

УДК 343

ББК 67

DOI 10.24412/2073-3313-2021-4-92-95

ВИДЫ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

Азамат Аскерович ЖУГОВ, доцент
кафедры трудового и предпринимательского
права Кабардино-Балкарского
государственного университета
имени Х.М. Бербекова

Руслан Михайлович ЖИРОВ,
кандидат юридических наук, доцент
кафедры уголовного права и криминологии
Кабардино-Балкарского государственного
университета имени Х.М. Бербекова
dzhir-ruslan@mail.ru

Асланби Асланович КАМБАЧОКОВ,
курсант Новороссийского филиала
Краснодарского университета МВД РФ

Научная специальность: 12.00.08 — уголовное право и криминология;
уголовно-исполнительное право

Аннотация. Неизбежность существования пробелов объясняется невозможностью создания абсолютно совершенного права. Для разрешения тех или иных пробелов в праве необходимо уяснить их сущность и виды, чему и посвящена данная статья.

Ключевые слова: право, пробел, закон, классификация, виды.

Annotation. The inevitability of the existence of gaps is explained by the impossibility of creating an absolutely perfect right. To resolve certain gaps in the law, it is necessary to understand their essence and types, which is what this article is about.

Keywords: law, gap, law, classification, types.

Пробелы в законодательстве известны любой правовой системе. Трудно представить такой закон, кодекс или любой другой юридический акт, который с исчерпывающей полнотой предусматривал бы все многообразие отношений, существующих в реальной жизни и требующих правового регулирования. Неизбежность существования пробелов объясняется невозможностью создания абсолютно совершенного права, самой особенностью познания соотношения бытия и мышления, материи и сознания, постоянным развитием объективной действительности.

Право — это форма политики. Оно определяется политикой; в нем находят свое выражение и юридическое оформление те сдвиги, которые происходят в обществе. Но, понятно, право не всегда с достаточной оперативностью, полнотой, ясностью отображает те изменения, которые требуют правового регулирования. Даже

наиболее совершенная кодификация, наиболее совершенный процесс правотворчества не способны всегда обеспечивать создание нормативных актов, которые бы не знали пробелов и других дефектов. Эти причины возникновения и существования пробелов в праве известны в той или иной степени любой системе права.

Основным определяющим в той или иной степени все другие классификации пробелов является разграничение их на пробелы в собственном смысле слова и пробелы «субъективные». Не все юристы придерживаются этой терминологии, используя такие наименования, как пробелы «настоящие», «очевидные», «открытые», «мнимые», «практические», «созданные», «ненастоящие», «желаемые». Но, несмотря на различные термины, отличия в аргументации, содержании, которое вкладывается авторами в эти виды пробелов, практически одинаково.

Как уже отмечалось, несостоятельность выделения «субъективных» пробелов, в основе которых лежит критерий политической целесообразности, в ущерб принципу законности очевидна. Тем не менее все больше зарубежных правоведов склонны в той или иной форме признавать такой вид пробела. Не многие теоретики права ныне твердо стоят на позиции, что пробел может быть только там, где в законе нет правила, касающегося данного случая, в то время как закон требует такой нормы.

Нельзя признавать обоснованным деление пробелов на «истинные» и «ложные», в основе которого также лежит субъективный критерий. Утверждается, что случаи, когда существующее положение вещей не может быть урегулировано на основании данной нормативной системы, следует рассматривать как ошибки в нормативной системе. И вот такие ошибки предлагается расценивать как «истинные» пробелы. Очевидно, что такое понимание пробела невозможно отличить от действительно встречающихся «ошибок в праве», которые являются результатом в общем неверной оценки объективно существующих условий и проявлением на этой основе той законодательной воли, какую следовало бы отразить в нормативных актах.

При ближайшем рассмотрении действительная «ошибка» в праве имеет место тогда, когда законотворческий орган ошибочно считает какие-либо отношения не подлежащими юридическому воздействию; ошибочно полагает возможным конкретизировать право в ходе его правоприменения; ошибочно передает решение вопроса на усмотрение правоприменителя; издает норму, в которой нет необходимости; решает вопрос не так, как следовало бы решить в установленной норме¹.

Зарубежные правоведы необоснованно расширяют границы действительно встречающихся «ошибок в праве» и предлагают расценивать как пробел случаи, когда правовые нормы существуют, действуют, но по каким-то причинам субъективного порядка не удовлетворяют правоприменителя².

