**Учебная дисциплина – Теория государства и права**

**КУРСОВАЯ РАБОТА**

**Тема:**

**Аналогии в праве**

**СОДЕРЖАНИЕ**

Введение 3

1. Применение и толкование права 5

1.1. Понятие применения права 11

1.2. Толкование норм права

2. Применение права по АНАЛОГИИ 16

2.1. Понятие пробелов в праве 16

2.2. Аналогия закона и аналогия права 19

3. институт аналогии в

правоприменительной практике 25

Заключение 28

Список использованных источников 30

**Введение**

Очевидно, что в условиях трансформации политической и экономической жизни страны появление новых институтов хозяйствования и, соответственно, новых типов общественных отношений, не охваченных правовым регулированием, неизбежно. Мы живем в ситуации, когда законодатели, правотворческие органы не успевают за быстро меняющимися реалиями бытия, что чрезвычайно затрудняет работоспособное функционирование предприятий.

Запутанность и неопределенность, так называемая «пробельность» права в Росси является одной из существенных проблем периода реформирования. Отсутствие, априори, заданных и стандартизированных правил игр способствует не только мошенничеству, но и целенаправленным экономическим преступлениям.

Механизмы восполнения пробелов в нашей стране должны разрабатываться юридической наукой в первую очередь потому, что законодательная власть не в состоянии в один миг решить огромный и с течением времени не только не сужающийся, но и возрастающий спектр пробелов российского законодательства.

Причинами возникновения пробелов в праве могут быть отставание законодательства от развития жизни, упущения при подготовке нормативно-правовых актов и другие.

Единственным механизмом устранения пробелов, помимо законотворческой деятельности, в российской практике выступают Постановления конституционного и Высшего арбитражного суда России.

Таким образом, основным способом восполнения пробела в праве является издание недостающей правовой нормы, необходимость которой обусловлена жизнью. В тех случаях, когда правотворческий орган не сумел устранить пробел, используется правило применения права по аналогии.

Под аналогией понимается определенное сходство между различными явлениями или предметами. Применение права по аналогии не означает произвольного решения конкретных дел. Решение здесь принимается в соответствии с принципами законности и справедливости. В юриспруденции различаются два основных вида аналогии: аналогия закона и аналогия права.

Актуальность темы курсовой работы подтверждается и многократным ростом исследований, посвященных нетипичным, спорным ситуациям в праве, применения аналогии, механизмам толкования и правоприменения, пробелам в праве.

**1. Применение и толкование права**

**1.1. Понятие применения права**

Правовая норма, т.е. правило поведения людей, реализуются в жизни, осуществляется в деятельности людей, в общест­венных отношениях, которые правовая норма регулирует, закре­пляет или видоизменяет. Правовыми нормами руководствуются граждане, сообразуя с ними свои поступки, правовыми нормами руководствуются государственные органы, разрешая возникаю­щие вопросы практики.

Таким образом, *применение права –* это действие права, реа­лизация права, осуществление тех предписаний, правил, которое устанавливает право[[1]](#footnote-1).

В современном правовом государстве право действует, при­меняется в интересах всего общества. Поэтому применение права опирается в первую очередь на сознательность людей, на их ува­жение к законам, в которых выражена политика государства и которые соответствуют правосознанию народа. Применение пра­ва, конечно, обеспечивается также государственным принужде­нием, силой государственного аппарата, но это принуждение применяется к дезорганизаторам порядков и общественной дис­циплины, к нарушителям законов.

Применение права происходит в том случае, если юри­дическая норма не реализуется сама собой, а требует вмеша­тельства органов государственной власти. Например, совер­шение преступления – юридический факт, с которым нор­ма уголовного права связывает реализацию санкции, которую преступник вряд ли примет добровольно. Коль скоро обеспе­чение уголовно-правовых запретов, охраняющих устои кол­лективной жизни, – общее дело всего населения, применение санкции образует исключительную прерогативу государства.

Реакция государства на правонарушение – не единствен­ный пример правоприменительной деятельности. Она име­ет место и тогда, когда суд разрешает спор о праве гра­жданском, официально удостоверяя наличие или отсутствие субъективных прав и соответствующих обязанностей у тя­жущихся сторон; когда государство принимает решение о на­значении дня референдума или выборов Президента; когда государство издает правовой акт об образовании, реоргани­зации или ликвидации исполнительно-распорядительных ор­ганов или о назначении на должность того или иного лица, равно как и об освобождении такового от соответствующих должностных обязанностей; когда надлежащие государствен­ные органы награждают орденами отличившихся граждан; когда на основании тех или иных юридических норм гражда­нину назначается пенсия, выдается ордер на жилплощадь и т.д. и т.п.

Как видно из приведенных примеров, а их число можно умножить, правоприменительная деятельность проявляется в самых разнообразных формах. Что же объединяет все эти столь различные юридические действия в единое явление, обозначаемое понятием «применение норм права»?

Во-первых, применение юридических норм выступает на авансцену жизни права лишь в тех случаях, когда они не мо­гут реализоваться либо из-за правонарушения; либо из-за то­го, что субъективные права и обязанности непосредственно не вытекают из закона (например, конституционное право гра­жданина на образование реализуется лишь после того, как ректор принял решение о зачислении абитуриента, прошед­шего по конкурсу, в число студентов); либо не могут возник­нуть у субъектов из их односторонних действий и договоров (например, в случае спора о праве, подлежащего разрешению суда). Но какие бы препятствия ни вставали в процессе реа­лизации юридических норм, они должны осуществиться, ибо скрепляют целостность общества. Отсюда необходимость в специальной деятельности государственных органов, приме­няющих юридическую норму и тем самым гарантирующих ее реализацию, в деятельности, которая носит именно право-обеспечительный характер.

