

На правах рукописи

ГЕРМАНОВ Александр Викторович

**АНАЛОГИЯ ЗАКОНА
В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ**

12.00.15 — гражданский процесс; арбитражный процесс

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Саратов – 2019

Работа выполнена в Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Воронежский государственный университет».

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор
Баулин Олег Владимирович

Официальные оппоненты: **Кудрявцева Елена Васильевна**
доктор юридических наук, профессор,
ФГБОУ ВО «Московский
государственный университет имени М.В.
Ломоносова», профессор кафедры
гражданского процесса

Лукьянова Ирина Николаевна
кандидат юридических наук, доцент,
ФГБУН Институт государства и права
Российской академии наук, старший
научный сотрудник сектора гражданского
права, гражданского и арбитражного
процесса

Ведущая организация: **ФГБОУ ВО «Тверской государственный университет»**

Защита диссертации состоится «13» сентября 2019 года в 14:30 часов на заседании диссертационного совета Д-212.239.03 при Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» по адресу: 410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 104, зал заседаний диссертационных советов.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке и на сайте Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» (<http://test.ssla.ru/dissertation/dissert/27-06-2019-1d.pdf>).

Автореферат разослан «___» _____ 2019 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент



Колодуб Григорий Вячеславович

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования.

Конституционный Суд РФ неоднократно указывал в своих постановлениях на то, что из принципа юридического равенства применительно к реализации конституционного права на судебную защиту вытекает требование, в силу которого однородные по своей юридической природе отношения должны регулироваться одинаковым образом, а различное обращение с лицами, находящимися в сходных ситуациях, запрещается. Эту выработанную Конституционным Судом РФ правовую позицию можно считать общим основанием необходимости применения аналогии закона и права, в том числе аналогии процессуального закона, в тех случаях, когда действующее правовое регулирование оставляет лакуны в ситуациях, являющихся сходными по своей правовой природе. Вместе с тем общеизвестен факт, что при законодательном регулировании процессуальных отношений не может не учитываться специфика, присущая как различным ситуациям в рамках одной и той же процессуальной стадии, так и различным стадиям процесса.

Однако законодательный баланс между необходимостью одинакового регулирования и потребностью в правовой дифференциации зачастую не выдерживается по самым различным причинам. Внесение коррективов в неоправданную конституционно-значимыми целями, а также в несоответствующую основным началам права и обусловленную пробелами дифференциацию в правовом регулировании с учетом принципа разделения властей возлагается на суды как на одну из ветвей власти.

Мнение, согласно которому в публичных отраслях права, к числу которых относится и гражданское процессуальное право, не должно быть каких-либо пробелов, а потому достижение положения, когда в законе может быть предусмотрено все необходимое без исключения, а не предусмотренное в силу самой непредусмотренности, трактуется как недозволенное в настоящее время не является преобладающим. Признание наличия пробелов в гражданско-процессуальном правовом регулировании приобретает характер общепризнанного факта, а в научной литературе все большее внимание уделяется средствам и условиям преодоления законодательных пробелов.

Однако разработка вопросов, связанных с применением аналогии гражданского процессуального закона, как правило, сводится к фиксации ограничительных условий для использования аналогии процессуального закона, количество которых, с одной стороны, способно увеличиваться, а с другой, не восприниматься судебной практикой. В силу остающейся при этом теоретической неясности оснований для применения аналогии гражданского процессуального закона можно говорить об актуальности темы настоящего диссертационного исследования. Положение, согласно которому основанием аналогии закона, в том числе аналогии гражданского процессуального закона, является наличие пробела, носит общий и в значительной степени дидактический характер, в то время как не только в практическом, но и в теоретическом смысле данное положение нуждается в конкретизации, а именно в разрешении вопроса о том, какими критериями следует руководствоваться для проведения отличия между тем, что принято считать пробелом, и тем, что находится под запретом в силу законодательного молчания. В этой связи научное осмысление проблем, связанных с применением аналогии гражданского процессуального закона, позволит решить ряд задач, имеющих значение для правильного осуществления гражданского судопроизводства.

Степень научной разработанности темы характеризуется, с одной стороны, ее давней историей, аксиоматическим характером некоторых положений, литературной освещенностью проблематики, а, с другой, признанием наличия неразрешенных проблем в вопросах применения аналогии закона, необходимости проведения дальнейших научных исследований, в том числе на отраслевых уровнях.

В дореволюционной России связанная с аналогией закона проблематика привлекала внимание таких ученых, как И.А. Покровский, Н.С. Таганцев, В.Ф. Тарановский, Г.Ф. Шершеневич и др. Трудami этих ученых были заложены научные основы знаний, развитие которых продолжили в советский период А.Т. Боннер, Н.Н. Вопленко, В.Н. Карташов, В.Н. Кудрявцев, В.В. Лазарев, Р.З. Лившиц, П.Е. Недбайло, А.С. Пиголкин и др.

Вместе с тем разработанный к настоящему времени общетеоретический понятийный аппарат, с помощью которого объясняются и интерпретируются

ситуации законодательных пробелов и их преодоление посредством аналогии закона, нуждается в развитии, а по отдельным прикладным направлениям — в модификации.

В современных условиях состояние научной разработанности темы предпринятого исследования в области гражданского процессуального права представлено наличием нескольких диссертационных работ и соответствующих публикаций, включая монографию Д.А. Туманова, в которых вопросы о необходимости и условиях применения аналогии гражданского процессуального закона стали непосредственным предметом рассмотрения. Безусловно, эти исследования вносят значительный вклад в разрешение связанных с применением аналогии гражданского процессуального закона проблем и свидетельствуют об актуальности избранной темы.

