

Пробелы в праве. Институт аналогии

Gaps in law. Institute of Analogy

Власова Т.В.

Канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедры теории права, государства и судебной власти Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия»

e-mail: t_vlasova@list.ru

Vlasova T.V.

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Theory of Law, State and Judiciary of the Russian State University of Justice

e-mail: t_vlasova@list.ru

Лесовая Т.С.

Канд. юрид. наук, доцент кафедры теории права, государства и судебной власти Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия»

e-mail: tlesovaya@mail.ru

Lesovaya T.S.

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor of the Department of Theory of Law, State and Judiciary of the Russian State University of Justice

e-mail: tlesovaya@mail.ru

Аннотация

В статье, в том числе с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, исследуются проблемы пробелов в праве. Авторы анализируют подходы к понятию пробела в праве, их причины и виды и приходят к аргументированному выводу, что пробелы, как правило, возникают в отдельных формах права.

Ключевые слова: научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, пробел в праве, аналогия права, аналогия закона, мнимый пробел.

Abstract

The article examines the problems of gaps in law, including from the standpoint of a scientifically based concept of integrative legal understanding. The authors analyze approaches to the concept of gaps in law, their causes and types and come to the reasoned conclusion that gaps usually arise in certain forms of law.

Keywords: scientifically based concept of integrative legal understanding, gap in law, analogy of law, analogy of law, imaginary gap.

Проблема пробелов в праве не является новой в отечественной юридической науке, но, несмотря на большое количество исследований, не теряет своей актуальности.

Известный дореволюционный ученый Е.В. Васьковский писал: «Пробел в действующем праве имеется ... тогда, когда для какой-либо категории случаев: или 1) вовсе нет нормы, или 2) существует норма, но совершенно темная и непонятная, или 3) существует несколько норм, находящихся между собой в непримиримом противоречии, или 4) установлена норма, страдающая неполнотой» [1, с. 277].

Е.Н. Трубецкой, не говоря напрямую о понятии «пробел в праве», отмечал, что аналогия «обусловлена существованием многих случаев, которые ни обычаем, ни законом не предусмотрены, а тем не менее подлежат рассмотрению суда» [2, с. 144]. В приведенном высказывании автора усматривается, что пробелы возникают не только в «законе», но и в «обычаях».

В советский период, например, С.С. Алексеев писал: «пробелы в праве представляю собой дефекты в изложении государственной воли, ее оформлении, в неполном или недостаточном использовании средств юридической техники, в наличии известных пропусков и противоречий в ткани действующего права» [3, с. 262].

По мнению В.В. Лазарева, «пробелом в праве называется полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства, а также иными проявлениями классовой воли, направленной на регулирование жизненных фактов в сфере правового воздействия» [4, с. 37].

Если обратиться к современной учебной и научной литературе, в том числе к диссертационным исследованиям, то можно увидеть следующие подходы к пониманию пробелов в праве.

Л.А. Морозова под пробелом в праве понимает «отсутствие в действующем законодательстве нормы права, в соответствии с которой должен решаться вопрос, требующий правового регулирования» [5, с. 331].

В диссертационном исследовании О.С. Панасюка отмечено, что: «Пробел в праве является следствием полного или частичного отсутствия объективно необходимого звена в системе правовой регламентации общественных отношений, которые уже подвергнуты правовому регулированию или должны входить в сферу правового воздействия» [6, с. 8].

В научной статье Муцалова Ш.Ш. и Идилова Ш.К. резюмируется, что «разграничивая понятия «право» и «закон» приходится признавать, что пробел в праве проявляется, прежде всего, как пробел в законе» [7, с. 158].

В отраслевых диссертационных исследованиях прослеживаются следующие точки зрения. Например, Д.И. Романенко определяет пробел в гражданском законодательстве как «неурегулированность нормой права конкретного содержания отношений, которые соответствуют природе гражданского права и входят в его предмет, подпадают под основные начала гражданского законодательства, регулируются посредством частноправового (координационного, диспозитивного) метода правового регулирования» [8, с. 11, 12].

А.А. Храмов под пробелом уголовно-исполнительного законодательства понимает «полное или частичное отсутствие собственно уголовно-исполнительных норм в УИК РФ и других федеральных законах, в области общественных отношений по исполнению уголовных наказаний, которые нельзя урегулировать действующими нормами отраслевого федерального законодательства, а также не выходящими за пределы их компетенции подзаконными нормативными правовыми актами, либо договорными конструкциями» [9, с. 10].

Как видно из изложенного, в большинстве случаев, пробел в праве связывается с «отсутствием... нормы права...», «неурегулированностью нормой права...» правоотношения, а также с тем, что он содержится лишь в одном виде такой формы права, как правовой акт, а именно – «в законодательстве» или «законе».