Если рассматривать право как продукт естественно-исторического развития, в результате которого юридические нормы могут формироваться и помимо нормотворческой де­ятельности органов государственной власти, то нетрудно за­метить, что обеспечение правореализации происходит в про­цессе функционирования всех трех ветвей власти. Здесь нет оговорки: именно всех трех, включая законодательную. Если норма права непосредственно вырастает из практики, то ее последующее облачение в форму закона придает ей значение государственного акта, повышая тем самым ее авторитет, а, следовательно, и действенность. Таковы, в частности, основ­ные права человека. Государство обязано придать им зако­нодательную форму, ибо они имеют всеобщее значение. Это вполне определенно выражено в Основном законе ФРГ 1949 г., в ст. 1 которого провозглашено, что «основные права обязывают законодательную, исполнительную власти и правосудие как непосредственно действующее право»[[2]](#footnote-2). Конечно, такого рода законодательная деятельность государства, имея прямое отношение к правообеспечению, с применением юри­дических норм связана лишь косвенно.

Классической формой правоприменения является деятель­ность органов правосудия. Официально объявляя о наличии или отсутствии у истцов, ответчиков, подсудимых субъектив­ных прав и обязанностей, определяя конкретные пути их реа­лизации и создавая своими решениями и приговорами основа­ния для обеспечения их принудительной силой, суды устраня­ют препятствия на пути осуществления юридических норм. В компетенцию судебной власти входит рассмотрение наиболее важных юридических дел.

Весьма существенную роль в правоприменении играет и исполнительная власть. Как подчеркивает В.А. Туманов, «если законодатель провозглашает и закрепляет права и сво­боды и основные их гарантии, правосудие – охраняет эти права от нарушителей, от кого бы они ни исходили», то «со­здание необходимых материальных, организационных и иных условий (в той мере, в какой они зависят от государства) реализации прав и свобод – сфера деятельности исполни­тельной власти»[[3]](#footnote-3). Правоприменение в области соци­ального управления осуществляется посредством властных действий исполнительно-распорядительных органов государ­ства и прямо входит в их компетенцию. Более того, в ко­личественном отношении число правоприменительных актов административно-управленческого плана многократно пре­вышает число решений и приговоров, выносимых органами правосудия по конкретным юридическим делам.

Итак, множество разнообразных правоприменительных актов объединяет прежде всего то, что все они представля­ют собой разновидности властной деятельности государства.

Во-вторых, правоприменение предполагает распростране­ние на отдельные жизненные обстоятельства ("казусы") юри­дических норм. Бели названные обстоятельства играют роль юридических фактов, то юридические нормы становятся ис­точником, порождающим субъективные права и обязанности у конкретных субъектов. Установление названных фактиче­ских обстоятельств и их правовая оценка и образуют содержание правоприменительной деятельности надлежащих орга­нов государственной власти. При этом под правовой оценкой понимается определение, являются ли установленные жизнен­ные обстоятельства юридическими фактами, порождающими правоотношения, или нет. Круг фактических обстоятельств, которые выясняют правоприменительные органы, очерчен ги­потезой юридической нормы.

После сказанного есть все основания утверждать, что правоприменительная деятельность государства представля­ет собой подведение отдельных жизненных случаев под общее правило поведения – юридическую норму.

В-третьих, правоприменение во всех своих формах выра­жается в принятии (постановлении, вынесении) решений не­конкретному делу компетентным органом государственной власти. Иногда такую роль играет общественная организа­ция, если она на то уполномочена государством или государ­ство признает ее решения юридически значимыми (например, третейский суд, профсоюзный орган).

Под юридическим делом в теории права понимается жиз­ненный случай (существенно важная для общества проблема, казус), ставший предметом государственного разбира­тельства. Как правило, такое дело получает документальное оформление[[4]](#footnote-4). Возникающие в юридической практи­ке дела весьма разнообразны. Это и судебные (уголовные или гражданские) дела; и дела, которые ведутся органами соци­ального обеспечения или учета и распределения жилой пло­щади о назначении заинтересованному лицу пенсии или пре­доставлении ему квартиры; и дисциплинарные дела, возник­шие в следствие нарушения рабочими или служащими правил внутреннего распорядка предприятия или учреждения; и де­ла, которые оформляются администрацией Президента Рос­сии в связи с возбуждением ходатайств о помиловании лиц, осужденных в уголовном порядке и т.д.

Чрезвычайно разнообразно и документальное оформление юридических дел. Это может быть и многотомное уголовное дело, и дело административного производства, возникшее в связи с переходом гражданином улицы в неположенном ме­сте и состоящее из одного документа, свидетельствующего об уплате виновным штрафа.

Обобщая сказанное, применение права можно *определить как властную* деятельность по *разрешению юридических дел, которая завершается индивидуальным решением, принимае­мым на основе юридических норм.*

В процессе правоприменения участвуют все элементы юри­дической нормы. Гипотеза указывает правоприменяющему государственному органу или уполномоченной общественной организации, какие фактические обстоятельства образуют основание для применения норм права. Диспозиция позволяет установить, какие субъективные права и обязанности возни­кают у участников правоотношения. Санкция определяет ха­рактер юридических мер, которые должны быть применены в случае нарушения требований диспозиции.

