

Институт законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации

# ПРОБЕЛЫ В ПОЗИТИВНОМ ПРАВЕ

---

# ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

СБОРНИК НАУЧНЫХ СТАТЕЙ

Материалы VI Международной научной  
конференции теоретиков права  
20–21 февраля 2020 г.

Москва  
2021





Институт законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации

---

# ПРОБЕЛЫ В ПОЗИТИВНОМ ПРАВЕ: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

*Материалы VI Международной научной  
конференции теоретиков права  
«Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика»  
(Москва, 20–21 февраля 2020 г.)*

Ответственный редактор  
доктор юридических наук, профессор РАН  
*Н.Н. Черногор*

Москва  
2021

УДК 340(063)

ББК 67.0

П78

*Одобрено секцией публичного права ученого совета  
Института законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации*

Рецензенты:

**Ю.Г. Арзамасов** — профессор департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права НИУ ВШЭ, доктор юридических наук, профессор;

**А.И. Ковлер** — заведующий центром зарубежного законодательства и сравнительного правоведения (ИЗиСП), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

**П78 Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика:** материалы VI Международной научной конференции теоретиков права «Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика» (Москва, 20–21 февраля 2020 г.) / Т.Я. Хабриева, С.В. Липень, В.В. Лазарев и др.; отв. ред. Н.Н. Черногор. — М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД «Юриспруденция», 2021. — 464 с.

ISBN 978-5-9516-0889-5

Издание подготовлено по материалам VI Международной научной конференции теоретиков права «Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика», состоявшейся 20–21 февраля 2020 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Институт является площадкой, на которой проходит общероссийское годовое собрание теоретиков права — самый масштабный форум отечественной теоретико-правовой науки, который ежегодно собирает ведущих ученых нашей страны, ближнего и дальнего зарубежья, представляющих авторитетные учебные и научные центры и школы. В 2020 году на обсуждение были вынесены общетеоретические проблемы пробелов в праве, а сама конференция приурочена к 80-летию профессора В.В. Лазарева. В ходе дискуссии были актуализированы классические постулаты юридической доктрины о пробелах в праве, проблематизированы устоявшиеся в теории права воззрения на данное явление и его современное состояние. Наряду с этим поставлены новые вопросы и выдвинуты гипотезы, а также представлены результаты научных исследований, отражающие особенности практики правового регулирования, влияние глобальных общественных трансформаций на правовую сферу, учитывающие специфику текущего этапа конституционного развития суверенных государств, в том числе Российской Федерации.

Для правоведов — ученых и практиков, преподавателей, студентов и аспирантов юридических вузов и факультетов, а также широкого круга читателей, интересующихся проблемами развития и эффективности права.

УДК 340(063)

ББК 67.0

© Коллектив авторов, 2021

© Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2021

ISBN 978-5-9516-0889-5

The Institute of Legislation and Comparative Law  
under the Government of the Russian Federation

---

# GAPS IN POSITIVE LAW: DOCTRINE AND PRACTICE

*Materials of the VI International International  
Scientific Conference of Legal Theorists  
“Gaps in Positive Law: Doctrine and Practices”  
(Moscow, February 20–21, 2020)*

Editor-in-chief  
Doctor of Law, professor of Russian Academy of Sciences  
*N.N. Chernogor*

Moscow  
2021

*Approved by the Section of Public law of the Scientific Council  
of the Institute of Legislation and Comparative Law  
under the Government of the Russian Federation*

Reviewers:

**Y.G. Arzamasov** — Professor of the Department of General and Interdisciplinary Legal Disciplines, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Law, Professor;

**A.I. Kovler** — Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of Centre of Foreign Legislation and Comparative Law (ILCL)

**Gaps in Positive Law: Doctrine and Practice:** Materials of the VI International International Scientific Conference of Legal Theorists “Gaps in Positive Law: Doctrine and Practices” (Moscow, February 20–21, 2020) / T.Y. Khabrieva, S.V. Lipen, V.V. Lazarev, etc.; Editor-in-chief N.N. Chernogor. — M.: The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; Publishing House “Jurisprudence”, 2021. — 464 p.

ISBN 978-5-9516-0889-5

Publication based on the materials of the VI International Scientific Conference of Legal Theorists “Gaps in Positive Law: Doctrine and Practice”, held on February 20–21, 2020 at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation.

The Institute is a platform for the all-Russian annual meeting of legal theorists - the largest forum of Russian theoretical and legal science, which annually brings together leading scientists from the country, as well as from near and far abroad, representing reputable educational and scientific centers and schools. In 2020, general theoretical problems of gaps in law were brought up for discussion, and the conference itself was timed to coincide with the 80th anniversary of Professor V.V. Lazarev. During the discussion, the classical postulates of the legal doctrine on gaps in law were updated, the views on this phenomenon and the realities of its existence established in the theory of law were problematized. Along with this, new questions are posed and hypotheses are put forward, as well as the results of scientific research reflecting the features of modern practice of legal regulation, the impact of global social transformations on the legal sphere, taking into account the specifics of the current stage of constitutional development of sovereign states, including the Russian Federation.

For lawyers-scientists and practitioners, teachers, students and postgraduates of law schools and faculties, as well as a wide range of readers interested in the problems of the development and effectiveness of modern law.

© Collective of authors, 2021  
© The Institute of Legislation  
and Comparative Law under the Government  
of the Russian Federation, 2021

ISBN 978-5-9516-0889-5

## АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

*Хабриева Талия Яруловна*, директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, заместитель президента Российской академии наук, член Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии Совета Европы), академик Российской академии наук, действительный член Международной академии сравнительного права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный юрист Республики Татарстан

*Абишев Эльдар Хасанович*, адъюнкт Академии управления МВД России, магистр юридических наук Республики Казахстан.

*Авахдеев Владислав Рамилевич*, ведущий научный сотрудник ИЗИСП, кандидат юридических наук, доцент.

*Азарова Елена Герасимовна*, ведущий научный сотрудник ИЗИСП, кандидат юридических наук.

*Алексеев Сергей Викторович*, главный научный сотрудник отдела законодательства о труде и социальном обеспечении ИЗИСП, доктор юридических наук, профессор.

*Алексеева Надежда Анатольевна*, заместитель заведующего кафедрой земельного и экологического права РГУП, старший преподаватель РГУП, кандидат юридических наук.

*Андреиановская Ирина Ивановна*, ведущий научный сотрудник сектора трудового права и права социального обеспечения ИГП РАН, доктор юридических наук, доцент.

*Артемов Владислав Юрьевич*, старший научный сотрудник ИЗИСП, кандидат юридических наук.

*Белякова Анна Владимировна*, старший научный сотрудник лаборатории правового мониторинга и социологии права ИЗИСП, кандидат юридических наук.

*Биюшкина Надежда Иосифовна*, профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского, доктор юридических наук, профессор.

*Бурмистрова Светлана Александровна*, заведующий кафедрой гражданского процессуального права Уральского филиала ФГБОУ ВО, кандидат юридических наук, доцент.

*Бурьянов Сергей Анатольевич*, доцент кафедры международного права и прав человека Института права и управления Московского



городского педагогического университета, кандидат юридических наук, доцент.

**Василевич Григорий Алексеевич**, заведующий кафедрой конституционного права Белорусского государственного университета, член-корреспондент Национальной академии наук Беларуси, доктор юридических наук, профессор.

**Винокуров Александр Юрьевич**, главный научный сотрудник НИИ Университета прокуратуры РФ, доктор юридических наук, профессор.

**Выпханова Галина Викторовна**, профессор МГЮА им. О.Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор.

**Гаджиев Ханлар Иршадович**, заведующий отделом судебной практики и правоприменения ИЗиСП, судья ЕСПЧ (в отставке), доктор юридических наук.

**Гайнутдинова Екатерина Ирековна**, аспирант ИЗиСП.

**Гильмуллин Айнур Разифович**, старший преподаватель КФУ, кандидат юридических наук.

**Гуж Павел Александрович**, профессор кафедры правосудия Пензенского государственного университета, доктор юридических наук, доцент.

**Дюсюпова Алмагуль Дауткановна**, старший специалист отдела магистратуры ИЗиСП, кандидат юридических наук.

**Жаворонков Роман Николаевич**, профессор кафедры трудового права и права социального обеспечения МГЮА им. О.Е. Кутафина, доктор юридических наук.

**Журавлева Оксана Олеговна**, ведущий научный сотрудник отдела финансового, налогового и бюджетного законодательства ИЗиСП, кандидат юридических наук.

**Захарцев Сергей Иванович**, заведующий кафедрой организации правоохранительной деятельности Российского государственного социального университета, доктор юридических наук, доцент.

**Злотникова Тамара Владимировна**, заведующий кафедрой земельного права и государственной регистрации недвижимости Московского государственного университета геодезии и картографии (МИИГАиК), доктор юридических наук, профессор, почетный работник охраны природы, заслуженный эколог Российской Федерации, академик РЭА.

**Ибрагимова Юлия Эмировна**, младший научный сотрудник отдела судебной практики и правоприменения ИЗиСП.

**Исмаилов Ровшан**, судья Конституционного Суда Азербайджанской Республики.

**Казанцев Николай Михайлович**, главный научный сотрудник отдела зарубежного конституционного, административного, уголовного за-

конодательства и международного права ИЗиСП, доктор юридических наук, кандидат экономических наук.

**Карпов Николай Николаевич**, аспирант МГЮА им. О.Е. Кутафина.

**Кицай Юлиана Анатольевна**, доцент кафедры гражданского права и процесса БФУ им. И. Канта, кандидат юридических наук, доцент.

**Колоколов Никита Александрович**, судья Верховного Суда РФ в отставке, доктор юридических наук.

**Коршунова Полина Владиславовна**, ассистент Пензенского государственного университета.

**Краевский Арсений Александрович**, доцент кафедры теории и истории государства и права СПбГУ, кандидат юридических наук.

**Кубанцев Сергей Павлович**, старший научный сотрудник ИЗиСП, кандидат юридических наук, доцент.

**Лазарев Валерий Васильевич**, главный научный сотрудник центра фундаментальных правовых исследований ИЗиСП, доктор юридических наук, профессор.

**Липень Сергей Васильевич**, профессор кафедры теории государства и права МГЮА им. О.Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор.

**Лобурёв Сергей Никитович**, аспирант ИЗиСП.

**Макарова Оксана Валерьевна**, ведущий научный сотрудник отдела уголовного, уголовно-процессуального законодательства; судоустройства ИЗиСП, кандидат юридических наук.

**Оганесян Тигран Давидович**, научный сотрудник отдела зарубежного конституционного, административного, уголовного законодательства и международного права ИЗиСП, кандидат юридических наук.

**Поликова Мария Игоревна**, аспирант ИЗиСП.

**Примак Татьяна Клавдиевна**, заведующий кафедрой гражданского права и процесса Балтийского федерального университета им. И. Канта, доктор юридических наук, доцент.

**Разумов Сергей Сергеевич**, аспирант ИЗиСП.

**Сайфуллин Эмиль Камильевич**, специалист 1 категории кафедры международного и европейского права ИЗиСП, председатель совета обучающихся ИЗиСП.

**Сальников Виктор Петрович**, главный редактор журнала «Юридическая наука: история и современность», доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации.

**Серегина Лариса Владимировна**, ведущий научный сотрудник ИЗиСП, кандидат юридических наук.

*Авторский коллектив*

**Скачкова Галина Семеновна**, заведующий сектором трудового права и права социального обеспечения ИГП РАН, доктор юридических наук, профессор.

**Скоробогатов Андрей Валерьевич**, профессор кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин Казанского инновационного университета им. В.Г. Тимирязова (ИЭУП), доктор исторических наук, доцент.

**Степанов Олег Анатольевич**, главный научный сотрудник отдела уголовного, уголовно-процессуального законодательства; судоустройства ИЖиСП, доктор юридических наук, профессор.

**Султанов Айдар Рустэмович**, начальник юридического управления ПАО «Нижнекамскнефтехим».

**Турапин Владислав Юрьевич**, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Белгородского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук, доцент.

**Ульянов Алексей Владимирович**, старший преподаватель Российского университета транспорта (МИИТ), кандидат юридических наук.

**Фокин Евгений Анатольевич**, научный сотрудник центра зарубежного законодательства и сравнительного правоведения ИЖиСП, кандидат юридических наук.

**Фурсов Дмитрий Александрович**, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства РГУП, доктор юридических наук.

**Хотько Ольга Александровна**, доцент кафедры экологического и аграрного права Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент.

**Честнов Илья Львович**, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры РФ, доктор юридических наук, профессор.

**Чиканова Людмила Алексеевна**, заведующий отделом законодательства о труде и социальном обеспечении ИЖиСП, доктор юридических наук.

## AUTHORS

***Khabrieva Taliya Yarullova***, Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (ILCL), Deputy president of the Russian Academy of Sciences, Member of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission of the Council of Europe), academician of the Russian Academy of Sciences, titular member of the International Academy of Comparative Law, doctor of Law, professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Honored lawyer of the Russian Federation, Honored lawyer of the Republic of Tatarstan.

***Abishev Eldar Khasanovich***, Adjunct of the Academy of Management of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Master of Laws of the Republic of Kazakhstan.

***Avkhadeev Vladislav Ramilevich***, Leading Researcher of the ILCL, Candidate of Law, Docent.

***Azarova Elena Gerasimovna***, Leading Researcher of the ILCL, Candidate of Law.

***Alekseev Sergey Viktorovich***, Chief Researcher of the Department of Labor Legislation and Social Security of the ILCL, Doctor of Law, Professor.

***Alekseeva Nadezhda Anatolyevna***, Deputy Head of the Department of Land and Environmental Law of the RSUJ, Senior Lecturer of the RSUE, Candidate of Legal Sciences.

***Andrianovskaya Irina Ivanovna***, Leading Researcher of the Sector of Labor Law and Social Security Law, ISL RAS, Doctor of Law, Docent.

***Artemov Vladislav Yurievich***, senior researcher at the ILCL, Candidate of Law.

***Belyakova Anna Vladimirovna***, Senior Researcher of the Laboratory of Legal Monitoring and Sociology of Law of the ILCL, Candidate of Law.

***Biushkina Nadezhda Iosifovna***, Professor of the Department of Theory and History of State and Law of the Faculty of Law of the Nizhny Novgorod State University named after N.I. Lobachevsky, Doctor of Law, Professor.

***Burmistrova Svetlana Aleksandrovna***, Head of the Department of Civil Procedural Law of the Ural Branch of the Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education, Candidate of Law, Docent.

***Buryanov Sergey Anatolyevich***, Docent of the Department of International Law and Human Rights of the Institute of Law and Management of the Moscow City Pedagogical University, Candidate of Law, Docent.

*Authors*

***Vasilevich Grigory Alekseevich***, Head of the Department of Constitutional Law of the Belarusian State University, Corresponding Member of the National Academy of Sciences of Belarus, Doctor of Law, Professor.

***Vinokurov Alexander Yurievich***, Chief Researcher of the Research Institute of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor.

***Vypkhanova Galina Viktorovna***, Professor of the Moscow State Law Academy named after O. E. Kutafin, Doctor of Law, Professor.

***Gadzhiev Khanlar Irshadovich***, Head of the Department of Judicial Practice and Law Enforcement of the ILCL, Judge of the ECHR (retired), Doctor of Law.

***Gainutdinova Ekaterina Irekovna***, PhD postgraduate of the ILCL.

***Gilmullin Ainur Razifovich***, senior lecturer of Kazan Federal University, Candidate of Law.

***Guk Pavel Alexandrovich***, Professor of the Department of Justice of the Penza State University, Doctor of Law, Docent.

***Dyusyupova Almagul Dautkanovna***, Senior Specialist of the Department of Magistracy of the ILCL, Candidate of Law.

***Zhavoronkov Roman Nikolaevich***, Professor of the Department of Labor Law and Social Security Law, Moscow State Law Academy O. E. Kutafina, Doctor of Law.

***Zhuravleva Oksana Olegovna***, Leading Researcher, Department of Financial, Tax and Budgetary Legislation of the ILCL, Candidate of Law.

***Zakhartsev Sergey Ivanovich***, Head of the Department of Organization of Law Enforcement Activities of the Russian State Social University, Doctor of Law, Docent.

***Zlotnikova Tamara Vladimirovna***, Head of the Department of Land Law and State Registration of Real Estate of the Moscow State University of Geodesy and Cartography, Doctor of Law, Professor, Honorary Worker of Nature Protection, Honored Ecologist of the Russian Federation, Academician of the Russian Economic Academy.

***Ibragimova Yulia Emirovna***, Junior Researcher of the Department of Judicial Practice and Law Enforcement of the ILCL.

***Ismailov Rovshan***, Judge of the Constitutional Court of the Azerbaijan Republic.

***Kazantsev Nikolay Mikhailovich***, Chief Researcher of the Department of Foreign Constitutional, Administrative, Criminal Law and International Law of the ILCL, Doctor of Law, Candidate of Economic Sciences.

***Karpov Nikolay Nikolaevich***, postgraduate of Moscow State Law Academy named after O. E. Kutafin.

**Kitsay Yuliana Anatolyevna**, Docent of the Department of Civil Law and Procedure, BFU named after I. Kant, Candidate of Law, Docent.

**Kolokolov Nikita Aleksandrovich**, Judge of the Supreme Court of the Russian Federation (retired), Doctor of Law.

**Korshunova Polina Vladislavovna**, Assistant of the Penza State University.

**Kraevsky Arseny Alexandrovich**, Docent of the Department of Theory and History of State and Law of the St. Petersburg State University, Candidate of Law.

**Kubantsev Sergey Pavlovich**, Senior Researcher of the ILCL, Candidate of Law, Docent.

**Lazarev Valery Vasilievich**, Chief Researcher of the Center for Fundamental Legal Research of ILCL, Doctor of Law, Professor.

**Lipen Sergey Vasilievich**, Professor of the Department of Theory of State and Law of the Moscow State Law Academy O. E. Kutafin, Doctor of Law, Professor.

**Loburev Sergey Nikitovich**, postgraduate at the ILCL.

**Makarova Oksana Valerievna**, Leading Researcher of the Department of Criminal, Criminal Procedure Legislation of the ILCL, Candidate of Law.

**Oganesyan Tigran Davidovich**, Researcher of the Department of Foreign Constitutional, Administrative, Criminal Law and International Law of the ILCL, Candidate of Law.

**Polshkova Maria Igorevna**, PhD postgraduate of the ILCL.

**Primak Tatiana Klavdievna**, Head of the Department of Civil Law and Procedure of the BFU named after I. Kant, Doctor of Law, Docent.

**Razumov Sergey Sergeevich**, postgraduate of the ILCL.

**Sayfullin Emil Kamilyevich**, 1<sup>st</sup> category specialist of the Department of International and European Law of the ILCL, Chairman of the Council of Students of the ILCL.

**Salnikov Viktor Petrovich**, Editor-in-Chief of the Journal "Legal Science: History and Modernity", Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Honorary Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

**Seregina Larisa Vladimirovna**, Leading Researcher of the ILCL, Candidate of Law.

**Skachkova Galina Semyonovna**, Head of the Sector of Labor Law and Social Security Law of the ISL RAS, Doctor of Law, Professor.

**Skorobogatov Andrey Valerievich**, Professor of the Department of Theory of State and Law and Public Law Disciplines of the Kazan Innovative University named after V.G. Timiryasov, Doctor of History, Docent.

*Authors*

***Stepanov Oleg Anatolyevich***, Chief Researcher of the Department of Criminal, Criminal Procedure Legislation; Judiciary of the ILCL, Doctor of Law, Professor.

***Sultanov Aydar Rustemovich***, Head of the Legal Department of "Nizhnekamskneftekhim" PJSC.

***Turanin Vladislav Yurievich***, Head of the Department of Theory and History of State and Law of the Belgorod State National Research University, Doctor of Law, Docent.

***Ulyanov Alexey Vladimirovich***, Senior Lecturer of the Russian University of Transport, Candidate of Law.

***Fokin Evgeny Anatolyevich***, Researcher of the Center of Foreign Legislation and Comparative Law of the ILCL, Candidate of Law.

***Fursov Dmitry Aleksandrovich***, Professor of the Department of Civil and Administrative Proceedings of the RSUJ, Doctor of Law.

***Khotko Olga Alexandrovna***, Docent of the Department of Environmental and Agrarian Law of the Belarusian State University, Candidate of Law, Docent.

***Chestnov Ilya Lvovich***, Professor of the Department of Theory and History of State and Law of the St. Petersburg Law Institute (branch) of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor.

***Chikanova Lyudmila Alekseevna***, Head of the Department of Labor and Social Security Legislation of the ILCL, Doctor of Law.

# СОДЕРЖАНИЕ

|   |    |
|---|----|
| <i>Хабриева Т.Я.</i><br>Предисловие ..... | 25 |
|---|----|

## Раздел 1 РЕШЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРОБЕЛОВ ПРАВА В ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА

|  |     |
|--|-----|
| <i>Липень С.В.</i><br>Теория пробелов в праве в ее историческом развитии<br>и творчестве профессора В.В. Лазарева .....            | 33  |
| <i>Лазарев В.В.</i><br>Проблема пробелов в праве в свете<br>постклассической философии .....                                       | 57  |
| <i>Скоробогатов А.В. Краснов А.В.</i><br>Правовой пробел: феноменологические аспекты .....   | 77  |
| <i>Захарцев С.И., Сальников В.П.</i><br>Пробелы в праве — грань<br>комплексной теории его познания .....                           | 93  |
| <i>Честнов И.Л.</i><br>Сфера правового регулирования<br>как социальный конструкт .....   | 104 |
| <i>Казанцев Н.М.</i><br>Стратегическое планирование: пробелы права<br>и законодательства .....                                     | 111 |
| <i>Ибрагимова Ю.Э.</i><br>Пробелы в законодательстве: доктрина и практика .....  | 125 |
| <i>Василевич Г.А.</i><br>Толкование (разъяснение) актов как средство разрешения<br>пробелов и иных дефектов законодательства ..... | 138 |
| <i>Ульянов А.В.</i><br>О проблемах изменения правоотношений<br>на основании смысла закона .....                                    | 149 |
| <i>Краевский А.А.</i><br>Закрытость правовой системы и природа пробелов<br>в праве .....   | 156 |
| <i>Степанов О.А.</i><br>Проблемы системности и пробельности правового<br>регулирувания в современных условиях .....                | 160 |



*Содержание*

*Гильмуллин А.Р.*

**Правовая доктрина как источник права и средство  
решения проблем пробельности права.....**166

*Туранин В.Ю.*

**Терминологические пробелы в современном  
региональном законодательстве .....**173

*Султанов А.Р.*

**Пробелы и защита прав и свобод человека.....**178

*Примак Т.К.*

**Договор в позитивистской доктрине .....**191

*Бурмистрова С.А.*

**Правовые интересы как решение проблемы  
пробелов в правовых возможностях .....**196

*Кубанцев С.П.*

**Судебный прецедент в правоприменительной  
практике США .....**201

*Артемев В.Ю.*

**Доктринальное развитие исламского права:  
основные источники и доктринальные школы (мазхабы) .....**207

*Биюшкина Н.И.*

**Проблема пробелов в праве в трудах представителей  
исторической школы права (Г. Гуго, Ф.К. Савиньи,  
Ф.Ю. Штоль, Г.Ф. Пухта, К.Ф. Эйхгорн) .....**214

*Белякова А.В.*

**Конкретизация законодательства как один  
из способов устранения пробелов в праве.....**219

**Раздел 2  
СУД В УСТАНОВЛЕНИИ, ПРЕОДОЛЕНИИ  
И УСТРАНЕНИИ ПРОБЕЛОВ ЗАКОНА**

*Фурсов Д.А.*

**Проблемы выявления смысла норм права  
в судебной деятельности .....**229

*Колоколов Н.А.*

**Восполнение пробелов в праве: роль и место и суда.....**236

*Гаджиев Х.И.*

**Роль судебного правотворчества в преодолении  
пробелов в праве .....**244

*Гук П.А.*

**Судебное нормотворчество как средство  
преодоления пробелов законодательства .....**253

|                        |  |            |
|------------------------|--|------------|
| <i>Коришнуова П.В.</i> | <b>Правовые позиции Конституционного Суда РФ как средство преодоления пробелов в законодательстве.....</b>                 | <b>262</b> |
| <i>Оганесян Т.Д.</i>   | <b>Пилотные постановления ЕСПЧ как средство устранения структурных проблем правовых систем государств-ответчиков .....</b> | <b>270</b> |
| <i>Фокин Е.А.</i>      | <b>Судебная оценка пробелов арбитражного процессуального законодательства .....</b>  | <b>275</b> |
| <i>Злотникова Т.В.</i> | <b>Пробелы в экологическом законодательстве и судебная практика их выявления .....</b>                                     | <b>283</b> |
| <i>Исмаилов Р.</i>     | <b>Пробельность в позитивном праве и конституционное правосудие.....</b>   | <b>292</b> |

### Раздел 3 ПРОБЕЛЫ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

|                       |   |            |
|-----------------------|---|------------|
| <i>Винокуров А.Ю.</i> | <b>Роль органов прокуратуры в выявлении и восполнении пробелов в правовом регулировании общественных отношений в сфере экологии .....</b>   | <b>303</b> |
| <i>Выпханова Г.В.</i> | <b>Правовые пробелы в области экологической информации и экологического менеджмента .....</b>   | <b>309</b> |
| <i>Авхадеев В.Р.</i>  | <b>Пробелы в современном международно-правовом регулировании режима Арктики .....</b>   | <b>316</b> |
| <i>Сайфуллин Э.К.</i> | <b>Пробелы в международном космическом праве .....</b>  | <b>327</b> |
| <i>Карпов Н.Н.</i>    | <b>Пробелы в праве на примере Федерального закона от 28 декабря 2009 года № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» .....</b> | <b>333</b> |
| <i>Поликова М.И.</i>  | <b>Коллизионное регулирование оспаривания сделок должника при трансграничной несостоятельности .....</b>  | <b>339</b> |
| <i>Азарова Е.Г.</i>   | <b>О несогласованности отраслевых и конституционных гарантий социального обеспечения по кругу лиц .....</b>   | <b>349</b> |

Содержание

Макарова О.В.

**Пробелы уголовно-процессуального регулирования  
в части обеспечения гарантий сохранения  
адвокатской тайны** .....355

Журавлева О.О.

**Налоговая льгота или пробел: проблемы квалификации** .....360

Алексеева Н.А.

**О некоторых вопросах контроля и надзора за соблюдением  
установленного режима в национальных парках  
на примере организации полигонов бытовых отходов** .....369

Андреиановская И.И.

**К вопросу о пробелах в содержании  
отдельных норм трудового права** .....374

Дюсюпова А.Д.

**Аграрные отношения в России  
во второй половине XIX — начале XX века:  
проблема преодоления пробелов в праве** .....382

Чиканова Л.А.

**К вопросу о пробелах в законодательстве о труде** .....389

Скачкова Г.С.

**Отношения в сфере занятости:  
пробелы в правовом регулировании** .....394

Серегина Л.В.

**Пробелы в правовом регулировании отношений  
в сфере охраны труда** .....400

Алексеев С.В.

**Пробелы в законодательстве о труде, образовании  
и социальном обеспечении в сфере спорта в условиях  
инновационного развития экономики** .....407

Кицай Ю.А.

**Актуальные проблемы принятия социальных кодексов  
на региональном уровне** .....417

Жаворонков Р.Н.

**Проблемы защиты от дискриминации по признаку  
инвалидности в трудовых отношениях** .....422

Разумов С.С.

**Включение норм об эмиссии государственных  
(муниципальных) ценных бумаг в Бюджетный кодекс РФ  
как этап кодификации бюджетного законодательства** .....426

Гайнутдинова Е.И.

