФ).

Проблема пробелов в гражданском законодательстве требует разрешения главным образом двух вопросов: во-первых, что понимается под пробелами; во-вторых, как преодолеваются пробелы. Взаимосвязь отмеченных вопросов выражается в том, что в гражданском праве решение проблемы пробелов подчинено прикладной задаче – их преодолению. Из указанного следует, что определяющее значение приобретают вопросы способов преодоления пробелов, одним из которых выступает аналогия права. Однако прежде чем исследовать порядок преодоления пробелов, необходимо определить, что подлежит преодолению, то есть решить, что следует понимать под пробелом в праве. Решение данного вопроса приобретает важное практическое значение, так как ошибочная квалификация случая как пробела повлечет необоснованное разрешение его судом посредством правовой аналогии.

Пробел в гражданском законодательстве связан с отсутствием нормирования лишь таких отношений, которые имеют юридическое значение. В связи с этим необходимо установить, на основе каких критериев признается юридическая значимость общественных отношений.

Так, согласно позиции П.Е. Недбайло пробел может возникнуть только в отношении таких фактов, которые находятся в сфере юридического воздействия<sup>1</sup>. Общие принципы права выступают критерием, позволяющим установить попадает ли конкретный факт в сферу правового регулирования. Следовательно, пробел предполагает, что данный случай подпадает под общие принципы права, но в законодательстве отсутствует (или страдает существенной неполнотой) конкретная норма для разрешения спора<sup>2</sup>.

Представляется, что определение области правового регулирования исключительно на основании общих принципов права является недостаточным. Рамки юридического регулирования предопределяются также предметом и методом нормирования гражданско-правовых отношений. Так, посредством критерия предмета регулирования могут быть установлены пределы правового регулирования. Определена сфера общественных отношений, в границах которой и возникают пробелы при отсутствии нормы права конкретного содержания.

Российское гражданское право регулирует определенную область общественных отношений, центральное место среди которых занимают имущественные отношения. Однако в соответствии со ст. 2 ГК РФ предмет гражданского права не ограничивается исключительно предусмотренными законом имущественными отношениями. Указанное в равной мере относится и к личным неимущественным отношениям, связанным с имущественными. Следовательно, в области отмеченных отношений возможно появление пробелов правового регулирования. Правовая регламентация иных личных неимущественных отношений построена по принципу исчерпывающего переч-

---

<sup>1</sup>См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. С. 456.

<sup>2</sup>См.: Там же. С. 456.



ня. Таким образом, юридическое значение приобретают только указанные в законе случаи, отсутствие правового регулирования иных случаев не образует пробела.

Однако для признания неурегулированного гражданским законодательством отношения юридически значимым недостаточно таких критериев как соответствие принципам и предмету регулирования. Гражданское право не призвано и не в состоянии регулировать всю совокупность имущественных отношений. Гражданско-правовую значимость приобретают такие отношения, которые регулируются посредством частноправового (координационного, диспозитивного) метода.

Критерий метода регулирования позволяет отграничить юридически значимые имущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников от отношений, основанных на административном или ином властном подчинении одной стороны другой.

Помимо названных критериев рамки юридического регулирования предопределяются основанием возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 8 ГК РФ). В соответствии с данной нормой гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законодательством, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и прямо законом не предусмотрены, но соответствуют общим началам и смыслу гражданского законодательства. Таким образом, если возникшее отношение соответствует данным требованиям, то, не будучи урегулированным нормой права, такое отношение приобретает юридическую силу.

Данный подход находит поддержку в цивилистической доктрине. По справедливому утверждению О.А. Чаусской, наличие пробела в праве обусловлено неурегулированностью только тех фактов и отношений, которые имеют юридическое значение, находятся в сфере правового регулирования, или, другими словами, тех фактов и отношений, на регламентацию которых

законодатель тем или иным образом выразил свою волю<sup>1</sup>. По мнению Ю.Х. Калмыкова, в ситуациях, когда между субъектами возникнут прямо не предусмотренные законом, но не противоречащие ему имущественные или связанные с ними личные неимущественные отношения, нужно ставить вопрос о преодолении возникшего пробела<sup>2</sup>. О.С. Иоффе, рассматривая вопрос о критериях признания отношений юридически значимыми, отмечает, что непредусмотренное законодательством отношение должно соответствовать требованиям, охватываемым общей нормой гражданского права.<sup>3</sup> Аналогичной позиции придерживаются М.Д. Шаргородский<sup>4</sup>, И. Сабо<sup>5</sup>.

Думается, что такое представление о пробелах приобретает важный практический смысл, поскольку наиболее соответствует способам преодоления пробелов с помощью аналогии права. Если юридическая значимость непредусмотренного законодательством отношения выводится из общей природы гражданского права, его предмета и метода, то решение дела может быть обеспечено посредством аналогии права.

Согласно иной позиции (В.В. Лазарев, О.Э. Лейст, А.Г. Бережнов и др.<sup>6</sup>) пробел в праве не сводится исключительно к недостатку или отсутствию правового регулирования, установленного общей нормой гражданского права. Так, В.В. Лазарев определяет правовой пробел как отсутствие необходимого нормативного регулирования, потребность в котором вызвана основными принципами, политикой и содержанием действующего законодатель-

---

<sup>1</sup> Чаусская О.А. Применение норм гражданского права: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 107.

<sup>2</sup> См.: Калмыков Ю.Х. Вопросы толкования и применения гражданско-правовых норм // Хозяйство, право, управление: Межвузовский научный сборник / Саратовский юридический институт им. Д. И. Курского. Вып. 3. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1977. С. 90.

<sup>3</sup> Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. С. 86.

<sup>4</sup> См.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. С. 191.

<sup>5</sup> См.: Сабо И. Социалистическое право. М.: Прогресс, 1964. С. 271.

<sup>6</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. С. 37; Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст. Под ред.: Томсинов В.А. М.: Зерцало, 2008. С. 340.

ства<sup>1</sup>. О.Э. Лейст характеризует пробел в праве как ситуацию, при которой факты не оцениваются законом, но правосознание обуславливает необходимость их правовой квалификации<sup>2</sup>. При таком понимании пробел в праве представляет собой полное отсутствие необходимого правового предписания, а не исключительно конкретной правовой нормы.

В.В. Лазаревым предложено следующее основание разграничения пробела в законе и праве. В первом случае нормативный акт, регулируя отношения в общей форме, оставляет отдельные стороны таких отношений или сходных с ними без юридического регулирования, в то время как оно должно быть в данном акте. При полном отсутствии правового акта, то есть там, где даже в общей форме отношения не получили правовой регламентации, существует пробел в праве<sup>3</sup>.

И.В. Михайловский под пробелом в праве понимает ситуацию, «когда фактические обстоятельства дела не соответствуют ни одной из описательных частей действующих юридических норм»<sup>4</sup>.

Критика такого установления пробелов сводится к тому, что под пробелом понимается неурегулированность таких отношений, необходимость нормирования которых хотя и материально обусловлена, но которые еще не включены законодателем в сферу правового регулирования.

Следует согласиться с С.С. Алексеевым, в том, что общественные отношения, с точки зрения возможности их нормирования посредством правовых норм, могут быть подразделены на следующие группы. Первую группу составляют отношения, которые по своим объективным свойствам не допускают правового регулирования. Регулирующая роль права находит внешнее выражение через поведение людей, поэтому юридическое регулирование применимо лишь к таким отношениям, в которых характер поведения участников обеспечивает возможность внешнего контроля и принудительного со-

---

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. С. 37.

<sup>2</sup> См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. С. 340.

<sup>3</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. С. 9.

<sup>4</sup> Михайловский И.В. Очерки философии права. Томск: Изд. кн. маг. В. М. Посохина, 1914. С. 439.

блюдения требований правовых норм<sup>1</sup>. Поскольку не все отношения подпадают под названные критерии, часть отношений остается за пределами правового регулирования.

Вторую группу составляют отношения, принципиально допускающие правовую регламентацию, но в настоящий момент не нуждающиеся в ней.

Третью группу образуют отношения, которые в данный момент времени уже подвергнуты правовому регулированию<sup>2</sup>.

Очевидно, что названные отношения с позиции допустимости их регулирования занимают неодинаковое положение. Отграничение отношений, входящих в сферу правового регулирования, от отношений, лежащих вне сферы права, позволяет правильно установить пробел и применить надлежащий способ его преодоления, в том числе посредством аналогии. Так, не вызывает сомнений, что отсутствие правового регулирования первой группы отношений не образует правового пробела.

С точки зрения возможности применения к ненормированным отношениям аналогии права не является пробелом отсутствие норм, регулирующих вторую группу отношений. Следствием динамики социальных отношений является неизбежное отставание закона от жизни. В законодательстве обнаруживаются определенные недостатки. Например, ранее действовавшее гражданское законодательство прямо не регулировало рамочные договорные отношения (ст. 429.2 ГК РФ), опционные договорные отношения (ст. 429.3 ГК РФ), отношения по абонентскому договору (ст. 429.4 ГК РФ), отношения в сфере установления залога обязательственных прав (358.1 ГК РФ) и иных видов залога и др., хотя потребность в этом назрела давно. Неурегулированность отношений в отмеченных случаях не является пробелом в содержании действующего материального права. В данном случае можно утверждать только о пробелах с точки зрения правосознания.

---

<sup>1</sup> См. подр.: *Иоффе О.С., Шаргородский М.Д.* Вопросы теории права. С. 87; *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования. М.: Юрид. лит., 1961. С. 53.

<sup>2</sup> *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования. С. 55.

Как отмечается в теории, правосознание представляет собой область сознания, отражающую правовую действительность в форме юридических знаний и оценочных отношений к праву и практике его реализации, правовых установок и ценностных ориентаций, регулирующих поведение (деятельность) людей в юридически значимых ситуациях<sup>1</sup>. По справедливому утверждению В.А. Сырцева, правосознание включает в себя оценку не только действующего права, но и того, каким оно должно быть в будущем<sup>2</sup>. Опираясь на правосознание с учетом социальных потребностей, теория и практика могут ставить вопрос о придании юридического значения отношениям, которые ранее не охватывались правом. Однако данная ситуация не означает преодоление пробела. Признание подобных отношений юридически значимыми осуществляется непосредственно только законодателем. Соответственно, до включения последним тех или иных отношений в сферу правового регулирования такие случаи и возникающие из них споры не могут разрешаться правоприменительными органами посредством аналогии.

Пробелы законодательства предусматривают неполноту или отсутствие именно нормативного предписания. Абстрактность таких категорий, охватываемых правом, как правосознание, правовая доктрина, принципы и основополагающие начала и т.п. не предполагает пробельность. Как справедливо отмечено В.Д. Зорькиным, система правовых принципов, основанная на общих началах формального равенства и верховенства права, составляет ядро права. Право по своей природе представляет собой гомогенную (однородную) систему. Именно беспробельный характер права позволяет восполнять пробелы на основе общих начал и смысла права. Через эту призму следует воспринимать положение Гражданского кодекса об общих началах и смысле гражданского законодательства<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Отв. ред. проф. М.Н. Марченко. Том 3. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. С 304.

<sup>2</sup> См.: *Сырцев В.А.* Социалистическое правосознание в СССР. Л.: Госюриздат, 1958. С. 11.

<sup>3</sup> См.: *Зорькин В.Д.* Проблемы законодательных пробелов в практике Конституционного Суда России [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://www.ksrf.ru/news/16.html>. (дата обращения: 14.02.2017).

На различие пробелов в законодательном и правоприменительном смысле обратил внимание еще М.М. Агарков. Так, под законодательными пробелами он понимал такие случаи, когда нецелесообразно урегулировать законом такие общественные отношения, которые в данный момент им не урегулированы. По его мнению, такие пробелы должны быть восполнены новым законом. К техническим (правоприменительным) пробелам М.М. Агарков относил те случаи, когда закон регулирует данное общественное отношение, но не дает суду всех указаний, необходимых для решения дела. Таким образом, автор отделял пробелы, восполняемые только законодателем, от пробелов, преодолеваемых правоприменителем посредством аналогии<sup>1</sup>.

Указанное разграничение приобретает важный практический смысл, поскольку связывает понятие пробелов в праве со способами их преодоления. Пробел, преодолеваемый законодателем, не может быть тождественен пробелу, преодоление которого осуществляется посредством аналогии. Отождествление пробелов неизбежно приведет к необоснованному применению аналогии в случае, когда законодатель не выразил воли на урегулирование тех или иных отношений, даже если назрела материальная потребность их регламентации.

В связи с признанием возможности возникновения пробелов в гражданском праве неизбежно встает вопрос о способах их преодоления. В наиболее общем виде способы преодоления пробелов могут быть классифицированы на нормотворческие (преодоление пробела осуществляется законодателем) и нормоприменительные (пробел преодолевается правоприменительными органами).

Нормотворческий метод преодоления пробелов представляется предпочтительным, поскольку только таким способом можно обеспечить устойчивость права и единообразное разрешение не урегулированных законом вопросов. Однако специфика отрасли гражданского права не позволяет обой-

---

<sup>1</sup> Цит. по: *Уранский Ф.Р.* К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2005. № 5. С. 116.

тись без нормоприменительного способа преодоления пробелов. Гражданское право призвано регулировать отношения, которые возникают из дозволенной деятельности граждан и юридических лиц. Правовое регулирование названных отношений не может строиться по принципу исчерпывающего перечня, поскольку это неизбежно повлечет за собой ограничение инициативы и самостоятельности участников гражданского оборота. Кроме того, гражданско-правовые отношения находятся в процессе постоянного развития, разнообразны по формам выражения и сложны по своему содержанию. В свою очередь, правовые нормы призваны регулировать лишь наиболее типичные отношения. Вследствие чего законодатель объективно не в состоянии охватить рамками правового регулирования все особенности нормируемых отношений.

Представляется, что использование нормоприменительных способов преодоления пробелов в гражданском праве (в том числе аналогии права) оправдано в силу следующих обстоятельств.

Во-первых, пробелы, как правило, обнаруживаются при разрешении индивидуальных гражданско-правовых споров, требующих немедленного и безотлагательного урегулирования. Принятие каждый раз новых законодательных актов в данном случае затруднительно в силу длительности и формальности законодательного процесса.

Во-вторых, большинство пробелов связано с частными вопросами, которые не требуют регулирования на законодательном уровне. Принятие по каждому из таких вопросов новой законодательной нормы приведет к неоправданному усложнению и казуальности законодательства, что отрицательно скажется на общем гражданско-правовом регулировании.

В отличие от преодоления пробелов непосредственно законодателем аналогия права является более оперативным нормоприменительным способом преодоления пробелов. Позволяет разрешить спор без принятия нового законодательного акта.

Преодоление пробелов является строго регламентированной законодательством деятельностью. Как известно, ошибочная квалификация ситуации как пробела может повлечь применение различных способов его преодоления в условиях, когда фактически такая потребность отсутствует. Это повлечет нарушение принципов законности и правовой определенности. Следовательно, существует практическая необходимость в отграничении пробела от близких по природе правовых явлений.

В российской юридической доктрине проблема соотношения пробелов и сходных правовых явлений не получила широкой теоретической разработки. Так, традиционно принято разграничивать пробел и квалифицированное «молчание права». Однако, как справедливо отмечено В.М. Барановым, при освещении проблемы реализации права в общетеоретической и отраслевой литературе авторы считают возможным обходиться без употребления понятия «молчание права»<sup>1</sup>. Например, В.В. Лазарев, указывая на ситуацию, когда отсутствует норма, регулирующая определенные отношения, отмечает: «Из этого следуют, по меньшей мере, два вывода: или законодатель не считает необходимым регулировать данные обстоятельства и принимать по ним какие-либо решения юридического характера, или же налицо пробел в законе»<sup>2</sup>.

Возникает вопрос как правоприменителю достоверно определить, посчитал или нет законодатель необходимым регламентировать определенную деятельность. Ведь прежде чем установить пробел в праве необходимо достоверно доказать, что здесь отсутствует квалифицированное «молчание права». Разрешению данного вопроса могло бы способствовать изучение соответствующего зарубежного опыта.

---

<sup>1</sup> Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75-78.

<sup>2</sup> Цит. по: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества: Учебное пособие: В 2 т. Ярославль: ЯрГУ, 2005. Т. 1. С. 320-346.



Наиболее широкую разработку проблема соотношения пробела, квалифицированного молчания права и сходных правовых явлений, получила в доктрине общего права.

Так, по мнению А. Барак, «молчание» правовой нормы не образует пробел в следующих случаях: 1) правовой текст не содержит конкретного правила поведения для разрешения дела, но толкование нормы позволяет разрешить спор; 2) юридический текст не дает ответа на вопрос, возникающий в практике, поскольку обстоятельства дела не подпадают под действие данного правила поведения. Например, соглашение, которое не содержит положений об ответственности за нарушение договорных условий, не является пробельным. Средства правовой защиты в случае нарушения договора изложены в соответствующих правовых источниках; 3) положения договора, обращенные к определенным обстоятельствам в прямой форме, не применяются к обстоятельствам, в отношении которых в договоре отсутствует прямое правовое регулирование. Так, если в договоре аренды недвижимости прямо указано, что одно из помещений передается в наем меблированным, предполагается, что остальные помещения предоставляются без мебели. Такая ситуация описывается как квалифицированное или осознанное «молчание»<sup>1</sup>.

Принято полагать, что наряду с «молчанием» нормы права не образует пробела противоречие (коллизии) правовых норм. Две нормы права вступают в противоречие, когда обе, являясь действующими, не могут быть применены параллельно. Например, одна норма разрешает действие, которое запрещено иной нормой, что образует конфликт норм. Конкуренция между оценочными категориями права и общеправовыми принципами неизбежна, восходит к их природе. В то время как противоречие правовых норм свидетельствует о несовершенстве правовой системы.

В английской правовой доктрине, например, принято выделять следующие виды противоречия правовых норм:

---

<sup>1</sup> См.: Barak A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005. P. 72.

1. Противоречие между правовыми нормами одного источника права. Такое противоречие может возникнуть как при создании нормы права, так и в последующем – при внесении в нее изменений. В обоих случаях главным остается вопрос: какая из норм обладает большей юридической силой и подлежит применению? Так, в случае противоречия нескольких норм одного законодательного акта, норма в последней редакции имеет приоритет. В то же время в случае конфликта положений контракта статья в более ранней редакции получает приоритет. Правоприменитель также должен отдавать предпочтение специальным нормам перед общими нормами.

2. Противоречие между правовыми нормами различных источников права. Как следует поступить, когда две нормы одинаковой юридической силы, содержащиеся в разных источниках, противоречат друг другу? Обычно такое противоречие обнаруживается между положениями двух законов или подзаконных актов, встречается в договорах между одними сторонами, в нескольких завещаниях одного завещателя. Согласно наиболее распространенной в английской доктрине теории норма в более поздней редакции имеет приоритет: *lex posterior derogate priori*. Последующий закон имеет преимущество перед предыдущим, договор и завещание в более поздней редакции имеют приоритет перед ранней редакцией. Данное правило имеет одно важное исключение. Последующая общая норма не имеет приоритета перед более ранней специальной нормой: *generalia specialibus non derogant*. Специальная норма в ранней редакции имеет приоритет: *specialis derogat generalis*.

3. Противоречие между нормами права, обладающими разной юридической силой. Согласно общему правилу норма права, имеющая большую юридическую силу, получает приоритет: *lex superior derogate inferiori*. Так, в случае противоречия общих или специальных положений закона Конституции, последняя имеет приоритет. В случае противоречия норм закона и подзаконного акта следует руководствоваться законом.

В доктрине английского права деятельность по преодолению пробелов так же связывается с деятельностью по исправлению ошибок в юридическом тексте, к числу которых относятся:

1. Исправление ошибок в законе. Под ошибкой в законе понимается искажение его смысла путем, как правило, грамматических и иных неточностей. Традиционно в английском праве допустимо исправление судьей явных ошибок в юридическом акте, принятом ранее законодателем. Предполагается исправление судьей ошибок в тексте в соответствии с целью и смыслом, вложенным в норму законодателем.

2. Исправление ошибок в договоре. Английское право допускает возможность исправления судьей ошибок в договорах. Обычно под ошибкой в договоре понимают несоответствие буквального смысла соглашения намерениям сторон, подразумеваемым сторонами условиям. Для исправления ошибки в договоре судье необходимо абстрагироваться от буквального смысла текста в пользу установления цели, значения, подразумеваемых сторонами условий.

3. Исправление ошибок в завещании. Под ошибкой в завещании обычно понимается несоответствие между волей завещателя и буквальным смыслом завещания, выраженным на бумаге. Так, в случае фактической ошибки в описании вещи, предназначенной для передачи, суд, при наличии достаточных доказательств, свидетельствующих о воле завещателя, может признать завещание действительным. Это положение нашло отражение в принципе *falsa demonstratio non nocet*, согласно которому неправильное описание одного или нескольких элементов в юридическом документе не влечет его недействительность, если достоверное значение может быть определено посредством иных доказательств.

В отношении завещаний, преследующих общественно полезные и благотворительные цели, действует доктрина *cy-pres doctrine*. Согласно *cy-pres doctrine*, когда исполнение первоначальной воли завещателя делается неосу-

ществимым в силу изменения обстоятельств, суд уполномочен изменить условия завещания, преследуя первоначальные намерения завещателя.

Установление (констатация) пробела в праве является необходимым условием применения аналогии в гражданском праве. В иных ситуациях, основания для применения аналогии права отсутствуют, использование аналогии повлечет правовую неопределенность. Таким образом, можно прийти к выводу, что аналогия права не подлежит обязательному применению в случаях: 1) «молчания» правовой нормы; 2) противоречия правовых норм (противоречие между правовыми нормами одного источника права; противоречие между правовыми нормами различных источников права; противоречие между нормами права, обладающими различной юридической силой); 3) фактических ошибок в законе, договоре, завещании.

Следующим немаловажным вопросом, требующим разрешения, является порядок (последовательность действий суда) при установлении пробела в законодательстве. В цивилистических и общетеоретических исследованиях применения аналогии права первым этапом правоприменения значится установление пробела в праве<sup>1</sup>. К сожалению, порядок установления пробелов в гражданском законодательстве является малоисследованным в науке. Последовательность установления пробела также прямо не вытекает из норм гражданского законодательства.

Например, Е.Д. Шиндяпина указывает на необходимость выявления пробелов в праве (действительных, а не мнимых) перед применением аналогии права. Вместе с тем содержание и порядок установления пробелов в праве, позволяющие отличить действительные пробелы от мнимых, автором не предложен<sup>2</sup>. Однако представляется, что помимо констатации пробела в праве как одного из условий применения аналогии права, требует конкретизации и

---

<sup>1</sup> См., например.: *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006. С. 126; *Шиндяпина Е.Д.* Аналогия права в правоприменении: С. 59; *Фомина Л.А.* Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права. С. 21; *Чаусская О.А.* Применение норм гражданского права: вопросы теории и практики. С. 89.

<sup>2</sup> См.: *Шиндяпина Е.Д.* Аналогия права в правоприменении. С. 59

сам порядок установления пробела. Аналогия права выступает заключительным (итоговым) способом правового регулирования при преодолении правового пробела. При использовании аналогии права слишком силен субъективный фактор (мнение правоприменителя). Вследствие этого среди близких по содержанию правовых институтов аналогия права обладает наименьшей правовой определенностью. При возможности разрешения спора посредством иных правовых средств использование аналогии права недопустимо, повлечет обход закона. Вследствие этого перед применением аналогии права необходимо установить отсутствие возможности использования иных правовых средств. Например, О.А. Кузнецова приходит к выводу, что при установлении пробела представляется крайне важным, «чтобы суд завершил стадию толкования, прежде чем перешел к использованию правовой аналогии»<sup>1</sup>.

Отметим, что толкование является не единственным правовым средством, которое следует применить суду перед использованием аналогии права для установления пробела. Ввиду поверхностного сходства аналогии права с близкими по содержанию правовыми категориями перед применением аналогии суду необходимо оценить возможность использования к неурегулированному отношению иных правовых средств. Только после исчерпания других возможностей разрешения спора можно утверждать о констатации пробела в законе. Считаем, что наиболее близкими по содержанию к аналогии права выступают следующие правовые категории: (1) соответственное применение правовых норм; (2) субсидиарное применение права; (3) конкретизация права; (4) толкование; (5) рестрикция и (6) аналогия закона.

Рассмотрим соотношение аналогии права и соответственного применения правовых норм. В процессе применения гражданско-правовых норм субъекты часто сталкиваются с отсылками к законодательству. В литературе подобного рода отсылки получили название «соответственное» применение

---

<sup>1</sup> Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. С. 126

правовых норм<sup>1</sup>. Название вызвано тем, что такие отсылки часто содержат формулировки следующего содержания: «соответственно применяются», «применяются соответственно», «предусмотренные соответственно» и др.

Только в ГК РФ «соответственное применение» встречается более чем в шестидесяти статьях. Такое широкое распространение в гражданском законодательстве соответственного применения свидетельствует о его весомой роли и значимости для казуального способа восполнения гражданско-правовых пробелов.

