

**Н. О. Афонина\***

### **Общеправовые и уголовно-процессуальные признаки пробела**

**П**роблема пробелов в праве вставала перед правоведами во все времена, и каждая историческая эпоха требовала своего решения. Так, еще Аристотель полагал, что пробелы в праве надо восполнять неизменными законами природы, естественным правом<sup>1</sup>. В работах Беккариа «О преступлениях и наказаниях» и Монтескье «Дух закона» была закреплена идея абсолютного приоритета закона и беспробельности права<sup>2</sup>.

Однако по мере укрепления позиций позитивистского правопонимания произошла метаморфоза в решении проблемы пробелов в праве, которое фактически было сведено к задаче устранения недостающих правовых норм в рамках действующего законодательства. В XX в. о беспробельности права заявили сторонники нормативизма. Однако социологическая юриспруденция в противовес им полностью отвергла догмы о беспробельности права, утверждая одновременно, что недостающие нормы закона вполне восполнимы беспробельностью правопорядка<sup>3</sup>.

Вопросы пробельности и сегодня являются центральными движущими силами развития права и законодательства страны в целом. Наше государство претендует на звание правового, однако с этим можно спорить. Пока не будут максимально возможно урегулированы отношения, которые поддаются правовому воздействию и входят в правовое поле законодателя, пока не будет должным образом применена к законотворческому процессу юридическая техника и усовершенствованы приемы и способы толкования права, наше государство будет оставаться лишь на пути к провозглашению себя правовым.

Для того чтобы выявить конкретные пути решения проблемы пробельности, необходимо, прежде всего, разобраться в сущности данного правового явления, сформулировать четкое определение термина «пробел» и выделить его общеправовые и уголовно-процессуальные признаки. Следует отметить, что в данном исследовании термин «пробел» понимается и используется только в значении «пробел в праве». Такое уточнение необходимо, т. к. в юридической науке существует точка зрения, согласно которой следует различать термины «пробел в законе» и «пробел в праве».

В соответствии с данной точкой зрения пробел в праве представляет собой полное или частичное отсутствие в источниках права норм, принципов, идей, необходимых для профессиональной юридической оценки фактов и связей, возникших или способных возникнуть в такой сфере общественных отношений, которая входит или должна входить в сферу правового регулирования (в силу действующих в обществе экономических, социальных, политических и других отношений).

\* Аспирант кафедры уголовного процесса Саратовской государственной юридической академии.

<sup>1</sup> См.: Уранский Ф. Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2005. № 5. С. 111–113.

<sup>2</sup> См.: Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 140.

<sup>3</sup> См.: Рябова Д. Н. Пробелы в праве и способы их восполнения // Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России : материалы Всерос. студенческой науч.-практ. конф., 29–30 апреля 1999 г. СПб., 1999. Секционные заседания: Теория и история государства и права. Государственное право. Трудовое право. Ч. 3.

Пробел в законе — это полное или частичное отсутствие во всем массиве действующего законодательства правовой нормы, необходимой для полноценного решения вопроса, входящего в сферу правового регулирования. Это ситуация, в которой конкретное решение спорного вопроса полностью или в какой-то части законом не предусмотрено<sup>1</sup>.

Ф. Р. Уранский считает, что отождествление понятий «пробелы в праве» и «пробелы в законе» опасно сведением поиска и устранения пробелов лишь к ликвидации технических огрехов законодательства<sup>2</sup>.

М. А. Кауфман в своем диссертационном исследовании также не отождествляет понятия «закон» и «право», однако автор указывает, что именно в контексте вопроса о пробелах автономность права по отношению к закону вряд ли следует подчеркивать. Точка зрения, согласно которой право существует независимо от закона, сводит на нет саму проблему пробелов в праве. Только закон, позитивное право может иметь пробелы<sup>3</sup>.

Мнение М. А. Кауфмана представляется нам более обоснованным. Действительно, нельзя отождествлять понятия «право» и «закон», но когда речь идет о проблеме пробельности, нет смысла обособлять термины «пробел в праве» и «пробел в законе», т. к. пробелы в законе априори являются пробелами и в праве.

Рассматривая значение термина «пробел» в справочной литературе, следует отметить, что в русском языке слово «пробел» имеет два значения: пустое, незаполненное место, пропуск (например, в печатном тексте); упущение, недостаток. При этом упущение характеризуется как неисполнение должного, недосмотр, ошибка по небрежности, а недостаток — как несовершенство, изъян, погрешность или неполное количество чего-либо<sup>4</sup>.