**Пробелы миграционного законодательства  
Российской Федерации в сфере  
противодействия коррупции** .....434

**Раздел 4**  
**ТЕХНОЛОГИЧЕСКИЕ НОВАЦИИ**  
**В ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ И ПРАВОПРИМЕНЕНИИ**  
**И ИХ РОЛЬ В РЕШЕНИИ ПРОБЛЕМЫ ПРОБЕЛЬНОСТИ**  
**ПРАВА**

*Бурьянов С.А.*

**Цифровизация как совокупность  
глобальных процессов: колоссальные  
возможности и катастрофические риски .....441**

*Хотько О.А.*

**Пробелы в экологическом праве в контексте  
современных технологических трансформаций:  
способы установления и преодоления .....444**

*Лобурёв С.Н.*

**Пробелы в законе при назначении и проведении  
судебных экспертиз по гражданским делам  
с использованием записей метрических книг .....450**

*Абишев Э.Х.*

**Правовые основы организации и проведения  
правового мониторинга в системе органов  
внутренних дел Республики Казахстан.....455**

# TABLE OF CONTENTS

|   |    |
|---|----|
| <i>Khabrieva T.Y.</i><br><b>Preface</b> ..... | 25 |
|---|----|

## Section 1

### SECTION 1. SOLVING THE PROBLEM OF GAPS IN LAW IN THE GENERAL THEORY OF LAW

|   |     |
|---|-----|
| <i>Lipen S.V.</i><br><b>The theory of gaps in law in its historical development<br/>and the work of Professor V.V. Lazareva</b> .....           | 33  |
| <i>Lazarev V.V.</i><br><b>The problem of "gaps in law" in the light<br/>of postclassical philosophy</b> .....                                   | 57  |
| <i>Skorobogatov A.V. Krasnov A.V.</i><br><b>Legal gap: phenomenological aspects</b> .....   | 77  |
| <i>Zakhartsev S.I., Salnikov V.P.</i><br><b>Gaps in the law – the edge of the compromise theory<br/>of his knowledge</b> .....                  | 93  |
| <i>Chestnov I.L.</i><br><b>The sphere of legal regulation<br/>as a social construct</b> .....   | 104 |
| <i>Kazantsev N.M.</i><br><b>Strategic planning: legal<br/>and legislative gaps</b> .....  | 111 |
| <i>Ibragimova Yu.E.</i><br><b>Legislative gaps: doctrine and practice</b> .....   | 125 |
| <i>Vasilevich G.A.</i><br><b>Interpretation (clarification) of acts as a means<br/>of resolving gaps and other defects in legislation</b> ..... | 138 |
| <i>Ulyanov A.V.</i><br><b>On the problems of changing legal relations<br/>based on the meaning of the law</b> .....                             | 149 |
| <i>Kraevsky A.A.</i><br><b>Closedness of the legal system and the nature<br/>of gaps in law</b> .....   | 156 |
| <i>Stepanov O.A.</i><br><b>Problems of consistency and gaps in legal regulation<br/>in modern conditions</b> .....                              | 160 |

|   |     |
|---|-----|
| <i>Gilmullin A.R.</i>   |     |
| <b>Legal doctrine as a source of law and a means of solving the problems of lack of law</b> .....   | 166 |
| <i>Turanin V.Yu.</i>  |     |
| <b>Terminological gaps in modern regional legislation</b> .....   | 173 |
| <i>Sultanov A.R.</i>  |     |
| <b>Gaps and protection of human rights and freedoms</b> .....   | 178 |
| <i>Primak T.K.</i>  |     |
| <b>Contract in positivist doctrine</b> .....  | 191 |
| <i>Burmistrova S.A.</i>   |     |
| <b>Legal interests as a solution to the problem of legal gaps</b> .....   | 196 |
| <i>Kubantsev S.P.</i>   |     |
| <b>Judicial precedent in US law enforcement practice</b> .....  | 201 |
| <i>Artemov V.Yu.</i>  |     |
| <b>Doctrinal development of Islamic law: main sources and doctrinal schools (madhhabs)</b> .....  | 207 |
| <i>Biushkina N.I.</i>   |     |
| <b>The problem of gaps in law in the works of representatives of the historical school of law (G. Hugo, F.K.Savigny, F.Yu. Stol, G.F.Puchta, K.F. Eichhorn)</b> ..... | 214 |
| <i>Belyakova A. V.</i>  |     |
| <b>Specifying legislation as one of the ways to eliminate gaps in the law</b> .....   | 219 |

## Section 2 COURT IN ESTABLISHING, OVERCOMING AND ELIMINATING GAPS IN THE LAW

|  |     |
|--|-----|
| <i>Fursov D.A.</i>   |     |
| <b>Problems of identifying the meaning of the rule of law in judicial activity</b> ..... | 229 |
| <i>Kolokolov N.A.</i>  |     |
| <b>Bridging the Legal Gap: Role and Place and Courts</b> .....                           | 236 |
| <i>Gadzhiev Kh.I.</i>  |     |
| <b>The Role of Judicial Lawmaking in Bridging Gaps in Law</b> .....                      | 244 |
| <i>Guk P.A.</i>  |     |
| <b>Judicial rule-making as a means of overcoming legislative gaps</b> .....              | 253 |

*Table of contents*

*Korshunova P.V.*

**Legal positions of the Constitutional Court  
of the Russian Federation as a means  
of overcoming gaps in legislation .....262**

*Oganesyan T.D.*

**Pilot judgments of the ECtHR as a means  
of addressing structural problems in the legal  
systems of the respondent states .....270**

*Fokin E.A.*

**Judicial assessment of gaps in arbitration  
procedural legislation .....275**

*Zlotnikova T.V.*

**Gaps in environmental legislation  
and judicial practice to identify them .....283**

*Ismailov R.*

**White space in positive law  
and constitutional justice .....292**

**Section 3  
GAPS IN PUBLIC LAW**

*Vinokurov A.Yu.*

**The role of the prosecution authorities in identifying  
and filling gaps in the legal regulation of public  
relations in the field of ecology .....303**

*Vypkhanova G.V.*

**Legal gaps in environmental information  
and environmental management .....309**

*Avkhadeev V.R.*

**Gaps in modern international legal regulation  
of the Arctic regime .....316**

*Saifullin E.K.*

**Gaps in international space law .....327**

*Karpov N.N.*

**Gaps in the law on the example of the Federal Law  
of December 28, 2009 No. 381-FZ  
"On the Basics of State Regulation  
of Trade Activities in the Russian Federation" .....333**

*Polshkova M.I.*

**Conflict regulation of challenging debtor's transactions  
in cross-border insolvency .....339**

*Azarova E.G.*

**On the inconsistency of sectoral and constitutional  
guarantees of social security in a circle of persons .....349**

|  |            |
|--|------------|
| <i>Makarova O.V.</i>   |            |
| <b>Gaps in criminal procedural regulation<br/>in terms of ensuring guarantees<br/>for the preservation of advocate secrets .....</b>   | <b>355</b> |
| <i>Zhuravleva O.O.</i>   |            |
| <b>Tax credit or gap: qualification issues .....</b>   | <b>360</b> |
| <i>Alekseeva N.A.</i>  |            |
| <b>On some issues of control and supervision over compliance<br/>with the established regime in national parks on the example<br/>of the organization of landfills for household waste .....</b> | <b>369</b> |
| <i>Andrianovskaya I.I.</i>   |            |
| <b>On the issue of gaps in the content<br/>of certain labor law norms .....</b>  | <b>374</b> |
| <i>Dyusyupova A.D.</i>   |            |
| <b>Agrarian relations in Russia in the second half<br/>of the 19th – early 20th centuries: the problem<br/>of overcoming gaps in law .....</b>   | <b>382</b> |
| <i>Chikanova L.A.</i>  |            |
| <b>On the issue of gaps in labor legislation .....</b>   | <b>389</b> |
| <i>Skachkova G.S.</i>  |            |
| <b>Employment relationships: legal gaps .....</b>  | <b>394</b> |
| <i>Seregina L.V.</i>   |            |
| <b>Gaps in the legal regulation of relations<br/>in the field of labor protection .....</b>  | <b>400</b> |
| <i>Alekseev S.V.</i>   |            |
| <b>Gaps in the legislation on labor, education<br/>and social security in the field of sports<br/>in the context of innovative economic development.....</b>                                     | <b>407</b> |
| <i>Kitsay Yu.A.</i>  |            |
| <b>Actual problems of the adoption<br/>of Social Codes at the regional level.....</b>  | <b>417</b> |
| <i>Zhavoronkov R.N.</i>  |            |
| <b>Problems of protection against discrimination<br/>on the basis of disability in labor relations.....</b>  | <b>422</b> |
| <i>Razumov S.S.</i>  |            |
| <b>Inclusion of norms on the issue of state (municipal)<br/>securities in the Budget Code of the Russian Federation<br/>as a stage of codification of budget legislation .....</b>               | <b>426</b> |
| <i>Gainutdinova E.I.</i>   |            |
| <b>Gaps in the migration legislation<br/>of the Russian Federation in the field<br/>of combating corruption.....</b>   | <b>434</b> |



*Table of contents*

**Section 4**  
**TECHNOLOGICAL INNOVATIONS IN LAWMAKING**  
**AND LAW ENFORCEMENT AND THEIR ROLE**  
**IN SOLVING THE PROBLEM OF GAPS IN LAW**

*Buryanov S.A.*

**Digitalization as a set of global processes:  
colossal opportunities and catastrophic risks .....441**

*Khotko O.A.*

**Gaps in Environmental Law in the Context  
of Modern Technological Transformations:  
Ways to Establish and Overcome .....444**

*Loburev S.N.*

**Gaps in the law in the appointment and conduct  
of forensic examinations in civil cases using  
records of metric books .....450**

*Abishev E.Kh.*

**Legal framework for organizing and conducting  
legal monitoring in the system of internal  
affairs bodies of the Republic of Kazakhstan .....455**

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (далее — Институт), как и некоторые другие научные центры, прилагает усилия для восстановления авторитета и положения теоретико-правовой науки, которая в 1990-е гг. была незаслуженно потеснена с ведущих позиций в системе источников государственно-правовой практики.

В настоящее время ситуация меняется к лучшему. К теоретикам права вновь прислушиваются и привлекают их к проектированию важнейших решений. Об этом, в частности, свидетельствует достойное представительство членов этого юридического цеха в рабочей группе по подготовке предложений о внесении поправок в Конституцию РФ<sup>1</sup>.

Во многом именно от теоретиков исходили инициативы и обоснование расширения ценностного каталога Конституции, усиления ее идеологической функции, а также предложения, касающиеся терминологического, структурно-логического и смыслового конструирования проектируемых норм о поправках к главному юридическому документу страны. При этом важное значение имеет точное соблюдение правил юридической техники, позволяющих принять верное решение о месте той или иной нормы в тексте Основного Закона. Указанные правила выработаны отечественной правовой доктриной, основанной на классических работах И.Л. Брауде и других известных правоведов.

Именно с точки зрения развития теоретических взглядов на конституционное закрепление демократических основ в организации государственного управления и выстраивании новой конфигурации сдержек и противовесов следует рассматривать конституционные изменения, связанные с совершенствованием механизма взаимодействия институтов законодательной, исполнительной и президентской властей.

---

<sup>1</sup> См.: Распоряжение Президента РФ от 15 января 2020 г. № 5-рп «О рабочей группе по подготовке предложений о внесении поправок в Конституцию Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 3. Ст. 251.

Тенденция неуклонного повышения роли парламента России в ряде ключевых вопросов организации и деятельности исполнительной власти была уже давно обоснована теоретико-правовой наукой. Это является свидетельством непрерывной демократизации функционирования государственного аппарата, совершенствования нормативно закрепленной президентской формы правления с учетом усиления институтов представительной демократии.

Достижения теоретико-правовой науки позволяют точно определять сферы и пределы правового регулирования, чтобы избежать включения в Основной Закон тех норм, которые должны устанавливаться в отраслевом законодательстве.

Изменение Конституции почти всегда влечет принятие новых правовых актов, пересмотр действующего законодательства, дальнейшее его развитие. Конкретизация положений Конституции в законодательстве обеспечивает логическую завершенность правового регулирования и основывается на фундаментальных научных идеях в этой области (тема конкретизации юридических норм разрабатывалась и в стенах Института в работах В.В. Лазарева, А.С. Пиголкина, С.Н. Братуся, А.Б. Венгерова, Н.А. Власенко, Г.Т. Чернобеля и др.).

Институт сохранил теоретическую научную школу, которая имеет большую историю. Ее формировали такие ученые, как С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, А.И. Денисов, С.Ф. Кечекьян, О.Э. Лейст, А.В. Мицкевич, И.С. Перетерский, А.С. Пиголкин, И.С. Самощенко, А.А. Тилле, В.А. Туманов. Их усилиями еще с советских времен были заложены традиции теоретико-правовых исследований, развиваемых Институтом. Важно отметить, что благодаря ведущим российским теоретикам права — В.В. Лазареву, Ю.А. Тихомирову, А.И. Ковлеру, а также их ученикам (Н.Н. Черногору, С.В. Липеню и др.) поддерживается преемственность идей и поколений. В связи с этим закономерно, что именно Институт стал площадкой, на которой уже шестой год проходит годовое собрание теоретиков права — самый масштабный форум отечественной теоретико-правовой науки.

В конференции ежегодно принимают участие представители всех областей юридического знания. Тесная связь теории права с отраслевыми науками, в том числе с наукой международного права, очень важна и ее необходимо укреплять.

Тема, выбранная в 2020 году, — «Пробелы в позитивном праве». К проблемам пробельности позитивного права в повседневной деятельности Института, а также в рамках проводимых научных форумов ученые обращаются постоянно, рассматривают ее в разных

ракурсах, чаще с отраслевых позиций. Изучение законодательства, выявление пробелов в нем и разработка рекомендаций по их устранению — научный приоритет Института. В этой части имеются свои ноу-хау, в частности:

1) доктрина правового мониторинга, в практическом становлении которого Институт принимал самое непосредственное участие вместе с Советом Федерации и Минюстом России;

2) фундаментальные разработки в областях юридического прогнозирования и моделирования, формирования судебной практики и ее влияния на законодательство, имплементации в него судебных решений;

3) научные концепции развития российского законодательства как цикл работ, нацеленных на доктринальное обеспечение гармоничной динамики отечественного позитивного права.

Проблема пробелов в праве — фундаментальная для юриспруденции и традиционная для теории государства и права. Начиная с конца XIX в. она присутствует в повестке юридической науки, хотя обращение к вопросам несовершенства законов можно обнаружить еще в идеях античных мыслителей — Платона, Аристотеля и др.). Науке свойственно переосмысливать собственные выводы и постулаты, особенно в периоды реформ и общественных трансформаций.

В современных условиях динамика права определяется новыми тенденциями в общественном развитии. Передовые технологии, внедрение которых уже привело к смене технологического уклада, влекут за собой метаморфозы моделей социального взаимодействия. Право не всегда успевает за общественными процессами, следствием чего становится появление новых пробелов и нарастающая инфляция правовой материи. В таких условиях законодатель не спешит регулировать новые общественные отношения, все чаще прибегает к так называемому квалифицированному молчанию, ориентирует на использование внеправовых регуляторов.

Действуют и другие факторы, обуславливающие развитие общественных отношений, в частности интеграционные процессы, формирование правового пространства интеграционных объединений, усложнение пространственно-правового устройства национальных государств.

Фактически юридическая наука и практика оказались перед новым масштабным вызовом, на который предстоит дать адекватный ответ.

Есть еще одна причина, по которой была избрана именно эта тема. В 2020 году В.В. Лазареву исполнилось 80 лет. Конференция

приурочена к этому событию. Доктринальная разработка этой темы принесла Валерию Васильевичу всесоюзную известность, а отечественной юридической науке — новое научное направление. Еще в 1960-е гг. он одним из первых в СССР занялся исследованием данной проблематики. В 1969 и 1974 годах вышли его фундаментальные работы: «Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права)» и «Пробелы в праве и пути их устранения». Эти монографии вызвали большой резонанс в советской юридической науке. Тогда впервые был поставлен вопрос о пробельности советского права, показан ее объективный характер, и началось систематическое научное исследование соответствующих вопросов — как в отраслевых науках, так и в общей теории, в том числе в стенах Института.

Сформулированные В.В. Лазаревым постулаты о толковании, конкретизации и пробельности права сохранили актуальность. Так, разработанное им понятие и предложенная классификация пробелов в праве до сих пор используются в юридической науке. В последнее время особое значение приобрели высказанные им еще в 1960–1970-е гг. идеи о возможностях преодоления пробелов в позитивном праве в результате судебной деятельности. Их творческое развитие привело к доктринальной разработке механизма конкретизации юридических норм, а также проблематики деятельности Конституционного Суда РФ и правового статуса принимаемых им постановлений, с помощью которых осуществляется восполнение пробелов в российском законодательстве.

В настоящее время происходят трансформации и внутри самого права. Появляются новые институты и отрасли, формируются нетипичные нормативные массивы, наблюдается конвергенция публичного и частного права. Все эти и иные объективные процессы неминуемо отражаются на количественных и качественных характеристиках пробелов в праве.

Проведение конференции в 2020 г. совпало по времени с подготовкой поправок к Конституции РФ, принятие которых послужило началом для большой работы по обновлению законодательства. Этот очевидный прогноз, по сути уже план, нацеливает на постановку и решение в ближайшей перспективе научных задач, сопряженных с предотвращением появления пробелов в законодательстве в ходе его целевой коррекции.

Конституционная реформа обогатила отечественную юридическую практику, которая неразрывно связана с теорией. Появились новые юридические категории, новые юридические технологии

(например, общероссийское голосование). При этом заметно усилилась роль теоретико-правовой науки, которая заключается в осмыслении, научном прогнозировании и обосновании дальнейшего развития российского законодательства.

*Талия Ярулловна Хабриева,  
директор Института законодательства  
и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации,  
заместитель президента Российской академии наук,  
член Европейской комиссии за демократию через право  
(Венецианской комиссии Совета Европы),  
академик Российской академии наук, действительный член  
Международной академии сравнительного права,  
доктор юридических наук, профессор,  
заслуженный деятель науки Российской Федерации,  
заслуженный юрист Российской Федерации,  
заслуженный юрист Республики Татарстан*



## **Раздел 1**

# **РЕШЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРОБЕЛОВ ПРАВА В ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА**





*Липень С.В.*

### **ТЕОРИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ В ЕЕ ИСТОРИЧЕСКОМ РАЗВИТИИ И ТВОРЧЕСТВЕ ПРОФЕССОРА В.В. ЛАЗАРЕВА**

Теория пробелов в праве органично воспринимается в рамках общей теории правоприменительной деятельности, такой ее привыкли видеть и специалисты по теории права, и представители отраслевых юридических наук.

Однако в доктрине это научное знание фактически распределяется по двум направлениям – с одной стороны, это всем привычная теория установления и преодоления пробелов в праве в процессе правоприменительной деятельности посредством в том числе института юридической аналогии, с другой – теория установления и устранения пробелов в праве в процессе правотворческой деятельности, здесь идеи о принципиальной пробельности права, о пределах правового регулирования, о действительных и мнимых пробелах развиваются в контексте средств юридической техники и теории правотворчества. В научном творчестве профессора В.В. Лазарева теория пробелов в праве разработана в качестве составляющей и теории правоприменения, и теории правотворчества.

Историческое развитие правового регулирования, правоприменительной практики и юридической науки показывает, почему современная юриспруденция воспринимает теорию пробелов в праве почти исключительно в рамках применения права. Время для принципиальной постановки проблемы пробелов в праве – XIX в., время кодификаций, реализации идеи достаточно полного регулирования общественных отношений. В цивилистике, романистике, теории права (также разрабатывалась преимущественно цивилистами) изучалось содержание различных правовых институтов, соотношение различных источников права, классификации правовых норм, анализировались проблемы юридической практики, были разработаны

учения о правоотношении и применении права. Но теории правотворчества как системной совокупности знаний о подготовке и принятии нормативных правовых актов в XIX в. не было. Поэтому идеи о неполноте, пробельности права рассматривались обычно в рамках теории применения права, такая ситуация по научной инерции в определенной степени сохраняется и в юридической науке XX в.

В целом теория пробелов в праве прошла в своем развитии четыре этапа:

– с древнейших времен до XVIII в. (нестрогое отношение к пробельности закона и способам ее преодоления);

– XVIII – первая половина XIX в. (утверждение значения закона и начала законности, восприятие неполноты закона в качестве его недостатка, в целом критическое отношение к возможности его преодоления в судебной практике, институт обращения к законодателю при пробелах в праве и его запрет);

– вторая половина XIX – начало XX в. (постановка проблемы пробелов в праве в рамках юридического позитивизма, теория логической беспробельности права, ее критика представителями социологической школы права, объективный характер пробелов в праве, споры о признании творческого характера судебной деятельности при их преодолении);

– середина XX – начало XXI в. (разработка теории пробелов в праве, способов их установления, устранения и преодоления в современной юридической науке).

*На первом этапе* вплоть до XVIII в. можно видеть нестрогое отношение к пробельности закона и способам ее преодоления. Неполноту законов замечают, но не видят в этом принципиальной проблемы правопорядка, признают возможными разные способы преодоления пробелов в праве. Так, Аристотель, выступая как сторонник законности, воспроизводит один из используемых и в настоящее время аргументов сторонников социологических учений – закон не в состоянии предусмотреть все возможные случаи: «Закон, надлежащим образом воспитавший должностных лиц, предоставляет им возможность в прочих делах выносить судебные решения и управлять, руководствуясь наиболее справедливым суждением»<sup>1</sup>. Это утверждение Аристотеля следует, по всей видимости, истолковать в том смысле, что справедливое усмотрение допустимо лишь в рамках законности. По крайней мере, это вытекает из общей концепции философа. Ведь «правильное законодательство должно быть верховной властью, а должностные лица – будь это одно или несколько – должны иметь

<sup>1</sup> Аристотель. Политика // Сочинения: в 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 481.

решающее значение только в тех случаях, когда законы не в состоянии дать точный ответ, так как не легко вообще дать вполне определенные установления касательно всех отдельных случаев»<sup>1</sup>.

Римские юристы, если обнаруживался пробел в праве, не боялись сформулировать новое начало. Но новые положения вырабатывались не путем отмены старого закона, а наряду с ним. Так, вместе с гражданской собственностью была создана так называемая бонитарная, или преторская, собственность (не носившая названия собственности, но дававшая управомоченному лицу все права собственника), наряду с гражданским наследственным правом была создана преторская система наследования (опять-таки даже не носившая названия наследования) и т.п. Эти постепенные, осторожные «пристройки к старому зданию» приводили к тому, что римское право непрерывно развивалось, освобождалось от всего устаревшего и в каждый данный момент соответствовало потребностям современной жизни<sup>2</sup>.

На разные аспекты правоприменительной деятельности обращалось внимание и в Средние века. Сторонником законности предстает Марсилиус Падуанский, который отмечает, с одной стороны, необходимость как можно более полного регулирования общественных отношений, а с другой — сложность судебного правоприменения. Всем государям, по его мнению, следует править в соответствии с законом, а не пренебрегая им. По субъективным причинам — из-за возможности человеческого заблуждения или злого умысла — «безопаснее упорядочить судопроизводство среди граждан с помощью закона, нежели передать его на усмотрение судьи, каким бы он ни был усердным»<sup>3</sup>. То есть речь идет о минимизации пробельности правового регулирования.

Недостаточно определенно о механизме преодоления пробелов в праве высказывается Т. Гоббс. Он указывает, что намерение законодателя всегда предполагается совпадающим с принципом справедливости, поэтому если слова закона не дают достаточных указаний для разумного решения, правоприменитель (судья) обязан дополнительно руководствоваться естественным законом, а если случай слишком сложен, то он обязан отсрочить свое решение до получения более широких полномочий<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Там же. С. 467.

<sup>2</sup> См.: Римское частное право: учебник / под ред. И.С. Перетерского, И.Б. Новицкого. М., 1948. С. 11–12.

<sup>3</sup> Марсилиус Падуанский. Защитник мира [Фрагменты] // Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. 2. Европа: V–XVII вв. М., 1999. С. 608–609.

<sup>4</sup> См.: Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Сочинения: в 2 т. Т. 2. М., 1991. С. 217.

Для понимания содержания правоприменительной деятельности при пробелах в праве принципиальным является отсутствие вплоть до XVIII в. разработанной в доктрине и закрепленной в законодательстве теории закона как источника права, признания его обязательного регулирующего значения, принципа строгой законности. Если не утверждена в обществе роль закона, из которой вытекает и его общеобязательность, не имеют значения и вопросы повиновения закону или отступления от него вследствие неполноты и пробельности.

*На втором этапе* характерным для ученых Нового времени, особенно в XVIII в., является отрицание свободы судебного усмотрения при обнаружении пробелов в праве. Это связано с рядом обстоятельств: во-первых, с трактовкой законов как актов общей воли, то есть документов, изданных государством, которое было образовано путем общественного договора и поэтому выражает волю всех членов общества; во-вторых, с требованием законности, которое противопоставлялось критикуемому феодальному судопроизводству; в-третьих, с тем, что начала законности связывались с определенностью правового положения личности, с гарантией ее неотъемлемых прав.

Повышению значения закона в общественной жизни способствовала и разработка теорий разделения властей, народного представительства, либерализма. Дж. Локк органично связывает воедино либеральные по своему характеру буржуазные политико-правовые ценности — разделение властей, обоснование конституционной монархии, требование строжайшей законности. По его теории, законодательная власть является высшей властью в государстве, она основана на согласии и доверии граждан. Законы должны приниматься представительным учреждением, избираемым народом и ответственным перед ним; равный для всех, общеобязательный и постоянный закон — гарантия и воплощение свободы<sup>1</sup>.

Более строго начинают подходить и к проблеме следования закону, в том числе и при наличии пробелов в праве, что связано с реакцией на судебный произвол Средневековья и с обоснованием роли самого закона как основы общественной жизни. Судья не вправе истолковывать закон, данный суверенной властью. Судья — лишь слуга закона. При всех затруднениях, которые возможны при его применении, судья должен обращаться к законодателю. Эта точка зрения отражена в трудах Ш.Л. Монтескье, Ч. Беккариа, И. Канта, И. Бентама и др.

<sup>1</sup> См.: Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Сочинения: в 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 316–317, 346–349.

Так, по мнению И. Бентама, высказанному им в заключении обзора полного кодекса законов (1802 г.), «если встретится новый случай, не предусмотренный кодексом, то судья может лишь указать на него и посоветовать законодателю средство, но ни он, тем паче ни какой-либо гражданин, не смеют сами принять решение и провести его в виде закона, пока не получат на это разрешение законодателя. Необходимо предписать, чтобы единственным мерилom был текст закона»<sup>1</sup>.

В духе времени изменялось и законодательство. Во Франции институт обязательной отсылки к законодателю в случае необходимости интерпретации закона при его неясности был введен законом от 16–24 августа 1790 г. и закреплен Конституцией 1791 г.<sup>2</sup> прусское Земское уложение 1794 г. запрещало всякое толкование, отличное от простого применения закона, и повелевало, чтобы суды передавали все те случаи, где точный смысл термина представляется сомнительным, на рассмотрение особого комитета, состоящего из юристов и государственных деятелей (это положение, однако, было отменено в 1798 г.)<sup>3</sup>. Буквальное применение законов поддерживалось и баварским Уложением 1813 г., в котором даже содержался запрет издания каких бы то ни было частных комментариев его положений<sup>4</sup>. При господстве таких воззрений судьи могли применять закон только «по буквальному смыслу», а в случае неясности или неполноты закона единственным исходом было приостановление течения дела и обращение к законодателю.

Подобные взгляды отразились и во взглядах российских мыслителей первой половины XIX в. Так, А.П. Куницын указывал на то, что в сомнительных случаях исполнительная власть должна испрашивать решения от законодательной: «Если закон темен и темнота одного содержится в самом законе, так что не можно понять намерение законодательной власти, то исполнительная власть не может сама толковать закон, но от законодательной власти должна требовать объяснения»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Цит. по: Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. Пг., 1917. С. 114–115.

<sup>2</sup> См.: Луковская Д.И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972. С. 50; Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. М., 1912. С. 745.

<sup>3</sup> См.: Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 1915. С. 76.

<sup>4</sup> См.: Дубровин Ф. О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона // Журнал Министерства юстиции. 1899. № 5. С. 136.

<sup>5</sup> Куницын А.П. Энциклопедия прав: Изображение системы политических наук. М., 2010. С. 27–28.

Вскоре, однако, стали очевидны недостатки постоянного обращения за разъяснением смысла неясных норм и пробелов к законодателю. Такой способ санкционировал обратную силу закона, замедлял ход правосудия, нередко вносил еще большую неясность в закон, так как новая позиция законодателя могла противоречить действующим нормам<sup>1</sup>.

Логическим продолжением развития теории применения и толкования права явилась ст. 4 Кодекса Наполеона (1804 г.), которая устанавливала, «что судья, который откажется судить под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии»<sup>2</sup>. Этой статье соответствовали ст. 185 и 505 УПК Франции. Таким образом, институт обязательной отсылки к законодателю по сути упразднился, формально он был отменен лишь в 1837 г.<sup>3</sup>

Запрет обращения к законодателю за аутентическим толкованием выражал принципиальные взгляды авторов кодекса на неустрашимую пробельность законодательства. Как бы ни был полон новый кодекс, только он вступает в силу, тысяча неожиданных вопросов возникает перед судьей, ибо раз изданные законы остаются такими, как они написаны. Люди, наоборот, никогда не остаются в покое, они всегда действуют, и это движение постоянно создает какой-нибудь новый факт, приводит к какому-нибудь новому результату. Масса вещей, таким образом, предоставляется по необходимости господству обычая, обсуждению компетентных людей, самостоятельному решению судей<sup>4</sup>. Было бы ошибочно думать, чтобы мог существовать такой свод законов, который впредь предусмотрел бы все возможные жизненные случаи. Поэтому необходимо четко отделить ограниченную сферу закона от обширной и почти бесконечной области, которая должна быть предоставлена труду ученых-юристов, и главным образом — творчеству судебной практики, которая одна только может плодотворным образом принять в соображение всевозможные оттенки жизненных отношений<sup>5</sup>. «Если

<sup>1</sup> См.: Люблинский П.И. Указ. соч. С. 116.

<sup>2</sup> Об истории принятия этой статьи, ее редакции в разных проектах, дебатах в парламенте см: Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Казань, 1916. С. XXVIII—XXXVIII.

<sup>3</sup> См.: Луковская Д.И. Указ. соч. С. 50—51.

