

## ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

### THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACHES TO THE DEFINITION OF GAPS IN THE LAW

*G. Mamedrzaeva*

#### Annotation

The problem of legal gaps is one of the most important theoretical and legal problems. However, at present there is no unanimity among theoretical scientists in the definition of the concept, content and essence of gaps in the law. This necessitates a comprehensive study of this problem. The object of the study in the present article is the current doctrine, theoretical and methodological approaches to the definition of the essence of the concept of gaps in the law, legally significant characteristics of gaps in the law. The author has chosen the Institute of gaps in the law as a legal category as a subject of research. The methodological basis of the research is dialectical, systemic, concrete historical, comparative legal, structural and functional approaches, the method of institutional analysis, various methods and techniques of interpretation. The scientific novelty of the proposed research is that the author attempts to systematize the existing scientific ideas on the definition of the concept of gaps in the law, identifies legal signs that indicate the presence of gaps in the law. Also, in the course of the study, the author concluded that it is necessary to improve the procedure for the adoption of normative legal acts.

**Keywords:** gaps in the law, rule of law, law enforcement, analogy of law, legal regulation, legal understanding.

*Мамедрзаева Гюзель Муртазаевна*

*Аспирант, Российская академия  
народного хозяйства и государственной  
службы при Президенте РФ (РАНХиГС),  
Северо-Западный институт управления*

#### Аннотация

Проблема пробельности права составляет одну из важнейших теоретико-правовых проблем. Однако, по настоящее время, среди ученых-теоретиков нет единогласия в вопросе определения понятия, содержания и сущности пробелов в праве. Указанное обуславливает необходимость всестороннего изучения указанной проблемы. Объектом исследования в представленной статье являются сложившаяся доктрина, теоретико-методологические подходы к определению сущности понятия пробелов в праве, юридически-значимые характеристики пробелов в праве. В качестве предмета исследования автором избран институт пробелов в праве как нормативно-правовая категория. Методологическую основу исследования составляют диалектический, системный, конкретно-исторический, сравнительно-правовой, структурно-функциональные подходы, метод институционального анализа, разнообразные способы и приемы толкования. Научная новизна предлагаемого исследования заключается в том, что автором принята попытка систематизировать сложившиеся научные представления по вопросу определения понятия пробелов в праве, выделены юридические признаки, свидетельствующие о наличии пробелов в праве. Также в ходе исследования автором сделан вывод о необходимости усовершенствования процедуры принятия нормативно-правовых актов.

#### Ключевые слова:

Пробелы в праве, норма права, правоприменение, аналогия права, правовое регулирование, правопонимание.

Толкование осуществляется в ходе применения норм права, то есть при разрешении конкретных юридических дел. Первая стадия правоприменительного процесса носит фактический характер и состоит в установлении и изучении фактических обстоятельств дела. Порядок сбора, анализа и оценки фактической информации, носящей доказательственный характер, облечен в процессуальную форму. Для установления юридических фактов (юридических составов) необходимо соблюсти установленный законом порядок. Например, в соответствии со ст. 73 Уголовно-процессуального кодекса РФ [1] обстоятельствами, подлежащими доказыванию, являются: событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления); виновность лица в совершении преступле-

ния, форма его вины, мотивы; обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого; характер и размер вреда, причиненного преступлением; обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния, а также иные факты. Вторая стадия процесса правоприменения имеет нормативное основание и заключается в поиске (установлении) нормы права, необходимой для разрешения конкретного дела.

Таким образом, правоприменитель оперирует информацией о фактах и информацией о нормах. В ходе изучения данной информации нередко возникают правоприменительные проблемы, начинающиеся от фактической составляющей правоприменительного процесса при восполнении недостающих для определенного юри-

дического факта (юридического состава) фактов информации, поиска и уяснения содержания нормы права, подлежащей применению в конкретном рассматриваемом деле и завершающиеся на стадии принятия судебного решения, когда применимая норма права содержит несколько альтернативных вариантов решения.

