

Ольга Ивановна Цыбулевская

Заведующий кафедрой теории права Поволжского института управления им. П. А. Столыпина – филиала РАНХиГС при Президенте РФ, доктор юридических наук, профессор
E-mail: olga77.54@mail.ru

Екатерина Юрьевна Янович

Старший преподаватель кафедры административного и уголовного права Поволжского института управления им. П. А. Столыпина – филиала РАНХиГС при Президенте РФ, аспирант кафедры теории права
E-mail: yanichkate@yandex.ru

Пробелы в праве: историко-культурологический анализ

Аннотация: наличие пробелов в праве присуще любой, даже самой совершенной правовой системе. Основной объективной причиной их существования является тот факт, что ни одно законодательство не в состоянии предусмотреть всех возможных жизненных коллизий. Кроме того, развитие общества нередко намного опережает развитие законодательства. Данные обстоятельства объясняют актуальность доктринального изучения категории «пробел в праве» как одной из важнейших в теории права. Предмет исследования составляет эволюция представлений о пробельности в праве в отечественной и зарубежной доктрине. Авторы останавливаются на изучении основных исторических этапов становления и формирования правовой концепции о наличии пробелов в законодательстве. Целью работы является раскрытие природы правового понятия «пробел в праве», а также историческое осмысление существующих подходов к данной категории в отечественной и зарубежной доктрине. Для достижения названной цели использованы основные общенаучные (диалектический, системного анализа, методы сравнений и аналогий и ряд других), а также частнонаучные (формально-юридический, историко-правовой) методы. Новизна работы заключается в том, что авторами прослеживаются основные исторические этапы зарождения и совершенствования правовой категории «пробел в праве», дается критический анализ доктрин отечественных и зарубежных ученых в данной сфере. Раскрывается значение правовой культуры как фактора законной и успешной правоприменительной деятельности.

Ключевые слова: пробелы в праве, теория права, правоприменение, правовая культура.

Olga Ivanovna Tsybulevskaya

Chair of the Theory of Law Department, Povolzhsky Institute of Management named after P.A. Stolypin – branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Doctor of Juridical Science, Professor

Ekaterina Yurjevna Yanovich

*Senior Tutor of the Department of Administrative and Criminal Law,
Povolzhsky Institute of Management named after P.A. Stolypin – branch
of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public
Administration, Postgraduate Student of Theory of Law Department*

Gaps in Law: Historical and Cultural Analysis

Annotation: *even the most perfect legal system contains some gaps. The main objective reason for their existence is the fact that no legislation is able to foresee all the possible life conflicts. Beside this, the development of society is often far ahead of the development of legislation. These circumstances justify the relevance of doctrinal research of such a phenomenon as “law gap” as one of the most important in theory of law. The subject of the present research is evolution of understanding the existence of gaps in law within domestic and foreign doctrine. The authors choose to learn main historical aspects of formation of legal concept of the presence of gaps in the legislation. The purpose of the article is to describe nature of legal phenomenon “law gap” and historical understanding of current approaches to this category in domestic and foreign doctrine. To achieve the purpose the authors use the main general scientific methods (dialectical method of cognition, the method of system analysis, methods of comparisons and analogies, and a number of others), as well as particular scientific methods such as: formal legal, historical and legal ones. The novelty of the present paper is the authors trace the main historical stages of the birth and improvement of the legal category “law gap”, provide a critical analysis of the doctrines of domestic and foreign scientists in this field. The authors also describe the meaning of the legal culture as the factor of legal and successful law-enforcement activity.*

Keywords: *gaps in law, theory of law, law-enforcement, legal culture.*

Характерной чертой российской правовой системы, как известно, является то, что нормативные правовые акты представляют собой главный, официально закрепленный источник права. Однако ни одно законодательство, даже самое совершенное, не в состоянии предусмотреть всех возможных жизненных ситуаций. Это объективная причина возникновения пробелов в праве. Под пробелом в праве понимают отсутствие в законодательстве нормативных предписаний в отношении жизненных обстоятельств, которые находятся в сфере правового регулирования и требуют юридического воздействия [1, с. 180].