<sup>4</sup> См.: Салейль Р. Французский гражданский кодекс и исторический метод // Журнал Министерства юстиции. 1905. Октябрь. С. 196.

<sup>5</sup> См.: Жени Ф. Законодательная техника в современных гражданско-правовых кодификациях (по поводу столетнего юбилея французского гражданского кодекса) // Журнал Министерства юстиции. 1906. Кн. 8. С. 153.

закон молчит, судьи должны руководиться правилами справедливости, которые состоят в максимах естественного права, всеобщей справедливости и разума... Судьям необходимо дать полномочие решать дела, не предусмотренные законом, в силу самого повелительного из всех законов — необходимости, так как отношения гражданского права бесконечны, а предвидение законов ограничено»<sup>1</sup>.

Такие последовательно проведенные взгляды не могли не вызвать критики. Утверждалось, что эта ст. 4 ФГК вводит право судей решать дело по естественной справедливости, хотя слово «справедливость» в ней и не упомянуто. Не отрицалась необходимость так или иначе решать дела при наличии «темноты» и пробелов в законе, но предлагалось передать эти дела во избежание нарушения конституции Сенату или же во всяком случае строго различать на практике случаи «темноты» или отсутствия закона от решения дела по ясному закону. Выдвигалось и требование, чтобы судьи заблаговременно объявляли тяжущимся, что закон неясен или его нет и что поэтому они будут решать по справедливости, это объявление можно было бы обжаловать и добиться, чтобы судьи решали по закону, если бы таковой вопреки мнению судей оказался. Избавиться от недостатков закона можно было тремя путями: 1) хорошее законодательство должно предусмотреть все случаи или, по крайней мере, делать случаи неясных законов или пробелов в них «крайне редкими»; 2) доклад законодателю; 3) если сторонам некогда ждать нового закона, они могут взять третейских судей, как это делалось в те времена, когда не было законов<sup>2</sup>.

Защита правила о том, что судья не должен отказывать в правосудии под предлогом молчания, «темноты» или неясности закона, строилась на рассуждениях о естественной справедливости как основе судейского решения в этих случаях, на том положении, что надо выбирать из двух зол меньшее, так как приостанавливать отправление суда тяжелее, чем оставить кое-что на совести судьи. Можно не бояться возможных решений *contra legem*, поскольку все решения подлежат контролю кассационного суда. Наконец, за решение судей при отсутствии закона по совести и справедливости говорят авторитеты самых великих публицистов — Цицерона и Блэкстона, Гроция и Пуффендорфа, это начало справедливости черпается из природы вещей. Статья 4 ФГК предусматривает только те случаи, когда закон «темен» или недостаточен, или случаи,

<sup>1</sup> Завадский А.В. Указ. соч. С. XXX–XXXVIII.

<sup>2</sup> Там же. С. XXXIV–XXXV.



когда его вовсе нет. Испрашивать новый закон — значит впасть во все неудобства обратного действия закона, так как стороны заключали свои сделки еще до издания этого разъяснительного закона. Есть простая, элементарная истина: где нельзя узнать воли закона, судья становится по самой природе вещей слугою справедливости. Справедливость в смысле справедливости судебной есть только возвращение к естественному закону при молчании, «темноте» и недостатке положительных законов, в этом смысле справедливость — истинное дополнение законодательства, без которой делается невозможным в громадном большинстве случаев отправление обязанности судей<sup>1</sup>. Следует отметить и то, что кодекс составлен таким образом, что может функционировать только с помощью гибкой и смелой юриспруденции, способной восполнять пробелы текста и применять его постановления ко всему разнообразию непрерывно возрастающих жизненных потребностей<sup>2</sup>.

Идея, выраженная в ст. 4 Кодекса Наполеона, была заимствована затем почти всеми европейскими законодательствами. К примеру, австрийское Гражданское уложение 1811 г. на случай, не разрешимый прямо законом и по сходству с другими законами (аналогия закона), предлагает разрешать дело по соображению со всеми основательно рассмотренными обстоятельствами согласно началам естественного права<sup>3</sup>.

Статья 4 Кодекса Наполеона, запретившая судье отказывать в правосудии по причине неурегулированности отношений в законе, неясности или недостаточности закона, лишила юридического основания процедуру отсылки к законодателю и сделала юридически обязательным поиск права судьей в процессе разрешения конкретного дела. Это по-настоящему революционное и для правоприменительной деятельности, и для теоретической юриспруденции значение ст. 4 Кодекса Наполеона отмечалось представителями социологических теорий права в начале XX в.

*На третьем этапе* во второй половине XIX в. верх берут догматические тенденции, заложенные ранее исторической школой права и продолженные затем юридическим позитивизмом. В его рамках сложилось учение о том, что законы кажутся неполными и содержащими пробелы лишь внешне, а на самом деле в них якобы в скрытом виде есть ответы на все вопросы жизни, право является

<sup>1</sup> Там же. С. XXXVI–XXXVIII.

<sup>2</sup> См.: Салейль Р. Указ. соч. С. 202. Именно так далее Р. Салейль и характеризует французскую судебную систему.

<sup>3</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. С. 746; Виноградов П.Г. Указ. соч. С. 148.

законченным целым, к которому стоит только применить некоторые логические приемы — и необходимое решение будет найдено. Возникла теория о том, что несовершенным, неполным или противоречивым может быть только определенный закон или любой параграф закона, но все положительное право рассматривалось как логическое единство, обладающее совершенством, отсутствием пробелов и противоречий. Всякий вопрос имеет свой ответ, который или прямо указан в законе, или находится путем уяснения воли закона (или законодателя), которая беспробельна. Б. Виндшайд писал: «При пробелах необходимо, исходя из слов закона, плести дальше мысли законодателя, следствием чего может получиться аналогия (расширение закона)»<sup>1</sup>. К. Бергбом («Юриспруденция и философия права», 1892 г.) единственным источником права признает положительный закон и настаивает на логической законченности права, его беспробельности<sup>2</sup>.

Юридический позитивизм был в целом господствующим учением и в российской юридической науке второй половины XIX — начала XX в., в соответствии с его концептуальными установками развивались и представления о применении права. Указывалось, что главным основанием судебного решения должен быть закон, самым лучшим вариантом было бы создание идеального законодательства, которое предусматривало бы все варианты правового поведения<sup>3</sup>. Это не всегда возможно, и в случае неясности, неполноты, противоречия или недостатка закона надлежит прибегать к открытию его общего смысла (ст. 9 Устава гражданского судопроизводства, ст. 12 Устава уголовного судопроизводства). Для того чтобы открыть этот общий смысл, следует обратиться к «воле законодателя» или «воле закона».

Это в понимании юристов того времени далеко не одно и то же. Выяснение «воли законодателя» (того, который когда-то принял соответствующий закон; это более ранняя точка зрения) мыслимо лишь посредством исторического толкования, но этот путь во многих случаях не приводит к нахождению надлежащего решения, он противоречит началу эволюции правовых учреждений; наконец, при современном характере законодательства, которое является продуктом коллективной воли, сама воля законодателя становится неко-

<sup>1</sup> Цит. по: Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепций Е. Эрлиха. Киев, 1977. С. 36.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См., например: Шершеневич Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 1. С. 70; Его же. Общая теория права. С. 699–704; Боровиковский А.Л. Отчет судьи. Т. 1. СПб., 1909. С. 221–222.

торой фикцией. Методом, наиболее соответствующим истолкованию «воли закона», является толкование систематическое, опирающееся главным образом на юридическую конструкцию и аналогию. Оно заменяет подлинного законодателя некоторой идеальной фигурой, которой присваиваются известные качества. Так, воля идеального законодателя универсальна (не знает пробелов), лишена противоречий, проникнута логическим единством принципов, понятия его обладают бесконечной логической растяжимостью. Законодатель этот проникнут определенными целями («дух закона»), но эти цели не неизменны, а определяются для каждой эпохи соответственно с тем, что судьи и ученые юристы признают разумным, полезным, целесообразным<sup>1</sup>. Но в любом случае судья — только исполнитель закона, обязанный безусловно следовать его повелениям. Такой же точки зрения придерживался в своих решениях и Правительствующий сенат, кассационный орган судебной системы того времени.

На необходимость строгой законности при преодолении пробелов в праве указывали подавляющее большинство авторов, разрабатывавших как общие, так и отраслевые юридические проблемы. Эта мысль проводится в одном из первых учебников по энциклопедии права: «на основании справедливости судья не может ни пополнять пропуски закона, ни игнорировать закон»<sup>2</sup>. Е.В. Васьковский основным источником гражданского процессуального права считает законодательные нормы. А когда на практике возникают вопросы, не предусмотренные прямо никакими юридическими нормами, суды обязаны разрешать их по общему смыслу наличных норм, посредством логического развития их. Судебную практику можно рассматривать лишь как вспомогательный источник права, играющий очень незначительную роль<sup>3</sup>.

Проблема пробелов в праве и способов их преодоления (аналогия) рассматривалась сначала в рамках теории толкования законов, выделялся особый вид толкования — «толкование по аналогии». К концу XIX в. в литературе по теории (энциклопедии) права уже четко прослеживается тенденция к самостоятельному рассмотрению пробелов в праве и аналогии в праве. Так, на то, что не следует смешивать с толкованием «аналогического применения нормы»<sup>4</sup>, указывает Н.М. Коркунов. Е.Н. Трубецкой относит аналогию зако-

<sup>1</sup> См.: Люблинский П.И. Указ. соч. С. 140.

<sup>2</sup> Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. Киев, 1913. С. 27, 93–95.

<sup>3</sup> См.: Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. Т. 1. М., 1913. С. 10–12.

<sup>4</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 6-е изд. СПб., 1904. С. 347. Кроме этого указания про аналогию в «Лекциях...» практически ничего нет.

на к толкованию, а аналогию права рассматривает как творческий акт, создающий новую норму. В более поздних курсах Г.Ф. Шершеневича<sup>1</sup> и Ф.В. Тарановского<sup>2</sup> применение права по аналогии рассматривается уже самостоятельно. Формулировалось понятие пробела в праве, анализировались причины их появления, давалась критика созданных во второй половине XIX в. сторонниками классического юридического позитивизма теорий «беспробельности права» и «логической замкнутости (завершенности) права»; давалось также понятие аналогии закона и аналогии права, характеризовалось их использование в законодательстве дореволюционной России и в юридической практике. Проблемы пробелов в праве и аналогии в праве рассматривались кроме курсов теории (энциклопедии) права и в ряде специальных работ<sup>3</sup>, и в изданиях, посвященных толкованию правовых норм; так, к примеру, Е.В. Васьковский в «Руководстве к толкованию и применению законов» (1913 г.) показывает, каким образом могут быть преодолены пробелы в различных отраслях права.

*Объективный характер пробелов в праве, причины их возникновения.* Идея об объективном несовершенстве, неполноте законодательства была достаточно популярной в юридической науке дореволюционной России. Качество российских законов оценивалось в целом невысоко, поэтому теория беспробельности закона, разработанная в рамках западноевропейского юридического позитивизма, в России большой поддержки не получила. Наличие пробелов признавалось, другое дело, что для их преодоления представители юридического позитивизма предлагали воспользоваться аналогией закона или права, руководствуясь опять же «духом», «общим смыслом» закона, а не иными источниками права. О недостатках законов, причем не только об их пробелах, писали сторонники практически всех научных направлений — как юридического позитивизма, так и иных правовых школ.

Еще в 1870-х гг. указывалось на отсутствие должной системности, на казуистичность российских законов, составлением которых занималась в основном бюрократия, ученые в этой деятельности участия практически не принимали. «Главный недостаток Свода — случайность, несвязанность его постановлений, несоответствие

<sup>1</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. М., 1912. С. 742–757.

<sup>2</sup> См.: Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 254–260.

<sup>3</sup> См., например: Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. СПб., 1904; Дубровин Ф. О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона // Журнал Министерства юстиции. 1899. № 5.

между внешней формой закона и заключающейся в ней мыслью»<sup>1</sup>. Отсутствует и концепция издания законов — они издаются, когда возникает практическая потребность в отдельных правовых нормах, поэтому, когда открываются новые жизненные обстоятельства, возникают и пробелы<sup>2</sup>. Почти в то же время на неясность, казуистичность и пробельность российского законодательства указывал и А.Д. Градовский<sup>3</sup>. Г.Ф. Шершеневич говорил о существовании пробелов в праве<sup>4</sup>, признавая и то, что в таком своде, как российский, нет и быть не может общего смысла, основываясь на котором, суд должен давать решения на случаи, не определенные законом<sup>5</sup>.

Е.В. Васьковский, выявляя недостатки части первой т. X Свода законов (неполнота, казуистичность, устарелость, несамостоятельность, плохая редакция<sup>6</sup>), давал краткий перечень наиболее обширных и важных пробелов в гражданском праве: в гражданских законах общей части нет; неясные и противоречивые постановления о правоспособности и дееспособности физических лиц включены в раздел, посвященный опеке, или рассеяны по другим томам свода; немногие, тоже сбивчивые и неполные, правила относительно объектов права приурочены преимущественно к недвижимому имуществу; о юридических лицах и сделках почти никаких общих постановлений нет; много пробелов и в вещном праве — нет определения его и указания на разницу между вещным и обязательственным правом; нет ни определения понятия владения, ни характеристики способов его приобретения и потери; немало пробелов в обязательственном праве, например, общие условия действительности договоров определены неполно и неточно; в области семейного права недостаточность постановлений видна в институтах опеки и попечительства; в наследственном праве оставлены почти без регламентации институты душеприказчества и отказов<sup>7</sup>. Для преодоления пробелов в праве представители юридического позитивизма считали достаточными, как было показано выше, различные виды толкования и аналогии. Окончательное устранение пробелов и иных дефектов закона виделось через законодательную деятельность.

<sup>1</sup> Оршанский И.Г. Частный закон и общее правило // Журнал гражданского и уголовного права. 1873. № 2. С. 70; № 3. С. 34.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См.: Градовский А.Д. О судебном толковании законов по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. Кн. 1. С. 3, 23.

<sup>4</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. С. 745, 747.

<sup>5</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. 1. С. 432.

<sup>6</sup> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Вып. 1. СПб., 1894. С. 38–40.

<sup>7</sup> См.: Васьковский Е.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского. Пг., 1915. С. 13–15.

Сторонники иных научных направлений, прежде всего социологической юриспруденции, продолжили критику недостатков законодательства, сказывающихся на применении последнего, но замечая при этом, что создать самые совершенные законы принципиально невозможно; правоприменитель скрытно или открыто всегда будет выходить за пределы закона.

С.А. Муромцев отмечает, что во все времена «положительное право ограничивается, изменяется и дополняется под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости, руководящих лицами, применяющими право»<sup>1</sup>; преодоление пробела в законе означает не что иное, как создание нового права<sup>2</sup>.

По мнению Л.С. Белогриц-Котляревского, как бы успешно ни функционировала законодательная деятельность, она не в состоянии «поспеть за всеми течениями жизни»<sup>3</sup>. Пока законодатель установит более целесообразную норму, правовое убеждение правоприменителей само вырабатывает такое положение, которое, повторяясь, постепенно распространяется и вместо закона делается правилом поведения. Л.С. Белогриц-Котляревский указывает наиболее типичные пробелы в общих частях уголовных законов. В российском уложении (как и в общегерманском) нет положения «о покушении над негодным объектом»<sup>4</sup>, ни в одном кодексе нет положения о действии закона вне государственной территории. В большинстве кодексов нет конструкции покушения вообще, нет положений об ответственности подстрекателя при эксцессах исполнителя, о значении согласия пострадавшего при посягательствах на свободу и целостность тела, о причинной связи, устанавливающей ответственность за результат и т.д. Во всех таких и подобных случаях суд вместе с наукой права создает самостоятельные нормы, которыми регулируются жизненные интересы.

Н.А. Гредескул отмечает трудности, стоящие перед законодателем в его работе, вследствие чего возникают и недостатки самого закона, которые создают помехи в его применении. Законодатель должен формулировать норму, пользуясь опытом прошлого и имея перед глазами настоящее. Между тем норма всегда предназначена для будущего, ее действие начнется лишь после издания. Норма формулируется при помощи языка, который также всецело опирается на

<sup>1</sup> Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. Ч. 1. М., 1877. С. 223.

<sup>2</sup> См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 42–43.

<sup>3</sup> Белогриц-Котляревский Л.С. Творческая сила обычая в уголовном праве. Ярославль, 1890. С. 7.

<sup>4</sup> Там же. С. 15.

прошлое. Поэтому трудности применения закона в силу самого течения времени постоянно возрастают. Перед правоприменителем будут также явления, которые законодатель совсем не предвидел, или не вполне предвидел, или не так предвидел, как они происходят на самом деле; изменится и смысл некоторых слов, употребленных в законе. В отношении течения времени законодатель бессилён; кроме того, он может и ошибаться, пусть даже неумышленно. Не всегда получается сформулировать наилучшим образом правило поведения; возможно просто упустить из виду какие-то вполне очевидные факты и отношения, которые могли бы быть урегулированы. Во всем этом законодателя особо винить нельзя, поскольку его деятельность чрезвычайно трудна<sup>1</sup>. О влиянии фактора времени говорит и Ю.С. Гамбаров: «...нас приковывают насильственно к моменту издания закона; и какова бы ни была последующая эволюция идей и учреждений, мы не можем выйти ни на шаг из заколдованного кругозора законодателя, давно переставшего существовать... Рано или поздно наступает момент, когда неудобный закон нельзя даже обойти, а надо или отвергнуть, или подчиниться»<sup>2</sup>.

Убедительно пишет о пробелах в дореволюционном российском законодательстве П.И. Беляев: «Наши законы, за некоторым исключением, представляют собой не кодификацию, а санкционированные своды, заключающие в себе законы, принадлежащие разным, иногда очень отдалённым, временам, и вдобавок законы казуистические, прежние указы, возникавшие по поводу отдельных юридических случаев»<sup>3</sup>. Но даже и в кодификациях пробелы неизбежны — по самой природе вещей; невозможно предвидеть все тонкости новых отношений, надо, чтобы многие вопросы разработала практика (например, скудные постановления Свода законов гражданских о товариществах — ст. 2126 и сл.). К тому же законы имеют свойство устаревать, отставать от жизни. Законодатель иногда сам прибегает к помощи обычая, сознательно допускает пробелы, например, когда закон предоставляет судье установить меру гражданских последствий правонарушения и т.д. Общий смысл в своде — фикция, как и гипотетическая воля законодателя. Мало можно найти общих принципов в своде, объединившем собой внешним образом законы, относящиеся к трём векам<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Харьков, 1900. С. 117–120, 134–135.

<sup>2</sup> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. СПб., 1911. С. 5.

<sup>3</sup> Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. 1911. № 2. С. 7.

<sup>4</sup> Там же. С. 7–9, 13–14, 36–37.



О непригодности «общего смысла» закона в качестве универсального средства для преодоления пробелов рассуждает и П.И. Люблинский: «Законы создаются в разное время, под влиянием различных запросов и различными людьми, и потому нисколько не удивительно, что не только положенные в основание их принципы, но и даже и сами конкретные постановления их могут быть противоречивыми»<sup>1</sup>. Автор анализирует и критикует теорию беспробельности закона.

«Уголовные законы как общей, так и особенной части неясны, полны пробелов и противоречий»<sup>2</sup>, утверждает С.В. Позднышев. Неточны и недостаточны указания в законе на вопросы из области уголовно-правовой вины, покушения и соучастия. Судебной практике пришлось вне закона вырабатывать понятия и отдельные признаки многих преступлений — самоуправство и насилие (ст. 142 Устава о наказаниях); кража (ст. 1644 Устава о наказаниях) и др. Имущественные преступления вообще потребовали от судебных учреждений «громадной затраты творческой деятельности для выяснения входящих в их состав признаков»<sup>3</sup>.

Дальше всех идет Г.В. Демченко, утверждая, что представление о ясности закона беспочвенно и ошибочно, так как несовершенство закона, его неясность и неполнота являются не случайными, а существенными признаками его природы. Это происходит вследствие многих причин, и в первую очередь в силу невозможности законодателя заблаговременно все предвидеть<sup>4</sup>. Г.В. Демченко пишет о невозможности создания идеального кодекса и подтверждает свою мысль таким примером: казалось, все возможное использовали составители Англо-индийского уголовного кодекса 1860 г., чтобы облегчить его применение, — вводили многочисленные определения, разъяснения, примерные решения дел и т.д., но результаты были не лучше, чем при применении других законов, — оставались и пробелы, и неясности, и широкое поле деятельности для творчества судей<sup>5</sup>.

Все-таки следует отметить, что анализ проблем качества закона, его принципиального несовершенства, неполноты проводился обычно в рамках теории применения права и рассматривался как своеобразное вступление, после которого переходили к процессу преодоления пробелов в праве. Теории правотворчества в консоли-

<sup>1</sup> Люблинский П.И. Указ. соч. С. 129.

<sup>2</sup> Позднышев С.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права уголовного. Пг., 1915. С. 54.

<sup>3</sup> Там же. С. 55–67.

<sup>4</sup> См.: Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. СПб., 1904. С. 16–17.

<sup>5</sup> Там же. С. 28–34.



дированном виде еще просто не существовало. Показательно название соответствующего параграфа в последнем издании учебника энциклопедии права (1917 г.). Речь идет не о характеристике содержания, стадий, принципов и т.д. правотворчества, а только о «сосредоточении правотворения в руках государственной власти»<sup>1</sup> как о явлении, развивавшемся на протяжении последних веков.

Определенное внимание, особенно после 1906 г. (начала деятельности I Государственной Думы), уделялось рассмотрению процесса принятия законов. Так, к примеру, в учебной литературе дореволюционной России по теории (энциклопедии) права и по государственному праву с различной степенью подробности и на разном материале (только отечественном или же с привлечением иностранного) излагались обычно четыре стадии законодательного процесса: инициатива, обсуждение, утверждение и обнародование закона<sup>2</sup>.

Таким образом, данный факт — несформированность в дореволюционной юридической науке теории правотворчества — обусловил развитие взглядов на причины пробелов, их объективный характер, на качество законодательства в целом в рамках теории правоприменительной деятельности.

*Преодоление пробелов в праве как творческая деятельность с позиций социологической школы права, идей «свободного нахождения права», принципиальное признание роли судьбы, судейского усмотрения.* С последней трети XIX в. с возникновением социологических теорий развитие исследований в области правоприменения переходит на новый уровень. Возникает новое направление в правовой мысли — школа «свободного нахождения права» (или «свободного права») — первая доктрина, в центре внимания которой стояли вопросы собственно правоприменительной деятельности. Суть теории «свободного нахождения права» как самостоятельного направления в юридической мысли состоит в отрицательном отношении к разработанной юридическим позитивизмом теории правоприменения, в признании наряду с положительным правом, а иногда и вместо него, различных незаконных критериев, которые и объединяются понятием «свободное право». Для представителей этого научного направления характерны<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 447–455.

<sup>2</sup> См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 6-е изд. СПб., 1904. С. 302–303, 312–314; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 117–123; Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк. 6-е изд., испр. и доп. М., 1914. С. 95–96; Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 2. М., 1911. С. 382–391.

<sup>3</sup> См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 117–118; Раевич С. Из вопросов учения о толковании и применении права // Советское право. 1924. № 3 (9). С. 64; Манелис Б.Л. Школа свободного права и ее место в буржуазно-юридической науке // Вест-

1) отрицательное отношение к господствующей в то время доктрине юридического позитивизма, к признанию ведущей роли позитивного закона, к учению о «беспробельности» права и к традиционной технике толкования законов;

2) утверждение, что судья фактически всегда наряду с законом руководствуется незаконными общественными и субъективными критериями;

3) требование юридической легализации этого характера судебной деятельности, то есть предоставления судье свободы решать дела не только «по закону» (*intra legem*), но и «кроме закона» (*praeter legem*), и даже «против закона» (*contra legem*), руководствуясь при этом внепозитивными критериями.

Речь, таким образом, шла об объективном характере пробелов в праве, об открытом, сознательном предоставлении судье права заполнения пробелов его свободным творчеством, опирающимся не столько на логические принципы, сколько на другие критерии<sup>1</sup>.

На пробелы в праве сторонники и предшественники социологической юриспруденции, идей «свободного нахождения права» обращали особое внимание.

Еще в 1885 г. в небольшой работе О. Бюлова «Закон и судья» («*Gezetz und Richteramt*») проводилась мысль, что абстрактные нормы закона всегда оказываются на практике недостаточными, чтобы быть единственным источником права, и должны быть поэтому дополняемы самостоятельной деятельностью судьи: «В бесчисленных случаях, когда закон оказывается недостаточным, деятельность судьи должна создавать самостоятельное право и черпать его в живом роднике народного правового чувства». Е. Эрлих в работе «Пробелы в праве» («*Lücken in Recht*», 1888 г.) отметил тенденцию новейшего законодательства создавать эластичные нормы, оставляющие место для судебного усмотрения. В 1903 году в докладе «Свободное искаание права и свободная юриспруденция» («*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*») он обосновал принцип «свободного нахождения права» (*freie Rechtsfindung*) качестве руководящего положения судебной деятельности, поскольку это прямо не запрещается законом. Французский ученый Ф. Жени в 1899 г. выпустил капитальный труд «*Methode d'interpretation et sources en droit prive positif*», разобрав традиционные методы интерпретации законов и установив

---

ник Коммунистической академии. 1928. № 28 (4). С. 214–215; Лазарев В.В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань, 1969. С. 23.

<sup>1</sup> См.: Люблинский П.И. Указ. соч. С. 162–163.

их полное бессилие совладать с потребностями гражданского оборота, автор обосновывает новый метод в теории источников права, в основу которого кладет «свободное научное искание права»<sup>1</sup>. Впоследствии исследователями неоднократно отмечалось, что идеи «свободного права» в некоторой степени справедливо дискредитировали догмы юридического позитивизма о «беспробельности» и «логической замкнутости» права<sup>2</sup>.

Идеи «свободного нахождения права» оказали безусловное влияние и на развитие европейского законодательства в части действий на случай его возможной пробельности. Наиболее ярко они выражены в Швейцарском гражданском уложении 1907 г., ст. 1 которого говорит о том, что в случае пробела в законе судья должен решать дело «на основании обычного права, а при отсутствии и такового — по правилу, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует доброй научной теории и практике»<sup>3</sup>.

Как и в Западной Европе, возникновение в России социологических (С.А. Муромцев, Н.М. Коркунов, М.М. Ковалевский и др.) и психологических (Л.И. Петражицкий) теорий обусловило более пристальное внимание к внутренним закономерностям правоприменительной деятельности, к ее сложному и противоречивому интеллектуально-волевому содержанию, к выводам о переплетении и сочетании в нем начал законности и усмотрения. Закон не дает ответов на все вопросы, которые ставит жизнь; даже если провозглашается требование строжайшей законности, все равно на практике неизбежны отступления от него, поэтому абсолютное подчинение судьи закону невозможно.

Так, С.А. Муромцев подчеркивает роль судьи в применении законов, в том числе и при наличии пробелов в праве: «Судья, сталкиваясь с несовершенством закона или его отсутствием, должен положиться на свои собственные силы и приступить к регламентации гражданско-правового порядка, не дожидаясь, пока выступит законодатель... Закон, обычай, наука, общественные воззрения на справедливость и нравственность — все это авторитеты, которые неминуемо руководят судьей, но которым он не подчиняется пассивно... [судья] один есть непосредственный творец гражданско-правового порядка»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Кельман Е.И. Проблемы «свободного права». Киев, 1915. С. 8–9.

<sup>2</sup> Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. Киев, 1977. С. 163.

<sup>3</sup> Швейцарское уложение 1907 г. Пг., 1915.

<sup>4</sup> Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. 1880. № 11–12. С. 392–393.

Н.М. Коркунов, еще один яркий представитель социологической юриспруденции, отмечает, что российская судебная кассационная практика вследствие неполноты и казуистичности законодательства по необходимости имеет творческий характер<sup>1</sup>.

Л.С. Белогриц-Котляревский соглашается с С.А. Муромцевым и Н.М. Коркуновым, Й. Колером и другими зарубежными учеными в том, что судебная практика не только раскрывает, но и творит право, создает новую норму. Лучшим доказательством творческого характера судебной деятельности служит то, что при издании новых законов соответствующие судебные решения сплошь и рядом делаются основанием реформы прежних норм, источником новых положений закона. А во всех случаях обнаружения пробелов в праве суд вместе с наукой права должен создавать самостоятельные нормы<sup>2</sup>.

Правила, которых необходимо придерживаться судье при пробелах в законе, пробует сформулировать П.И. Беляев. При отсутствии ответа в законе на подлежащий разрешению вопрос судья прежде всего должен руководствоваться обычно-правовыми нормами. Обычай — это комплекс правил, выработанных жизнью общества. Последнее имеет «естественное» право, чтобы эти правила не игнорировались судьями, которые должны быть органами не только государства, но и общества и предотвращать конфликт закона с обычаем и справедливостью. При отсутствии обычных норм возникает законодательствование судьи. При этом судья будет взвешивать интересы, руководствуясь указаниями юриспруденции и представлениями общества о справедливости, оставаясь, однако, в рамках общих тенденций закона<sup>3</sup>.