Различия аналогии права и соответственного применения в цивилистике состоят в следующем. Логическая основа аналогии права в отличие от соответственного применения не предполагает установления сходства урегулированных и подлежащих нормированию отношений.

Правовая природа аналогии права предполагает существование таких отношений, которые законодатель не может предусмотреть. Предписывает в данных ситуациях руководствоваться аналогией закона, а при невозможности применения – общеправовыми принципами и началами гражданского законодательства.

Соответственное применение правовых норм также предполагает отсутствие необходимой правовой нормы для регулирования общественных отношений и их юридическую оценку. Ключевым отличием правового регулирования является то, что такие отношения не являются пробельными, а уже учтены законодателем. Целью соответственного применения гражданско-правовых норм в отличие от аналогии права выступает экономия законодательного текста и недопущение воспроизведения текстуально совпадающих норм.

Близким к аналогии права является институт субсидиарного применения правовых норм в цивилистике. В теории права под субсидиарным при-

---

<sup>1</sup> См.: *Черданцев А.Ф.* «Соответственное» применение и толкование норм права // Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1969 год. Свердловск, 1970. С. 44-46.

менением понимают использование правовых норм одной правовой отрасли к отношениям, регулируемым другой отраслью.

По мнению одних авторов, субсидиарное применение необходимо в целях недопущения дублирования аналогичных норм в смежных отраслях права, то есть имеет место при отсутствии правового пробела<sup>1</sup>. Так, С.В. Поленина одними из причин субсидиарности считает появление правовых понятий и институтов, общих для смежных отраслей права. При их отсутствии в одной правовой отрасли происходит субсидиарное применение из смежной отрасли права<sup>2</sup>.

Правовые нормы, составляющие такие институты, как сделки, сроки, представительство и др., регулируют соответствующие отношения аналогичным образом, независимо от того к какому отраслевому законодательству они относятся. Например, в ст. 108 ГПК РФ упоминается термин «нерабочий день». Для раскрытия содержания понятия «нерабочий день» следует субсидиарно применить ст. 112 ТК РФ. Полномочия представителя в гражданском процессе подтверждаются доверенностью. Содержание и существенные условия доверенности предусмотрены в ГК РФ и могут быть субсидиарно применены к отношениям, регулируемым гражданским процессуальным правом.

Согласно иной точке зрения, субсидиарное применение норм одной отрасли к отношениям, регулируемым другой отраслью, вызвано неполнотой правового регулирования и является способом преодоления правового пробела<sup>3</sup>. Существует концепция, согласно которой субсидиарное применение правовых норм следует рассматривать в рамках межотраслевой аналогии<sup>4</sup>. При таком понимании отличие аналогии закона от субсидиарного применения состоит в том, что в первом случае пробел преодолевается путем исполь-

---

<sup>1</sup>См.: Бару М.И. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям // Советская юстиция. 1963, № 14. С. 17.

<sup>2</sup>См.: Поленина С.В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей. С. 21-28.

<sup>3</sup>См.: Леушин В.И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве. В сб.: Проблемы применения советского права, вып. 22. Свердловск, 1970. С. 47.

<sup>4</sup>См.: Карташов В.Н. Институт аналогии в советском праве. С. 54.

зования по аналогии норм права той же отрасли, во втором – норм права смежных отраслей.

Указанный подход противоречит действующему законодательству РФ. Так, в соответствии со ст. 5 СК РФ в ситуациях, когда отношения между членами семьи прямо не регламентированы семейным, гражданским законодательством или соглашением сторон, к таким отношениям применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). Таким образом, можно сделать вывод, что аналогия закона допускает не только применение норм семейного права, регулирующих сходные отношения, но и использование норм родственной отрасли права (ГК РФ). В итоге, представляется недопустимым разграничивать аналогию закона и субсидиарное применение на основании отраслевой принадлежности норм права.

В доктрине господствует точка зрения, согласно которой правоприменительный орган может использовать предписания смежной (родственной) отрасли права при отсутствии в данной отрасли необходимой правовой нормы. Причем сходство должно затрагивать правовые стороны регулируемых отношений, методы правового регулирования<sup>1</sup>.

В настоящее время в литературе традиционно выделяются некоторые сферы частных отношений, в которых монополия гражданско-правового регулирования ограничивается специальными нормами. Такими отношениям являются: 1) семейные, 2) трудовые, 3) природоресурсные, 4) жилищные, 5) предпринимательские как таковые и предпринимательские отношения в отдельных отраслях экономики (в энергетике, на транспорте, в банковской сфере и др.), 6) процессуальные, 7) общественные отношения в сфере коллизионного права<sup>2</sup>. Все эти отношения объединяет ограничение частной ини-

---

<sup>1</sup>См.: *Леушин В.И.* Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве. Автореф. канд. дисс. Свердловск, 1971. С. 19.

<sup>2</sup> См.: *Белов В.А.* Гражданское право Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право: учебник для бакалавриата и магистратуры. С. 215.



циативы в применении гражданского права для удовлетворения частных потребностей и интересов.

Основным критерием, допускающим применение норм одной отрасли права к отношениям родственной отрасли, выступает метод правового регулирования. С.С. Алексеевым справедливо отмечено, что при применении межотраслевой аналогии сходство отношений, которые прямо не урегулированы нормами данной отрасли, должно затрагивать юридические стороны регулируемых отношений, методы правового регулирования. Если между рассматриваемыми отношениями нет сходства в методе регулирования, применение норм смежной отрасли права исключается<sup>1</sup>.

К условиям субсидиарного применения норм права в цивилистике можно отнести следующее: 1) фактическое отношение должно попадать в сферу гражданско-правового регулирования; 2) отсутствие гражданско-правовой нормы, исчерпывающим образом регулирующей общественное отношение, попадающие в предмет гражданского права; 3) наличие в смежной отрасли права нормы, прямо регулирующей данное отношение (аналогия закона предполагает применение нормы, регулирующей сходные отношения); 4) применение норм смежной отрасли не должно противоречить существу и основополагающим принципам гражданского права.

Основные отличия аналогии права и субсидиарного применения правовых норм в цивилистике сводятся к следующему: 1) при субсидиарном применении отсутствует правовой пробел. Причиной субсидиарного применения является наличие правовых институтов, общих для смежных отраслей права; 2) объектом субсидиарного применения выступают общественные отношения, прямо урегулированные родственной нормой права конкретного содержания. Объектом аналогии права в цивилистике выступают неурегулированные гражданским законодательством общественные отношения, попадающие в сферу гражданско-правового регулирования.

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. С. 348.

Представляет теоретический и прикладной интерес соотношение аналогии права и конкретизации права. В теории принято выделять две формы конкретизации права: правотворческую и правоприменительную<sup>1</sup>.

Правотворческая конкретизация предполагает создание новых правовых норм, которые детализируют более общие нормы в рамках подзаконного, локального, делегированного правотворчества<sup>2</sup>.

Правоприменительная конкретизация необходима в процессе применения права, когда отсутствует детальное правовое регулирование общественных отношений<sup>3</sup>.

Необходимость правоприменительной конкретизации в цивилистике вызвана спецификой юридического регулирования гражданско-правовых отношений. Перечень оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, предусмотренный ст. 8 ГК РФ не является исчерпывающим и допускает возникновение прав и обязанностей вследствие иных действий граждан и юридических лиц. Гражданское законодательство регулирует отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Принцип свободы договора не связывает участников отношений исключительно законом или иными правовыми актами. Вследствие чего изложение гражданского законодательства в общей относительно определенной форме является объективной необходимостью. Предоставляет правоприменительным органам полномочия по конкретизации правовых норм.

Конкретизация – объективно необходимое звено в процессе правоприменения. В сфере гражданского права правоприменительная конкретизация применяется, как правило, при раскрытии и уточнении понятия, сформули-

---

<sup>1</sup> См.: *Алексеев С.С.* Проблема теории права. Т. 2. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1973. С. 90.

<sup>2</sup> См.: *Вопленко Н.Н.* Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм // Вопросы теории государства и права. Вып. 2. Саратов, 1971. С. 175; Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С. 493.

<sup>3</sup> См.: *Реутов В.П.* Стадии воздействия юридической практики на развитие законодательства // Правоведение. 1970. № 3. С. 188.

рованного в наиболее общем виде правовой нормой. Например, согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Законодательство не раскрывает этого понятия. Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении от 23.06.2015. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>1</sup>, указывает, что при оценке действий сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из ожидаемого от любого участника гражданского оборота поведения, учитывающего права и интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации.

С правоприменительной конкретизацией тесно связаны институты толкования и аналогии, что дает повод отдельным авторам отождествлять аналогию и конкретизацию<sup>2</sup>, рассматривать конкретизацию как элемент интерпретационной деятельности<sup>3</sup>.

Несмотря на тесную связь толкования и конкретизации, последняя имеет особую правовую природу. Задача толкования состоит в установлении смысла, который законодатель вложил в норму права. Правоприменительная конкретизация предполагает уточнение и придание норме определенности, что выходит за рамки интерпретации.

При казуальном восполнении пробелов возникает необходимость разграничения аналогии права и правоприменительной конкретизации. Несмотря на внешнее сходство оба явления имеют различную правовую природу.

С одной стороны, правоприменительная конкретизация выходит за рамки интерпретационной деятельности, предполагает придание норме определенности, внесение нового элемента. С другой стороны, объектом конкре-

---

<sup>1</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. № 8. 2015.

<sup>2</sup> См.: *Реутов В.П.* Формы воздействия юридической практики на развитие законодательства // Ученые записки. № 238. Пермь, 1970. С. 188; *Вопленко Н.Н.* Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм // Вопросы теории государства и права. Вып. 2. Саратов, 1971. С. 17

<sup>3</sup> См.: *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. С. 473.

тизации всегда выступают общественные отношения, в той или иной степени урегулированные нормой права. Конкретизация имеет непосредственную связь с индивидуально-определенным правилом поведения, всегда детализирует более общую норму.

В отличие от правоприменительной конкретизации объектом аналогии права в цивилистике выступают ненормированные законодательством отношения. Аналогия права предполагает определение прав и обязанностей исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности, справедливости.

В доктрине и судебной практике высказывается предположение о допустимости применения по аналогии (а не в порядке конкретизации) разъяснений высших судебных инстанций<sup>1</sup>. Так, разъяснения, установленные в пункте 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 20 июня 2007 года № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью» в отношении бенефициаров сделок акционерных обществ<sup>2</sup>, применимы к отношениям, возникающим при совершении соответствующих сделок обществами с ограниченной ответственностью<sup>3</sup>. Правила о последствиях пропуска досудебных претензионных сроков в рамках договора железнодорожной перевозки груза, установленные пунктом 42 Постановления Пленума ВАС РФ от 6.10.2005 № 30 «О некоторых вопросах практики применения ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации»<sup>4</sup>, распространяются судами и на другие категории гражданско-правовых споров<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>См.: Микрюков В.А., Микрюкова Г.А. Некоторые вопросы применения гражданского законодательства по аналогии // Вестник Пермского Университета. Юридические науки, 2014. № 1. С. 133-144.

<sup>2</sup> См.: Вестник ВАС РФ. 2007. № 8.

<sup>3</sup> См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.09.2011 по делу № А56-2651/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> См.: Вестник ВАС РФ. 2006. № 1.

<sup>5</sup>См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 01.08.2008 по делу № А65-13804/06 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Данную практику следует признать положительной. Применение по аналогии практики высших судебных инстанций влечет за собой расширение сферы использования аналогии, что позволяет отойти от устоявшегося в доктрине понимания аналогии только в качестве «запасного» средства правового регулирования.

Следующим близким по содержанию к аналогии права является институт толкования. В наиболее общем виде под толкованием нормы понимается уяснение ее действительного смысла<sup>1</sup>.

Отличия аналогии права и толкования в цивилистике обусловлены различием их правовой природы, субъектного состава, объекта применения, цели, задач и функций. Независимо от классификации толкования по различным основаниям, результатом толкования остается выяснение действительного содержания нормы права, которая недостаточно ясно выражена в законе. Толкование не выходит за рамки содержания правовой нормы. В отличие от толкования аналогия права в цивилистике распространяет действие на отношения, не урегулированные нормой права конкретного содержания. Задача толкования состоит в уяснении смысла, предусмотренного законом. Аналогия права исходит из того, что искомый смысл не может быть найден, поскольку не существует подлежащей применению нормы права.

Цель аналогии права состоит в казуальном преодолении правовых пробелов. Толкование напротив не может быть отнесено к средствам преодоления пробелов.

В доктрине господствует мнение, что толкование является одной из стадий правоприменения, необходимым условием применения аналогии права<sup>2</sup>. Так, В.В. Лазарев определяет толкование как метод, который дает полное представление о действующих нормах права и позволяет сделать вывод о необходимости издания недостающих норм, то есть определить наличие или

---

<sup>1</sup>См.: Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография. / под ред. И.В. Спасько-Фатеевой. С. 64.

<sup>2</sup> См., например: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. С. 58; Карташов В.Н. Институт аналогии в советском праве. С.34-35.

отсутствие пробела в праве<sup>1</sup>. По справедливому утверждению Ю.Х. Калмыкова «установление подлинной воли законодателя – есть необходимое и обязательное условие правильного применения всех без исключения норм»<sup>2</sup>. Установление правового пробела является обязательным условием применения аналогии права. Толкование предшествует выявлению пробела и использованию института аналогии. Способствует определению сферы правового регулирования, юридической значимости ненормированных правом отношений. Посредством толкования правоприменитель делает вывод о наличии или отсутствии правового пробела. Толкование служит обязательным условием правильного применения института аналогии в цивилистике.

Далее обратимся к соотношению аналогии права и рестрикции в цивилистике. Противоположность аналогии права в гражданском праве представляет собой рестрикция – ограничительное применение закона. Рестрикция представляет собой процесс, когда норма охватывает целый круг однородных случаев, после чего возникает случай, целиком попадающий под эту норму; однако применение норм к данному случаю противоречило бы основополагающим принципам гражданского права.

Например, в ст. 295 ГК РФ перечислены права собственника, в отношении имущества, находящегося в хозяйственном ведении. Возникает вопрос: может ли собственник, передав унитарному предприятию имущество во владение, распоряжаться таким имуществом с согласия предприятия? Пленумом Верховного Суда Российской Федерации и Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»<sup>3</sup> разъяснено, что собственник, передав во владение унитарному предприятию имущество, не вправе распоряжаться таким имуществом независимо от наличия или отсутствия согласия такого предприятия.

---

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. С. 58.

<sup>2</sup> Калмыков Ю.Х. Вопросы толкования и применения гражданско-правовых норм. С. 87.

<sup>3</sup> См.: Российская газета. 2010. № 109 (5188).

Таким образом, несмотря на наделение собственника правом на распоряжение имуществом унитарного предприятия (ст. 20 Федерального закона от 14.12.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»<sup>1</sup>, статья 295 ГК РФ) после передачи имущества во владение предприятию собственник теряет право на распоряжение им. Правило поведения, устанавливающее правомочия собственника имущества унитарного предприятия, не подлежит применению после передачи соответствующего имущества во владение. В этом состоит ограничительное применение закона, поскольку наделение собственника правом на распоряжение имуществом после его передачи законному владельцу (унитарное предприятие) противоречило бы принципу неприкосновенности собственности.

Рестрикция в цивилистике близка к ограничительному толкованию закона, но в данном случае происходит не выяснение смысла закона, а ограничение его применения. Данное ограничение допустимо, только если оно вытекает из общих начал и смысла гражданского законодательства.

Ключевое отличие аналогии права от рестрикции состоит в том, что рестрикция представляет обратный аналогии права процесс. Аналогия права в гражданском праве предполагает, что общий принцип, выведенный из существующих норм, распространяется на новый случай, не предусмотренный данными нормами. Рестрикция, напротив, предусматривает процесс, когда правило поведения подпадает под целый ряд однородных ситуаций, однако, впоследствии возникает ситуация, полностью охватываемая данной нормой, вместе с тем применение правила поведения к данной ситуации противоречило бы основополагающим принципам гражданского права.

Рассмотрим далее соотношение аналогии права и аналогии закона. Для использования закона по аналогии необходимо, чтобы не предусмотренный законом случай обладал такими же признаками, которые обуславливают норму, применяемую по аналогии. Если применяемая норма не зависит от признаков, отличающих не предусмотренные законом случаи, от случаев,

---

<sup>1</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

предусмотренных законодательством, а основывается на присущих обоим случаям общих признаках, допустимо ее применение по аналогии.

Аналогия закона предполагает сходство между нормированными и ненормированными отношениями, тождество количественных и качественных признаков явлений..

Логическая основа аналогии права имеет существенные отличия от аналогии закона. Посредством аналогии права не происходит применение конкретной нормы к сходным правовым отношениям, а искомая норма определяется исходя из основных начал и смысла законодательства. Для выявления сущности аналогии закона необходимо установить условия ее применения. Условия применения аналогии составляют важную часть правоприменительного процесса, обеспечивают соблюдение законности. Аналогия закона и аналогия права в цивилистике составляют единый правовой институт, выполняют функцию по преодолению правового пробела.

К общим условиям применения аналогии права и аналогии закона в цивилистике можно отнести следующее:

1. Наличие пробела в праве. Правовая природа гражданского права обуславливает его объективную пробельность. Гражданское законодательство регулирует отношения, основанные на имущественной самостоятельности участников, равенстве и автономии воли сторон. Институт аналогии в цивилистике способствует расширению сферы гражданского оборота, инициативы и активности участников отношений. Применение аналогии будет являться законным только при исчерпании всех правовых средств, регулирующих данное отношение. Использование аналогии при наличии в законодательстве нормы, подлежащей применению недопустимо.

2. Отношения, не урегулированные правом должны попадать в сферу правового регулирования. Для определения области правового регулирования общественных отношений необходимо установить допустимые пределы правового регулирования. Некоторые отношения по своей природе не допускают юридическую регламентацию, ненормированность данных отношений



не образует правовой пробел. Правовой пробел имеет место, когда законодатель выразил волю на урегулирование общественных отношений, но регулирование оказалось недостаточным, в силу отсутствия нормы права конкретного содержания.

3. Юридическая значимость не предусмотренных законом отношений должна определяться с учетом основополагающих принципов, на которых основано гражданское законодательство: равенство участников отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечение восстановления нарушенных прав, их судебной защиты и др. (ст. 1 ГК РФ); принципов добросовестности, разумности и справедливости (ст. 6 ГК РФ). Гражданско-правовую значимость приобретают только те отношения, которые соответствуют правовой природе, цели, задачам гражданского права. Если пробельное отношение им соответствует, даже будучи не урегулированным нормой права конкретного содержания, оно должно приобрести юридическую силу.

4. Вырабатываемые в результате применения аналогии правоположения не должны противоречить гражданскому законодательству. В доктрине под правоположениями понимаются «сложившиеся в правоприменительной практике правила, которые служат примером применения норм права по однородным делам в аналогичных ситуациях»<sup>1</sup>. Правоположения являются общими правилами, вырабатываемыми при неоднократном применении правовых норм. Используются при наличии ситуаций, схожих с теми, при разрешении которых они формулировались. Вырабатываемые правоположения носят юридический характер, поскольку формируются в процессе правоприменительной деятельности. Как справедливо отмечает С.Н. Братусь: «Акты

---

<sup>1</sup> *Карташов В.Н.* Институт аналогии в советском праве. С.31.

применения, не соответствующие выработанному по аналогичным делам правоположению, могут быть отменены или изменены»<sup>1</sup>.

5. Использование института аналогии требует всестороннего анализа правоприменительной практики разрешения схожих дел в целях обоснования необходимости и целесообразности применения в конкретной ситуации данного способа преодоления пробела.

Несмотря на то, что аналогия права и аналогия закона в цивилистике составляют единый правовой институт, наряду с общими условиями можно выделить условия применения, которые относятся исключительно к субинститутам аналогии права и аналогии закона.

К исключительным условиям применения аналогии закона в цивилистике можно отнести следующее:

1. Невозможность прямого правового регулирования отношений посредством гражданского законодательства или соглашения сторон, отсутствие применимого к ним обычая.

2. Наличие нормы права конкретного содержания, регулирующей сходные отношения.

3. Нормы, применяемые по аналогии закона, должны относиться к гражданскому законодательству РФ. В случае отсутствия необходимой нормы в гражданском законодательстве возможно применение межотраслевой аналогии закона при условии сходства юридической стороны регулируемых отношений, метода правового регулирования.

Исключительными условиями применения аналогии права в цивилистике являются:

1. Невозможность использования аналогии закона. Обязательным условием применения аналогии права является исчерпание иных возможных правовых средств для юридического регулирования отношений.

---

<sup>1</sup>Братусь С.Н. Юридическая природа судебной практики в СССР // Советское государство и право. 1975. № 6. С. 21.

2. Определение прав и обязанностей сторон исходя из основных начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности, справедливости. Ключевым отличием условия применения аналогии права от аналогии закона является недопустимость использования нормы права конкретного содержания.

Исследование смежных с аналогией права правовых средств позволяет сделать следующие выводы. Аналогия права выступает заключительным способом правового регулирования при преодолении правового пробела. Установлению пробела и использованию аналогии права предшествуют следующие стадии правоприменения: соответственное применение правовых норм; субсидиарное применение права; конкретизация права; толкование; рестрикция и аналогия закона. Данные этапы правоприменения дают наиболее полное представление о действующих нормах права, способствуют определению сферы правового регулирования, юридической значимости ненормированных правом отношений. Позволяют заключить, что возникает необходимость формулирования недостающих норм, то есть установления наличия или отсутствия пробела в законе.

При рассмотрении гражданско-правовых споров, суды нередко сталкиваются не только с пробелом в форме отсутствия необходимой для применения нормы права, но и с ситуациями, когда волеизъявление сторон относительно регулирования условий договора имеется, но является неясным и требует истолкования. Данные ситуации разрешаются посредством буквального толкования договора.

Однако возможны ситуации, когда волеизъявление относительно конкретного вопроса в договоре может отсутствовать. Другими словами спорная ситуация сторонами прямо не урегулирована и иные договорные условия не позволяют сделать однозначный вывод, что в отношении данного вопроса стороны достигли соглашения. Такая ситуация может быть квалифицирована как отсутствие условия, необходимого для исполнения договора (пробел в договоре).

Решению данной проблемы может служить, во-первых, применение диспозитивных норм, во-вторых, восполнительное толкование договора.

Как справедливо отмечает М.И. Брагинский, диспозитивные нормы закреплены в законе, что предоставляет возможность суду использовать определения правовых понятий, установленных нормативными правовыми актами<sup>1</sup>. Однако договорный пробел не во всех случаях может быть восполнен с помощью диспозитивных норм. В основу применения диспозитивных норм обычно положено типичное регулирование отношений сторон. Вместе с тем, договорные отношения не всегда возможно урегулировать стандартными диспозитивными нормами. Вследствие этого суды применяют восполнительное толкование договора.

Следует согласиться с А.К. Байрамкуловым, что названный механизм находит применение в практике немецких судов, что может быть проиллюстрировано следующим примером.

Так, в учредительном договоре два соучредителя и работник пришли к соглашению о создании совместного торгового предприятия. Соучредители внесли в уставной капитал денежные вклады (по 50 000 марок), а работник участвовал в предприятии собственным трудом. В соответствии с учредительным договором были предусмотрены выплаты работнику в размере 50 000 марок, а также равное распределение доходов между тремя участниками предприятия. В результате работы предприятия образовался убыток в размере 30 000 марок, при всем при том, что учредительным договором не было урегулировано распределение имущественных потерь. Возник спор относительно того, освобожден ли работник от бремени имущественных потерь предприятия<sup>2</sup>.

Как отмечает О. Sandroch, дело было разрешено в пользу работника. Суд восполнил учредительный договор условием, по которому вследствие

---

<sup>1</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Статут, 2005. С. 89.

<sup>2</sup> См: Байрамкулов А.К. Особенности толкования договора в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 218.

особенного статуса, работник в отличие от других соучредителей освобожден от бремени несения имущественных потерь. Именно нетипичность сложившегося правоотношения между соучредителями повлекла за собой принятие нетипичного решения по рассматриваемому делу. Обстоятельства настолько не подпадали под состав диспозитивной нормы, предусматривающей равное распределение потерь, что суд применил восполнительное толкование договора<sup>1</sup>.

О. Sandrock указывает, что в обоснование позиции судом были применены доводы, согласно которым работник, в отличие от соучредителей, участвовавших в предприятии посредством капитала, находился в зависимости от дохода от деятельности предприятия. При указанных обстоятельствах равное распределение потерь экономически нецелесообразно, так как предприятие может прекратить деятельность, если работник останется без средств к существованию. Учредительный договор, напротив, должен быть выполнен так, что несмотря на статус соучредителя, работник освобожден от имущественных потерь<sup>2</sup>.