Место *правоприменительной деятельности* в правовом регулировании определяется ее ролью в осуществлении юри­дической нормы, т.е. в обеспечении и реализации субъектив­ных прав и обязанностей участников правоотношений. Ре­гулярность и массовость правоприменительных актов дают основание утверждать, что все они в своей совокупности обра­зуют завершающую стадию процесса правового регулирова­ния. Завершающей она является потому, что реализованное правоотношение перестает существовать. Оно или прекраща­ется, или трансформируется в другое правоотношение (испол­нение договора, обязательства, возникающего из причинения вреда, осуждение преступника, назначение пенсии и т.д.).

*Стадии применения юридических норм* обусловлены логикой правоприменительного процесса. В соответствии с этим выделяются три основные стадии:

1) установление фак­тических обстоятельств дела;

2) их юридическая оценка;

3) принятие решения по делу. Иногда к ним присоединяет­ся дополнительный этап – исполнение принятого решения.

Теория выявила и общую закономерность, определяющую объем исследовательской деятельности правоприменяющих органов. Чем более четко определены в норме признаки и свой­ства юридических фактов, необходимых для решения дела, тем уже сфера их изучения. И наоборот, если норма связы­вает решение дела с юридическим фактом как таковым, то границы исследования его свойств и связей существенно рас­ширяются[[5]](#footnote-5).

Обязательное условие правоприменения – разрешение юридического дела на основе точного текста правовой нор­мы. Отсюда вытекает необходимость идентификации текста правила поведения, имеющегося у правоприменяющего госу­дарственного органа, с оригиналом нормативного акта. Бели в его распоряжении имеется официальный текст норматив­ного акта в последней редакции, надобность в такого рода идентификации отпадает.

**1.2. Толкование норм права**

Для правильного применения правовой нормы к тому или иному жизненному случаю требуется, чтобы лицо, применяющее правовую норму, правильно усвоило смысл, содержание этой нормы. Каждая правовая норма выражена в определенном ис­точнике права – законе или ином акте государственной власти. Закон или иной акт формулирует содержание правовых норм в различных выражениях, в различной последовательности в связи с другими нормами для уяснения правовой нормы закона и со­поставления данного закона с другими законами. Уяснение смысла, содержания закона или иного акта государственной вла­сти называется *толкованием.* К такому толкованию закона или иного акта приходится обращаться при применении закона или иного акта к конкретным жизненным случаям, когда эти случаи подлежат разрешению на основании права.

Толкованию подлежит *любой* источник права, т.е. закон или иной акт государственной власти, устанавливающий правовые нормы, правила поведения. В дальнейшем изложении мы будем говорить прежде всего о толковании закона, так как в Россий­ском государстве закон является основным и важнейшим источ­ником права, а толкование иных источников права (указов, под­законных актов) производится при помощи тех же приемов, что и толкование законов[[6]](#footnote-6).

Толкование правовых норм – залог их правильного при­менения: решение по юридическому делу – рациональный акт органа государственной власти и в качестве такового предполагает уяснение смысла юридического правила пове­дения. Коль скоро правоприменительная деятельность имеет официальный характер, государственный орган, применяю­щий норму, не только уясняет себе ее смысл, но и разъяс­няет его всем, к кому разрешаемое юридическое дело име­ет касательство.

Юристы определяют толкование юридических норм как *уяснение и разъяснение их содержания, осуществляемые всеми субъектами правоприменительной де­ятельности.* Учитывая, что уяснение и разъяс­нение смысла права может осуществляться и неофициально, в число субъектов толкования включают и частных лиц[[7]](#footnote-7).

Для уяснения содержания юридической нормы в правопри­менительной практике используются приемы грамматическо­го, логического, систематического и историко-политического толкования.

Как отмечал Н.М. Коркунов, «каждый письменный источ­ник содержит в себе человеческую мысль, выраженную сло­вом. Но и мысль и слово подчиняются известным правилам: *логическим* и *грамматическим*. Для понимания написанного, как и сказанного, необходимо знакомство с этими правила­ми; истолкователь должен воспроизвести мысленно весь тот процесс, каким данный закон сложился, облекаясь в форму логическую и затем грамматическую, соответствующую его содержанию»[[8]](#footnote-8). Чтобы постичь содержание, скрыва­ющееся за грамматической формой, используются морфоло­гический, синтаксический, семантический анализы. Однако и они отнюдь не всегда помогают, ибо законодатель во многих случаях пользуется недостаточно определенными терминами, не поддающимися однозначному истолкованию. В самом де­ле, что значат понятия «особо крупный размер», «уважитель­ные причины», «злостный характер» и т.д. и т.п.? Их удается интерпретировать лишь в процессе соотношения с ними фак­тических обстоятельств дела. Кража буханки хлеба в период Ленинградской блокады – тягчайшее преступление, а в со­временных условиях она вообще не является уголовно наказу­емым деянием в силу ч. 2 ст. 7 УК РСФСР.

*Систематическое толкование* имеет место тогда, когда смысл юридической нормы уясняется в связи с местом, за­нимаемым ею в системе права, прежде всего среди тех юри­дических институтов, которые образуют правовую отрасль. Сюда же относятся многочисленные случаи, когда постиже­ние смысла нормы вообще оказывается невозможным без со­поставления с другими нормами. В частности, большинство норм особенной части любого кодекса нельзя понять без со­поставления с нормами его общей части.