Критерии, которые предлагались различными авторами для установления смысла закона и особенно для восполнения пробелов, положены в основание классификации сторонников «свободного права» А.В. Завадским<sup>4</sup>. Все представители «новейших течений» в юриспруденции, ратующих за более широкую свободу судейского усмотрения, делятся: 1) на школу свободного права; 2) сторонников социологического метода; 3) представителей взвешивания интересов; 4) выступающих за восполнение пробелов в праве, а также за разрешение сомнений при толковании закона, сознательно стремясь достигнуть определенной цели.

<sup>1</sup> См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1886. С. 286.

<sup>2</sup> См.: Белогриц-Котляревский Л.С. Указ. соч. С. 11, 14, 15.

<sup>3</sup> См.: Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. 1911. № 2. С. 42–44.

<sup>4</sup> См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 114–115.

Критерии, которыми следует руководствоваться при решении дел в случае недостаточных указаний закона, разные у разных авторов и не до конца ясны в практическом применении. Объединяет все позиции только одна черта — это расширение творческой деятельности суда, отрицание за судьей роли машины, механически подводящей факты под объективно существующие нормы<sup>1</sup>. А с какого момента начинается творчество судьи, в чем оно выражается, каковы правила восполнения пробелов, бессознательным, иррациональным или сознательным, субъективным или объективным критериям отводится главная роль, наконец, каково соотношение судебного творчества и законности — все это вопросы, получившие самое различное и далеко не окончательное решение.

Все это давало серьезный повод для критической оценки идеи расширения судейского усмотрения при преодолении пробелов в праве со стороны представителей других научных направлений, прежде всего с позиций юридического позитивизма. И.А. Покровский отмечает, что закон может оказаться в данный момент несправедливым, в нем могут быть пробелы, неточности редакции, но основным принципом толкования является правило, согласно которому *только закон может быть источником судебного решения*. Только из закона, из его прямых постановлений или из его общего духа суд должен черпать нормы для своих приговоров, а отнюдь не из какого-нибудь естественного права или общих представлений о справедливости, целесообразности и тому подобных вне закона лежащих инстанций. Не только для исправления закона, но даже и для восполнения его пробелов все эти незаконные инстанции силы не имеют<sup>2</sup>.

При пробелах в праве используется аналогия закона и права. И в том и в другом случае, как указывает Г.Ф. Шершеневич, мы имеем дело с некоторым творчеством, основанным на разрешении законодателя. Но это далеко не то свободное творчество со стороны суда, которое широко пропагандируется некоторыми авторами. Все это движение в пользу судейского свободного творчества состоит в резком противоречии, с одной стороны, с той выдающейся ролью, какая выпала в наше время на законодателя, а с другой — с общественной судейской организацией. На чем может быть построен при свободном творчестве пересмотр дела в апелляционном и тем более в кассационном порядке?<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Там же. С. 123.

<sup>2</sup> См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 65–66, 69.

<sup>3</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. С. 754, 756.

Среди ученых, причисляемых к сторонникам «возрожденного естественного права» в России<sup>1</sup>, также оказалось немало критиков идеи расширения рамок судейского усмотрения или, по крайней мере, тех, кто не придавал ей особого значения.

В.М. Гессен говорил о том, что в правовом государстве естественное право не применяется вместо положительного, известно его образное высказывание о невозможности использования естественного права при пробелах в законе, оно «не должно служить идеальной заплатой на дырявом материальном плаще положительного права». Вместо этого необходима реформа положительного права, требование позитивации естественно-правовой нормы. Естественное право должно быть обращено к законодателю<sup>2</sup>.

Е.Н. Трубецкой приходит к выводу о необходимости признать и естественное право наряду с положительным, в противном случае мы лишимся критерия оценки последнего<sup>3</sup>. В жизни бывают случаи, законом не предусмотренные, и суд, разбирая их и используя аналогию закона или права, призван играть творческую роль. Для восполнения пробелов в законодательстве необходимы и обычное право, и административные распоряжения, и корпоративные нормы, и нормы судебной практики. Так как деятельность суда отчасти творческая, она должна находиться под сильным влиянием науки права. Суд восполняет пробелы, обращаясь и к науке посредством юридического мышления, но в то же время наука не признается источником права<sup>4</sup>.

И.В. Михайловский говорит о пробелах в законе (законодатель не в силах все предусмотреть, жизнь постоянно идет вперед), о неверности теории беспробельности права. Нельзя переоценивать силу законодательства, оно часто оказывается бессильным перед новыми явлениями жизни. И суду придется создавать для этих явлений новые нормы на основании других источников, важнейшим из которых является естественное право; на основании логического развития общих начал естественного права в применении к потребностям данной социальной среды будет сформулирована новая юридическая

---

<sup>1</sup> К представителям «возрожденного естественного права» в России относят П.И. Новгородцева, Б.А. Кистяковского, В.М. Гессена, Е.Н. Трубецкого, Н.А. Бердяева, А.С. Яценко, И.В. Михайловского. См.: Поляков А.В. «Возрожденное естественное право» в России (критический анализ основных концепций): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1987.

<sup>2</sup> Гессен В.М. Возрождение естественного права. СПб., 1902. С. 11–12.

<sup>3</sup> См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 68–69.

<sup>4</sup> Там же. С. 108–133, 135–136.

норма, которая заполнит пробел положительного права<sup>1</sup>. Особенно велико творчество суда при так называемой аналогии права. Она в сущности не является аналогией, так как нет сходной нормы, нет логического процесса заключения по аналогии. Это самостоятельный прием восполнения пробелов в праве, более высокая ступень творческой деятельности судьи, где источником для формулирования новых норм является естественное право<sup>2</sup>. Однако, по мнению И.В. Михайловского, элементы творчества не дают права судье игнорировать предписания законодателя.

Вторая половина XIX — начало XX в. — время активного развития отечественной научной юриспруденции, конкуренции теоретических идей, характеризующих основные правовые школы (юридический позитивизм, социологическая школа права, «возрожденное естественное право» и др.); с этих позиций происходит углубление научных представлений о теоретических проблемах реализации права, в том числе и при пробелах в законе. Признавался их объективный характер, устанавливались причины их появления, их преодоление представителями разных правовых школ виделось деятельностью более или менее творческой.

*На четвертом этапе* интерес к проблеме пробелов в праве в советской юридической науке обозначился в 1960-х гг., когда изучались причины возникновения пробелов, способы их преодоления в практической деятельности, разрабатывался институт юридической аналогии. На основе опыта законодательной и кодификационной деятельности советского государства активно развивается и теория правотворчества, формулируются требования юридической техники, система правил которой постоянно совершенствуется и расширяется. В число этих правил неизменно входит необходимая полнота правового регулирования, исключая по возможности наличие пробелов.

Современные тенденции развития теории пробелов в праве в двух направлениях — в рамках теорий применения права и правотворчества — показательно отражены в научном творчестве профессора В.В. Лазарева.

С одной стороны, была продолжена традиционная линия исследования выявления пробельности закона в применении права и инструментов ее преодоления<sup>3</sup>. И в последующих работах отмечался творческий характер правоприменительной деятельности, осо-

<sup>1</sup> См.: Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 425–427.

<sup>2</sup> Там же. С. 431.

<sup>3</sup> См.: Лазарев В.В. Установление пробелов в праве в процессе его применения // Советское государство и право. 1972. № 2; Лазарев В.В. Разрешение гражданских дел при отсутствии закона, регулирующего спорное отношение // Правоведение.



бенно в случаях преодоления пробелов в праве, решения вопросов при значительном усмотрении правоприменителя<sup>1</sup>.

С другой стороны, едва ли не большая часть из написанного профессором В.В. Лазаревым по проблемам пробелов в праве посвящена вопросам, которые в принципе почти не интересны юридической практике, но которые актуальны для общей характеристики правовой системы, правового регулирования общественных отношений, правотворческой деятельности. Это вопросы развития взглядов на пробелы в праве в истории политических и правовых учений, в отечественной и зарубежной юридической науке XIX–XX вв. (изложение и анализ взглядов зарубежных авторов Э. Цительмана, Ф. Зомло, Л. Шпигеля, Р. Лауна, А. Келлера, К. Ларенца, К.В. Канариса, У. Клюга, Л. Сиора представляет несомненный интерес и для современных исследователей)<sup>2</sup>, вопросы, связанные с изучением причин возникновения пробелов<sup>3</sup>, с их классификациями<sup>4</sup>, отличиями от иных дефектов законодательства.

Пробелы свойственны и материальному, и процессуальному праву<sup>5</sup>, в более поздних работах различаются пробелы в праве и пробелы в законодательстве.

Деятельность по установлению<sup>6</sup> пробелов в законодательстве предполагает определение сферы, границ и пределов правового регулирования общественных отношений<sup>7</sup>, и здесь надо видеть случаи «квалифицированного» (или даже красноречивого) молчания

---

1973. № 6. С. 99–106; Его же. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юридическая литература, 1974.

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982. С. 49.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань, 1969. С. 10–54; Его же. Буржуазный юрист о пробелах в праве // Вестник Московского университета. Сер. Право. 1967. № 3. С. 88–90.

<sup>3</sup> См.: Лазарев В.В. Вопросы происхождения пробелов в праве // Вестник Московского университета. Сер. Право. 1967. № 1.

<sup>4</sup> См.: Лазарев В.В. О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 6. С. 30–37.

<sup>5</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). С. 64.

<sup>6</sup> См., например: Лазарев В.В. Об установлении пробелов в конституционном праве // Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения. М., 2008. С. 47–58. Различным аспектам установления пробелов посвящена значительная часть монографии Лазарева В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.

<sup>7</sup> См.: Лазарев В.В. Сфера и пределы правового регулирования // Советское государство и право. 1970. № 11; Его же. Определение сферы правового регулирования // Правоведение. 1980. № 5.



законодателя<sup>1</sup>, различать реальные и мнимые пробелы. Устранение, восполнение<sup>2</sup> пробелов в законодательстве происходит в процессе правотворческой деятельности.

Различные аспекты теории пробелов в праве изложены в разделах учебников по теории государства и права<sup>3</sup>, в монографических изданиях<sup>4</sup>.

В.В. Лазарев следующим образом проводит связь деятельности по установлению пробелов с правотворчеством<sup>5</sup>:

1) установление пробелов (а затем и их устранение) и правотворческая деятельность соотносятся между собой как часть и целое. Последняя охватывает также необходимость преобразования правового регулирования, замены его иными видами социального регулирования и т.п.;

2) вхождение в компетентный государственный орган с инициативой об издании акта, призванного закрепить новые, еще не урегулированные отношения, означает одновременно суждение о существовании пробела;

3) проверка обоснованности такого законодательного предложения есть собственно процесс установления пробелов;

4) выработка компетентными органами проекта нормативного акта является официальным оформлением гипотезы о существовании пробела и пути его устранения;

5) принятие нормативного акта означает положительный ответ на вопрос о существовании пробела, а также одновременно окончательное установление и устранение пробела.

Разработка проблем установления и устранения пробелов в праве актуальна как для основного, так и для дополнительного правотворчества (внесение изменений и дополнений в уже принятые нормативные правовые акты), для совершенствования правил юридической техники, для деятельности по проведению правовых экспертиз, для оценки последствий принятия нормативных правовых

---

<sup>1</sup> См., например: Лазарев В.В. Техничко-юридические приемы сокрытия законодательной воли // Юридическая техника. 2007. № 1.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974; Его же. Политические аспекты проблемы восполнения пробелов в законодательстве // Проблемы политических наук. М.: Наука, 1980.

<sup>3</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве // Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2001.

<sup>4</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права); Его же. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.

<sup>5</sup> Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник / 5-е изд., испр. и доп. М., 2015. С. 289.

актов (оценки регулирующего воздействия), для проведения мониторинга законодательства.

Почти все указанные выше работы профессора В.В. Лазарева собраны во втором томе его избранных произведений «Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение»<sup>1</sup>, который выступает актуальным источником научных знаний в сфере правотворческой деятельности.

---

---

*Лазарев В.В.*

### **ПРОБЛЕМА ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ В СВЕТЕ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ**

Проблема пробелов в праве привлекла мое внимание на заре далекой научной юности более полувека назад. В качестве аспиранта я предложил тему правового эксперимента, но кафедра теории государства и права МГУ ее решительно отвергла (в начале 1960-х гг. социальный эксперимент еще не получил признания, социологические подходы в праве не утвердились). Начался поиск новой темы, в ходе которого выяснилось, что в западной юридической науке давно ведутся исследования о причинах появления в праве пробелов, дается их классификация, предлагаются способы практического решения многих вопросов. Их не могли обойти и косвенно касались в отечественной дореволюционной науке, но советская наука замалчивала (не было ни одной специальной публикации) или вообще отрицала проблему. Кандидатская диссертация стала первым и прорывным исследованием. Поскольку затем имело место возвращение к тем или иным аспектам темы, в теоретическом или практическом преломлении<sup>2</sup>, казалось бы, следовало подвести итог, критически обобщить собственные размышления. Однако, во-первых, это лучше могут сделать другие, а во-вторых, правоведы становятся на совершенно новую (весьма, кстати, зыбкую пока) почву, на которой старые созвездия выводов угасают и появляются новые всхо-

---

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Избранные труды: в 3 т. Т. II. Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. М.: Новая юстиция, 2010.

<sup>2</sup> См.: Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: материалы Междунар. науч. конф. (28–31 марта 2007 г.) / под ред. С.А. Авакьяна. М., 2008.

ды, нуждающиеся если не в объяснении, то для начала хотя бы в констатации и описании. Теорию права они смущают, а практику приводят к растерянности.

В теоретических исследованиях отмечается: «В сфере правового регулирования мы наблюдаем появление отношений: 1) субъектами которых становятся виртуальные, или "цифровые" личности. Такое "лицо" по сути образуют цифровые данные о реальном человеке, его виртуальном, или "цифровом", образе (nickname, сетевом имени) и IP-адресе, к которому привязан компьютер, с которого совершены какие-либо действия в виртуальном пространстве. Происходит своего рода распределение субъекта этих отношений на составные части, чем-то напоминающее дисперсию света»<sup>1</sup>. Согласитесь, ни Эрлих, ни Циттельман, первыми заметившие проблему пробелов в начале прошлого века, не могли бы понять, о чем это. А речь идет о новой правовой реальности (в кавычках или без, сразу не скажешь).

Санкт-Петербургский городской суд в решении от 17 марта 2016 г. № 33-4472/2016 постановил, что виртуальные денежные средства не могут выступать предметом займа не только в качестве денежных средств, но и в качестве вещей, определенных родовыми признаками, поскольку не являются предметами материального мира и не существуют в физически осязаемой форме (о московских решениях такого рода — ниже). Предположим, что в кругу учеников Платона можно было бы о чем-то подобном порассуждать, но ни названные профессора, ни другие исследователи пробелов в праве о криптовалюте даже помыслить не могли.

Трудно представить с позиций классической теории и то решение «расправы» с пробелом, которое в интервью с журналистом описывает В.В. Путин:

«Андрей Ванденко. ...Придумали должность, которой даже не было, под которую закон пришлось в спешном порядке принимать.

Владимир Путин. Ну почему в спешном, приняли закон.

Андрей Ванденко. Сначала назначили, а потом закон как-то...

Владимир Путин. А ничего в этом необычного нет. Если что-то не отрегулировано в законе, то в соответствии с действующим у нас Основным Законом страны президент имеет право своим указом этот люк в законодательстве заполнить, а потом принимать в качестве закона. Это нормальная практика, здесь нет ничего необычного»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 94.

<sup>2</sup> URL: [https://aif.ru/politics/russia/stenogramma\\_intervyu\\_vladimira\\_putina\\_dlya\\_tass](https://aif.ru/politics/russia/stenogramma_intervyu_vladimira_putina_dlya_tass)

И далее:

«Андрей Ванденко: Ощущение поспешности, что вот как-то что-то надо было придумать...

Владимир Путин. Ощущение — это совсем не одно и то же, что реальная жизнь. У Вас могут быть какие угодно ощущения. Может быть температура, как Вы чувствуете себя, а может не быть. На самом деле нужно градусник поставить, и градусник скажет, есть у Вас температура или нет. Поэтому здесь нет ничего необычного. Повторяю, во-первых, юридическая практика такая: если люк в законодательстве есть — указ президента, а потом это имплементируется в законе. Подождите секундочку. Это первое. А второе — а зачем с такими вопросами тянуть, что поменяется? Разве лучше было бы, если с точки зрения тех, кто не понимает, что происходит, или как-то критически к этому относится, разве лучше было бы отправить правительство в отставку, а потом полгода его формировать? Вы представляете, что начнется в стране? Поэтому здесь люка во власти никогда не должно быть, никогда. Надо заранее все спокойно в деловой обстановке, продумав каждый шаг, подготовить, потом решение должно быть принято и реализовано. Здесь рассусоливать нельзя. Россия не такая страна, которая может, как Бельгия, оставаться без правительства целый год»<sup>1</sup>.

Актуальность нашей постановки вопроса становится очевидной. Если теоретикам еще можно уклониться на какое-то время от дискуссий, то практикам от рассмотрения дел — судебных и, как убеждаемся, не только судебных — не уйти. Отказ в решении практического вопроса под предлогом пробела в законе (*luken im Gesetz*) власть не допускает (классическая юриспруденция не допускала этого в правосудии — признанная аксиома юриспруденции). Впрочем отказ от теоретического исследования проблемы столь же невозможен для науки.

Представляется односторонним суждение о том, что «из трихотомии типологии предмодерна, модерна и следующего за ним постмодерна потенциал имеет только последний»<sup>2</sup>. А между тем на этом основании венгерский автор сетует по поводу отставания науки бывших социалистических стран Центральной и Восточной Европы, для которых «средства постмодернизма, по сути, остались неиспользованными в юридической практике», что «привело к относительной неконкурентоспособности, которая является своего рода нашей

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Варга Чаба. Порядок из хаоса? Философия создания и применения европейского права // Правоведение. 2014. № 6 (317). С. 235.

"врожденной недостаточностью" на общем европейском правовом рынке»<sup>1</sup>. С нашей точки зрения, методология предмодерна и модерна позволяла весьма успешно решать многие вопросы и потенциал их не исчерпан и не будет исчерпан подобно тому, как с развитием высшей математики невозможно исчерпать потенциал арифметики. Проблема пробелов в правовом регулировании не без успеха решалась в западной юриспруденции начиная со второй половины XIX в. Однако в социалистических странах соответствующие теоретические и практические наработки не использовались. Не было даже статей по теме. Первая небольшая книга о пробелах увидела свет в СССР только в 1969 г., вторая, переизданная в Будапеште на венгерском языке, — в 1974 г.<sup>2</sup> Можно предположить, что отставание российской науки именно в этой части до сих пор влияет на потерю юрисдикции и влечет проигрыши России в судебных делах. Мы не имеем твердой позиции по признанию источников права, не доверяем судам в преодолении и устранении пробелов законодательства. Мы проигрывали, не признавая пробелов права в свете предмодерна, а теперь рискуем проигрывать, не учитывая наработок постклассической науки. Постмодерн отвергает односторонние решения, сориентирован на дополнительность и интегративизм, что дает основание для использования его потенциальных возможностей в позитивном ключе.

Соединяя все социально ценное и прагматически оправданное, взаимно дополняя то, что по отдельности предоставляют разные подходы и направления правовой мысли, можно надеяться на удовлетворение личностного в рамках закономерного развития социума. Современное правоведение сосредоточивает внимание на разных аспектах права: юридическая герменевтика выделяет смысловые аспекты права; юридическая аксиология — ценностные; феноменология и структурализм акцентируются на чистых структурах права; юридический прагматизм выявляет право в действии; юридический позитивизм указывает на право как правовой факт; культурно-исторический и историко-политический подходы к праву отражают идеолого-политические и духовные, обусловленные культурой основания права. Юридический постмодернизм рассматривает право как структуру, заданную дискурсом власти, но при этом юридический натурализм определяет право как природный феномен; правовой реализм как выражение жизненных реалий в судебных решениях;

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань, 1969; Его же. Устранение пробелов в праве. М.: Юриздат, 1974; Его же. Установление пробелов в праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. МГУ, 1967.

марксизм (в рамках формационного подхода) как надстройку над экономическим базисом и т.д. Каждая методология позволяет высветить нечто значимое в рамках поставленной цели и избранной парадигмы исследования.

Представляется уже недостаточным ограничиваться тремя образами права, сложившимися в западноевропейской правовой традиции (естественно-правовой, позитивистский и социально-правовой). В них сложно, например, найти место фрейдизму или вообще психологизму. Но мы не можем ограничивать правовую реальность сугубо предметной сферой, устанавливая факты, обобщая сложившиеся практики, анализируя отработанные правовые институты. Не менее значимыми оказываются феномены психического (рационального и иррационального)<sup>1</sup>, не менее действенными — мифологические образы (теологического и светского происхождения), а разного рода фикции могут играть и вполне прагматические роли<sup>2</sup>.

Правовая реальность многомерна. Попытка игнорировать какую-либо составляющую контрпродуктивна для дела. В качестве примера сошлемся на игнорирование правовой идеологии, запрет ее обязательности в Конституции РФ. Между тем идеология всегда

---

<sup>1</sup> Так, на выводах о том, чего не хватает в действующем законодательстве, может сказаться то обстоятельство, что статья готовится в условиях несвободы, под запретом покидать квартиру, в условиях «удаленной занятости», и само понятие это, равно как и понятие «рабочее время», представляется в большой степени ирреальным, поскольку идеи отрабатываются и в дневное, и в ночное время, во время бодрствования и во сне, в коммуникациях относительно реальных (по телефону) и достаточно ирреальных (через Интернет).

<sup>2</sup> Широко известно дело панк-группы Pussy Riot, когда 21 февраля 2012 г. пятеро участниц пришли в храм Христа Спасителя, надели маски, вбежали на солею (возвышение пола перед алтарной преградой или иконостасом) и амвон (место в храме, с которого читаются библейские тексты), вход на которые запрещен, подошли к алтарю и провели «панк-молебен» — включив звукоусиливающую аппаратуру, стали выкрикивать оскорбления в адрес священнослужителей и верующих. Видеоролик с выступлением был выложен в Интернет и вызвал большой общественный резонанс. Хамовнический суд Москвы признал виновными в хулиганстве трех участниц панк-группы и назначил им по два года лишения свободы в колонии общего режима. Впоследствии разные суды рассматривали обстоятельства дела. Однако учитывались лишь установления действующего законодательства, а иррациональные аспекты, как представляется, были проигнорированы, хотя именно они составляют основную правовую реалию. Разумеется, не о хулиганстве здесь речь и даже не о том, что законодательство здесь пробельно. Имело место посягательство на такие ценности, которые для очень большого числа людей, не обязательно верующих, имеют непревзойденное значение. Картина бесовства, воспроизводимая в подсознании пришедших в храм, еще долгое время будет оскорблять праведного христианина. Мы далеки от Средних веков, но образы и мифы того времени вполне реальны.

реальна — вне зависимости от того, прописана она где-либо или нет<sup>1</sup>. В связи с этим следует обратить особое внимание на сущность и содержание Основного Закона государства, поскольку, во-первых, установление пробелов в правовом регулировании трудно представить без обращения к этому правовому акту, во-вторых, в самой Конституции могут обнаружиться пробелы, а в-третьих, все это может стать специальной темой для исследования в связи с проводимой в России конституционной реформой.

Теоретически и практически важно договориться, в какой конституции искать пробелы — в юридической (письменной), фактической или той, которая в сознании и подсознании<sup>2</sup>. При этом в сознании граждан и государственных чиновников конституции в большой степени отличаются друг от друга. Какая более актуальна, какая более действенна и какую надо менять?

По сути конституция фиксирует сложившееся соотношение социальных сил, претендующих на политическое господство. Поскольку в силу объективных и субъективных условий данное соотношение закономерно меняется, всякая конституция по прошествии определенного времени обнаруживает пробелы, а писаная конституция требует изменения текста. Так, в Конституции РФ установлена специальная норма (ст. 136) о поправках к гл. 3–8. Но там не предусматривалось, в какой форме выносятся соответствующий акт. Усилиями Конституционного Суда РФ пробел был устранен. Поправки в смысле ст. 136 Конституции РФ принимаются в форме особого правового акта — закона Российской Федерации о поправке к Конституции РФ. Возникли новые обстоятельства, которые требуют дополнительного регулирования. Законом Российской Федерации о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г.

---

<sup>1</sup> «Формула действующей Конституции Российской Федерации о недопустимости установления какой-либо идеологии в качестве государственной или общеобязательной (ч. 2 ст. 13) не только вступает в противоречие со многими положениями ее собственной первой главы, но и сводит на нет значение Основного Закона как мощного идеологического документа. Пусть даже идеологической основой этого документа были бы уже провозглашенные в нем самой ценности — идеи гуманизма, демократии, социальной защищенности, мира и согласия, законности, правового государства» (Лукиянова Е.А. Некоторые проблемы Конституции Российской Федерации. URL: <https://maxpark.com/community/13/content/2076848>).

<sup>2</sup> При этом придется отвергнуть совершенно категорическое суждение о том, что «Конституция а priori не могла быть реальной. Она изначально политически задумывалась как фиктивная правовая оболочка совершенно иной сущности государства, нежели та, о которой в Конституции было заявлено», что прямое следствие фиктивности Основного Закона его пробелы и дефекты» (Лукиянова Е.А. Указ. соч.). Мы исходим из того, что реальности констатируются разные, и текст российской Конституции — одна из них.



№ 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» (далее — Закон о поправке) предполагается восполнение пробела в действующем законодательстве, не предусмотревшем такого института, как общероссийское голосование по Закону о поправке.

Мы всегда различали в качестве самостоятельных видов пробел в законодательстве и пробел в законе. Случается так, что в законодательстве пробела нет, соответствующие отношения регулируются, а в конкретном законе он есть. Такое положение иллюстрируется существованием пробела в Конституции РФ относительно регулирования социальных прав граждан и их гарантий. Глава 3 Конституции РФ *дополняется рядом положений, которые на конституционном уровне закрепляют*, что минимальный размер оплаты труда гарантируется государством не менее величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации; осуществляется индексация пенсий не реже одного раза в год в порядке, установленном федеральным законом; гарантируются обязательное социальное страхование, адресная социальная поддержка граждан и индексация социальных пособий и иных социальных выплат (ч. 5, 6 и 7 ст. 75). Гарантированность индексации пенсий, пособий и иных социальных выплат, закрепление на конституционном уровне не только права на социальное обеспечение, но и инструментов его антиинфляционной защиты способствует реализации задач социального государства, провозглашенных ст. 7 Конституции РФ. Таким образом, данные изменения, закрепляющие (уточняющие) конституционные правомочия и функции государства, как указал Конституционный Суд РФ, по содержанию представляют собой дополнительные гарантии реализации конституционных прав и свобод, предусмотренных гл. 2 Конституции РФ, корреспондируют вытекающим из нее принципам справедливости, юридического равенства и социального государства (ст. 7 и 19).

Соответствующие поправки в текст Конституции РФ проясняют некоторые спорные аспекты деятельности по установлению и устранению пробелов в законодательстве и конкретно в самой Конституции РФ. Они нуждаются в специальном исследовании, в результате которого можно будет удостовериться в возможности появления пробелов в конституционном регулировании и возможности высшего законодательного органа и высшего судебного органа их преодолевать. Конституционный Суд РФ взял на себя ответственность за судьбу Закона о поправке (определение Конституционного Суда



РФ от 16 марта 2020 г. № 1-3), поскольку без его положительного заключения закон не вступает в силу<sup>1</sup>. И это несмотря на высказывания об отсутствии соответствующих норм (о наличии пробела в этой части) и сомнения в правомочии Конституционного Суда РФ решать возникший вопрос.

Не вдаваясь в конкретику, обратим внимание еще и на то, что в большинстве случаев изменения Конституции РФ связаны не с устранением пробела, а лишь с внесением дополнительных акцентов в действующее регулирование или изменением этого регулирования.

Юридическая наука консервативна. Это объясняется просто: юристы всегда нуждаются в четких и определенных установлениях, которые давали бы предсказуемую определенность во взаимоотношениях людей, несмотря на непрерывное течение жизни, постоянное появление новых обстоятельств. Юристы на какое-то время консервируют сложившееся положение вещей и жестко отстаивают его через соответствующие исходные основополагающие и неизменные правовые институты. Юристам удавалось достигать определенного эффекта опираясь на классическую философскую основу. Так, в классической юриспруденции могли отрицать существование пробелов в свете формальной или диалектической логики: 1) отрицание нормативизмом и легизмом в позитивистской интерпретации; 2) отрицание на основе превознесения способностей законодателя предвидеть и предусмотреть все необходимое; 3) отрицание исходя из особенностей «материала» права и его технологической способности к самовосполнению. На вооружение принимались: философия отрыва должного от сущего (И. Кант), несвязанности чистого должествования экономическими, политическими, моральными и прочими отношениями (Г. Кельзен), теории логической замкнутости права (К. Бергбом), теории полноты права в каждую минуту его бытия. Однако это отрицание в классической юриспруденции было реакцией на господствующую позицию, признающую неизбежность появления пробелов. В настоящее время, скорее, наоборот — общее мнение склоняется к отрицанию пробелов, поскольку все исходящее

---

<sup>1</sup> Представляется, что это тот редкий и особый случай, когда Конституционный Суд РФ проверял конституционность пробела в Конституции РФ. В некоторых зарубежных конституционных судах признают неконституционными существующие пробелы в законодательстве, и Е.В. Тарибо предположил, что этот опыт может быть очень полезным ориентиром для российской правовой системы (см.: Тарибо Е.В. Проверка конституционности законодательных пробелов // Вестник ВГУ. Сер.: Право. 2018. № 2. С. 53). URL: <http://www.vestnik.vsu.ru/pdf/pravo/2018/02/2018-02-05.pdf>

от государства можно объявлять неправовым, а понятие права размывается до такой степени неопределенности, когда суждение о пробеле теряет значение.

