

УДК 340

ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ И ИХ ВОСПОЛНЕНИЕ: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ*Т.В. Власова*

Исследуются отдельные проблемные вопросы определения понятия пробелов в праве и восполнения пробелов в праве.

Ключевые слова: пробел в праве; восполнение пробела в праве; аналогия права; аналогия закона.

GAPS IN THE LAW AND THEIR COMPLETION: SOME PROBLEMATIC ISSUES*T.V. Vlasova*

The paper investigates some problematic issues of definition of gaps and completions of gaps in law.

Keywords: gap in law; completion of gap in law; analogy of law; analogy of the law.

В правоприменительной практике иногда возникают ситуации, когда спорное отношение имеет правовой характер, вовлекается в сферу правового регулирования, но не предусмотрено конкретной нормой права. Обнаруживается ситуация пробела. Проблема пробелов в праве является одной из важнейших в юриспруденции, т. к. определяет не только характер и качество деятельности правотворческих органов, но и работу правоприменительных и, в первую очередь, судебных органов. Несмотря на большое количество работ по данной проблематике, остаются вопросы, требующие исследования.

Пробел в отечественной юриспруденции традиционно рассматривается как пробел в праве, т. е. “пробел в содержании действующего права в отношении фактов общественной жизни, находящихся в сфере правового воздействия” [1, с. 456], “полное или частичное отсутствие правового регулирования конкретного вида общественных отношений в определенной сфере” [2, с. 707], отсутствие соответствующих норм, что выглядит и как невключение отдельных предписаний, взаимосвязанных их групп в существующие нормативные правовые акты, и как непринятие целых актов, предназначенных для регулирования соответствующих общественных отношений [3, с. 11] и т. п. В.В. Ершов полагает, что “пробелы содержатся не в праве в целом, а только в законодательстве, точнее во внутригосударственных нормативных правовых актах”, далее он отмечает, что с позиции интегративного правопонимания пробел в праве – “это отсутствие принципов и (или) норм права в единой

и многоуровневой системе форм внутригосударственного и международного права, реализуемых в России” [4, с. 12]. На наш взгляд, данная позиция заслуживает внимания, т. к. позволяет шире взглянуть не только на тему пробелов, но и на понятие права, на понятие и виды форм российского права и их роль в регулировании общественных отношений. Существуют и иные подходы к пониманию пробела в праве, его рассматривают как правотворческую ошибку, как дефект законодательства, как добросовестное заблуждение и т. д.

Проанализировав проблему определения понятия пробела в праве, полагаем, что, несмотря на отсутствие общепризнанного определения пробела в праве, им можно считать обусловленную объективными и субъективными факторами неурегулированность нормами права, содержащимися в формах права, общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования.

Проблему пробелов в праве предлагается решать путем их “восполнения”, которое в научной литературе не находит однозначного понимания.

По мнению И.Я. Дюрягина, “восполнение пробелов” – это специальный юридический термин, который включает в себя значение индивидуально-правового регулирования как восполнения разового, имеющего юридическое значение только для данного дела [5, с. 31]. Е.П. Шикин отмечает, что правоприменение словно принимает “эстафету” нормативного регулирования, продолжая его в казуальной форме [6, с. 6]. В.М. Горшенев и И.Я. Дюрягин считают, что правоприменительная деятельность “призвана, главным образом,

продолжить общее нормативное регулирование, заданное правотворчеством с помощью нормы права” [7, с. 26]. Н.Н. Вопленко считает, что правоприменительное восполнение пробелов относится к конкретизации права, взаимосвязанной с толкованием юридических норм [8, с. 175]. По мнению С.С. Алексеева, деятельность правоприменительного органа по восполнению пробелов в праве должна быть отнесена к индивидуальному поднормативному регулированию, к “усмотрению”, которое осуществляется в процессе применения права. Она выступает своеобразной конкретизацией юридических норм, связанной с официальным толкованием. Правоприменительный орган конкретизировано применяет определенные нормы, известным образом истолковывает принципы и положения действующего права по отношению к данному конкретному случаю. Суд или иной правоприменительный орган ни в коей мере не создает новую норму права, но создает на основе действующего права индивидуальное предписание – правило для данного случая. Таким путем и восполняется пробел в законодательстве при решении конкретного юридического дела [9, с. 332].

Как видим, содержание термина “восполнение пробелов”, по мнению ученых, охватывает разнообразные виды юридической деятельности и приводит к неоднозначному пониманию места судебной власти в системе разделения властей.

Восполнять пробелы в праве можно путем их преодоления и устранения, что позволяет, соответственно: а) справиться с имеющейся на пути преградой, затруднением и разрешить юридический вопрос или дело; б) ликвидировать, исключить из права пробел. Деятельность по преодолению и устранению пробелов в праве осуществляется разными органами и нацелена на достижение разных результатов, хотя, к сожалению, зачастую в юридической литературе эти процессы отождествляются.