В ходе поиска подлежащей применению в рассматриваемом деле нормы права правоприменитель может прийти к выводу об отсутствии нормативного регулирования конкретного общественного отношения в рамках сферы правового регулирования. В таких ситуациях правоприменитель сталкивается с пробелами в праве.

Понятие пробелов в праве и пределов правового упорядочения общественных отношений связано с пониманием права как такового. В рамках учения юснатурализма право определяется сквозь призму прав человека, вытекающих из его природы. Представители социологического правопонимания понимают право как то, что реально определяет поведение субъектов в обществе. Сторонники психологической теории права считают, что право есть явление индивидуальной психики, обусловленное особыми императивно-атрибутивными эмоциями.

Во всех указанных случаях довольно сложно разграничить сферу правового и неправового регулирования, в связи с чем не представляется возможным с достаточной ясностью установить пределы правового регулирования общественных отношений.

В соответствии с этактистским подходом право – это совокупность норм, установленных или санкционированных государством, т.е. данный тип правопонимания позволяет говорить о пределах правового (в том числе законодательного) регулирования общественных отношений.

В соответствии с коммуникативным учением о праве право есть психосоциокультурная коммуникативная система, в рамках которой субъект, выявляя в процессе интерпретации правовых текстов смысл обращенной к нему правовой нормы, совершает акт признания ценностного содержания, заключенного в ней, и делает ее актуальным правилом поведения в правовом коммуникативном взаимодействии с другим субъектом [2, с. 103]. В данном случае также можно говорить о правовых (законодательных) пределах регулирования общественных отношений, заключенных в правовые тексты – источники норм права.

Под пробелами в праве следует понимать отсутствие нормы права, необходимой для регулирования конкретных фактических (жизненных) обстоятельств, находящихся в сфере правового регулирования.

Отсутствие регулирования в определенной сфере общественных отношений признается пробелом в праве при наличии двух условий. Во-первых, правоприменителю следует выявить действительное отсутствие необходимой правовой нормы. Во-вторых, пробельным может быть признано общественное отношение (поведение субъектов социального взаимодействия в общественном отношении [3, с. 271]), подлежащее правовому регулированию.

*Поведение субъектов в общественном отношении, подлежащем правовому регулированию, должно отвечать следующим признакам:*

1. Поведение субъектов должно быть волевым, т.е. общественные отношения возникают, складываются по воле людей и контролируются их сознанием. Право регулирует волевое поведение людей и опосредованно волевые общественные отношения. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 5 Уголовного кодекса РФ [4] лицо подлежит уголовной ответственности лишь за те общественно опасные действия (бездействия) и наступившие последствия, в отношении которых установлена его вина. Это означает, что право не регулирует возникающее помимо воли и сознания людей поведение.

2. К сфере правового регулирования относятся только подлежащие внешнему контролю волевое поведение и волевые отношения.

3. Право регулирует наиболее важные для государства, общества в целом, отдельной личности общественные отношения.

Таким образом, сферу правового регулирования составляют наиболее значимые для государства, общества, личности волевые осознанные общественные отношения (акты поведения), подлежащие внешнему контролю.

Что касается первого необходимого условия для признания отсутствующего регулирования пробелом в праве (действительное, а не кажущееся отсутствие необходимой нормы), то правоприменителю надлежит учитывать все возможные источники (формы права) – правила международных договоров, законы, подзаконные нормативные акты и другие источники. Например, в соответствии со ст. 3 Гражданского кодекса РФ [5] гражданское законодательство состоит из ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов. Нормы гражданского права могут содержаться и в указах Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, актах министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, принятых на основании и во исполнение ГК РФ. Нормы гражданского права могут содержаться также в обычаях делового оборота (ст. 5 ГК РФ). То есть для установления пробела в праве правоприменитель должен исследовать все многообразие форм выражения права.

