

© 2003 г. В.Д. Мордачѐв

ПРЕОДОЛЕНИЕ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

Пробелы в законодательстве, т.е. полное или частичное отсутствие юридических норм – неизбежные спутники процесса реализации права. Они вытекают из самой природы права, которое отражает общественные отношения и поэтому всегда отстает от их развития и объекта воздействия, и существуют многие века во всех правовых системах. Известные способы их преодоления и устранения появились не сразу, они складывались постепенно.

Впервые с этим столкнулись в римском обществе. Конституция Рима была составлена таким образом, что должностные лица почти не были стеснены в своей деятельности юридическими нормами. Это давало им широкий простор в определении и выборе последних по своему усмотрению. Претор или эдил сами объявляли в своем эдикте, какими нормами они предполагают руководствоваться в тех случаях, которые законом не определены. Сменяющий своего предшественника магистрат мог остаться при тех же нормах, если они были удачными, но мог на основании практического опыта изменить их, дополнить или полностью отменить. Его нормы носили обязательный характер, но он отвечал за неправильность своих действий лишь после окончания срока, на который был избран. Точно также каждый консул или трибун мог приостановить распоряжение другого и только нравственная ответственность сдерживала их и не позволяла тормозить дело государственного управления. Таким образом, в Риме право развивалось не законодательным путем, а магистратской практикой, сумевшей создать целую систему права (*jus honorarium*), которая стала против законов XII таблиц (*jus civile*) со всей издавна образовавшейся около них практикой (*interpretation*).

Когда нет прямого закона и прямой нормы, то вопрос, как разрешить каждый отдельный случай применительно к требованиям времени и с сохранением по возможности старых правовых форм, требовал немало мастерства и умственной энергии. Это определило выдающуюся роль юристов в Риме.

Нигде юристы не пользовались таким почетом, как в Риме. К ним обращались за советом по каждому, даже семейному делу. Нужно ли было обсудить условия предстоящего процесса, обдумать последствия предлагаемой сделки, найти выход из осложнившегося отношения – все спешили к юристу. Двери его дома всегда были открыты, и сам он готов был идти по приглашению в суд, чтобы поддержать советом. Наградой за такие услуги был общественный почет, в республиканскую эпоху – обеспеченные выборы на должность, в императорскую – придворные должности вроде преторианского префекта (Папиниан, Ульпиан). Почет и уважение, которыми пользовались юристы, возбуждали прилагать особое старание в разработке права.

Они приходили на помощь не только частным лицам, но и магистратам. Если первая роль была более важной, то вторая – более существенной. Желая согласовать свой эдикт с требованиями времени, дать защиту вновь появившимся потребностям и интересам, магистрат не мог не обратиться к содействию юристов, если только он сам им не являлся. Судья не мог не склониться перед авторитетным мнением всеми уважаемого юриста, представленного одной из тяжущихся сторон. Он не решился бы пренебречь нравственным авторитетом, так как вся его ответственность основывалась также на моральных и этических началах, на оценке его деятельности со стороны общественного мнения. Тем более, что в сомнительных вопросах и сам судья обращался к содействию того же сведущего лица.

Юристов в Риме приглашали не только для того, чтобы определить, какие нормы действующего права должны быть применены к данному случаю; но и затем, чтобы указать, какие нормы должны действовать, чтобы данный случай мог быть разрешен в соответствии с требованием времени. Здесь открывалось такое широкое поле для творчества, какого никогда не было в иное время, в другом месте.

При этом римские юристы не были кабинетными учеными, они находились в центре правовой жизни народа и общества. Неудовлетворительность действующим правом в том или ином отношении передавалась немедленно и им.

Так как римское право, сложившееся исторически, не отвечало новым запросам потому, что было рассчитано только на римских граждан и совершенно не приспособлено для торгового оборота, то возникала необходимость в ином источнике. При разработке норм общественного поведения римские юристы руководствовались следующими принципами:

- 1) так поступают все вообще народы;
- 2) так поступать подсказывает чувство справедливости и требования хозяйственного оборота;
- 3) иначе поступать нельзя, не вступив в противоречие с естественным порядком вещей.

С формальной стороны юристы старались связать свои предложения с действующим правом, представив их как бы развитием последнего. Поэтому фикция стала их излюбленным средством, как будто по наименованию норма старого права и соблюдена, а в действительности отношение определяется правом заново [1, с. 113–119].

В русском праве существовали свои традиции и способы преодоления пробелов. Некоторые юристы относили к толкованию закона аналогию права. Другие утверждали, что последняя не есть толкование нормы, ранее существовавшей, а создание новой.