Общую научную картину разработки связанных с применением аналогии гражданского процессуального закона проблем можно охарактеризовать как теорию, построенную по аксиоматическому типу, в основополагающих посылах которой содержатся теоретические положения о законодательном пробеле, а в качестве логического следствия обнаруженного пробела выступает необходимость применения аналогии закона. Однако проецирование теории, объясняющей целесообразность применения аналогии закона из обнаруженного пробела, не дает удовлетворительного разрешения возникающих при этом как в теории, так и на практике, ситуаций. В юридической литературе по соответствующей тематике отмечается тот факт, что связанные с применением аналогии гражданского процессуального закона вопросы весьма далеки от своего разрешения, что и предопределило выбор темы диссертационного исследования.

Объектом исследования являются гражданско-процессуальные отношения в трактовке таких понятий, как пробел, аналогия закона и квалифицированное молчание законодателя.

Предметом исследования выступает теоретическая интерпретация гражданско-процессуальных отношений, возникающих при применении аналогии гражданского процессуального закона, смежные с аналогией

гражданско-процессуального закона феномены и соответствующая предмету исследования судебная практика.

Цель диссертационной работы состоит в том, чтобы с помощью сравнительного метода определить правовую природу аналогии закона в гражданском процессуальном праве, выяснить основания и объяснить переход правоприменительного суждения от законом не предусмотренного к законом не запрещенному, установив отличия условий, при которых применение аналогии гражданского процессуального закона невозможно или ограничено, от условий, при которых применение аналогии гражданского процессуального закона приобретает значение необходимости.

Для достижения цели исследования были поставлены следующие **задачи**, определившие структуру работы:

исходя из общего определения понятия аналогии закона конкретизировать понятие аналогии закона в гражданском процессуальном праве;

рассмотреть процесс возникновения и развития аналогии закона, включая его гражданско-процессуальную составляющую, в историческом плане;

установить отличие аналогии гражданского процессуального закона от его толкования по объему и субсидиарного правоприменения;

выяснить значение квалифицированного молчания законодателя и его соотношение с пробелом в гражданском процессуальном праве;

проанализировать исторический вариант квалифицированного молчания законодателя в гражданском процессуальном праве;

определить условия обнаружения и преодоления пробелов в гражданско-процессуальном законодательстве;

сформулировать предложения по совершенствованию законодательства и судебной практики в намеченном направлении.

Теоретической основой исследования послужили общенаучные правовые положения, разработанные в трудах таких ученых, как А.Т. Боннер, А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев, Г.С. Калинин, С.А. Комаров, С.В. Курылев, В.В. Лазарев, М.Н. Марченко, П.Е. Недбайло, А.С. Пиголкин, В.М. Сырых, Л.И. Спиридонов, А.Ф. Черданцев, Г.Р. Швеков.

В процессе работы над диссертацией использованы работы российских ученых, в частности труды Н.И. Азарова, Н.П. Боголепова, Д.Д. Гримма, И.Б. Новицкого, С.И. Муромцева, И.А. Покровского, а также зарубежных правоведов — Ю. Барона, Г. Гарридо, Р. Давида, Ф. Дженаро, Р. Иеринга, Х. Кетца, В. Кнаппа, Р. Книппера, К. Осакве, К. Цвайгерта.

Автор настоящего исследования обращался к работам таких процессуалистов, как П.В. Алексей, С.Ф. Афанасьев, О.В. Баулин, Ю.Ф. Беспалов, В.А. Божок, В.В. Вандышев, Н.А. Власенко, А.Г. Давтян, Д.В. Дернова, О.А. Егорова, В.М. Жуйков, А.Д. Золотухин, О.В. Исаенкова, М.Ю. Лебедев, Е.И. Носырева, Г.В. Осокина, В.В. Пивульский, И.К. Пискарев, Т.В. Сахнова, А.Б. Смушкин, Т.В. Суркова, М.В. Треушников, Д.А. Туманов, Л.В. Туманова, В.П. Чапурский, А.Н. Чашин, О.С. Черникова, М.С. Шакарян, В.М. Шерстюк, Н.Д. Эриашвили, Т.С. Этина, М.К. Юков, В.В. Ярков.

В диссертации использовались также относящиеся к разрабатываемой теме публикации современных авторов: Н.Н. Апостоловой, А.Н. Балашова, И.В. Баранова, Е.В. Блинковой, В.Н. Захарова, К.П. Ермаковой, Э.И. Мишутиной, М.С. Носенко, Р.А. Рожковой, О.П. Сауляк, Т.А. Трубицыной, Г.Д. Улетовой, А.П. Цыбуленко, В.М. Шафирова и др.

Эмпирической основой исследования является опубликованная в различных источниках судебная практика и авторские наблюдения.

Методология исследования основывается на общих законах формальной и диалектической логики. В качестве исходных данных используются имеющие непосредственное отношение к предмету исследования общие положения теории права и полученные эмпирическим путем сведения. Метод характеризуется их сопоставлением, анализом, квалификацией и их переработкой при сочетании дедуктивных способов рассуждения с индуктивными, а также рассуждениями по аналогии.