В УК РФ содержится иное регулирование. В соответствии с ч. 1 ст. 3 УК РФ преступность и наказуемость деяния, а также иные уголовно-правовые последствия определяются только УК РФ. Иначе говоря, законодатель установил пределы правового регулирования уголовно-правовых отношений. В таком случае общественно-опасные деяния, не установленные УК РФ, не имеют юридического значения. Уголовное дело по таким обстоятельствам не возбуждается, а возбужденное уголовное дело подлежит прекращению ввиду юридической незначимости установленных фактов ("юридической ничтожности") [6, с. 489].

Обобщая вышеизложенное, отметим, что, установлению пробела в праве предшествует тщательное изучение многообразных форм выражения права, регулирующих рассматриваемое общественное поведение. Тем не менее, законодатель может установить пределы регулирования наиболее важных общественных отношений, ограничив формальные источники права. Например, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ [7] права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом и только в указанных Конституцией целях.

Для определения пределов правового регулирования общественных отношений представляется важным такой признак правовой нормы, как ее формальная определенность [8]. В соответствии с признаком формальной определенности норма права должна быть достаточно ясной, четкой и содержать обстоятельства, факты, влекущие за собой юридические последствия. Такая правовая норма должна четко определять субъективные права и юридические обязанности субъектов.

Поскольку согласно принципу разделения властей правотворчество возложено на законодательную ветвь власти, пределы правового регулирования могут устанавливаться только в законодательных нормах (исключение – в странах общего права).

Таким образом, для установления пределов правового регулирования необходимо иметь в виду все многообразие форм выражения права, регулирующих общественные отношения, подпадающие под сферу правового, а также принцип разделения властей. Определение пределов правового регулирования общественных отношений зависит от придерживаемого правоприменителем типа правопонимания и является условием установления пробелов в праве.

Проблема "пробельности права" имеет достаточно длительную историю, восходящую еще к трудам античных мыслителей.

Еще Платон отмечал, что "все относящееся к законодательству никоим образом и никогда еще не бывало правильно выработано до конца" [9], подчеркивая тем самым объективную природу наличия пробелов в правовом регулировании. Аристотель продолжает мысль Платона, однако считает, что возникновение пробелов неизбежно в силу особенностей природы предмета закона. Так, Аристотель указывает, что: "В тех случаях, когда необходимо сказать в общем виде, но нельзя сделать это правильно, закон охватывает то, что имеет место по предмету, вполне сознавая возможную погрешность. И тем не менее закон правилен, ибо погрешность заложена не в законе и не в законодателе, а в природе предмета, ибо именно такова материя поступков (*hyle ton prakton*)" [10].

Закон, как считает Аристотель, предназначен для общего случая, но тем не менее в практической деятельности возможны такие ситуации, когда о предмете правового регулирования нельзя сказать в общем виде. Пробелы в позитивном праве подлежат исполнению по мнению Аристотеля правом естественным: "Сама природа доброго – это поправка к закону в том, в чем из-за его всеобщности имеется упущение" [10]. Естественное право представляет собой не зависящие от воли законодателя, действующие повсеместно веления природы. Позитивное право, указывает Аристотель, составляют непостоянные, изменчивые постановления, определяемые волей законодателя. Таким образом, естественное право соотносится с позитивным таким образом, что "естественное право вступает в силу, когда молчит право, установленное людьми" [12, с. 40], правда является высшей силой по отношению к "справедливости" (правосудности).

Римское право сыграло особую роль в выработке механизмов преодоления пробелов в праве. Преторская деятельность способствовала созданию и последующему развитию так называемого преторского права (*jus honorarium*), которое, как отмечал римский юрист Папиниан "ввели преторы для содействия гражданскому праву или для его дополнения или исправления в целях общественной пользы" (Д.1.1.7.) [13]. Правотворческая деятельность претора, введенного первоначально для поддержания порядка в Риме в период отсутствия консула, а затем и для разрешения споров между частными лицами, играла немалую роль в восполнении пробелов действующего позитивного права. Выступая, по существу, институтом судебной власти, преторская должность подразумевала использование не только досудебных, но и административных средств стабилизации правовой действительности.