Чтобы решить этот вопрос, рассмотрим сущность аналогии и возможность ее применения в праве. Не-

обходимость ее обусловлена существованием многих случаев и фактов, которые ни обычаем, ни законом не предусмотрены, но тем не менее подлежат рассмотрению в суде. Считалось общепризнанным правилом, что суд не может отказаться от вынесения решения под предлогом неясности, неполноты или противоречия закона. Когда в судебной практике встречается казус, последним не предусмотренный, то суд может подыскать такой закон, который предусматривает случай, аналогичный данному. Если же это невозможно, то суд обязан рассмотреть спорный вопрос по духу всего действующего законодательства на основании его общего разума. В первом случае будет иметь место *аналогия закона*; во втором случае, когда решение выносится на основании общего разума всего законодательства, — *аналогия права*.

Исходя из такого объяснения сущности аналогии, можно решить спор о том, представляет ли она толкование закона, или же творческий акт, которым создается новая норма права. Здесь обе стороны должны быть признаны до известной степени правыми и неправыми. Очевидно, что когда суд для разрешения казуса, не предусмотренного законом, подбирает аналогичный, то он не создает тем самым нормы права; здесь будет иметь место распространение ранее действовавшей юридической нормы на случай, о котором в тексте закона не упоминается прямо или непосредственно. Иное дело, когда за отсутствием подходящей нормы спорный вопрос разрешается на основании общего духа и разума всего законодательства. В последнем приходится создавать новую норму, до того времени не существовавшую. Таким образом, аналогия закона есть толкование, известный способ применения старого закона к новому случаю. Аналогия права представляет собой творческий акт в ходе которого создается новая норма.

Юридическим основанием аналогии служит положение о том, что к отношениям аналогичным должны применяться и одинаковые нормы. Вот почему закон может применяться по аналогии к случаям, сходным с теми, которые он предусматривает. Главное затруднение заключается в том, что двух случаев, абсолютно сходных в действительной жизни, не встречается; поэтому когда приходится разрешать случай, законом прямо не предусмотренный, то трудно подыскать закон, который бы предусматривал случай, совершенно сходный с данным. Для применения аналогии необходимо сходство в некоторых существенных признаках, в типических чертах. Так, такие юридические сделки, как купля, обмен, наем, различные во многих отношениях, сходны в одном общем и существенном признаке: во всех этих сделках одна сторона за известное вознаграждение должна доставить другой определенные материальные выгоды. На этом основании возможно некоторые постановления законодательства относительно одних сделок распространить и на другие сделки того же рода.

Аналогия закона, следовательно, имеет сходство с распространительным толкованием, которое при этом из закона извлекает более, нежели то, что заключается

в самой букве закона. Но различие здесь состоит в том, что при распространительном толковании исправляются несовершенства грамматической редакции закона. При аналогии же этим не ограничиваются, но дополняют и расширяют сам смысл закона, руководствуясь общими намерениями и целями законодателя, которые выразились как в данном отдельном законе, так и во всей системе законодательства.

Выяснив сущность аналогии, русские юристы также высказались и по вопросу о пределах ее применения. Они считали, что по аналогии не могут применяться те законы, которые устанавливают в обществе и государстве исключительный порядок. Например, местные законы, изданные с учетом бытовых и исторических особенностей данной местности, практически невозможно распространить на другие области или на всю государственную территорию.

Не может применяться аналогия и к законам, устанавливающим привилегии в феодальном обществе. Точно также вообще не может быть применима она в полицейском и уголовном праве, потому что никакое деяние, не предусмотренное законом, наказанию не подлежит (*mella poena sine lege*), ибо применение аналогии в таком случае привело бы к тому, что наказывались бы такие деяния, которые законом не воспрещаются.

Как все виды толкования закона вообще, аналогия находит широкое применение в праве из-за недостатков и пробела в действующем законодательстве, которое не может успеть за непрерывным развитием жизни и общественных отношений. Право здесь выглядит как постоянно отстающий школьник, как *вечно второй*.

Несмотря на это, многие законодатели враждебно относились не только к аналогии, но и к толкованию законов вообще, настаивая на необходимости буквального их применения. Это происходило вследствие когда-то очень распространенного заблуждения, будто толкование закона есть не что иное, как обход его.

Такое убеждение господствовало в отечественном законодательстве в дореформенное время. Так, ст. 65 Основного Закона предписывала всем властям, не исключая и высших правительственных мест, утверждать свои определения на точных словах закона, не изменяя в них без доклада императорскому величеству не единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований. Однако же, ст. 749 т. II Свода законов запрещает испрашивать «указа на указ», т.е. высочайшего толкования неясного закона, кроме крайних случаев. Таким образом, в отношении нашего дореформенного законодательства в толковании закона имелось полное противоречие: с одной стороны — запрещалось всякое толкование законов; с другой — подчиненные органы вынуждены были обращаться к толкованию, так как нельзя было испрашивать «указа на указ».