Достоверность положений и выводов, сделанных в диссертации, подтверждается теоретической основой проведенного исследования, базой для которой послужили труды отечественных и зарубежных ученых. На достоверность положений и выводов диссертационной работы указывает также приводимая по ходу исследования судебная практика. Примененная в целях исследования методология с использованием законов формальной и диалектической логики позволила провести полный анализ и последующий

синтез общих положений теории права, с проецированием их на возникающие в сфере гражданского судопроизводства правоотношения. Сопоставление теоретических положений с практическим положением дел, обеспечило эмпирическую обоснованность положений и выводов диссертационной работы. Сочетание дедуктивных способов рассуждения с индуктивными, а также рассуждениями по аналогии обеспечило всесторонний подход к исследуемой проблематике и придало положениям и результатам диссертационной работы качество логической выводимости.

Научная новизна исследования заключается в уточнении понятия квалифицированного молчания законодателя и его сопоставлении с понятием пробела в гражданском процессуальном праве, исходя из предмета и метода гражданско-процессуального правового регулирования. Методологически правильным представляется обратить внимание не на теоретическое установление перечня условий применения аналогии закона в гражданском процессуальном праве, а на конкретные условия перехода от действия положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено», к выводу о том, что не всегда запрещенным является то, что законом не предусмотрено, и может преодолеваться аналогией закона. Впервые в доктрине отечественного гражданского процессуального права предлагается деление квалифицированного молчания законодателя на историческое и актуальное, устанавливается их соотношение с возможностью применения аналогии гражданского процессуального закона и формулируется вывод о том, что квалифицированное молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном законодательстве являются альтернативными понятиями, а решение о применении аналогии гражданского процессуального закона означает осуществление выбора между двумя альтернативными положениями. Новизной отличается также вывод о том, что при применении аналогии гражданского процессуального закона преодоление пробела является следствием преодоления заложенного в квалифицированном молчании законодателя запрета на непредусмотренное.

Проведенное исследование позволило сформулировать и обосновать следующие, **выносимые на защиту положения:**

1. При субсидиарном применении гражданско-процессуальных норм права одна норма применяется в дополнение к другой либо в порядке ее

конкретизации, либо в порядке действия общих норм права в дополнение к специальным. При этом применяемая в субсидиарном порядке гражданско-процессуальная норма права действует прямо. Условия применения гражданско-процессуальных норм права по аналогии иные.

2. К условиям применения аналогии закона в гражданском процессуальном праве относятся отсутствие прямого правового регулирования и возможностей субсидиарного правоприменения, исчерпание ресурса расширительного толкования и учет существа регулируемых и фактически сложившихся отношений.

3. Квалифицированное молчание законодателя в гражданском процессуальном праве — это такой прием законодательной техники, посредством которого устанавливается предписание, исключающее или предполагающее недопустимым совершение не предусмотренных в законе процессуальных действий и потому ограничивающее применение аналогии гражданского процессуального закона.

4. Квалифицированное молчание законодателя подразделяется на два вида: историческое и актуальное. Историческое квалифицированное молчание законодателя является следствием упразднения или изменения гражданско-процессуальных норм права. Не связанная с историческими изменениями в гражданском процессуальном законодательстве сфера действия положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено» относится к актуальному квалифицированному молчанию законодателя.

5. Историческое квалифицированное молчание законодателя означает «исторический запрет» на применение в порядке аналогии закона упраздненной процессуальной нормы или процессуальной нормы в ее прежней редакции.

6. Актуальная разновидность квалифицированного молчания законодателя действует там, где гражданско-процессуальная норма права сама по себе рассматривается как предписывающая в качестве возможных только указанные в ней действия. Такое предписание не исключает альтернативы в форме установления пробела в гражданском процессуальном законодательстве. Вывод о наличии пробела в гражданском процессуальном законодательстве является в то же время преодолением заложенного в квалифицированном молчании законодателя запрета на непредусмотренное.

7. Переход от положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено» к выводу о наличии пробела в гражданском процессуальном законодательстве не противоречит существу установленного законом регулирования в том случае, когда преодолевающая пробел аналогия дополняет, но не подменяет закон.

8. Возможность выявления пробела в гражданском процессуальном праве придает положению «все, что законом не предусмотрено, запрещено» значение презумпции. В силу этого установление пробела в гражданском процессуальном законе входит в пределы доказывания. Следует признать, что при разрешении вопроса о наличии в действующем гражданском процессуальном законодательстве пробела в круг подлежащих сопоставлению и оценке обстоятельств, имеющих процессуальное значение, наряду с фактическими действиями участников процесса попадает само гражданское процессуальное законодательство.

Теоретическое значение исследования определяется его результатами, которые могут быть использованы как в целях изучения гражданского процессуального права, так и дальнейшей научной деятельности.

Практическая значимость диссертационной работы заключается в возможности использования выводов и положений, сформулированных и обоснованных в диссертации, при практическом применении норм гражданского процессуального права, а также в учебном процессе при преподавании дисциплины «Гражданское процессуальное право».

Апробация результатов исследования. Диссертация прошла обсуждение на кафедре гражданского права и процесса ФГБОУ ВО «Воронежский государственный университет» и на кафедре гражданского процесса ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия».

Основные положения диссертационного исследования отражены в 4 научных статьях общим объемом 1,63 п.л., опубликованных в журналах, включенных в Перечень ВАК Министерства науки и высшего образования РФ и рекомендованных для опубликования докторских и кандидатских исследований.