С учетом положений научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, представляется, что право выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Исходя из чего пробел в праве возможен только при отсутствии принципов и (или) норм права во всех формах как

национального, так и международного права, реализуемых в государстве [10, с. 183-196], а не в одной из них (например, в правовом акте).

Характеризуя пробелы в праве, В.М. Сырых пишет, что они «... представляют собой бесспорно негативное явление, которое дестабилизирует существующий в обществе порядок, затрудняет нормальную реализацию прав и свобод в конкретных отношениях, снижает эффективность действия законодательства, создает дополнительные трудности в правоприменительной деятельности» [11, с. 362]. В целом, разделяя отмеченную позицию автора, считаем, что в данном случае речь идет не о пробеле в праве в целом, а лишь о пробеле в конкретной форме права или нескольких формах права, которая(ые) будет(ут) содержать принципы и нормы права, обладающие большей степенью неопределенности (меньшей степенью определенности).

В этой связи можно выделить следующие причины, по которым возникают такие пробелы в праве, а вернее будет сказать пробелы в форме права.

Объективные причины, не зависящие от воли и сознания субъектов правотворчества. Например, такие обстоятельства могут возникать в связи с развитием фактических правоотношений, опережающих правотворческую деятельность, которая требует времени. Еще дореволюционный правовед Н.С. Суворов отмечал, что «законодатель, при всей своей предусмотрительности, никогда не может предвидеть всех перемен, которые беспрерывно происходят в практике житейского оборота, и всех последствий, которыми могут сопровождаться эти перемены для юридических отношений» [12, с. 73].

Субъективные причины, наоборот, связаны с волей и сознанием субъектов правотворчества. Например, Е.И. Спектор к последним относит «непосредственно упущения законодателя, что имеет место: 1) вследствие неверного нормативного отражения действительности, когда формулировками нормативного правового акта не охватывается какое-либо общественное отношение или их группа, требующая такого регулирования; 2) вследствие юридико-технических ошибок, допущенных в процессе законотворчества» [13, с. 13, 14]. Представляется, что субъективные причины кроются не только в деятельности законодателя в процессе законотворчества, а в целом – правотворческих субъектов в процессе правотворчества. Кроме этого, автор, на наш взгляд, не учитывает разнообразие форм права, которые реализуются в государстве, ограничивая их внешние выражения только правовыми актами. В этой связи среди субъективных причин можно, прежде всего, рассматривать недостатки правотворческой деятельности, в том числе нарушение правил юридической техники, неквалифицированность правотворческого субъекта, сложная организация системы форм права, реализующихся в России и др.

Классификация пробелов может быть проведена по различным основаниям. Так, пробелы можно сгруппировать по темпоральному критерию на *первоначальные* и *последующие*.

Особенность *первоначальных пробелов* состоит в том, что они появляются с момента принятия правового акта (или иной формы права). Речь идет о том, что фактические правоотношения, попадающие в сферу правового регулирования, были упущены из внимания правотворческого субъекта. Как известно, первоначальные пробелы могут возникать как по объективным, так и по субъективным причинам.

Последующие пробелы возникают во время действия правового акта (иной формы права), когда появляются фактические правоотношения, которые не регулируются принципами и нормами права, содержащимися в правовом акте (или иной форме права).

Пробелы в правовых актах (или иных формах права) можно разделить также на *мнимые* и *реальные (или подлинные)*. Под *мнимым пробелом* понимается отсутствие правового регулятора, по дискуссионному мнению правоприменителя, например, в правовых актах, в действительности содержащегося в иных формах национального и (или) международного права. Следует поддержать П.В. Лушникову в том, что «мнимое

непонимание» может обнаруживаться субъектами реализации права в целом. Вместе с тем дискуссионной является позиция указанного автора относительно последствий появления мнимых пробелов, он пишет, что «неосознанные, созданные искусственно, надуманные пробелы превращаются в правовые нормы, потребность в которых не обусловлена объективным развитием общественных отношений» [14, с. 400]. *Реальный пробел* имеет место в действительности, когда фактические правоотношения нуждаются в правовом регулировании, а оно отсутствует.

Изложенные подходы к классификации пробелов являются наиболее распространенными в науке. Между тем можно встретить и иные.

Так, например, Е.И. Спектор отмечает, что: «Возможные классификационные деления пробелов на виды в конечном итоге основаны на единственной критерии – на приемлемой для данной правовой системы компетенции государственных органов: пробел либо восполняется законодателем, либо преодолевается правоприменителем (судьей)» [13, с. 5].

Т.А. Щелокаева полагает, «что более точной будет классификация пробелов в праве на пробелы, исключаящие применение аналогии в силу установленного запрета; пробелы, в случае установления которых законодатель обязывает применять аналогию; и пробелы, по отношению к которым о применении аналогии законодатель молчит, что не исключает решение дела по аналогии» [15]. Автор проводит классификацию пробелов, не называя оснований для нее, но, как представляется, основываясь на таком критерии как «закрепленная нормами права допустимость применения аналогии».