В эпоху Возрождения меняется отношение исследователей к рассматриваемой проблеме, что связывается

во многом с появлением концепций "разделения властей". Можно выделить подходы, обосновывающие пробельность и беспробельность правового регулирования.

Ч. Беккариа, рассматривая вопросы аналогии в уголовном праве, не признавал недопустимыми отступления от буквы закона, указывая, что невыгоды от строгого соблюдения буквы закона являются незначительными в сравнении с невыгодами, возникающими в результате толкования[14, с. 156].

С появлением позитивистских концепций права свое развитие получила теория беспробельности. Наиболее ярким примером влияния теории замкнутости права является концепция Г. Кельзена, согласно которой право представляет собой замкнутую систему норм, действительность каждой последующей нормы определяется иерархически более высокой нормой, восходящей в конечном счете к основной норме[12, с. 801]. Норма логически выводится из более высокой нормы и выступает как "схема толкования фактичности (сущего) и придания ей правового смысла"[16, с. 800]. В подобной логически выстроенной системе не обнаруживается никаких пробелов, а не противоречащие друг другу "правовые высказывания" образуют единый правопорядок.

Помимо нормативизма о теории беспробельности права можно говорить и в рамках психологической школы права, определяющей сущность права исключительно через призму человеческой психики.

Так, Л.И. Петражицкий не признает реального существования норм права, а исходит из того, что право составляют императивно-атрибутивные эмоции. Право есть сложные эмоционально-интеллектуальные психические процессы, имеющие одновременно императивную (обязывающую) часть и атрибутивную (управомочивающую) часть. Следовательно, исключена даже сама постановка вопроса о пробельности права, так как как правом является внутреннее осознание долженствования или принадлежности притязания, юридическая проекция императивно-атрибутивных переживаний. Пробела в праве не может быть по сути, поскольку в случае отсутствия атрибутивных (управомочивающих) эмоций явление подпадает под сферу действия области морали, а при отсутствии императивной части и вовсе к бесправовому пространству[12, с. 848–850].

С критикой теории беспробельности права выступили представители социологической школы права. По утверждению представителей социологического подхода, право представляет собой систему сложившихся общественных отношений, "живое право". Ярким представителем социологической школы права является Е. Эрлих (1862–1922), обосновавший первичность системы

"живого права", то есть фактически действующего в обществе права, по отношению к государственному праву[18, с. 408] Что касается реализации права, то задачей судьи является свободное отыскание нормы из "живого права". Норма для разрешения спора может быть найдена и в государственном праве, но такое случается крайне редко, поскольку государственное право не отвечает требованиям динамичности общественной жизни и, следовательно, имеет пробельный характер. Судья может выходить за рамки неправильного, несовершенного закона, заниматься правотворчеством в своих судебных решениях.

Российская юридическая школа также внесла свой вклад в проблематику пробелов в праве. Г.Ф. Шершеневич, являясь представителем социологической школы права, признавал наличие пробелов в позитивном праве и указывал, что чем больше право отстало от социальной жизни, тем казуистичнее и пробельнее законодательство. Е.В. Васильковский усматривал наличие пробелов в праве в случаях, когда для какого-либо казуса либо вовсе нет нормы, либо имеется норма совершенно темная, непонятная, или система противоречащих, неполных норм.

Резюмируя сложившиеся подходы к определению пробелов в праве, отметим, что под пробелом в праве по нашему мнению следует понимать неурегулированность каких-либо обстоятельств (общественных отношений), носящих правовой характер, т.е. значимых для государства, общества, личности волевых осознанных общественных отношений (актов поведения), подлежащих внешнему контролю.

Кроме того, для обнаружения пробела в праве необходимо установить действительное, а не мнимое отсутствие требуемой юридической нормы, для чего правоприменитель должен исследовать все многообразие форм выражения права и убедиться в отсутствии квалифицированного умолчания законодателя.