Основные теоретические положения и выводы диссертационной работы обсуждались и докладывались на научно-практических конференциях различного уровня: Международной научно-практической конференции

«Актуальные проблемы юридической науки: теория и практика» (14 февраля 2014 г.); Международной научной конференции «Право: современные тенденции» (24 апреля 2014 г.); Международной научно-практической конференции «Перспективы реформирования гражданского процессуального права» (г. Саратов, 21 февраля 2015 г.).

Структура диссертации обусловлена предметом, целями, задачами и логикой исследования. Работа состоит из введения, двух глав, состоящих из семи параграфов, заключения и библиографического списка использованной литературы.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации, определяются ее объект и предмет, цель работы; излагаются подлежащие разрешению задачи; раскрываются научная новизна и основные положения работы, выносимые на защиту; характеризуется методологическая основа исследования; приводятся сведения об апробации и практической значимости исследования.

Глава первая «Аналогия гражданского процессуального закона и смежные способы правоприменения», состоящая из четырех параграфов, посвящена вопросам определения понятия аналогии гражданского процессуального закона, сопоставления аналогии гражданского процессуального закона с иными способами правоприменения и их разграничения.

В параграфе первом «Понятие аналогии гражданского процессуального закона» общее понятие аналогии сопоставляется с понятием аналогии закона, дается определение понятия аналогии гражданского процессуального закона и предлагается авторская редакция норм права, регулирующих применение гражданско-процессуального закона по аналогии.

Содержание общего понятия аналогии определяется в рамках познавательной деятельности и отображает процесс установления неизвестных признаков у объекта мышления благодаря его сходству с известными признаками другого объекта. Аналогия закона также основана на сходстве объектов мышления в определенных признаках, но при этом

сходные и отличительные признаки устанавливаются исчерпывающим образом, и задача по установлению неизвестных признаков не решается.

Аналогия закона в гражданском процессуальном праве является частным случаем аналогии закона и на данную аналогию полностью распространяется определение понятия аналогии закона, как оно дано в общей теории права, то есть применение правовой нормы по сходству, включая определение аналогии закона как средства преодоления пробелов, под которыми понимается полное или частичное отсутствие правового регулирования тех или иных отношений.

При принятии в качестве исходной позиции рассуждений положения о том, что процессуальные отношения проявляются в совершении процессуальных действий, в конкретизированном варианте аналогия процессуального закона может быть определена как средство преодоления пробелов в гражданском процессуальном законодательстве путем установления возможности совершения процессуального действия, предусмотренного для сходной ситуации. Но поскольку применение аналогии закона всегда связано с предварительным положительным решением вопроса о возможности ее применения, обстоятельства, указывающие на такую возможность, должны быть установлены и конкретизированы с учетом особенностей гражданского процессуального права.

Первая особенность связана со специфическим проявлением общего вопроса о возможности правового регулирования тех отношений, которые выявляются как неурегулированные или не полностью урегулированные гражданским процессуальным законодательством с учетом его публичного характера. Формулируется вывод о том, что поскольку гражданское процессуальное законодательство относится к числу публичных отраслей права, процессуальные вопросы, возникающие при отправлении гражданского судопроизводства, не могут не находиться в сфере правового регулирования, а не урегулированные законом отношения, складывающиеся в этой сфере, либо потенциально являются правоотношениями, либо не допустимы. Публичное право, по мнению диссертанта, не предполагает сферы отношений, к которым законодатель мог бы относиться безразлично.

На формирование понятия аналогии процессуального закона и условий ее применения публичный характер гражданского процессуального права

влияет также в аспекте свойственного публичным правоотношениям положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено». В юридической литературе и ранее отмечалось, что пробел в праве есть всегда молчание права, но не всегда молчание права есть пробел. Во втором случае публичный характер права предполагает запрет на законом не предусмотренное, что соответствует разрешительному типу правового регулирования.

Своеобразие аналогии закона в гражданском процессуальном праве связано также с обнаружением пробела в нормах ГПК РФ, регулирующих применение аналогии закона. По меньшей мере, два пункта, а именно отсутствие прямого регулирования тех или иных гражданско-процессуальных отношений и отсутствие существенного противоречия между применяемой по аналогии нормой права и отношениями, к которым она применяется, должны войти как в число признаков, определяющих понятие аналогии гражданского процессуального закона, так и в текст самого закона.

В связи с этим представляется целесообразным подвергнуть корректировке п. 4 ст. 1 ГПК РФ, изложив его в следующей редакции: «В случае отсутствия нормы процессуального права, прямо регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи (далее также — суд) применяют к таким отношениям, если это не противоречит их существу, процессуальную норму, регулиющую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)».

Во втором параграфе «История возникновения и развития аналогии закона» дается краткий обзор исторических особенностей и тенденций по общим вопросам применения аналогии закона и применения аналогии закона в гражданском процессуальном праве в частности.

Первоначально применение правовых норм по аналогии получило свое развитие в римском праве, которому, как известно, свойствен процессуальный взгляд на все право, так как материальное право не представлялось вне исковых формул. Первичность процессуальных форм по отношению к материальным и их развитие по аналогии нашло свое продолжение в англо-американской системе права, в которой правовая аналогия представлена понятием аналогии исков и судебных прецедентов.

В истории континентальных право порядков, функционировавших на основе статутных источников права и заменивших понятие исковой формулы на понятие требования (притязания), аналогия исков уступила место аналогии закона. Наблюдаются периоды стагнации и последующего возрождения нормотворческих функций суда в форме применения закона по аналогии. Позиция сдерживания логического развития нормативного текста, высшей стадией которого является аналогия закона и права, отчетливо демонстрирует их нормативный характер.

