

ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

УДК: 340.13.

Абдрасулова А.Е.,
Компания «Elite dress»,
магистр права

Абдрасулова А.Е.,
«Elite dress» компаниясы,
укуктун магистри

Abdurasulova A.E.
Lawyer at «Elite dress»
Master in Law (MSc in Law)

ПРИЧИНЫ ВОЗНИКНОВЕНИЯ МНИМЫХ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНЫХ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

АНЫК ЖАНА ЭЛЕСТҮҮ УКУК КЕМЧИЛИКТЕРИНИН КЕЛИП ЧЫГУУ СЕБЕПТЕРИ

CAUSES OF IMAGINARY AND ACTUAL GAPS IN LAW

Аннотациясы. Макала анык жана элестүү кемчиликтерди аныктоонун актуалдуу көйгөйлүрүнө, аларды жоюу жана толуктоо жоболоруна арналган үчүн кабыл алынат. Укуктук жөнгө салуудагы кемчиликтер боюнча ар кандай көз караштар чагылдырылган.

Негизги сөздөр: Мыйзамда кемчиликтер, анык кемчиликтер, элестүү кемчиликтер, укуктарды аныктоо, укуктук жөнгө салуу чөйрөсү, укук колдонуу, мыйзам чечмелөө.

Аннотация. Статья посвящена актуальным проблемам выявления пробелов в праве, вопросам действительных и мнимых пробелов, способам их устранения и восполнения. Рассматриваются различные точки зрения по вопросам пробелов в правовом регулировании.

Ключевые слова: Пробелы в праве, действительный пробел, мнимый пробел, конкретизация права, сфера правового регулирования, применение права, толкование права.

Abstract. The article is devoted to actual problems of identifying gaps in law, questions of real and imaginary gaps, ways of their elimination and replenishment. Different points of view on the gaps in legal regulation are considered.

Keywords: Gaps in the law, the actual gap, the alleged gap, the specification of law, the scope of legal regulation, the application of law, the interpretation of law.

Наличие пробелов в праве проявляется тогда, когда нет соответствующих норм в правовом регулировании, но имеется объективная необходимость в правовой регламентации общественных отношений. В.В. Лазарев в связи с данным вопросом отмечал, что при пробелах возможно «полное отсутствие нормативных предписаний, относящихся к данным фактам, или неполнота существующих норм» [10, С. 20].

Пробелы имеют несколько причин возникновения. Во-первых, несовершенство юридической техники законоотворчества. Об этом писали еще древние мыслители, отмечая, что «все относящееся к законодательству никоим образом и никогда еще не бывало правильно выработано до конца» [12, С. 86]. Аристотель, видя причину пробелов в природе закона, подчеркивал, что «в тех случаях, когда

необходимо сказать в общем виде, но нельзя сделать это правильно, закон охватывает то, что имеет место по преимуществу, вполне сознавая возможную погрешность. Так что когда закон составлен для общего случая, а произошло нечто подсудное ему, но вне общего случая, тогда поступать правильно значит: там, где у законодателя, составлявшего закон без оговорок, пропуск или погрешность, исправить упущение, которое признал бы даже сам законодатель, окажись он тут» [2, С. 56]. Следовательно, «Аристотель отмечал сознательное допущение законодателем недостатков (пробелов), так как в законе невозможно определить конкретный случай, и вследствие этого определения законодателя отличаются характером всеобщности, иногда даже против его воли [3, С. 50-51]. Возможности преодоления пробелов в позитивном праве Аристотель усматривал в праве естественном (неписаном), представляющим собой совокупность неизменных законов природы. Они-то и подсказывают суду решение в случаях, когда молчит право, установленное государством» [17, С. 10].

Римские юристы вслед за представителями греческой античной цивилизации также предполагали возможность пробелов в праве в связи с отсутствием государственного законодательства. В этом случае они предусматривали «применение наиболее близкого и вытекающего из последнего правила» [7, С. 140]. Кроме того, «система римского права предполагала широкое использование преторских эдиктов с целью дополнения гражданского права» [16, С. 95]. Во-вторых, причиной пробелов в праве является некачественная законопроектная работа, в ходе которой законодатель «ошибочно считает какие-либо отношения не подлежащими юридическому воздействию, ошибочно полагает возможным обойтись конкретизацией права в ходе его применения; ошибочно передает решение вопроса на усмотрение правоприменителя» [8, С. 27].

Вместе с тем, даже при совершенной работе законодателя избежать пробелов в праве, думается, не удастся, поскольку «наличие пробелов (*gap, lacuna* - англ., *lucken* - нем., *luki* - польск.) представляет собой естественное явление, которое свойственно любой правовой

системе, так как ни одна система позитивного права, хотя бы и самая совершенная, не может полностью охватить все разнообразие жизненных случаев» [17, С. 26]. Об этом писал и один из наиболее примечательных критиков позитивизма в XX века американский юрист Л. Фуллер, подчеркивая, что «непредвиденные обстоятельства, которые создаются жизненными случайностями, всегда будут иметь место при всех, даже наиболее тщательно создаваемых нормах» [18].