Таким образом, из рассмотренного примера можно сделать вывод, что критериями применения восполнительного толкования выступают нетипичность договорной модели, не позволяющей использовать диспозитивные нормы, а также особый правовой статус сторон договора.

Рассматривая механизм восполнительного толкования, А.К Байрамкулов отмечает, что одной из форм восполнительного толкования выступает применение существующего условия договора к неурегулированному вопросу по аналогии<sup>3</sup>. Указанный вывод может быть проиллюстрирован еще одним примером из немецкой судебной практики.

---

<sup>1</sup> См.: *Sandrock O.* Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht: methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht, 1969. S. 23

<sup>2</sup> Цит. по: *Байрамкулов А.К.* Особенности толкования договора в российском гражданском праве. С. 219.

<sup>3</sup> Там же. С. 187.

Так, в договоре подряда отсутствовало регулирование последствий не своевременно возвращения аванса подрядчиком. Подрядчик и заказчик согласовали штрафные проценты, уплачиваемые последним по договору строительного подряда в случае просрочки платежа. Однако стороны пришли к соглашению расторгнуть договор до начала работ. В связи с просрочкой возврата аванса подрядчиком возник вопрос о применении к нему штрафных процентов. В отсутствие прямого условия в соглашении по данному вопросу, суд, руководствуясь обстоятельствами дела, пришел к выводу, что штрафные проценты, установленные для случая просрочки заказчика, применяются к подрядчику, просрочившему срок возврата аванса<sup>1</sup>.

Таким образом, для восполнения договорного пробела был использован по аналогии в качестве источника текст договора, в котором стороны урегулировали сходный вопрос о просрочке оплаты выполненных работ.

В отличие от зарубежной в отечественной судебной практике данный подход не нашел поддержки.

Например, по договору арендодатель предоставил арендатору во временное пользование оборудование. Арендатор уплатил арендную плату, а также страховую сумму для обеспечения предусмотренных договором восстановительных работ после эксплуатации оборудования. Уплаченная страховая сумма подлежала возврату арендатору по истечении договора аренды и передачи оборудования.

Арендодатель допустил просрочку возврата страховых сумм, уплаченных по договору. В связи с чем арендатор обратился в суд. Предметом требований явилось взыскание с арендодателя страховой суммы. Кроме того, истец потребовал уплаты пени за просрочку возврата страховой суммы по аналогии с условием договора, которым предусмотрена ответственность за несвоевременный возврат оборудования.

---

<sup>1</sup> См: *Байрамкулов. А.К.* Особенности толкования договора в российском гражданском праве. С. 188.

Разрешая дело, суд указал, что ответственность в виде уплаты неустойки предусмотрена только для арендатора за несвоевременный возврат оборудования арендодателю.

Подчеркнем, что возможность применения аналогии предусмотрена действующим гражданским законодательством (ст. 6 ГК РФ) только в отношении положений действующего законодательства (аналогия закона), а также в отношении общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права), в то время как применение по аналогии условий договора не допускается.

При таких обстоятельствах, учитывая, что возможность взыскания с арендодателя неустойки за несвоевременный возврат страховой суммы условиями договора прямо не предусмотрена, суд пришел к выводу, что правовые основания для удовлетворения заявленного требования отсутствуют<sup>1</sup>.

В данном деле суд исходил из буквального значения условий договора, прямо не предусматривающего ответственность за несвоевременный возврат страховой суммы. Однако суд не принял во внимание общую волю сторон, цель договора, практику, установившуюся во взаимоотношениях сторон, требования разумности и добросовестности. Это может быть объяснено недостатком правового регулирования, а также отсутствием устойчивой и единообразной правоприменительной практики восполнительного толкования договора в российском гражданском праве.

В связи с этим небезынтересно проанализировать одно из дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ, в котором суд посредством восполнительного толкования преодолел пробел в заключенном сторонами мировом соглашении.

Так, согласно обстоятельствам дела между истцом и ответчиком было заключено мировое соглашение, по которому ответчик признал обоснованность исковых требований и обязался уплатить истцу сумму неосновательно-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.05.2015. по делу № А70-5865/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

го обогащения. После исполнения мирового соглашения истец обратился в суд с требованием о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами по ст. 395 ГК РФ в связи с несвоевременной уплатой неосновательного обогащения. Следует отметить, что в мировом соглашении отсутствовали условия о начислении процентов на сумму неосновательного обогащения.

Суд пришел к выводу, что исполнением мирового соглашения были прекращены все обязательства сторон, тем самым основания для начисления процентов по ст. 395 ГК РФ отсутствовали. Суды апелляционной и кассационной инстанций, напротив, удовлетворили требования истца, указав, что мировое соглашение не содержало прямого условия о прекращении первоначального обязательства уплатой суммы неосновательного обогащения. Президиум ВАС РФ, оставив решение суда первой инстанции в силе, обосновал, что основания для взыскания процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ отсутствуют. По мнению Суда, стороны намеревались прекратить возникший между ними спор окончательно посредством заключения мирового соглашения.

Поскольку мировое соглашение содержало пробел относительно прекращения обязательства по уплате процентов, Президиум ВАС РФ восполнил недостающее условие следующим образом: «...из смысла и содержания норм, регламентирующих примирительные процедуры, а также исходя из задач судопроизводства в арбитражных судах следует, что утвержденное судом мировое соглашение по своей природе является таким процессуальным способом урегулирования спора, который основывается на примирении сторон на взаимоприемлемых условиях, что влечет за собой ликвидацию спора о праве в полном объеме»<sup>1</sup>.

Представленная позиция Суда является примером использования предполагаемой (гипотетической) воли сторон для преодоления договорного про-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 22.03.2011 № 13903/10 по делу А60-62482/2009 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».



бела. Полагаем, что данное положение во взаимосвязи с предусмотренными ст. 431 ГК РФ требованиями к толкованию договора, должно быть воспринято нижестоящими судами для формирования единообразной практики выполнения договорных условий посредством толкования договора.

Изучение пробелов в гражданском законодательстве как условия применения аналогии права позволяет сделать следующие выводы.

Под пробелом в гражданском законодательстве необходимо понимать неурегулированность нормой права конкретного содержания отношений, которые соответствуют природе гражданского права и входят в его предмет, соответствуют основным началам гражданского законодательства, регулируются посредством частноправового (координационного, диспозитивного) метода правового регулирования.

Констатация пробела в законодательстве выступает необходимым условием применения аналогии права. Использование аналогии права в отсутствие пробела влечет правовую неопределенность. В связи с этим необходимо разграничивать пробел со сходными правовыми явлениями. Не образуют правовой пробел квалифицированное «молчание» права; противоречие правовых норм; фактические ошибки в законе, договоре, завещании.

Установлению пробела и использованию аналогии права предшествуют следующие стадии правоприменения: соответственное применение правовых норм; субсидиарное применение права; конкретизация права; толкование; рестрикция и аналогия закона. Названные стадии правоприменения дают наиболее полное представление о действующих гражданско-правовых нормах, способствуют определению юридической значимости ненормированных правом отношений и позволяют установить наличие пробела в законодательстве.

## **§ 2.2. Основные начала гражданского законодательства и их значение для юридико-технической логики применения аналогии права**

В правовой науке трудно отыскать более многогранное понятие, чем принцип права. Эта тема остается предметом различных диссертационных исследований в области теории права и иных отраслевых правовых наук. Сложность определения категории правового принципа не всегда обеспечивает однозначность ее восприятия и использования. Как показывает история правовой науки, в одних случаях, принципы отражали действительные материальные, духовные и нравственные начала общества; в других – выражали субъективные классовые установки. Функции, роль и значение принципов изменялись в зависимости от правового режима и идеологии конкретного общества.

По утверждению Е.В. Вавилина, концептуальное осмысление того или иного феномена всегда требует определения его начал, основ, принципов. Невозможно изучить явление, не уяснив его первооснов<sup>1</sup>. Следует согласиться с Е.Г. Комиссаровой в том, что гражданско-правовые принципы всегда отражают идейные установки отраслевого регулирования<sup>2</sup>.

Вопрос об установлении «руководящих начал» гражданского законодательства впервые наиболее остро возник в Советском государстве в начале 20-х годов XX века. Г. Радбрух подчеркивал, что вследствие отрицания частной собственности и гражданского права вообще, социализм дал толчок в науке гражданского права к изучению ее принципов<sup>3</sup>. Принятый в 1922 году Гражданский кодекс РСФСР стал ярким примером того, как принципы революционного правосознания явились сдерживающим фактором расширения частного сектора и развития товарных отношений. Идеи социального коллективизма и отказ деления права на частное и публичное выступили идеологической альтернативой принципам неприкосновенности частной собственности

---

<sup>1</sup> См.: *Вавилин Е.В.* Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009. С. 222-223.

<sup>2</sup> См.: *Комиссарова Е.Г.* Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства: дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 3.

<sup>3</sup> Цит. по: *Агарков М.М.* Ценность частного права // Изв. вузов. Сер. Правоведение. 1992. № 1. С. 25.

сти, свободы и равенства. Социалистические идеалы и ценности нашли прямое отражение в содержании гражданско-правовых норм.

Гражданский кодекс РСФСР 1964 года также характеризовался полным отрицанием частноправовой сферы. Господство административно-правовых методов регулирования привело к установлению в Гражданском кодексе идеи об особой руководящей роли государства в гражданском обороте; предоставлению преимуществ государственной собственности.

Переход к рыночной экономике постепенно привел к уходу от социалистического правосознания. Основы гражданского законодательства СССР и союзных республик 1991 года вернули в российскую цивилистику лучшие дореволюционные идеи и концепции континентального права. Впоследствии данные идеи нашли нормативное выражение в ныне действующем ГК РФ 1994 года.

Новый гражданский кодекс стал одной из первых современных кодификаций, лишенных идеологических ограничений. Впервые в текст закона в качестве основных начал были введены идеи равенства участников гражданского оборота, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты. Основные начала выступили в качестве самостоятельного регулятора общественных отношений. Впервые их суть состояла не в перестройке старой экономики и вытеснении одних участников гражданского оборота другими, а в упорядочивании и нормировании уже существующих имущественных и неимущественных отношений. Нормообразующая и информационная функция правовых принципов была дополнена регулятивной функцией.

Как известно, регулятивная функция правовых принципов традиционно связывается с аналогией права. Переход к рыночной экономике и усложнение гражданского оборота послужили толчком к расширению сферы применения аналогии права как средства преодоления пробелов. Однако на протя-

жении более чем полувека в цивилистике культивировалось понимание принципов как руководящих идеологических начал, не имеющих какого-либо прикладного значения. Такое понимание принципов прочно укрепилось в науке, сохраняется и в настоящее время. В связи с этим О.А. Кузнецовой отмечено, что в лучшем случае законодатель только лишь опирается на гражданско-правовые принципы при построении правовых норм, а в худшем случае принципы гражданского права рассматриваются как декларативные положения, не имеющие правоприменительного значения<sup>1</sup>.

Несмотря на назревшую проблему изучения прикладного значения принципов в доктрине по-прежнему сохраняется тенденция к исследованию нормообразующей и информационной функций принципов права в ущерб правоприменительной. Следует согласиться с О.А. Кузнецовой в том, что исследование теории принципов гражданского права слабо способствует их практическому применению<sup>2</sup>. Сосредоточение ученых на дефиниции правовых принципов и обоснование их авторского перечня, оставляет без внимания правоприменительное значение принципов права, что влечет ограничение применения аналогии. «Широта» употребления категории принцип права не всегда обеспечивает однозначность ее восприятия и использования. Правовой принцип можно рассматривать с онтологических, гносеологических, политических, идеологических, социальных, естественно-правовых и иных позиций. В рамках настоящего исследования внимание сосредоточено на нормативном понимании принципов права, поскольку именно такой подход является наиболее продуктивным для применения аналогии права.

Одним из первых на нормативную функцию правового принципа и законодательный способ его закрепления обратил внимание Н.Г. Александров, который считал, что принципы выражены в определенных единых формулах, сосредоточенных в соответствующих статьях. В отдельных случаях принци-

---

<sup>1</sup> См.: *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006. С. 5.

<sup>2</sup> См.: *Кузнецова О.А.* Проблемы правоприменения принципов гражданского права // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2008. № 3 (16). С. 23.

пы могут быть выведены из содержания различных конкретных норм в результате установления их общих черт<sup>1</sup>. Сходную позицию занимает А.Е. Пашерстник, указывая, что в законодательстве правовые принципы могут быть выражены с помощью «типовых формул, либо раскрываемых в содержании иных норм более узкого значения и извлекаемых из них путем анализа и выявления общих элементов»<sup>2</sup>.

Разделение принципов на прямо сформулированные в законодательстве и выводимые из смысла гражданско-правовых норм впервые было сделано С.Н. Братусем. По мнению ученого, основополагающие отраслевые принципы можно обнаружить непосредственно в нормах отдельной правовой отрасли. В тех случаях, когда они там прямо не сформулированы, принципы можно вывести из общего смысла и содержания правовых норм<sup>3</sup>.

Прямое (текстуальное) закрепление принципов в нормативном акте привело к выделению в науке категории «норма-принцип». Впервые названная категория была сформулирована В.Н. Карташовым, который отмечал, что некоторые правовые нормы вследствие своей социальной значимости могут одновременно выступать и в качестве принципов права. В данном случае следует выделить «нормы-принципы»<sup>4</sup>.

По справедливому утверждению О.А. Кузнецовой, в теории все чаще указывается на данный вид норм права. Их выделяют в один ряд с правовыми нормами по признаку функциональной роли, выполняемой юридическими нормами в процессе правового регулирования<sup>5</sup>.

Так, исследователи подчеркивают, что нормы-принципы – это нормы, которые служат эталонами, позволяющими установить соответствие целей и средств правовых предписаний объективным закономерностям общественно-

---

<sup>1</sup>См.: Александров Н.Г. Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 18.

<sup>2</sup>См.: Пашерстник А.Е. О сфере действия и принципах советского трудового права // Советское государство и право. 1957. № 10. С. 99.

<sup>3</sup>См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. С. 137.

<sup>4</sup>См.: Теория государства и права: Учебник /Под ред. Бабаева. М.: Юристъ, 2003. С. 223.

<sup>5</sup>См.: Кузнецова О.А. Нормы принципы российского гражданского права. С. 20.

го развития<sup>1</sup>. В.А. Толстик отмечает, что «норма-принцип – это одна из разновидностей норм права и не более того»<sup>2</sup>. Наиболее категоричное определение правового принципа предложено А.Ф. Вороновым. Так, под принципом ученый понимает общеобязательное правило поведения, составляющее норму права<sup>3</sup>. Сходной позиции придерживался П.Е. Недбайло, по мнению которого принципы права по своей природе представляют собой правовые нормы, но лишь с более общим и принципиальным содержанием<sup>4</sup>.

Некоторые авторы отрицают регулятивную функцию закрепленных в законе принципов права. Согласно данной позиции принципы права выполняют вспомогательные функции по отношению к норме права и не содержат модели поведения лиц в их отношениях между собой<sup>5</sup>. Иными словами, принципы не выполняют главной функции, присущей норме права – регулятивной.

К другим доводам (против отнесения принципов права к числу правовых норм) относится этимологическое различие правового принципа и нормы права. Данный вывод следует из общепринятого подхода к норме как к правилу поведения. В соответствии с указанным подходом принцип права не является нормой в строгом понимании этой категории, поскольку не содержит конкретных правил поведения. Однако понимание нормы исключительно как правила поведения нельзя признать единственно верным.

Например, норма определяется как «узаконенное установление, признанный обязательным порядок, строй»<sup>6</sup>; как «узаконенное установление, обычный общепринятый обязательный порядок, состояние чего-либо, обра-

<sup>1</sup>См.: Любашиц В.Я., Мордовец А.Ю., Тимошенко И.В., Шапсугов Д.Ю. Теория государства и права: Учебник. М.: ИКЦ «Март», 2003. С. 510.

<sup>2</sup> Толстик В.А. Общеизвестные принципы и нормы международного права в правовой системе России // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 16.

<sup>3</sup> См.: Воронов А.Ф. О понятии, значении и нормативном закреплении принципов гражданского и арбитражного процессуального права // Законодательство. 2003. № 12. С. 50.

<sup>4</sup> См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М.: Юрид. Лит., 1960. С. 386.

<sup>5</sup> См.: Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лугина, Б.С. Эбзеева. М.: Юнити-Дана, 2001. С. 234-235.

<sup>6</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М.: Азбуковник, 1999. С. 419.

зец, правило»<sup>1</sup>; как критерий, который служит основанием для оценки фактов и действий<sup>2</sup>.

Из вышеуказанных определений следует, что норма права может рассматриваться не только как правило поведения, но и как определенный критерий, эталон для оценки фактов. Данное содержание вполне применимо и к законодательно закрепленным принципам права, поэтому как справедливо отмечает О.А. Кузнецова, «нельзя отказывать им в статусе правовой нормы»<sup>3</sup>.

Рассматривая вопрос об отнесении правовых принципов к числу норм права, нельзя обойти стороной международно-правовое толкование и конституционное определение принципов права. Так, Статут Международного суда ООН в п. 3 ст. 38 уполномочивает суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применять, в том числе, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями. В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы также являются составной частью российской правовой системы. Согласно позиции Верховного Суда РФ «под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо»<sup>4</sup>. Давая оценку названному Постановлению, Т.Н. Нешатаева отмечает, что его важнейшей частью является обозначение общеправовых принципов в качестве действующих норм, подлежащих применению судами РФ<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Словарь русского языка: в 4 т. Под ред. А.П. Евгеньевой. М.: Рус. яз., 1982. Т. 2. С. 508.

<sup>2</sup> См.: Энциклопедический словарь русского библиографического института Гранат / Под ред. Ю.С. Гамбарова, В.Я. Железнова, М.М. Ковалевской, С.А. Муромцева, К.И. Тимирязева. М.: Т-во Бр. А. и И. Гранат и К°, 1934. С. 334.

<sup>3</sup> Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. С. 24.

<sup>4</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ» // Вестник высшего Арбитражного Суда РФ. 2004. № 2.

<sup>5</sup> См.: Нешатаева Т.Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2004. № 2. С. 69-77.

Однако правоприменительная практика часто «отказывает» признавать регулятивную функцию принципов при применении аналогии. Судьи зачастую указывают в решениях на конкретные статьи закона, либо нормативные правовые акты, подлежащие применению по аналогии. Так, в одном из дел суд отметил, что «поскольку спор возник по поводу оплаты услуг водоотведения (приема сточных вод), а обязательственные отношения сторон отсутствуют, по аналогии права (статья 6 ГК РФ) отношения истца и ответчика подлежат регулированию Правилами пользования коммунальными системами водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 12.02.1999 года № 167<sup>1</sup>. В другом деле суд пришел к выводу о необходимости удовлетворения иска о демонтаже базовой станции сотовой связи «по аналогии права в соответствии со статьей 222 ГК РФ, устанавливающей последствия незаконного строительства»<sup>2</sup>.

Представляется, что сложившаяся правоприменительная практика вызвана отсутствием нормативного понимания и юридико-технической логики применения принципов права. С практической точки зрения для применения аналогии права целесообразно проводить разделение принципов на принципы, текстуально закрепленные в законе (принципы-нормы; основные начала) и принципы, выводимые из смысла гражданского законодательства (принципы-идеи). Данное разграничение позволит использовать установленные законом отправные начала, имеющие методологическое значение, пронизывающие гражданское законодательство целиком («общие начала»). Далее посредством различных логических методов и приемов на основе и в соответствии с закрепленными законом общими началами могут быть выведены правила поведения («смысл законодательства»). Категории «общие начала и смысл законодательства» выступают формально-юридическим нормативным инструментарием, который вправе использовать правоприменитель при раз-

---

<sup>1</sup> См.: Решение Арбитражного суда Республики Мордовия от 08.10.2014 по делу № А39-736/2012 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Решение Арбитражного суда Республики Адыгея от 29.05.2015 по делу № А01-2748/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».



решении спора. Представляется необходимым установить содержание и значение названных категорий, а также порядок их использования при применении аналогии права.

Несмотря на легальное закрепление основных начал гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ) в теории отсутствует согласие в решении вопроса об их перечне и применении по аналогии. По справедливому утверждению О.А. Кузнецовой, безоговорочного признания в литературе не получило ни одно из существующих понятий гражданско-правовых принципов и их систем. Практически каждый исследователь предлагает авторскую дефиницию и классификацию, которые в той или иной степени тождественны уже существующим в цивилистической доктрине<sup>1</sup>.

Так, одни авторы под «общими началами» (ст. 6 ГК РФ) понимают «основные начала гражданского законодательства», закрепленные в ст. 1 ГК РФ<sup>2</sup>. Другие авторы задаются вопросом, зачем в таком случае законодатель обозначает одно и то же понятие различными терминами? Полагают, что «общие начала» помимо ст. 1 ГК РФ содержатся в других нормах гражданского законодательства<sup>3</sup>. Например, по мнению В.И. Бородянского, «общие начала и смысл гражданского законодательства» – это принципы гражданского права (п. 1 ст. 1), общие дозволения и общие запреты (п. 2, 3 ст. 1), пределы осуществления гражданских прав (ст. 10), другие концептуальные положения ГК РФ, закрепленные в подразделе I «Основные положения» или вытекающие из систематического положения правовых норм<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>См.: *Кузнецова О.А.* Принципы гражданского права: Вопросы теории и практики // Правоведение. 2005. № 2. С. 24.

<sup>2</sup> См.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Брагинский М.И., Витрянский В.В., Звеков В.П., и др.; Под общ. ред.: Карпович В.Д.; Алф.-предм. указ.: Шилохвост О.Ю. М.: Спарк, Хозяйство и право, 1999. С. 53.

<sup>3</sup>См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садилов. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 21; *Гуев А.Н.* Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Экзамен, 2006. С. 17.

<sup>4</sup> *Бородянский В.И.* Механизм взаимодействия принципов и норм гражданского права современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 19.

Некоторые авторы предлагают перечень принципов, текстуально наиболее приближенный к п. 1 ст. 1 ГК РФ. Так, Б.Д. Завидов и М.И. Слюсаренко выделяют семь принципов гражданского права<sup>1</sup>. Пять принципов предлагают В.Ф. Яковлев, В.В. Долинская, среди которых: недопустимость произвольного вмешательства в частные дела; равенство правового режима участников; свобода договора; неприкосновенность собственности; необходимость беспрепятственного осуществления права, восстановления и защиты нарушенных прав<sup>2</sup>.

Другие ученые к числу принципов гражданского права относят положения п. 2, 3 ст. 1 ГК РФ. Так М.И. Брагинский, помимо сформулированных в п. 1 ст. 1 ГК РФ принципов, выделяет принципы приобретения гражданами и юридическими лицами гражданских прав своей волей и в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК РФ); свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств на территории РФ (п. 3 ст. 1 ГК РФ)<sup>3</sup>.

Целый ряд авторов (В.П. Мозолин<sup>4</sup>, Е.А. Суханов<sup>5</sup>, Н.Д. Егоров<sup>6</sup>, А.Н. Гуев<sup>7</sup>, Т.И. Илларионова<sup>8</sup>, А.А. Чукреев<sup>9</sup>, А.А. Макрецова<sup>10</sup>), к числу

<sup>1</sup> См.: Завидов Б.Д., Слюсаренко М.И. Отдельные пробелы и противоречия основных начал (принципов) гражданского законодательства России // Юрист. 2001. № 1. С. 2.

<sup>2</sup> См.: Яковлев А.Ф. О некоторых вопросах применения части первой ГК РФ арбитражными судами // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 5. С. 92-93; Гражданское право: Учебник / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. М.: Юристъ, 1999. С. 28-29.

<sup>3</sup> См.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Брагинский М.И., Витрянский В.В., Звеков В.П. и др.; под общ. ред.: Карпович В.Д. С. 36-40.

<sup>4</sup> См.: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. М.: Юристъ, 2003. Ч. 1 С. 29.

<sup>5</sup> См.: Гражданское право: Учебник / Отв. Ред. Е.А. Суханов Т. 1 С. 50

<sup>6</sup> См.: Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2002. Т. 1. С. 26.

<sup>7</sup> См.: Гуев А.Н. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: ИНФРА-М, 2003. С. 2-3; Гуев А.Н. Гражданское право: Учебник: В 3т. М.: ИНФРА-М, 2003. Т. 1. С. 13-16.

<sup>8</sup> См.: Гражданское право: Учебник. Часть первая /Под общ. Ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, А.А. Плетнева. М.: НОРМА ИНФРА-М, 1998. С. 12-15.

<sup>9</sup> См.: Чукреев А.А. Добросовестность в системе принципов гражданского права // Журнал российского гражданского права. 2002. № 11.С. 103.

<sup>10</sup> См.: Макрецова А.А. Принципы гражданского права переходного периода: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 7.

принципов гражданского права относят положения, текстуально не закрепленные в ГК РФ.