Практически невозможно провести грань и между такими «истинными» пробелами и правосвободным пространством, ибо для определения такого пробела единственным «критерием» служит убеждение правоприменителя в невозможности урегулировать данный конкретный случай имеющимися юридическими актами.

Представляется уместным четко разграничить между собой действительные пробелы права и пробелы мнимые, кажущиеся.

Мнимым является пробел в случае, когда определенный вопрос, конкретная сфера общественных отношений находятся вне пределов правового регулирования, но, по мнению определенного лица, группы лиц, организации, нуждается в урегулировании. Известно, что многие сферы общественных отношений не регулируются правом, и это вовсе не свидетельствует о том, что в праве имеются пробелы.

П.Е. Недбайло справедливо отмечает, что «пробелы в праве нельзя отождествлять с неурегулированностью правом тех общественных отношений, которые не подлежат правовому воздействию». Действительного пробела нет, если право молчит по определенному вопросу. Это свидетельствует лишь о том, что законодатель не считает целесообразным урегулировать соответствующее отношение правовыми средствами³.

Право регулирует определенную, четко ограниченную сферу общественных отношений, и пробелы права нужно искать внутри этой сферы, а не вне ее. Естественно, что к мнениям и научно обоснованным предложениям о необходимости урегулировать правовыми средствами тот или иной вопрос могут и должны прислушиваться нормотворческие органы, Правоприменительные же органы при решении конкретных дел не могут и не должны основываться на них, пока эти мнения и предложения не приобретут официального характера и не станут нормой права.

Нет действительного пробела и тогда, когда определенный вид общественных отношений, входящий в сферу правового регулирования, недостаточно регламентирован нормами права конкретного содержания, однако имеются нормы более общего характера, которые могут быть применены с полным основанием к данному конкретному виду общественных отношений.

Нет действительного пробела также в случаях, когда нормативный акт предоставляет субъекту права определенные полномочия, не конкретизируя их во всех частностях. Это означает, что законодатель дает возможность субъекту в определенных пределах действовать самостоятельно, по своему усмотрению, выбирая наиболее целесообразное решение. Это не пробел права, а сознательное допущение возможности исполните-

лю действовать инициативно, с учетом условий, места и времени.

По времени появления пробелы подразделяются на первоначальные и последующие.

Первоначальные пробелы имеют место в момент издания нормативного акта. Они являются следствием того, что законодатель или не знал вообще о наличии обстоятельств, требующих нормативного урегулирования, или не осознавал необходимость урегулирования известных ему общественных отношений, или, зная о них и сознавая необходимость закрепления в праве, упустил их регулирование при издании акта.

Последующие пробелы появляются после издания нормативного акта. Они обусловлены, во-первых, появлением совершенно новых общественных отношений, новых обстоятельств, требующих правового опосредования, которых раньше не существовало. Во-вторых, последующие пробелы возникают там, где появляется потребность в регулировании нормой явлений, ранее безразличных к праву. Потребность нормативного регулирования может возникнуть в связи с изменившимися воззрениями и оценками или появлением новых фактов, и там, где регулирование каких-то отношений являлось ранее прерогативой органа, применяющего право.

Зарубежные же правоведы различают их как первичные и вторичные пробелы.

Первичными называют такие пробелы, которые существовали в момент создания нормативного правового акта.

Вторичные пробелы — это следствие последующих изменений положения вещей. Такое деление пробелов обоснованно и оправданно. Первоначальные пробелы в праве могут появиться вследствие того, что законодатель или не знал вообще о наличии специфических обстоятельств, требующих правового регулирования, или не сознавал его необходимости, или же, зная все это, упустил из виду при издании акта. Последующие пробелы образуются после издания нормативного акта. Они обусловлены, в частности, потребностью в регулировании нормой явлений, ранее безразличных праву⁴.

В зарубежном праве деление пробелов на первичные и вторичные носит обычно условный характер. Часто первичные пробелы — это сознательная передача регулирования определенного вида отношений на свободное усмотрение правоприменителя. А под вторичными пробелами нередко понимают все те же «субъективные» пробелы, тем самым понимание первичных и

вторичных пробелов мало чем отличается от классификации пробелов на «преднамеренные» и «непреднамеренные».

Следует признать целесообразным выделение в самостоятельный вид «технических пробелов», которые являются результатом несовершенства правовой нормы. Часто законодатель создает норму общего характера без одновременного конкретного, точного регулирования ее положений, случаются ошибки в используемых терминах, в словесных выражениях и др.