Из вышесказанного делаем вывод, что о пробеле можно говорить как в случаях, когда имеется намеренно незаполненное пространство, не подлежащее заполнению в силу специфики самого предмета, так и в случаях, когда пустое место является его изъяном, упущением в его формировании. Пробел в прямом смысле является необходимым качеством самого предмета, при утрате которого предмет перестает быть тем, чем он является в действительности<sup>5</sup>. Пробелы в праве понимаются, в основном, именно во втором значении, как одно из его несовершенств, отсутствие в нем того, что должно быть необходимым его компонентом<sup>6</sup>.

Общепотребительное значение термина «пробел» дает предпосылки для размышления над понятием пробелов в праве, их видами и причинами появления, однако смысловое значение термина «пробел» проявляется при обращении к сущности и содержанию конкретного явления<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> См.: Уранский Ф. Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Его же. Способы установления и восполнения пробелов в праве // Ученые записки юридического факультета. Вып. 3. СПб., 2005. С. 58.

<sup>3</sup> См.: Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления. : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 24.

<sup>4</sup> См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 22-е изд., доп. М., 1990. С. 603.

<sup>5</sup> См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 7.

<sup>6</sup> См.: Кауфман М. А. Указ. соч. С. 23.

<sup>7</sup> См.: Лазарев В. В. Указ. соч. С. 7.

Пробел в качестве конкретного явления проявляет себя в праве в связи с применением и толкованием правовых норм, в правотворческом и правоприменительном процессах, вызванных недостаточностью правового регулирования.

Полнота правового регулирования характеризуется как внешней, так и внутренней стороной. Внешняя сторона связана с кругом социальных явлений, попадающих в орбиту права, т. е. со сферой его действия; она определяется требованиями правовой политики государства. В этом смысле полнота может быть признана достаточной, если право охватывает собой все социальные явления, которые, исходя из интересов общества и государства, нуждаются в правовом регулировании и, опираясь на возможности права, поддаются ему; при этом не возникает негативных последствий, превосходящих преимущества регулирования. Внутренняя сторона полноты правового регулирования характеризуется объемом уже имеющегося правового материала и обуславливается потребностями самого права. Полнота такого рода может быть признана достаточной, если право располагает совокупностью предписаний, необходимых для его бесперебойной реализации в соответствии с поставленными целями.

Выделение указанных двух сторон приводит к выводу о том, что при формировании права следует руководствоваться в равной мере как соображениями социальной обусловленности, так и закономерностями становления и функционирования правовой системы<sup>1</sup>.

Таким образом, раскрытие понятия пробела в праве — достаточно сложный процесс. В юридической литературе нет однозначной его трактовки. Смещение фактических общественных отношений с правоотношениями и особенно их включение в понятие права еще больше затрудняет уяснение вопроса о пробелах.

Для того чтобы сформировать наиболее полную, корректную и объективную дефиницию термина «пробел в праве», необходимо рассмотреть точки зрения различных ученых-юристов по данному вопросу.

Ряд отечественных авторов (В. И. Акимов, П. Е. Недбайло, М. Д. Шаргородский, О. С. Иоффе и др.) определяют пробелы в праве как пробелы в законодательстве в смысле отсутствия конкретной нормы для разрешения определенных случаев, находящихся в сфере воздействия права<sup>2</sup>. П. Е. Недбайло определил пробел в праве как фактический пробел в законодательстве<sup>3</sup>. В. И. Акимов под пробелом в праве понимает неурегулированность конкретной нормой права закрепленных в его общей норме отношений<sup>4</sup>. Ф. Р. Уранский называет такой подход узким<sup>5</sup>.

Другие авторы (С. И. Вильнянский, О. Э. Лейст, В. В. Лазарев) более широко трактуют сферу общественных отношений, требующих правового регулирования, поэтому их подход к проблеме пробелов в праве иногда называют «широким»<sup>6</sup>. С. И. Вильнянский определяет пробел в праве как полную или частичную неурегулированность общественных отношений правовыми нормами<sup>7</sup>. Недо-

<sup>1</sup> См.: Кауфман М. А. Указ. соч. С. 24.

<sup>2</sup> См.: Уранский Ф. Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2005. № 5.

<sup>3</sup> См.: Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 456.

<sup>4</sup> См.: Акимов В. И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969. № 3. С. 110.

<sup>5</sup> См.: Уранский Ф. Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2005. № 5. С. 112.

<sup>6</sup> См.: Там же. С. 111.

<sup>7</sup> См.: Вильнянский С. И. Толкование и применение гражданско-правовых норм // Методические материалы ВЮЗИ. М., 1948. С. 34.

статком такой трактовки является то, что автор не указывает на необходимость правового регулирования неурегулированных отношений, без чего пробельными можно считать даже отношения, регулируемые нормами морали. В. В. Лазарев определяет пробел в праве как полное или частичное отсутствие необходимых нормативных установлений<sup>1</sup>.

