

Введение

Сложность и многообразие социальных связей, составляющих предмет семейного права (ст. 2 Семейного кодекса Российской Федерации, далее – СК РФ), свобода граждан по своему усмотрению распоряжаться принадлежащими им правами, вытекающими из семейных отношений (ст. 7 СК РФ), зачастую создают ситуации, непосредственно не урегулированные нормами действующего семейного законодательства. Усиление диспозитивных начал семейно-правового регулирования¹, повсеместное распространение и интенсификация использования договорных конструкций в семейном праве² способствуют появлению все большего числа уникальных семейных правоотношений, попадающих в зону правовых пробелов.

Состояние правовой неопределенности возникает и тогда, когда с формальной точки зрения нельзя говорить о пробельности семейного законодательства, но существующее регулирование не способно адекватно отреагировать на некоторые «мутации» известных праву социальных связей, когда у последних в конкретных социально-экономических условиях проявляются новые специфические черты, игнорирование которых не позволяет гармонично обеспечить выполнение принципиальных семейно-правовых установок, — необходимость укрепления семьи, построения семейных отношений на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи, обеспечение беспрепятственного осуществления членами семьи своих прав, возможность судебной защиты этих прав (п. 1 ст. 1 СК РФ).

¹ Муратова С.А. Семейное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2010. С. 7.

² См.: Вихарев А.А. Договор как инструмент регулирования семейных отношений // Российский юридический журнал. 2017. № 3. С. 144–152; Bix B. Private Ordering and Family Law // Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers. 2010. Vol. 23. P. 249–285 (<https://ssrn.com/abstract=1680689>).

Поскольку привычным, естественным и эффективным¹, действенным², традиционным³ и универсальным⁴ (если вообще не единственным⁵) средством оперативного преодоления правовых пробелов и борьбы с правовой неопределенностью, позволяющим правоприменителю создавать мост над разрывом между фактом и нормой⁶ и оставаться в пределах действующего, надлежащим порядком санкционированного и обнародованного законодательства⁷, считается метод аналогии, постольку резонно предположить, что правила ст. 5 СК РФ о применении аналогии закона и аналогии права должны быть широко востребованы в практике разрешения судами семейно-правовых споров и охвачены пристальным научным вниманием. Более того, если исходить из того, что всякий закон в руках суда должен способствовать социальному прогрессу, то аналогию, которая в наибольшей степени требует проявления творческих усилий, судейского правосознания и правового чувства конкретного судьи⁸, следует признать инструментом, наличие которого обязательно в арсенале каждого правоприменителя, как и его реальное использование.

Появление в разъясняющих актах Верховного Суда РФ ряда указаний о необходимости применения нижестоящими судами семейного законодательства по аналогии подтверждает общее позитивное отношение судейского сообщества к функционированию аналогии в семейном праве. Так, в силу того, что нормы абз. 3 п. 2 ст. 89 и абз. 2 п. 1 ст. 90 СК РФ наделяют жену (бывшую жену) правом требовать предоставления содержания от супруга (бывшего супруга) в период

¹ Микрюков В.А. Сущность и значение аналогии в механизме правового регулирования экономической деятельности // Юридическая наука. 2016. № 5. С. 15–24.

² Коваль В.Н. Сравнительный анализ применения гражданскими и арбитражными судами Украины и Российской Федерации Закона об аналогии // Российский судья. 2018. № 3. С. 15–19.

³ Малюшин А.А. Конституционно-судебное правотворчество (правоустановление) в Российской Федерации как особая форма современного правотворчества // Российская юстиция. 2015. № 10. С. 6–8.

⁴ Демин А.В. Дискреция в налоговом праве // Вестник Пермского ун-та. Серия «Юридические науки». 2017. № 1. С. 42–55.

⁵ Тихонравова Е.Ю. Способы восполнения пробелов в законодательстве: вопросы теории и истории: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 154, 155.

⁶ Weinreb L. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. New York: Cambridge University Press, 2005. P. 90.

⁷ Васильковский Е.В. Цивилистическая методология. Ч. 1: Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 208.

⁸ Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.). Издание посмертное / Под ред. и с предисл. А. Симолина. Казань: Типо-лит. Имп. ун-та, 1916. С. 117, 121.