Наконец, с *историко-политическим толкованием* сталкива­ются в том случае, если социальный смысл юридической нор­мы уясняется путем анализа той исторической ситуации, в которой она была издана. Чем еще, кроме коллективизации, можно объяснить массовое осуждение в 1930 г. по ст. 107 УК РСФСР (редакции 1926 г.) крестьян-единоличников, которые не сдали государству излишки хлеба, оставшегося у них по­сле погашения продналога? Ведь эта норма предусматривала уголовную ответственность за спекуляцию, т.е. за скупку то­варов ширпотреба, и последующую их перепродажу с целью наживы, а крестьяне хлеб не скупали, а выращивали его и цели наживы при этом не преследовали.

При определении, какие казусы подпадают под действие юридической нормы, применяется буквальное, распространи­тельное (расширительное) и ограничительное толкование. В теории они обозначаются родовым понятием «толкование по объему».

Под *буквальным* понимается толкование, которое соответ­ствует точному (буквальному) смыслу текста уясняемой нормы. В большинстве случаев юридические нормы интерпрети­руются именно таким образом.

*Распространительным (расширительным)* в теории назы­вают толкование, при котором интерпретирующий субъект расширяет словесный смысл нормы до его действительного или желаемого содержания. В любой современной конститу­ции, например, есть статья, в соответствии с которой «су­дьи независимы и подчиняются закону». По буквальному смы­слу этого основополагающего принципа судьи при вынесении решений должны руководствоваться только нормативными актами высших представительных органов государственной власти, принятыми в особом порядке. Но означает ли это, что они не должны руководствоваться еще и нормативными актами другого рода, например, указами Президента, поста­новлениями Совета Министров общего характера и т.д.? Ко­нечно же, нет! Судьи принимают решения и на базе многих подзаконных актов. Здесь, таким образом, имеет место рас­ширительное толкование.

Наконец, *ограничительным* называют толкование, при ко­тором словесный смысл нормы суживается до его действи­тельного содержания, то есть до того, что вкладывал в него законодатель. Например, в положении семейного права «де­ти обязаны доставлять содержание своим нуждающимся не­трудоспособным родителям» слово «дети» следует понимать ограничительно, подразумевая только взрослых сыновей и до­черей. Малолетние эти обязанности физически выполнить не могут.

В теории права иногда обращают внимание на то, что рас­пространительное и ограничительное толкования предпола­гают несовершенство юридической нормы, выражающееся в противоречии ее словесного смысла действительному содер­жанию или во всяком случае в их неполном совпадении.

В процессе разъяснения смысла юридических норм обыч­но выделяют два основных вида толкования: официальное и неофициальное. Под первым из них понимается интерпрета­ция нормативных актов, которая осуществляется управомоченными органами и которая обязательна для всех субъек­тов правоприменительной деятельности. В свою очередь, оно подразделяется на аутентическое, когда исходит от органа, издававшего юридическую норму, и легальное, которое дается органом, получившим на это специальные правомочия. Аутентическое толкование никаких специальных полномочий не требует.

Примером легального толкования может служить разъяс­нение Советом Министров РСФСР содержания постановления Верховного Совета РСФСР от 27 декабря 1990 г. «Об объ­явлении 7 января (Рождества Христова) нерабочим днем», в котором указывалось, на кого распространяется интерпрети­руемое постановление, какие права имеют граждане других религий и т.д.

Особую роль играет казуальное толкование, т.е. такое офи­циальное разъяснение смысла нормы, которое дается судом или иным властным органом применительно к конкретному юридическому делу. Такое толкование обязательно лишь при его рассмотрении.

Если разъяснение юридических норм дается общественны­ми организациями, научными учреждениями, государствен­ными и общественными деятелями, отдельными учеными и гражданами, мы сталкиваемся с неофициальным толковани­ем. Оно, очевидно, не имеет обязательного характера и не вле­чет за собой никаких формально-юридических последствий.

Частным случаем неофициальной интерпретации норма­тивных актов является доктринальное толкование, осуще­ствляемое научными учреждениями, учеными или их группа­ми. Хотя история и знает периоды, когда труды ученых юри­стов были официальными источниками права, сегодня док­тринальное толкование формальной правовой силы не имеет. Оно опирается лишь на авторитет науки.

Надлежащее толкование норм права – одно из условий их применения в соответствии с потребностями общества, поро­ждающего и подлежащие урегулированию проблемы, и юри­дические средства их разрешения.

Противоречие между разнообразием жизни и формальной определенностью правовых норм постоянно приводит к ситу­ациям, в которых те или иные казусы не подпадают ни под один из действующих нормативных актов. Возникает пробле­ма пробелов в праве, о которых пойдет речь в следующей главе курсовой работы.

**2. Применение права по АНАЛОГИИ**

**2.1. Понятие пробелов в праве**

В правоприменительной практике иногда возникают ситуации, когда спорное отношение имеет правовой характер, входит в сферу правового регулирования, но не предусмотрено конкретной нормой права. Правоприменитель обнаруживает пробел в законодательстве.

Пробел в законодательстве – это отсутствие конкретной нормы, необходимой для регламентации отношения, входящего в сферу правового регулирования.

Понятие пробела в советской юридической литературе практически не исследовалось. Но практика и жизнь в ситуации появления новых институтов наиболее ярко демонстрируют несовершенство и «пробельность» права, и, соответственно, вызывают необходимость и потребность в поиски методов и способов разрешения спорных вопросов как судебных случае, так и просто жизненной практики. Так, после НЭПовской кодификации появление совершенно обновленного типа правоотношений повлекло за собой соответствующее появление норм материального и процессуального права, допускавших применение аналогии, как механизма разрешения и устранения пробелов.