Для правовой истории России характерна приемлемость континентальных течений. Первоначально аналогия закона находилась под запретом и стала возможной после признания допустимости логического развития нормативных текстов и их толкования.

Начало советского периода в истории России отличается широким применением аналогии, так как отправление правосудия невозможно без аналогии закона и права ввиду упразднения ранее действовавших правовых источников и отсутствия новых. Но по мере вновь принимаемого законодательства возрастала тенденция укрепления законности, понимаемой как принцип процессуального права, не совместимый с аналогией процессуального закона.

Однако постепенно понимание принципа законности отходило от отождествления его с запретом на отступление от буквального содержания нормативного текста, его логического развития, а за законодательным регулированием гражданско-процессуальных отношений признавалось свойство пробельности. Сначала в ст. 12 Основ гражданского судопроизводства, а затем в ГПК РСФСР 1964 г. было законодательно отражено иное понимание законности, по сравнению с ранее принятым. В ГПК РСФСР 1964 г. правило о том, что гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности (ст. 2), сочеталось с правилом, согласно которому в случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии такого закона исходит из общих начал и смысла советского законодательства. Возникшая по поводу данной нормы дискуссия о возможности ее толкования как предусматривающей аналогию закона не только в материальном праве, но и допускающей ее в процессуальных

отношениях, закончилась в 2000 г. прямым законодательным закреплением применения гражданского процессуального закона по аналогии.

Согласно все более и более укрепляющим свои позиции теоретико-правовым воззрениям возможность применения аналогии гражданского процессуального закона не противоречит принципу законности.

В третьем параграфе «Отличие аналогии закона от толкования по объему» рассматривается соотношение между толкованием нормативного текста по объему и аналогией гражданского процессуального закона. Необходимость проведения такого отличия вызвана тем, что эффект применения правовых норм в обоих случаях характеризуется как распространительный и внешне оба приема выглядят как приравнивание одной фактической ситуации к другой. Исходя из господствующего мнения о том, что пробел в правовом регулировании есть отсутствие нормы, подлежащей применению, в рамках максимально возможного ее словесного смысла, аналогия закона может иметь место только после того, как расширительное толкование исчерпает свой ресурс. Толкование всегда нацелено на установление тождества между абстрактной нормой права и конкретным фактическим составом. Вопрос об аналогии возникает тогда, когда цель толкования признается недостигнутой.

В целях разграничения аналогии закона и его расширительного толкования выдвигается тезис о том, что в отличие от расширительного толкования аналогия закона обладает нормотворческим характером. Такое отличие обусловлено тем, что толкование закона всегда остается в рамках того, что предусмотрено нормативным текстом, в то время как аналогия закона применяется для преодоления пробела, то есть, прежде всего, подразумевает не наличие, а отсутствие необходимого в данном случае нормативного источника для целей квалификации.

При ближайшем рассмотрении толкования закона и его аналогии выясняется, что толкование нормативного текста связано с решением задачи его понятийного наполнения и заключается в установлении объема и содержания использованных в тексте закона слов и выражений. Наблюдения свидетельствуют о том, что существует два метода расширения и сужения понятий. Первый метод связан либо с включением определенного элемента в объем заданного понятия, либо с игнорированием признака,

ограничивающего этот объем; второй — с исключением какого-либо элемента из объема заданного понятия либо с введением дополнительного признака, ограничивающего этот объем. Так, из основанного на понятии имущества понятия имущественного спора можно исключить иски (требования) о признании права собственности и, наоборот, включить их в это понятие. Соответственно, в первом случае иски будут оплачиваться государственной пошлиной по ставкам неимущественного характера, во втором — по шкале ставок, установленных для имущественных споров. На этом примере можно наблюдать прямое исключение из объема или включение в объем понятия имущественного спора исков (требований) о признании права собственности. Подобное прямое включение или исключение может осуществляться не только законодателем, но и правоприменителем при разрешении конкретных дел. Например, из понятия имущества и соответственно из понятия имущественного спора может быть исключено право пользования услугами телефонной связи.

Установление преодолеваемого аналогией закона пробела связано не с решением вопросов об объеме и содержании использованных в тексте закона понятий и формулировок, а с отсутствием в нормативном тексте таковых. Например, в гражданско-процессуальное право введено такое понятие, как удаление суда в совещательную комнату. Но удаление суда в совещательную комнату и вынесение решения суда в кабинете судьи при удалении из него участников процесса представляют собой разные ситуации и выражаются разными понятиями. В тексте закона отсутствует понятие вынесения решения суда в кабинете судьи при удалении из него участников процесса, но такое действие совершается по аналогии с удалением суда в совещательную комнату.

Применительно к гражданскому процессуальному праву обращается внимание на ранее отмечавшиеся в юридической литературе причины законодательного пробела: вместо того, чтобы связать свои постановления с родовым объектом, закон соединяет их с отдельными представителями определенного рода. Так, вместо того, чтобы использовать понятие судебного постановления, закон связывает правило о прекращении производства по делу со вступившим в законную силу, вынесенным по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решением или

определением суда о принятии отказа истца от иска или об утверждении мирового соглашения сторон, в результате чего данное правило при наличии приговора применяется по аналогии, так как решение, определение и приговор суда являются разными понятиями, хотя и входящими как виды в общее понятие судебного постановления.