При исследовании пробельности права следует, на наш взгляд, обратиться в первую очередь к трудам античных ученых. Древнегреческий философ Платон утверждал, что «законодательство не может избежать пробелов вследствие невозможности быть правильно выработанным до конца» [2, с. 86]. Ученик Платона Аристотель отмечал, что «недостатки (пробелы) писаного закона допускаются иногда сознательно, если нельзя дать какие-либо предписания относительно данного случая; в других случаях — против его (закона) воли, когда такие предписания ускользают от его внимания» [3, с. 50]. В данный период предпринимались своеобразные попытки восполнения пробелов правового регулирования. Так, Аристотель их преодоление видел в применении естественного права, представляющего собой совокупность неизменных законов природы. Данные законы были призваны помочь суду принять решение в случаях, когда действующими на тот момент правовыми нормами ситуация

не была урегулирована. Для восполнения пробелов Аристотелем была выработана теория «исправительной» справедливости, согласно которой закон сравнивается со справедливостью, но т. к. закон не совершенен и, соответственно, возможно появление в нем пробелов, при его применении следовало руководствоваться «идеальной» справедливостью.

Далее следует обратить внимание на положения, выработанные в правовой системе Древнего Рима, которая была основана на дуализме гражданского и преторского права. В Древнем Риме, как и в любой правовой системе, существовали пробелы в праве, которые преодолевались посредством преторских эдиктов. Преторский эдикт — это программа судебной деятельности претора, провозглашавшаяся при его вступлении в должность и действовавшая в течение всего времени службы. Механизм преодоления пробелов в праве посредством преторских эдиктов действовал следующим образом: если закон содержал правовые пропуски, вследствие которых физическое лицо претерпевало ущерб и не могло защитить свой нарушенный интерес посредством иска, то удовлетворить жалобу этого лица мог претор, выносивший свое свободное суждение, которое считалось правильным и справедливым. Таким образом, с помощью логических умозаключений претор вводил новые нормы права, устраняя имеющиеся пробелы в праве. Римский юрист Папиниан на этот счет заметил: «Преторским правом называют те положения, которые ввели преторы с целью вспоможения, пополнения или исправления гражданского права, в видах общественной пользы» [4, с. 50]. В силу господствовавшего в тот период времени правопорядка преторские эдикты действовали в качестве законов на протяжении года, а также в последующее время распространяли свое действие на пробельное законодательство. Учитывая вышеизложенное, можно констатировать, что в правовой культуре Древнего Рима пробелы права были объективно существующими, и римские юристы внесли большой вклад в исследование рассматриваемой проблемы.

После падения Западной Римской империи в период раннего Средневековья (476—1000 гг.) в праве наиболее популярными становятся теологические теории происхождения и сущности права, согласно которым право — это божественная, всеобъемлющая и непротиворечивая воля. Такая трактовка правовой природы права исключала существование пробелов в праве как таковых. Впоследствии кодификация римского права, начатая византийским императором Юстинианом, была использована в процессе формирования правовой христианской доктрины. В XII в. активно проводилась научная систематизация и комментирование нормативных актов, в частности болонской школой права. Римская католическая церковь в своей законотворческой деятельности восприняла все основные принципы классической юриспруденции. Школа средневековых схоластов предприняла попытку придать правовой системе законченный и почти математический, строго логический характер.

В дальнейшем все активнее развивались теологические теории происхождения и сущности права. С данной точки зрения право понималось как божественная воля, непротиворечивая, что исключало саму возможность появления пробелов. Христианский философ Блаженный Августин писал о существовании некоего нерушимого и вечного закона, восходящего к Богу и определяющего для людей естественный порядок существования. Один из сторонников

теологических теорий, Фома Аквинский, считал, что Божественный разум формулирует вечный закон мироздания, частью которого является человеческий правопорядок. Схоластическая философия, идущая от Фомы Аквинского, подчеркивала рациональный аспект естественного права, доказывала его истинность рациональными аргументами. По его мнению, естественное право, будучи высшим по отношению к позитивному праву, является надзаконным и вытекает из идеальных норм, которыми являются высший разум, гуманность, справедливость и т. д., и тем самым пробелы в позитивном праве преодолеваются [5, с. 34].

Развитие теории пробельности в эпоху Возрождения (XIV–XVI вв.) связано с переосмыслением положений, выработанных античностью. В правовой науке начинают доминировать теории естественного права, что приводит к формированию доктрин, в соответствии с которыми ученые рассматривали либо пробельность, либо беспробельность права.

Традиционным подходом в зарубежной юридической науке является исследование определенной проблемы с хронологической точки зрения, но относительно пробельности права в теории существует подход с точки зрения признания существования пробелов или их непризнания. Рассмотрим данные подходы последовательно.