Классическая теория апеллировала к авторитету государства, чья воля считалась суверенной и в установлении пробела (признании пробелом), и в его устранении. Но уже в течение более полувека и вплоть до последнего времени мир развивался в условиях так называемого глобализма, а глобальная политика имеет корни в тех вариантах философствования, которые предъявляет постмодерн. В философии постмодерна нет места таким базовым правовым понятиям, как «истинность», «объективность», «справедливость». В этой философии все мнения имеют право на существование, все одинаково правильно и неправильно, все необязательно не только для других, но и для того, кто эти мнения высказывает. Закономерности права и его логические построения могут уходить из поля зрения (но, заметим, всегда остаются в поле зрения сила капитала, армии и флота).

Подобное размывание нормативности происходит как на международном, так и на национальном уровне. Ничем не ограниченный плюрализм культурных и моральных норм, которые все настойчивее укореняются в социальной практике многих развитых стран мира, неуклонно хаотизируя общественную жизнь, имеют столь же «постмодернистское» происхождение. А хаос не ведет к свободе (свобода возможна лишь в четко очерченных правовых рамках). Хаос, как учит история, всегда чреват произволом и насилием<sup>1</sup>. Разумеется, речь идет о крайнем проявлении кризисных явлений. Но о хаосе пишут также применительно к относительно спокойному развитию событий, например отмечая предпосылки появления хаоса в праве Евросоюза: «Таким образом, несмотря на все наши старания, мы не способны найти «общую правовую грамматику, которая бы состояла из общих концепций, мыслей и единого отношения к праву»<sup>2</sup>. На роль руководства в объяснении неспособности единения правоведов претендует синергетика. Она обосновывает для современного динамического общества неравновесность, нестабильность систем, на-

<sup>1</sup> URL: [http://rapsinews.ru/international\\_publication/20130515/267367948.html](http://rapsinews.ru/international_publication/20130515/267367948.html)

<sup>2</sup> Вагра Чаба. Указ. соч. С. 228. Автор приводит позицию (R.B. Edgerton), вполне отвечающую принципам постклассики: «Суть человеческой жизни лежит не в следовании правилам и в вознаграждении добродетели, а в максимально эффективном использовании правил для собственной корысти, в зависимости от ситуации... неоднозначные, гибкие, противоречащие друг другу, непоследовательные... правила служат в качестве ресурсов для используемых стратегий, которые варьируются от человека к человеку, от ситуации к ситуации... Порядок никогда не будет полным и никогда не может быть таковым» (с. 232).

копление флуктуаций (случайных отклонений), самопроизвольные переходы системы в новое состояние, нелинейность, лавинообразные процессы и т.д. — вне детерминированности и предсказуемости развития. В связи с этим теряют значение статические характеристики правового порядка и приобретают интерес оценки порядка как процесса непрерывного динамизма флуктуационного движения. Как представляется, при такой постановке вопроса не остается места для общей теории пробелов в правовом регулировании.

Для России опасна та постмодернистская новизна «глобальной турбулентности», которая размывает устойчивую массовую мораль с ее представлениями о справедливом и должном, пытается заменить ее всеохватывающей толерантностью ко всем и ко всему. Эта новизна опасна потому, что разрушает моральные ценности большинства, сокрушает социальные опоры позитивного реформирования. Примером является регулирование отношений между полами и, соответственно, решение вопроса о пробельности этого регулирования. В России отсутствует норма, которая признавала бы однополые браки. Прямого запрета тоже нет. Однако, решая вопрос с позиций классической теории права, используя все приемы толкования действующего законодательства, известные логические заключения и апеллируя к истории, социологии, морали и пр., мы отвергнем наличие пробела. С постмодернистских позиций отвергнуть пробел в данном случае гораздо сложнее. Во всяком случае, кроме физических данных желающих вступить в брак придется учитывать виртуальные образы в их головах.

Для заключения о пробеле в законе государство со всей достоверностью должно заключить, что есть и что должно быть. Необходимо установить реальные пропорции того, что в отношениях людей складывается как парный брак или как групповой брак или напоминает промискуитет, что в реалии и что в головах. Из того, что нечто записано в законе, не следует, что это существует. Можно считать, что какая-то норма неполно регулирует отношения, а на деле эта норма не действует, и действует другая, а участники правоотношений считают, что вообще никаких норм не должно быть. Классическая теория будет решать вопрос *de lege lata* и *de lege ferenda* и обязательно найдет решение с позиций государства. В итоге будет признано, что это пробел (неполнота имеющихся норм); противоречие, обнуляющее имеющиеся нормы; изначальное отсутствие норм, когда требуется совершенно новое регулирование<sup>1</sup>. Постмо-

---

<sup>1</sup> Но классическая рациональность, которая обуславливает образ права как чего-то справедливого, рационального, универсального, подвергается критике. Этот образ права транслируется через концепт объективности права. Причем как объектив-

дернизм, для которого истина всегда относительна и всегда не одна, — скорее заведет в тупик.

Вывести из тупика призваны, в частности, информативно-когнитивная теория и квантовая концепция права, содержание которой «составляют знания из юриспруденции, философии, психологии, информатики, квантовой физики и семиотики», а всю эту «многомерную правовую "я"-реальность следует отнести к постклассическому правопониманию»<sup>1</sup>.

У физиков и тех, кто использует квантовую теорию, юристы могут позаимствовать, во-первых, тезис о принципиальной невозможности в достижении истины (хотя бы и относительной) отделить исследователя от объекта исследования и, во-вторых, общий принцип дополнительности, который с легкой руки Н. Бора формулируют следующим образом: «Рациональная сторона действительности и ее познание и сопряженная ей иррациональная сторона действительности и ее познание дополнительны друг другу»<sup>2</sup>.

Что это дает в решении проблемы пробелов? Прежде всего, приходится учитывать субъекта правотворчества, субъекта, преодолевающего пробел в своей практической деятельности, и субъекта, на которого возлагается обязанность устранить пробел. Именно в образе поведения соответствующих субъектов может проявить себя невидимая иррациональная сторона реальности, существующая наряду и в неразрывном единстве с осязаемым, рациональным, вещным миром законодательных и правоприменительных актов.

Постмодернизму свойственно обращение к разным наукам. И в этом можно усматривать его позитивные характеристики. Однако есть опасности. Например, привнесение в исследование пробельности права слова «лакуна» с учетом преимущественно лингвистических и медицинских определений в значении, допустимом разных

---

ный воспринимается только тот правопорядок («объективное право»), к которому принадлежит сам субъект, а все остальные правопорядки рассматриваются как отклоняющиеся от нормальных. Уже по этой причине объективной теории права не может существовать по определению (см.: Антонов М.В. Объективность в праве и юридическом мышлении // Правоведение. 2014. № 1 (312). С. 264).

<sup>1</sup> Иванский В.П. Информационно-когнитивное (квантовое) правопонимание: понятие и критерии // Правоведение. 2014. № 4 (315). Для автора понятие «когнитивный» включает в себя «совокупность познавательных (ментальных) процессов, происходящих в бессознательной и сознательной сферах "я" субъекта и системе "социум" в связи с конституированием информационных образований — юридических паттернов и ментальной нормы права» (с. 47).

<sup>2</sup> Нильс Бор. Философия естествознания и культуры народов // Атомная физика и человеческое познание. М., 1961; Алексеев И.С. Концепция дополнительности. Историко-методологический анализ. М.: Наука, 1978. URL: <https://studfile.net/preview/1806934/page:10/>

отраслях знаний — в математике, филологии, биологии и т.д., позволяет давать такое определение, которое вносит недопустимую в праве неопределенность и путаницу. Когда лакуну определяют как «промежуток, пространство пустое или заполненное чем-то другим»<sup>1</sup>, получается, например, что каждая конституция изначально, с позиции ее критиков, представляет собой пробел, поскольку «заполнена чем-то другим» — не тем, например, чем хотелось бы ее заполнить тем или другим оппозиционным политическим силам.

Путаница в понятиях уводит в *правовой супрематизм*, где отсутствие норм не является пробелом, наличие же норм, напротив, таковым является, а в итоге вывод — лучше бы вообще обойтись без государственного регулирования. По К. Малевичу, если долго всматриваться в черный квадрат, это будет разноцветный куб. «Черный квадрат — и не квадрат и не черный, а белый квадрат является производным от черного»<sup>2</sup>.

От юристов принято ожидать не образы, не «различно окрашенные плоскости»<sup>3</sup>, а суждения и нормы в строгой юридической технике. Между тем супрематический подход манит свободой и безграничностью, обозначает выход в пустоту и непостижимость бытия. Как следствие — отрицание властной деятельности государства и регулирующей роли законодательства.

По поводу роли законодателя нельзя все «мазать одной краской». В определении пределов правового регулирования следует учитывать возможность таких ситуаций, когда отношения могут оказаться неопределенными, сомнительными и пр., не удовлетворяющими качествам классического объекта регулирования. Так, например, возникает вопрос, что регулировать в случае с коронавирусом — сами фактические отношения, или модели фактических отношений, или отношение в сознании и подсознании к этим моделям? В какой степени отношения в представлениях людей расходятся с теми, которые складываются или могут сложиться? Законодательство в большой степени становится пробельным по специфической причине — объемности «реалии» и неясности во временной протяженности этой реалии. Можно предположить, что любой писанный акт, в том числе конституция, фактически обнуляется, когда реалией является чрезвычайная ситуация. Степень чрезвычайности может быть разной, и в зависимости от степени обнуляется действие отдельных норм и, напротив, повышается степень усмотрения долж-

<sup>1</sup> URL: <http://www.bolshoyvopros.ru/questions/604528-chto-takoe-lakuna.html>

<sup>2</sup> <http://kazimirmalevich.ru/bsp15>

<sup>3</sup> <http://kazimirmalevich.ru/bsp141>

ностного лица. О пробелах *de lege lata* с позиций классической теории говорить не приходится. О пробелах *de lege ferenda* придется делать вывод обязательно, но уже с привлечением категориального инструментария постмодерна. Теория здесь нуждается в развитии, а практика — в спокойном осмыслении.

По гамбургскому счету всякая проблема является практической. Прежде всего по происхождению, по жизни. Есть вопрос, есть необходимость его решения — это уже проблема. Затем начинается поиск средств ее решения. Вопросы множатся и расширяются, материалы уплотняются, и по мере выполнения задач и цели проблема решается. Вначале теоретически, затем практически. Случается и наоборот: найденные «методом случайного подбора» практические решения получают теоретическое обоснование. В настоящее время в таком состоянии мы находим решение вопроса о криптовалюте.

Споры о «цифровых деньгах» приводят граждан в суды. Но, поскольку законодатель молчит, разные судебные инстанции или отказываются от вынесения решения по существу заявленного иска, или выносят прямо противоположные решения. Например, Арбитражный суд г. Москвы (определение от 5 марта 2018 г. по делу А40-124668/17-71-160 Ф) постановил: «Поскольку в настоящее время понятие криптовалюты действующим законодательством Российской Федерации не определено, не установлены специальные требования к порядку ее обращения, правовой статус криптовалют не определен, существо отношений, связанных с оборотом криптовалют, не позволяет применить к криптовалютам по аналогии нормы, регулирующие сходные отношения. Поскольку в законодательстве отсутствует понятие криптовалюта, невозможно однозначно определить к какой категории оно относиться: "имущество", "актив", "информация", "суррогат". Таким образом, не представляется возможным урегулировать отношения, связанные с криптовалютой»<sup>1</sup>.

По существу суд решил, что криптовалюта не может изыматься у должника, поскольку это вообще неизвестно что такое. Но известна стоимость криптовалюты и существует возможность обменять ее на рынке на деньги, как говорят кредиторы. Получается, что суд дал возможность законного ухода от обязательств. С теоретической точки зрения интересен вывод суда о том, что не позволяет применить аналогию закона отсутствие возможности отнести понятие к какой-либо категории. Действительно, в таком случае непонятно,

---

<sup>1</sup> URL: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/45c24bb9-9d22-4b57-8742-9a7...>

какие обстоятельства принимать за аналогичные, на какую статью Гражданского кодекса РФ или другого закона следует ориентироваться. Но, во-первых, законодательство признает аналогию права, и суды могут проявлять свою самостоятельность; во-вторых, вполне оправданно, если решения в течение какого-то времени будут выноситься разные — так должна складываться судебная практика; в-третьих, только так открывается путь к судебному прецеденту. Таким образом, с нашей точки зрения, неприемлемо заключение суда: «поскольку закон молчит, урегулировать отношения не представляется возможным».

В ходе коммуникаций люди сталкиваются с необходимостью разрешения коллизий, нахождения ответов на сложные вопросы общения, в связи с чем ведется поиск всего того, чем можно руководствоваться в этом поиске. В процессе формирования цивилизованного общества утвердились в числе других обязательные установления, которые было принято брать на вооружение. Из них сложилось право как совокупность принципов и норм, поддерживаемых государством в качестве регулятора общественных отношений. Классическая проблема пробельности права включает семь ситуаций:

- 1) нет вообще никакого руководства или указания и даже намек на указание по решению возникшей ситуации;
- 2) указание есть, но оно не зафиксировано в форме правового;
- 3) указание есть, но оно не зафиксировано в форме нормативного;
- 4) указание не зафиксировано в форме закона;
- 5) указание есть и предусмотрено законом, но неопределенно, противоречиво;
- 6) указание есть, но по поводу сходных отношений;
- 7) есть указание решить вопрос по свободному усмотрению.

Каждая из перечисленных ситуаций если непосредственно не является правовым пробелом, то перекрещивается с ним. Именно данные ситуации послужили основой (фактическим материалом) для того, чтобы дать понятие пробела, указать на его признаки, отличающие от сходных явлений, классифицировать виды пробелов, установить возможность преодоления пробелов и, наконец, решить вопрос устранения пробела.

О пробелах в чем-либо можно заключить при условии определенности в понимании содержания предмета и его назначения. Пробел в праве — это полное отсутствие или неполнота того регулирования, которое в силу объективных или субъективных обстоятельств должно быть.



Доктринальные подходы предполагают разное понимание права<sup>1</sup> и влекут за собой неоднозначные практические решения в реальных случаях пробельности. Практично решать все вопросы применительно к законодательству. Если же принять во внимание официальное признание в качестве источников права обычаев и прецедентов, то следует вести речь о пробелах в позитивном праве вообще. На вопрос, в какой реальности мы ищем пробелы, классика дает ответ — в той, которая охватывается источниками позитивного права. Но она уклоняется от ответа о некой виртуальной реальности, которая дает о себе знать на уровне сознания и подсознания, которая мыслится в качестве отношений будущего, которая конструируется искусственным интеллектом и т.д.

На этапе классической юридической науки (XVII — первая половина XIX в.) все вопросы решались с установкой на рационализм. Отсюда стремление освобожденного от теологии ума к контролю над окружающим миром, отказ от спекулятивных методологических построений и утверждение опытного познания в качестве методологии исследований и практических решений. При изучении государства и права это проявилось в стремлении перейти от догматов веры и выводов фрагментарных, вероятностных, проблематичных, гипотетических к выводам всеобщим, достоверным, доказательным.

---

<sup>1</sup> Автор не вдается здесь в дискуссии о понятии права, но в интересах содержательного раскрытия темы поддерживает позицию зарубежного теоретика: «Право может описываться различными способами. Оно может казаться воплощением справедливости, а также чистой мистификацией, направленной на сохранение власти господствующего класса. Обычно оно рассматривается как вездесущая реальность (*ubi societas, ibi ius*), но иногда оно предстает скорее как фикция, нечто нереальное, миф. Для Кельзена это установленная совокупность правил, происходящих, по крайней мере формально, от основной нормы; для других — это власть интерпретации, практика вынесения судебных решений, которые конституируют право. Еще сравнительно недавно право часто понималось как происходящее от воли суверена и/или, опосредованно, от воли народа. Согласно "аутопойетической" теории права право создает само себя. Немецкая "историческая школа" видела право как часть человеческой культуры, предмет социальной эволюции, нечто похожее на язык, который по большей части избегает индивидуального, в том числе правительственного, контроля. Для других теоретиков и наиболее известных сегодня политических деятелей право есть инструмент "социальной инженерии", средство, которое можно использовать для каких-либо социальных изменений. Для большинства людей право есть рациональное средство для упорядочения и контроля человеческих отношений. Тем не менее теоретики постмодерна сомневаются в возможности подобного рационального контроля вообще. Они рассматривают правоведов как рабов правового языка, контролируемых "правом" в большей степени, чем они сами контролируют его» (Марк ван Хук. Право как коммуникация / пер. с англ. М.В. Антонова и А.В. Полякова. СПб.: Издательский дом С.-Петербург. гос. ун-та; ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. С. 11–12).



Классический капитализм и формирование буржуазных отношений требовали от человека целеустремленности, способности к предприимчивости. Утверждалось утилитаристское восприятие мира. Во всем видели необходимость извлечения пользы. Европейское движение второй половины XIX в. тяготилось старыми законами и склонялось к свободному отысканию права. «Школа свободного права» подвергла столь жесткой критике формально-догматические средства извлечения права из закона, что фактически отказалась сводить право к закону. Путь к модерну открыли работы Е. Эрлиха (одного из первых юристов, заметивших проблему пробелов закона), Р. Иеринга, Ф. Жени и Р. Салейля, в чьих трудах решение пробельности закона «требует не построения силлогизмов, а нахождения наиболее отвечающих справедливости и практическим потребностям решений...»<sup>1</sup>.

Модернизационные процессы в сфере права завершаются к середине XX в. Начинает формироваться правовая культура постмодерна. Неклассическое правоведение вступило в новую фазу своего развития, когда критическое осмысление получают не только классическое правовое просветительство, но и его модернистские усовершенствования.

Новый виток неклассической науки связан по меньшей мере с двумя факторами: во-первых, со сменой индустриальной ступени развития цивилизации постиндустриальной (общество вступило в век информационных технологий, сложилось информационное общество, характеристики современности переместились из производственных областей в сферы культуры); во-вторых, получили развитие процессы глобализации — планетарной взаимозависимости и взаимообусловленности разных сообществ и государств.

В постмодернистской парадигме начинают оцениваться и классические явления правовой реальности, особенно те, которые во многом и породили новую методологию. В установлении пробела классическая теория ориентировалась на какую-то данность со своим рацио, своим смыслом, который понуждал делать определенные логические выводы относительно анализируемого явления. Определяющим для постмодерниста Ю. Хабермаса является то, что нет ничего подобного «объективной истине», из которой индуктивно или дедуктивно могут быть выведены какие-либо заключения.

---

<sup>1</sup> См., например: Васильковский Е.В. Избранные работы польского периода. М.: Статут, 2016; Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.) / под ред. и с предисл. барона А. Симолина. Казань: Типолит. Имп. ун-та, 1916.

Рациональность не есть нечто, что дано, но есть нечто, что постоянно вырабатывается через коммуникацию с другими<sup>1</sup>.

Вслед за Ю. Хабермасом Марк ван Хук утверждает: «Право не может более корректно пониматься в парадигме одномерной рациональности. Создание права не может представлять собой односторонний процесс: "граждане — выборы — парламентское законодательство — судебное применение". Драматический рост сложности как права, так и общества сделал такую схему устарелой. Усиливающаяся роль суда, в особенности учреждение конституционного и наднационального судов, слабеющая роль парламента в деле помощи правительству и администрации — это не просто "ошибки развития", которые необходимо скорректировать для того, чтобы реальность соответствовала традиционной теории. Это новая, вероятно неизбежная, реальность, на которую должны распространиться новые теории...»<sup>2</sup>. При этом Марк ван Хук основывается на более общей посылке (цитируя Б. Фридмана), согласно которой современные воззрения на такие столпы модернизма, как индивидуальная свобода, равенство, демократия и правовое государство, имеют одну общую черту — государство утратило свою центральную роль, а право уже не рассматривается как право государства. Такого рода выводы основывались еще и на том, что «государственные правовые системы больше не являются верховенствующими, так как подчиняются решениям вышестоящих правовых систем (например, Евросоюза)»<sup>3</sup>. В настоящее время, как мы понимаем, национальные государства по главным позициям восстанавливают свои суверенные права, а надгосударственные органы вынуждены ограничивать свою компетенцию. Но вряд ли это поведет к значительной утрате позиций постмодернизма. «Темная материя» права питается реальностью «глубинного государства»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1. Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung; Bd. 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft. Frankfurt/M., 1981; Habermas J. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt, 1992.

<sup>2</sup> Марк ван Хук. Указ. соч. С. 23.

<sup>3</sup> Там же. С. 43.

<sup>4</sup> Где искать «глубинное государство»? Ранее мы неоднократно уподобляли государство айсбергу, указывая, что большая его часть не открыта взору, сокрыта в глубинах океанских вод. Принципиальные государственные решения принимаются не обязательно в залах законодательных органов или даже на официальных заседаниях кабинета министров. Есть теневое право и теневые структуры власти. Сторонник «глубинного государства» Б. Джессоп, например, решил модифицировать полиморфическое представление о государстве путем добавления четвертого элемента, а именно «идеи государства», или государственного проекта, ко-

Войти в «темную материю» права и пребывать в ней значительное время — значит подвергнуться риску потери материальной реальности при «возвращении». Затрагивать сферу бессознательного (самой «темной материи» права) и вообще входить в виртуальные сферы было не в обычае российской науки, хотя именно ей принадлежит имя Л. Петражицкого, открывавшего один из ведущих туда путей<sup>1</sup>. В настоящее время виртуальность некоторых объектов права готов признавать законодатель (внесен законопроект о блокчейне и криптовалюте), а суд уже вынужден разбираться с такими объектами. Наука ставит эти проблемы на повестку дня.

Поставить на повестку дня можно любой вопрос. Однако предвзвешенно желательно понять нюанс методологического плана: относить ли вовлеченность в виртуалии как «взаимодействие с природой» или это «игры между людьми», где ход действий человека формируется под влиянием намерений других лиц. Говорят обычно «третьего не дано», а между тем, возможно, это уже именно третье, свидетельствующее об игре машины с человеком. Возможно именно это обстоятельство будет отличать общество рефлексивного модерна от модернистского индустриального общества.

Как бы то ни было, применительно к сложившейся ситуации нельзя согласиться с тем, что «правовые риски, которые создает правовая неопределенность, могут рассматриваться как фактический запрет операций с криптовалютами до тех пор, пока не будут внесены изменения в законодательство»<sup>2</sup>. Во-первых, неопределенность всегда сопутствует риску, и последние запреты на этом основании не подлежат (посягательство на суть риска); во-вторых, законодательство знает не только аналогию закона, но и аналогию права, и среди принципов российского права есть те, которые позволяют решать дело в суде; в-третьих, законодатель пока не может решить вопросы

---

торый определяет природу и цели государственных действий» (Боб Дж. Государство: прошлое, настоящее и будущее / пер. с англ. С. Моисеева; под научн. ред. Д. Карасева. М.: Дело; РАНХиГС, 2019. С. 45). В какой степени открыты государственные проекты — вопрос.

<sup>1</sup> Принимая понимание права Л. Петражицким, мы должны принять и посыл, согласно которому «человек обладает сложной психикой, важной частью которой является воображение. Оно развито настолько, что человек живет одновременно в двух измерениях, в двух "реальностях" — действительной и воображаемой. Воображаемый мир в большой степени (а у многих и в первую очередь) определяет поведение человека» (Кара-Мурза С.Г. Манипуляция сознанием. URL: <http://www.kara-murza.ru/manipul.html>; <http://lib.ru/POLITOLOG/karamurza.txt>).

<sup>2</sup> Хаменушко Е.В., Овчарова И.В. Криптовалюты и их майнинг как экономическая реальность: предпосылки правового регулирования // Законодательство. 2017. № 12. С. 33–42.

криптовалюты в законодательстве. В 2018 году был подготовлен проект федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором вводится в гражданское законодательство базовое понятие «цифровое право». Под таким правом предлагается понимать совокупность электронных данных (цифровой код, обозначение), которые удостоверяют права на объекты гражданских прав (п. 1 новой ст. 141.1 Гражданского кодекса РФ, далее — ГК РФ). Сущность «цифрового права» как новой юридической фикции оказывалась близка к сущности ценной бумаги. Предполагалось, что цифровое право может удостоверить лишь права на вещи, иное имущество, результаты работ, оказание услуг, исключительные права.

Проект вводит понятие «цифровые деньги» (в обиходе — «криптовалюта») и закрепляет главное правило — законным средством платежа они не являются. Но в случаях и на условиях, установленных законом (в перспективе), цифровые деньги смогут использоваться физическими и юридическими лицами в качестве платежного средства (п. 2 новой ст. 141.2 ГК РФ) в контролируемых объемах и в дополнительно урегулированном порядке. Если цифровые права в сущности дают возможность у кого-то что-либо потребовать, то цифровые деньги такой возможности не дают, они не обеспечены золотом или иными активами. На данном этапе это лишь условные единицы, созданные с помощью вычислительных технологий.

Авторы законопроекта предусмотрели ряд приемов, позволяющих регулировать новые отношения, в частности, каким образом будет осуществляться оборот цифровых денег (в случаях и пределах, предусмотренных законом), как правила о цифровых правах будут применяться к цифровым деньгам, при каких условиях можно будет включить цифровые деньги в конкурсную массу должника и наследственную массу и др.

Однако при обсуждении законопроекта в первом чтении председатель головного думского комитета П.В. Крашенинников, указывая на статью, посвященную цифровым деньгам, отметил: «...Поскольку по цифровым деньгам, в частности по криптовалюте, у нас ведутся ожесточенные споры и дискуссия продолжается, точки зрения имеются диаметрально противоположные, только официальных групп по этой теме больше 20, мы все-таки договорились и с Центральным банком, и с представителем экономического блока правительства, что предлагать вносить в Гражданский кодекс эту статью — "Цифровые деньги" — ко второму чтению не будем»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> URL: <http://www.lexfeed.ru/law/424632-7>

Такому решению предшествовали некоторые экспертные заключения, в частности общий вывод Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства: «Так называемая цифровая экономика в настоящее время находится в стадии своего становления и весьма динамического развития. Многие экономические и технологические модели отношений не являются еще устоявшимися, появляясь, видоизменяясь и отчасти исчезая из хозяйственной практики. В связи с этим представляется преждевременным установление базовых понятий в кодификационном акте, поскольку они еще не являются устоявшимися не только в науке и юриспруденции, но и в экономике. Возможно, именно ввиду этого оба понятия не выдерживают критики. В пояснительной записке верно разграничивается феноменология криптовалюты и цифровых прав как сущностей разного порядка. Однако сам текст проекта этого как раз не учитывает»<sup>1</sup>. Не входя в существо гражданско-правовой материи в русле постановки вопроса в данной публикации отметим два обстоятельства. Во-первых, так как отношения только складываются, даже использование классических методов установления пробела затруднительно. Во-вторых, поскольку констатируются феноменологические аспекты содержания того, что находится за пределами классической правовой реальности, придется обращаться к постклассике, к постмодерну. В действительности, никаких цифровых прав не существует, а проект вводит юридическую фикцию, необходимость которой не обоснована фундаментальными исследованиями.

В создавшейся ситуации, когда спор решать надо, отказать в правосудии невозможно, а законодатель какое-то время не дает общенормативного варианта его решения, следует признать ценность судебного прецедента. Суд преодолевает пробел своим решением, которое через прохождение вышестоящих инстанций и экспертные заключения утверждается в качестве авторитетного прецедента. Если в последующем возникнут обстоятельства, отличающиеся от тех, которые положены в основание данного прецедента, создается новый, и так может продолжаться вплоть до исчерпания возможностей аналогии закона и права.

Итак, возвращаясь к обоснованию необходимости исследования пробелов в праве на новом уровне и в новых координатах, мы констатируем, что классические взгляды показывают с некоторых пор свою ограниченность в связи: а) с включением в сферу правового регулирования виртуальной реальности; б) признанием в качестве

---

<sup>1</sup> Архив Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева.

правовых бессубъектных отношений; в) отрицанием классических критериев правового (справедливого) и неправового; г) пересмотром постулатов классической философии права о соотношении материального и идеального, базисного и надстроечного, закономерного (причинного) и синергетического.