На первом этапе развития советской юриспруденции главенствующую роль несли формулировки права, как таковые исключавшие саму по себе постановку вопроса о пробелах. Критика действующего законодательства в период 30-50 годов не только не поощрялась, но и, естественно, наказывалась. В виду сказанного выше придется обратиться к зарубежным источникам, в тот же момент западная юридическая наука предоставила ряд крупных работ, посвященных проблеме пробелов в праве, из которых можно и целесообразно почерпнуть технический инструментарий и накопленную ими сумму знаний о приемах и средствах исследования пробелов.

Вопрос о пробелах в праве в юридической науке возникает преимущественно в связи с применением и толкованием правовых норм, а также при решении общеметодологических задач правотворческого и правоприменительного процесса. Право по содержанию есть совокупность конкретно определенных правил поведения людей.

Понимание понятия пробел в законе или праве достаточно сложно. Смешение фактических общественных отношений с правоотношениями и, особенно, их включение в понятие права, затрудняет уяснение вопроса о пробелах. Трудности в определении пробела еще больше в случае включения в содержание права правосознания. В таком случае восполнение пробелов может осуществляться и на основании правовых взглядов судьи, а не только на основании общих положений закона. Но и определяя право через нормы или совокупность норм, необходимо обращать внимание на применение права в общественных отношениях.

Понятие пробела в праве, а также критерии их установления, тесно соотносятся с категориями правовой и политической надстройки. Необходимо разделять понятие пробела в правовом регулировании и пробела в юридической надстройке, то есть пробелы в определении сферы правового регулирования, говоря русским языком, разница между первыми и вторыми состоит в том, что для первых законодатель осознает необходимость правового регулирования данного типа общественных отношений, а для вторых – нет. Отличия между пробелами в законах и праве для российского права считаются и совпадают друг с другом. Хотя некоторые отличия пробелов в законе от пробелов в праве существуют и заключаются примерно в следующем: для пробелов в законе характерно отсутствие праворегулирования в законе, а присутствие его в подзаконном акте, то есть не должный уровень юридической силы и его не соответствие значимости правоотношения.

Круг общественных отношений, составляющих сферу правового регулирования, устанавливается законодателем двумя способами.

Во-первых, каждая юридическая норма регулирует отдельный вид общественных отношений, признаки которого описываются в ее гипотезе. Таким образом, каждая норма имеет свои «участок» в общей сфере правового регулирования. Совокупность подобных «участков», если иметь в виду все без исключения нормы какой-либо отрасли, и составит общую сферу правового регулирования данной отрасли.

Во-вторых, круг отношений, которые признаются правовыми, законодатель закрепляет по отраслям права посредством специализированных норм. Такие нормы предназначены для установления круга отношений, входящих в сферу правового регулирования. Так, ст. 2 ГК РФ имеет заголовок «Отношения, регулируемые гражданским законодательством». В ч. 1 названной статьи предусмотрено, что «гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников». В ст. 2 «Отношения, регулируемые семейным законодательством» Семейного кодекса РФ записано: «Семейное законодательство устанавливает условия и порядок вступления в брак, прекращения брака и признания его недействительным, регулирует личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными липами, а также определяет формы и порядок устройства в семью детей, оставшихся без попечения родителей». Аналогичным образом фиксируется круг правовых отношений и в других отраслях права.

Вместе с тем для правоприменителя недостаточно определить правовой характер рассматриваемого случая. Ему необходимо знать, каковы его правовые последствия. Эту информацию он может получить лишь из конкретных норм, в диспозициях которых сформулированы в общем виде права и обязанности сторон. Если таких норм нет, то налицо пробел в законодательстве.

Пробелы в законодательстве существуют в основном вследствие двух причин: во-первых, в результате появления новых общественных отношений, которые в момент принятия закона не существовали и не могли быть учтены законодателем; во-вторых, из-за упущений при разработке закона.

Таким образом, пробелы в правеявляются следствием того, что ни одна даже самая совершенная юридическая система не в состоянии охва­тить все возможные случаи, с которыми могут встретиться правоприменительные органы в процессе своей деятельности.

Вместе с тем, сталкиваясь с проблемой, не предусмотрен­ной действующим правом, они не должны уклоняться от ее ре­шения, ссылаясь на отсутствие надлежащих нормативных ак­тов, их неполноту или противоречивость, приводящую к ано­мии. Выход из сложившегося положения становиться возмож­ным благодаря свойству правовой системы саморазвиваться и, восполняя отсутствующие структурные элементы в соот­ветствии с функциональными потребностями права, удовле­творять нужды общества, стремящегося к стабилизации и со­хранению целостности, а потому нуждающегося в урегулиро­вании всех дезорганизующих его конфликтов. В результате появляются *аналогия закона* и *аналогия права.*

**2.2. Аналогия закона и аналогия права**

Аналогия закона – это применение к не урегулированному в конкретной норме отношению нормы закона, регламентирующей сходные отношения. Необходимость применения данного приема заключается в том, что решение по юридическому делу обязательно должно иметь правовое основание. Поэтому если нет нормы, прямо предусматривающей спорный случай, то надо отыскать норму, регулирующую сходные со спорным отношения. Правило найденной нормы и используется в качестве правового основания при принятии решения по делу.

Применение закона по аналогии заключается в следующем. Возможно, на­пример, что при решении какого-либо гражданского или уголов­ного дела окажется, что данный случай прямо законом не преду­смотрен, но поскольку суд не может отказаться от разрешения дела по тем мотивам, что в законе есть пробел, он должен ре­шить дело на основании закона, предусматривающего случай, наиболее сходный (аналогичный) с рассматриваемым.