Преодоление пробела является прерогативой судебных органов, которые в такой ситуации используют институты аналогии закона и аналогии права, применяя, соответственно, при обнаружении пробела норму права, регулирующую сходные отношения, либо разрешая дело, исходя из общих начал и смысла законодательства. Правовая природа аналогии закона и аналогии права составляет отдельный предмет научных дискуссий.

Уже долгое время в российской юридической литературе широко обсуждается вопрос о существовании прецедентного регулирования в отечественной правовой системе. Так, например, П.А. Гук пишет, что судебная практика должна считаться источником права “тогда, когда в су-

дебном акте этого органа закреплены положения, дающие разъяснения о применении нормативных актов; выработаны новые правила процедурного характера; дано толкование правовой нормы; сформулированы правоположения (судебная норма), которыми преодолен дефект в нормативно-правовом акте. Особенность судебной практики как источника права, созданной высшими судебными органами, определяется ее прецедентным характером, направленным на регулирование общественных отношений” [10, с. 12–13]. В.В. Лазарев отмечает, что “если в праве выявляется пробел (воля законодателя не установлена), суд формулирует недостающие правоположения. Эти положения (независимо от того, в какой судебной инстанции они сформулированы, если они вынесены при рассмотрении конкретного дела) претендуют на роль прецедента права (правового прецедента)” [11]. Е.И. Спектор указывает, что при соблюдении ряда требований судебный прецедент может рассматриваться как источник российского права в той мере, в какой это необходимо для устранения пробелов в законодательстве [12, с. 19–20].

Однако, как известно, судебный прецедент – форма права, характерная для англосаксонской правовой системы, дающая возможность суду выступить в роли правотворческого органа. Вместе с тем в странах романо-германской правовой семьи, к которым относится и Россия, исходя из принципа разделения властей, правотворческая деятельность является сугубо прерогативой законодателя, органов исполнительной власти и должностных лиц, уполномоченных на это законом, поэтому роль суда не выходит за рамки применения и толкования закона. Суды являются органами, осуществляющими правосудие, и в процессе осуществления правосудия суды не создают нормы права, а применяют их. Применение аналогии включает в себя следующую последовательность действий: установление факта наличия пробела; поиск нормы, регулирующей сходные общественные отношения; принятие решения на основе нормы, регулирующей сходные отношения, а при отсутствии таковой “исходя из общих начал и смысла законодательства”. Как видим, суды в данной ситуации не “творят” право, а применяют его с целью решить конкретный юридический вопрос и принять решение по делу. Решение, принятое по аналогии, не является общеобязательным, а необходимо для данного конкретного случая. Потому в случае обнаружения пробела в праве деятельность суда состоит в его преодолении, а не устранении. Собственно заполнение или ликвидация пробела осуществляется только правотворческим органом.

Изложенное выше не исчерпывает перечень проблем в понимании пробелов в праве и воспол-

нении их. Так, дискуссионными остаются вопросы о правовой природе пробелов в праве, о “мнимых” пробелах в праве, условиях применения и пределах применения аналогии закона и аналогии права, о пробельности и беспробельности права и др.

Литература

1. *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм / П.Е. Недбайло. М., 1960.
2. *Тихомирова Л.В.* Юридическая энциклопедия / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров. М., 2002.
3. *Авакьян С.А.* Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения / С.А. Авакьян // Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: материалы междунар. науч. конф. (юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова. Москва, 28–31 марта 2007 г.) / под ред. проф. С.А. Авакьяна. М., 2008.
4. *Ершов В.В.* Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления / В.В. Ершов // Российское правосудие. 2016. № 4.
5. *Дюрягин И.Я.* Применение норм советского права / И.Я. Дюрягин. Свердловск, 1978.
6. *Шикин Е.П.* Основные условия эффективного применения права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е.П. Шикин. Свердловск, 1971.
7. *Горшенев В.М.* Правоприменительная деятельность / В.М. Горшенев, И.Я. Дюрягин // Советское государство и право. 1969. № 5.
8. *Вопленко Н.Н.* Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм / Н.Н. Вопленко // Вопр. теории государства и права. Вып. 2. Саратов, 1971.
9. *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2 т. Т. 1. / С.С. Алексеев. М., 1981.
10. *Гук П.А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / П.А. Гук. М., 2012.
11. *Лазарев В.В.* Нормативная природа судебного прецедента / В.В. Лазарев // СПС “Консультант Плюс”.
12. *Спектор Е.И.* Пробелы в законодательстве и пути их преодоления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е.И. Спектор. М., 2003.