

## Роль суда в восполнении пробелов в праве

**Медведева Анастасия Сергеевна**, студент 2-го курса юридического факультета СЗИУ РАНХиГС (Санкт-Петербург, Российская Федерация); nastena\_medvedeva00@mail.ru

### *Научный руководитель:*

**Кузбагаров Муслим Назаргалиевич**, доцент кафедры правоведения СЗИУ РАНХиГС (Санкт-Петербург, Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент; kuzbagarov-mn@ranepa.ru

### *Аннотация*

Целью статьи является изучение вопросов этимологии пробельности права, объективных и субъективных причин их возникновения, путей устранения и судебного процесса как наиболее эффективного способа восполнения пробелов в праве. **Методы.** В исследовании применялись общенаучные и частноправовые методы. В частности: анализ нормативно-правовой базы, синтез, сравнительный анализ и технико-юридический метод. **Результаты.** В статье анализируются особенности нормативного способа устранения пробелов в праве посредством судебного восполнения в разных правовых семьях, на примере самых распространенных — англосаксонской и романо-германской. Исследуется проблема «обреченности» права, связанная с отсутствием возможности полного устранения пробелов в праве и создания совершенного законодательства, также рассматривается негативное воздействие пробелов на жизнедеятельность общества. **Выводы.** Целесообразно пересмотреть роль судебного прецедента в романо-германских странах и приравнять их к источникам права в необходимой мере для устранения пробелов в праве.

*Ключевые слова:* право, пробельность права, нормативное восполнение пробелов в праве, законодательный пробел, судебное восполнение пробелов, трудности правоприменения, объективные и субъективные причины появления пробелов в праве

## The Role of the Court in Filling Legal Gaps

**Anastasia S. Medvedeva**, 2nd year Student of the North-West Institute of Management, branch of RANEPa (Saint Petersburg, Russian Federation), Faculty of Law; nastena\_medvedeva00@mail.ru

### *Scientific Adviser:*

**Muslim N. Kuzbagarov**, Associate Professor of the Department of Law of the North-West Institute of Management, branch of RANEPa (Saint Petersburg, Russian Federation), Candidate of Law, Associate Professor; kuzbagarov-mn@ranepa.ru

### *Abstract*

The purpose of the article is the study of the etymology of the gaps in the law, objective and subjective reasons for their occurrence, ways of addressing and trial as the most efficient way to fill in gaps in the law. **Methods.** In the research general scientific and private law methods were used. In particular: analysis of the legal framework, synthesis, comparative analysis, legal-technical method. **Results.** In this article features of regulatory concerns

restoration of the right by the Judicial replenishment in different legal systems are being analysed in the example of the most common ones — Anglo-Saxon and Romano-Germanic. The problem of the “hopelessness” of the right connected with the absence of the possible complete elimination of the legal gaps is being analysed, also the negative impact of legal gaps on the life of society is being considered. *Conclusions.* It is advisable to review the role of judicial precedent in Romano-Germanic countries and equate them to sources of law to the extent necessary for elimination of gaps in the law.

*Keywords:* right, gaps in law, normative filling of gaps in the right, judicial filling of gaps, objective and subjective reasons for gaps in the law

---

## Введение

Политическая, экономическая и социальная жизнь государства никогда не стоит на месте, она постоянно находится в движении и видоизменяется: появляются новые институты, общественные отношения, законы. Право «старается успевать» за изменяющимися условиями и своевременно на них реагировать, но каким бы идеальным законодательство не казалось, оно не сможет рассмотреть все общественные отношения, нуждающиеся в правовом регулировании. Именно поэтому пробел в праве неизбежен по ряду объективных и субъективных причин. Исходя из этого сразу возникает ряд вопросов: какими способами можно минимизировать пробелы в законодательстве и их отрицательное воздействие на общество и какой из способов будет эффективнее и почему?

Проводя сравнение романо-германской и англосаксонской правовой семьи, можно отметить, что пробелы в большей степени свойственны именно первому варианту, где источником права будет являться нормативно-правовой акт. По мнению цивилиста С. Н. Подлесных: «Нормативно-правовой акт направлен на регулирование наиболее типичных, массовых отношений, рассчитан на неопределенно большое количество ситуаций и адресован неопределенно большому числу лиц, что говорит об его изначальной “обреченности” на пробельность» [10, с. 73–75]. В итоге пробелы отражаются на результативности правовых норм, так как затрудняют поступательное движение общественных отношений. Усложняет ситуацию еще и тот факт, что многие действующие законы переполнены отсылочными нормами и содержат большое количество неясностей, из которых вытекают сложности правоприменения.