беременности и в течение трех лет со дня рождения их общего ребенка, но умалчивают о наличии или отсутствии аналогичного права у мужа (бывшего мужа), если именно он осуществлял уход за ребенком до достижения им возраста трех лет, а мать ребенка устранилась от его воспитания и содержания, Пленум Верховного Суда РФ в п. 44 постановления от 26 декабря 2017 г. № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов»¹ разъяснил, что исходя из аналогии закона (ст. 5 СК РФ) указанный супруг (бывший супруг) вправе обратиться в суд с иском к супруге (бывшей супруге) о предоставлении содержания до достижения ребенком возраста трех лет.

Еще один пример предписываемой для применения аналогии содержится в п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 ноября 2017 г. № 44 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав»², где со ссылкой на ст. 5 СК РФ указано на возможность предъявления иска об ограничении в родительских правах, приобретенных в результате усыновления ребенка (если отсутствуют установленные законом основания для отмены усыновления ребенка).

Вместе с тем в доктрине естественным считается то, что в семейно-правовой практике и вообще в гражданском судопроизводстве необходимость в применении аналогии закона и тем более аналогии права возникает крайне редко³, при этом если суды и решают дела по аналогии права и закона, то делают это скорее неупорядоченно и спорадически⁴. При этом отмечается такая особенность российского юридического мышления, как склонность к нормативизму, стремлению решать дела исходя из конкретных предписаний закона⁵.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 4.

² Там же. № 1.

³ См.: Алискеров М. Процессуальная аналогия в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2002. № 3. С. 18–20; Балашов А.Н., Мишутина Э.И. Вопросы применения аналогии закона и аналогии права в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. № 10. С. 59–62; Королев Ю.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: Юстицинформ, 2003; СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Панова И.В. Судопроизводство в контексте российской правовой культуры // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1. С. 74–84.

⁵ Трубицына Т.А. Институт аналогии в российском праве // Право и политика. 2007. № 1. С. 5–9.

Вероятно, в семейном праве, как и в цивилистике¹, считается, что ввиду разработанности и обширности семейного законодательства появление в ближайшее время таких отношений, которые окажутся за пределами регулирования, маловероятно и что с дальнейшим развитием семейного законодательства востребованность аналогии права в практике разрешения семейно-правовых споров будет стремиться к нулю либо вообще отпадет.

Такое научное восприятие роли аналогии в судебной практике не могло не привести к воздержанию от активной комплексной проработки аналогии как семейно-правового феномена. Именно поэтому может сложиться впечатление, что «средний» судья привык решать правовые вопросы, руководствуясь главным образом буквой закона², а к реальному применению аналогии в практике разрешения семейно-правовых споров способны только «продвинутые» судьи, которые знают законодательство и «имеют сердце»³.

Думается, что представление, будто качественное улучшение и количественное увеличение разработок семейно-правового нормативного массива снижает потребность правоприменителей в аналогии для оперативного преодоления правовой неопределенности, ошибочно. Как минимум ясно то, что чем больше объем нормативного акта, тем вероятнее, что в нем окажется ошибка или противоречие. Кроме того, если проводить аналогию между соотношением знания и незнания в процессе познавательной деятельности людей и корреляции правовой определенности с нарастанием объема нормативного материала, то получается, что критикуемое представление вступает в противоречие с приписываемым Сократу принципом познавательной скромности: «мудрейший тот, кто, подобно Сократу, знает, что ничего-то по правде не стоит его мудрость»⁴ или «я знаю только то, что ничего не знаю»⁵. Соответственно если представить нормативный массив документов как внутренность шара, то можно заметить, что увеличение объема

¹ Советское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О.А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М., 1985. С. 64.

² *Божок В.А.* Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 5.

³ *Боннер А.Т.* Законодательство об искусственном оплодотворении и практика его применения судами нуждаются в усовершенствовании // Закон. 2015. № 7. С. 134–151.

⁴ *Платон.* Сочинения: В 4 т. Т. 1: Апология Сократа / Под общ. ред. А.Ф. Лосева и В.Ф. Асмуса; пер. с древнегреч. СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 2006. С. 92.

⁵ *Диоген Лаэртский.* О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов / АН СССР, Ин-т философии; общ. ред. и вступ. статья А.Ф. Лосева. М.: Мысль, 1979. С. 113.

