

**АНАЛОГИЯ ЗАКОНА КАК СПОСОБ ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ****Шинкевич Д.С.,****научный руководитель канд. юр. наук Петров А.А.*****Сибирский федеральный университет***

Исследование аналогии закона как одного из средств регуляции правовой действительности является актуальным, поскольку в условиях динамично развивающегося общества, требующего все более прогрессивного законодательства, государство (суверен) не всегда успевает изменять его в интересах граждан. Но новые отношения в общественной жизни продолжают возникать, а нормы, которые могли бы их урегулировать, зачастую попросту отсутствуют. И в этом случае возникающие ситуации отнюдь не выпадают из области правового регулирования - государство все еще должно обеспечить восстановление нарушенных прав граждан и разрешение затруднительных для них ситуаций. Этим и обуславливается необходимость использования аналогии закона.

В.С. Нерсесянц определял ее как решение дела на основании закона, регулирующего отношения, сходные с рассматриваемыми<sup>1</sup>. Так как поиск другой нормы (сходной, но другой) с необходимостью говорит нам о том, что уподобление вынесенного предписания ей будет именно ложным (ведь один акт изначально призван регулировать ситуации, отличные от той, которую предстоит урегулировать другому) указанное правовое явление можно отнести к разряду фикций<sup>2</sup>. Е.Ю. Тихонравов называет аналогией закона среди разновидностей созидательных фикций, а последние - среди исторических, имеющих своей целью внесение изменений в право<sup>3</sup>. Созидательная фикция – это «суждение, которое скрывает или стремится утаить факт того, что под видом применения в конкретном случае действующей правовой нормы соответствующий орган государства создает и реализует предписание, не укладывающееся в содержание упомянутого юридического правила»<sup>4</sup>. Но с другой стороны, аналогия закона может рассматриваться как средство юридической техники, а также как юридическая конструкция.

Правовой институт аналогии не является новшеством в юридической практике и законодательстве, он нашел свое отражение еще в Дигестах Юстиниана: «...если мы не имеем писаных законов для каких-либо дел, то следует соблюдать установленное нравами и обычаем; а если для этого нет какого-либо дела, то (следует соблюдать) наиболее близкое и вытекающее из последнего (правило)»<sup>5</sup>. Уже в Античности люди осознавали, что законодательство не может быть абсолютно совершенным, в нем всегда будут «белые пятна», пробелы, которые нужно так или иначе преодолеть. Это осознание и побудило законодателя разделить свои полномочия по устранению таких пробелов с правоприменителями, гражданами и иными правовыми субъектами – урегулировать все самостоятельно он не способен, прежде всего, по объективным причинам, главной из которых является стремительное развитие общественных отношений. В процессе наделения этих субъектов возможностью применения аналогии закона, правотворец выводит область их деятельности за пределы формальной

<sup>1</sup>См.: Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов/Под общ. ред. Нерсесянца В.С. - М.: Норма, 2004. - С. 427.

<sup>2</sup>Такой точки зрения придерживался, в частности, Л. Фуллер (См. подробнее: Fuller L.L.(1967). *Legal fictions*. Stanford, CA: Stanford University Press)

<sup>3</sup>См.: Тихонравов Е.Ю. Способы восполнения пробелов в законодательстве: вопросы теории и истории. Дис. ... канд. юрид. наук. - Москва, 2013. - С. 24.

<sup>4</sup>Там же. - С.7-8.

<sup>5</sup>Памятники римского права: Законы 12таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. - М.:Зерцало,1997. - С.168.

законности. И хотя внешне рассматриваемое средство правового регулирования вполне согласуется с принципом законности, само содержание изучаемого способа преодоления пробелов, результатом которого является конструирование «внезаконного предписания»<sup>6</sup>, говорит об обратном. Именно это обстоятельство и вынуждает законодателя быть осторожным при санкционировании аналогии – разрешать ее использование для регуляции общественных отношений лишь в некоторых отраслях права.

Как правило, аналогия используется при правоприменении и при непосредственной реализации права. Но механизм ее осуществления не сводится ни к одному из этих видов деятельности. Ошибкой было бы и отнесение данного явления к сфере правотворчества. Деятельность по использованию аналогии закона является скорее созидательной. В Толковом словаре В. Даля при объяснении смысла глагола «созидать» используются следующие его синонимы - творить, вымышлять, сочинять<sup>7</sup>. Очевидно, что в результате применения аналогии что-то создается – выносятся индивидуальное предписание, способное урегулировать какую-то конкретную ситуацию. Здесь несколько некорректно говорить о том, что создается, «творится» именно объективное (позитивное) право хотя бы потому, что одним из признаков последнего является нормативность, предполагающая собой неоднократность применения и персонально неопределенный круг лиц, на который право воздействует. Перечисленные признаки совершенно не характерны для вынесенного в данном случае предписания.

Говоря о созидательной деятельности, столь необходимой для успешного преодоления пробелов, следует упомянуть еще об одном средстве правового регулирования - аналогии права. Технически, аналогия закона подразумевает аналогию права: «Конкретная юридическая норма, на которую ссылаются в случае аналогии закона, неизменно содержит все так называемые «общеправовые» принципы системы права. Ведь последние есть именно общие начала присутствующих здесь остальных правовых правил без какого-либо исключения»<sup>8</sup>. Но официальное разделение двух этих правовых явлений проведено в законодательстве достаточно отчетливо – правоприменители обязаны соблюдать очередность обращения к этим способам преодоления пробелов в праве: вначале использовать аналогию закона, и только при невозможности реализации данного механизма применять аналогию права. Вероятнее всего, это сделано для того, чтобы не дать правовым субъектам осознать всю широту усмотрения, предоставленную им, чтобы максимально ограничить необходимый выход за пределы законности.

Однако следует отметить, что при использовании данного способа преодоления пробелов субъектам предоставлено не так много свободы в выборе нормы, регулирующей сходные отношения, как может показаться на первый взгляд – часто те или иные нормативно-правовые и интерпретационные акты (например, постановления Пленума Верховного Суда РФ) прямо предписывают модель поведения правоприменителя при столкновении с определенными условиями, отойти от которой нельзя. Очевидно, что установление подобных ориентиров как раз и позволяет

---

<sup>6</sup> Такое предписание Е.Ю. Тихонравов называет незаконным, ссылаясь на слова чешского правоведа Л. Шпигеля: «Мы... не можем устранить того факта, что право, которое не основано и не может быть основано на законе, представляется именно правом незаконным» (Тихонравов Е.Ю. Указ. Соч. - С. 71-72.)

<sup>7</sup> См.: Толковый словарь живого великорусского языка Владимира Даля, Том четвертый, СПб-Москва, 1909. Под ред. И.А. Бодуэна-де-Куртенэ С.363

<sup>8</sup> Тихонравов Е.Ю. Указ. соч. - С.111.

сдерживать усмотрение субъектов права, гарантировать максимально возможную единообразность решений, выносимых по сходным ситуациям.