В России об объективном возникновении пробелов в праве писал И.А. Покровский, подчеркивая, что «закон, как бы совершенен он ни был в момент своего издания, с течением времени, при изменившихся обстоятельствах может даже вообще превратиться в сплошную несправедливость. Закон, далее, как и всякое дело рук человеческих, часто страдает пороками - пороками мысли или пороками редакции. Наконец, всякое законодательство, даже самая пространная кодификация, нередко обнаруживает пробелы - часто просто потому, что в момент своего издания закон еще не имел перед собой тех жизненных явлений, которые развернулись впоследствии» [14, С. 43].

Следовательно, *в-третьих*, причиной появления пробелов является появление новых жизненных явлений, когда «появляются новые виды общественных отношений, которые входят в сферу правового регулирования, но не предусмотрены в конкретных нормах» [11, С. 9].

Однако некоторые ученые не согласны с последним выводом о причинах появления пробелов в праве отмечая, что сфера правового регулирования полностью совпадает с кругом отношений и фактов, закрепленных действующими нормативными актами, и не может выходить за его рамки. Так, В.К. Забигаило подчеркивает, что «пробелы в праве могут обнаруживаться лишь в сфере фактического правового регулирования, установленного законодателем» [6, С. 11].

Такая же позиция есть и у С.С. Алексеева, который указывал, что «при пробеле в праве данные факты, в общем, находятся в области правового регулирования. Они в целом регламентированы, охватываются его принципами.

Поэтому здесь и возникает вопрос о применении права, так как данные факты в общем охватываются правовой регламентацией» [1, С. 53].

Мы же придерживаемся взглядов, изложенных В.В. Лазаревым, полагая, что он более четко аргументировал тот факт, что **«сфера правового регулирования включает в себя определенный круг общественных отношений, событий, фактов и обстоятельств, нуждающихся в правовом опосредствовании»** [8, С. 26]. Данный тезис означает, что «имеется какая-то часть жизненных ситуаций, обстоятельств, которые входят в сферу правового регулирования, но нормативными правовыми актами не регламентированы» [13, С. 75].

На этой основе некоторые ученые подразделяют пробелы на первоначальные и последующие, полагая, что «первоначальные пробелы являются следствием того, что законодатель или не знал вообще о наличии обстоятельств, требующих нормативного урегулирования, или не сознавал необходимости урегулирования известных ему общественных отношений, или, зная о них и сознавая необходимость закрепления в праве, упустил их регулирование при издании акта», т.е. это можно отнести к ошибкам законодателя. Последующие пробелы появляются после издания нормативного акта. Они обусловлены, во-первых, появлением совершенно новых общественных отношений, новых обстоятельств, требующих правового опосредствования, которых раньше не существовало. Во-вторых, последующие пробелы возникают там, где появляется потребность в регулировании нормой явлений, ранее безразличных к праву» [9, С. 31].

В этом случае «за недостатком прямого указания закона, юрист обращается к общему смыслу закона, к духу, к разуму законодательства как средству толкования». В процессе регулирования ранее неизвестных явлений «деятельность юриста поднимается от простой механической в высшую творческую, где ответ на притязания не может быть дан сейчас наличными правилами, где сама законодательная воля требует от юриста некоторого подъема умственной деятельности, предполагает в нем способность созерцания цельного организма

юридических норм, в составе которых хотя бы скрытым, невыраженным образом должен находиться ответ на вопросы практики, и этот ответ, эта скрытая норма должна быть обнаружена, выражена для каждого данного случая подлежащим судом» [4, С. 235].

Если акцентировать внимание на ошибках законодателя, то, по мнению А.В. Слесарева «недостатки законодательной деятельности должны устраняться, как правило, самим законодателем, либо в случаях, им допускаемым - органами судебными» [15, С. 30].

Трудно согласиться с таким подходом, поскольку органы судебной власти не могут устранить недостатки, допущенные законодателем, они могут лишь восполнить пробел в праве при его казуальном применении либо обеспечить нормативное восполнение в случае принятия нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан. Однако устранение пробела – это компетенция лишь самого законодателя. Как верно высказался по этому поводу В.В. Лазарев, «в процессе применения права суды лишь преодолевают пробелы в праве, подобно тому, как путник преодолевает встретившееся ему препятствие, не в силах его убрать. Пробел продолжает зиять, хотя бы решение суда и состоялось. Всякий другой судья при встрече с данным пробелом вынужден будет вновь использовать предоставленные ему средства и возможности к его преодолению» [9, С. 159]. О том, что суд не может устранить пробел в праве пишут также В. Загибайло и Н. Козюбра, отмечая, что «с возникновением нового аналогичного дела пробел возникает вновь и вновь и требует своего восполнения, которое всегда будет «временным». Вряд ли в данном случае есть основания безоговорочно считать деятельность судьи «по свободному нахождению права» правотворческой» [6, С. 127].

Таким образом, существующий сейчас в науке взгляд на проблему пробела ученые сформулировали следующим образом: «Под пробелом в праве обычно понимается полное или частичное отсутствие правового регулирования той сферы общественных отношений, которая объективно требует регламентации».