Каждый из представленных перечней гражданско-правовых принципов имеет право на существование. Однако выделение группы принципов само по себе не решает вопроса об их правоприменительном значении и возможности использования по аналогии права. Сложившаяся неопределенность вызвана отсутствием нормативного понимания принципов права, что затрудняет их применение в практической деятельности. Вместе с тем такое понимание правовых принципов импонирует возможностью их практического использования посредством аналогии права. Именно нормативное понимание права лучше всего выражает его регулятивную роль.

Следует учитывать, что суды остаются ориентированными на догматическое правоприменение. Судьи придерживались и продолжают придерживаться позиции, что регулятором правоотношений выступают нормативные источники. Отступление от нормативного предписания расценивается как ненадлежащий и недопустимый способ правоприменения. В связи с этим описательно-мотивировочная часть судебного решения всегда содержит отсылку к нормам материального или процессуального права. Гражданско-правовые принципы не могут существовать без формы выражения – законодательства. По точному определению В.И. Леушина, принципы представляют собой часть права, а именно нормы, отражающие смысл и сущность законодательства. Соответственно принципы не могут быть противопоставлены законодательству и изолированы от него<sup>1</sup>.

Вместе с тем в законодательстве отсутствует терминологическое единство категорий «основные начала», «принципы». Так, в Водном кодексе РФ (ст. 3), Лесном кодексе РФ (ст.1) использованы понятия «основные принципы водного законодательства» и «основные принципы лесного законодательства» соответственно, при этом каждый из принципов раскрыт с содержа-

---

<sup>1</sup>См.: *Леушин В.И.* Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1971. С. 198.

тельной стороны. В ГПК РФ (ст. 2) и АПК РФ (ст. 2) вместо категории принцип используются термины «задачи гражданского судопроизводства» и «задачи судопроизводства в арбитражных судах». Трудовой кодекс Российской Федерации содержит главу «Основные начала трудового законодательства», в структуре, которой есть ст. 2 «Основные принципы правового регулирования трудовых отношений...».

Конституционный Суд РФ не проводит четкой границы между «общими» и «основными» началами гражданского законодательства. Так, при проверке конституционности п. 1 ст. 84 ФЗ «Об акционерных обществах» Суд в одной части постановления при определении прав и обязанностей сторон использовал формулировку «исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства», в то время как далее по тексту употребляется выражение «с учетом основных начал гражданского законодательства»<sup>1</sup>.

Анализ законодательства и судебной практики свидетельствует, что заглавные идеи, взятые за основу правоприменения, находят произвольное нормативное оформление. В этом кроется причина «невосприимчивости» общих начал в правоприменительной практике. Терминологическое многообразие приводит к непониманию сущности и функций правовых принципов. В итоге регулятивная функция принципов права отодвигается на второй план, что влечет за собой ограничение применения аналогии права.

Представляется, что достижению нормативной определенности применения аналогии права может служить использование основных начал гражданского законодательства» в следующей юридико-технической правоприменительной логической последовательности: (1) выбор конкретного основного начала, подлежащего применению, либо выведение посредством индукции из нескольких основных начал общего правила поведения; (2) выведение посредством дедукции из общего правила поведения частного правила поведения, подлежащего применению.

---

<sup>1</sup> См.: Там же.

Индуктивно-дедуктивная форма выводов при применении аналогии права может быть проиллюстрирована следующими примерами.

Так, до 2014 года в ГК РФ отсутствовало правило относительно возможности обращения взыскания на заложенное движимое имущество, приобретенное добросовестным пользователем. Однако ст. 302 ГК РФ устанавливает правило, согласно которому собственник вправе истребовать имущество от добросовестного приобретателя в случае, когда имущество было утеряно, либо похищено собственником (или лицом, которому имущество было передано во владение), либо похищено, или выбыло из владения помимо воли.

Ст. 147.1. ГК РФ устанавливает, что не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя предъявительские ценные бумаги независимо от того, какое право они удостоверяют, а также ордерные и именные ценные бумаги, удостоверяющие денежное требование. Ст. 149.3 ГК РФ устанавливает, что определенные виды бездокументарных ценных бумаг, не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя. Ст. 1361 ГК РФ указывает на то, что лицо, добросовестно использовавшее на территории Российской Федерации созданное независимо от автора тождественное решение (либо сделало необходимые к этому приготовления), сохраняет право на дальнейшее безвозмездное использование тождественного решения (право преждепользования).

Из частных норм (относящихся к основному началу неприкосновенности права собственности) посредством индукции можно вывести общий принцип: по общему правилу возмездно приобретенное имущество не может быть истребовано от добросовестного приобретателя. Затем посредством дедукции из этого общего правила можно вывести недостающую норму: следовательно и имущество, являющееся предметом залога, не может быть истребовано от добросовестного приобретателя. Данный вывод нашел применение в практике Высшего Арбитражного Суда РФ. Так, в соответствии с п. 25 Постановления от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законо-

дательства о залоге» исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости, не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало и не должно было знать о том, что приобретаемое им имущество является предметом залога<sup>1</sup>.

В настоящее время названный дефект гражданского законодательства, преодоленный надлежащим применением аналогии права, устранен подп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ, согласно которому залог прекращается, если заложенное имущество возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что это имущество является предметом залога.

Дедуктивная форма выводов при применении аналогии права может быть проиллюстрирована примером из практики Конституционного Суда РФ. Проверя соответствие Конституции РФ патентного законодательства, Конституционный Суд РФ, исходя из п. 2 ст. 6 ГК РФ, из принципа правового государства, установленного ст. 1 Конституции РФ посредством дедукции вывел юридический императив требования верховенства права. Конкретизацией верховенства права выступил юридический императив требования правовой определенности. Далее Конституционный Суд РФ раскрыл содержание принципа правовой определенности. На основе требования правовой определенности Судом было выведено правило поведения, согласно которому все обязательства, в которые вступает патентообладатель по поводу использования своих исключительных прав, должны считаться действительными<sup>2</sup>.

Применение аналогии права не должно прикрывать собой обход закона. Поэтому использование аналогии права должно осуществляться в строгом соответствии с нормативно-юридическим инструментарием (применение основных начал и смысла гражданского законодательства). Установление

---

<sup>1</sup> Вестник ВАС РФ. № 4. 2011.

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 04.12.2007 № 966-О-П «По жалобе гражданина Поспелова Александра Леонидовича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями статьи 29 Патентного закона Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

смысла гражданского законодательства в системной связи с основными началами (ст. 1 ГК РФ) будет способствовать нормативной определенности применения аналогии права.

Далее необходимо установить значение категорий разумности, добросовестности и справедливости при применении аналогии права, ведь не случайно законодатель поместил их в ст. 6 ГК РФ. Более того, судебная практика свидетельствует о востребованности названных принципов при использовании аналогии права.

В свете реформирования современного гражданского законодательства можно отметить тенденцию усиления роли добросовестности при осуществлении субъективных прав. Так, целый ряд положений ГК РФ (п. 3, п. 4 ст. 1, п. 5 ст. 10 ГК РФ и др.) были дополнены требованиями добросовестных действий (поведения) участников гражданского оборота, недопущения извлечения преимущества из недобросовестного поведения, презумпцией добросовестности участников гражданских правоотношений. По справедливому утверждению З.И. Цыбуленко, в процессе реформирования гражданского законодательства необходимо учитывать и соблюдать баланс взаимных интересов граждан, не допускать нарушения их прав, повышать уровень правовой защиты<sup>1</sup>.

Представляется, что расширение сферы применения категории добросовестность в гражданском законодательстве обусловлено экономическими условиями (развитие экономики в гражданском обществе требует обеспечения добросовестного осуществления прав и исполнения обязанностей), социальными условиями (обеспечение стабильности, безопасности гражданского оборота, соблюдение баланса интересов должника и кредитора; защита слабой стороны правоотношения), наличием судебной практики, норм права конкретного содержания, отражающих объективную основу добросовестности.

---

<sup>1</sup> Цыбуленко З.И. Совершенствование норм гражданского законодательства России, регулирующих отношения с участием граждан // Вестник Саратовской государственной юридической академии. № 5 (94). 2013. С. 39.

Определяющее значение для применения аналогии в гражданском праве имеет «презумпция добросовестности», установленная в п. 5 ст. 10 ГК РФ, согласно которой добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

Несмотря на ограничение презумпции добросовестности в некоторых сферах правоприменения, например, при применении последствий недействительности сделки (ст. 167 ГК РФ) расширение сферы использования категории добросовестность открывает более широкие возможности для применения гражданского права по аналогии в связи со следующим. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются, в том числе исходя из требований добросовестности. Поскольку добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается, аналогия права, в установленных пределах, применима ко всем действиям участников гражданского оборота, пока их недобросовестность не будет установлена. Тем самым, расширение сферы применения принципа добросовестности будет способствовать увеличению области использования аналогии в гражданском праве в силу взаимной связи положений статей 2, 6, 10 ГК РФ.

Вместе с тем, оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, при применении аналогии права следует руководствоваться позицией Пленума Верховного Суда РФ, изложенной в п.1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>1</sup>. Так, может быть признано недобросовестным поведение одной из сторон не только по обоснованному заявлению другой стороны, но и по собственной инициативе суда, когда предполагается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения.

В случаях, когда будет установлено недобросовестное поведение одной из сторон, суд с учетом характера и последствий поведения, а также с учетом

---

<sup>1</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. № 8. 2015.



обстоятельств дела отказывает в защите принадлежащего ей права, а также использует иные меры защиты интересов добросовестной стороны (п. 2 ст. 10 ГК РФ).

Далее для установления роли добросовестности, разумности и справедливости обратимся к правоприменительной практике. Так, Высший Арбитражный Суд РФ, рассматривая дело о признании недействительным решения внеочередного общего собрания акционеров, пришел к следующим выводам. Порядок проведения и созыва заседаний совета директоров в соответствии с требованиями законодательства об акционерных обществах определяется уставом общества или внутренним документом. Однако отсутствие специальных указаний в законодательстве о процессуальном порядке организации деятельности совета директоров не исключает необходимости соблюдения требований добросовестности, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Так, устав или внутренний документ общества, устанавливающий порядок деятельности совета директоров, не должен затруднять и ограничивать их право на участие в получении необходимой информации, принятии определенных решений и т.д.<sup>1</sup>

В другом деле рассматривался спор относительно взыскания задолженности по муниципальному контракту, заключенному без соблюдения надлежащей процедуры. Так, обосновывая свою позицию, суд отметил, что выполнение работ без муниципального контракта, подлежащего заключению в случаях и в порядке, предусмотренных законом, свидетельствует о том, что лицо, выполнявшее работы, не могло не знать, что работы выполняются им при очевидном отсутствии обязательства.

Исходя из смысла пунктов 3 и 4 статьи 1, пункта 2 статьи 6 Гражданского кодекса РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно, разумно и справедливо.

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 27.04.2010 № 67/10 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

во, никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения»<sup>1</sup>.

В другом примере суд апелляционной инстанции рассматривал спор о взыскании компенсации за нарушение прав на товарные знаки. Обосновывая размер суммы компенсации за нарушение исключительного права, суд привел следующие доводы. Как мера гражданско-правовой ответственности компенсация за нарушение исключительных прав подчинена общим принципам гражданского права. Учет принципов разумности и справедливости (статья 6 ГК РФ), недопустимости злоупотребления правом (статья 10 ГК РФ), а также восстановительный характер гражданско-правовой ответственности, обуславливают прямую обязанность суда соизмерять соответствие заявленных требований последствиям правонарушения.

Соответственно, в рассматриваемом деле суд первой инстанции правомерно признал отсутствие в полном объеме оснований для удовлетворения иска в связи с злоупотреблением правом истцом. Вместе с тем, действия истца были учтены судом обосновано при взыскании с ответчика компенсации в размере 5 000 рублей за каждый из случаев нарушения прав истца<sup>2</sup>. Аналогичная позиция была применена Судом по интеллектуальным правам в Постановлении от 07.04.2016 по делу № А51-9451/2015<sup>3</sup>.

По другому делу, рассматривая спор о взыскании упущенной выгоды, суд пришел к выводу, что «требование о взыскании упущенной выгоды по заключенному с нарушением интересов третьих лиц договору не соответствует предусмотренным статьей 6 ГК РФ принципам добросовестности, разумности и справедливости»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Одиннадцатого Арбитражного Апелляционного Суда РФ от 09.07.2014 по делу № А65-4884/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Постановление Пятого Арбитражного Апелляционного Суда РФ от 23.07.2015 по делу № А51-333107/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.04.2015 по делу № А51-9451/2015 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> Постановление Шестнадцатого Арбитражного Апелляционного Суда от 01.04.2011 по делу № А63-9936/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Анализ судебной практики свидетельствует, что критерии добросовестности, разумности, справедливости применяются преимущественно в негативном смысле. Таким образом, при использовании аналогии права решение правоприменителя должно, во-первых, соответствовать основным началам и смыслу гражданского законодательства, во-вторых, не должно быть недобросовестным, неразумным, несправедливым.

Изучение значения основных начал гражданского законодательства для юридико-технической логики применения аналогии права позволяет сделать следующие выводы.

Для применения аналогии права предлагается использовать установленные в ст. 1 ГК РФ «основные начала гражданского законодательства» в следующей юридико-технической правоприменительной логической последовательности: (1) выбор конкретного основного начала, подлежащего применению, либо выведение посредством индукции из нескольких основных начал общего правила поведения; (2) выведение посредством дедукции из общего правила поведения частного правила поведения, подлежащего применению.

Немаловажное значение для применения аналогии в гражданском праве имеет «презумпция добросовестности», установленная в п. 5 ст. 10 ГК РФ, согласно которой добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются. Тем самым аналогия права, в определенных пределах, применима ко всем действиям участников гражданского оборота, пока их недобросовестность не будет установлена. Соответственно, увеличение сферы применения принципа добросовестности будет способствовать расширению области использования аналогии в гражданском праве.

При применении аналогии права критерии добросовестности, разумности, справедливости следует использовать в негативном смысле. Правоприменительный акт должен соответствовать основным началам и смыслу гражданскому праву.

данского законодательства, и вместе с тем не должен быть недобросовестным, неразумным, несправедливым.

### Глава 3. ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

#### § 3.1. Пределы применения аналогии права в отдельных институтах российского гражданского права

В наиболее общем виде предмет гражданского права составляют имущественные, личные неимущественные отношения, связанные с имущественными, предпринимательская деятельность, корпоративные отношения, отношения по поводу нематериальных благ и другие отношения. В доктрине к предмету гражданского права также относят организационные отношения<sup>1</sup>. Названные группы отношений объединяет то обстоятельство, что для них характерны равенство, имущественная самостоятельность участников и автономия воли<sup>2</sup>.

Рассматривая вопрос о пределах применения аналогии в российском гражданском праве, необходимо учитывать специфику отношений, регулируемых отдельными гражданско-правовыми институтами. Вследствие разнообразности гражданско-правовых отношений объем и пределы использования аналогии права оказываются неодинаковыми.

Так, О.С. Иоффе отмечает, что недопустимо применение аналогии в сфере права собственности, права на открытие, изобретательского, наследственного и семейного права. Перечисленные разделы гражданского права не допускают установления отношений, прямо ими не предусмотренных<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См., например: *Красавчиков О.А.* Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. №10. С.53-57; *Быков А.Г.* План и хозяйственный договор. М: Изд-во Моск. ун-та., 1975. С.53; *Клейн Н.И.* Организация договорно-хозяйственных связей. М.: Юрид. лит., 1976. С.74; *Манохин В.М.* Хозяйственное обслуживание организаций и граждан. М.: Юрид. лит., 1975. С.172.

<sup>2</sup> См.: *Гражданское право: в 2 т. Том I. Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов.* С.43.

<sup>3</sup> См.: *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. М.: Юридическая литература. 1967, С. 73.

В.А. Микрюков<sup>1</sup>, В.И. Еременко<sup>2</sup>, А. Бычков<sup>3</sup> указывают на недопустимость применения аналогии с целью ограничения или обременения гражданских прав. Так, согласно данной позиции ограничение гражданских прав по аналогии вступает в противоречие с основными началами гражданского законодательства, установленными п. 1 ст. 1 ГК РФ, предполагающими недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Следует признать верным подход, согласно которому применение аналогии права к отдельным гражданско-правовым институтам имеет определенную специфику. Однако представляется, что данное суждение требует уточнения и системного анализа с учетом развития современной судебной арбитражной практики и реформирования гражданского законодательства. Применение аналогии права к отдельным гражданско-правовым отношениям, регулированию которых по аналогии нет места, может повлечь за собой обход закона и злоупотребление правом, что является нарушением п. 1 ст. 10 ГК РФ. В указанных условиях установление специфики применения аналогии права к отдельным гражданско-правовым институтам приобретает особую актуальность.

Возможность применения аналогии права к отдельным институтам напрямую зависит от допустимости возникновения внутри института отношений, хотя и не предусмотренных законом, но имеющих юридическое значение. Статья 8 ГК РФ допускает возникновение гражданских прав и обязанностей, в том числе из таких действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. Как видно, основания возникновения гражданских прав и обязанностей сформу-

---

<sup>1</sup>См.: Микрюков В.А. О недопустимости установления и прекращения обременений гражданских прав по аналогии // Российская юстиция. 2014. № 3. С. 69 - 71.

<sup>2</sup>См.: Еременко В.И. О правовой охране наименований мест происхождения товаров в России // Законодательство и экономика. 2012. № 5. С. 16-38.

<sup>3</sup>См.: Бычков А. Стимулирование недобросовестных должников // Финансовая газета. 2011. № 44. С.11.

лированы в законе в виде общего правила, направленного на все гражданско-правовые отношения. Вместе с тем распространение данной нормы на отдельные правовые институты должно осуществляться с учетом природы регулируемых ими отношений.

Рассмотрим применение аналогии права к праву собственности и иным вещным правам. С точки зрения видов вещных правоотношений нельзя говорить о возможности их пробельности и применении аналогии права соответственно. Как справедливо отметил М.М. Агарков, физические и юридические лица не могут создавать новые виды вещных прав, которые не предусмотрены законом<sup>1</sup>.

Однако в современной цивилистической литературе вопрос о видах вещных прав не является однозначным. Данное обстоятельство связано с формулировкой ст. 216 ГК РФ, согласно которой вещными правами наряду с правом собственности, *в частности* (выделено мной – Д.И.), являются: право пожизненного наследуемого владения земельным участком; право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком; сервитуты; право хозяйственного ведения имуществом и право оперативного управления имуществом. Оговорка «в частности» может быть истолкована как существование других, непоименованных в норме вещных прав. Вследствие чего в доктрине и практике находят применение иные виды вещных прав, не предусмотренные ст. 216 ГК РФ.

Так, Е.А. Суханов помимо ограниченных вещных прав, упомянутых в указанной норме, выделяет право залога и право удержания, право пользования жильем по договору пожизненного содержания с иждивением или в силу завещательного отказа, право пользования жилым помещением члена семьи его собственника<sup>2</sup>. Л.В. Щенникова, кроме поименованных в ст. 216 ГК РФ вещных прав, отмечает право владения, право застройки, право самостоя-

---

<sup>1</sup> См.: Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. М.: АО Центр ЮрИнфоР, 2002. Т. 1. С. 231.

<sup>2</sup> См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права/ Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 594.

тельного распоряжения доходами учреждения, право членов семьи собственника жилого помещения пользоваться этим помещением (проживать), право залога, право удержания<sup>1</sup>. Отсутствие в ГК РФ прямого указания на исчерпывающий перечень вещных прав влечет правовую неопределенность при защите субъективного права. Происходит расширительное толкование и «размножение вещных прав», то есть признание судами вещной природы за правами, которые закон не называет вещными.

Как отмечает Е.А. Махиня, названная проблема нашла отражение в практике Конституционного Суда РФ («дело Адама Богатырева»)<sup>2</sup>. Так, физическим лицом на публичных торгах была приобретена квартира. Как впоследствии выяснилось, в квартире были зарегистрированы бывшие собственники, просрочившие исполнение по договору займа. Вследствие этого квартира была выставлена на торги. Покупатель заявил в суд исковое заявление о выселении. Суд удовлетворил иск частично, лишив права проживания супругов-должников в квартире. Однако вследствие включения дочери супругов-должников с двумя несовершеннолетними детьми в ордер на предоставление квартиры в 1993 году, суд сохранил право проживания названных лиц в квартире<sup>3</sup>. При мотивировании решения суды применили по аналогии статью 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» о правах бывших членов семьи собственника приватизированного жилого помещения к бывшим членам семьи собственника жилого помещения – члена жилищно-строительного кооператива. Следует согласиться с Е.А. Махиня, в том, что тем самым было создано новое ограниченное

---

<sup>1</sup> См.: *Щенникова Л.В.* Вещное право. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 74.

<sup>2</sup> См.: *Махиня Е.А.* Принцип закрытого перечня (numerous clause) вещных прав и его реализация в современном законодательстве и правоприменительной деятельности // Вестник пермского университета. 2015. № 4 (30). С. 56.

<sup>3</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М. Богатырева» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».



вещное право<sup>1</sup>. Таким образом, судами посредством применения аналогии было институционализировано вещное право, не предусмотренное ГК РФ.

Проверяя конституционность применимой нормы, Конституционный Суд РФ заключил, что статья 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» не соответствует Конституции РФ, принятые судебные постановления подлежат пересмотру. Кроме того, Суд обязал законодателя внести в действующее правовое регулирование изменения, направленные на создание соответствующего механизма обеспечения баланса интересов членов семьи бывшего собственника и собственника-приобретателя жилого помещения. Позиция Конституционного Суда РФ подтверждает недопустимость использования аналогии для установления новых вещных прав.

Сходную позицию относительно объектов вещных прав занимает Верховный Суд РФ. Так, разрешая спор о возможности отнесения к объектам права хозяйственного ведения земельного участка, Верховный Суд отметил, что вследствие установления законодательством закрытого перечня вещных прав, не предусмотрена возможность земельных участков быть объектами права хозяйственного ведения<sup>2</sup>.

Вследствие законодательной неопределенности ст. 216 ГК РФ отсутствует единообразная судебная практика относительно определения разновидности вещных прав. В силу этого получает распространение расширительное толкование ст. 216 ГК РФ и применение аналогии для защиты нарушенного субъективного права. Вместе с тем, как справедливо отмечено судьей Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиевым, использование аналогии права для формулирования новых вещных прав, а также не предусмотренных ГК РФ оснований приобретения и прекращения права собственности представляется

---

<sup>1</sup> См.: *Махиня Е.А.* Принцип закрытого перечня (numerous clause) вещных прав и его реализация в современном законодательстве и правоприменительной деятельности. С. 56.

<sup>2</sup> См.: Определение Верховного Суда РФ от 14.11.2014 по делу №305-ЭС14-442 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

недопустимым<sup>1</sup>. Абсолютный характер вещных правоотношений направлен на защиту интересов обязанных лиц и состоит в возможности установления допустимых разновидностей вещных прав исключительно в нормативном порядке. Неопределенность законодательства в сфере разновидности вещных прав, равно как и оснований приобретения и прекращения права собственности может быть устранена только в правотворческом порядке. Аналогия, являясь правоприменительным инструментом, в данном случае неприменима.

Рассматривая вопрос о пределах применения аналогии права в гражданском праве, далее обратимся к интеллектуальным правам – праву на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Так, перечень объектов авторских прав, приведенный в статье 1259 ГК РФ, является открытым. Следовательно, авторские правоотношения могут возникать и при создании таких произведений, которые прямо законом не предусмотрены; правовой охране подлежат не только результаты авторской деятельности, включенные в данный перечень. Соответственно аналогия права допустима при установлении авторских правоотношений.

Например, в соответствии с п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 5/29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup> возникшее до 03.08.1993 авторское право юридических лиц прекращается по истечении семидесяти лет со дня правомерного обнародования произведения. К данным правоотношениям применяются по аналогии правила части четвертой ГК РФ об исключительном праве на результаты интеллектуальной деятельности. Для целей их применения такие юридические лица признаются авторами произведений. Следует учитывать, однако, что к юридическим лицам, приобретшим авторские права до 03.08.1993, применяются по аналогии нормы части чет-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М. Богатырева» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Вестник ВАС РФ. № 6. 2009.

вертой ГК РФ, регулирующие возникновение, осуществление, прекращение исключительных прав. Личные неимущественные права в силу их природы могут принадлежать только физическим лицам. Применение к юридическим лицам по аналогии норм, регулирующих личные неимущественные отношения, недопустимо.

Сфера действия патентного права определена содержанием объектов патентных прав и условиями их патентоспособности. К объектам патентных прав ГК РФ относит изобретения, полезные модели и промышленные образцы. С позиции закона объектом патентных прав может быть признан не всякий результат творческой деятельности. В законодательстве (статьи 1350 – 1352 ГК РФ) даются определения изобретения (ст. 1350), полезной модели (ст. 1351) и промышленного образца (ст. 1352), закрепляются условия предоставления правовой охраны (патентоспособности). Из этого следует, что сфера творческой деятельности по созданию изобретения и полезной модели ограничивается научно-технической областью, промышленного образца – областью художественного конструирования. Законом также установлены ограничения признания объектами патентных прав решений, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали. Таким образом, сфера творческой деятельности, охватываемая патентным правом, остается строго определенной законом. Все иные виды предложений, относящихся к научно-технической области и области художественного конструирования, но не отвечающие условиям патентоспособности, не получают правовую охрану. Вследствие чего установление видов патентных прав по аналогии представляется недопустимым.

