



## ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ: ЗАПАДНАЯ ТРАДИЦИЯ

С. Н. Медведев

### DEFICIENCIES OF LAW: WESTERN TRADITION

Medvedev S. N.

*Article considers origin of the western jurisprudence about gaps in law and its development, a current state and its problems.*

*Key words: gaps in law, definition and essence, kinds of gaps, the absence, omission, insufficiency of the legal norm.*

*Статья рассматривает зарождение западной юридической науки о пробелах в праве и её развитии, современное состояние и её проблемы.*

*Ключевые слова: пробелы в праве, определение и сущность, виды пробелов, отсутствие правовой нормы, пропуск, недостаточность.*

УДК 340.1

Изучение российских юридических исследований по вопросам пробелов в праве свидетельствует, что отечественные авторы мало знают западную литературу по указанной проблеме. Даже беглое ознакомление с западной литературой по проблемам пробелов показывает, что здесь имеются важные, существенные наработки. При исследовании применяются новые методики, которыми пока не пользуются российские исследователи. Изучение западного теоретического наследия в этой области и его использование обогатило бы нашу российскую юридическую науку.

В 2006 г. состоялся «Американо-Итальянский семинар по проблемам взаимоотношений между континентальным (*jus commune*) и английским правом (*common law*)». На этом семинаре с большим докладом выступил Пьерлуиджи Киассони, посвятив его теории пробелов в праве в континентальной и англо-американской традиции. В первой части он изложил стандартные положения континентального права о пробелах. Во второй части были рассмотрены теории пробелов, сложившиеся в англо-американском праве после 70-х годов прошлого столетия (1).

Рассматриваемая проблема имеет значение и для современного российского права. В ст. 6 Гражданского кодекса РФ 1994 г. установлено: «1. В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 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 гражданско-правовых норм».



данского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости» (2).

Таким образом, наш Гражданский кодекс допускает существование пробелов в законодательстве, и, следовательно, тема настоящей статьи является актуальной для российского права.

Теория пробелов начала складываться в трудах римских юристов классического периода, затем перешла к юристам эпохи императора Юстиниана, к средневековым глоссаторам и комментаторам, а от них – к кодификаторам XIX века. В их представлениях пробелы в праве были фатальной неизбежностью (3).

Но в нашей отечественной юридической литературе высказывается прямо противоположное суждение о пробелах в феодальном праве. Л. С. Явич писал в свое время, что в средние века право феодалов, господство обычного и канонического права, религиозное мировоззрение и произвол монархов создавали полную иллюзию беспробельности права (4). Возникает, таким образом, потребность в дополнительном исследовании проблемы пробелов в праве в Средние века.

К середине XIX в. в результате работы некоторых факторов (кодификация права, идеология о всемогуществе законодателя, теория разделения властей, учение о нормах права, пассивность судей, концепция позитивного права, защищаемая исторической школой права) была выработана теория беспробельной системы права, которая давала возможность разрешения любого правового спора. Этому способствовала ст. 4 Гражданского кодекса Франции 1804 г. В ней устанавливалось: «Судья, который откажется судить под предлогом молчания (*silence*), темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии» (5).

Но, с другой стороны, эта статья допускала существование пробелов в праве, что ставило теорию беспробельности в трудное положение. Наш знаменитый юрист С. Е. Десницкий еще в середине XVIII века допускал наличие пробелов в праве. Он писал: «Тяжебные дела они должны судить по правам... если прав не будет доставать, по справедливости и истине... ибо всех приключений ни в каком государстве законами ограничить и предвидеть вперед невозможно, того ради необходимость требует в таких непредвиденных случаях дозволить судьям решать и судить дела по совести и по справедливости, и столь такое дозволение судье простираться должно, сие с осторожностью узаконить должно» (6).

Наш соотечественник предвосхитил современное положение о том, что судья в некоторых случаях может быть законодателем, как это зафиксировано в ст. 1 п. 2 Швейцарского Гражданского кодекса: «В случаях, не предусмотренных законом, суд принимает решение в соответствии с обычаем, и если это невозможно, по правилам, согласно которому он мог бы принять решение в качестве законодателя» (7). Поскольку пробелов в праве все равно не избежать, как бы ни совершенны были законы, швейцарский путь наиболее рациональный для их преодоления.