---

---

*Скоробогатов А.В. Краснов А.В.*

### **ПРАВОВОЙ ПРОБЕЛ: ФЕНОМЕНОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ**

Стремление к максимально полной регламентации отношений в пределах правового регулирования является естественной потребностью общества и государства, поскольку позволяет обеспечить удовлетворение индивидуальных, групповых и массовых интересов и сделать формируемый и поддерживаемый государством правопорядок, режим законности максимально эффективным. Вместе с тем ряд отношений, которые могут быть урегулированы с помощью норм права, остаются не регламентированными с помощью последних, речь идет о так называемых «пробелах в правовом регулировании» (в праве, законодательстве), под которыми традиционно понимается неполнота в содержании права (а следовательно, и в форме его законодательного выражения) относительно фактов общественной жизни, которые находятся в сфере правового регулирования<sup>1</sup>. Отсутствие юридического правила воспринимается как разрыв в системе права и законодательства, который снижает ее согласованность и, как следствие, эффективность правового регулирования<sup>2</sup>.

Поэтому пробелы в позитивном праве преимущественно рассматриваются в контексте их преодоления для повышения эффективности правового регулирования<sup>3</sup>. При этом основное внимание уделяется способам преодоления и восполнения пробелов.

---

<sup>1</sup> См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С. 456.

<sup>2</sup> См.: Власенко Н.А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Правоведение. 1991. № 3. С. 24–25.

<sup>3</sup> См., например: Дробышевский С.А., Тихонравов Е.Ю. Способы восполнения пробелов в праве. М.: Норма, 2014.

В отечественной литературе тематика пробелов в праве затрагивалась в работах таких ученых, как С.С. Алексеев, В.К. Забигаило, В.Н. Карташов, В.В. Лазарев, В.И. Леушин, П.Е. Недбайло, В.С. Нерсисянц, Р.О. Халфина и пр. Пробел рассматривается традиционно в контексте полного или частичного отсутствия норм права, которые необходимы для регулирования общественных отношений, входящих в сферу правового регулирования<sup>1</sup>; как неурегулированность отношений<sup>2</sup>; при этом указанная сфера напрямую может сводиться к нормативным правовым актам<sup>3</sup>. Кроме того, пробел интерпретируется как официально реализованное добросовестное заблуждение, результат направленных действий нормотворческого органа, нарушающих общие принципы либо конкретные нормы правообразования, что выливается в издание ложной нормы права<sup>4</sup>.

Таким образом, в сложившейся научной традиции пробел рассматривается главным образом через призму позитивного права. Это обусловлено преобладанием нормативистского правового мышления в отечественной юридической науке. Однако в настоящее время справедливо отмечается, что отсутствие нормы права в системе права не всегда однозначно будет тождественно наличию пробела, поскольку в ряде отношений может использоваться регулирование с помощью правового обычая, нормативного правового договора или индивидуального договора<sup>5</sup>. Тем не менее сфера правового регулирования с применением указанных форм права и иных правовых средств требует постепенного расширения и на данный момент еще не получила должного развития по причине долгой борьбы за централизованное нормативное регулирование в советский период,

---

<sup>1</sup> См.: Недбайло П.Е. Указ. соч.; Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юридическая литература, 1974. С. 37.

<sup>2</sup> См.: Лейст О.Э. Реализация права // Теория государства и права: курс лекций / под ред. М.Н. Марченко. М.: Зерцало; ТЕИС, 1996. С. 430.

<sup>3</sup> См.: Забигаило В.К. Проблема «пробелов в праве» (к критике буржуазной теории). Киев: Наукова Думка, 1974. С. 93; Леушин В.И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1971. С. 8.

<sup>4</sup> См.: Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1989. С. 357.

<sup>5</sup> См.: Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: монография. М.: РГУП, 2018. С. 241–255; Его же. Анализ интегративного правопонимания с общенаучных позиций // Российское правосудие. 2017. № 5 (133). С. 6–18; Его же. Юридическая природа принципов российского права с позиций легистского и интегративного правопонимания // Российское правосудие. 2010. № 1 (45). С. 15.



инерция по отношению к которой в определенной степени сохраняется.

Исследование правовой природы пробелов с использованием постклассического инструментария практически не проводилось<sup>1</sup>, хотя понимание сущности пробелов не только онтологически, но и аксиологически позволит, с одной стороны, сформировать курс правовой политики не только в направлении беспробельности как высшей степени эффективности, но и легитимности законодательства<sup>2</sup>. С другой стороны, это даст возможность использовать пробелы как средство правового воздействия без создания чрезмерной зарегулированности общественных отношений. Подчеркнем, что пробел может участвовать именно в правовом воздействии в том плане, что хотя он не является средством регулирования в силу отсутствия необходимого правового средства для оногo, тем не менее способен оказывать информационное и психологическое правовое воздействие. Он информирует о вхождении общественного отношения в предмет правового регулирования, тем самым свидетельствуя о значимости, распространенности и важности этого отношения, но при этом предупреждает о неопределенности и необходимости использования специфических средств по его преодолению. Кроме того, пробел стимулирует или ограничивает субъектов правореализации к поиску соответствующих средств преодоления пробела, в том числе при наличии такой возможности к отысканию средств обычно-правового или индивидуально-договорного регулирования.

Правовой пробел как философско-правовая категория представляет собой объективно-субъективное явление, связанное с отсутствием в правовом массиве формального правила, регулирующего определенное общественное отношение, которое подлежит правовому опосредствованию. При этом пробел объективен, и его появление хотя и зависит от многих факторов, тем не менее выступает для нас в качестве не зависящей от нас данности. Интерпретация той или иной ситуации в качестве пробельной всегда зависит от усмотрения субъектов при ее исследовании и оценке, что и позволяет говорить о смешении в пробеле объективных и субъективных черт.

Онтологически пробел можно рассматривать как свойство системы права и (или) системы законодательства, связанное с невозможностью сформировать динамично развивающуюся беспробель-

<sup>1</sup> См.: Шафиров В.М. Проблема пробелов в праве и современное (интеegrативное) правопонимание // Российское правосудие. 2012. № 10 (78). С. 5–13.

<sup>2</sup> См.: Краснов А.В. Легитимность права: аксиологический аспект // Вестник экономики, права и социологии. 2019. № 1. С. 87–90.



ную систему правового регулирования<sup>1</sup>, оперативно отвечающую на любое изменение общественных отношений, находящихся в пределах правового регулирования. Социальная жизнь в современных условиях развивается чрезвычайно быстро, и существующий механизм правообразования (как в форме правосанкционирования, так и в форме правотворчества) не приспособлен к такой ситуации в силу процедурных особенностей. В связи с этим пробел является неизбежным явлением, которое присуще любой системе права на разных исторических этапах ее развития. Полное устранение пробельности можно считать недостижимой задачей. В связи с этим пробел не должен использоваться исключительно в отрицательной коннотации. Следует согласиться с тем, что его нельзя рассматривать как нежелательное явление<sup>2</sup>, поскольку появление пробела может, например, стимулировать активность субъектов на всех уровнях правовой реальности — в правотворчестве, правореализации и правовом поведении<sup>3</sup>.

Аксиологически правовой пробел соответствует уровню развития национальной правовой культуры и господствующей системе правовых ценностей. Чем больше позитивное право рассматривается как средство регулирования общественных отношений и, как следствие, шире пределы правового регулирования, тем больше будет пробельность законодательства как внешнего выражения права. Тем самым законодательный массив будет постоянно возрастать, и разработка все новых норм объективно будет вызывать пробельность в силу невозможности заранее предусмотреть число гипотетических вариантов поведения.

Наиболее актуальной эта тенденция является для транзитивных обществ, в которых референтные группы стремятся путем конструирования права не столько сформировать эффективную (а тем более легитимную) систему, сколько создать образ вестернизированного общества. В рамках такого процесса происходит прямой трансфер зарубежного законодательства либо его рецепция с попыткой адаптации к существующим условиям правового регулирования. Оче-

<sup>1</sup> См.: Честнов И.Л. Теоретические проблемы правоприменения // Криминалист. 2015. № 2 (17). С. 76–79.

<sup>2</sup> См.: Микрюков В.А., Микрюкова Г.А. Некоторые вопросы применения гражданского законодательства по аналогии // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. Вып. 1 (23). С. 133–144.

<sup>3</sup> См. подробнее о нашей концепции правовой реальности: Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Правовая реальность России: философско-правовой анализ // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 1 (2). С. 79–85; Их же. Правовая реальность России: понятие и структура // История государства и права. 2017. № 7. С. 54–58.

видно, что в таком случае новые варианты регулирования предполагают тождественность системы сложившихся общественных отношений в стране-доноре и стране-реципиенте. Однако на самом деле системы сложившихся отношений могут не совпадать, не говоря уже и о том, что состояние правовой культуры обществ может существенно качественно различаться. В итоге введение в действие заимствованных норм или правовых конструкций не вписывается в существующий правовой порядок.

В этом случае возникновение пробелов является предопределенным. Особенно это характерно для ситуации, когда перенимаются такие принципы регулирования, которые не были свойственны для правовой системы страны-донора. К примеру, привнесение в гражданское законодательство России принципов морального содержания из германского законодательства, а именно добросовестности, разумности, добросовестности, продолжает оставаться одним из тех мест в правовом регулировании, которые до конца так и не нашли полной определенности, несмотря на складывающуюся практику и наличие праворазъяснительных актов. Во многом это объясняется именно различиями в понимании указанных принципов в германской правовой системе и в отечественной правовой традиции. Остается также ряд проблем с реализацией норм института возмещения морального вреда: судебная практика до сих пор не обрела определенного единства, поэтому все чаще звучат призывы к тому, чтобы более четко отрегулировать суммы возмещения морального вреда в отношении тех или иных типичных ситуаций.

Гносеологически правовой пробел выступает показателем эффективности правового регулирования. Хотя сформировать беспробельную систему позитивного права невозможно, общество, максимально ориентированное на легитимацию законодательства, стремится сформировать механизм оперативного устранения пробелов, например, в форме усмотрения правоприменителя<sup>1</sup>.

Критериально существование правовых пробелов может быть объяснено на основе анализа и интерпретации правового регулирования на различных уровнях правовой реальности. Среди критериев пробельности правового массива можно обозначить: 1) отнесение ситуации к сфере общественных отношений, подлежащих правовому регулированию, находящихся в пределах правового регулирования; 2) невозможность однозначного и (или) полного разрешения

---

<sup>1</sup> См.: Павлов В.И. Правоприменительное усмотрение как искусство и антропологическая практика // Правоприменение как искусство и наука: материалы Десятих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / отв. ред. и сост. В.Г. Графский. М.: Норма, 2016. С. 156–163.

спорной ситуации исключительно на основе действующих юридических норм; 3) потребность в юридической оценке данной ситуации; 4) наличие государственной воли на создание и применение юридической нормы для разрешения данной ситуации.

Наиболее сложным вопросом зачастую является проблема отнесения тех или иных общественных отношений к предмету правового регулирования и, соответственно, признание отсутствия их регулирования именно правовым пробелом. По поводу оснований, которые позволяют включать отношения в предмет регулирования, в научной литературе единства мнений не наблюдается: в качестве таковых названы, в частности, развитие общественных отношений, потребности практического разрешения дел, принципы, политика, смысл законодательства<sup>1</sup>; профессиональное правосознание, которое диктует юридическую квалификацию<sup>2</sup>; смысл существующих законоположений, начальная ступень формирования субъективного права в условиях несформулированной полностью общей нормы<sup>3</sup>.

Мы считаем, что вопрос об отнесении отношений к предмету правового регулирования решается в каждом конкретном случае с учетом сходства этих отношений с теми, которые уже подвергаются регулированию, их массовидности, зрелости; наличия социокультурных оснований для правового опосредствования; отсутствия иных социальных норм, которые регулярно и систематически используются для их регулирования; значимости и наличия взаимных ожиданий у субъектов отношений; непротиворечивости в соотношении с общими целями правовой политики государства. Исходя из того, что границы предмета правового регулирования в России достаточно подвижны и зависят не только от объективных факторов, но и от субъективных, разрешение указанного вопроса не представляется однозначным<sup>4</sup>. В конечном счете оно упирается в дискреционные полномочия правоприменителя, главным образом в судебское усмотрение.

Правовой пробел следует отличать от сходных с ним смежных явлений. В частности, это так называемое квалифицированное молчание законодателя, когда правотворческий субъект умышленно оставляет некоторые лакуны в предмете правового регулирования в отношении определенных ситуаций с тем, чтобы в дальнейшем исследовать формирующуюся практику правоприменения и сфор-

<sup>1</sup> См.: Михайловский И.В. Очерки философии права. Томск: Изд-е кн. магазина В.М. Посохина, 1914. С. 425–426.

<sup>2</sup> См.: Лейст О.Э. Указ. соч.

<sup>3</sup> См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 142.

<sup>4</sup> См.: Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М.: Проспект, 2017. С. 69–91.

мулировать более удачное правило поведения<sup>1</sup>. Применительно к квалифицированному молчанию следует говорить об отсутствии правотворческой ошибки, так как молчание предполагает умышленное создание такой ситуации, когда включенные в предмет правового регулирования отношения останутся без опосредствования с помощью сформулированного правила поведения. Если же такое происходит неумышленно, то налицо правотворческая ошибка, вызванная ненадлежащим качеством правотворческой работы.

Особое внимание следует уделить ситуациям, когда необходимая для правового регулирования норма права отсутствует, но при этом существует правовой принцип, на основе которого возможно разрешение конкретной ситуации<sup>2</sup>. В науке принято в таком случае говорить о наличии пробела. В то же время однозначно согласиться с этим не представляется возможным. Использование принципа для преодоления пробела (указанный процесс обозначается как аналогия права) вполне можно рассматривать как прямое правовое регулирование. Правовой принцип вполне может рассматриваться в качестве прямого регулятора общественных отношений<sup>3</sup>. Другое дело, что он предстает в качестве наиболее общего и абстрактного правила, указывающего не на конкретные права и обязанности участников правоотношений, а на общее направление правового регулирования. Применение правового принципа, сопряжено с рядом трудностей, так как его общий характер и абстрактность диктуют необходимость достаточно сложной деятельности по грамматическому, систематическому и логическому толкованию права с учетом содержания, как правило, определенного массива норм права, в которых проявляется применяемый правовой принцип<sup>4</sup>. Тем не менее пробел в истинном смысле слова в таком случае отсутствует. Такой пробел будет носить внешне мнимый характер и стимулировать правоприменителей к более творческому восприятию как своей деятельности в целом, так и правовых регуляторов в частности.

Кроме того, смежным с правовым пробелом явлением можно считать также использование в нормативном тексте оценочных понятий, которые охватывают лишь наиболее общие свойства имеющих

<sup>1</sup> См.: Васильев Ю.И. О проблеме классификации квалифицированного молчания законодателя // Вестник ЯрГУ. Сер.: Гуманитарные науки. 2015. № 3 (33). С. 69–72.

<sup>2</sup> См.: Rütters B., Fischer Ch. *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2010. S. 195–196.

<sup>3</sup> См.: Van Eikema Hommes H.J. *The Functions of Law and the Role of Legal Principles // Philosophia Reformata*. 1974. Vol. 39. No 1/2. P. 77–81.

<sup>4</sup> См.: Raz J. *Legal Principles and the Limits of Law // Yale Law Journal*. 1972. Vol. 81. Issue 5. Art. 2. P. 823–854.

юридическую значимость явлений<sup>1</sup>. Такие понятия используются с тем, чтобы правоприменитель в рамках дискреционных полномочий, исходя из функционального толкования нормы, мог вынести наиболее адекватное в сложившейся на данный момент ситуации решение о правах и обязанностях участников правоотношений.

Правовой пробел имеет дуальную природу, которая определяется как онтологически, так и гносеологически. Анализ употребления термина «пробел» в русском языке позволяет выявить его понимание и как пустого, незаполненного места, и как упущения, недостатка. Причем упущение интерпретируется как неисполнение должного<sup>2</sup>. Исходя из этого трактовка правового пробела также должна включать как аспект отсутствия юридической нормы, так и наличие законодательной ошибки. По мнению В.В. Лазарева, «о пробеле можно говорить как в случаях, когда имеется намеренно незаполненное пространство, не подлежащее заполнению в силу специфики самого предмета, так и в случаях, где пустое место является его изъяном, упущением в его формировании»<sup>3</sup>.

Сущность любого правового явления определяется через его признаки. Выделить признаки правового пробела возможно только на основе комплексного исследования правовой системы, включая не только нормативный массив, но и правоприменительные акты. Именно анализ последних позволяет определить, что общественное отношение является пробельным, и выявить признаки правового пробела. По нашему мнению, среди признаков правового пробела можно выделить следующие:

- 1) сфера существования правового пробела — массив норм права, выраженных внешне в формальных источниках права;
- 2) полное или частичное отсутствие юридической нормы, направленной на регулирование общественного отношения, находящегося в пределах правового регулирования и требующего регламентации для повышения эффективности и легитимности позитивного права и правоприменительной практики<sup>4</sup>; неполнота правового регулиро-

<sup>1</sup> См.: Заморская Л.И. Нормативность оценочных понятий в праве: функционально-гносеологический аспект // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2013. № 2 (58). С. 25–30.

<sup>2</sup> См.: Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: Институт русского языка им. В.В. Виноградова, 1999. С. 604.

<sup>3</sup> Лазарев В.В. Пробелы праве и пути их устранения. М.: Юридическая литература, 1974. С. 5.

<sup>4</sup> См.: Canaris C.W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1983. S. 39.

вания общественных отношений (в одном случае пробел носит полный характер, в другом — частичный);

3) неточное и (или) неполное изложение воли законодателя в тексте нормативного правового акта;

4) объективная необходимость существования юридической нормы, регулирующей данное общественное отношение; нахождение общественного отношения в пределах правового регулирования; противоречие правового пробела цели правового регулирования, а именно достижению максимальной упорядоченности отношений;

5) правовой пробел — недостаток системы права, отсутствие в нем необходимого компонента; как следствие устранение пробела рассматривается как преодоление недостатка, а не как создание индивидуального или общего правила, заполняющего пустое пространство;

6) правовой пробел — нетипичная ситуация в правовом регулировании, поэтому его преодоление в правоприменительной практике осуществляется хотя и на основании общих правил, но ситуативно и в рамках романо-германской традиции не может повлечь за собой создание правового прецедента;

7) правовой пробел — следствие как объективного развития правовой реальности, так и субъективных действий государственных органов в сфере правообразования, связанных с лоббированием определенных интересов и нежеланием вносить определенность в регулирование либо с некачественной правотворческой работой;

8) наличие не только юридических, но и социокультурных факторов, обуславливающих необходимость правового регулирования данного общественного отношения;

9) оценочный характер правового пробела — выявленный правоприменителем пробел должен быть оценен в контексте развития правовой реальности, что позволяет применить для его устранения то или иное средство, которое в данной ситуации будет наиболее эффективным<sup>1</sup>.

Возникновение правовых пробелов обусловлено как объективными, так и субъективными причинами<sup>2</sup>. К объективным причинам пробельности правового регулирования относится динамизм правового развития, предполагающий расширение пределов правового регулирования и появление новых отношений, которые не были предусмотрены нормативным массивом. Тем самым проявляется

<sup>1</sup> См.: Grosche N. Rechtsfortbildung im Unionrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. S. 106.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 14.

отставание законодательства от развития общественных отношений. Отсутствие в позитивном праве норм, регулирующих действительные общественные отношения, ведет не только к неэффективности правового регулирования<sup>1</sup>, но и к дисгармонизации правовой реальности<sup>2</sup>. На это обратили внимание представители социологического правопонимания еще в конце XIX в., что способствовало появлению идеи «живого права» как действительного и действенного средства регулирования общественных отношений в противовес «мертвому праву», сформулированному в законе<sup>3</sup>.

Субъективные причины возникновения правовых пробелов предопределены особенностями национальной правовой реальности. В частности, среди них можно назвать нечеткость разграничения нормотворческих полномочий государственных органов и должностных лиц. В результате одни и те же общественные отношения могут получить правовую регламентацию на разных уровнях государственного механизма. К субъективным причинам пробельности позитивного права следует отнести и ошибки в юридической технике<sup>4</sup>, отражающие низкую правовую культуру законодателя и порождающие неоднозначность правоприменительной и правоинтерпретационной практики. В числе субъективных причин можно также назвать хаотичное обновление нормативно-правового массива, вызванное стремлением законодателя создать на основе доктринального восприятия правовых заимствований новую правовую систему, которая позволит провести радикальные экономические и политические реформы с целью модернизации (вестернизации) правовой реальности. Зачастую это сопровождается усложнением законотворческого процесса<sup>5</sup>, что позиционируется как реализация демократических тенденций развития современного общества.

Правовой пробел является комплексной категорией, включающей различные по ценностным основаниям и бытийному содержанию правовые явления, исследование которых исключительно до-

<sup>1</sup> См.: Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М.: Проспект, 2017. С. 111–132.

<sup>2</sup> См.: Bodenheimer E. Jurisprudence, the Philosophy and Method of the Law. Cambridge: Harvard University Press, 1962. P. 265–286.

<sup>3</sup> См., например: Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011.

<sup>4</sup> См.: Овсепян Ж.И. Пробелы и дефекты как категории конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 15. С. 10.

<sup>5</sup> См.: Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 146–147.



гматически невозможно<sup>1</sup>. Правовой пробел выступает в качестве элемента правовой культуры<sup>2</sup>. Он отражает уровень развития правосознания не только референтных групп, но и общества, оказывая воздействие на эффективность создания и поддержания правопорядка. Поэтому курс правовой системы на беспробельность должен быть обоснован не только нормативно, но и доктринально.

В составе правового пробела можно выделить пробелы в законодательстве и пробелы в праве. Пробелы в законодательстве связаны с отсутствием законодательной регламентации определенных общественных отношений либо при невнимании правотворческих органов к этому вопросу, либо при сознательном переносе тяжести решения этого вопроса на правоприменителя, когда предполагается, что правоприменительное усмотрение в большей степени может учесть субъективные обстоятельства и тем самым сделать правовое регулирование не только эффективным, но и легитимным. Пробелы в праве свидетельствуют об отсутствии регламентации не только в законодательстве, но и в других источниках права (правовых обычаях, судебных прецедентах, нормативно-правовых договорах и др.). Однако, учитывая современное состояние отечественной системы источников права и ведущую роль законодательства в правовом регулировании<sup>3</sup>, а также ориентацию российской правовой культуры преимущественно на позитивное право<sup>4</sup>, можно сделать вывод, что для России эти понятия хотя и не являются тождественными, но по содержанию достаточно близки. Как правило, пробел в законодательстве будет предполагать существование соответствующего пробела в праве, поскольку регулирование с помощью правовых обычаев, нормативных правовых договоров касается достаточно ограниченного числа областей общественных отношений.

В связи с этим оценка состояния правового регулирования, его эффективности и легитимности преимущественно будет осуществляться на основе анализа и интерпретации пробелов в законодательстве. Однако роль пробелов в правовом регулировании неоднозначна и в значительной степени определяется видом пробела. Прежде всего, необходимо выделить классификацию пробелов по темпо-

<sup>1</sup> См.: Толстик В.А. Проблемы классификации юридической терминологии // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 2 (26). С. 176–182.

<sup>2</sup> См.: Исаев И.А. «Пробелы в праве» как элемент правовой культуры // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 2. С. 59.

<sup>3</sup> См.: Злобин А.В. Формы права в современной России // Lex russica. 2018. № 4 (137). С. 23–36.

<sup>4</sup> См.: Петручак Л.А. Правовая культура как детерминанта современного российского общества: монография. М.: ИД «Юриспруденция», 2012. С. 140–166.



ральным характеристикам, которые позволяют рассматривать пробелы в зависимости от времени их возникновения: *первичные пробелы*, существующие с момента вступления в юридическую силу нормативного правового акта, и *вторичные*, связанные с динамизмом общественных отношений и появлением новых аспектов, которые изначально не были предусмотрены законодателем и были выявлены в правоприменительной практике<sup>1</sup>.

С динамизмом правоотношений связана и еще одна классификация пробелов. Зачастую развитие общественных отношений может осуществляться не только вширь, но и вглубь. При этом предполагается не только дробление имеющихся отношений и возникновение новых, но и частичная неурегулированность последних нормативными правовыми актами. Это позволяет разделить пробелы на *полные*, когда отсутствуют юридические нормы для регулирования определенной группы общественных отношений, и *частичные*, если возможна регламентация отдельных аспектов отношений<sup>2</sup>.

В зависимости от потенциальной возможности преодоления пробелов в правоприменительной практике пробелы можно разделить на *преодолимые* и *непреодолимые*. Восполнение первых возможно осуществить в рамках правоприменительной практики, а вторых — путем правотворческой деятельности или преодоления, но не в рамках конкретного процесса, а посредством официального толкования высшими судами.

Поскольку возникновение пробела может быть связано с волей законодателя, предполагающей сознательный перенос решения вопроса на усмотрение правоприменителя, то пробелы можно классифицировать на *умышленные* и *неумышленные*.

Лингвистический поворот гуманитарного знания<sup>3</sup> и усиление внимания к вопросам юридического дискурса<sup>4</sup> предполагают рассмотрение пробелов не только в юридическом, но и в филологическом аспекте. По этому критерию пробелы можно разделить на *текстуальные* и *оценочные*. Первые связаны с отсутствием в тексте нормативного правового акта полного описания модели правового поведения или общественного отношения. Вторые могут возникать

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В. О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 6. С. 30–37.

<sup>2</sup> См.: Летаева Е.А. Пробелы в законодательстве и правоприменительная деятельность органов внутренних дел: теоретико-прикладной аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005.

<sup>3</sup> См.: Честнов И.Л. Постклассическая теория права: монография. СПб.: Алет-Пресс, 2012. С. 70.

<sup>4</sup> См.: Храмова Н.Г. Дискурс-правовой анализ: от теории к практике применения: монография. Курган: Изд-во Курганского гос. ун-та, 2012.

в случае законодательных ошибок, при которых в тексте нормативного правового акта используются оценочные понятия. Ликвидация текстуальных пробелов возможна в форме как нормативного преодоления, так и правоприменительного восполнения. Оценочные же могут быть преодолены исключительно в результате правотворческой деятельности. Даже официальное толкование высшими судебными органами в этом случае не будет гарантировать полного преодоления пробела.

Рассмотрение правовых пробелов не только как объективно-субъективного явления, но и как философско-правовой категории<sup>1</sup> предполагает исследование выполняемых ими функций<sup>2</sup>.

*Онтологическая функция* — правовой пробел показывает качественный уровень правового регулирования, степень напряженности правового поля в тех или иных сферах отношений и состояние правовой реальности в целом. Пробел помогает зафиксировать те стороны общественных отношений, которые реально требуют правового регулирования, а также позволяет разграничить правовое и социальное регулирование в том плане, что определяет приоритеты — либо отношение массовидно и значимо настолько, что правовые нормы должны вмешаться в его регулирование, либо оно затрагивает такие стороны человеческой жизни, в пределах которых введение правового регулирования неуместно и (или) неэффективно в силу наличия устоявшихся иных социальных регуляторов — морали, этики, социальных обычаев, традиций и пр.

*Аксиологическая функция* — правовой пробел отражает уровень правовой культуры общества, определяет его ценностную готовность к преодолению пробела легальным путем. Кроме того, эта функция связана с существованием в правовой системе механизма преодоления и восполнения пробелов, потенциального и реального использования этого механизма в повышении эффективности правового регулирования и восприятием этого механизма субъектами в качестве необходимого элемента формирования беспробельности права. Стремление общества к бесконфликтному сосуществованию, характерное для российского социума в качестве элемента архетипа соборности в сочетании с этатизмом, предполагает, что достичь этого состояния возможно только путем всеобъемлющей государственной

---

<sup>1</sup> См.: Куликов Е.А. Философские категории в правовой науке и правовые категории: проблемы теории и методологии // Юридические исследования. 2017. № 10. С. 59–77.

<sup>2</sup> См.: Ананьева А.А. Методологические подходы к исследованию гражданско-правовых конструкций // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. Вып. 4 (30). С. 30.

регламентации общественных отношений. Возникновение пробелов при этом воспринимается как нарушение целостности системы, а их устранение — как правовостанавливающая деятельность, ценностно отвечающая социальным интересам.

*Стимулирующая функция* — правовой пробел стимулирует деятельность законодателя и правоприменителя, а также всех субъектов реализации права. Законодатель, в частности, стимулируется к совершенствованию нормативного правового массива, восполнению тех лагун, которые образовались в силу ряда причин. Правоприменитель в свою очередь получает стимул к усилению творческой активности в рамках толкования права и реализации собственных дискреционных полномочий при вынесении правоприменительных решений. Что касается других субъектов реализации права, то они стимулируются к совершенствованию индивидуального договорного регулирования в пределах, которые предопределяются юридическими нормами, главным образом при диспозитивном регулировании в частном праве. Особенно важным представляется стимулирование пробелом правоинтерпретационной активности. При этом следует обратить внимание на такого рода деятельность высших судебных органов — Верховного Суда РФ в лице Президиума и Пленума, а также Конституционного Суда РФ. Несмотря на то что судебная власть в России не обладает правотворческими полномочиями, тем не менее осуществление легального толкования фактически помогает в разрешении тех ситуаций, когда понимание истинного смысла норм права не носит однозначного характера. И наличие пробелов во многом стимулирует такую деятельность.