Другой разновидностью интеллектуальных прав, охраняемых по образцу патентного права, является право на селекционное достижение. В соответствии с п. 1 ст. 1412 ГК РФ объектами интеллектуальных прав на селекционные достижения являются сорта растений и породы животных. Однако не все из названных объектов получают правовую охрану. Законом даются определения объектов селекционных достижений, их признаки, а также охраняемые

категории. К условиям охраноспособности селекционных достижений согласно ст. 1413 ГК РФ относятся новизна, отличимость, однородность и стабильность. Каждый из названных критериев поименован отдельно в ГК РФ (пункты 3-5 ст. 1413 ГК РФ). Таким образом, правовую охрану получают только такие селекционные достижения, которые соответствуют установленным законом требованиям.

Все сказанное в равной мере распространяется на отношения, связанные с правом на топологии интегральных микросхем. Законодательством в ст. 1448 ГК РФ дается определение интегральной микросхемы, ее признаки, а также условия охраноспособности. Вследствие чего правовая охрана осуществляется только при соответствии топологии предусмотренным законом условиям.

Некоторые вопросы, требующие разрешения посредством применения аналогии, могут возникать при заключении договоров о передаче исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. В отдельных главах раздела VII ГК РФ раскрываются понятия договоров об отчуждении права на различные виды объектов интеллектуальной собственности. Вместе с тем их перечень не является исчерпывающим, поскольку способы использования результатов интеллектуальной деятельности могут быть различны. Вследствие чего в литературе и практике находит поддержку позиция, что по своей правовой природе отчуждение исключительного права имеет сходство с договорами о передаче вещных прав (договор мены, дарения, купли-продажи), предметом которых становятся исключительные права<sup>1</sup>. В силу этого гражданско-правовые нормы, регламентирующие указанную группу договоров, могут применяться в соответствии с п. 4 ст. 454 ГК РФ по аналогии к отношениям в сфере отчуждения исключительного права при наличии пробелов правового регулирования.

---

<sup>1</sup>См.: *Евдокимова В.Н.* Правовая квалификация договоров о передаче технологий: проблемы и решения // Патенты и лицензии. 2004. № 8. С. 33.

Определенной спецификой характеризуется область правоотношений, охватываемых наследственным правом. Наследственные правоотношения возникают вследствие наступления юридического факта в форме события – факта смерти, либо приравненного к нему факта объявления гражданина умершим. В соответствии со ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают вследствие таких юридических событий, с которыми закон связывает наступление гражданско-правовых последствий. Нормы наследственного права в случае смерти гражданина предусматривают возникновение не любых, а строго определенных отношений. Юридической регламентации подлежат отношения по универсальному правопреемству в принадлежащих гражданину имущественных и необходимых для их осуществления личных неимущественных прав и обязанностей.

Подобное регулирование более характерно для наследования по закону, нежели наследования по завещанию. Наследование по завещанию характеризуется сложным юридическим составом, в котором к факту смерти гражданина присоединяется волевой акт распоряжения его имуществом. Законодательством предусмотрена возможность отступления от нотариальной формы завещания в случаях, прямо установленных ст. 1127 ГК РФ, а также при чрезвычайных обстоятельствах (ст. 1139 ГК РФ). Однако никакие иные волевые акты на случай смерти, кроме завещаний, законом не предусмотрены. Следовательно, и здесь аналогия права не может быть применена.

Рассмотренные ранее институты преимущественно относились к абсолютным гражданско-правовым формам. Выясним далее специфику применения аналогии в области обязательственного права.

Принцип свободы договора является основным принципом обязательственного права. Отмечая особую роль свободы договора, еще Г.Ф. Шершеневич писал: «Свобода договора, с устранением субъективных ограничений формализма, стала рядом с правом частной собственности одной из главных основ современного правового порядка»<sup>1</sup>. На современном этапе обособле-

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 401.

нию свободы договора в качестве самостоятельного принципа способствовало, в том числе, его закрепление в ст. 421 ГК РФ, согласно которой граждане и юридические лица свободны в заключении договора. На первый взгляд названная норма не предполагает каких-либо запретов для применения аналогии в сфере обязательственного права. В подтверждении этого законодатель в п. 2 ст. 421 ГК РФ прямо указал на возможность применения правил об аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ) к отдельным отношениям сторон по договору. Однако возможность использования аналогии права к договорным отношениям в п. 2 ст. 421 ГК РФ законодателем прямо не предусмотрена. Указанное обстоятельство обуславливает актуальность исследования специфики и пределов применения аналогии права к договорным отношениям.

В наиболее общем виде принцип свободы договора проявляется в следующих императивах: свобода в заключение договора и отсутствие понуждения к вступлению в договорные отношения; свобода определения условий договора; свобода выбора контрагента при заключении договора и свобода определения характера заключаемого договора.

Каждый из названных аспектов свободы договора предполагает определенные ограничения, налагаемые нормами закона.

Классификация законодательных ограничений свободы договора может быть проведена по группам норм, первая из которых представляет собой нормы, определяющие внешние границы свободы договора; вторая – нормы, определяющие внутренние границы. Первая группа включает в себя установление пределов осуществления гражданских прав, общих правил об оборотоспособности объектов гражданских прав и правосубъектности участников гражданских отношений.

Вторая группа норм предполагает ограничение свободы договора в зависимости от субъектного состава, предмета договора и его существенных условий, а также правила о недействительности сделок, об обязательном заключении договоров, требованиях к форме и регистрации сделок, правовых

норм, устанавливающих специальный порядок заключения определенных видов сделок на основании особых разрешений (лицензий).

Согласно п. 4 ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по соглашению сторон за исключением случаев, когда содержание соответствующего условия предписано обязательными для сторон правилами, установленными законом (императивными нормами).

Содержание императивной нормы раскрывается в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», согласно которому «норма, определяющая права и обязанности сторон договора, является императивной, если она содержит явно выраженный запрет на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного этой нормой правила»<sup>1</sup>. Если норма, регулирующая права и обязанности сторон по договору, содержит ярко выраженный запрет установить иное (как то указание, что такое соглашение ничтожно, запрещено, не допускается), аналогия права в части установления иных условий договора неприменима, поскольку вступает в противоречие с п. 2 ст. 10 ГК РФ (злоупотребление правом).

Вместе с тем в случаях, когда правило поведения, определяющее права и обязанности сторон по договору, указывает на право сторон отступить от содержащегося в норме правила в ту или иную сторону, использование аналогии права допустимо.

Так, например, ч. 4 ст. 29 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»<sup>2</sup> установлен запрет на одностороннее изменение кредитной организацией порядка определения процентов по кредитному договору, заключенному с заемщиком-гражданином. Однако это не означает, что в соответствии с принципами разумности и справедливости по аналогии права, запрещено такое одностороннее изменение банком указанного порядка, вследствие которого размер процентов по кредиту заемщика

---

<sup>1</sup> См.: Вестник ВАС РФ. № 5. 2014.

<sup>2</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

уменьшается, что подтверждается практикой Высшего Арбитражного Суда РФ<sup>1</sup>.

Однако в случаях, когда норма содержит прямое указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, суд по аналогии права из существа норм и целей законодательства может истолковать такое указание ограничительно. Таким образом, диспозитивность нормы ограничена определенными рамками, в пределах которых стороны свободны установить условие, отличное от содержащегося в ней правила.

Например, в соответствии с пп. 4 п. 2 ст. 54 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)»<sup>2</sup>, начальная продажная цена имущества на публичных торгах определяется на основе соглашения между залогодателем и залогодержателем, достигнутого в ходе рассмотрения дела в суде, а в случае спора – самим судом. Если начальная цена продажи заложенного имущества устанавливается с помощью отчета оценщика, она является равной восьмидесяти процентам рыночной стоимости такого имущества, определенной на основании отчета оценщика.

Это означает, что своим соглашением стороны могут только увеличить начальную цену продажи по сравнению с общим правилом (восемьдесят процентов рыночной стоимости имущества). Однако стороны своим соглашением не вправе устанавливать стоимость имущества ниже восьмидесяти процентов стоимости, определенной в отчете оценщика. Применение в данном случае по аналогии права принципа баланса интереса сторон в части недопущения снижения начальной цены продажи обеспечивает защиту интересов равно как залогодателя, так и третьих лиц – кредиторов залогодателя. Данная позиция отражена в п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. № 5. 2014.

<sup>2</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

<sup>3</sup> См.: Вестник ВАС РФ. № 5, 2014.



Определенными границами характеризуется применение аналогии в сфере отношений, связанных с установлением гражданско-правовой ответственности и ограничением гражданских прав.

Положения ст. 6 ГК РФ не содержат прямого запрета на применение по аналогии норм, ограничивающих гражданские права и устанавливающих ответственность. Следует согласиться с В.А. Микрюковым, что судебно-арбитражная практика содержит немало примеров, свидетельствующих как о допустимости, так и запрете установления гражданско-правовых ограничений посредством аналогии<sup>1</sup>.

Так, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении № 81 от 22.12.2011 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup> разъяснил, что норма статьи 333 ГК РФ, которая позволяет ограничить право на взыскание неустойки, может быть применена по аналогии к отношениям, возникающим при установлении товарной неустойки.

Как указывает В.А. Микрюков, примеры практики ограничения гражданских прав в силу аналогии права можно обнаружить в информационном письме Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре»<sup>3</sup>. В п. 2 указанного письма Президиум предписал судам при оценке действий банка по реализации обязательств по кредитным договорам, в одностороннем порядке изменять условия кредитования, руководствуясь принципами разумности и добросовестности<sup>4</sup>.

О противоречивости вопроса допустимости ограничения гражданских прав по аналогии свидетельствует судебная практика запрета установления такого ограничения. Так, Президиум ВАС РФ указал, что при существовании

---

<sup>1</sup> См.: Микрюков В.А. О практике ограничения гражданских прав по аналогии // Законодательство и экономика. № 9. 2013. С. 18-22.

<sup>2</sup> См.: Вестник ВАС РФ. № 2. 2012.

<sup>3</sup> См.: Микрюков В.А. О практике ограничения гражданских прав по аналогии. С. 20.

<sup>4</sup> См.: Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.

специального правового регулирования определения размера компенсации за нарушение права на товарный знак, суды не могут применять к данным отношениям по аналогии ст. 333 ГК РФ об уменьшении неустойки<sup>1</sup>.

Представляет интерес позиция Президиума ВАС РФ<sup>2</sup>, в соответствии с которой не могут быть применены по аналогии нормы п. 2 ст. 123 ГК РФ и п. 2 ст. 12 Федерального закона от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» к прямо не урегулированным законодательством отношениям по выходу членов из состава некоммерческого партнерства<sup>3</sup>.

Представляется, что установление ограничения гражданских прав посредством применения аналогии не является допустимым. Указанный вывод следует из положений п.2 ст. 1 ГК РФ, в соответствии с которым гражданские права могут быть ограничены лишь в силу прямого указания федерального закона. Следует согласиться с В.А. Микрюковым, что ограничение гражданских прав по аналогии вступает в противоречие с установленными п.1 ст.1 ГК РФ основными началами гражданского законодательства, предполагающими недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав. Даже, признавая судебные позиции об ограничении гражданских прав по аналогии правильными по существу, соответствующие ограничения должны основываться на букве закона<sup>4</sup>. Как справедливо отмечено В.Ф. Яковлевым, аналогия должна выступать инструментом углубления правонаделительного характера гражданско-правового регулирования, а не средством сдерживания нежелательного, хотя и законного, поведения<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 2.

<sup>2</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 04.10.2011 № 7073/11 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

<sup>4</sup> См.: Микрюков В.А. О практике ограничения гражданских прав по аналогии. С. 21.

<sup>5</sup> См.: Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006. С. 105.

Далее обратимся к сфере отношений, связанных с установлением гражданско-правовой ответственности. Традиционно в цивилистической доктрине способы защиты гражданских прав принято классифицировать на меры защиты и меры ответственности. Рассматривая условия разделения указанных явлений, следует согласиться с позицией Д.Н. Кархалева, согласно которой универсальным критерием разграничения мер защиты и мер ответственности выступает наличие внеэквивалентных имущественных лишений, характерных для гражданско-правовой ответственности<sup>1</sup>.

Так, к способам защиты можно отнести: восстановление положения, существовавшего до нарушения; пресечение действий, нарушающих право (или создающих угрозу его нарушения) и признание права (или факта); к формами (способам) ответственности – внеэквивалентное лишение имущества и лишение субъективного права<sup>2</sup>. Под мерами защиты понимаются установленные законом санкции, исполняющиеся добровольно или применяющиеся в принудительном порядке в форме восстановления положения, существовавшего до нарушения, пресечения действий, нарушающих право, либо признания права. При применении мер защиты лицо побуждается исполнить существовавшую ранее обязанность, которую ранее по каким-либо причинам не исполнило.

Применение мер ответственности, напротив, означает наложение на лицо дополнительной обязанности, не существовавшей до совершения правонарушения. Юридическая ответственность всегда выражается в возложении мер принудительного воздействия, обуславливающих определенный объем и содержание имущественных лишений. Характерная для мер правовой ответственности штрафная функция всегда имеет целью возложить на нарушителя внеэквивалентные имущественные лишения.

Ценность указанного разграничения для определения допустимости применения аналогии права состоит в следующем. Меры юридической от-

---

<sup>1</sup> См.: Кархалев Д.Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 9.

ветственности устанавливаются законодателем исходя из его представлений о степени общественной опасности деяния, то есть определение условий применения мер юридической ответственности зависит от субъективных факторов. В соответствие с конституционным принципом правовой определенности и стабильности регулирования общественных отношений, каждый субъект должен иметь возможность представлять правовые последствия совершения (несовершения) определенных действий. Поскольку без установленной (закрепленной в законе) нормы не представляется возможным спрогнозировать последствия правонарушения, наукой гражданского права был выработан принцип о необходимости указания в законе всех признаков правонарушения, влекущих гражданско-правовую ответственность. Например, по общему правилу обязательство вследствие причинения вреда возникает при наличии полного состава гражданского правонарушения: вреда, противоправного поведения, вины и причинной связи. Таким образом, наступление ответственности прямо связывается с наличием закрепленных в законе признаков правонарушения. Установление ответственности по аналогии права исходя из иных, не предусмотренных законом критериев, представляется недопустимым, поскольку будет являться злоупотреблением правом.

В отличие от мер юридической ответственности меры правовой защиты имеют иную природу. Характер и содержание принудительных мер определяются характером и содержанием причиненного вреда, то есть зависят от объективного критерия. Правонарушитель в данном случае имеет возможность спрогнозировать правовые последствия нарушения норм закона или договора в форме необходимости восстановления нарушенного права или компенсации причиненного вреда. Меры защиты носят правовосстановительный характер и не возлагают на нарушителя дополнительных обязанностей, не существовавших до нарушения права. Законодательство не называет совокупность необходимых условий, образующих состав правонарушения для применения мер юридической защиты. Следовательно, при соблюдении порядка применения аналогии данный правовой институт может служить до-

полнительной гарантией компенсации вреда и восстановления нарушенного права в условиях отсутствия нормы права конкретного содержания в сфере применения мер защитного характера.

Изучение сферы применения аналогии права в российском гражданском праве позволяет сделать следующие выводы.

Пределы применения аналогии права в гражданском праве обусловлены спецификой отношений, регулируемых обособленными институтами гражданского права. Возможность применения аналогии права к отдельным институтам зависит от допустимости возникновения внутри института отношений, хотя и не предусмотренных законом, но имеющих юридическое значение. Вместе с тем, ошибочное применение аналогии права к отношениям, в которых аналогии нет места, влечет за собой злоупотребление правом и обход закона, что недопустимо исходя из ст. 10 ГК РФ.

Так, в целях недопущения осуществления действий в обход закона и злоупотребления правом представляется недопустительным применение аналогии права для формулирования новых видов вещных прав, а также не предусмотренных ГК РФ оснований приобретения и прекращения права собственности.

Отношения, связанные с интеллектуальными правами, регулируются в предусмотренных законом пределах. Так, считаем недопустимым использование аналогии права для установления новых объектов патентных прав, интеллектуальных прав на селекционные достижения и топологии интегральных микросхем. Названные объекты интеллектуальных прав исчерпывающим образом установлены законом, либо возникают только при достижении указанного в законодательстве творческого результата.

Поскольку наследственные правоотношения возникают вследствие наступления юридических фактов, прямо предусмотренных законом (смерть, объявление гражданина умершим), постольку установление иных, непредусмотренных законодательством юридических фактов по аналогии права не допускается.

В части установления иных условий договора аналогия права неприменима, если норма, регулирующая права и обязанности сторон по договору, содержит ярко выраженный запрет установить иное (императивная норма). Представляется, что расширению сферы применения аналогии права будет способствовать дополнение п. 2 ст. 421 ГК РФ положением об аналогии права: «2. Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. К договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами, при отсутствии признаков, указанных в пункте 3 настоящей статьи, правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) и аналогии права (пункт 2 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору».

Специфика отношений, связанных с установлением гражданско-правовой ответственности и ограничением гражданских прав, не допускает применения аналогии права, поскольку это вступает в противоречие с п.1 ст. 1 ГК РФ (недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав).

### **§ 3.2. Пределы применения аналогии права к отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой**

Проблема пределов аналогии права находит себя не только внутри отрасли гражданского права и его отдельных институтов, но и в сфере правовых отношений, основанных на подчинении одной стороны другой.

Гражданским законодательством установлена иерархическая связь между нормами ГК РФ и нормами других однородных и даже неоднородных с гражданским правом правовых отраслей. В соответствии с п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах (вне зависимости от отрасли права), должны соответствовать положениям ГК РФ. Обще-

признано, что многие правовые отрасли содержат прямые и косвенные отсылки к гражданскому законодательству (включая общие институты, понятия и термины). В связи с этим проблема межотраслевых связей приобретает важное теоретическое и прикладное значение при рассмотрении пределов аналогии гражданского права.

На современном этапе, как отмечается в доктрине, гражданское законодательство проходит такую стадию своего развития, когда очевиден переход к комплексному законодательству в правовом регулировании имущественных и личных неимущественных отношений<sup>1</sup>. В науке активно обсуждается тенденция расширения сочетания публично-правовых и частноправовых методов регулирования в разных отраслях законодательства. Названная тенденция характеризуется размыванием границ между частным и публичным правом, нарастанием комплексного нормативного регулирования общественных отношений. В.П. Мозолин подчеркивает, что вопрос кооперирования норм гражданского права с нормами других правовых отраслей в регулировании комплексных отношений продолжает оставаться нерешенным<sup>2</sup>. Проблема межотраслевых связей остается актуальной в правовой науке.

Основанием межотраслевых связей гражданского права с иными правовыми отраслями выступает та или иная степень общности регулируемых отношений. В связи с этим С.Н. Братусь пишет, что между правовыми отраслями нет непроходимых границ, как нет их и между различными видами общественных отношений<sup>3</sup>. Общность отношений является основанием для возникновения правовой общности, которая базируется на межотраслевых правовых связях. Показателем наличия правовой общности являются нормативные обобщения, которые находят выражение, в частности, в единой тер-

---

<sup>1</sup> См., например: *Мозолин В.П.* Развитие гражданского законодательства на современном этапе (дискуссионные проблемы) // Журнал российского права. 2005. № 7. С. 35; *Гаврилов О.А., Колдаева Н.П., Лукьянова Е.Г., Поленина С.В., Скурко Е.В.* Теоретические и практические аспекты развития правовой системы РФ в условиях глобализации // Государство и право. 2005. № 12. С.11.

<sup>2</sup> См.: *Мозолин В.П.* Современная доктрина и гражданское законодательство. М.: Юстицин-форм, 2008. С.4.

<sup>3</sup> См.: *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. С. 104-105.

минологии, используемой в области публичного и частного права<sup>1</sup>. Кроме того, межотраслевой правовой эффект может выражаться в существовании единых межотраслевых правовых институтов, характерных для различных сфер правового регулирования.

Аналогия является смешанным и системообразующим правовым институтом. Нормативная возможность использования аналогии предусмотрена сразу несколькими отраслями частного (гражданское право, семейное право, жилищное право) и публичного права (гражданское процессуальное право, арбитражное процессуальное право). В доктрине также отмечается возможность применения аналогии в иных отраслях публичного и частного права (уголовное процессуальное право, налоговое право, трудовое право и т.д.)<sup>2</sup>.

Межотраслевые связи при применении аналогии находят выражение в следующем. В случае отсутствия в данной отрасли права юридических оснований для применения аналогии закона или права к случаю, который попадает в сферу отношений, нормированных данной отраслью, возможно обращение к нормам и принципам другой отрасли права или общим началам и принципам права в целом. Поскольку в российском законодательстве недопустим отказ в правосудии под предлогом отсутствия или неполноты правовых актов межотраслевая аналогия гражданского права обеспечивает, в том числе, системность и комплексность законодательства.

Однако необходимо отметить, что существует законодательный подход, в соответствии с которым установлен запрет на применение аналогии в некоторых отраслях права. Исходя из этого, возникает вопрос, насколько правомерно использование аналогии гражданского права в отраслях права, где прямо не установлена законом возможность использования аналогии.

---

<sup>1</sup> См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 37.

<sup>2</sup> См., например: *Юзвак М.В.* Аналогия в налоговом праве. С. 5; *Кузнецова Л.Е.* Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии. 188 с.; *Ашихмина А.В.* Аналогия в советском трудовом праве. 172 с.; *Кемулария Э.Ш.* Проблемы применения уголовно-процессуального законодательства по аналогии. 161 с.; *Белоносов В.О.* Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве. 199 с.



Представляется, что отсутствие нормативного правила о применении аналогии само по себе не является основанием для запрета ее использования. В современной российской правовой системе недопустим отказ в правосудии. Использование аналогии мотивируется тем, что лицо не может быть лишено возможности разрешения правового спора вследствие отсутствия подлежащей применению нормы права.

Данный подход находит свое отражение в практике Конституционного Суда РФ. Так, в одном из дел по жалобе гражданина на конституционность ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, регулирующей использование аналогии права, Суд отметил, что данное положение имеет своей целью реализацию конституционного права граждан на судебную защиту<sup>1</sup>. Отсутствие нормы об аналогии права в уголовно-процессуальном законодательстве не стало препятствием для Конституционного Суда РФ в применении в одном из дел по аналогии уже имеющегося правила поведения<sup>2</sup>.

Таким образом, потребность в разрешении спора о праве позволяет использовать аналогию права в определенных пределах несмотря на наличие или отсутствие нормы об аналогии права в нормативном правовом акте.

Для установления внешних пределов аналогии гражданского права необходимо, прежде всего, выявить межотраслевые связи между гражданским правом и иными отраслями права, регулирующими отношения, основанные на началах власти и подчинения. Это позволит определить гражданско-правовые нормы, содержащиеся в отдельных отраслях права, а также гражданско-правовые события и действия, с наступлением которых связывается

---

<sup>1</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16.03.2006 № 76-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Миронова Юрия Николаевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 02.07.1998 № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 331 и 464 Уголовно – процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан» // Вестник Конституционного Суда РФ. № 5. 1998. См. также: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 08.12.1999 № 84 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего направление уголовных дел для дополнительного расследования» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 2. 2000.

возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей. Исходя из требований п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах (в том числе регулирующих отношения, основанные на подчинении одной стороны другой) должны соответствовать положениям ГК РФ. При недостаточном (не полном) гражданско-правовом регулировании отдельных отношений, основанных на началах власти и подчинения, законом предусмотрены отсылочные предписания к гражданскому законодательству. Поскольку аналогия предусмотрена гражданским законодательством, можно заключить, что отсылочное обращение к гражданско-правовым нормам в сфере отношений, основанных на подчинении одной стороны другой, допускает применение аналогии гражданского права в определенных пределах. Иное являлось бы нарушением принципов законности, правовой определенности, а также права на защиту прав и интересов граждан, осуществление надлежащего правосудия.

Проиллюстрируем данное положение на примере межотраслевых связей гражданского права и отдельных отраслей права, регулирующих отношения, основанные на подчинении одной стороны другой.

Современная практика и доктрина указывают на существование межотраслевых связей гражданского права с налоговым правом. Такие связи достаточно отчетливо проявляются как в судебно-арбитражной практике по рассмотрению налоговых споров, так и в налоговом законодательстве.

Так, в одном из дел суд защитил нарушенные права налогоплательщика, сославшись на гражданско-правовой характер складывающихся правоотношений<sup>1</sup>. Здесь посредством положений гражданского права было установлено содержание отношений и дана их адекватная налоговая характеристика (отсутствие объекта налогообложения).