Судебные уставы императора Александра II устранили этот недостаток русского законодательства. Ст. 9 гражданского и ст. 12 уголовного судопроизводства вменили в обязанность судебным учреждениям основывать свои решения на точном разуме суще-

ствующих законов, а в случае их неполноты, неясности или противоречия суд должен основывать свое решение на общем смысле законов. Но если он отказывает в приговоре под каким бы то ни было предлогом, то подвергается ответственности как за необоснованный отказ от правосудия.

Предоставляя судам такую свободу толкования, законодательство озабочено тем, чтобы не нарушились равенство и единообразие в правосудии. С этой целью в современных цивилизованных государствах учреждены кассационные суды, которые следили за единообразным толкованием и применением закона прочими судами на всей государственной территории. Они рассматривали жалобы на приговоры отдельных судебных мест и отменяли их решения, если обнаруживали неправильность в толковании или нарушении закона. Такой порядок существовал, например, во Франции и в России. В нашем Отечестве за единообразием в правосудии следил правительственный Сенат. Все кассационные решения Сената публиковались для всеобщего сведения и служили руководством для деятельности судов на будущее время. Однако обязательное значение эти решения имели только по тем делам, по которым они были постановлены; для других аналогичных, не рассмотренных Сенатом дел, они обязательной силы не имели [2, с. 139 – 142].

При социализме ученые активно обсуждали проблему пробелов в праве. Наряду с принятием новых правовых норм они предлагали преодолевать пробелы путем аналогии: закона – решение дела и отдельного юридического вопроса на основании закона, регулирующего сходные отношения; права – на основе общих начал и смысла законодательства.

В области уголовного законодательства, административных правонарушений при пробеле в законодательстве соответствующий вопрос не может быть поставлен, поэтому обсуждению не подлежит. Здесь действует правило: «Нет преступления и нет преступника, нет наказания и нет взыскания, если нет закона».

Условия применения аналогии закона и права впервые были закреплены в нормах ГПК РСФСР (1964 г.), затем в ГК РФ, семейном законодательстве, арбитражно-процессуальном кодексе (1995 и 2002 г.), а также новом ГПК РФ (2002 г.). Наиболее интересно, рационально и практично изложены нормы о применении законодательства по аналогии в гражданском праве, в ст. 6 ГК РФ:

«1. В случаях, когда предусмотренные п. 1 и 2 ст. 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота. К таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законода-

тельства (аналогия права), и требований добросовестности, разумности и справедливости», которая отсылает к ст.5 ГК РФ:

«1. Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

2. Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются».

В этих статьях и правовых нормах гражданского законодательства закреплены условия применения аналогии закона. Что же касается аналогии права, то она не может применяться в чистом виде на основе «общих начал и смысла гражданского законодательства». Законодатель отступил от догмы права и указывает при этом на обязательное выполнение требований добросовестности, разумности и справедливости, т.е. довольно сложных этических категорий. В таком же духе изложены правила об аналогии и в семейном кодексе РФ (ст. 5).

«В случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). При отсутствии таких норм права и обязанности членов семьи определяются исходя из общих начал и принципов семейного или гражданского права (аналогия права), а также принципов гуманности, разумности и справедливости».

Такой подход к правилам аналогии, закрепленный в законодательстве РФ заслуживает одобрение, так как это существенно обогащает юридическую практику, повышает законность и ценность права в обществе и может служить основой для дальнейшего развития законодательства и научных исследований по данной проблеме [3, с. 560–561].

В целях снижения пробелов в праве в правотворчестве высших государственных органов начинают кардинально меняться подходы к обеспечению полноты нормативных регламентов поведения людей и их образований в обществе. Так, в трудовом законодательстве на уровне федерального закона (ст.6 ТК РФ) четко разграничены правотворческие полномочия между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ в сфере трудовых отношений.

И хотя правотворческие полномочия субъектов РФ по изданию правовых актов не указаны, однако технически найдено удачное решение. Они могут принимать законы и правовые акты в сфере трудовых отношений «по вопросам, не отнесенным к полномочиям федеральных органов государственной власти» (ст. 6 ТК РФ).

Кроме того, органы государственной власти субъектов РФ, могут принимать самостоятельно законы и правовые акты в сфере труда по вопросам, не у р е г у л и р о в а н н ы м федеральными законами.

Что же касается актов органов местного самоуправления и локальных, здесь законодатель ограничился термином «вправе принимать акты в сфере труда в п р е д е л а х с в о е й к о м п е т е н - ц и и » (ст. 78 ТК РФ). Проблема из пробелов в праве переходит в иную плоскость – законности полномочий и компетенции указанных органов. Пробелы в праве – категория механизма его действия, поэтому

последний должен работать строго на основе закона и в рамках закона, что, несомненно, повысит ценность права и правового регулирования в обществе.

Литература

1. *Шершеневич Г.Ф.* Философия права. СПб., 2001.
2. *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. СПб., 1998.
3. *Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Тимошенко И.В., Шапсугов Д.Ю.* Теория государства и права: Учебник. Ростов н/Д, 2003.