Завершая исследование сложившихся теоретико-методологических подходов к определению пробелов в праве, хотелось бы отметить, что основной задачей законодателя является предупреждение возникновения пробелов в праве еще на этапе создания нормативно-правовых актов. По нашему мнению, необходимо законодательно закрепить понятие пробелов в праве, а также порядок их преодоления.

Также следует усовершенствовать процедуру принятия нормативно-правовых актов, включив в число необходимых законодательных процедур стадию обсуждения вопроса о предупреждении возможных пробелов в праве с обязательным привлечением ведущих ученых-

юристов, представителей судебной власти, адвокатуры, органов прокуратуры, иных правоохранительных и правоприменительных органов, выработавших определенную практику применения той или иной нормы права.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Уголовно–процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 18.12.2001 № 174–ФЗ (ред. от 23.04.2018). – Доступ из справ–правовой системы "КонсультантПлюс".
2. Поляков, А. В. Общая теория права: Учебник / А. В. Поляков, Е. В. Тимошина. – СПб.: Издательский Дом Санкт–Петербургского государственного университета, 2005. 472 с.
3. Уголовный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 13.06.1996 № 63–ФЗ (ред. от 23.04.2018). – Доступ из справ–правовой системы "КонсультантПлюс".
4. Гражданский кодекс (часть первая) [Электронный ресурс]: от 30.11.1994 № 51–ФЗ (ред. от 29.12.2017). – Доступ из справ–правовой системы "КонсультантПлюс".
5. Нерсесянц, В. С. Общая теория права и государства : учебник для вузов / В. С. Нерсесянц. М.: Норма; Инфра, 1999. 552 с.
6. Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 12.12.1993 № 6–ФКЗ (ред. от 21.07.2014). – Доступ из справ–правовой системы "КонсультантПлюс".
7. Капустина, М. А. Пробелы в праве. Актуальные проблемы теории и истории государства и права: Сборник научных статей: Выпуск 1/ Под общ. ред. В.П. Сальникова. – СПб, 2000. С. 30.
8. Платон. Законы// Полн собр.соч. – Петербург: ACADEMIA, 1923. – Т. XIV. 272 с.
9. Аристотель. Никомахова Этика. Кн. V. § 14. – М., 1997.
10. История политических и правовых учений: Учебник / Графский В. Г. [и др.] ; под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – 4–е изд., перераб. и доп. – М., 2005. 944 с.
11. Дигесты Юстиниана / Отв. ред. Л.Л. Кофанов; Пер. с лат. А.Л. Смышляева и др.: В 8 т. Т. 1–7. – М., 2002–2005.
12. Беккариа, Ч. О преступлениях и наказаниях / Ч. Беккариа. – М.: Инфра, 2004. 184 с.
13. Марченко, М.Н., Мачин, И.Ф. История политических и правовых учений: Учебник / М.Н. Марченко, И.Ф. Мачин. – М.: Высшее образование, 2005. 495 с.

© Г.М. Мамедраева, (lawyer23031991@mail.ru), Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»,

## Международная выставка IMPC–EXPO2018

### добыча и переработка минерального сырья.

Эффективные технологии – ключ к успешному обогащению полезных ископаемых



Москва 16 – 18 сентября 2018. ЦВК «Экспоцентр», павильон 7, зал №1

**Тематические направления выставки:**

- Предприятия горнодобывающей и металлургической промышленности.
- Предприятия нефтяной и газовой отрасли и золотодобывающие компании.
- Производители и поставщики машин и оборудования для горной промышленности, шахт, горно-обогатительных комбинатов.
- Технологии, оборудование и приборы для обработки и обогащения полезных ископаемых.
- Геология и геофизика: оборудование, научные исследования, информационные системы.
- Научно-производственные центры, исследовательские и проектные институты.
- Экология. Охрана окружающей среды, экологический мониторинг полезных ископаемых.

Организаторы:





Спонсоры:









РЕКЛАМА