

## Impact Factor:

ISRA (India) = 1.344  
ISI (Dubai, UAE) = 0.829  
GIF (Australia) = 0.564  
JIF = 1.500

SIS (USA) = 0.912  
ПИИИ (Russia) = 0.156  
ESJI (KZ) = 4.102  
SJIF (Morocco) = 5.667

ICV (Poland) = 6.630  
PIF (India) = 1.940  
IBI (India) = 4.260

SOI: [1.1/TAS](#) DOI: [10.15863/TAS](#)

## International Scientific Journal Theoretical & Applied Science

p-ISSN: 2308-4944 (print) e-ISSN: 2409-0085 (online)

Year: 2018 Issue: 10 Volume: 66

Published: 10.10.2018 <http://T-Science.org>

QR – Issue



QR – Article



Elmira Serikkeldievna Abdrakhmanova

senior lecturer, PhD in law,  
al-Farabi Kazah national University  
[powerlaw2017@yandex.kz](mailto:powerlaw2017@yandex.kz),  
+77017732327

SECTION 32. Jurisprudence.

## THE ANALOGY OF LAW AND ANALOGY OF LAW AS SOURCES OF INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE LAW

**Abstract:** In the article the author considers the theoretical issues of research and study of sources of international civil procedural law.

**Key words:** Sources of right, custom, norms of soft right, national legislation, collision norms.

**Language:** Russian

**Citation:** Abdrakhmanova, E.S. (2018). The analogy of law and analogy of law as sources of international civil procedure law. *ISJ Theoretical & Applied Science*, 10 (66), 78-80.

**Soi:** <http://s-o-i.org/1.1/TAS-10-66-12> **Doi:**  <https://dx.doi.org/10.15863/TAS.2018.10.66.12>

### АНАЛОГИЯ ПРАВА И АНАЛОГИЯ ЗАКОНА КАК ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

**Аннотация:** В статье автор рассматривает теоретические вопросы исследования и изучения источников международного гражданского процессуального права.

**Ключевые слова:** источники права, обычай, нормы мягкого права, национальное законодательство, коллизионные нормы.

#### Введение.

В правовой литературе часто встает вопрос о понятии и значимости и возможности применения аналогии права и аналогии закона. Юридическая мысль древнего Рима считала применение аналогии – применением по сходству. В последующем, вплоть до середины девятнадцатого века «заключением по аналогии (или просто аналогией) называется решение не предусмотренного действующим правом случая, на основании нормы, определяющей сходный случай»[1]. Аналогия закона и аналогия права имеют не только древнюю историю, но и широкий диапазон применения. В зависимости, в какой отрасли права эти понятия рассматривают и изучают, возникают свои особенности и проблемы. Одной из проблемных сфер применения аналогии права и аналогии закона является международное гражданское процессуальное право.

#### Экспериментальная часть.

В международном гражданском процессуальном праве вполне может возникнуть

ситуация, когда возникшие между субъектами правоотношения не находят своего закрепления в нормах закона, в таком случае перед правоприменителем встает вопрос какой закон применить, то есть возникает ситуация, когда необходимо применить закон по аналогии.

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»[2]. Встает вопрос, можно ли аналогию закона признать источником международного процессуального права? Соглашусь с Гетман-Павловой И.В., которая считает, что аналогия права и аналогия закона известны со времен римского права законодательству большинства



## Impact Factor:

ISRA (India) = 1.344	SIS (USA) = 0.912	ICV (Poland) = 6.630
ISI (Dubai, UAE) = 0.829	ПИИЦ (Russia) = 0.156	PIF (India) = 1.940
GIF (Australia) = 0.564	ESJI (KZ) = 4.102	IBI (India) = 4.260
JIF = 1.500	SJIF (Morocco) = 5.667	

стран мира. Практически везде эти институты. Основными функциями считаются источниками права (ст.6 ГК, ст. 5 СК, ст.11 ГПК, ст. 13 АПК). Основными функциями аналогии права и закона в МЧП являются: восполнение пробелов, толкование принципа реальной связи закона и существа отношения[3].