этого шара неизбежно увеличивает площадь его поверхности, а значит, и количество точек соприкосновения существующих норм (права) с неизвестными социальными связями (сферой правовой пустоты).

В связи с этим важно собрать эмпирические данные о реальной практике использования правил ст. 5 СК РФ в семейно-правовой практике, с тем чтобы предоставить науке семейного права возможность провести между ними логические связи, выявить закономерности, возможно, определить дальнейшие тенденции¹ и создать для правоприменителей научно-теоретическую и методическую опору для правильной реализации аналогии закона и аналогии права при разрешении семейно-правовых споров.

Видится необходимым выявить, систематически изложить и проанализировать наиболее показательные судебные акты, в которых так или иначе, результативно или безуспешно, законно или неправомерно, вдумчиво или неосознанно, целесообразно или без необходимости в процессе разрешения семейно-правовых споров был задействован механизм аналогии. Следует также раскрыть достоинства аналогии не как абстрактной правовой конструкции, а как живого, реально действующего института, способного эффективно функционировать в сфере семейного права.

¹ Косенко Е.В. Средства и методы научного познания семейного права // Вестник Пермского ун-та. Серия «Юридические науки». 2015. № 3. С. 107–116.

Introduction

The complexity and variety of social ties that constitute the subject matter of family law (Article 2 of the Family Code of the Russian Federation (FC RF)), and the freedom of citizens to dispose of their rights arising from family relations (Article 7 of the FC RF) at their own discretion often create situations, not directly regulated by the norms of current family law. Strengthening the dispositive principles of family law regulation¹, the widespread and intensified use of contractual structures in family law² contribute to the emergence of an increasing number of unique family law relations that fall into the zone of legal gaps.

A state of legal uncertainty also arises when, from a formal viewpoint, it is impossible to speak of gaps in family law. However, the existing regulation is unable to adequately respond to some “mutations” of social ties known to the law when the latter exhibit new specific features in specific socio-economic conditions. Ignoring them does not allow harmoniously ensuring the fulfillment of fundamental family law guidelines: the need to strengthen the family, build family relations on feelings of mutual love and respect, mutual assistance and responsibility to the family on behalf of all its members, preclude anyone’s arbitrary interference in the family affairs, provide the unhindered exercise of their rights by family members, and the possibility of judicial protection of these rights (clause 1 of Article 1 of the FC RF).

The method of analogy is considered usual, natural, and effective³, practical⁴, conventional⁵ and universal⁶ (if not the only⁷) means for promptly over-

¹ *Muratova S.A.* Family Law: A Textbook. 5th ed., rev. and sup. M.: UNITI-DANA, 2010. P. 7.

² See: *Vikharev A.A.* Contract as an Instrument for Regulating Family Relations // Russian Legal Journal, 2017. N. 3. P. 144–152; *Bix B.* Private Ordering and Family Law // Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers. 2010. N. 23. P. 249–285 (<https://ssrn.com/abstract=1680689>).

³ *Mikryukov V.A.* The Essence and Significance of Analogy in the Mechanism of Legal Regulation of Economic Activities // Legal Science. 2016. N. 5. P. 15–24.

⁴ *Koval V.N.* Comparative Analysis of the Application of the Law on Analogy by the Civil and Commercial Courts of Ukraine and the Russian Federation // Russian Judge. 2018. N. 3. P. 15–19.

⁵ *Malyushin A.A.* Constitutional and Judicial Lawmaking (establishment of rights) in the Russian Federation as a Special Form of Current Lawmaking // Russian Justice. 2015. N 10. P. 6–8.

⁶ *Demin A.V.* Discretion in Tax Law // Bulletin of Perm University. Legal Sciences. 2017. N 1. P. 42–55.

⁷ *Tikhonravov E. Y.* Ways to Fill Gaps in Legislation: Questions of Theory and History. Ph.D. Thesis in legal sciences. M., 2013. P. 154, 155.

coming legal gaps and combating legal uncertainty, enabling the law enforcer to create a bridge over the gap between fact and norm¹ and remain within the existing, properly authorized, and promulgated legislation². Therefore, it is reasonable to assume that the rules of Article 5 of the FC RF on the application of analogy by statute and analogy by law should be widely demanded in the practice of resolving family law disputes by courts and be covered by close scientific attention. Moreover, if we proceed from the fact that any law in the hands of the court should contribute to social progress, the analogy, which to the greatest extent requires the manifestation of creative efforts, judicial legal awareness, and the legal sense of a particular judge³, should be recognized as an instrument to be obligatorily available in the arsenal of each law enforcer and actually used.