Существо спора состояло в том, что обществу с ограниченной ответственностью (истец) новыми участниками были перечислены в уставный капи-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25.08.1998 // Финансовая Россия. 1998. № 45.

тал денежные средства. В отсутствие государственной регистрации изменений в учредительных документах налоговый орган посчитал, что данные денежные средства являются безвозмездно полученным, внереализационным доходом истца, который подлежит обложению налогом на прибыль. Решением суда первой инстанции иск был удовлетворен и оставлен без изменения апелляционной инстанцией. Однако кассационная инстанция в иске отказала.

В обоснование позиции по данному делу Президиум ВАС РФ применил правила, установленные п. 2 ст. 1 и ст. 209 ГК РФ, в соответствии с которыми собственник правомочен по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые, не противоречащие закону, а также не нарушающие права и интересы других лиц, действия. Таким образом, только сам собственник самостоятельно определяет направление использования своего имущества, в том числе выражение воли на передачу имущества безвозмездно. Также суд принял во внимание содержание платежных поручений, где в графе «назначение платежа» было указано «взнос в уставный фонд». Кроме того, суд сослался на норму п. 3 ст. 52 ГК РФ, в соответствии с которой по общему правилу изменения учредительных документов вступают в силу с момента их государственной регистрации, но лишь в отношении третьих лиц. Однако для целей установления обстоятельств, имеющих значение для дела, платеж производился во «внутренних» отношениях.

Наряду с примерами из судебной-арбитражной практики взаимосвязь гражданского и налогового права находит отражение и в нормах налогового законодательства. Так, М.Ю. Чельшев указывает на наличие в части первой НК РФ более двадцати ссылок на гражданское законодательство.<sup>1</sup> Например, к отсылочным нормам можно отнести п. 1 ст. 60 НК РФ. В ней устанавливается порядок исполнения поручения налогоплательщика на перечисление

---

<sup>1</sup>См.: Чельшев М.Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... док. юрид. наук. М., 2009. 501 с.

различных видов налогов и сборов в установленной гражданским законодательством РФ очередности.

Иногда прямой отсылки в налоговом законодательстве к гражданскому законодательству нет. В то же время соответствующая норма предполагает формирование некоторых правил, действующих в сфере налогового права, с указанием на гражданско-правовые средства. Например, п. 3 ст. 26 НК РФ указывает на оформление полномочий представителя в налоговых отношениях; п. 1 ст. 27 НК РФ о законных представителях налогоплательщика-организации (институт представительства в гражданском праве); подпункт 5 п. 5 ст. 47 о видах имущества, в отношении которого происходит в предусмотренной последовательности взыскание налога (гражданско-правовой договор, процедуры, связанные с заключением, расторжением, признанием недействительным договора).

Например, из содержания подпункта 5 п. 5 ст. 47 НК РФ следует, что с целью взыскания налога необходимо сначала признать недействительным или расторгнуть договор, то есть совершить действие в области гражданского права. Только после этого, получив в результате имущество, следует его реализовать с направлением соответствующей суммы на погашение налогового обязательства. В данном случае налоговые правоотношения находятся во взаимосвязи с гражданско-правовыми. Таким образом, реализация нормы налогового права поставлена в зависимость от реализации соответствующих норм гражданского права.

Анализ соотношения налогового и гражданского права позволяет сделать вывод о проявлении следующих межотраслевых связей.

Во-первых, включение в НК РФ норм, содержащих прямые и косвенные отсылки к гражданскому законодательству, предполагает использование гражданско-правовых правил поведения при регулировании налоговых отношений.

Во-вторых, реализация некоторых норм НК РФ о правах и обязанностях частных и публичных субъектов осуществляется посредством гражданско-правовых средств, то есть за пределами публично-правовых отношений.

Таким образом, точки соприкосновения гражданского и налогового права лежат в области регулирования отношений, основанных на подчинении одной стороны другой. Именно для регулирования таких отношений и возможно применение аналогии гражданского права, однако в тех пределах, в каких она допустима внутри отрасли гражданского права, его отдельных институтов.

Нами были рассмотрены пределы аналогии гражданского права в налоговом праве. Вместе с тем в отличие от НК РФ, в котором отсутствует прямое указание на возможность аналогии, арбитражным и гражданским процессуальным законодательством предусмотрена нормативная возможность использования аналогии права (ч. 3 ст. 11 ГПК РФ и ч. 5 ст. 3 АПК РФ). Однако в ч. 3 ст. 11 ГПК РФ говорится о разрешении дела в отсутствие правовых норм исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права). В ч. 5 ст. 3 АПК РФ содержится положение, согласно которому при отсутствии подлежащей применению нормы права дело подлежит разрешению исходя из принципов осуществления правосудия в РФ (аналогия права). Соответственно нормы об аналогии права ГПК РФ, равно как и АПК РФ, не содержат конкретного правила о возможности применения гражданского права по аналогии. Вместе с тем представляется, что аналогия гражданского права допустима в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном праве в определенных пределах. Это обусловлено наличием межотраслевых связей между гражданским процессуальным, арбитражным процессуальным и гражданским правом, через призму которых и следует рассматривать пределы аналогии гражданского права.

Следует согласиться с М.Ю. Чельшевым, что межотраслевые связи названных отраслей права находят проявление в следующем.

Во-первых, такие связи отражаются в системе правовых норм. Например, система процессуальных кодексов в некоторой степени отражает существующее гражданско-правовое регулирование. Так, в подразделе IV «Особое производство» ГПК РФ нашли отражение процессуальные механизмы, которые обеспечивают реализацию гражданско-правовых норм (например, глава 32 «Объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация)»).

Во-вторых, АПК РФ и ГПК РФ содержат отсылочные нормы к отдельным статьям ГК РФ и гражданскому законодательству в целом. Например, в АПК РФ отсылка к гражданскому законодательству содержится в ч. 5 ст. 13, предусматривающей применение норм иностранного права, а также в ч. 1 ст. 330, предполагающей возмещение вреда, причиненного судебным приставом-исполнителем, в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

ГПК РФ не содержит отсылок к гражданскому законодательству в целом, однако, предусматривает отсылки к конкретным нормам ГК РФ (например, в ст. 286 ГПК РФ содержится отсылка к п. 3 ст. 29 и п. 2 ст. 30 ГК РФ; в ст. 287 ГПК РФ – отсылка к п. 1 ст. 27 ГК РФ).

В-третьих, межотраслевые связи имеют место в юридических фактах. Например, такие гражданско-правовые юридические факты, как смерть гражданина, ликвидация юридического лица, являются основаниями для прекращения производства по делу в соответствии с ч. 1 ст. 150 АПК РФ, при условии отсутствия возможности правопреемства. Помимо этого, в качестве юридического факта можно рассматривать судебное решение, которое в соответствии с п. 1 ст. 8 ГК РФ может выступать как основание возникновения гражданских прав и обязанностей.

В-четвертых, рассматриваемые связи усматриваются в правоотношениях. Так, содержание правоотношения предполагает субъективные права и обязанности сторон. Названные права и обязанности при рассмотрении гражданско-правового спора могут следовать из утвержденного судом мирового

соглашения, что подтверждается положениями ст. 140 АПК РФ. Указанная норма закрепляет правила о содержании мирового соглашения (например, такие гражданско-правовые условия, как признание и прощение долга, уступка права требования и др.)

В-пятых, межотраслевые связи находят отражение в правореализации. Например, для реализации отдельных положений о приостановлении производства по делу (глава 17 ГПК РФ, глава 16 АПК РФ) суд должен принимать во внимание соответствующие гражданско-правовые нормы. Так, ст. 144 АПК РФ предусмотрено право арбитражного суда на приостановку производства по делу в случае реорганизации организации – лица, участвующего в деле. Соответственно для разрешения вопроса о приостановлении производства по делу арбитражный суд должен обладать достоверной информацией о реорганизации юридического лица. Таким образом, определенное правило поведения возникает на стыке арбитражного процессуального и гражданского права<sup>1</sup>.

В каждой из перечисленных сфер процессуальные отношения, так или иначе, осложнены частноправовым элементом. Это, в свою очередь, в силу п. 2 ст. 3 ГК РФ дает основания для использования аналогии гражданского права, однако, в тех пределах, в каких она допустима внутри отрасли гражданского права, его отдельных разделов и институтов.

Также не представляется допустимым применение аналогии для преодоления пробела в сфере отношений, регулируемых императивным методом. Другими словами аналогия права не подлежит применению, когда возникновение прав и обязанностей соответствующего субъекта обусловлено наличием правовой нормы конкретного содержания (императивные нормы).

Следует согласиться с М.В. Юзвак в том, что аналогия права не применима к отношениям, связанным с установлением, введением и взиманием налогов и сборов. Запрет на применение в названной области аналогии обу-

---

<sup>1</sup> См.: *Чельшев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование. С. 361-365.

словлен соблюдением принципа определенности налоговых отношений<sup>1</sup>. Названный принцип находит отражение в практике Конституционного Суда РФ. Например, в одном из Постановлений Конституционный Суд РФ отметил значимость не только содержания законов о налогах и сборах, но и порядка их принятия. Указал, что федеральные налоги и сборы являются «законно установленными», если они установлены в надлежащей форме (введены в действие в соответствии с действующим законодательством)<sup>2</sup>.

Установление налога с помощью перечисления всех его существенных элементов (ст. 17 НК РФ) предполагает запрет на преодоления пробельности правового регулирования любого из названных элементов посредством аналогии.

Так, ВАС РФ в одном из постановлений указал, что с точки зрения законно установленного налога преодоление пробела посредством применения аналогии в отношении субъекта и элементов налогового обязательства недопустимо<sup>3</sup>. Например, Федеральный арбитражный суд Поволжского округа при разрешении налогового спора указал, что в области установления основных элементов налогообложения, в частности при определении значений корректирующего коэффициента базовой доходности К2, применение аналогии права недопустимо в соответствии с действующим законодательством<sup>4</sup>

В другом примере, ФАС Северо-Кавказского округа в решение по налоговому спору указал, что в отношениях по привлечению к налоговой ответственности аналогия права неприменима. В обоснование своей позиции суд сослался на принцип формальной определенности, который не позволяет

---

<sup>1</sup> См.: Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве. С. 12.

<sup>2</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18.02.1997 № 3-П «По делу о проверке конституционности постановления Правительства Российской Федерации от 28 февраля 1995 года «О введении платы за выдачу лицензий на производство, розлив, хранение и оптовую продажу алкогольной продукции» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 1.

<sup>3</sup> См.: Решение ВАС РФ от 14.05.2003 № 2742/03 О признании недействующим пункта 7 раздела 4 Методических рекомендаций по расчету налоговой базы, исчисляемой в соответствии со статьей 10 Федерального закона от 06.08.2001 № 110-ФЗ, утвержденных приказом МНС России от 21.08.2002 № БГ-3-02/458 // Вестник ВАС РФ. № 8. 2003.

<sup>4</sup> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 19.10.2010 по делу № А06-2137/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».



расширительно толковать норму права, устанавливающую ответственность за совершение строго определенных нарушений<sup>1</sup>.

Изучение пределов применения аналогии гражданского права к отдельным отношениям, основанным на подчинении одной стороны другой, позволяет сделать следующие выводы.

Основанием для применения отдельных гражданско-правовых норм и принципов к отношениям, основанным на началах власти и подчинения, выступают межотраслевые связи. Вследствие недостаточного (неполного) регулирования отношений, основанных на подчинении одной стороны другой, возникает потребность в обращении к нормам гражданского права. При наличии правового пробела и отсутствии гражданско-правовой нормы конкретного содержания, а также нормы, регулирующей сходные отношения (аналогия закона) появляется основание для применения аналогии гражданского права. В отношениях, основанных на началах власти и подчинения, аналогия гражданского права подлежит применению в тех пределах, в каких ее использование допустимо внутри отрасли гражданского права, его отдельных разделов и институтов. Однако при применении аналогии следует учитывать общеправовые ограничения аналогии права. Такие ограничения проявляются в запрете использования аналогии в сфере установления ответственности, а также в сфере отношений, где возникновение прав и обязанностей соответствующих субъектов связано с наличием нормы права конкретного содержания (императивная норма).

### **§ 3.3. Пределы применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям**

---

<sup>1</sup> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 27.06.2007 по делу № Ф08-3880/2007-1551А [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Общепризнано, что международное право одно из наименее кодифицированных правовых отраслей, основными источниками которого выступают соглашения и обычай. Современное международное право не допускает применения доктрины *non-liquet*, то есть отказа в правосудии под предлогом отсутствия норм. Статья 11 Образцовых правил арбитражного процесса (приняты на десятой сессии Комиссии международного права в 1958 г.)<sup>1</sup> предписывает Международному суду ООН выполнять возложенную на него задачу по отправлению международного правосудия. Суд как орган по осуществлению правопорядка и законности не может отказаться вынести решение за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права.

Статут Международного суда ООН в п. 3 ст. 38 уполномочивает суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права применять, в том числе, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями. В теории международного права является общепризнанным тот факт, что «основополагающие принципы права» содержат принципы, заимствованные из национальных правовых систем<sup>2</sup>.

Международно-правовые арбитры нередко ссылаются на решения международных трибуналов и национальных судов по гражданским делам. Используют частноправовые принципы по аналогии. Такая форма заимствования приводит к «судебной глобализации», сглаживанию границ между отраслями права<sup>3</sup>. Подчеркивает значение принципов международной вежливости и уважения к иностранным судам<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Образцовые правила арбитражного процесса // Международное публичное право, том 1. М.: Издательство БЕК, 1996. С. 424-431.

<sup>2</sup> См., например: *Cheng B.* General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. Cambridge: Cambridge University Press. 1994 P. 56; *Visscher C.* de Théories et réalités en droit international public. Paris, 1953. P. 412; *Friedmann W.* The Use of "General Principles" in the Development of International Law. American Journal of International Law. 1963. P. 246; *Guggenheim P.* Traité de droit international public. Georg, 1967. P. 295; *Herczegh G.* General Principles of Law and the International Legal Order, Budapest, Publishing House of the Hungarian Academy of Sciences, 1969. Pp. 34-39; *Schwarzenberger G.* International Law as Applied by International Courts and Tribunals. London: Stevens & sons, limited, 1949. P. 43.

<sup>3</sup> См.: *Slaughter A.-M.* Judicial Globalization, 40 VA. J. INT'L L. 2000. P. 1103.

<sup>4</sup> См.: *Slaughter A.-M.* A New World Order. Princeton: Princeton University Press. 2004. P. 64.

В зарубежной доктрине и практике п. 3 ст. 38 Статута Международного суда ООН интерпретируется как возможность для применения по аналогии принципов и норм национального частного права, признанных цивилизованными нациями.

Так, Д. Анзилотти подчеркивает, что цель применения общих принципов права состоит в разрешении дела в отсутствие необходимых правовых источников. В этом случае аналогия частного права остается главным и основным инструментом для достижения этой цели<sup>1</sup>. Г. Лаутерпахт отмечает, что заимствование принципов частного права и применение их по аналогии имеет место в практике международного суда ООН<sup>2</sup>.

А. Макнэйр, первый председатель Европейского Суда по правам человека и судья Международного суда ООН в деле о международном статусе Юго-Западной Африки (*Advisory Opinion Concerning the International Status of South West Africa (1950) ICJ Rep 133 (The South West Africa Cases)*), заключил следующее. Как следует поступить суду при столкновении с новым для международного права институтом, который берет начало в частном праве? В какой мере, и до каких пределов допустима аналогия частного права? Международное право заимствовало и продолжает заимствовать нормы и институты из частного права. Статья 38 (1) Международного Статута ООН дает правовую основу заимствованию и этот процесс все еще продолжается. Вместе с тем международное право не перенимает частноправовые институты и нормы «целиком и полностью», оснащенные готовым набором правил для разрешения дела. Задача суда состоит в том, чтобы рассматривать любые институты или терминологию, имеющую отношение к частному праву как основание для применения гражданско-правовых принципов по аналогии, а не прямого и непосредственного заимствования норм гражданского права<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Anzilotti D. Cours de droit international, premier volume, Paris. 1929, p. 117.*

<sup>2</sup> См.: *Lauterpacht H. Private Law Sources and Analogies of International Law. London, 1927. P. 303.*

<sup>3</sup> Цит. по: *Antonopoulos C. Counterclaims before the International Court of Justice. Hague: Asser press, 2011. P. 7.*

Влияние частного права на международные имущественные отношения являлось предметом дискуссий с момента становления международного права как самостоятельной отрасли.

В XVI веке представители позитивистской школы Г. Гроций, А. Джентили, К. Ван Бинкершек не рассматривали частное право в качестве источника международного права. Они признавали юридическую силу международных договоров и обычаев<sup>1</sup>.

Возможность систематического применения частного права к международно-правовым отношениям отрицалась представителями европейской позитивистской школы международного права на протяжении XVII-XVIII веков. Сходство основных концепций частного права и международного права обосновывалось «правовой универсальностью» основополагающих принципов, выражающих «суть и причины вещей», здравый смысл<sup>2</sup>.

Английские ученые XIX века (Д. Мэннинг, В. Филлмор, Д. Вестлэйк и др.) считали римское частное право источником международного права. Римское право рассматривалось в качестве универсальной правовой формы, оказывающей большое влияние на каждую правовую отрасль<sup>3</sup>.

Вслед за английскими авторами целесообразность применения частного права к международно-правовым отношениям обосновывали американские юристы. Т. Тэйлор подчеркивал, что невозможно рассматривать международное право без изучения римского частного права, которое составляет философскую основу права народов<sup>4</sup>. Г. Халлек утверждал, что отсутствие прецедента, обычая, международно-правовых норм может быть восполнено применением римского частного права<sup>5</sup>.

Французские авторы (Г. Бонфилс, Ф. Деспанье и др.) исследовали влияние на международное право конституционного права, этики и морали,

---

<sup>1</sup> См.: *Lauterpacht H.* Private Law Sources and Analogies of International Law. P.18.

<sup>2</sup> Цит. по: *Ibid.* P. 19

<sup>3</sup> Цит. по: *Ibid.* P. 19.

<sup>4</sup> Цит. по: *Ibid.* P. 20.

<sup>5</sup> Цит. по: *Ibid.* P. 21.

принципа международной вежливости, обходя стороной частное право<sup>1</sup>. Та же тенденция прослеживается в работах итальянских правоведов XIX века<sup>2</sup>.

Несмотря на различные точки зрения, относительно использования аналогии частного права в теории, международная судебно-арбитражная практика содержит достаточно примеров применения аналогии.

В практике международного права можно выделить две области, в которых наиболее часто используется аналогия национального частного права.

1. Внедоговорные международно-правовые отношения, когда отсутствует применимый источник, но практикой выработаны механизмы использования частноправовых принципов и концепций частного права. Например, в спорах о суверенитете территории получило распространение применение гражданско-правовых доктрин приобретательской давности и сервитута.

2. Обязательственные международно-правовые отношения, в которых используются институты гражданского права. Включение гражданско-правовых институтов в международный договор влечет необходимость их правового обоснования и интерпретации, что дает основу для применения аналогии гражданского права.

Рассмотрим пределы применения аналогии частного права к внедоговорным международно-правовым отношениям.

Гражданско-правовой институт давности владения признается одним из способов приобретения территории в международном праве. Определяется как результат мирного фактического господства над территорией, находящейся под суверенитетом другого государства<sup>3</sup>.

Общепризнанным в международной практике способом приобретения территории является *terra nullius*, когда территория не находится под суверенитетом какого-либо государства, или государство отказалось от прав на данную территорию. Доктрина приобретательской давности отчасти вступает в противоречие с *terra nullius*. Рассматривается в качестве гражданско-

---

<sup>1</sup> Цит. по: *Lauterpacht H. Private Law Sources and Analogies of International Law. P.22.*

<sup>2</sup> См.: *Ibid. P. 23.*

<sup>3</sup> См.: *Shearer I. A. Starke's International Law. Oxford: Oxford University Press, 1994. P. 52*

правового института, неприменимого к международно-правовым отношениям. Приобретательская давность предполагает притязание на территорию, которая юридически находится под суверенитетом другого государства. В теории такой способ рассматривается как «недостаточно мирный», посягающий на государственный суверенитет, в связи с чем, не является общепризнанным в международной практике.

Г. Гроций ставил под сомнение возможность использования давности владения в качестве способа приобретения территории. Давность владения, по его мнению, не является институтом естественного права, не подлежит применению к праву народов<sup>1</sup>.

На протяжении XVII-XVIII веков применение давности владения в соответствии с естественным правом и правом народов оставалось предметом дискуссий<sup>2</sup>. В XIX и начале XX веков приобретательская давность рассматривается в качестве одной из разновидностей приобретения территории, признаваемой юристами в области международного права, в особенности в системах общего права<sup>3</sup>.

Несмотря на противоречивое отношение к применению приобретательской давности в теории, судебно-арбитражная практика международных судов свидетельствует о допустимости приобретения территории за давностью владения.

В начале XX века сразу в нескольких территориальных спорах между государствами была применена концепция приобретательской давности. Давность владения рассматривалась в более широком смысле, чем принято в римском праве. Хотя сам термин «приобретательская давность» не использо-

---

<sup>1</sup> Цит. по: *Lauterpacht H.* Private Law Sources and Analogies of International Law. P.22.

<sup>2</sup> См.: *Pufendorf S.* De jure naturae et gentium libri octo. New York: William S. Hein, 1995. P. 342.

<sup>3</sup> См., например: *Fauchille P.* Traité de droit international public. Pp-p. 760-761; *Hall W.E.* A Treatise on International Law. Oxford: Clarendon Press, 1895. P. 143; *Lindley M.* The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law. London, 1926. P. 178; *Phillimore R.* Commentaries upon International Law. London, 1873. P. 436; *Westlake J.* International Law, London, 1904. Pp. 92-94.

вался в решениях, суды называли условия законного фактического завладения территорией.

В деле *British Guiana v Venezuela* судом были представлены следующие условия давностного владения: открытость, продолжительность владения, отсутствие перерывов, оказание помощи населению территории, отсутствие любых притязаний на спорную территорию бывшего владельца<sup>1</sup>.

В деле *Norway v Sweden (Grisbadarna case)* стороны строили правовую позицию с использованием концепции приобретательской давности. Сам термин не был использован арбитрами. В решении было отмечено, что «это общепризнанный принцип, от применения которого нужно воздерживаться настолько это возможно, чтобы не изменять установленный порядок вещей».

В деле *USA v Mexico* США заявили о праве собственности на спорную часть приграничной территории, на основе давности владения, что выражалось в «мирном, непрерывном и неоспоримом» владении с 1848 года». Суд отметил, что «несомненно, такой противоречивый вопрос, как применение приобретательской давности в качестве источника права народов подлежит обсуждению». Вместе с тем, арбитры отклонили иск США как не соответствующий условиям законного завладения территорией. Приобретательская давность, по их мнению, предполагает мирное владение. Это заключается не только в отсутствии насилия и дипломатических протестов, но и согласие на уступку территории противоположной стороны<sup>2</sup>. Впоследствии согласие на уступку территории признавалось обязательным условием применения принципа приобретательской давности в ряде территориальных споров<sup>3</sup>.

Во второй половине XX века принцип приобретательской давности был применен еще в нескольких территориальных спорах<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Venezuela-British Guiana Boundary Arbitration*, 92 BFSP 160 [Электронный ресурс]. Доступно на URL: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXVIII/331-340.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/331-340.pdf) (дата обращения: 11.03.2017).

<sup>2</sup> См.: *USA v Mexico // Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XI, 1911. Pp 309 – 347.

<sup>3</sup> См.: *Island of Palmas case // Reports of International Arbitral Awards*. Vol. II, 1928. Pp. 829-839.

<sup>4</sup> См.: *Case Concerning Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium The Netherlands)*, [1959] I.C.J. Rep. 209 [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://www.icj->

В литературе обосновывается, что во всех вышеуказанных примерах при разрешении споров о территориальном суверенитете судами по аналогии был применен институт приобретательской давности<sup>1</sup>. Вместе с тем, как показал проведенный анализ, в рассмотренных решениях трибуналов отсутствует прямое указание на использование аналогии. В свою очередь в доктрине такое применение института приобретательской давности рассматривается не иначе как в качестве аналогии гражданского права<sup>2</sup>, чему есть логическое объяснение.

Международное право не содержит какого-либо нормативного порядка применения и правил ограничения использования аналогии. Аналогия в международном праве не тождественна аналогии в романо-германском праве. Если в частном континентальном праве правила об аналогии получают нормативное закрепление в правовых источниках, то для общего права характерно более широкое понимание аналогии. В международном праве аналогия представляет сходное или близкое правовое регулирование, при отсутствии необходимого правового источника. В случае отсутствия применимого правила поведения в международном праве, судьи используют правовую регламентацию одного дела по аналогии к другому делу при условии возможности регулирования обоих дел общим частноправовым принципом. Аналогия трактуется в качестве правила, которое может быть использовано к обстоятельствам, к которым оно прямо не применимо.