Но уже в конце XIX в. так называемое движение антиформалистов (например, *Freirechtswegung* в Германии) выступило с критикой догмы о полноте правовых норм, регулирующих правопорядок, и поставили вопрос о необходимости преодоления пробелов в праве (Эрнст Циттельман и Донато Донати) (8).

В начале 30-х годов XX в. появляется работа Г. Кельзена «О теории толкования», в которой он пытался решить проблему пробелов в праве. В частности, он писал: «Следовательно, так называемый пробел представляет собой не что иное, как различие между позитивным правом и системой, которая считается лучше, справедливее, вернее» (9).

Следует отметить, что Кельзен весьма широко подходил к оценке пробелов в праве. Он, будучи сторонником позитивного права, видел его несовершенство, о чем свидетельствовали его высказывания о пробелах в праве. Современные исследователи этой проблемы видят в пробеле частный случай несовершенства действующей системы.

После Второй мировой войны исследования пробелов в праве достигли значительных успехов. В 1961 г. была издана работа Норберто Боббио «Пробелы в праве» (10), а в 1971 г. работа Карлоса Э. Альчуррона и Евгения Булыгина «Нормативные системы» (11). Эти работы представляют собой наиболее значительные исследования по проблемам пробелов в праве.

В западной традиции пробелы в праве определяются так: «Отсутствие любого регулирования конкретного случая». Такое определение дается в статье С. О. Миклосиной «Определение пробелов в праве», опубликованной на английском языке. При этом она ссылается на работу итальянского автора М. О.-Х. Пинторе «Учебник общей теории права», в котором под пробелом понимается «отсутствие регулирования конкретного случая» (12).

Итальянский философ права Н. Боббио писал, что «пробел будет тогда, когда в данной



правовой системе отсутствует правило, которое бы судья мог применить в случае, если он хотел бы разрешить спор, стоящий перед его судом» (13). Таким образом, пробел должен существовать в праве, представлять собой субъективное отношение, которое требует судебного разрешения. Н. Боббио еще определяет пробел как отсутствие «истинной нормы» (the absence of a true norm) или «явной нормы» (14). В связи с этим Н. Боббио полагает, что о пробеле можно только говорить применительно к законодательству (15).

Существует и точка зрения, что пробел в праве не только связан с отсутствием правовой нормы, но и с пропуском или недостаточностью правовой нормы.

Энциклопедический словарь по теории и социологии права так определяет пробел в праве: «1. Au sens large, manque ou déficience quelconque affectant la solution juridique d'un probleme particulier; 2. Au sens stricte, sorte d'incompletude, était d'un système normatif qui n'est pas complet, c'est-à-dire «ne content pas de proposition définissant le statut déontique d'un cas déterminé», alors que cette était attendue» (16).

Таким образом, в широком смысле это любой недостаток или недостаток, влияющий на правовое решение частной проблемы; в узком смысле – это своего рода неполнота правовой системы, которая не является полной, т. е. не содержит положений, определяющих деонтическим статутом, когда это положение было ожидаемым. Деонтический статут – это правовой акт, проверенный на полноту его положений особым методом логической деонтики, который широко используется западными исследователями, достаточно взглянуть на работы К. Алчуррона и Е. Бульгина (Университет Буэнос-Айреса) (17).

И. Рэц в работе «Legal Reasons, Sources, and Gaps» («Правовые причины, источники и пробелы в праве») различает два типа пробелов в праве (two types of legal gaps). Первый тип представляет собой пробел в праве вследствие неопределенности права или неопределенности условий разрешаемого правового конфликта. Эти пробелы неизбежны. Второй тип существует там, где право «спокойно» (silent), т. е. нет явного пробела, присутствует неявный, который может быть восполнен толкованием (18).

В западной теории пробелов выделяют три условия их существования: 1) наличие правовой

системы, 2) отсутствие соответствующих правовых норм, 3) существования конкретных споров, требующих правового разрешения (19).

Проблема пробелов в праве имеет свои нюансы в правовых системах. Если взять европейскую континентальную систему, то здесь основные пробелы встречаются в виде законодательных пробелов (legislative lacuna). В английском общем праве (common law), где ведущим источником является прецедент, пробел в праве может встречаться в прецедентах и в статутах парламента.

Отсутствие правовой нормы означает, что в правовой системе существуют пробелы трех разновидностей: 1) отсутствие правовой нормы (the absence of legal norm); 2) пропуск правовой нормы (the omission of legal norm); 3) недостаточность правовой нормы (the insufficiency of legal norm) (20).