Таким образом, взятые в качестве логических операций расширительное толкование закона по объему и применение закона по аналогии при одном и том же эффекте расширения действия правовой нормы представляют собой явления разного порядка.

Четвертый параграф «Аналогия закона и субсидиарное правоприменение» посвящен анализу одного из сложнейших, в значительной степени проблематичного вопроса о взаимосвязи субсидиарного правоприменения и аналогии закона в гражданском процессуальном праве.

Взаимосвязь понятий субсидиарного применения норм права и аналогии закона проявляется в том, что, помимо эффекта расширения (распространения) действия какой-либо нормы права на прямо не подпадающие под ее действие отношения, аналогия закона вызывает также эффект дополнения: норма, применяемая по аналогии, может рассматриваться как норма, применяемая в дополнение, как вспомогательная норма права, как норма, «помогающая» заполнять обнаруженный пробел. По этой причине к вопросу об отличии аналогии закона от толкования по объему тесно примыкает проблема отграничения аналогии закона от субсидиарного правоприменения.

В юридической литературе наблюдается устойчивая тенденция использования латинизма «субсидиарный» и термина «межотраслевая аналогия» как равнозначных. Можно сказать, что межотраслевая аналогия обычно характеризуется как субсидиарная. Наряду с этим по давно сложившейся традиции термин «пробел» употребляется как для обозначения пробела в целях применения аналогии закона, так и для обозначения «пробела» в целях субсидиарного применения норм права. Думается, что такая терминология не отвечает одному из основных требований, предъявляемых логикой к определению понятий, — требованию однозначности.

Как минимум, два признака отличают межотраслевую аналогию, например, при применении норм ГПК РФ к УПК РФ, от субсидиарного применения норм права.

Первый признак усматривается в том, что при субсидиарном применении норм одной отрасли права к другой содержание первой нормы не изменяется, а это означает, что норма «переносится» прямо. Следовательно, субсидиарное межотраслевое правоприменение не является аналогией закона, при применении которой требуется учитывать существо правоотношений. Иначе получается, что необходимо отличать межотраслевую аналогию, при которой норма иной отрасли права рассматривается как напрямую относящаяся к другой отрасли, и «чистую» межотраслевую аналогию закона, когда для применения нормы права, заимствованной из другой отрасли, требуется учитывать существо правоотношений, то есть норма права, взятая из «отрасли-донора» изменяет свое содержание.

Второй признак связан с тем, что в качестве субсидиарных применяются также нормы права, изначально сконструированные как общие нормы права прямого действия. Прежде всего, к ним относятся нормы-дефиниции. Например, такое понятие, как место жительства или понятие юридического лица, используются в гражданском процессуальном праве в том значении, в каком они определены в гражданском законодательстве, то есть легальные дефиниции этих понятий применяются в гражданском процессуальном законодательстве не по аналогии, а напрямую или, говоря иначе, субсидиарно. Следовательно, любые нормы права, которые рассматриваются как общие, применяются прямо, то есть субсидиарно. Так, нормы права, регулирующие форму и содержание искового заявления, субсидиарно применяются к заявлению об изменении оснований или предмета иска. В связи с этим следует отличать легальную аналогию от легальной субсидиарности.

Закрепляя положение, согласно которому те или иные нормы права общего искового производства применяются при рассмотрении какой-либо специальной категории дел с учетом особенностей или существа последних, законодатель применяет легальную аналогию. Предусматривая положение, в соответствии с которым к действию одного подинститута применяются правила другого, например, к обеспечению доказательств правила об

обеспечении иска, как это сделано в ст. 72 АПК РФ, законодатель легально закрепляет необходимость субсидиарного правоприменения. Первый и второй отсылочные приемы правового регулирования отличаются. Что касается нормы ч. 1 ст. 66 ГПК РФ, согласно которой обеспечение доказательств производится судьей по правилам, установленным настоящим Кодексом, то данную норму права можно охарактеризовать как незавершенную. Она может быть завершена либо с использованием легальной аналогии применительно к правилам обеспечения иска, либо с использованием легальной субсидиарности по отношению к тем же правилам. Первый вариант предпочтительнее, второй способен вызвать немало затруднений.

Обращает на себя внимание тот факт, что в гражданском процессуальном законодательстве не только не используется термин «субсидиарный», но и соотношение между внутриотраслевой аналогией закона и применением норм иных отраслей права к гражданско-процессуальным отношениям по аналогии не регулируется.

В целом решение в первой главе диссертационной работы поставленных перед исследованием задач позволило сделать следующие выводы.

Необходимость учета существа ситуации (отношений) при применении аналогии гражданского процессуального закона дает основания для судебского усмотрения. При отсутствии прямого правового регулирования как применение аналогии закона, так и ссыла на не предусмотренное процессуальным законодательством как на запрещенное отвечает требованиям законности. Но неприменение норм права, подлежащих применению в субсидиарном порядке, не предполагает усмотрения. При аналогии закон дополняется как некий перечень действий, как добавление к нему нового и восполняющего недостаток, в то время как при субсидиарном правоприменении одна норма права применяется в дополнение к другой либо в порядке ее конкретизации, либо в порядке действия общих норм права в дополнение к специальным.

На основании изложенного можно утверждать, что конвенционально сложившееся отождествление понятий субсидиарного применения норм права и межотраслевой аналогии закона не корреспондирует фактическому положению дел.

Таким образом к условиям применения аналогии закона в гражданском процессуальном праве можно отнести отсутствие прямого правового регулирования и возможностей субсидиарного правоприменения, исчерпание ресурса расширительного толкования и учет существа регулируемых и фактически сложившихся отношений.