Применение закона, предусматривающего наиболее сходный случай, при отсутствии закона, прямо предусматривающего рас­сматриваемый случай, называется *применением закона по аналогии.*

Аналогия закона заключается в следующем. Когда закон пря­мо не предусматривает рассматриваемого судом случая, но пре­дусматривает другой случай, сходный с первым в существенных чертах и различающихся лишь во второстепенных, несуществен­ных признаках, суд решает дело на основании закона, преду­сматривающего этот иной, но сходный случай.

Отличие применения закона по аналогии от распространи­тельного толкования заключается в том, что при распространи­тельном толковании применяется тот закон, который предусматривает данный рассматриваемый случай; при применении же за­кона по аналогии применяется закон, предусматривающий не данный случай, а наиболее сходный с ним, потому что как раз рассматриваемый случай законом вообще не предусмотрен.

Применение закона по аналогии обусловливается тем обстоя­тельством, что ни один закон, ни один кодекс, как бы подробны они ни были, заранее предусмотреть все многообразие жизнен­ных явлений, всех случаев, не могут. Поэтому всегда может воз­никнуть случай, требующий разрешения, но посредственно зако­ном не предусмотренный. Тогда приходится применять закон по аналогии, т.е. применять закон, предусматривающий наиболее сходный случай.

**Понятие «*аналогия закона»* следует отличать от понятия «аналогия», применяе­мого в логике, где аналогией (или умозаключением по аналогии) называется умозаключение, в котором из сходства двух предметов в одних признаках дела­ется вывод об их сходстве в других признаках.**

Практическое применение закона по аналогии может иметь различный смысл.

Аналогия в праве имеет совершенно иное значение. Она яв­ляется не средством обхода закона, а средством, *обеспечивающим* действительно правильное применение закона. Допускается ана­логия не против закона и не вопреки закону, а только на осно­вании закона и в пределах закона. Поэтому совершенно исклю­чается применение аналогии, когда данный случай предусмотрен законом. Если же данный рассматриваемый случай прямо зако­ном не предусмотрен, то необходимо установить, как решает за­кон другие случаи того же рода, одинаковые с данным случаем по существу, но отличающиеся каким-либо отдельными второ­степенными признаками, и применять закон, предусматриваю­щий наиболее сходный по существу случай[[9]](#footnote-9).

Таким образом, аналогия может применяться лишь как *ис­ключение,* а не как правило; ее применение ограничивается узки­ми рамками и производится лишь как средство восполнения не­избежных пробелов в законе, который всех случаев жизни вооб­ще предусмотреть заранее никогда не может.

Например, ст. 5 Семейного кодекса РФ регламентирует, что «ели отношения между членами семьи не урегулированы се­мейным законодательством, соглашением сторон и при отсутст­вии норм гражданского права, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). При отсутствии таких норм права и обязанно­сти членов семьи определяются исходя из общих начал и прин­ципов семейного и (или) гражданского права (аналогия права).

Наряду с аналогией закона (*analogia legis*) в юридической ли­тературе обычно указывается аналогия права (*analogia juris*).

Под *аналогией права* понимается решение дела на основе общих принципов, заложенных в данной правовой системе, а под *аналоги­ей закона –* решение дела на основе закона, предусматривающего наиболее сходный случай.

Этот прием применения права возможен в самых исключи­тельных случаях, так как развернутое и стабильное законодатель­ство регулирует общественные отношения достаточно полно и устанавливает правовые нормы, дающие суду возможность ре­шить на основе закона любой спор о праве гражданском.

Следует признать, что такое применение права нет основания именовать аналогией права, так как в данном случае нет никакой аналогии (т.е. сходства): речь идет не о применении сходного (аналогичного) закона, так как такого закона в данном случае не оказывается (иначе была бы аналогия закона), а о решении не­предусмотренного законом случая на основании общих принци­пов законодательства по данному вопросу.

Суть рассматриваемых юридических институтов раскрыта, например, в части третьей ст. 10 ГПК РСФСР. В ней определяется, что «в случае отсутствия закона, регулирующего спорное отноше­ние, суд применяет закон, регулирующий сходное отношение, а при отсутствии такого закона исходит из общих начал и смысла советского законодательства».

В первом случае, когда пробел восполняется нормой, регу­лирующей наиболее сходное общественное отношение, имеет место аналогия закона, а во втором, когда речь идет о вы­несении решения на основе общих принципов и смысла зако­нодательства, мы имеем дело с аналогией права. Последняя особенно часто используется в периоды революционных пере­ходов от одного типа общества к другому, когда старое зако­нодательство уже ликвидировано, а новое еще не создано. По существу вся правоприменительная деятельность Советского государства с 1918 по 1922 год, т.е. в период отсутствия ко­дексов, осуществлялась в соответствии с общими принципами «революционного правосознания».

Индивидуальный характер правоприменительной деятель­ности допускает, а иногда делает неизбежной возможность выбора различных вариантов решения одного и того же юри­дического дела. Так, суд в пределах относительно определен­ной санкции ст. 102 УК РСФСР вправе определить наказа­ние в виде и двух, и пяти, и пятнадцати лет лишения свобо­ды. Более того, он вправе приговорить виновного к смертной казни. Правоприменяющий субъект часто имеет достаточно большой диапазон возможностей неодинакового решения юридически значимых проблем. Это создает почву для произвола и злоупотреблений государственных органов и должностных лиц. Институты аналогии закона и аналогии права еще более увеличивают такие возможности.