В западной теории пробелов в праве считают, что одного случая, который не урегулирован правом, недостаточно для признания пробела; таких типичных случаев, которые нуждались бы в правовом регулировании, должно быть несколько.

С. О. Миклосина в упомянутой статье дает следующее определение пробелов в праве: «Отсутствие правовой нормы определенной юридической системы, наличие категории конкретных случаев, требующих правового регулирования» (21).

Иногда в западной юридической литературе можно прочесть, что «пробелы в праве представляют не теоретическую проблему, а практическую» (22). Но с такой позицией согласиться нельзя. Существуют многочисленные определения пробелов в праве с различными оттенками. Следовательно, теория права должна выработать наиболее адекватное определение, точно отражающее сущность понятия. Перед наукой стоит задача провести четкое разграничение форм пробелов, ответить на вопрос, правильно ли говорить о пробелах в праве или о пробелах в законодательстве, надо провести разграничение между пробелом в праве и толкованием правовых норм. Теория должна выработать научный метод анализа законодательных актов, которые бы помогли избежать пробелов в праве. Конечно, все эти теоретические разработки нужны для того, чтобы на практике применять правильные решения.



## ЛИТЕРАТУРА

1. Chiassoni P. *A Tale from Two Traditions: Civil Law, Common law, and Legal Gaps* // *Analisi e diritto*. 2006. Torino, 2007. P. 52–74.
2. *Гражданский кодекс РФ*. М., 1999. С. 25.
3. Chiassoni P. *Op. cit.* P. 52.
4. Явич Л. *С.Общая теория права*. Л., 1976. С. 140.
5. *Французский Гражданский кодекс* / пер. И. С. Перетерского. М., 1941. С. 18. Перевод и содержание ст. 4 ГК Франции сверялись с оригинальным текстом *Code civil. Version consolidée au 15 decembre 2011*.
6. Десницкий С. Е. *Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти Российской Империи*. СПб., 1905. С. 10.
7. *Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907, entrata in vigore 1 gennaio 1912 (stato 1 gennaio 2012)*. Art. 1. 2. *Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*.
8. Zitelmann E. *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Leipzig, 1900. S. 320; Donati D. *Il problema delle lacune nell' ordinamento giuridico*. Torino, 1910. P. 69.
9. Kelsen H. *On the Theory of legal Interpretation* // *Legal Studies*, vol. 10. 1990. July. P. 134.
10. Bobbio N. *Lacune del diritto*. 1961, in *id. Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino, Giappichelli, 1994. P. 89–102.
11. Alchurron C. E., Bulygin E. *Normative Systems*. Wien, Springer, 1971.
12. Miclosina S. O. *Derfining Gap in law*. Internet. SIA12. P. 68 – «*the lack of any regulation for a concrete case*»; Pintore M. J.-A. *Manual di teoria generale del diritto*. G. Giappichelli editore. Torino, 1995. P. 222 – «*la mancanza della regolamentazione di un caso concreto*».
13. Bobbio N. *Op. cit.* P. 89 – «*quando manca in un dato ordinamento giuridico una regola cui il giudice possa richiamarsi per risolvere una determinata controversia*».
14. Bobbio N. *Op. cit.* P. 96.
15. Miclosina S. O. *Op. cit.* 69 – «*Bobbio thinks that one can talk about lacuna in statute, and not about lacuna in law*».
16. *Dictionnaire encyclopédique de theorie et sociologie du droit*. LGDJ. Paris, 1993. P. 335.
17. Alchourron C. E., Bulygin E. *Normative System*. Wien, Springer, 1971; Bulygin E. *On legal gaps*. Internet.
18. Raz J. *Legal Reasons, sources and gape* // *The Autoruty of law*. Clarendon Press, Oxford, 1979. P. 15.
19. Miclosina S. O. *Op. cit.* P. 76.
20. Miclosina S. O. *Op. cit.* P. 74.
21. Miclosina S. O. *Op. cit.* P. 79 – «*Summarizing what we mentioned above, we propose to define lacuna of law as the absence of a legal norm of a certain legal normative system which qualifies a category of concrete cases which necessitate legal regulation*».
22. Miclosina S. O. *Op. cit.* P.78.

### Об авторе

**Медведев Станислав Николаевич**, ФГБОУ ВПО «Ставропольский государственный университет», доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права и процесса. Сфера научных интересов – история государства и права зарубежных стран, римское право, гражданское право.  
grpravo@stavsu.ru