Приведенные классификации не являются исчерпывающими, в науке имеются и другие подходы, позволяющие выделить виды пробелов. Что касается практики, то следует отметить, что чаще всего правоприменитель сталкивается с пробелом в правовом акте.

Пробелы в правовых актах (или иных формах права) устраняются правотворческими субъектами, которые уполномочены на принятие и изменение принципов и норм права, содержащихся в различных формах права, реализующихся в России.

Если же пробел обнаруживается в процессе осуществления правоприменительной деятельности, то используется институт аналогии, с помощью которого пробел преодолевается.

Традиционно с точки зрения в том числе юридического позитивизма как в национальных правовых актах, так и научной литературе выделяют два вида аналогии – аналогия закона и аналогия права.

Так, согласно ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации «В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 ст. 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

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»¹.

Аналогично институт аналогии раскрывается и в иных кодифицированных федеральных законах.

При использовании института аналогии закона правоприменитель для разрешения юридического дела вырабатывает правоприменительный акт на основе нормы (или норм права) права, регулирующей сходные правоотношения, содержащейся в том же правовом акте, либо в смежных правовых актах (субсидиарное правоприменение). Закрепление

¹Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2022) // СПС «Консультант Плюс».

возможности субсидиарного правоприменения закреплено в ст. 5 Семейного кодекса РФ: «В случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения»¹.

С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания правовая категория «аналогия права» представляется дискуссионной не только в теоретическом, но и практическом смысле, так как:

- нормы права выступают не единственными регуляторами правоотношений;
- по своей сущности выработанный с позиции юридического позитивизма термин «общие начала законодательства» с научно обоснованной концепции интегративного правопонимания возможно рассматривать скорее как принципы права. При таком теоретическом подходе при наличии принципов и норм права в иных формах национального и (или) международного права, пробела в праве в целом нет. Следовательно, имеющиеся принципы и нормы права, содержащиеся в иных формах права, применяются непосредственно, а не по аналогии права; пробела в праве нет, пробел в праве мнимый [10, с. 183 – 196];
- «требования добросовестности, разумности и справедливости» являются неправовыми оценочными категориями и не могут выступать регуляторами правоотношений;
- термин «смысл ... законодательства» является теоретически неопределённым; «законодательство» (а точнее национальные правовые акты) – лишь одна из форм и только национального права [10, с. 195, 196].

Литература

1. *Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002.
2. *Трубецкой Е.Н.* Лекции по энциклопедии права. М.: Т-во Типографии А.И. Мамонтова, 1917.
3. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Курс лекций в двух томах. Свердловск, 1973. Т. 2.
4. *Лазарев В.В.* Пробелы в праве и пути их устранения: Монография. Репр. изд. М.: Норма: ИНФРА-М, 2021.
5. *Морозова Л.А.* Теория государства и права: учебник. М.: Норма: ИНФРА-М, 2017.
6. *Панасюк О.С.* Пробелы в праве и способы их преодоления и устранения: Автореф. ... к.ю.н. Ставрополь, 2012.
7. *Муцалов Ш.Ш., Идилов Ш.К.* Теоретические аспекты понятия пробелов в праве // Международный научно-исследовательский журнал. 2020. № 7 (97). Часть 2.
8. *Романенко Д.И.* Аналогия права (цивилистическое исследование): Автореф. ... к.ю.н. Саратов, 2019.
9. *Храмов А.А.* Пробелы уголовно-исполнительном законодательстве России: Автореф. ... к.ю.н. Томск, 2022.
10. *Еришов В.В.* Регулирование правоотношений: Монография. М.: РГУП, 2020.
11. *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ЗАО Юстицинформ, 2012.
12. *Суворов Н.С.* Лекции по энциклопедии права. М.: ЛЕНАНД, 2016.
13. *Лушников П.В.* Пробелы в праве и способы их восполнения // Вестник Удмуртского университета. Серия Экономика и право. 2020. Том. 30. Вып. 3.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 04.08.2022) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2022) // СПС «Консультант Плюс».

14. *Спектор Е.И.* Пробелы в законодательстве и пути их преодоления: Автореф. ... к.ю.н. М., 2003.
15. *Щелокаева Т.А.* Пробел в праве: понятие, классификация, проблемы квалификации / Современные тенденции развития юридической науки и правоприменительной практики: Сб. материалов Межрегиональной научно-практической конференции, посвященной 35-летию Института (филиала) МГЮА в г. Кирове: В 2 ч. Ч. 1 / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. С.М. Кочои. Киров, 2006 // <https://2aas.arbitr.ru/novosti-i-obzory/nashi-publikacii/20080815-1> [дата обращения: 22.09.2022 г.].