К чему может привести злоупотребление аналогией, показы­вает история уголовного права фашистской Германии. Закон от 28 июня 1935 г. отменил основополагающий принцип пра­ва «нет преступления без закона» и ввел широкое применение аналогии, создав тем самым «правовую базу» для судебного произвола и расправы с политическими противниками, ко­торые никаких преступлений в общепринятом смысле слова не совершали. Не случайно четвертый съезд Международной ассоциации уголовного права, состоявшийся в 1937 г. в Пари­же, осудил аналогию в уголовном праве и выступил против ее применения. Тем не менее в УК РСФСР, действовавшем до 1 января 1961 г., сохранялась статья 16, в которой говори­лось: «Если то или иное общественно опасное действие прямо не предусмотрено настоящим Кодексом, то основание и пре­делы ответственности за него определяются применительно с теми статьями Кодекса, которые предусматривают наиболее сходные по роду преступления».

В настоящее время институт аналогии в российском уго­ловном праве отсутствует.

Изложенные теоретические положения, типичные и для российской науки, и для юриспруденции Запада, справедливы применительно лишь к той части нормативной системы, ко­торая создана государством. Иными словами, в них не учиты­вается несовпадение права и закона. Если понимать под пра­вом формирующуюся естественно-историческим путем систе­му общеобязательных правил поведения, то никаких пробелов в ней нет и быть не может.

Появление институционализировавшегося отношения, есте­ственно вписывающегося в социальный организм, тожде­ственно появлению фактического основания будущей юриди­ческой нормы. Она, возможно, на этой стадии еще не суще­ствует, но уже не может не начать формироваться. Ведь обще­ственное отношение – клеточка общества, и ее разрушение, риск которого многократно возрастает в отсутствие норма­тивного регулирования, опасно для целостности социальной системы. Общественный организм в процессе саморазвития необходимо порождает и средства собственной стабилизации – в конечном счете юридическую норму. На пути же к ней юридически значимым может быть признано и само обще­ственное отношение, причем это признание обществом может быть оформлено официально представляющим его государ­ством, хотя бы в виде судебного или административного прецедента. Иными словами, в понимаемой таким образом юри­дической системе всегда может быть найден источник права для разрешения любого дела.

**3. институт аналогии в**

**правоприменительной практике**

Рассмотрим институт аналогии на примере применение налогового законодательства.

В ситуации, когда и налогоплательщики с налоговыми органами, и арбитражные суды, пытаясь разобраться в хитросплетениях налогового законодательства, зачастую оказываются в тупике, вопрос о способах преодоления пробелов становится особенно актуальным. Закрепленная в п. 7 ст. 3 НК РФ презумпция приоритета интересов налогоплательщика при толковании норм законодательства о налогах и сборах не является универсальным методом восполнения нормативных пробелов, поскольку при возможности устранения неясности какого-либо положения закона путем толкования нельзя говорить о существовании пробела в законодательстве. Речь может идти лишь о так называемых «квазипробелах». Правило о применении институтов, понятий и терминов неналоговых отраслей законодательства (п. 1 ст. 11 НК РФ) также разъясняет порядок толкования правовых норм, но не указывает путей преодоления пробелов. «»

Как мы выяснили, теория права различает два основных метода преодоления пробелов в актах законодательства: аналогию права и аналогию закона. В отличие от ряда других кодифицированных актов российского законодательства Налоговый кодекс РФ обходит стороной вопрос допустимости применения его норм по аналогии. В Кодексе нет прямого запрета на применение аналогии, подобного содержащемуся в ст. 3 УК РФ. Однако нет в НК РФ и нормы, аналогичной ст. 6 ГК РФ, прямо предписывающей применять налоговое законодательство по аналогии.

Даже без учета целесообразности использование института аналогии при разрешении налоговых споров следует признать допустимым, поскольку существуют и правовые аргументы в защиту правомерности применения данного способа преодоления лакун в законодательстве.

Процессуальное законодательство, в частности ч. 6 ст. 13 АПК РФ, прямо рекомендует судам при отсутствии нормативно-правовых актов, регулирующих спорные правоотношения, применять аналогию права либо закона.

Несмотря на существующую на доктринальном уровне неопределенность, арбитражные суды активно используют институт аналогии при разрешении налоговых споров.

Аналогия возможна, только когда законом определены соответствующие права и обязанности участников налоговых правоотношений, но не предусмотрен порядок их реализации. Иными словами, посредством применения аналогии закона можно преодолевать пробелы процессуальные, но не материальные[[10]](#footnote-10).

Конечно же, нельзя утверждать, что процессуальные и материальные налоговые нормы можно четко разделить лишь на основе регулируемого ими вида отношений. Например, если речь идет о порядке привлечения к налоговой ответственности либо о порядке производства по делу о налоговом правонарушении, следует признать допустимым применение института аналогии.

В частности, п. 1 ст. 10 НК РФ закреплено, что привлечение к ответственности и производство по делам о налоговых правонарушениях осуществляются в порядке, установленном главами 14, 15 НК РФ. Согласно п. 1 ст. 108 НК РФ «никто не может быть привлечен к ответственности за совершение налогового правонарушения иначе, как… в порядке, предусмотренном Налоговым кодексом». Однако порядок производства по делам о налоговых правонарушениях, предусмотренный НК РФ (ст. 100-101), сформулирован только применительно к налоговым правонарушениям, выявленным в результате выездной налоговой проверки.