Актуальность выбранной темы обусловлена вопросами, возникающими в правоприменительной практике и связанными с пробелами в праве, которые до сих пор не решены. В научной среде дискуссии продолжаются, а единый подход по данной проблематике еще не выработан. Несмотря на определенные достижения, еще не разработан совершенный правовой механизм эффективного устранения пробелов в праве. Данное положение притягивает правоведов для решения и исследования в сфере теории и практики.

## Материалы и методы

Методы исследования были выбраны исходя из цели исследования. В исследовании применялись общенаучные и частнопроводимые методы. В частности: анализ нормативно-правовой базы, синтез, сравнительный анализ и технико-юридический метод.

Можно отметить работы таких выдающихся исследователей, как В. В. Лазарева («Пробелы в праве и пути их устранения», 1974), П. Е. Недбайло, В. В. Кожевникова («Пробелы и коллизии в праве: способы восполнения и преодоления», 2018), В. В. Витрянского, Н. Р. Герасимовой и А. Е. Гадеевой («Пробелы в праве и способы их устранения», 2012),

С. С. Алексеева и многих-многих других. Сделанные ими выводы определяют степень разработанности проблематики пробелов в праве и способов их устранения на современном этапе развития права.

## Результаты

В юридической литературе существует множество подходов к трактовке понятия «пробел в праве». Мнения различных исследователей-правоведов можно классифицировать в три подхода:

1. «Узкий подход», которого придерживаются П. Е. Недбайло [8, с. 456] и В. И. Акимов [1, с. 110], связан с трактовкой пробелов в праве как пробелов в законодательстве, поэтому они могут возникать только в сфере общественных отношений, которые уже урегулированы правовыми нормами.
2. «Широкий подход», которого придерживаются С. И. Вильнянский [3, с. 34] и В. В. Лазарев [5, с. 37], трактует пробел в праве как пробел в сфере общественных отношений, включенных в сферу правового регулирования, то есть направленный на урегулирование жизненных фактов.
3. «Умеренный подход», которого придерживаются О. Э. Лейста и Э. Ш. Кемулария, трактует понятие «пробел в праве» через «широкий подход», но в качестве своего критерия существования пробела в праве выводит профессиональное правосознание: «факты или отношения законом не оцениваются, но профессиональное правосознание властно диктует необходимость их юридической квалификации» [6, с. 416–435].

Тогда, по мнению Ф. Р. Уранского, «пробел в праве — это дефект системы права, связанный с полным или частичным отсутствием регулирования в источниках права норм и принципов, необходимых для соответствующей юридической оценки данного спора, возникшего в сфере общественных отношений, подлежащих правовому регулированию» [13, с. 185].

Пробелы в праве возникают из-за целого ряда причин объективного и субъективного характера, вечно сопровождая правотворчество в большей степени именно романо-германских стран.

К объективным причинам относят те, которые не зависят от законодателя: быстрое развитие и обновление общественных отношений в связи с трансформацией жизни общества; отставание человеческого сознания в своем развитии от общественного бытия; резкая смена экономического или политического курсов страны и обновление законодательства.

К субъективным причинам относят те, которые появляются в результате разнообразных ошибок и недочетов законодателя, низкого уровня его правовой культуры. Например, постоянное обновление законодательства, внесения изменений и дополнений; ошибки нормотворческого органа в процессе принятия нормативно-правовых актов; недостаточное технико-юридическое качество актов.

Все вышеперечисленные причины ведут к возникновению пробелов в праве, а для их устранения и преодоления юридическая наука давно разработала ряд способов, а именно казуальное и нормативное восполнение.

Казуальное восполнение рассматривается как способ преодоления пробелов в праве, осуществляемый только через правоприменительный орган для разрешения определенного казуса в случае отсутствия нормы. Данный способ призван помочь законодателю обнаружить и временно «нейтрализовать» пробел до его полного устранения посредством своевременного правотворчества. Основная сложность состоит в том, что законодатель не всегда успевает оперативно принимать необходимые нормативно-правовые акты, так как

данный процесс требует определенных временных и финансовых затрат. Именно поэтому на момент разработки и принятия нового акта действуют казуальные способы преодоления пробелов в праве (речь идет о странах романо-германской правовой семьи).

Рассмотрим три казуальных способа преодоления пробелов в праве в процессе правоприменения.