В последнее время в периодической печати, монографиях, в выступлениях правоведов и юристов-практиков все чаще используется термин «правовой вакуум»⁵. Однако данная категория еще не определена правовой наукой; остается не-выясненным, что представляет собой правовой вакуум, каковы причины его образования, новое ли это явление или просто иное название хорошо забытого старого?!

Подробный анализ государственно-правовой действительности дает возможность разобраться в сути исследуемого явления. Это позволит и более точно обозначить его терминологически.

Право как социальный феномен не может существовать в отрыве от общества, рассматриваемого в конкретно-исторический период. Как важнейший регулятор человеческого поведения право изменяется вместе с изменением общества. И, к сожалению, ни один законодатель, сколь бы талантлив он не был, не может точно предвидеть, какое именно законодательство потребуется обществу через 5, 10 или 20 лет. В лучшем случае законодательство идет в ногу со временем, но, как правило, отстает от него.

Этот временной разрыв между правом необходимым и правом наличным, когда общество стремительно усложняется и развивается, а право остается на месте, и является основной причиной возникновения правового вакуума. Политическое, экономическое и социально-культурное переустройство России привело к существенным изменениям в общественных отношениях. Эти изменения происходили и происходят по трем основным направлениям.

Первое — отмирание общественных отношений, не свойственных рыночной экономике, государству, функционирование которого базируется на принципе разделения властей. Право, регулирующее такого рода отношения, становится ненужным. Законодательство, регламентирующее несуществующие отношения (например, порядок пользования социалистической соб-

ственностью), устаревает, а некоторые принципы и основные начала таких отраслей права, как гражданское, хозяйственное, государственное, перестают работать и не применяются на практике. Право в данном случае не действует, поскольку отсутствует объект регулирования.

Суть второго направления в том, что существующие общественные отношения видоизменяются, наполняются новым содержанием. Так, в настоящее время правовым основанием для заключения договоров является не директивное предписание органа планирования, а добровольное соглашение контрагентов между собой, основанное на взаимной экономической выгоде. При любых социальных переменах возникает необходимость в изменениях и дополнениях, принятии поправок к действующему законодательству.

Третье направление — появление новых, ранее не существовавших общественных отношений. Это прежде всего предпринимательские отношения в сфере частной собственности, а также отношения, возникающие в сфере функционирования трех ветвей государственной власти. Новые отношения появляются в России в связи с декларированием в качестве действующих основных прав и свобод человека и гражданина, с введением в России различных демократических институтов (например, референдума, свободы массовой информации и др.).

Данные общественные отношения присущи только рыночной экономике, демократическому государству. Они не могли возникнуть ранее при командно-административной социалистической системе, а, следовательно, и быть урегулированы правом. Новая государственно-правовая действительность предполагает и новое право. Переход от права наличного к праву необходимому неизменно происходит в любой стране в конкретно-исторический период. И в течение этого периода необходимое право отсутствует, а вновь возникшие общественные отношения не регулируются. Это явление и называется правовым вакуумом.

Интересной представляется позиция, высказанная В.С. Нерсесянцем в отношении совет-

ского права: «Что же касается послебуржуазного и антибуржуазного «социалистического права», то оно, как это практически доказано всей реальной историей социализма, в действительности не является правом»⁶.

Развивая применительно к исследуемой проблематике эту мысль, можно сделать вывод о том, что если при социализме права нет, то правовой вакуум в данном случае есть полное отсутствие правовой (но не законодательной) основы функционирования социалистического государства и общества. Заполнение правового вакуума будет осуществляться в процессе перехода от социалистической правовой системы к правовой системе цивилизованного общества, в котором правовой строй согласуется с либеральным правопониманием, правовым равенством и свободой индивидов.

Образованию правового вакуума в России способствовали и геополитические причины, одна из которых — развал СССР.

Одномоментно российские юристы встали перед проблемой применения норм несуществующего государства. Появилась острая необходимость в создании российского законодательства.

Однако правотворчество, особенно в демократических государствах, — процесс длительный.

Возникла такая ситуация, при которой нормы российского законодательства еще не приняты, а законодательства Союза ССР уже не пригодны для урегулирования вновь возникших общественных отношений.

¹ Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972. С. 113.

² Сакс Р. Типология пробелов в праве. М., 1975.

³ Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 488.

⁴ Лазарев В.В. О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 3. С. 33—34.

⁵ Колесников А. Отчуждение в праве // Гос-во и право. 1993. № 6. С. 136.

⁶ Нерсесянц В.С. Наш путь к праву. М., 1992. С. 296.