Закон Республики Казахстан «О правовых актах» в п.10 ст.1 предусматривает, что «аналогия закона – применение к неурегулированным общественным отношениям норм законов, регулирующих сходные общественным отношениям»[4]. В Гражданском процессуальном кодексе Республики Казахстан нет прямого указания на применение закона по аналогии, но как пишет Г. Сулейменова: «Поскольку в ГПК невозможно предусмотреть абсолютно все возникающие в гражданском судопроизводстве ситуации и правоотношения, законодатель предусматривает возможность применения аналогии (греч. Analogia – соответствие, сходство), позволяющей восполнить пробелы ГПК. Такое восполнение достигается использованием двух способов: 1) возможностью применения аналогии закона (решение по делу, основанное на правовой норме, рассчитанной не на данный, а на сходный случаи) и 2) аналогии права (решение по делу, основанное на основе общих принципов и смысла законодательства)»[5]. В свою очередь пункт 2 статьи 4 Конституции Республики Казахстан положение о ее высшей юридической силе и прямом действии позволяет рассматривать данную конституционную норму, как основу для применения процессуальной аналогии. С чем, думаю можно согласиться и признать, аналогию закона одним из источников международного гражданского процесса.

Обычно, вопросы аналогии права и аналогии закона в научной литературе рассматривают вместе поэтому, мы также рядом с вопросом о возможности применения аналогии закона, как источника международного гражданского процесса, рассмотрим вопрос и о возможности применения аналогии права как источника международного гражданского процесса. «Аналогия права – это применение к не урегулированному в конкретной норме спорному отношению при отсутствии нормы, регулирующей сходные отношения, общих начал и смысла законодательства.

Общие начала и смысла законодательства есть не что иное, как принципы права (общеправовые и отраслевые). При аналогии права принципы выполняют непосредственно регулирующую функцию и выступают единственным нормативно-правовым основанием правоприменительного решения.

## Результаты и обсуждения.

Применение аналогии права, таким образом, обоснованно при наличии двух условий: при обнаружении пробела в законодательстве и при отсутствии нормы, регулирующей сходные отношения, что не дает возможности использовать аналогию закона» [6]. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан дает следующее пояснение: «Принцип аналогии в праве – это возможность распространения норм материального или процессуального права на регулирование общественных отношений, находящихся в сфере «пробелов права», то есть не урегулированных конкретными законодательными актами. В гражданском праве применение аналогии допускается лишь как крайняя мера восполнения пробелов закона, если такой пробел не может быть восполнен другим путем, например, разъяснениями, данными в нормативных постановлениях Верховного Суда. При аналогии закона восполнение его пробела достигается применением конкретной законодательной нормы, непосредственно регулирующей иные, но сходные отношения»[7]. По законодательству Республики Казахстан аналогия права предусматривается непосредственно в п.4 ст.6 ГПК РК: «В случае отсутствия норм права регулирующих спорное правоотношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения, а при отсутствии таких норм разрешает спор исходя из общих начал и смысла законодательства Республики Казахстан»[8]. Но в данном случае, говорится об аналогии материального права, а не процессуального, по аналогии процессуального права, Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан молчит в отличие от Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. В российском праве, в отличие от казахстанского права, достаточно много работ по теме аналогии права и закона и соответственно множество разных точек зрения от принятия до категоричного непринятия аналогии права и аналогии закона в сфере гражданского процесса. Российский законодатель, как мы и отмечали выше, ввел понятия аналогии права и закона как в ГПК так и в АПК. Казахские законодатели в отличие от российских подошли крайне осторожно к закреплению понятий аналогии права и закона в гражданском процессе в частности в международном процессе.

Аналогия права или аналогия закона, как способ восполнения пробелов в гражданском процессуальном законодательстве не имеет широкого распространения, поэтому применение аналогии и правильное принятие в последующем процессуальных решений возможны только на



## Impact Factor:

ISRA (India) = 1.344	SIS (USA) = 0.912	ICV (Poland) = 6.630
ISI (Dubai, UAE) = 0.829	ПИИЦ (Russia) = 0.156	PIF (India) = 1.940
GIF (Australia) = 0.564	ESJI (KZ) = 4.102	IBI (India) = 4.260
JIF = 1.500	SJIF (Morocco) = 5.667	

основе принципов гражданского процессуального права»[9]. По мнению Т.С. Этина в практике судов имеют место лишь единичные случаи принятия решения с использованием аналогии процессуального права. Можно утверждать, что институт аналогии процессуального права является в настоящее время скорее гипотетическим, нежели действующим и активно используемым на практике»[10].