1. «Аналогия закона — способ преодоления пробела в праве через решение по конкретному делу на основе правовой нормы, которая регулирует похожие общественные отношения, близкие по своему значению и характеру», — отмечает Е. И. Спектор [11, с. 75]. Чтобы можно было задействовать диспозицию аналогичной нормы, необходимо наличие сходства юридических фактов.
2. Аналогия права — способ преодоления пробела в праве, представляющий собой решение по конкретному делу, которое принимается исходя из принципов права (общих, межотраслевых, отраслевых, в том числе и институтов), на основе общего смысла и духа законодательства той или иной страны.
3. Субсидиарное применение права — способ преодоления пробела, представляющий собой решение по конкретному делу, когда правоприменительные органы исходят из конкретных предписаний родственной отрасли права (смежной).

Данное заимствование свойственно именно «молодым» отраслям права, которые используют нормативный материал соответствующих профилирующих отраслей с однородными с ними отношениями. При применении данного способа необходимо устанавливать сходство в общественных отношениях и в методах правового регулирования.

Преимущества института аналогии в том, что он в состоянии регулировать конкретные общественные отношения, не охваченные правовым регулированием. Для разрешения конкретного случая создается определенное разовое правило поведения, соединяющее в себе признаки юридической нормы или принципов.

Как писал В. А. Божок: «Субсидиарное применение норм является намеренной неполнотой права, когда определенные общественные отношения учтены законодателем и сознательно не урегулированы соответствующими их характеру нормами права. Субсидиарное применение норм права служит средством для обеспечения компактности законодательных норм и способом организации целостности правового регулирования» [2, с. 45].

Казуальные способы нельзя считать наиболее эффективными при устранении пробела в праве, так как они действуют временно и подходят лишь для единичного преодоления, но, с другой стороны, эти способы помогают правоприменителю минимизировать отрицательное воздействие пробелов и своевременно среагировать на пробелы. Как писал В. В. Лазарев: «В процессе применения права суды лишь преодолевают пробелы в праве, подобно тому, как путник преодолевает встретившиеся ему препятствие, не в силах его убрать. Всякий другой судья при встрече с данным пробелом вынужден будет вновь использовать предоставленные ему средства и возможности к его преодолению» [5, с. 159]. Очевидно, что, используя казуальные способы, правоприменитель существенно усложняет свою работу, поскольку он опирается на абстрактные принципы и понятия. К тому же казуальное восполнение пробелов бессильно в некоторых отраслях права, например, в уголовном и административном, так как не может быть аналогичных преступлений и административной ответственности по аналогии. В подобных случаях восполнить пробелы можно только нормативными способами, поэтому их и следует считать наиболее эффективными при устранении пробелов в праве, ведь они полностью ликвидируют пробел и нейтрализуют его негативное воздействие.

Необходимо не забывать, что казуальный способ преодоления пробелов в праве сигнализирует законодателю о существовании пробела. Следует стремиться к тому, чтобы

в ходе правоприменения пробелов практически не было, но добиться этого можно только путем своевременного правотворчества. Сложность возникает в том, что законодатель не всегда успевает оперативно принимать необходимые законы, ведь принятие нового акта требует специальных процедур, материальных и временных затрат. На момент разработки и принятия нормативно-правового акта действуют казуальные способы преодоления пробелов в праве.

Нормативное восполнение рассматривается как способ устранения пробелов в праве, осуществляемый только через нормотворческий орган в случае отсутствия нормы права. «Правотворческому органу необходимы следующие условия: общественные отношения должны достичь определенной зрелости; должен быть тщательно проверен и выявлен факт пробела в праве; признание наличия пробела не должно противоречить политике государства, и общенародная воля в данном вопросе должна быть достаточно определено выражена (в ходе изучения общественного мнения)», — подчеркивают Н. Р. Герасимова и А. Е. Гадеева [4, с. 75].

Рассмотрим два нормативных способа устранения пробелов в праве.

1. Принятие новой нормы — способ устранения пробелов в праве, осуществляемый только с помощью правотворческой деятельности путем принятия компетентным государственным органом недостающей нормы. С. В. Назюта писал: «Каждый орган вправе устранять только те пробелы, которые возникают по причине появления новых общественных отношений и требуют правового воздействия и относятся к сфере деятельности этого органа» [7, с. 62]. Нормотворчество считается универсальным способом устранения пробела в праве, так как данная модель работает не только в англосаксонской, но и в романо-германской правовых семьях.