Сторонники теории непризнания пробелов в праве исходили из понятия права как логически замкнутой системы, в которой можно найти все необходимые нормы, даже для тех случаев, которые не предусмотрены законом. Пути решения возникших проблем могут быть различны, в частности, решение можно найти посредством судейского правотворчества, путем толкования норм права либо путем применения норм естественного права. На основе данных идей профессор В. В. Лазарев отметил, что разнообразные точки зрения о беспробельности права в целом основаны на двух концепциях [6, с. 13]. Первая концепция — обожествление права (ее сторонник, в частности, Ч. Беккария). Вторая концепция — логическая замкнутость права (сторонники Р. Иеринг, Г. Кельзен). Относительно первого тезиса следует отметить, что его сторонники стремились внушить уважение к действующему праву и утвердить его безраздельное господство. В частности, существовало мнение о том, что право — это то, что содержится в тексте закона. Из этого следует, что закон содержит все деяния, которые воспрещаются, либо, если закон их не содержит (а значит, такие деяния не воспрещаются), соответственно, нет и норм права для регулирования данных деяний. Сторонник данной теории Р. Иеринг считал, что право — это некая логически замкнутая система, содержащая в себе неиссякаемый источник. По его мнению, правовая система содержит в себе нормы для решения любой возникшей проблемы. Он допускал, что даже самое совершенное право может содержать неудачные формулировки, но подобные недостатки возможно преодолеть путем толкования юридических конструкций.

Переходя к характеристике дореволюционной отечественной правовой литературы, необходимо отметить, что пробелы в праве характеризовались с точки зрения толкования законов. Традиционным видом толкования рассматривалась аналогия. Однако позднее, в конце XIX — начале XX вв. проблема пробельности права получила самостоятельное формирование и последующее исследование. Термин «аналогия» нередко смешивали с термином

«толкование». Известный правовед Н. М. Коркунов в своих сочинениях указывал на тот факт, что толкование и применение нормы права по аналогии — это не одно и то же [7, с. 167]. В свою очередь, Е. Н. Трубецкой занимал несколько иную позицию, отмечая, что аналогия закона есть подвид толкования, а аналогия права является творческим актом, который создает новую правовую норму [8, с. 88].

Позднее возможность применения аналогии стали рассматривать как самостоятельный вид преодоления пробелов в праве. В целом в конце XIX в. в отечественной правовой мысли поднимались проблемы понятия и причин происхождения пробелов в праве, их правовой природы, критиковалась ранее появившаяся теория беспробельности права. В 70-х гг. XIX в. ученые отмечали определенную казуистичность и пробельность отечественных законов. Для преодоления пробелов предлагалось использовать аналогию права и аналогию закона, руководствуясь «общим» смыслом закона. Большинство юристов того времени указывали, что при преодолении пробелов нужно оставаться в рамках позитивного права, соблюдая при этом принципы законности и неизменяемости законов. О строгом соблюдении закона при восполнении пробелов писали также и представители отраслевых наук, в частности, известный цивилист Е. В. Васьковский.

Кроме того, пробельность дореволюционного законодательства исследовал П. И. Беляев, который, в частности, полагал, что даже при кодификации законодательства пробелы в нем неизбежны. К тому же законы имеют свойство устаревать, отставать от жизни. Законодатель иногда сам прибегает к помощи обычая, сознательно допускает пробелы, например, когда закон предоставляет судье установить меру гражданских последствий правонарушения и т. д. Общий смысл в нашем своде — фикция, как и гипотетическая воля законодателя. Мало можно найти общих принципов в своде, объединившем собой внешним образом законы, относящиеся к трем векам.

П. И. Беляев пробует дать и правила, которых необходимо придерживаться судье при пробелах в законе. При отсутствии ответа в законе на подлежащий разрешению вопрос судья, прежде всего, должен руководствоваться обычно-правовыми нормами. Обычай — это комплекс правил, выработанных жизнью общества; последнее имеет «естественное» право, чтобы эти правила не игнорировались судьями, которые должны быть органами не только государства, но и общества, и предотвращать конфликт закона с обычаем и справедливостью. При отсутствии обычных норм возникает законодательствование судьи, при этом судья будет взвешивать интересы, руководствуясь указаниями юриспруденции и представлениями общества о справедливости, оставаясь, однако, в рамках общих тенденций закона. Таким образом, по П. И. Беляеву, основания судебного решения при пробелах в праве являются, с одной стороны, юридическая наука, которая по своим возможностям способна к правовому творчеству не менее законодателя, и, с другой стороны, живущие в обществе представления о справедливом, идеальном праве, которое должно заменить устаревающее право [9, с. 64].