Но это не свидетельствует о невозможности привлечения к ответственности по итогам камеральной проверки. Деяние становится наказуемым в силу его противоречия нормам закона, и его наказуемость не зависит от формы налогового контроля. Следовательно, единственный вариант привлечения к ответственности по итогам камеральной проверки – применение по аналогии норм, регулирующих сходные отношения, т.е. порядка производства по делам о налоговых правонарушениях, сформулированного законодателем применительно к выездным проверкам.

Институт процессуальной аналогии помогает преодолевать весьма распространенные пробелы в нормативном регулировании, возникающие в ситуации, когда законодатель, предоставив налогоплательщику определенное право, делегирует установление порядка его реализации либо конкретизацию данного права федеральным органам исполнительной власти, которые принимают соответствующий подзаконный акт со значительным опозданием. По мнению автора, налогоплательщик не может лишиться возможности воспользоваться предоставленным ему правом из-за невыполнения или несвоевременного выполнения органом исполнительной власти предписаний законодателя.

Разумеется, использование института аналогии не позволит решить всех проблем, возникающих в ходе применения положений налогового законодательства при разрешении споров. Однако уяснение определенных правил применения норм налоговых законов по аналогии по крайней мере будет способствовать формированию единообразной и последовательной арбитражной практики.

**Заключение**

Итак,аналогия закона представляет собой решение конкретного юридического дела на основе правовой нормы, рассчитанной не на данный, а на сходные случаи. Если компетентный орган решает дело в соответствии с предписаниями нормы, регулирующей наиболее сходные (аналогичные) общественные отношения, то в данном случае имеет место аналогия закона. При этом применяемая норма права данное отношение непосредственно не регулирует. Она регулирует другие, но близкие, родственные отношения.

Аналогия права – это принятие решения по конкретному делу на основе общих принципов и смысла права. Аналогия права применяется тогда, когда при наличии пробела невозможно подобрать сходную, аналогичную норму права.

Применение права по аналогии в современных государствах ограничено. Оно полностью исключается при разрешении уголовных дел. Уголовное законодательство исходит из принципа, по которому преступлением не может считаться деяние, не предусмотренное уголовным законом. В связи с постоянным совершенствованием и развитием законодательства применение права по аналогии становится редким исключением даже для тех отраслей права, где оно допускается.

Российских законодателей ожидает как всегда свой особый путь устранения недостатков в праве, противоречивости правовых норм, их взаимоисключаемости, ликвидации нежизненных устаревших норм.

В российской практике возможны следующие способы разрешения проблемных ситуаций, с точки зрения правоприменительных органов, в гражданском праве:

* соотнесение пробелов в праве с необходимостью прогрессивного экономического развития и реформирования хозяйственных отношений страны;
* соотнесение с общими принципами построения правовой системы России, конституционными нормами;
* соотнесение пробелов в праве с нормами общественной морали, понятиями добрых нравов, добросовестности, разумности, справедливости;
* принятие к сведению обычаев делового оборота и арбитражной практики.

Применение аналогии права обосновано при наличии двух условий: при обнаружении пробела в законодательстве и при отсутствии нормы, регулирующей сходные отношения, что не дает возможности использовать аналогию закона.

Новое гражданское законодательство внесло некоторые изменения в процедуру применения аналогии права. В ч. 2 ст. 6 Гражданского кодекса РФ записано: «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Иначе говоря, правоприменитель, используя аналогию права, руководствуется не только отраслевыми (общие начала и смысл законодательства), но и общеправовыми (требования добросовестности, разумности и справедливости) принципами.

**Список использованных источников**

1. Гражданский кодекс РФ
2. Налоговый кодекс РФ
3. Алексеев С.С. Общая теория права: Курс в 2-х т.т. – Т.2. – М., 1982.
4. Алексеев С.С. Теория права. – М., 1994.
5. Карташов В.Н. Применение права. – Иркутск, 1980.
6. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб, 1909.
7. Маслов А.А., Шаповалов С. Ю. Взыскание налогов: разрешение спорных ситуаций, арбитражная практика. – М.: ТаксХелп, 2003.
8. Матузов Н.И. Правовая система и личность. – Саратов, 1987.
9. Общая теория права и государства: Учебник./ Под ред. В.В. Лазарева. – М.: Юристъ, 1996.
10. Спасов Б. Закон и его толкование. – Саратов, 1995.
11. Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Учебник. – М.: Проспект, 1999.
12. Теория государства и права: Курс лекций./ Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, ТЕИС, 1996.
13. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2000.
14. Туманов В.А. Права человека и исполнительная власть. // Советское государство и право. – 1990. – №2.

1. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2000. С. 299. [↑](#footnote-ref-1)
2. Туманов В.А. Права человека и исполнительная власть. // Советское государство и право. – 1990. – №2. – С. 42. [↑](#footnote-ref-2)
3. Туманов В.А. Права человека и исполнительная власть. // Советское государство и право. – 1990. – №2. – С. 47. [↑](#footnote-ref-3)
4. Алексеев С.С. Общая теория права: Курс в 2-х т.т. – Т.2. – М., 1982. С. 328. [↑](#footnote-ref-4)
5. Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Учебник. – М.: Проспект, 1999. С. 233. [↑](#footnote-ref-5)
6. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2000. С. 305. [↑](#footnote-ref-6)
7. Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Учебник. – М.: Проспект, 1999. С. 236. [↑](#footnote-ref-7)
8. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб, 1909. С. 343. [↑](#footnote-ref-8)
9. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2000. С. 313. [↑](#footnote-ref-9)
10. Маслов А.А., Шаповалов С. Ю. Взыскание налогов: разрешение спорных ситуаций, арбитражная практика. – М.: ТаксХелп, 2003. С. 14. [↑](#footnote-ref-10)