2. «Судебное восполнение — способ устранения пробела путем принятия судом (уполномоченным государственным органом) конкретного решения по спорному правоотношению в условиях выявления пробела в законодательстве или праве», — указывает Ф. Б. Уранский [13, с. 180]. В странах англосаксонского права данный феномен получил название «судебный прецедент», который означает вынесенное судом по конкретному делу решение, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при разрешении аналогичных дел. Получается, что в данном случае суд выступает как нормотворческий орган, который своей деятельностью своевременно ликвидирует существующие пробелы в праве.

В романо-германской правовой семье суды не являются правотворческими органами, но тоже могут участвовать в восполнении пробелов посредством правоприменительной деятельности, обладая определенными полномочиями. Хорошей иллюстрацией данной модели является Российская Федерация, где только суды правомочны восполнять пробелы правовой системы. Конституционный и Верховный суды Российской Федерации могут на легальных основах разъяснять конкретные правовые нормы в ситуации наличия пробела. Благодаря этому происходит решение правового спора и происходит дополнение в системе правового регулирования. Побочным эффектом является фактическое создание никогда не существовавшего ранее легального положения, но его действие распространяется только на этот же случай. Следовательно, постановления Пленума Верховного суда в процессе своей деятельности вносят новые элементы в правовое регулирование, ликвидируя пробел. О. С. Панасюк считает, что «такого рода разъяснения и толкования норм права являются правилами поведения, применимые ко всем судебным инстанциям, распространяющиеся на неопределенный круг лиц и действующие для неоднократного применения в рамках данного правоотношения. Благодаря подобным судам происходит анализ существующего законодательства и обобщение судебной практики» [9, с. 53].

Деятельность судов помогает быстро реагировать на несовершенства законодательной системы, дорабатывая и конкретизируя нормы права, связывая теорию с практикой применения. К тому же данный способ наиболее действенный и универсальный, поскольку не требует больших временных и материальных затрат, а также применим даже в странах романо-германской правовой семьи.

С учетом современной практики судебный прецедент может быть признан источником права в романо-германских правовых семьях в той мере, в какой это необходимо для устранения пробелов в законодательстве, но с учетом некоторых требований. Е. И. Спектор отмечал следующие требования:

1. «Полное либо частичное отсутствие нормативного регулирования определенных отношений должно быть установлено в ходе судебного разрешения правового спора.
2. Для того чтобы наиболее эффективно суд применял институт аналогии для логичного обоснования решения по делу и его вступления в законную силу, необходимо:
  - а) иметь четкую и ясную аргументацию, исходя из элементов института аналогии;
  - б) основываться на конкретных фактах, не отрываясь от материалов дела.
3. Официальное опубликование для всеобщего обозрения полученного судебного правового положения. Под ним следует понимать правило поведения общего характера, установленное высшими судами страны на основании обобщения судебной практики по разрешению споров с применением института аналогии.
4. Наличие решения суда высшей инстанции, сформулировавшего такое правовое положение, где обращается внимание органа, в актах которого обнаружен пробел, на необходимость устранить его путем издания специального нормативного правового акта (реализации права законодательной инициативы) — тем самым действие прецедента оказывается ограниченным во времени, то есть это источник права временного действия (до издания акта компетентного органа, восполняющего пробел)» [12, с. 19–20].

Е. И. Спектор говорит о том, что фактическое распространение судебного прецедента в романо-германской правовой семье на примере Российской Федерации отвечает интересам ее правовой определенности, способствует единообразному решению сходных правовых дел и повышает гарантии правосудия.

По мнению Т. Г. Хабуева, в этих условиях особая роль по обеспечению действенности правового механизма и по установлению и восполнению пробелов правового регулирования отводится судебным органам, призванным не только выступать арбитром в спорах, но и «утверждать дух права, глубокие правовые начала» [14, с. 210].

## Заключение

Термин «пробел» в научной литературе чаще всего используется в широком значении, подразумевая под собой любые недостатки и просчеты законодателей. На практике же мы можем говорить о пробеле только тогда, когда в праве нет предписания, из содержания которого понятно, что данные отношения подлежат правовому регулированию, но сейчас по каким-либо причинам не урегулированы.

Для повышения качества работы законодательной системы, на наш взгляд, необходимо использовать судебное восполнение, как наиболее эффективный способ восполнения пробелов в праве, поскольку благодаря этому решение пробела предоставляется течению времени и отдается на усмотрение практики.

Целесообразно пересмотреть роль судебного прецедента в романо-германских странах и приравнять его к источникам права в нужной для устранения пробелов мере. Нужно признать за судами правотворческие функции, которые значительно облегчат и сократят использование института аналогии в судах. К тому же суды перестанут выносить

разнообразные решения по схожим правовым делам, также расширится сфера воздействия судов на общественные отношения, а значит, будут восполнены любые пробелы правового регулирования.