О. Э. Лейст пробел в праве характеризует как ситуацию, в которой «факты или отношения законом не оцениваются, но профессиональное правосознание властно диктует необходимость их юридической квалификации»<sup>2</sup>. Аналогичного подхода к определению сущности пробела придерживался и российский правовед И. В. Михайловский, использовавший понятие пробела по отношению к ситуациям, в которых «фактические обстоятельства случая не соответствуют ни одной из описательных частей (предположений) действующих юридических норм»<sup>3</sup>.

В. В. Фидаров определяет пробел в праве как полное или частичное отсутствие в источниках права норм конкретного содержания, необходимых для регулирования фактов и связей в тех общественных отношениях, которые входят в область (сферу, совокупность) общественных отношений, подлежащих и уже подвергнутых в той или иной степени правовому регулированию<sup>4</sup>.

В юридическом словаре пробел в праве определяется как полное либо частичное отсутствие правового регулирования той сферы, которая не может функционировать без обязательных юридических норм<sup>5</sup>.

В целом же следует заметить, что довольно большое количество определений пробелов в праве, приводимых в массовой (учебной, энциклопедической) литературе, в принципе не отражает представлений о различных сферах общественных отношений, одни из которых обусловлены рамками законодательного регулирования, а другие — ее отсутствием. Соответственно смешиваются и представления о пробелах как недостающем элементе уже действующих правовых норм и пробелах как полном отсутствии требуемой нормы<sup>6</sup>.

Таким образом, мы видим, что существует множество дефиниций термина «пробел в праве», но все они содержат в себе единые признаки этого правового явления:

- полное или частичное отсутствие нормы права;
- объективная необходимость существования данной нормы;
- факторы, обуславливающие объективную необходимость существования данной нормы (уже существующие между субъектами права отношения, требующие правовой регламентации, качественно новые правовые явления, требующие юридического оформления, и т. п.).

<sup>1</sup> См.: Лазарев В. В. Указ. соч. С. 34

<sup>2</sup> Лейст О. Э. Реализация права // Теория государства и права : курс лекций / под ред. М. Н. Марченко. М., 1996. С. 430.

<sup>3</sup> Михайловский И. В. Очерки философии права // Хропанюк В. Н. Теория государства и права. Хрестоматия : учебное пособие. М., 1998. С. 712.

<sup>4</sup> См.: Фидаров В. В. Пределы допустимости применения института аналогии права и аналогии закона в правовой системе России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 9.

<sup>5</sup> См.: Большой юридический словарь. URL: [http://www.info-law.ru/dic/1/id\\_4896](http://www.info-law.ru/dic/1/id_4896) (дата обращения: 05.04.2012).

<sup>6</sup> См.: Уранский Ф. Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2005. № 5. С. 112.

Рассмотрев признаки пробела в праве, следует обратить внимание на то, что пробел в праве нельзя путать или отождествлять с ошибкой в праве как результатом неверной оценки объективных условий и проявления не той законодательной воли, которую следовало бы воплотить в нормативном правовом акте. Ошибка в праве возможна, если правотворческий орган ошибочно считает какие-либо отношения не подлежащими правовому регулированию; ошибочно полагается на конкретизацию права в ходе его применения; ошибочно передает вопрос на усмотрение того, кто применит право; выдает норму, которая не нужна, ошибочно решает вопрос в установленной норме.

Что касается пробелов, возникающих в ходе применения норм уголовно-процессуального права, то их признаками являются:

- неточное изложение воли законодателя в уголовно-процессуальных нормах, что связано с отсутствием у отдельных участников уголовного процесса закрепленных в законе прав и обязанностей<sup>1</sup>;

- появление новых отношений, требующих нового уголовно-процессуального регулирования.

Таким образом, пробел в уголовно-процессуальном праве характеризуется не только как субъективный процесс, связанный с просчетом законодателя, но и как процесс, имеющий тенденции объективного общественного развития, направленного на формирование новых правоотношений. Это обусловлено, с одной стороны, ростом организованной преступности, показавшей пробельность уголовно-процессуального законодательства в части регламентации норм, касающихся расследования сложных уголовных дел, а с другой стороны, необходимостью приведения отдельных уголовно-процессуальных норм в соответствие с международными договорами и соглашениями.

На основании вышеизложенного можно сформулировать дефиницию понятия **«пробел в уголовно-процессуальном праве»**: это полное либо частичное отсутствие в уголовно-процессуальном праве нормативных предписаний в отношении фактических обстоятельств, нуждающихся в уголовно-процессуальном регулировании (неполнота), а также недостаточная определенность формулировок уголовно-процессуальных норм, не позволяющая однозначно толковать их содержание (неконкретизированность).

---

<sup>1</sup> См.: Божьев В. П. К вопросу об обеспечении потерпевшему доступа к правосудию // Уголовное право. 2003. № 3. С. 79.