Сторонники теории так называемого «возрожденного» естественного права (Е. Н. Трубецкой, И. В. Михайловский) рассматривали восполнение пробелов как творческую деятельность. В частности, Е. Н. Трубецкой отмечал, что необходимо

признать естественное право наравне с позитивным правом, иначе в правовом регулировании не будет критериев оценки последнего. В силу того, что могут возникать случаи, не предусмотренные законом, а восполнять их необходимо посредством аналогии права или аналогии закона, правоприменитель выполняет творческую роль, поэтому для преодоления пробелов необходимы как правовой обычай, так и административные распоряжения, и, естественно, нормы судебной практики. Поскольку деятельность суда отчасти творческая, она должна находиться под сильным влиянием науки [8, с. 99]. Нельзя переоценивать силу законодательства, оно часто оказывается бессильным перед новыми явлениями жизни. Суду придется создавать для этих явлений новые нормы на основании других источников, важнейшим из которых является естественное право; на основании логического развития общих начал естественного права в применении к потребностям данной социальной среды будет сформулирована новая юридическая норма, которая заполнит пробел положительного права. Особенно велико творчество суда при так называемой аналогии права. Она, в сущности, не является аналогией, т. к. нет сходной нормы, нет логического процесса заключения по аналогии. Это самостоятельный прием восполнения пробелов в праве. Это более высокая ступень творческой деятельности судьи, где источником для формулирования новых норм является естественное право.

Принципиально разные позиции относительно вопросов пробельности занимали ученые в начале XX в. Сторонники юридического позитивизма отмечали, что деятельность по восполнению пробелов является подзаконной с использованием толкования права и применения аналогии права и аналогии закона. Представители же противоположной школы (социологической юриспруденции) более остро критиковали пробельность законов и творческий характер деятельности судьи при преодолении пробелов. Ученые указывали на необходимость выходить за пределы юридической сферы при решении проблемы пробельности, руководствуясь не только толкованием закона и аналогией, но и использовать внепозитивные критерии. В то же время творческое начало в судебном правоприменении при пробелах в праве получало неоднозначное освещение, а именно, с какого момента начинается творчество судьи, в чем оно выражается, каковы правила восполнения пробелов; бессознательным, иррациональным или сознательным, субъективным или объективным критериям отводится главная роль; наконец, каково соотношение судебного творчества с писаным правом — все эти вопросы получили в литературе самое различное и далеко не окончательное решение.

Следует также упомянуть мнение В. В. Лазарева относительно правовой природы и установления пробелов в праве. Он предлагает для более точного и подробного изучения в дальнейшем пробелов в праве рассмотреть само понятие «право». Начинать анализ данной категории следует с марксистской теории, которая отрицает деление права на позитивную, внепозитивную и надзаконную системы норм. По данной теории право — это не что-то данное извне, право является продуктом сознательно-волевой деятельности людей, соответствующим реальным условиям жизни общества. По содержанию право является совокупностью конкретно-определенных правил поведения людей, заключающих в себе государственную волю. Строительным

материалом права являются нормы. Общность, системность, определенность, обеспеченность норм мерами государственного принуждения есть необходимый атрибут формы права.

Проанализировав сказанное, можно сделать вывод о разделении понятий «пробелы в законе» и «пробелы в праве». Некоторые ученые, говоря о «пробелах в законе», имеют в виду данную законодателем позитивную правовую систему. Право при этом характеризуется как внеэмпирическая априорная система норм. Считается, что «законный порядок» подчинен «правовому порядку», воплощаемому в надпозитивной системе. «Правовой порядок» мыслится как беспробельный. Будь то «пробел в законе» или «пробел в праве» — имеется в виду отсутствие позитивных норм. В первом случае пробел устанавливается исходя из самой позитивной системы, во втором — из априорной. Отвергая «надпозитивное», «внезаконное» право, следует говорить о пробелах в законодательстве. Законодательство в употребляемом здесь широком смысле слова охватывает собой систему нормативных предписаний, издаваемых компетентными нормотворческими органами. Советское законодательство — это и есть советское право, поскольку остальные источники, помимо нормативных актов, не имеют такой юридической силы. Поэтому пробелы в законах, в законодательстве есть пробелы в праве и наоборот.