Проведенный сравнительный анализ общего понятия аналогии и аналогии закона в гражданском процессуальном праве при дальнейшем сопоставлении аналогии закона с такими категориями, как толкование закона и субсидиарное правоприменение, позволил сформировать более четкое представление об аналогии гражданского процессуального закона и подготовил почву для дальнейшего исследования вопроса о правовой природе аналогии гражданского процессуального закона и аргументации выносимых на защиту положений.

Глава вторая «Формализм права и аналогия гражданского процессуального закона» состоит из трех параграфов. Использование в данной главе сравнительного метода направлено на разрешение вопроса о соотношении возможности применения гражданско-процессуальных правовых норм по аналогии, ограничения такой возможности и исключения таковой. Для целей исследования сопоставляются такие понятия, как пробел, аналогия закона и квалифицированное молчание законодателя, анализируется их взаимосвязь.

В параграфе первом «Квалифицированное молчание законодателя» рассматривается действие положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено» при сопоставлении этого положения с возможностью выявления в гражданском процессуальном законодательстве преодолеваемого аналогией закона пробела.

Исходя из того, что гражданское процессуальное право является правом публичным, логично предположить, что в основе гражданско-процессуального правового регулирования лежит запрет и, прежде всего, запрет на то, что законом не предусмотрено (разрешительный тип правового регулирования). Из самой формулировки данного положения следует, что при конструировании правовых норм законодателю вовсе не требуется прибегать к фиксации в тексте закона прямо выраженных запретов. Для установления

запрета в тексте закона в сфере публичных отношений достаточно умолчания как формы его выражения.

Вытекающий из нормы права как предписания и основанный на толковании от противного молчаливо выраженный законодательный запрет на непредусмотренное получил в юридической литературе название «квалифицированное молчание законодателя (закона)». Однако содержание этого понятия нуждается в уточнении, так как с течением времени в него стали вкладывать различное содержание. Наряду с оговоренным пониманием квалифицированного молчания законодателя его связывают с безразличными для законодателя и потому не нуждающимися в правовой регламентации отношениями, а также с используемыми в тексте закона оценочными категориями, что лишает понятие квалифицированного молчания законодателя определенности.

В случае с квалифицированным молчанием законодателя, прежде всего, нормы права рассматриваются как предписания и воспринимаются как определенный законом «перечень» действий, отклонение от которого не допускается. Квалифицированное молчание законодателя и положения «запрещено все, что законом не предусмотрено», являются равнозначными понятиями, так как выражают одну и ту же противопоставляемую выявлению пробела мысль: императивный метод правового регулирования направлен на то, чтобы исключить какое бы то ни было усмотрение участников правоотношений и конкретного правоприменителя. Согласно умозаключению от противного все, что не охватывается текстом закона, противоречит ему. Если руководствоваться только этим положением, то оно приведет к выводу об отсутствии какого бы то ни было пробела в законодательстве, а потому аналогия закона также невозможна. Например, вывод о том, что государственная пошлина подлежит уплате только по предусмотренным в законе основаниям, является результатом умозаключения о противоречии закону того, что в нем не предусмотрено. Точно так же в соответствии со ст. 165 ГПК РФ председательствующий обязан разъяснить лицам, участвующим в деле, их процессуальные права, но не материальные. Часть 4 ст. 176 ГПК РФ предусматривает на случай неявки надлежаще извещенного ответчика в судебное заседание и при отсутствии сведений об уважительных причинах неявки рассмотрение дела в его отсутствие, но ничего иного.

Следовательно, задача по определению условий применения аналогии гражданского процессуального закона сводится к определению возможности установления пробела при действующем в гражданском процессуальном праве как праве публичном общем положении, в соответствии с которым обязательным или разрешенным является только то, что законом предусмотрено.

В параграфе втором «Исторический запрет в гражданском процессуальном праве» определяются два вида квалифицированного молчания законодателя: историческое и актуальное. Обосновывается вывод о том, что историческое квалифицированное молчание законодателя — это вытекающий из хронологического изменения в законе запрет на непредусмотренное, полностью исключающий применение по аналогии норм ранее действовавшего гражданского процессуального законодательства.

Понятием исторического квалифицированного молчания законодателя и следующим из него историческим запретом охватывается всякое изменение в законе. Очевидно, что каждая новая редакция нормы означает упразднение ее прежней редакции и, следовательно, запрет на применение закона в прежней редакции. Согласно одному известному выражению «отрицанием любого правового предписания следует считать его изменение». Поэтому под историческим запретом диссертант понимает ситуацию, при которой в новом или измененном тексте гражданского процессуального закона умалчивается о ранее имевших место предписаниях, правах и обязанностях. Данное положение нуждается в пояснениях.

Так, исходя из препятствующего применению аналогии закона исторического запрета, следует признать ошибочным встречающееся в юридической литературе усмотрение пробела в том, что ГПК РФ не содержит указания о возможности оспаривания решений и действий (бездействия) учреждений, организаций, их объединений и общественных объединений в порядке производства по делам, возникающим из публичных правоотношений. Не соответствует также историческому замыслу законодателя вывод о том, что данный «пробел» должен быть восполнен Постановлением Пленума Верховного Суда РФ посредством использования института аналогии. Такая аналогия являлась бы прямым вторжением в

компетенцию законодателя и означала бы не дополнение закона, а изменение его путем восстановления отмененного.