В научной литературе есть мнение о наличии такого понятия как «квалифицированное молчание», наряду с понятиями аналогия права и аналогия закона. «Термин «квалифицированное молчание законодателя» в последнее время получил в отечественной юридической литературе неоднозначную интерпретацию. В основном квалифицированное молчание законодателя определяют как прием законодательной техники, посредством которого законодатель делегирует конкретизацию регулирования правоотношений на уровень правоприменения. Кроме этого в объем понятия квалифицированного молчания законодателя включает также не относящиеся к сфере правового регулирования отношения» [11]. Следовательно, есть случаи, когда законодатель преднамеренно умалчивает о возможности регулирования тех или иных отношений.

«Опасения по поводу возможности судебного произвола при отсутствии нормативно закрепленных ограничений на применение аналогии гражданско-процессуального закона не лишены оснований на применение аналогии гражданско-процессуального закона не лишены оснований, но не более, чем наличие опасений в произвольности при наполнения конкретным содержанием, например, такого понятия, как «уважительные причины» пропуска процессуального срока. Кроме того, объясняемое квалифицированным молчанием законодателя положения «все, что законом не предусмотрено, запрещено», аналогии гражданского процессуального закона»[12].

### Выводы.

Ранее мы отмечали, что одним из источников международного гражданского процесса могут быть общие принципы права, при отсутствии других норм, регулирующих данное правоотношение. Общие принципы права – это и есть использование аналогии права сходных начал и смысла законодательства, следовательно, аналогия права является источником международного гражданского процесса.

### References:

1. Gogin, A.A., et al. (2014). *Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik*. pod red. A.V. Mal'ko, D.A. Lipinskogo. Moscow: Prospekt, pp. 1-328, p.206.
2. Farafontova, E.L. (2010). Sudebnyj precedent i pravovye analogii: problemy pravoprimerenija. *Vestnik KrasGAU, №9*, 199-205.
3. Getman-Pavlova, I.V. (2011). Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: konspekt lekcii. *Izd. Jurajt*, pp.1-208, p. 31.
4. (2018). Zakon Respubliki Kazahstan «O pravovyh aktah», p.10, st.1.
5. Sulejmenova, G., & Isakanova, G. (2018). Zakonnost' v grazhdanskom sudoproizvodstve: kommentarij stat'i 6 Grazhdanskogo processual'nogo kodeksa Respubliki Kazahstan. Retrieved 2018, from [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=32497044](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32497044)
6. Komarov, S.A. (1998). *Obshhaja teoriya gosudarstva i prava*. Uchebnik. – 4-e pererabotannoe i dopolnennoe. Moscow: Jurajt, pp. 1-416, p.19.
7. (2016). *Kommentarij k Grazhdanskomu processual'nomu kodeksu Respubliki Kazahstan*. Astana: Biblioteka Verhovnogo Suda Respubliki Kazahstan, pp.1-808, p. 19.
8. (2018). *Grazhdanskij processual'nyj kodeks Respubliki Kazahstan*. Retrieved September 21, 2018, from [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=34329053#pos=684;-44](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34329053#pos=684;-44)
9. (2016). *Kommentarij k Grazhdanskomu processual'nomu kodeksu Respubliki Kazahstan*. Astana: Biblioteka Verhovnogo suda Respubliki Kazahstan, pp.1-808, p. 19.
10. (2009). Institut analogii processual'nogo prava v pravoprimerenii. *Vestnik Omskogo universiteta, Serija «Pravo», №4 (21)*, 142-148.
11. Morozova, L.A. (2002). *Teoriya gosudarstva i prava*. Moscow: Jurist, pp.1-414, p.288.
12. Germanov, A.V. (2014, April). Molchanie zakonodatelja i probel v grazhdanskom processual'nom prave. *Pravo: sovremennye tendencii: materialy II mezhdunar.nauch.konf.*, Ufa.