Но для этого судам необходимо придерживаться следующего алгоритма деятельности при выявлении, выработке проблемы и пути ее решения в виде формулировки изменения или дополнения к конкретной статье закона.

Во-первых, для признания пробела необходимо сначала доказать необходимость правового регулирования рассматриваемых ситуаций в жизни общества, установить, находятся ли данные отношения в сфере правового регулирования.

Во-вторых, должно быть зафиксировано отсутствие нормативного регулирования рассматриваемых общественных отношений в ходе судебного разбирательства по данному спору.

В-третьих, необходимо оптимальное использование судом института аналогии при составлении решения и вступления его в законную силу, путем признания его целям правосудия. В понятие оптимальности входит четко аргументированное решение, базирующееся либо на аналогичных правовых нормах, либо на общеправовых принципах и сформированное на основе конкретных юридических фактов. Для повышения качества работы высшей квалификационной коллегии судей неоднократно следует обращаться к работам ученых-цивилистов как наиболее компетентных в данной области.

В-четвертых, судебное правовоположение должно быть опубликовано официально для всеобщего сведения.

В-пятых, «необходимо наличие решения суда высшей инстанции, сформулировавшего данное правовоположение, где обращается внимание органа, в актах которого обнаружен пробел, на необходимость устранить его путем издания специального нормативного правового акта путем реализации права законодательной инициативы» — считает Е. И. Спектор [12, с. 33].

Таким образом, выходит, что судебный прецедент как источник права действует временно, поскольку он работает до издания акта компетентным органом, восполняющим пробел.

К тому же, как отмечает О. С. Панасюк, «судебная деятельность должна быть под особым наблюдением представительных органов и служить индикатором для быстрого реагирования на пробелы законодательства» [9, с. 50].

Очень точно подметил Ф. Р. Уранский, что «на современном этапе развития права необходимы ориентиры для установления границ, в которых правоприменительные органы могли бы решать вопросы по восполнению пробелов. Например, ключевым ориентиром служит неизменность основ правового регулирования, по которому правовой прецедент не должен вносить в нормативное содержание правовой системы элементы, способные изменить нормативную основу регулирования, а значит, они должны быть сфокусированы на разрешении конкретного дела» [13, с. 190].

Существование пробелов в праве во все времена было нежелательным и говорило о недостатках правовой системы, но их наличие было неизбежно ввиду динамики общественных отношений, поэтому в наших силах лишь свести все их негативное влияние к минимуму и не допустить того, чтобы право «молчало» там, где оно должно «говорить».

## *Литература*

1. Акимов В. И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969. № 3. С. 113.
2. Божок В. А. Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве : дис. канд. юрид. н.: 12.00.15 — Гражданский и арбитражный процесс. М., 2005.

3. *Вильнянский С. И.* Толкование и применение гражданско-правовых норм // Методические материалы ВЮЗИ. М., 1948. С. 61.
4. *Герасимова Н. Р., Гадеева А. Е.* Пробелы в праве и способы их устранения // Социально-политические науки. 2012. № 2. С. 75.
5. *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 184.
6. *Лейст О. Э.* Реализация права // Курс лекций / под ред. М. Н. Марченко. М., 1996. С. 475.
7. *Назюта С. В.* Особенности института защиты прав и законных интересов в сфере образования // Ежегодник российского образовательного законодательства. М. : ФГУ «ФЦОЗ», 2012. Т. 7. С. 196–205.
8. *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 511.
9. *Панасюк О. С.* Пробелы в праве и способы их преодоления и устранения : дис. канд. юрид. н.: 12.00.01 — Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. Ставрополь, 2012. С. 28.
10. *Подлесных С. Н.* Проблемы понимания пробелов в праве // Вестник Воронежского государственного университета. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 2010. № 1 (8). С. 82.
11. *Спектор Е. И.* Применение института аналогии в административном законодательстве // Административное и информационное право. М., 2003. С. 69.
12. *Спектор Е. И.* Пробелы в законодательстве и пути их преодоления : дис. канд. юрид. н.: 12.00.01 — Теория и история права и государства; история правовых учений. М., 2003.
13. *Уранский Ф. Р.* Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности : дис. канд. юрид. н.: 12.00.01 — Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. М., 2005. С. 192.
14. *Хабуева Т. Г.* Некоторые вопросы понимания пробелов в праве / Т. Г. Хабуева // Актуальные проблемы права, экономики и управления, 2015. № 11. С. 212.