На пробел в законе, в отличие от пробела в праве, можно указывать с учетом изложенного только в двух случаях. Во-первых, когда под законом понимается акт, изданный высшим органом государственной власти. Он может заключать пробел, даже если регулирование вопроса и содержалось в каком-либо подзаконном акте. Во-вторых, случае имеется в виду пробел именно в данном нормативном акте, вне зависимости от того, содержится или не содержится ответ на возникший вопрос в иных нормативных актах. «Пробелы в законе» имеются там, где нормативный акт, регулируя общественные отношения в общей форме, оставляет какие-то аспекты этих отношений или сходных с ними без правового опосредствования, в то время как оно должно быть именно в этом нормативном акте. При полном отсутствии нормативного акта, т. е. там, где даже в общей форме определенные отношения не получили своего закрепления правом, налицо «пробел в праве».

Подводя итог исследованию, можно сделать вывод о том, что в правовой науке на протяжении многих столетий сформировалось два основных подхода относительности существования пробелов в праве: 1) теория логической замкнутости (беспробельности) права, в которой раскрывается божественная и совершенная природа права; 2) теория пробельности права, которая признает существование пробелов в праве, а также характеризует определенные способы преодоления пробелов.

В заключение отметим, что повышение эффективности правоприменительной деятельности во многом зависит от ее субъекта. Проблему актуализирует тот факт, что в условиях преодоления пробелов в праве субъект правоприменения вынужден действовать в режиме усмотрения, которое граничит со злоупотреблением в праве. Немалую роль в исключении противоправности поведения правоприменителя играет его правовая культура. Она рассматривается как один из наиболее важных постулатов и необходимое условие формирования правового государства, реализации на практике прав и свобод человека и гражданина.

Пристайный библиографический список

1. Общая теория государства и права : учебник / под ред. С. Ю. Наумова, А. С. Мордовца, Т. В. Касаевой. Саратов : Саратовский социально-экономический институт (филиал) РЭУ им. Г. В. Плеханова, 2018.

2. *Платон*. Соч. : в 4 т. Т. 3, ч. 1 / подобщ. ред. А. Ф. Лосева и В. Ф. Асмуса ; пер. с древнегреч. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та ; «Изд-во Олега Абышко», 2007.

3. *Аристотель*. Риторика. Кн. 1, гл. 13. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2000. С. 50–51.

4. *Хвостов В. М.* Система римского права : учебник. М. : Спарк, 1996.

5. *Спектор Е. И.* Пробелы в законодательстве и пути их преодоления : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

6. *Лазарев В. В.* Пробелы в праве. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1969.

7. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. 6-е. изд. СПб. : Юр. кн. магазин Н. К. Мартынова, 1904.

8. *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права. М. : Т-во Тип. А. И. Мамонтова, 1917.

9. *Беляев П. И.* Судья и закон // Вопросы права. 1911. № 2.

References

1. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [Common theory of state and law : textbook] / pod red. S. YU. Naumova, A. S. Mordovca, T. V. Kasaevoy. Saratov : Saratovskij social'no-ekonomicheskij institut (filial) REU im. G. V. Plekhanova, 2018.

2. *Platon*. Soch. : v 4 t. T. 3, ch. 1 [Works in four volumes. V.1, chapter 1]. / edited by A. F. Losev i V. F. Asmus ; per. s drevnegrech. SPb. : Izd-vo S.-Peterb. un-ta ; «Izd-vo Olega Abyshko», 2007.

3. *Aristotel'*. Ritorika. Kn. 1, gl. 13. [Rhetoric. Book 1. Ch. 13]. SPb. : Izd-vo S.-Peterb. un-ta, 2000. P. 50–51.

4. *Hvostov V. M.* Sistema rimskogo prava : uchebnik. M. : Spark, 1996.

5. *Spektor E. I.* Probely v zakonodatel'stve i puti ih preodoleniya : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk [Legislation gaps and the ways of their improvement : author's dissertation thesis for the Candidate degree in juridical science]. M., 2003.

6. *Lazarev V. V.* Probely v prave [Gaps in Law]. Kazan' : Izd-vo Kazan. un-ta, 1969.

7. *Korkunov N. M.* Lekcii po obshchej teorii prava. 6-e. izd. [Lectons on the general theory of law. 6th edition]. SPb. : YUr. kn. magazin N. K. Martynova, 1904.

8. *Trubeckoj E. N.* Lekcii po enciklopedii prava. [Lectons on encyclopedia of law]. M. : T-vo Tip. A. I. Mamontova, 1917.

9. *Belyaev P. I.* Sud'ya i zakon // Voprosy prava [Judge and law // Issues of law]. 1911. № 2.