*Гносеологическая функция* — правовой пробел позволяет выявить направление правового воздействия на общественные отношения, наиболее необходимое в данный момент, а также исследовать проблемы в законодательстве и возможные средства устранения несовершенства в правовом регулировании. Процесс устранения правового пробела связан с установлением истины не только ситуативно (по отношению к конкретному правоотношению), но и по отношению к сходным ситуациям, возникающим впоследствии, хотя они уже и не будут являться пробельными в истинном смысле слова: несмотря на то что российская правовая система не использует прецедент в качестве формы права, тем не менее наличие опыта преодоления пробела в той или иной ситуации все же будет учитываться в дальнейшей правоприменительной деятельности; если же речь идет о фактическом преодолении пробела в рамках издания акта толкования права высшими судебными органами России, то такое толкование будет либо совершенно легально и однозначно рассматривать-

ся как обязательное (в отношении Конституционного Суда РФ<sup>1</sup>), либо фактически являться таковым при отсутствии прямого указания на это в нормах права (обзоры практики, даваемые Президиумом и Пленумом Верховного Суда РФ<sup>2</sup>). Речь не идет об установлении абсолютной истины. Устанавливаемая в процессе преодоления истина отражает уровень социокультурного и правового развития общества в конкретный момент времени и является относительной. Однако эта истина, даже в условиях относительности, позволяет гармонизировать правовую реальность, создать корреляцию правосознания и правовых действий на ее различных уровнях.

*Коммуникативная функция* — правовой пробел повышает оперативность взаимодействия законодательных и правоприменительных органов, придает их коммуникации не формальный, а ценностный характер. Установление пробела в рамках применения права уже само по себе представляет собой средство налаживания обратной связи между уровнями правотворчества и правореализации, когда разрешение конкретной индивидуальной ситуации влечет за собой деятельность, направленную на правовую квалификацию, которая, в свою очередь, позволяет выявить несовершенство правового регулирования. Систематизация правоприменительной практики способствует обобщению слабых сторон в правовом регулировании и направлена на формулирование новых вариантов понимания уже существующих правил поведения и рекомендаций по внесению изменений в законодательство. Кроме того, коммуникативная функция показывает степень взаимодействия субъектов в рамках индивидуального договорного регулирования, которое, как мы отметили выше, в пределах предписаний диспозитивных норм права позволяет преодолевать пробелы в той мере, насколько вводимые формулировки не противоречат действующему законодательству и правовым принципам.

*Демонстрирующая функция* — правовой пробел является средством определения темпов правового развития. Следует оговориться, что пробел способен выступать такого рода индикатором в том случае, если он является реальным и не носит мнимого характера. Кроме того, следует исключить ситуации, когда пробел носит первичный характер и явился результатом правотворческой ошибки: по существу в данном случае темпы правового развития не учтены в рамках

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 29 июля 2018 г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ст. 79) // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ (в ред. от 2 августа 2019 г.) «О Верховном Суде Российской Федерации» (ст. 5–7) // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550.

правотворческой работы. Если же пробел вторичен и образовался по мере применения норм права к существующим и вновь формирующимся общественным отношениям, то здесь мы вполне можем ощутить динамизм и качественные сдвиги в развитии общественных отношений. Обратная связь между правотворчеством и правоприменением требует тем более внимательного отношения, чем выше динамизм в формировании новых общественных отношений.

*Инструментальная функция*, которая проявляется в том, что правовой пробел выступает как инструмент, средство правового воздействия. Наличие пробела тем самым становится средством, во-первых, информационного воздействия: субъекты, потенциально готовые ко вступлению в определенные виды отношений, которые оказались не урегулированными с помощью норм права на том или ином этапе развития общества, стремятся в итоге либо выбирать иные варианты удовлетворения своих интересов и потребностей, либо вписаться в существующую систему правовых средств, будучи готовыми к отставанию позиции, согласно которой отношения требуют правовой регламентации и, как следствие, требуется преодоление пробела. В этом плане такая правовая ситуация сходна с защитой так называемых охраняемых законом интересов, когда заинтересованная сторона в споре доказывает в суде (или арбитражном суде) наличие такого интереса и его законный характер. В силу того, что каждая сторона должна доказать те факты и обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требования, доводов, соображений, что отражено в процессуальном законодательстве<sup>1</sup>, и в данном случае если участвующее в деле лицо утверждает о наличии пробела, то это обстоятельство должно быть соответствующим образом аргументировано. Кроме того, правовой пробел есть средство воздействия на психологию участников правоотношений: его наличие может ограничивать активность в плане реализации своих интересов для тех, кто не планирует сложный процесс с преодолением пробелов, или, наоборот, стимулировать поиск соответствующих средств преодоления пробела либо вообще других правовых средств удовлетворения своих интересов и потребностей.

Таким образом, правовой пробел одновременно является комплексным правовым явлением когнитивной и функциональной направленности и философско-правовой категорией. В качестве последней он отражает уровень развития национальной правовой реальности и представляет собой объективно-субъективное явление,

---

<sup>1</sup> См., например, ст. 56 Гражданского процессуального кодекса РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 2 декабря 2019 г.) (СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532).

связанное с отсутствием в правовом массиве формального правила, регулирующего определенное общественное отношение, которое подлежит правовому опосредствованию. Пробел не может рассматриваться исключительно как отсутствие нормы в законодательстве, так как правовое регулирование предполагает использование и иных форм права, таких как правовой обычай, нормативный правовой договор: хотя российская практика по их использованию не выглядит обширной, тем не менее такого рода случаи исключать нельзя. Кроме того, следует иметь в виду, что наличие правового принципа само по себе свидетельствует о том, что пробел внешне мним, а на самом деле требуется сложная мыслительная деятельность по систематическому и логическому толкованию правового принципа с целью его прямого применения для урегулирования общественного отношения.

Рассмотрение пробелов не только онтологически, но и аксиологически и гносеологически позволяет и определить их природу и место в правовом регулировании, и сформулировать функции, которые свидетельствуют о том, что пробелы нельзя рассматривать исключительно негативно. Будучи неизбежным правовым явлением, пробел стимулирует правотворчество и совершенствование законодательства, способствует определению круга общественных отношений, которые в силу совокупности обстоятельств разного порядка требуют правового регулирования. Кроме того, он выступает оценочным средством, с помощью которого можно отследить важность, распространенность общественных отношений, отграничить правовое регулирование от социального регулирования в целом. Правовой пробел способствует выстраиванию соответствующей правовой коммуникации в целях поиска нужных средств для правового регулирования отношений, а также выступает индикатором темпов правового развития.

---

---

---

*Захарцев С.И., Сальников В.П.*

## **ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ — ГРАНЬ КОМПРЕХЕНДНОЙ ТЕОРИИ ЕГО ПОЗНАНИЯ**

Перед тем как рассматривать пробелы в праве, коснемся самого права. Вопрос: «Что есть право?» — всегда интересовал человека. Философы и ученые с античных времен изучали право, сравнивали его с другими социальными явлениями, законом, государством. На

основе их трудов образовалось несколько правовых теорий, наиболее известными из которых являются юснатуралистическая, позитивистская, божественная, историческая, социологическая, договорная, психологическая. Однако при гениальных достижениях человечества в технических и гуманитарных науках вопрос о том, что такое право, по-прежнему открыт. Сформулировано несколько определений права, предложены различные подходы к его познанию, но за тысячелетия существования человека единого и устраивающего всех подхода разработано не было.

Полагаем, что каждый ученый имеет представление о праве. И в сознании у каждого из специалистов есть его примерное определение. И тем не менее они будут противоречивы. Вряд ли кто-то, как Л. Толстой, назовет право гадким обманом<sup>1</sup>. Но помимо распространенных определений права как свободы, справедливости, равенства, успеха, кто-то назовет его инструментом насилия, жестокости, частью политики, волей правящего класса и т.п. Понимание права зависит от того, где специалист получал юридическое образование, какого подхода к праву придерживается и как соприкасался с правом в своей жизни.

При этом все будут говорить о пробелах в праве. Но имеющиеся определения права не полны, поскольку в них нет ни слова о пробелах. А ведь пробелы, являются обязательной характеристикой правоотношений и права. Что есть пробелы? Пробелы в праве — это отсутствие нормы права, в соответствии с которой должна быть решена задача (проблема, вопрос), требующая правового регулирования<sup>2</sup>.

Пробелы были в праве всегда. Они воспринимаются юристами как данность, поскольку составляют одну из граней понимания права. Но о них не говорится ни в одном из понятий права, как и о других гранях и противоречиях, также отражающих сущность права.

Право — это и защита от насилия, и насилие по принуждению исполнения норм, и регулятор насилия. Причем в каждом обществе с учетом его ментальности, традиций, культуры и других социальных факторов параметры регулирования насилия различны.

Право — это и реализация человеком потребностей, и их ограничение, и регулятор потребностей. При этом, если так можно выразиться, право обеспечивает жизнь человека человеческой.

<sup>1</sup> Захарцев С.И., Сальников В.П. Лев Толстой еще об одной грани комплексной теории познания права // Мир политики и социологии. 2019. № 6. С. 168–177.

<sup>2</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве: вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права / Казан. гос. ун-т им. В.И. Ульянова-Ленина. Казань: [б. и.], 1969; Его же. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юридическая литература, 1974.



Право — это и конкретные законы, издаваемые государством, и бытие, не зависящее от конкретных законов и даже побуждающее издавать эти законы.

Право — это и разумный регулятор жизнедеятельности, и бессмыслица, абсурд, безрассудность (например, бессмысленные и комичные законы в прецедентном праве). Право показывает как интеллектуальность, так и безрассудство человечества.

Право стремится к справедливости, но одновременно допускает и несправедливость, а подчас откровенно выступает регулятором несправедливости.

Право направлено на установление объективной истины и в то же время допускает ее неустановление.

Право динамично и одновременно противоречиво в своей динамике. Так, в зависимости от внешних общественных факторов одно и то же деяние может считаться преступлением, а может эффективным ведением дела (например, спекуляция)<sup>1</sup>.

Право просто и понятно с точки зрения вечных ценностей (не убий, не укради), но в то же время представляет сложность с точки зрения квалификации указанных деяний.

Право в ряде случаев формирует политику и, одновременно, является инструментом политики. При этом право не может решить все проблемы человечества, хотя многие почему-то его таким видят.

Право регулирует экономику и в то же время зависит от экономических процессов.

Подобные размышления можно продолжать и продолжать. В конечном счете видится, что право — это несомненно сложное диалектическое многофакторное социальное явление, зависящее от объективных и субъективных факторов. К субъективным факторам, например, можно отнести самодурство лица, правомочного издавать правовые нормы или, наоборот, в результате самодурства не издавать необходимые нормы. В результате образуется пробел в праве.

Право стремится регулировать все общественные отношения, но при этом в любой отрасли права имеются пробелы, которые иногда невозможно разрешить.

В нашем учебнике мы привели наиболее характерных причины возникновения пробелов в праве:

1) объективное отставание темпов развития системы законодательства от опережающих жизненных реалий;

---

<sup>1</sup> Рохлин В.И., Захарцев С.И., Миронов М.А., Стуканов А.П. Институт реабилитации в российском законодательстве / под общ. ред. В.И. Рохлина. СПб.: Юридический центр Пресс, 2007.



2) некомпетентность лиц, осуществляющих правотворческую деятельность;

3) резкие изменения социально-политической ситуации, приводящие к утрате юридической силы ранее действовавших нормативных правовых актов в условиях отсутствия альтернативных источников правового регулирования (к примеру, после Октября 1917 г. утратили юридическую силу практически все нормативные правовые акты, действовавшие в царской России; вместе с тем упорядоченная система советского законодательства была создана спустя значительный промежуток времени<sup>1</sup>. После 1991 г. многие нормативные правовые акты СССР перестали действовать, а бывшие республики, включая Россию, отнюдь не сразу сформировали свое законодательство. Пробелов в тот период было много.

Но множество пробелов было и до Октября 1917 г. Как писал Б.А. Кистяковский, русская интеллигенция никогда не уважала право, никогда не видела в нем ценности: из всех культурных ценностей право находилось у нее в наибольшем загоне<sup>2</sup>.

Исследовал пробелы в праве А.Б. Венгеров. Он сделал вывод, что пробелы в праве имеют как объективную, так и субъективную природу. Законодатель может быть не готов к принятию того или иного закона. Законодательный орган раздирают политические страсти, происходит столкновение интересов социальных групп, политических партий. Верхняя палата отклоняет закон, принятый нижней палатой. Общественные отношения обладают такой новизной и степенью сложности, что непонятно, как и с помощью каких правовых средств их следует регулировать. Это объективные факторы. К субъективным относятся несовершенство законодательства, отсутствие надлежащей законодательной техники и т.п. Например, при подготовке Закона РФ о демонстрациях, шествиях, собраниях законодатели не учли такую форму протестов, как пикетирование. Или, например, в законодательстве отсутствовало понятие «наемник», а наемничество как реальное явление развилось в военных конфликтах в Югославии, Чечне<sup>3</sup>.

С выводом А.Б. Венгерова следует согласиться и обратить внимание на то, что при демократическом государственном строе и нормальном парламентаризме, к которому, к слову, стремятся пра-

<sup>1</sup> Теория государства и права: учебник: в 3 т. / под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. 2-е изд., доп., перераб. Т. 3. СПб., 2010. С. 103–104.

<sup>2</sup> Смолькова И.В. Юридические афоризмы. М., 2013. С. 41.

<sup>3</sup> Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник. 6-е изд., стер. М., 2009. С. 507–508.

ктически все государства, пробелов в праве не избежать: например, верхняя палата парламента не пропустит закон нижней палаты.

Когда-то, разрабатывая компрехендную теорию права, мы высказали мысль, которая нашла отклик у российских и зарубежных ученых. Ее многократно стали цитировать, перевели на несколько языков, стали распространять не только среди юристов, но и среди философов. Мы сравнили право с большим бриллиантом. Наиболее распространенная огранка бриллианта составляет 57 граней. И вот думается, что ученые видят ту или иную грань «камня», подчас даже подробно рассматривают ее, при этом упуская из виду, что есть еще как минимум 56 граней. Специалисты по одной грани этого феномена судят о нем как о целом. Очевидно, что получаемые таким образом теории со временем сталкиваются с неразрешимыми противоречиями. Далее появляются новые мыслители, которые также, иногда искренне полагая, что видят предмет целиком, заостряют внимание на одном из проявлений предмета. Их теории также опровергаются другими концепциями, которые тоже далеки от совершенства. Исторически различных концепций понимания права было немало. Однако их и не так много, как граней бриллианта. Наши исследования позволили нам высказать предположение, что пока не будет создано значительное количество самостоятельных концепций, объективно и полно раскрывающих конкретные грани права, единого и общего понятия нам не удастся сформулировать. Но как только количество определений права достигнет критической массы, оно диалектически перерастет в качество, в результате чего мы получим понимание права на уже совершенно новом уровне.

Если объединить все, что нам известно о праве, мы получим нечто большее и всех устраивающее? Судя по всему — нет. Пока мы лишь дошли до понимания того, что нельзя останавливаться только на одной концепции права, пытаться «делать» ее господствующей, главной, какой бы привлекательной она ни казалось. Надо стремиться изучать право всесторонне, в том числе со всеми изъянами и пробелами. Такой компрехендный подход (от лат. *comprehendo* — всеохватывающий) к изучению права в данном случае является наиболее подходящим.

Компрехендную теорию права мы сформулировали примерно шесть лет назад. Эта теория стала известной в России. Положительные рецензии на наши книги<sup>1</sup>, отражающие названную теорию, дали

---

<sup>1</sup> Захарцев С.И. Некоторые проблемы теории и философии права: монография / под общ. ред. В.П. Сальникова. М.: Норма, 2014; Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия и юридическая наука: монография. М.: Юрлитинформ, 2019; Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия. Философия права. Юридическая наука.

Д.А. Керимов, И.Ф. Покровский, В.М. Баранов, Э.В. Кузнецов, А.И. Экимов, Т.В. Керимова, А.С. Колесников, Д.В. Масленников, А.Г. Хабибулин, Ф.Х. Галиев, Ф.М. Раянов, Е.В. Дворецкая, С.В. Степашин и др.<sup>1</sup> Стала известна эта теория и за рубежом. Так, в 2018 г.

---

М.: Юрлитинформ, 2015; Захарцев С.И., Масленников Д.В., Сальников В.П. Логос права: Парменид — Гегель — Достоевский. К вопросу о спекулятивно-логических основаниях метафизики права: монография. М.: Юрлитинформ, 2019; Идея свободы. Право. Мораль (классическая и постклассическая философия права): монография / под ред. С.И. Захарцева; И.А. Ананских, И.Н. Грибов, С.И. Захарцев, Н.В. Зорина, И.Р. Исмагилов, О.А. Клименко, О.Ю. Лежнева, С.Ф. Мазурин, Б.В. Маков, Д.В. Масленников, А.К. Мирзоев, П.А. Петров, Е.А. Поливко, К.Г. Прокофьев, О.В. Пылева, В.П. Сальников, М.В. Сальников, Ф.О. Чудин-Курган. М.: Юрлитинформ, 2020.

- <sup>1</sup> Баранов В.М. Российская книга по философии права и юриспруденции на английском языке. Рецензия-презентация монографии С.И. Захарцева и В.П. Сальникова (The Philosophy of Law and Legal Science. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2018) // Юридическая наука и практика: вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 1 (41). С. 304–307; Галиев Ф.Х., Раянов Ф.М. Когда рецензию писать не только приятно, но и почетно. О книге С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука», переведенной на английский язык и изданной в Кембридже: Zakhartsev S.I., Salnikov V.P. The Philosophy of Law and Legal Science. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2018 // Правовое государство: теория и практика. 2018. Т. 2. № 52. С. 206–208; Дворецкая Е.В., Масленников Д.В., Гук А.И. Вышла интересная книга о философии и праве. Рецензия на монографию С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука» (М.: Юрлитинформ, 2015) // Мир политики и социологии. 2016. № 3. С. 184–189; Исмагилов Р.Ф., Сальников В.П. Право и справедливость: исторические традиции и современные модели (Историко-правовой анализ теоретических исследований актуальных вопросов отношения идеи права и идеи справедливости в XX–XXI вв.): монография. СПб.: Фонд «Университет», 2017 (Серия: «Наука и общество»); Керимов Д.А. В развитие дискуссии о философии и праве. Рецензия на монографию С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука». М.: Юрлитинформ, 2015 // Правовое поле современной экономики. 2015. № 1. С. 78–85; Керимова Т.В. Классическая монография о философии и праве. Рецензия на монографию С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука». М.: Юрлитинформ, 2015 // Юридическая наука: история и современность. 2016. № 5. С. 168–172; Колесников А.С., Масленников Д.В., Гук А.И. Размышления о философско-правовых работах С.И. Захарцева и своеобразии его философии // Юридическая наука: история и современность. 2015. № 12. С. 177–184; Кузнецов Э.В., Масленников Д.В., Покровский И.Ф., Экимов А.И. Английская версия российского издания S.I. Zakhartsev, V.P. Salnikov. The Philosophy of Law and Legal Science. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2018 // Юридическая наука: история и современность. 2018. № 9. С. 191–194; Масленников Д.В., Гук А.И., Числов А.И. Философско-правовые работы С.И. Захарцева: от происхождения права до перспектив правового бытия // Юридическая наука: история и современность. 2016. № 4. С. 194–200; Масленников Д.В., Степашин С.В. Рецензия на монографию С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука» // Юридическая наука. 2016. № 6. С. 177–179; Покровский И.Ф., Гук А.И.

нашу монографию «Философия. Философия права. Юридическая наука», содержащую материалы о компрехендной теории, инициативно перевели на английский язык и издали в Великобритании в Кембридже<sup>1</sup>. Теперь ее изучают и английские ученые, и студенты.

Повторим основные положения компрехендной теории изучения права. Актуальность формирования и формулирования этой теории вызвана необходимостью с философских позиций обратиться к понятию права, оценить его комплексно и честно, отказываясь от часто применяемого метода идеализации права. Указанная теория, по нашему замыслу, должна выполнить роль частной теории в философии права.

Любая теория изучает закономерности возникновения, функционирования и развития. С точки зрения философской теории познания объект — это то, на что направлено познание. Объект — это та часть реальности, на постижение которой направлены усилия исследователей. Этой реальностью выступают объективно существующие общественные отношения, регулируемые правом.

Предмет должен отражать главные, сущностные стороны объективной действительности. С точки зрения диалектической теории познания предметом теории компрехендного изучения права является само право как сложное, противоречивое, многоаспектное, динамично меняющееся социальное явление, оцениваемое без господства какой-либо правовой концепции.

Предмет теории компрехендного изучения права включает также:

- закономерности диалектических сущностных противоречий в праве и правовом бытии (некоторые из них были названы);
- закономерности влияния на адекватную и объективную оценку права и правовой реальности сторонних факторов (экономика, политика, идеология, роль руководителя государства и др.);
- перспективы развития права в контексте правовой реальности.

---

Когда философия и право снова вместе. Рецензия на монографию С.И. Захарцева «Некоторые проблемы теории и философии права» / под ред. В.П. Сальникова. М.: Норма, 2014 // Мир политики и социологии. 2015. № 2. С. 184–190; Покровский И.Ф., Исмагилов Р.Ф., Гук А.И. Действительно, философия и право снова вместе в исследовании современных научных мыслителей. Некоторые идеи по поводу рецензии Д.А. Керимова и монографии С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука». М.: Юрлитинформ, 2015 // Юридическая наука: история и современность. 2015. № 9. С. 196–200; Хабибуллин А.Г., Мурсалимов К.Р. Рецензия на книгу С.И. Захарцева «Некоторые проблемы теории и философии права» / под ред. В.П. Сальникова. М.: Норма, 2014 // Мир политики и социологии. 2015 № 9. С. 203–209.

<sup>1</sup> Zakhartsev S.I., Salnikov V.P. The Philosophy of Law and Legal Science. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2018.

Таким образом, право есть сложное социальное явление, многоаспектное и противоречивое, которое следует рассматривать без идеализации. Этот вывод лежит в основе формирования и формулирования нами теории компрехендного изучения права.

И здесь надо вновь подчеркнуть, что компрехендное познание права предполагает не упорное обоснование какой-либо одной концепции права, чем нередко «грешат» многие ученые. И при этом не через интегральную теорию права, сводящуюся к попыткам взять «лучшее» из отдельных правовых концепций<sup>1</sup>. Полностью не познав право, невозможно сказать, что в нем «лучшее», а что — «худшее». Кроме того, познание права без оценивания его негативных черт является неполным, а значит, и необъективным.

Смысл предложенного подхода видится в строго объективном, реальном, деидеализированном, деидеологизированном познании права без господства какой-либо концепции. Чем объективнее мы будем оценивать право как сложное, противоречивое, многогранное социальное явление, чем четче будем вскрывать все его противоречия и изъяны, сильные и слабые стороны, возможности и пределы этих возможностей и т.д., тем скорее мы придем к познанию права.

Нас не вполне устраивают распространенные в настоящее время определения и концепции права, поскольку они хотя и раскрывают черты права, но, во-первых, достаточно односторонни, а во-вторых, как уже отмечалось, рассматривают право идеалистично и не объективно. Даже В.С. Нерсесянц считает, что философия права занимается познанием права как необходимой формы свободы, равенства и справедливости в общественной жизни людей<sup>2</sup>. Ю.А. Тихомиров полагает, что право весьма противоречиво<sup>3</sup>. Причина этих противоречий до конца не понятна, поскольку право до сих пор не достаточно изучено, а его надо комплексно и всесторонне изучать.

Если право само по себе сложное и противоречивое социальное явление, то соответственно этими противоречиями пропитано и

---

<sup>1</sup> Захарцев С.И. Интегральная юриспруденция: некоторые вопросы дискуссии // Юридическая наука: история и современность. 2012. № 8. С. 158–162; Захарцев С.И., Сальников В.П. Об интегративном правопонимании в контексте компрехендной теории права // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 2. С. 39–47; Лазарев В.В. Интегративное восприятие права // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 2. С. 20–29; Черданцев А.Ф. Интегративное непонимание права // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 2. С. 30–38.

<sup>2</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2011. С. 1.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Право: прогнозы и риски. М., 2018. С. 16.

правовое бытие. Противоречивость правового бытия проявляется в принятии правовых законов в сфере экономики, которые практически всегда улучшают положение одних и при этом ухудшают положение других<sup>1</sup>. Причем подчеркнем — в принятии именно правовых законов.

Что касается правоприменительной практики, то в настоящее время в мировые тренды вошел так называемый состязательный процесс. Он считается наиболее демократичным, обеспечивающим равенство сторон и т.д. В ходе такого процесса стороны нередко предоставляют суду противоположные и взаимоисключающие сведения о предмете спора. Это означает, что как минимум одна из сторон предоставляет ложную информацию. В результате суд выносит решение, и указанное действие считается правовым. При этом решения суда отнюдь не всегда правильны. Некоторые процессуалисты (мы их поддерживаем) считают, что и в состязательном процессе суд должен устанавливать именно объективную истину и стремиться к достижению справедливости<sup>2</sup>. Но это, увы, не меняет сущности права, которое своими нормами фактически регламентирует ложь (или возможность лжи) как минимум одной из сторон в суде.

Интерес к праву в последнее время в научной среде возрос. Появились содержательные работы, исследующие сущность права<sup>3</sup>. Иногда в них можно встретить достаточно резкую критику современного состояния законности, а сами законы критикуются всегда и везде. При этом появляются и конкретные, осмысленные предложения по совершенствованию законов и других нормативных правовых актов. Распространение, популяризация права тоже есть один из элементов правового бытия. Но опять же практически везде право идеализировано.

Например, известная сентенция, что право — хорошее, это действующие законы — плохие. Когда мы слышим подобные рассуждения, всегда приводим пример, ярко характеризующий однобокость

<sup>1</sup> Захарцев С.И. Экономика и право: проблемы соотношения // Правовое поле современной экономики. 2012. № 8. С. 49–54.

<sup>2</sup> Захарцев С.И. Общие проблемы научных работ по юриспруденции // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 2 (13). С. 338–348; Его же. Право и истина // Мир политики и социологии. 2012. № 9. С. 146–152.

<sup>3</sup> Галиев Ф.Х., Райнов Ф.М. Обществоведение в XXI веке: теоретико-правовой аспект. Уфа: Башк. энцикл., 2018; Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. 2-е изд. М., 2016; Райнов Ф.М. Философия права: дискурсивный анализ и новые выводы: монография. М.: Юрлитинформ, 2017; Ромашов Р.А., Пеньковский Е.В. Философия права и преступления. СПб.: Алетейя, 2015 (Либерализация права: от репрессий к милосердию); Фролова Е.А. Проблемы теории и философии права. М., 2015.

и неточность подхода «к праву как к определению хорошему явлению по отношению к плохому закону». Конституцией РФ человек, его права определены как высшая ценность для Российского государства. Для реализации такого права изданы неплохие по содержанию законы. Казалось бы, все верно? Действительно к законам по большому счету претензий нет — все они соответствуют Конституции РФ, исполняют ее посыл о том, что права человека есть высшая ценность. Однако возникает вопрос, а верно ли само право о том, что человек и его права являются именно высшей ценностью. Что, выше прав конкретного человека в России иных ценностей нет? Что, противопоставляя единичные интересы общим, приоритет должен быть у единичных? Разве не являются ценностью Родина, государство, вера, жизнь и здоровье соотечественников?

Об этом еще в 1915 г. писал С.А. Котляревский. Он отмечал, что нет правового государства без сознания у граждан ценности права, без любви к праву, борьбы за право. Но нет и государства там, где не существует готовности в известные минуты жертвовать этой любовью, этой даже привычкой к уже достигнутому правовому укладу во имя обязанностей перед родиной, во имя ответственности за ее независимость, безопасность, во имя служения достойному ее историческому развитию. «В этом смысле гипертрофия правового инстинкта, известная, так сказать, политическая изнеженность может оказаться в борьбе за жизнь (а от этой борьбы в самой острой форме не застраховано ни одно государство) опасным качеством, если оно не уравновешивается достаточным запасом элементарного непосредственного патриотизма. С другой стороны, государство нуждается не только в готовности граждан принести себя в жертву, ему необходима их способность пережить эту жертву как подъем национального одушевления, ему должна быть присуща сила вызвать это одушевление. Получается странный парадокс: способность граждан жертвовать правовыми благами сама связана с высоким правовым уровнем государственной организации. Болезненная и опасная — с виду — дисгармония превращается в ту высшую гармонию, искать которой всюду велит заповедь жизни»<sup>1</sup>. Поддерживает эту позицию и Н.М. Коркунов<sup>2</sup>.

Россия, на которую не менее два раза в век нападали завоеватели, жители которой выросли в общине, воспитывались из века в век коллективным трудом, по-особенному воспринимают слова «патри-

<sup>1</sup> Котляревский С.А. Власть и право. Проблема правового государства. М., 1915. С. 373–374.

<sup>2</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Переизд. СПб., 2004.