В юридической литературе поднимался

вопрос о действительном и мнимом пробеле в праве. Если действительный пробел связывается с вопросом объективной необходимости его восполнения, когда требуется правовое регулирование общественных отношений, то мнимый пробел означает, что конкретной нормы права нет, но законодатель специально не подвергает правовой регламентации тот или иной случай общественной жизни. В этой связи В.В.Лазарев подчеркивал, что «действия правоприменителя будут различаться в зависимости от того, какое явление скрывается за «молчанием» права: пробел в праве, правосвободное пространство, квалифицированное («говорящее») молчание законодателя. При двух последних состояниях юридическое дело приходится прекращать, в заявленном отказывать и т.п.» [10, С. 20]. Это означает, что при двух последних состояниях возможен мнимый пробел в праве, когда по субъективному мнению правоприменителя требуется правовое регулирование конкретного жизненного случая, хотя объективно в этом нет необходимости, поскольку законодатель предусмотрел, вернее, полагает, что нет необходимости в правовой регламентации того или иного отдельного вида общественных отношений.

Если обнаружен пробел в праве, его необходимо устранить на уровне законодательства, а до времени полного устранения возможно восполнение действительного пробела правоприменительными органами и компетентными должностными лицами. В этом смысле актуальное значение приобретает понятие пробела в праве и его соотношение с категориями толкование права и конкретизация права.

Список использованной литературы

1. Алексеев, С.С. Общая теория социалистического права. Применение права. Наука права [Текст]: учебное пособие. Вып. 4 / С.С. Алексеев. – Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1966. – 203 с.
2. Аристотель. Никомахова этика. Антология мировой правовой мысли [Текст]: Кн. 2 / Пер. с древнегреч. – М., 1998. – 794 с.
3. Аристотель. Риторика [Текст]: Кн. 1. Гл. 13. Серия Классическая библиотека / Пер. с древнегреческого О. Дыбенко. – М.:

Лабиринт. – 2000. – 224 с.

4. Дювернуа, Н.Л. Из курса лекций по гражданскому праву [Текст]: Введение и часть общая / Н.Л. Дювернуа. – СПб.: Типолит. А.Е. Ландау, 1895. – 550 с.
5. Забигайло, В.К. Проблема «пробелов в праве». Критика буржуазной теории [Текст]: автореферат диссертации... кандидата юридических наук: 12.07.10 / В.К. Забигайло; [Место защиты: Акад. наук Украинской ССР. Объединенный совет Института фил. и Ин-та гос. и права]. – Киев, 1972. – 26 с.
6. Забигайло, В., Козюбра, Н., Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е.Эрлиха. – Киев: Изд-во Киев. ун-та. – 167 с. [Текст] // Правоведение. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1978. – №2. – С. 125-127.
7. Конституции Юстиниана. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 1. [Текст] / Сост.: К.И. Батыр, Е.В. Поликарпова, С.Ю. Седаков, Т.П. Филиппова. – М.: Юристъ, 1996. – 391 с.
8. Лазарев, В.В. Правоприменительные акты и их эффективность в условиях развитого социалистического общества [Текст]: автореферат диссертации... доктора юридических наук 12.00.01 / В.В. Лазарев; [Место защиты: Московский гос. уни-т им. М.В. Ломоносова]. – М., 1977. – 33 с.
9. Лазарев, В.В. Пробелы в праве и пути их устранения [Текст] / В.В. Лазарев. – М.: Юрид. лит., 1974. – 184 с.
10. Лазарев, В.В. Установление пробелов в праве в процессе его применения [Текст] // Советское государство и право. – М.: Наука, 1973. – №2. – С. 20-25.
11. Леушин В. И. Динамичность советского права и восполнении пробелов в законодательстве [Текст]: автореферат диссертации... кандидата юридических наук: 12.00.01 / В.И. Леушин; [Место защиты: Свердловский юридический институт]. – Свердловск, 1971. – 22 с.
12. Платон. Собрание сочинений в 4 тт. Т.4. [Текст]. – М.: Мысль, 1994. – 830 с.

13. Подлесных, С.Н. Проблемы понимания пробелов в праве [Текст] // Вестник Воронежского гос. уни-та. Серия: Право. – 2010. – № 1(8). – С. 73-82.
14. Покровский, И.А. Основные проблемы гражданского права [Текст] / И.А. Покровский. – Петроград: Юрид. кн. скл. “Право”, 1917. – 328 с.
15. Слесарев, А.В. Специально-юридическое толкование норм гражданского права [Текст]: диссертация... кандидата юридических наук: 12.00.03 / А.В. Слесарев; [Место защиты: Российской акад. гос. службы при Президенте РФ]. – Омск, 2003. – 198 с.
16. Слесарев, А.В. Судебно-арбитражное толкование норм гражданского права [Текст] / А.В. Слесарев. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. – 367 с.
17. Спектор, Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления [Текст]: диссертация... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Е.И. Спектор; [Место защиты: Институт закон-ва и сравн. правоведения при Правительстве РФ]. – М., 2003. – 127 с.
18. L.Lon, Fuller. Anatomy of the Law [Текст]. – New York. – Washington. – London, 1968. – P. 100.
-