Several instructions on the need for lower courts to apply family law by analogy appeared in the clarifying acts of the Supreme Court of the Russian Federation. This fact confirms the judicial community's general positive attitude to the functioning of analogy in family law. Thus, the norms of para. 3, clause 2 of Article 89 and para. 2, clause 1 of Article 90 of the FC RF vest the wife (ex-wife) with the right to claim the provision of maintenance from the spouse (ex-spouse) during pregnancy and within three years from the date of birth of their common child. However, these norms are reticent about the availability or absence of a similar right in the husband (ex-husband), if precisely father took care of the child until the baby reached the age of three years, and the child's mother abandoned her duties of upbringing and maintenance. By virtue of this fact, the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation explained in paragraph 44 of the Resolution of December 26, 2017, No. 56 "On the application of legislation by the courts when considering cases related to alimony recovery"⁴, that based on the analogy of statute (Article 5 of the FC RF), the said spouse (former spouse) has the right to apply to the court with a claim against his wife (former wife) for spousal maintenance until their child reaches the age of three years. Paragraph 10 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of November 14, 2017, No. 44 "On the practice of applying legislation

¹ *Weinreb L.* Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. N.Y.: Cambridge University Press, 2005. P. 90.

² *Vaskovsky E.V.* Civilistic Methodology. Part 1: Teaching about the Interpretation and Application of Civil Laws. Odessa, 1901. P. 208.

³ *Zavatsky A.V.* Toward the Doctrine of the Interpretation of Civil Laws. The Latest Trends on this Issue in German Literature (free law school and others) / Posthumous edition, edited and prefaced by Simolin A. Kazan: Imperial University Typography, 1916. P. 117, 121.

⁴ Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation. 2018. N 4.

by the courts in resolving disputes related to the protection of the rights and legitimate interests of a child with an immediate threat to his/her life or health, as well as in case of restriction or deprivation of parental rights”¹, contains another example of the analogy prescribed for use, where reference to Article 5 of the FC RF indicates the possibility of filing a claim against the restriction of parental rights acquired as a result of adopting a child (if there are no statutory grounds for canceling the child’s adoption).

At the same time, the doctrine considers it natural that in family law practice and civil proceedings in general, the need to apply analogy by statute, and *a fortiori* analogy by law, arises extremely rarely²; though, if the courts decide cases based on analogy by law and statute, they do this rather randomly and sporadically³. In doing so, such a feature of Russian legal thinking is noted as a tendency towards normativism, the desire to resolve cases proceeding from specific legal provisions⁴. Probably, in family law, as in civil law⁵, it is believed that in view of the extent of scientific development in family law, in the near future, such relations that will be beyond the scope of regulation are unlikely to appear and that with the further development of family law, the demand for analogy by law in the practice of resolving family law disputes will tend to zero or disappear at all.

Such a scientific perception of the role of analogy in judicial practice could not but lead to refraining from the active comprehensive elaboration of analogy as a family law phenomenon. That is why it may seem that the “average judge” is used to addressing legal issues, guided mainly by the letter of the law⁶, and only “advanced” judges who know the law and “have a heart”⁷ are capable of actually applying analogy in the practice of resolving family law disputes.

¹ Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation. 2018. N 1.

² *Alieskerov M.* Procedural Analogy in Civil Proceedings // Russian Justice. 2002. N 3. P. 18–20; *Balashov A.N., Mishutina E.I.* Issues of Applying the Analogy of Statute and Analogy of Law in Civil Proceedings // Russian Justice. 2009. N 10. P. 59–62; *Korolev Y.A.* Commentary on the Family Code of the Russian Federation (itemized). M.: Yustitsinform, 2003; SPS «ConsultantPlus».

³ *Panova I.V.* Legal Proceedings in the Context of Russian Legal Culture // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. 2012. N 1. P. 74–84.

⁴ *Trubitsyna T.A.* Institute of Analogy in Russian Law // Law and Politics. 2007. N 1. P. 5–9.

⁵ *Krasavchikov O.A.* (ed.). Soviet Civil Law: A textbook: In 2 vol. 3rd ed., rev. and sup. Vol. 1. M., 1985. P. 64.