Поскольку в международном праве отсутствует разделение аналогии на аналогию права и аналогию закона, в доктрине зачастую используется термин *analogies* (анalogии). *Analogies* подразумевает не только использование по аналогии принципов и концепций частного права, но и применение по аналогии правового обоснования решений международных судов.

---

[cij.org/docket/index.php?sum=281&code=bnl&p1=3&p2=3&case=38&k=32&p3=5](http://www.ijer.law.columbia.edu/cij.org/docket/index.php?sum=281&code=bnl&p1=3&p2=3&case=38&k=32&p3=5) (дата обращения: 11.03.2017).

<sup>1</sup> См.: *Lesaffer R. Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription // The European Journal of International Law, vol. 16. № 1. P. 54.*

<sup>2</sup> *Ibid. P. 55.*



Согласно Статуту Международного Суда ООН (статья 38) судебные решения выступают вспомогательными источниками международного права. Международно-правовая доктрина и практика не признает судебные акты общеобязательным источником права. Как отмечает П.Н. Бирюков, «судебные решения в международном праве не имеют характера прецедента и представляют собой лишь акты применения международных норм по конкретному делу»<sup>1</sup>. Н.А. Ушаков признает судебное решение источником международного права применительно к индивидуальным его нормам и юридически обязательным только для сторон спора<sup>2</sup>.

Правотворческая природа решений международных судов находит противников и в западной юридической литературе. Так, М.Н. Шоу подчеркивает, что Международный Суд ООН не является правотворческим органом и не может создавать право, а только использует существующие нормы международного права<sup>3</sup>.

Поскольку постановления международных судов не обладают общеобязательной силой, в практике получило распространение применение решений по аналогии. Из правового обоснования, примененного в более раннем решении, выводится принцип, подлежащий применению в рассматриваемом деле. А.-М. Слотер считает, что такая форма судебного заимствования особенно полезна для преодоления пробелов в международном праве<sup>4</sup>.

Одним из примеров использования по аналогии прецедента является дело *Saipem v. Bangladesh*. Между итальянской нефтегазовой компанией «Сайпем» и правительством Бангладеш было заключено соглашение о строительстве трубопровода природного газа. По условиям договора правительство Бангладеш осуществляло гарантийное удержание в размере десяти процентов от стоимости работ. Удержание подлежало возмещению после полного ввода объекта в эксплуатацию.

---

<sup>1</sup> Бирюков П.Н. Международное право: Учеб. пособие. М.: Юристъ, 1998. С. 21.

<sup>2</sup> См.: Ушаков Н.А. Международное право: Учеб. М.: Юристъ, 2000. С. 13.

<sup>3</sup> См.: Shaw M.N. *International Law*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003. P. 966–967.

<sup>4</sup> См.: Slaughter A.-M. *A Global Community of Courts* // *Harvard International Law Journal*, vol. 44. 2003. P. 191, 193.

Реализация проекта была задержана ввиду протестов местного населения против строительства. Хотя стороны договорились о продлении сроков завершения проекта, соглашение о компенсации дополнительных расходов и сумм гарантийного удержания достигнуто не было. Вследствие чего «Сайпем» инициировало иск в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров к правительству Бангладеш с требованием о компенсации суммы неуплаченного гарантийного удержания. Согласно позиции «Сайпем» неуплата удержания представляла собой незаконную экспроприацию иностранных инвестиций со стороны Бангладеш.

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров в решении отметил, что по аналогии с делом *Iran v. USA* под экспроприированной собственностью следует рассматривать имущественные права – право требования возмещения гарантийного удержания. В пользу Сайпем была присуждена сумма неуплаченного гарантийного удержания и проценты за пользование денежными средствами.

В деле *Lauder v. Czech Republic* судом по аналогии с делом *Mellacher v. Austria* были использованы правила о разграничении формальной и фактической экспроприации имущественных прав<sup>1</sup>. В деле *Tecmed S.A v The United Mexican State* суд обратился к делу *Ivcher Bronstein v. Peru* для определения содержания экспроприации имущественных прав<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Lauder v. Czech Rep.* 9 ICSID Rep. 66 [2001] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> (дата обращения: 10.03.2017); *Mellacher v. Austria*, 169 Eur. Ct. H.R. [1989] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>. (дата обращения: 11.03.2017).

<sup>2</sup> См.: *Técnicas Medioambientales S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/(AF)/00/2, [2003] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6182%282%29.pdf> (дата обращения: 04.03.2017); *Varuch Ivcher Bronstein v. Peru*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 74, [2001] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: [http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas_001.pdf). (дата обращения: 11.03.2017).

В деле *Celebici Case* аналогия рассматривалась трибуналом в качестве средства, подлежащего применению, когда грамматическое толкование частноправовой нормы или института не принесло результата<sup>1</sup>.

В практике Международного Суда ООН нормы договорного и частного права также неоднократно применялись по аналогии к международно-правовым отношениям.

Представляется, что применение решений международных судов по аналогии имеет объективную природу. Общеизвестно, что международное право одно из наименее кодифицированных правовых отраслей. Вместе с тем в случае правового пробела, то есть отсутствия применимых источников, недопустим отказ в вынесении решения за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права. В ситуациях, когда применимым правом для сторон является национальное право одного государства, суд вправе использовать правовую норму одной из отраслей национального права.

Когда применимым правом выступает международное право и отсутствует необходимая норма, судом могут быть использованы общие принципы права, признанные цивилизованными нациями. Если спор между сторонами не может быть разрешен на основе международно-правовых норм и принципов, появляются основания для применения по аналогии частного права. Из одной или нескольких отраслей национального частного права судьей выводится принцип, подлежащий применению в деле в качестве основополагающего и общепризнанного принципа, признанного цивилизованными нациями. Такие принципы не обязательно должны попадать в сферу регулирования международных межгосударственных отношений. Достаточно, чтобы частноправовые принципы, применяемые судом, носили международно-правовой характер и были признаны большинством национальных правовых систем. Таким образом, пробел в международном праве преодолевается путем использования аналогии частного права.

---

<sup>1</sup> См.: *Celebici, Trial Chamber Judgment, Case № IT-96-21-T, [1998]* [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years> (дата обращения: 17.02.2017).

Следующей обширной сферой применения аналогии частного права в международном праве является международные обязательственные отношения.

Одним из первых дел, связанных с применением гражданского права в международных обязательственных отношениях, повлиявшем на право международной ответственности, было дело США против Великобритании (дело «Алабамы»). Спор возник по поводу захвата американских судов торговыми судами под британской юрисдикцией.

После продолжительных переговоров США и Великобритания заключили так называемое Вашингтонское соглашение, учреждавшее третейский суд для рассмотрения спора и содержащее в ст. VI правила, которыми должен руководствоваться суд<sup>1</sup>. В соответствии с соглашением государства были обязаны применять должную осмотрительность (*due diligence*) в отношении всех лиц, находящихся под их юрисдикцией, предотвращать любое нарушение взаимных обязательств.

Основная дискуссия развернулась вокруг значения и интерпретации понятия «должная осмотрительность» в статье VI соглашения.

Великобритания под мерой заботливости (*due diligence*) понимала следующее. Эта мера должна всегда (если иное специально не установлено практикой или договором) зависеть, в той или иной степени, от окружающих обстоятельств и не может быть с точностью определена в форме общего правила. Обычно она должна соответствовать той мере заботливости, которую правительства цивилизованных государств обыкновенно применяют в делах, относящихся к безопасности их самих или же их граждан.

---

<sup>1</sup> См.: Treaty of Washington, May 8, 1871 [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0170.pdf>. (дата обращения: 04.04.2017).

Представители США понимали под *due diligence* пропорциональную масштабу достоинства и мощи державы осмотрительность, которая предотвращает нарушения на территории нейтрального государства<sup>1</sup>.

Женевский арбитраж склонился к позиции США. По заключению суда британское правительство не проявило такой заботливости, не предприняв превентивных мер в части защиты американских судов от захвата торговыми судами под британской юрисдикцией. Арбитраж указал, что государство не может оправдать несоблюдение должной осмотрительности недостаточностью правовых средств в его распоряжении (т. е. положениями внутреннего права).

Судьи пришли к мнению, что поскольку международное право не содержит правил об определении степени вины необходимо руководствоваться по аналогии гражданско-правовым правилом поведения, согласно которому лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины в форме умысла или неосторожности. Правила, обычно распространяющие действия на отношения физических и юридических лиц, по аналогии были применены к межгосударственным отношениям.

Еще одним примером использования аналогии в практике международных судов является дело *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd.*<sup>2</sup> Согласно материалам дела компания *Barcelona Traction* была учреждена в Канаде и впоследствии создала дочерние компании в Испании. В результате действий органов государственной власти Испании, созданные дочерние компании перешли к испанским лицам. *Barcelona Traction* была лишена значительной части активов. Поскольку главными акционерами компании выступали бельгийские юридические лица, Бельгия предъявила Испании требование о возмещении вреда, причиненного бельгийским акционерам.

---

<sup>1</sup> См.: *Moore J. B. History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party.* Washington: GOVERNMENT PRINTING OFFICE, 1898. P. 572 - 573.

<sup>2</sup> См.: *Belgium v Spain (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited) ICJ 1 Judgments [1970]* [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1970/1.html>

Суд отметил, что причиненный компанией ущерб наносит лишь косвенный вред интересам акционеров, вследствие чего субъектом, понесшим ущерб, может быть компания *Barcelona Traction*, а не ее акционеры. При этом *Barcelona Traction* учреждена в Канаде и имеет органы управления в этой стране. Суд определил, что принцип национальной принадлежности, применяемый к физическим лицам, должен быть использован по аналогии к юридическим лицам. Так, заявляемая государством международная претензия основывается не на ущербе, причиненном частным лицам, а на ущемлении правового интереса самого государства в лице находящихся под его юрисдикцией юридических лиц и их акционеров. Таким образом, защиту компании *Barcelona Traction* могла предоставить только Канада. Бельгия в данном случае выступила ненадлежащим истцом.

Только за последние пятнадцать лет аналогия, в той или иной форме, была применена при разрешении следующих международно-правовых договорных споров: *Soufraki v. United Arab Emirates*<sup>1</sup>, *Europe Cement case*<sup>2</sup>, *ADF v. United States of America*<sup>3</sup>, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*<sup>4</sup>, *EnCana v. Ecuador, London Ct. Int'l Arb.*<sup>5</sup>, *Siemens A.G. v. Arg. Republic*<sup>6</sup> и др.

Ключевые особенности использования аналогии в международно-правовых договорных спорах обусловлены рядом факторов. Принцип свобо-

<sup>1</sup> См.: *Hussein Nuaman Soufraki v. U.A.E.*, ICSID Case No. ARB/02/7, [2004] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: [http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki_000.pdf). (дата обращения: 17.02.2017).

<sup>2</sup> *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turk.*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, [2009] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-AF-07-2.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

<sup>3</sup> *ADF Group Inc. v. U.S.*, ICSID Case No. ARB/AF/00/1, [2003] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: [http://ita.law.uvic.ca/documents/ADF-award\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/ADF-award_000.pdf). (дата обращения: 18.02.2017).

<sup>4</sup> *Azurix Corp. v. Arg. Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 [2006] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

<sup>5</sup> *EnCana v. Ecuador, London Ct. Int'l Arb.*, Award, 176, n.124 [2006] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/EncanaAwardEnglish.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

<sup>6</sup> *Siemens A.G. v. Arg. Republic*, ICSID No. ARB/02/08, [2007] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

ды договора не ограничивает стороны в применении гражданско-правовых институтов и концепций. Использование терминологии частного права в международном договоре соответственно влечет за собой необходимость уяснения ее смысла и интерпретации. Соглашением сторон может быть предусмотрено использование применимого права одного из государств. В случае отсутствия такой оговорки, спор подлежит разрешению в соответствии с нормами международного права. Практика свидетельствует, что не каждый договорный спор возможно урегулировать на основе норм международного права. В данной ситуации суд, руководствуясь ч. 3 ст. 38 Статута ООН имеет правовые основания для формулирования из одной или нескольких отраслей частного права принципа, подлежащего применению в деле.

К необходимым условиям применения аналогии национального частного права в сфере международных договорных отношений можно отнести следующее: 1) использование в договоре институтов гражданского права, либо терминологии; 2) невозможность прямого правового регулирования договорных отношений на основании норм и принципов международного права; 3) сформулированные из одной или нескольких отраслей частного права гражданско-правовые принципы, применяемые судом по аналогии, должны носить международно-правовой характер и быть признаны большинством национальных правовых систем.

Изучение пределов применения аналогии национального частного права к международно-правовым имущественным отношениям позволяет сделать следующие выводы.

Распространение применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям обусловлено, во-первых, слабой кодификацией отрасли международного права, основными источниками которого выступают соглашения и обычай, во-вторых, недопустимостью применения доктрины *non-liquet*, то есть отказа в правосудии под предлогом отсутствия норм.

Пределы аналогии частного права в международном праве ограничиваются двумя основными сферами: 1) внедоговорные международно-правовые отношения, когда отсутствует применимый источник, но практикой выработаны механизмы использования гражданско-правовых принципов и концепции частного права; 2) обязательственные международно-правовые отношения, в которых используются терминология и институты частного права.

Под аналогией частного права в международном праве следует понимать формулирование из одной или нескольких отраслей национального частного права гражданско-правового принципа, признанного цивилизованными нациями и подлежащего применению к неурегулированным международным правовым отношениям в качестве частного правила поведения. При этом гражданско-правовые принципы, применяемые судом, должны носить международно-правовой характер и быть признанными большинством национальных правовых систем.



## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенное исследование демонстрирует, что возрастающая потребность использования аналогии в гражданском праве требует соответствующего теоретического обоснования. По результатам проведенного исследования были сделаны следующие выводы в отношении содержания и применения аналогии права в гражданском праве.

Обосновано, что обширный круг отношений, составляющих предмет гражданского права, не позволяет урегулировать их абсолютным образом, что обуславливает возникновение неопределенности в гражданском праве.

Рассматривая правовую природу неопределенности, предлагается оценивать названный феномен не только как средство нормативного правового регулирования, которое выражается в возможности усмотрения правоприменительных органов при разрешении спорной ситуации, но и в качестве средства индивидуального поднормативного регулирования при реализации права самими участниками гражданского оборота.

В связи с этим под неопределенность следует понимать свойство права, предполагающее свободу выбора возможных дальнейших действий, в отсутствии правила поведения, обязывающего действовать строго определенным образом (императивная норма).

Основными формами выражения позитивной неопределенности в гражданском праве выступают относительно-определенные правовые нормы, оценочные понятия и рамочные договоры. Отрицательное свойство неопределенности выражается в возникновении правовых пробелов, которые подлежат преодолению посредством аналогии закона и аналогии права. Аналогию права следует рассматривать в качестве заключительного (итогового) средства преодоления пробелов при исчерпании иных правовых средств.

Обосновано, что в гражданско-правовой доктрине отсутствует единое концептуальное представление об аналогии права. Аргументировано, что в системе российского гражданского права аналогию следует рассматривать

как сложный, смешанный, материальный, общий, регулятивно-охранительный и функциональный правовой институт. Аналогия права выступает в качестве самостоятельного субинститута аналогии и обеспечивает единое организационное начало для юридической оценки обстоятельств, не урегулированных правовыми нормами.

Под аналогией права следует понимать средство устранения негативной правовой неопределенности и преодоления правовых пробелов правоприменительными органами, а также установления, изменения и прекращения отдельных правоотношений участниками оборота – физическими и юридическими лицами.

Установлено, что в гражданском праве наряду с правовой аналогией подлежит применению фактическая аналогия (аналогия факта). В данном случае аналогия выступает средством законодательной техники. Посредством аналогии факта на основании сравнения обстоятельств и установления их сходства делается заключение о наличии юридического факта.

Обосновано, что констатация пробела в законодательстве является необходимым условием применения аналогии в гражданском праве. Под пробелом в гражданском законодательстве следует понимать неурегулированность нормой права конкретного содержания отношений, которые соответствуют природе гражданского права и входят в его предмет, подпадают под основные начала гражданского законодательства, регулируются посредством частноправового (координационного, диспозитивного) метода правового регулирования. Не образуют правовой пробел и не требуют применения аналогии права «молчание» правовой нормы; противоречие правовых норм; фактические ошибки в законе и договоре.

Доказано, что установлению пробела и использованию аналогии права предшествуют следующие стадии правоприменения: соответственное применение правовых норм; субсидиарное применение права; конкретизация права; толкование; рестрикция и аналогия закона. Данные этапы правоприменения дают наиболее полное представление о действующих нормах права, спо-

способствуют определению сферы правового регулирования, юридической значимости ненормированных правом отношений, позволяют сделать вывод о необходимости формулирования недостающих норм, то есть установлении наличия или отсутствия пробела в законе.

Установлено, что в отсутствие условия, необходимого для исполнения договора (пробел в договоре), аналогия может выступать одной из форм восполнительного толкования договора, когда существующее договорное условие применяется к неурегулированному вопросу по аналогии. При восполнительном толковании следует принимать во внимание цель договора, общую волю сторон, практику, сложившуюся во взаимоотношениях сторон, требования добросовестности, разумности и справедливости.

Аргументировано, что в связи с неопределенностью содержания категорий «общие начала и смысл гражданского законодательства», для применения аналогии права предлагается использовать установленные в ст. 1 ГК РФ «основные начала гражданского законодательства» в следующей юридико-технической правоприменительной логической последовательности: (1) выбор конкретного основного начала, подлежащего применению, либо выведение посредством индукции из нескольких основных начал общего правила поведения; (2) выведение посредством дедукции из общего правила поведения частного правила поведения, подлежащего применению.

Обосновано, что пределы аналогии права обусловлены спецификой отношений, регулируемых обособленными институтами гражданского права. Ошибочное применение аналогии права к отношениям, в которых аналогии нет места, влечет за собой злоупотребление правом и обход закона.

Установлено, что с точки зрения видов вещных правоотношений нельзя говорить о возможности их пробельности и применении аналогии права соответственно.

Отдельные отношения в сфере права интеллектуальной собственности, регулируются в предусмотренных законом пределах. Так, представляется недопустимым использование аналогии права для установления новых объек-

тов патентных прав, интеллектуальных прав на селекционные достижения и топологии интегральных микросхем. Названные объекты интеллектуальных прав исчерпывающим образом установлены законом, либо возникают только при достижении указанного в законодательстве творческого результата.

Поскольку наследственные правоотношения возникают вследствие наступления юридических фактов, прямо предусмотренных законом (смерть, объявление гражданина умершим), постольку установление иных, непредусмотренных законодательством юридических фактов по аналогии не допускается.

В части установления условий договора аналогия права неприменима, если норма, регулирующая права и обязанности сторон по договору, содержит ярко выраженный запрет установить иное (императивная норма). Обосновывается, что расширению сферы применения аналогии права будет способствовать дополнение п. 2 ст. 421 ГК РФ положением об аналогии права.

Специфика отношений, связанных с установлением гражданско-правовой ответственности и ограничением гражданских прав, не допускает применения аналогии права, поскольку это вступает в противоречие с п. 1 ст. 1 ГК РФ (недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав).

С целью применения аналогии права критерии добросовестности, разумности, справедливости следует использовать в негативном смысле. Правоприменительный акт должен соответствовать основным началам и смыслу гражданского законодательства и вместе с тем не должен быть недобросовестным, неразумным, несправедливым.

Доказано, что ограничения применения аналогии гражданского права в отношениях, основанных на подчинении одной стороны другой, проявляются в запрете использования аналогии в сфере установления ответственности, а также в сфере отношений, где возникновение прав и обязанностей соответствующих субъектов связано с наличием нормы права конкретного содержания (императивная норма).

Обосновано, что распространение применения аналогии национального частного права к международно-правовым отношениям обусловлено, во-первых, слабой кодификацией отрасли международного права, основными источниками которого выступают соглашения и обычай, во-вторых, недопустимостью применения доктрины *non-liquet*, то есть отказа в правосудии под предлогом отсутствия норм. Пределы аналогии гражданского права в международном праве ограничиваются двумя основными сферами: 1) внедоговорные международно-правовые отношения, когда отсутствует применимый источник, но практикой выработаны механизмы использования гражданско-правовых принципов и концепции гражданского права; 2) международно-правовые отношения, регулируемые договором, в котором используются терминология и институты гражданского права.

Под аналогией частного права в международном праве следует понимать формулирование из одной или нескольких отраслей национального частного права основополагающего принципа, признанного цивилизованными нациями и подлежащего применению к неурегулированным международным правовым отношениям в качестве частного правила поведения. При этом частноправовые принципы, применяемые судом, должны носить международно-правовой характер и быть признанными большинством национальных правовых систем.

## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

### **I. Нормативные правовые акты и проекты нормативных актов**

1. Конституция Российской Федерации. Принята на всенародном голосовании 12.12.1993 // Собрание законодательства РФ. 2009. № 4. Ст. 445. (ред. от 21.07.2014).

2. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета. 1994. № 138. (ред. от 28.12.2016).

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301. (ред. от 29.12.2017).

4. Семейный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст.16. (ред. от 29.12.2017).

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон от 26.01.1996 № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. №5. Ст. 410. (ред. от 05.12.2017).

6. Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 13.06.1996 № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954. (ред. от 19.02.2018).

7. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 31.07.1998 № 146-ФЗ //Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824. (ред. от 19.02.2018).

8. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон от 05.08.2000 № 117-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2000. № 32. Ст. 3340. (ред. от 07.03.2018).

9. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья): Федеральный закон от 26.11.2001 №146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552. (ред. от 28.03.2017).

10. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Российская газета. 2001. № 256. (ред. от 07.03.2018).

11. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 24.08.2002 № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3012. (ред. от 28.12.2017).

12. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 46. Ст. 4532. (ред. от 07.03.2018).

13. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): Федеральный закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496. (ред. от 01.07.2017).

14. Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492. (ред. от 28.01.2018).

15. Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 145. (ред. от 31.12.2017).

16. Федеральный закон от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 29. Ст. 3400. (ред. от 31.12.2017).

17. Федеральный закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 33 (Часть I). Ст. 3431. (ред. от 27.01.2018).

18. Законопроект № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а

также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», внесенный Президентом РФ на рассмотрение в Государственную Думу 2 апреля 2012 г. [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=47538-6&02> (дата обращения: 10.05.2017).

### **Источники унификации международного публичного и частного права**

1. Образцовые правила арбитражного процесса // Международное право, том 1. М.: Издательство БЕК, 1996. С. 424-431.
2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome, 2004. 406 p.

### **II. Учебная, монографическая, научная литература**

1. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. Т. 1. 490 с.
2. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юридическая литература, 1966. 187 с.
3. Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1966. 212 с.
4. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций в 2-х томах. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 396 с.
5. Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юридическая литература, 1970. 223 с.
6. Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975. 264 с.



7. Безина А.К. Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1971. 131 с.
8. Бирюков П.Н. Международное право: Учеб. пособие. М.: Юристъ, 1998. 258 с.
9. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Статут, 2003. 848 с.
10. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. 196 с.
11. Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. / Под ред. С.Н. Братуся. М.: Юрид. лит., 1975. 328 с.
12. Быков А.Г. План и хозяйственный договор. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1975. 157 с.
13. Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов. М.: Издание Бр. Башмаковы, 1913. 152 с.
14. Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. М.: ИНФРА-М, 2015. 176 с.
15. Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М.: ИНФРА-М, 2014. 157 с.
16. Власенко Н.А. Язык права. Иркутск: Восточно-Сибирское книжное изд-во, 1997. 176 с.
17. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М.: Зерцало Москва, 2003. 666 с.
18. Гамбаров Ю.С. Свобода и ее гарантии. Популярныe социально-юридические очерки. Спб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1910. 288 с.
19. Гегель. Сочинения. Т. 5. М.: Мысль, 1974. 814 с.
20. Готт В.С. О неисчерпаемости материального мира. М.: Мысль, 1968. 60 с.
21. Гражданский процесс: Учебник. 3-е изд., испр. и доп./ Под ред. М.К. Треушникова. М.: «Городец-издат», 2000. 379 с.

22. Гражданское право Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право: учебник для бакалавриата и магистратуры / В.А. Белов. М.: Издательство Юрайт, 2015. 622 с.
23. Гражданское право: В 3 т. Т. I.: учебник / Под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ-Пресс, 2010. 880 с.
24. Гражданское право: В 4 т. Т. 1: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2008. 720 с.
25. Гражданское право: Учебник. Часть первая / Отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. М.: Юристъ, 2003. 719 с.
26. Гражданское право: Учебник. Часть первая / Под общ. ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, А.А. Плетнева. М.: НОРМА; ИНФРА-М, 1998. 464 с.
27. Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2002. Т. 1. 776 с.
28. Гражданское право: Учебник: в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ Пресс, 2011. Т. 1. 765 с.
29. Гуев А.Н. Гражданское право: Учебник: В 3 т. М.: ИНФРА-М, 2003. Т. 1. 457 с.
30. Гуев А.Н. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Экзамен, 2006. 768 с.
31. Жеребкин В.Е. Логика. Харьков: Изд-во Харьков. ун-та, 1968. 256 с.
32. Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. Л.: Госюриздат, 1961. 380 с.
33. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. 309 с.
34. Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций. Ч. 3. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. 347 с.