Также ошибочно считать аналогией закона взимание государственной пошлины в соответствии с ранее действовавшим законодательством при обнаружении пробела во вновь принятом. Согласно одному известному выражению даже самые неудачные «продукты законотворчества» должны исполняться.

Применение по аналогии отмененных норм или изложенных в ранее действовавшей редакции норм гражданского процессуального права не только вступает в противоречие с исторической волей законодателя, но порой может создавать абсурдные ситуации, такие, например, как заявление ходатайств о рассмотрении гражданского дела в суде общей юрисдикции с участием народных заседателей.

Цель применения аналогии закона состоит в беспрепятственном осуществлении правосудия, но возможность применения правовых норм по аналогии не должна вступать в противоречие с исторической волей законодателя и в том случае, когда вновь принятый закон оставляет желать лучшего, по сравнению с ранее действовавшим.

В параграфе третьем «Переход от правового формализма к аналогии закона в гражданском процессуальном праве» формулируются выводы по результатам исследования и дается характеристика перехода от вытекающего из актуального квалифицированного молчания законодателя запрета на непредусмотренное к выявлению пробела в гражданском процессуальном законодательстве как единственного основания для применения аналогии закона.

В двух предыдущих параграфах было установлено, что квалифицированное молчание законодателя и в том числе исторический запрет являются непосредственным выражением отрицательной воли законодателя в форме умолчания и объясняют положение «все, что законом не предусмотрено, запрещено». Основания положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено» видятся в том, что право по своей природе является формализованной системой, а в публичном праве формализм принимает жесткий характер. Из жесткого формализма права с необходимостью вытекает такой же жесткий формализм в его

осуществлении, в результате чего нормы гражданского процессуального права рассматриваются как исключаящие какое бы то ни было усмотрение и не подлежащие расширению перечни действий. Формализм в осуществлении права, основанный на строгом соблюдении его предписаний, не допуская каких-либо отклонений от этих предписаний, не допускает тем самым какой-либо аналогии. В таком понимании правовая норма воспринимается и действует как приказ, который не обсуждается.

Однако исторически установлена невозможность формализовать все возникающие при отправлении правосудия отношения и не урегулированные правом отношения должны получить соответствующую оценку либо в качестве запрещенных как законом не предусмотренных, либо, хотя и не предусмотренных, но и не запрещенных, а потому, исходя из задач гражданского судопроизводства и существа правоотношений, требующих правового разрешения. Во втором случае сложившаяся ситуация характеризуется как пробел в законодательстве. Следовательно, возможность применения гражданского процессуального закона по аналогии появляется тогда, когда осуществляется переход от умозаключения о не предусмотренном в законе как о запрещенном к выводу о наличии пробела в законодательстве. Но поскольку не предусмотренная законом и потому не поддающаяся правовой квалификации ситуация является находящимся за рамками конкретных предписаний фактическим обстоятельством, то и наличие пробела в гражданском процессуальном праве выявляется и рассматривается как процессуальный факт. Возможность установления пробела как фактического обстоятельства придает актуальному квалифицированному молчанию законодателя свойство опровержимой презумпции и в значительной степени такая возможность основана на судебном усмотрении. Диссертант обосновывает вывод, согласно которому установление пробелов в гражданском процессуальном законодательстве относится к не имеющей ничего общего с судебным произволом оценочной деятельности судебных органов, а применение аналогии гражданского процессуального закона — к дополняющей закон нормотворческой функции.

В заключении диссертационного исследования подводятся итоги выполненной работы, в обобщенном виде формулируются основные выводы, а также обозначаются проблемы, нуждающиеся в дальнейшем, более глубоком изучении.

**Основные положения диссертационного исследования
опубликованы в следующих работах автора:**

Статьи, опубликованные в ведущих рецензируемых научных изданиях, рекомендованных ВАК Министерства науки и высшего образования Российской Федерации:

1. *Германов, А.В.* Об аналогии закона и субсидиарном правоприменении в гражданском процессуальном праве [Текст] / А.В. Германов // Вестник Воронежского государственного университета. – 2012. – № 1. – С. 140–148. (0,43 п.л.).

2. *Германов, А.В.* Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве [Текст] / А.В. Германов // Арбитражный и гражданский процесс. – 2013. – № 7. – С. 2–6. (0, 35 п.л.).

3. *Германов, А.В.* Толкование по объему и аналогия закона в гражданском процессуальном праве [Текст] / А.В. Германов // Закон и право. – 2015. – № 5. – С. 92–95. (0,3 п.л.).

4. *Германов, А.В.* Аналогия в логике и аналогия закона (на примере гражданского процессуального законодательства) [Текст] / А.В. Германов // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2016. – № 1(108). – С. 132–135. (0,2 п.л.).

Научные статьи, опубликованные в иных изданиях:

5. *Германов, А.В.* Молчание законодателя в гражданском процессуальном праве [Текст] / А.В. Германов // Актуальные проблемы юридической науки: теория и практика: материалы Международной научно-практической конференции (14 февраля 2014 г.) // Апробация. – 2014. – № 2(17). – С. 105–106. (0,1 п.л.).

6. *Германов, А.В.* Применение норм национального, международного и иностранного законодательства в цивилистическом судопроизводстве [Текст] / А.В. Германов // Перспективы реформирования гражданского процессуального права: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Саратов, 21 февраля 2015 г.). – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовской государственной юридической академии», 2015. – С. 87–89. (0, 25 п.л.).