⁶ *Bozhok V.A.* Institute of Analogy in Civil and Arbitration Procedural Law: Ph.D. Thesis in Legal Sciences. M., 2005. P. 6.

⁷ *Bonner A.T.* The Legislation on Artificial Insemination and the Practice of its Application by the Courts Need to be Improved // Law. 2015. N 7. P. 134–151.

The idea that the qualitative improvement and quantitative increase in the family law normative array reduce the law enforcers' need in analogy to overcome legal uncertainty promptly seems erroneous. At least, it is clear that the larger the scope of a normative act, the more likely it will contain an error or contradiction. In addition, if we draw an analogy between the ratio of knowledge and ignorance in the process of human cognitive activity and the correlation of legal certainty with an increase in the volume of normative material, it turns out that the criticized idea contradicts the principle of cognitive modesty attributed to Socrates: "he is the wisest, who, like Socrates, knows that his wisdom is in truth worth nothing"¹ or "I know that I know nothing"². Accordingly, if we represent the normative array as the interior of a ball, an increase in the volume of this ball inevitably increases its surface area, which means the number of things in common between the existing norms (law) and unknown social ties (the sphere of legal emptiness).

In this regard, it is important to collect empirical data on the actual practice of using the rules of Article 5 of the FC RF in family law practice to provide the science of family law with the opportunity to join logical connections thereof, identify patterns and, possibly, determine further trends³, and create scientific, theoretical, and methodological support for law enforcers to properly implement analogy by statute and analogy by law when settling family law disputes.

It seems necessary to identify, systematically outline and analyze the most indicative court rulings in which the mechanism of analogy was used in the process of resolving family law disputes, in one way or another, effectively or unsuccessfully, lawfully or unlawfully, thoughtfully or unconsciously, expediently or unnecessarily. It is necessary to reveal the merits of analogy rather as a living, really operating institute that can function effectively in the field of family law than as an abstract legal structure.

¹ *Plato*. Collected works in four volumes. Vol. 1: *Apology of Socrates* / Ed. by A.F. Losev and V.F. Asmus; trans. from ancient Greek. St. Petersburg: St. Petersburg University Press, 2006. P. 92.

² *Laertius*. About life, teachings and sayings of famous philosophers / Academy of Sciences of the USSR, Institute of Philosophy Press; ed. by A.F. Losev. M.: Mysl, 1979. P. 113.

³ *Kosenko E.V.* Means and Methods of Scientific Inquiry into Family Law // *Bulletin of the Perm University. Legal Sciences*. 2015. N 3. P. 107–116.

I. Общие положения

1.1. Суд в порядке ст. 5 и 31 СК РФ признал пасынка и отчима членами семьи для целей налогообложения

Решение Тогучинского районного суда Новосибирской области от 26 января 2010 г. по делу № 2-194

Фабула дела

Гражданин Д. обратился в суд с заявлением о признании его (заявителя) и гражданина Л. членами семьи. Установление данного факта имело для гражданина Д. юридическое значение, поскольку давало право на льготу по налогу на доходы физических лиц, полученные по договорам дарения от членов семьи. Заявление было мотивировано следующим. Гражданин Л. (даритель) состоит в браке с матерью заявителя (одаряемого) и является его (Д.) отчимом. Все трое длительное время совместно проживали в двухкомнатной квартире, оставшейся у матери заявителя после расторжения первого брака, отношения поддерживали равные, доброжелательные, характерные для хороших семей, отчим хотя и не усыновил ребенка супруги, но воспитывал и содержал его как сына. Однокомнатную квартиру, выступившую объектом дарения, гражданин Л. приобрел по договору участия в долевом строительстве. Решение о подарке было принято на семейном совете и видится разумным для обеспечения гражданину Д. условий создания новой семьи.

Правовой пробел

Налоговый кодекс Российской Федерации (далее — НК РФ) (п. 18.1 ст. 217), предоставляя налоговую льготу по доходам, полученным в порядке дарения между членами семьи и (или) близкими родственниками, устанавливает, что круг этих лиц определяется в соответствии с СК РФ. При этом необходимая родственная близость налоговой нормой очерчивается, а вопрос о том, кого кроме ближайших родных в целях налогообложения следует признавать членами семьи, остался