35. Карташов В.Н. Институт аналогии в советском праве. Вопросы теории: Учебное пособие. Саратов: Издательство Саратовского университета, 1976. 63 с.
36. Карташов В.Н. Применение права: учеб. пособие. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1980. 74 с.
37. Карташов В.Н. Теория правовой системы общества: Учебное пособие: В 2 т. Ярославль: ЯрГУ, 2005. Т. 1. 491 с.
38. Киримова Е.А. Правовой институт: понятие и виды: Учебное пособие. Саратов: Гос. акад. права, 2000. 55 с.
39. Клейн Н.И. Организация договорно-хозяйственных связей. М.: Юрид. лит., 1976. 192 с.
40. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садиков. М.: ИНФРА-М, 1997. 778 с.
41. Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006. 269 с.
42. Кукольник В.Г. Начальные основания российского частного гражданского права. Для руководства к преподаванию оного на публичных курсах. Спб.: Печатано при Сенатской тип., 1813. 240 с.
43. Лазарев В.В. Применение советского права. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. 200 с.
44. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. лит., 1974. 184 с.
45. Лейст, О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст. Под ред.: Томсинов В.А. М.: Зерцало, 2008. 246 с.
46. Лившиц Р.З. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1994. 224 с.
47. Любашиц В.Я., Мордовец А.Ю., Тимошенко И.В., Шапсугов Д.Ю. Теория государства и права: Учебник. М.: ИКЦ «Март», 2003. 656 с.
48. Манохин В.М. Хозяйственное обслуживание организаций и граждан. М.: Юрид. лит., 1975. 222 с.

49. Материалисты Древней Греции. М.: Госполитиздат, 1955. 240 с.
50. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). М.: Статут, 1902. 831 с.
51. Михайлова Э.Н., Чанышев А.Н. Ионийская философия. М.: Изд. Московского университета, 1966. 184 с.
52. Михайловский И.В. Очерки философии права. Томск: Изд. кн. маг. В. М. Посохина, 1914. 632 с.
53. Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М.: Юстицин-форм, 2008. 176 с.
54. Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Брагинский М.И., Витрянский В.В., Звеков В.П. и др.; Под общ. ред.: Карпович В.Д.; Алф.-предм. указ.: Шилов О.Ю. М.: Спарк, Хозяйство и право, 1999. 736 с.
55. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюр-издат, 1960. 150 с.
56. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: ИНФРА-М, 1999. 560 с.
57. Новгородцев П.И. Лекции по истории философии права. Учения нового времени, XVI - XIX вв. 4-е изд. М.: Изд. кн. магазина «Высш. Шк.», 1918. 209 с.
58. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Отв. ред. проф. М.Н. Марченко. Том 3. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. 528 с.
59. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М.: Азбуковник, 1999. 944 с.
60. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Том I (издание 2-е, исправленное и дополненное). С.-Петербург, типография товарищества «Екатерингофское печатное дело», 1909. 758 с.
61. Платон. Кратил. Ч. 5. М.: Мысль, 1979. 623 с.

62. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2003. 351 с.
63. Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой: 2-е изд., перераб. и доп. / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2011. 1161 с.
64. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв.ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. 958 с.
65. Сабо И. Социалистическое право. М.: Прогресс, 1964. 396 с.
66. Словарь русского языка: в 4 т. Под ред. А.П. Евгеньевой. М.: Рус. яз., 1982. Т. 2. 779 с.
67. Соловьев В.С. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. СПб.: Я. Канторовичъ, 1899. 177 с.
68. Старченко А.А. Роль аналогии в познании. М.: Высшая школа, 1961. 52 с.
69. Сырцев В.А. Социалистическое правосознание в СССР. Л.: Госюриздат, 1958. 131 с.
70. Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / Под ред. С.Н. Братуся, И. О. Самощенко. М.: Госюриздат, 1962. 575 с.
71. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. М.: Юристъ, 2003. 592 с.
72. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лугина, Б.С. Эбзеева. М.: Юнити-Дана, 2001. 640 с.
73. Уемов А.И. Аналогия в практике научного исследования. М.: Наука, 1970. 264 с.
74. Ушаков Н.А. Международное право: Учеб. М.: Юристъ, 2000. 304 с.
75. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: АН СССР, 1954. 238 с.

76. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой, Харьков: Право, 2011. 296 с.

77. Цветаев Л.А. Начертания теории законов. М.: Университетская типография, 1817. 377 с.

78. Черданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 191 с.

79. Чичерин Б.Н. Нравственный мир // Русская философия права: философия веры и нравственности: Антология / сост. и авт. вступ. ст. А.П. Альбов. С-Пб.: Алетейя, 1997. 398 с.

80. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учеб. пособие. Т. 2. М.: Юридический колледж МГУ, 1995. 698 с.

81. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М.: Статут, 2003. 250 с.

82. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. 556 с.

83. Щенникова Л.В. Вещное право / Учебное пособие. Пермь: Изд-во Пермского университета, 2001. 240 с.

84. Энциклопедический словарь русского библиографического института Гранат / Под ред. Ю.С. Гамбарова, В.Я. Железнова, М.М. Ковалевской, С.А. Муромцева, К.И. Тимирязева. М.: Т-во Бр. А. и И. Гранат и К°, 1934. 985 с.

85. Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006. 240 с.

### **III. НАУЧНЫЕ СТАТЬИ**

1. Абдрасулов Е.Б., Мугауова А.И. Некоторые аспекты восполнения пробела в праве через аналогию закона и аналогию права как составных частей толкования норм права // Инновационная наука. 2018. № 1. С. 56-59.

2. Агарков М.М. Ценность частного права // Изв. вузов. Сер. Правоведение. 1992. № 1. С. 25-41.
3. Александров Н.Г. Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 16-29.
4. Балашов А.Н., Мишутина Э.И. Вопросы применения аналогии закона и аналогии права в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. №10. С. 59-62.
5. Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75-78.
6. Бару М.О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям // Советская юстиция. 1963. № 14. С. 17-18.
7. Богданов Е.В. Категории «определенность» и «неопределенность» как элементы договорного регулирования общественных отношений // Законодательство и экономика. 2012. № 4. С. 21-28.
8. Братусь С.Н. Юридическая природа судебной практики в СССР // Советское государство и право. 1975. № 6. С. 13-21.
9. Бычков А. Стимулирование недобросовестных должников // Финансовая газета. 2011. № 44. С.10-14.
10. Власенко Н.А. Категории «неопределенность» и «определенность» в исследовании современного права // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2017. № 1 (37). С. 8-17.
11. Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 32-44.
12. Вопленко Н.Н. Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм // Вопросы теории государства и права. Вып. 2. 1971. С. 173-176.

13. Воронов А.Ф. О понятии, значении и нормативном закреплении принципов гражданского и арбитражного процессуального права // Законодательство. 2003. № 12. С. 47-58.

14. Гаврилов О.А., Колдаева Н.П., Лукьянова Е.Г., Поленина С.В., Скурко Е.В. Теоретические и практические аспекты развития правовой системы РФ в условиях глобализации // Государство и право. 2005. № 12. С.5-12.

15. Евдокимова В.Н. Правовая квалификация договоров о передаче технологий: проблемы и решения // Патенты и лицензии. 2004. № 8. С. 32-44.

16. Еременко В.И. О правовой охране наименований мест происхождения товаров в России // Законодательство и экономика. 2012. № 5. С. 96-101.

17. Жигачев А.В. Неопределенность налоговой нормы как основание для обжалования налогоплательщиками в Конституционный Суд Российской Федерации [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант-плюс». (дата обращения 01.11.2017).

18. Завидов Б.Д., Слюсаренко М.И. Отдельные пробелы и противоречия основных начал (принципов) гражданского законодательства России // Юрист. 2001. № 1. С. 2-8.

19. Зорькин В.Д. Проблемы законодательных пробелов в практике Конституционного Суда России [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://www.ksrf.ru/news/16.html>. (дата обращения 01.11.2017).

20. Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. 1968. Вып. 14. С. 45-60.

21. Калмыков Ю.Х. Вопросы толкования и применения гражданско-правовых норм // Хозяйство, право, управление: Межвузовский научный сборник / Саратовский юридический институт им. Д.И. Курского. Вып. 3. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1977. С. 85-94.

22. Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 49- 56.



23. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. №10. С.53-57.

24. Кузнецова О.А. Проблемы правоприменения принципов гражданского права // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2008. № 3 (16). С. 23-32.

25. Кузнецова О.А. Прямое (непосредственное) действие принципов гражданского права // Нотариус. 2006. № 1. С. 37-40.

26. Кузнецова О.А. Принципы гражданского права: Вопросы теории и практики // Правоведение. 2005. № 2. С. 24-34.

27. Леушин В.И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве. В сб.: Проблемы применения советского права, вып. 22. Свердловск, 1970. С. 43-49.

28. Махиня Е.А. Принцип закрытого перечня (numerous clause) вещных прав и его реализация в современном законодательстве и правоприменительной деятельности // Вестник пермского университета. 2015. № 4 (30). С. 52-59.

29. Микрюков В.А. О состоянии научных исследований по проблемам института аналогии в российском гражданском праве // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 1 (86). С. 60-68.

30. Микрюков В.А. О недопустимости установления и прекращения обременений гражданских прав по аналогии // Российская юстиция. 2014. № 3. С. 69-71.

31. Микрюков В.А. О практике ограничения гражданских прав по аналогии // Законодательство и экономика. 2013. № 9. С. 18-22.

32. Микрюков В.А., Микрюкова Г.А. Некоторые вопросы применения гражданского законодательства по аналогии // Вестник Пермского Университета. Юридические науки. 2014. № 1. С. 133-144.

33. Мозолин В.П. Развитие гражданского законодательства на современном этапе (дискуссионные проблемы) // Журнал российского права. 2005. № 7. С. 33-45.

34. Нешатаева Т.Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2004. № 2. С. 125-127.

35. Пашерстик А.Е. О сфере действия и принципах советского трудового права // Советское государство и право. 1957. № 10. С. 92-103.

36. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 49-57.

37. Поленина С.В. Аналогия в гражданском праве // Советское государство и право. М.: Наука. 1969. № 5. С. 29-36.

38. Поленина С.В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 21-28.

39. Реутов В.П. Стадии воздействия юридической практики на развитие законодательства // Правоведение. 1970. № 3. С.115-119.

40. Реутов В.П. Формы воздействия юридической практики на развитие законодательства // Государство, право, законность. 1970. Вып. 2. С. 182-198.

41. Романенко Д.И. Правовая природа аналогии в англо-американском гражданском праве // Международное публичное и частное право. 2016. № 6. С. 38-40.

42. Рыбин А.В. Виды и структура правовых норм. // Ученые записки Пермского государственного университета. Том XV. Вып. 3. Юридические науки. Пермь, 1957. С. 44-49.

43. Тихонравов Е.Ю. Соотношение распространительного толкования права и аналогии закона // Академический юридический журнал. 2016. № 2 (64). С. 4-10.

44. Толстик В.А. Общепризнанные принципы и нормы международного права в правовой системе России // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 67-77.

45. Цыбуленко З.И. Совершенствование норм гражданского законодательства России, регулирующих отношения с участием граждан // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2013. № 5 (94). С. 38-45.

46. Чаусская О.А. Воспроизведение как способ использования произведения // Актуальные проблемы правоведения. 2013. № 4 (40). С. 43-47.

47. Чаусская О.А. Учет функциональных связей гражданско-правовых норм при их применении // Проблемы применения частного права: межвуз. сб. науч. ст., посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. А.А. Серветника. Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «СГЮА», 2014. С. 197-206.

48. Черданцев А.Ф. «Соответственное» применение и толкование норм права // Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1969 год. Свердловск. 1970. С. 44-46.

49. Чукреев А.А. Добросовестность в системе принципов гражданского права // Журнал российского гражданского права. 2002. № 11. С. 100-104.

50. Яковлев А.Ф. О некоторых вопросах применения части первой ГК РФ арбитражными судами // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 5. С. 92-93.

#### **IV. Диссертации и авторефераты диссертаций**

1. Акимов В.И. Аналогия в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1970. 218 с.

2. Ашихмина А.В. Аналогия в советском трудовом праве: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1979. 172 с.

3. Байрамкулов. А.К. Особенности толкования договора в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. 244 с.

4. Белоносов В.О. Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. 199 с.

5. Божок В.А. Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2005. 28 с.
6. Бородянский В.И. Механизм взаимодействия принципов и норм гражданского права современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 22 с.
7. Вавилин Е.В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: дис. ...д-ра юрид. наук. М., 2009. 425 с.
8. Калашникова Э.Л. Неопределенность налоговой правовой обязанности: финансово-правовой аспект: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. 18 с.
9. Кархалев Д.Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. 180 с.
10. Кемулария Э.Ш. Проблемы применения уголовно-процессуального законодательства по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1983. 161 с.
11. Комиссарова Е.Г. Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства: дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. 303 с.
12. Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. 43 с.
13. Кузнецова Л.Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2004. 188 с.
14. Леушин В.И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: дис. ...канд. юрид. наук. Свердловск, 1971. 198 с.
15. Макрецова А.А. Принципы гражданского права переходного периода: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1996. 142 с.
16. Назаренко Т.Н. Неопределенность в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 227 с.

17. Опалев Р.О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве: дис.. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. 263 с.

18. Тычинин С.В. Гражданско-правовые способы защиты граждан и организаций при чрезвычайных ситуациях: дис. ... канд. юрид. наук. Спб., 1996. 213 с.

19. Фидаров В.В. Пределы допустимости применения института аналогии закона и аналогии права в правовой системе России: дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. 228 с.

20. Фомина Л.А. Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 28 с.

21. Чаусская О.А. Применение норм гражданского права: вопросы теории и практики: дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2002. 206 с.

22. Чельшев М.Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... док. юрид. наук. М., 2009. 501 с.

23. Шабуров А.С. Формальная определенность права: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Свердловск, 1972. 25 с.

24. Шиндяпина Е.Д. Аналогия права в правоприменении: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2007. 25 с.

25. Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. 26 с.

## **V. Иностранная литература**

1. Alexander L. Constrained by Precedent. Southern California Law Review. 1989, vol. 63. Pp. 1–64.

2. Antonopoulos C. Counterclaims before the International Court of Justice. Hague: Asser press. 2011. P. 126-129.

3. Anzilotti D. Cours de droit international, premier volume. Paris, 1929. 534 p.

4. Barak A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press. 2005. 423 p.
5. Burton S. *An Introduction to Law and Legal Reasoning*. 2nd ed. Boston: Little Brown. 1995. Pp. 60-65.
6. Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press. 1994. 490 p.
7. Christie G.C. *Vagueness and Legal Language* // *Minnesota Law Review*. 1964, vol. 48. Pp. 885-911.
8. Cornet N. *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*. Antwerpen. 2006. 485 p.
9. Dworkin R.M. *Hard Cases*. *Harvard Law Review*. 1975. Vol.88 № 6. Pp. 1057-1109.
10. Eisenberg M. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1988. Pp. 51-54.
11. Eisenberg M. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1988. 224 p.
12. Fauchille P. *Traité de droit international public*. Paris, Rousseau & C<sup>ie</sup>. 1925. Pp. 760-761.
13. Friedmann W. *The Use of "General Principles" in the Development of International Law*. *American Journal of International Law*. 1963. Pp. 57 - 279.
14. Goodhart A.L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. *Yale Law Journal*. 1930, vol. 40. Pp. 161-183.
15. Goodhart A.L. *The Ratio Decidendi of a Case*. *Modern Law Review*. 1959, vol. 22. Pp. 117-124.
16. Guggenheim P. *Traité de droit international public*. Georg. 1967. 352 p.
17. Hall W.E. *A Treatise on International Law*. Oxford: Clarendon Press. 1895. 791 p.
18. Herczegh G. *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest: Publishing House of the Hungarian Academy of Sciences. 1969. 228 p.

19. Jones J.A. Tax Law: Rules or Principles // Fiscal Studies. 1996, vol. 17. № 3. Pp 63-89.
20. Lauterpacht H. Private Law Sources and Analogies of International Law. London, 1927. 325 p.
21. Lesaffer R. Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription // The European Journal of International Law. Vol. 16. № 1. Pp. 25-58.
22. Levi E.H. An Introduction to Legal Reasoning. Chicago: The University of Chicago Press. 1949. P. 501-574.
23. Lindley M. The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law. London, 1926. 391 p.
24. MacCormick D.N. & Summers R.S. Interpreting Precedent. Aldershot: Dartmouth. 1997. 585 p.
25. Moore J. B. History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party. // [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<<http://onlinebooks.library.upenn.edu/webbin/book/lookupname?key=Moore%2C%20John%20Bassett%2C%201860-1947>> (дата обращения 10.05.2017).
26. Neuner J. Vertragsauslegung - Vertragsergänzung - Vertragskorrektur, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. 2007. 912 s.
27. Perry S. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. Oxford Journal of Legal Studies. 1987, vol. 7. P. 215-257.
28. Phillimore R. Commentaries upon International Law. London, 1873. 1064 p.
29. Pufendorf S. De jure naturae et gentium libri octo. New York: William S. Hein, 1995. 434 p.
30. Raz J. Law and Value in Adjudication in The Authority of Law. Oxford: Oxford University Press, 1979. 250 p.
31. Sandrock O. Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht: methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht. 1969. 231 s.

32. Schauer F. Is the Common Law Law? California Law Review. 1989, vol. 77. Pp. 489-471.
33. Schauer F. Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Oxford University Press, 1989. Pp. 174-187.
34. Schwarzenberger G. 'Title to Territory: Response to a Challenge' // The American Journal of International Law. 1957, vol. 51. Pp. 308-324.
35. Schwarzenberger G. International Law as Applied by International Courts and Tribunals. London: Stevens & sons, limited. 1949. 681 p.
36. Shaw M.N. International Law. Cambridge: Cambridge Univ. Press. 2003. 1431 p.
37. Shearer I. A. Starke's International Law. Oxford: Oxford University Press. 1994. 560 p.
38. Simpson A.W.B. 'The ratio decidendi of a case' // Modern Law Review. 1959. № 2. Pp. 453-457
39. Slaughter A.-M. A Global Community of Courts // Harvard International Law Journal. 2003, vol. 44. P. 191-219.
40. Slaughter A.-M. A New World Order. Princeton: Princeton University Press. 2004. 368 p.
41. Slaughter A.-M. Judicial Globalization, 40 VA. J. INT'L L. 2000. P. 1103-1124.
42. Visscher C. de Théories et réalités en droit international public. Paris, A Pedone. 1953. 468 p.
43. Vadi. V. Analogy in International Investment Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. 320 p.
44. Westlake J. International Law. London, 1904. 690 p.

## **VI. Материалы судебной практики**



1. Постановление Конституционного Суда РФ от 18.02.1997 № 3-П «По делу о проверке конституционности постановления Правительства Российской Федерации от 28 февраля 1995 года «О введении платы за выдачу лицензий на производство, розлив, хранение и оптовую продажу алкогольной продукции» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 1.
2. Постановление Конституционного Суда РФ от 02.07.1998 № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 331 и 464 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан» // Вестник Конституционного Суда РФ. № 5. 1998.
3. Постановление Конституционного Суда РФ от 10.04.2003 № 5-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 84 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Приаргунское» // Сборник законодательства РФ. № 17. Ст. 1656.
4. Постановление Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М. Богатырева» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.
5. Определение Конституционного Суда РФ от 16.03.2006 № 76-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Миронова Юрия Николаевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.
6. Определение Конституционного Суда РФ от 04.12.2007 № 966-О-П «По жалобе гражданина Поспелова Александра Леонидовича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями статьи 29 Патентного закона Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

7. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 08.12.1999 № 84 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего направление уголовных дел для дополнительного расследования» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 2. 2000.

8. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ» // Вестник ВАС РФ. 2004. № 2.

9. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 8. 2015.

10. Определение Верховного Суда РФ от 14.11.2014 по делу №305-ЭС14-442 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

11. Решение ВАС РФ от 14.05.2003 № 2742/03 «О признании недействующим пункта 7 раздела 4 Методических рекомендаций по расчету налоговой базы, исчисляемой в соответствии со статьей 10 Федерального закона от 06.08.2001 № 110-ФЗ, утвержденных приказом МНС России от 21.08.2002 № БГ-3-02/458» // Вестник ВАС РФ. № 8. 2003.

12. Постановление Пленума ВАС РФ от 27.04.2010 № 67/10 по делу № А40-13353/09-158-149 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

13. Постановление Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» // Вестник ВАС РФ. № 4. 2011.

14. Постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. № 2. 2012.

15. Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица» // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). № 32. 2013.

16. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. № 5. 2014.

17. Постановление Президиума ВАС РФ от 22.03.2011 № 13903/10 по делу А60-62482/2009 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

18. Постановление Президиума ВАС РФ от 04.10.2011 № 7073/11 по делу № А41-27185/10 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

19. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 2.

20. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.06.2009 № 131 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров о преимущественном праве приобретения акций закрытых акционерных обществ» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 9.

21. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.

22. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.04.2015 по делу № А51-9451/2015 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

23. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.04.1999 по делу № Ф04/752-125/А70-99 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

24. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 27.06.2007 по делу № Ф08-3880/2007-1551А [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

25. Постановление ФАС Поволжского округа от 01.08.2008 № А65-13804/06 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

26. Постановление ФАС Поволжского округа от 19.10.2010 по делу № А06-2137/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

27. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.09.2011 по делу № А56-2651/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

28. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.05.2015 по делу № А70-5865/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

29. Постановление Шестнадцатого Арбитражного Апелляционного Суда от 01.04.2011 по делу № А63-9936/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

30. Постановление Одиннадцатого Арбитражного Апелляционного Суда РФ от 09.07.2014 по делу № А65-4884/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

31. Постановление Пятого Арбитражного Апелляционного Суда РФ от 23.07.2015 по делу № А51-333107/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

32. Решение Арбитражного суда Республики Мордовия от 08.10.2014 по делу № А39-736/2012 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

33. Решение Арбитражного суда Республики Адыгея от 29.05.2015 по делу № А01-2748/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия от 15.12.2017.

34. ADF Group Inc. v. U.S., ICSID Case No. ARB/AF/00/1, [2003] [Электронный ресурс]. Доступно на URL:[http://ita.law.uvic.ca/documents/ADF-award\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/ADF-award_000.pdf). (дата обращения: 18.02.2017).

35. Azurix Corp. v. Arg. Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, [2006] [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<http://ita.law.uvic.ca/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

36. Varuch Ivcher Bronstein v. Peru, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 74, [2001] [Электронный ресурс]. Доступно на URL:[http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas_001.pdf). (дата обращения: 11.03.2017).

37. Belgium v Spain (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited) ICJ 1 Judgments [1970] [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1970/1.html> (дата обращения: 11.03.2017).

38. Case Concerning Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/The Netherlands), [1959] I.C.J. Rep. 209 [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<http://www.icjciij.org/docket/index.php?sum=281&code=bnl&p1=3&p2=3&case=38&k=32&p3=5> (дата обращения: 11.03.2017).

39. Celebici, Trial Chamber Judgment, Case № IT-96-21-T, [1998] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years> (дата обращения: 17.02.2017).

40. EnCana v. Ecuador, London Ct. Int'l Arb., Award, 176, n.124 [2006] [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<http://ita.law.uvic.ca/documents/EncanaAwardEnglish.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

41. Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turk., ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, [2009] [Электронный ресурс]. Доступно на URL:<http://arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-AF-07-2.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

42. Hussein Nuaman Soufraki v. U.A.E., ICSID Case No. ARB/02/7, [2004] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: [http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki_000.pdf). (дата обращения: 17.02.2017).

43. Island of Palmas case (Netherlands, USA // Reports of International Arbitral Awards. Vol. II, 1928. Pp. 829-839.

44. Lauder v. Czech Rep. 9 ICSID Rep. 66 [2001] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>. (дата обращения: 10.03.2017).

45. Mellacher v. Austria, 169 Eur. Ct. H.R. [1989] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>. (дата обращения: 11.03.2017).

46. Siemens A.G. v. Arg. Republic, ICSID No. ARB/02/08, [2007] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>. (дата обращения: 18.02.2017).

47. Técnicas Medioambientales S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/(AF)/00/2, [2003] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6182%282%29.pdf> (дата обращения: 04.03.2017).

48. USA v Mexico // Reports of International Arbitral Awards. Vol. 11, 1911. Pp 309-347.

49. Venezuela-British Guiana Boundary Arbitration, 92 BFSP 160. [1904] [Электронный ресурс]. Доступно на URL: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXVIII/331-340.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/331-340.pdf) (дата обращения: 11.03.2017).