отизм», «Отечество», «самопожертвование ради других». О том же, являясь выразителем мнения русского народа, говорит Русская православная церковь. В Декларации о правах и достоинстве человека от 6 апреля 2006 г., принятой X Всемирным русским национальным собором, говорится, что права и свободы неразрывно связаны с обязанностями и ответственностью человека. Личность, реализуя свои интересы, призвана соотносить их с интересами ближнего, семьи, местной общины, народа, всего человечества. Существуют ценности, которые стоят не ниже прав человека. Это такие ценности, как вера, нравственность, святости, Отечество. Когда эти ценности и реализация прав человека вступают в противоречие, общество, государство и закон должны гармонично сочетать то и другое. Нельзя допускать ситуаций, при которых осуществление прав человека подавляло бы веру и нравственную традицию, приводило бы к оскорблению религиозных и национальных чувств, почитаемых святых, угрожало бы существованию Отечества. Русской православной церкви опасным видится и «изобретение» таких «прав», которые узаконивают поведение, осуждаемое традиционной моралью и всеми историческими религиями. Тем самым Русская православная церковь подтвердила мнение о том, что и в настоящее время общественные интересы в России стоят по меньшей мере не ниже, чем интересы личные, собственные. Поэтому несомненно, что Конституция РФ должна провозглашать высшей ценностью права не только конкретного человека, но и интересы российского общества в целом, значимость Отечества, его защиту от завоевателей.

Право не следует идеализировать. Оно представляет собой явление общественной жизни, человеческой жизни и отражает процессы, происходящие с людьми, обществом и конкретными индивидами — их достоинства и недостатки, разумность и неразумность, гармонию и противоречия.

Применительно к пробелам в правовом бытии наблюдается очередной парадокс и внутреннее противоречие. Общество и люди, с одной стороны, заинтересованы в том, чтобы все было четко регламентировано правом, а с другой стороны, уже не могут воспринимать имеющийся правовой массив. При этом право, увы, в силу объективных причин может действовать против человека и общества. Если еще недавно фраза: «Невозможно сделать шаг, что-нибудь при этом не нарушив!» — воспринималась с юмором, то сейчас в ней слышится все больше трагизма. Причем в данном случае все (как обычные горожане, так и государственные чиновники) находятся в принципе в одинаковых условиях. Государственные чиновники, служба которых регламентирована комплексом инструкций



и приказов, также легко могут стать субъектами как административной, так и уголовной ответственности. Как говорится, «был бы человек, а статья найдется». Здесь уместно привести высказывание директора Института философии РАН академика А.А. Гусейнова о его соприкосновении с правом: «Как директору института мне пришлось пару раз иметь дело с судом. У меня осталось самое тяжелое ощущение от всего этого. Рассматривая реальную ежедневную жизнь института, могу сказать: на 95, может быть, на 99% все отношения в институте, его позитивная деятельность основаны на обычае, устоявшихся стереотипах поведения, устных договоренностях, здравом смысле — словом, на вещах, которые, если вынести их в суд, то они сразу же могут быть поставлены под сомнение»<sup>1</sup>. Поэтому пробел в праве, может быть, и не так плохо? По крайней мере лучше, чем недоработанная правовая норма.

Таким образом, право и правовая реальность предстают сложными и диалектически противоречивыми явлениями. Пробелы выступают неотъемлемой составляющей права. Другими словами, пробелы являются самостоятельной гранью права, и именно так их надо воспринимать.

В изучении права юристам — ученым и практикам — следует быть ближе к философии, основываться на ней и в силу этого больше сомневаться, смотреть на правовые явления критично и объективно. Шаг в этом направлении станет началом движения от наблюдаемого мифического правового идеализма в сторону правового реализма, компрехендного изучения права<sup>2</sup>.

---

---

---

Честнов И.Л.

## СФЕРА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КАК СОЦИАЛЬНЫЙ КОНСТРУКТ

В классической теории права сфера правового регулирования отождествляется с предметной областью правового воздействия на

---

<sup>1</sup> Гусейнов А.А. У философов и юристов много общих тем // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / под ред. В.В. Миронова и Ю.Н. Солонина. М.: Летний сад, 2010. С. 14.

<sup>2</sup> Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия и юридическая наука: монография. М.: Юрлитинформ, 2019.

общественные отношения. При этом предполагается, что объективно существует круг общественных отношений, который, опять-таки объективно, требует именно правового регулирования. Одновременно, как правило имплицитно, подразумевается, что понятия «правовое регулирование» и «общественные отношения» являются самоочевидными феноменами и не требуют специального анализа; более того, именно к этим самоочевидностям редуцируются все иные аспекты механизма правового регулирования. Так, В.Д. Сорокин еще в 1970-е гг. сформулировал понятие «социально-правовая среда», которая «...охватывает ту часть социальных явлений и связей между людьми в обществе, которые (связи и явления) нуждаются в правовом регулировании и под его воздействием принимают юридическую форму... как система общественных отношений социально-правовая среда складывается не произвольно, а определяется особенностями, присущими обществу на определенном этапе его исторического развития. При этом речь идет о закреплении самых существенных, коренных свойств отношений между людьми в обществе, составляющих в своей совокупности социально-правовую среду»<sup>1</sup>.

В 2001 году близкую позицию занимал А.В. Поляков: «В сферу правового регулирования должны входить те отношения, которые *объективно требуют* правового опосредования и "вписываются" в правовую структуру. Это значит, что они имеют место в иерархии социальных ценностей, могут быть смоделированы в правовой норме и переведены на язык субъективных прав и обязанностей.

Основной их массив может быть распределен по трем группам: 1. Отношения людей по обмену ценностями (материальными и нематериальными благами); 2. Отношения по властному управлению ценностями. 3. Отношения по охране ценностей»<sup>2</sup>.

Объективность как характеристика предмета правового регулирования вытекает из марксистского понимания (шире — из классической философии, преимущественно немецкой) социальной эволюции, включающей возможность разума аподиктично понять ее — социальную эволюцию. С этим положением коррелирует представление об общественных отношениях, совокупность которых образует марксистское (классическое) понимание общества. Функция общественных отношений, отмечал в 1986 г. Л.И. Спиридонов, «заключается прежде всего в том, что они составляют, выражаясь

---

<sup>1</sup> Сорокин В.Д. Правовое регулирование: Предмет, метод, процесс (макроуровень). СПб.: Юридический центр «Пресс», 2003. С. 51.

<sup>2</sup> Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2001. С. 443.

метафорически, тело общества, будучи тем строительным материалом, из которого возводится общественно-экономическая формация, или (и это, может быть, точнее отражает суть дела) выступая в качестве "клеточек", образующих социальный организм»<sup>1</sup>. При этом «общественное отношение не есть отношение между людьми, если последние рассматриваются лишь в качестве представителей биологического вида *Homo sapiens*. Оно всегда — отношение между членами общества, т.е. между людьми, наделенными социальными свойствами»<sup>2</sup>. Более того, «коль скоро человек определен общественными отношениями, его поведение — функция занимаемой им социальной позиции. Ведь социальная позиция есть не что иное, как "полюс", сторона общественного отношения и, стало быть, в конечном счете предстает как момент системы разделения общественного труда. Требования, которые предъявляются людям обществом, по существу суть сумма требований, обусловленных теми функциями, которые индивид должен выполнять в связи с нахождением на этих позициях»<sup>3</sup>.

Такой подход, разделяемый в определенном смысле М. Вебером (относительно «оков» или «клетки» дисциплинирующей бюрократии), Г. Маркузе (с его концепцией «одномерного человека») и др., не учитывает в полной мере диалектику структуры и действия или «опредмечивания и распредмечивания». Об этом писал Л.И. Спиридонов в 1997 г. в незавершенной работе (скорее — в набросках) «Философия права»: «*Praxis* есть двуединый процесс распредмечивания и опредмечивания, освоения (присвоения) и отчуждения обществом самого себя через индивида. Индивид, распредмечивая (осваивая) мир, становясь индивидуальностью (личностью), чтобы опредметиться, раствориться в нем в процессе отчуждения, формирует свой человеческий мир ...Поглощение индивида обществом (язык, культура, наука, материальные возможности etc.). Возможность индивида освободиться, стать индивидуальностью — продвигаться дальше наличного уровня культуры, создать новое, которое, однако, опредмечиваясь, отчуждаясь, становится общественным, приговаривая тем самым индивидуальность к смертной казни посредством растворения ее в общественном»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Спиридонов Л.И. Социология уголовного права // Спиридонов Л.И. Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского института права им. принца П.Г. Ольденбургского, 2002. С. 172.

<sup>2</sup> Там же. С. 176.

<sup>3</sup> Там же. С. 181.

<sup>4</sup> Спиридонов Л.И. Указ. соч. С. 21.

Таким образом, общественные отношения — это не просто связи между социальными статусами, а такие социальные связи, которые сконструированы людьми (их потребностями, интересами и т.д.) и воспроизводятся их поведенческими и ментальными практиками<sup>1</sup>. Неслучайно М. Фуко в концепции дисциплинирующего общества и биополитики предпринимает генетическое исследование их истоков, а П. Бурдьё, отстаивая объективность *хабитуса* и поля, показывает их сконструированность «первичным произволом» заинтересованных акторов. Такие общественные отношения с позиции постклассической методологии представляют собой взаимодействие акторов, носителей социальных статусов. Они образуют структуру социума, которая существует, только если воспроизводится практиками этих акторов — именно в этом состоит новаторство «теории структуризации» Э. Гидденса или «генетического структуриализма» П. Бурдьё. Более того, акторы в состоянии «переструктурировать структуру», то есть изменять существующие общественные отношения, образующие «социальные поля и практики».

Такой подход предполагает, что сфера правового регулирования как совокупность общественных отношений — это результат конструктивистской активности человека. Конструирование правовой традиции приводит к формированию как права вообще, так и новых институтов и так называемых вторичных отраслей права — трудового, семейного, земельного, экологического, таможенного и др. — в частности. Их невозможно отграничить от других отраслей права — гражданского и административного (они долгое время именовались полицейским правом) по классическим критериям — предмету и методу правового регулирования, но можно исходя из значимости соответствующих отношений для общества и длительности их правового регулирования<sup>2</sup>. Более того, правовая традиция, конструируемая «первичным произволом» (вслед за Б. Паскалем это повторял П. Бурдьё) и последующей «амнезией происхождения», в свое время

<sup>1</sup> Л.И. Спиридонов со ссылкой на К. Маркса (Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 2. С. 102) писал в 1986 г.: «Содержание социального развития, функционирование социального организма, в конечном счете образует общественная деятельность человека. Сама по себе "история не делает ничего... она "не сражается ни в каких битвах"! Не "история", а именно человек — вот кто делает все это, всем обладает и за все борется", и потому "история — не что иное, как деятельность преследующего свои цели человека"» (Спиридонов Л.И. Указ. соч. С. 179).

<sup>2</sup> См. подробнее: Честнов И.Л. Правовая традиция как критерий выделения отраслей права // Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России: в 12 т. Т. 1. Теоретико-методологические аспекты образования отраслей российского права: монография / под ред. Р.Л. Хачатурова. М.: Юрлитинформ, 2020. С. 267–281.

привела, по мнению французского социолога, к образованию современного государства<sup>1</sup> и государственного права. Борьба за власть в поле права — это «борьба за влияние, ставкой которой было получение главных постов, то есть тех, что способны принести финансовую прибыль»<sup>2</sup>. Более того, юридическая деятельность — это «инструмент легитимации того, что есть. Самое малое, что может сделать юрист, — это сказать: "Это так, но еще лучше, если я скажу, что так должно быть". Это минимум, который может сделать юрист, в противном случае он упраздняет себя в качестве юриста; если именно шпага говорит, что хорошо, а что плохо, для юриста это конец. Следовательно, юрист как юрист выступает за удвоение того, что есть, высказыванием долженствования, на которое у него имеется монополия: это минимальная функция легитимации»<sup>3</sup>. В настоящее время юристы легитимируют не только «то, что есть», но и конструирование того, что должно быть, что, впрочем, не означает подчинения юриспруденции политике. Юристы «не могут оправдать королевскую власть, фактически не ограничивая ее, поскольку ограничение подразумевается уже тем, что она нуждается в оправдании. Но еще вернее можно сказать, что с того момента, как они начинают аргументировать, предлагать основания для повиновения королю, они связывают короля этими основаниями, объясняющими, почему ему нужно повиноваться»<sup>4</sup>.

Таким образом, «объективность» или «естественность» образования сферы правового регулирования — это процесс и результат

<sup>1</sup> «Невозможно составить генеалогию западного государства, не учтя в ней основополагающую роль юристов, вскормленных римским правом, способных производить эту *fictione juris*, правовую фикцию. Государство — это правовая фикция, произведенная юристами, которые как юристы произведены в этом производстве государства» (Бурдьё П. О государстве: курс лекций в Коллеж де Франс (1989–1992) / ред.-сост. П. Шампань, Р. Ленуар, Ф. Пуло, М.-К. Ривьер; пер. с фр. Д. Кралечкина и И. Кушнарёвой; предисл. А. Бикбова. М.: ИД «Дело» РАНХиГС, 2016. С. 140).

<sup>2</sup> Бурдьё П. Указ. соч. С. 501. «Есть юристы, которые сражаются друг с другом по вопросам права, есть пространство юристов, у которых есть разные юридические стратегии, и есть, следовательно, отдельное пространство юридических текстов. Точно так же есть интеллектуальное поле, отдельное поле тезисов об общей воле и т.д. То есть у нас есть совокупность полей, которые сами дифференцированы и которые находятся в конкурентных отношениях друг с другом... То есть эти поля конкурируют друг с другом, и именно в этой конкуренции появляется то, что можно назвать государством, изобретается своего рода власть "метаполя", которая воплощается в короле, пока есть король, а потом становится собственно государством. Каждое из полей желает воздействовать на это метаполе, чтобы одержать победу одновременно над другими полями и в своем поле» (с. 566).

<sup>3</sup> Там же. С. 582–583.

<sup>4</sup> Там же. С. 583.

деятельности власти и представителей основных социальных групп данного общества по определению тех социальных явлений и процессов, которые, по их мнению, являются социально важными (выдавая свои представления о социальной значимости за универсальные и навязывая их населению) и, что не менее важно, определение того, как именно эти отношения следует регулировать<sup>1</sup>. Это связано не только со спецификой политической жизни в любом — даже самом демократичном — обществе, но и с принципиальной невозможностью научно определить степень актуальности и, что еще более важно, рассчитать последствия любого сложного социального преобразования.

Право не является (или не должно быть) замкнутой, самодостаточной областью (сферой), иначе оно превращается (что можно наблюдать в связи с процессом юридикации или инфляцией законодательства) в систему симулякров<sup>2</sup>. Право призвано регулировать иные общественные отношения, ради них оно — право — существует. Поэтому определение сферы правового регулирования в конечном счете задается внешними по отношению к праву факторами (социальными процессами и явлениями). Однако невозможно дать объективный перечень тех социальных интеракций, которые всегда и всюду требуют именно правового (законодательного) регулирования. Так, например, невозможно сформулировать список проблем, угрожающих социуму (общественно опасных явлений), ибо любое действие всегда может быть оценено как вредное и (или) полезное — смотря с какой точки зрения его квалифицировать. Поэтому важен анализ того, как, кем и почему некоторые социальные явления и процессы в данном социуме, оцениваются как юридически значимые, требующие именно юридического оформления.

Признание принципа неопределенности, вытекающего из перманентной сложности (или «сложности», по терминологии Э. Морено), делает невозможным научное объяснение онтической значимости новой сферы социальной жизнедеятельности и конкретных способов ее номинации, объективно нуждающейся в правовой

---

<sup>1</sup> То, что в настоящее время регулируется законодательством, например деятельность высших органов государственной власти или наиболее распространенные виды преступлений, в разные исторические эпохи и у разных народов регулировались религиозными нормами или обычаями.

<sup>2</sup> См., например: Лазарев В.В. Полемиические вопросы развития общей теории права и государства // Теория государства и права в науке, образовании и практике: монография / под ред. Т.Я. Хабриевой. М.: ИД Юриспруденция, 2016. С. 30; Егуже. Юридическая наука: современное состояние, вызовы, перспективы // Проблемы истории, методологии и теории юридической науки: монография / отв. ред. А.В. Корнев. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 21.

регламентации. Одновременно после «лингвистического поворота» акцент перемещается на анализ того, какие дискурсивные стратегии используются властью (включая власть референтных групп) для упрочения своего положения («социального капитала», по П. Бурдьё) в поле права. Другими словами, дискурс-анализ (в том числе программа критического дискурс-анализа) предполагает выявление того, кто, как и почему конструирует новую сферу социальных взаимодействий и придает ей юридическую значимость, прежде всего, юридические последствия несоблюдения устанавливаемых запретов.

Это не означает «выдуманности» новых сфер правового регулирования (хотя такое иногда может иметь место). Практически всегда конструирование новой сферы правового регулирования представляет собой восприятие и оценку внешних факторов, прежде всего, угроз, значимых для существующего правопорядка. Отсюда и вытекает предполагаемая «необходимость» правового регулирования новых общественных отношений, которые зачастую спонтанно складываются в данном социуме<sup>1</sup>, хотя иногда они сознательно продуцируются властью. Другое дело, что эти внешние факторы сами по себе никогда не вызывают механической реакции по их «юридическому оформлению». Всегда имеет место реализация «селективной функции правовой культуры», которая предстает источником права в трактовке диалектико-социологической теории права Л.И. Спиридонова. Такого рода функция — это деятельность власти по соотносению воспринимаемой и оцениваемой как актуальная социальной ситуации с господствующей в данном обществе системой ценностей, приоритетов. Подобная деятельность задает и реализует принципы политики (и правовой политики, в частности). Например, ценности личности (жизни человека) в настоящее время соотносятся с угрозой пандемии (а также с другими ценностями — экономикой, идеологическим престижем власти и др.) и воплощаются в конкретной правовой политике противодействия пандемии. Конечно, политика в области медицины вырабатывается с учетом знаний, накопленных медицинской наукой, опыта других государств, но окончательное решение по тому, какой способ выбрать (китайский, шведский или какой-либо другой), принимает власть на основании мнения экспертов и с учетом множества других факторов, в том числе экономических рисков и предполагаемой реакции населения.

---

<sup>1</sup> Такая «спонтанность» — продукт конструктивистской деятельности референтных групп, интериоризирующих потребности основных социальных сил данного социума.



*Казанцев Н.М.*

## **СТРАТЕГИЧЕСКОЕ ПЛАНИРОВАНИЕ: ПРОБЕЛЫ ПРАВА И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

В Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года (далее — Стратегия)<sup>1</sup> под риском в области экономической безопасности понимается возможность нанесения ущерба национальным интересам Российской Федерации в экономической сфере в связи с реализацией угрозы экономической безопасности.

Риски экономической безопасности подверглись многократным обсуждениям применительно к Российской Федерации во многих исследованиях последних 20 лет. Тем не менее за истекшие четыре года они значительно возросли в связи с изменившимся характером международных отношений и сократившихся возможностей использовать внешнюю торговлю для удовлетворения текущих потребностей населения. В известной степени имеется аналогия с советской практикой эпохи падения мировых цен на углеводородное сырье, составлявшее в то время в экспорте долю около 80%. Произошедшее в марте 2020 г. падение цен на нефть в связи с качеством ведения внешнеэкономических переговоров ставит на повестку дня вопрос об анализе рисков и поиске методов их предупреждения и элиминирования. Риски, достигающие значения угроз экономической безопасности, как и в советские времена, связаны с проблемами жизнеобеспечения населения. К ним добавились в качестве нового явления, характеризующего негативные тенденции развития страны, риски развития инженерной и научной карьеры молодых граждан на отечественных предприятиях и в организациях, повлекшие нарастающую эмиграцию в страны развития, особенно в сферах обрабатывающей промышленности высоких технологий. Наконец, третья группа рисков связана с территориальным развитием и благоустройством жизни на уровне местного самоуправления и сглаживанием различий по качеству жизни и благосостоянию между регионами<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Стратегия утверждена Указом Президента РФ от 13 мая 2017 г. № 208.

<sup>2</sup> Ущерб от пришедшей в страну пандемии коронавируса не прогнозировался как риск и оказался во многом следствием так называемой оптимизации здравоохранения, проведенной в последние годы. Он был усугублен также тем, что произ-



Отставание российского права как системы и как науки приобрело угрожающий характер. Уже не только российские аналитические и адвокатские фирмы, но и научный совет при Совете Безопасности РФ обращают внимание на то, что «большинство значимых сделок российского бизнеса (более 90%) осуществляется в иностранной юрисдикции, и, следовательно, юридически обязывающие решения, в том числе по стратегически важным российским активам, принимаются на основе иностранного права»<sup>1</sup>.

Сопоставление состава институтов, процедур и элементов регулирования, установленных Федеральным законом от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 172-ФЗ), с зарубежными практиками, излагаемыми в популярных материалах, показывает его систематическую неполноту и отставание от форм, практикуемых в настоящее время в странах развития. Например, доклад Л. Паркер Гейтс на тему «Стратегическое планирование с критическими факторами успеха и будущими сценариями: интегрированная структура стратегического планирования» (Strategic Planning with Critical Success Factors and Future Scenarios: An Integrated Strategic Planning Framework)<sup>2</sup> показателен современной постановкой и решения проблемы стратегического планирования. На рисунке Figure 1 представлены элементы стратегического планирования (на англ. языке). Очевидно, что далеко не все из них получили даже номинацию в Федеральном законе № 172-ФЗ. Подчеркнем, что государство — это наиболее сложный институт из всех известных типов организаций. В таком случае состав его элементов стратегического планирования не может быть проще, элементарнее состава элементов осуществления стратегического планирования в типовой или массовой организации. Однако именно это получилось вследствие фундаментальной пробельности названного федерального закона.

---

водство медицинского оборудования и средств санитарии было сокращено за счет переложения его на внешнеэкономическое сотрудничество. Среди последствий пандемии Председатель Счетной палаты России А. Кудрин прогнозирует снижение ВВП России на 7–8% и предлагает оказывать продовольственную помощь населению.

<sup>1</sup> Назаров В.С., Сильверство С.Н., Кувалдин Д.Б. Риски и угрозы для экономики Российской Федерации при кризисных сценариях развития мировой экономики: протокол заседания секции по проблемам экономической и социальной безопасности научного совета при Совете Безопасности РФ от 28 февраля 2020 г. № 1 (с. 9).

<sup>2</sup> Gates, Linda Parker Strategic Planning with Critical Success Factors and Future Scenarios: An Integrated Strategic Planning Framework. Carnegie Mellon University. URL: [https://kilthub.cmu.edu/articles/strategic\\_planning\\_with\\_critical\\_success\\_factors\\_and\\_future\\_scenarios\\_an\\_integrated\\_strategic\\_planning\\_framework/6584420/1](https://kilthub.cmu.edu/articles/strategic_planning_with_critical_success_factors_and_future_scenarios_an_integrated_strategic_planning_framework/6584420/1)

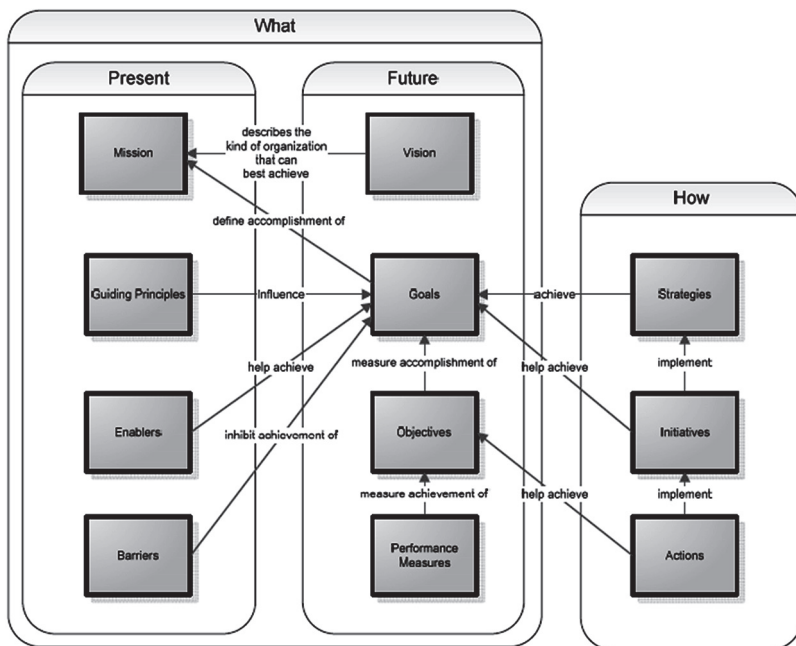


Figure 1: Typical Strategic Planning Elements

Управление рисками в области экономической безопасности может получить законодательное основание и практическую реализацию, если оно будет построено как одна из практик обеспечения реализации указанного закона, который, в свою очередь, будет выполнен регулированием рисков как систематической практикой стратегического планирования. Попытка построить систему управления рисками вне связи с законодательством о стратегическом планировании, даже если для нее будет издан специальный тематический закон, не сможет достичь той системности в предупреждении и управлении рисками, какая может быть получена в случае опоры на этот закон. Более того, риски экономической безопасности могут получить управляемость исключительно вследствие стратегического планирования экономического развития, в процессе которого они будут предсказываться, анализироваться, оцениваться, а также будут вырабатываться плановые меры по их элиминированию посредством мер, опережающих наступление кризисных событий и явлений в экономике.

Однако для того, чтобы названный федеральный закон соответствовал задаче управления рисками экономической безопасности,

институт стратегического планирования должен получить дальнейшее развитие, а закон должен быть дополнен рядом положений. Направления развития отечественного института стратегического планирования раскрываются, если обратиться к анализу и переосмыслению отечественного и зарубежного опыта<sup>1</sup>.

Разворачиваемая экономическая блокада России требует обратиться к опыту стратегического планирования и экономическим теориям противоборствующей стороны. В работе Д. Френча показывается, как британские оборонные планировщики начали готовиться к войне против Германии. Либеральные экономисты полагали, что свободная торговля ведет к миру и процветанию и что результатом универсальной свободной торговли станет универсальный мир. Свободная торговля могла бы создать такую сильную материальную связь между странами, что войны станут устаревшими и никакой агрессор не сможет получить экономическую прибыль от войны и человек, будучи рациональным существом, избежит войны<sup>2</sup>. Но, как пишет Д. Френч, книга А. Смита «Исследование природы и причин богатства народов» стала отправной точкой для понимания того, как воевать с экономической выгодой. Это также обеспечило оригинальные теоретические основы британской экономической стратегии в первые месяцы Первой мировой войны.

А. Смит был горячим сторонником свободной торговли между странами. Свободная торговля принесла пользу всем странам, потому что она позволила им обменять собственные избыточные товары на товары из других стран. Смит был убежден, что свободная торговля и здоровые экспортные отрасли промышленности были лучшими способами финансировать войну. Страна от ежегодной продукции ее промышленности, от годового дохода, проистекающего как из ее земель, так и от торговли с некоторыми странами, может поддерживать свои иностранные войны в других странах. Способность провести успешную войну зависит не только от армии и военно-морского флота, но и от способности экономики поддержать их.

---

<sup>1</sup> См.: Ляпсусы Федерального закона № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // Инновации. 2018. № 8 (238). С. 14–22; Казанцев Н.М. Право стратегического планирования и управления. В кн.: Модернизация административного законодательства (цели, задачи, принципы и актуальные направления): монография / А.М. Абакирова, М.А. Абдыраев, Г.А. Василевич [и др.]; отв. ред. А.Ф. Ноздрачев. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М, 2018. С. 252–268.

<sup>2</sup> См.: French D. *British Economic and Strategic Planning: 1905–1915*. Routledge, 5 нояб. 2013 г. First Published in 2005. Routledge is an imprint of Taylor & Francis, an informa company.

Экономические риски современной России возникают в сфере отношений международной торговли со странами, экспорт в которые позволяет получать существенные валютные доходы. Но в значительной части таких стран приняты антироссийские экономические санкции. Сырьевая специфика российского экспорта ограничивает возможности расширения рынков для ее продукции в других частях мира. Перед российским стратегическим планированием встает задача выработки стратегии возвышения внутреннего гражданского оборота через стратегическую координацию взаимосвязей российских субъектов экономики для внутреннего экономического развития, особенно для развития обрабатывающих отраслей промышленности.

Задачам стратегического управления рисками и противодействия международным экономическим санкциям противоречит состав субъектов, участвующих в стратегическом планировании согласно Федеральному закону № 172-ФЗ, а также логика отношений с экономическими субъектами страны, установленная этим законом.

Название указанного закона указывает на то, что он регулирует все процессы стратегического планирования в Российской Федерации, совершаемые каждым дееспособным лицом, состоящим под российской юрисдикцией. Такое название соответствует практике зарубежных стран с давними традициями планирования (США — с 1810 г. план Т. Джефферсона, более чем 100-летний опыт Великобритании, Ирландии и др.). Никакие планы правительства не могут быть исполнимы, если их нормы не будут учитывать планы экономически значимых фирм на соответствующих рынках — муниципальных, региональных, федеральных. При этом для обоснованности и осуществимости муниципальных планов их необходимо выработать совместно с гражданами, проживающими на соответствующей территории.

Однако, вопреки названию Федерального закона № 172-ФЗ пунктом 1 ст. 1 его предмет регулирования ограничивается лишь правовыми основами стратегического планирования в Российской Федерации, координации государственного и муниципального стратегического управления и бюджетной политики, полномочиями в сфере стратегического планирования органов публичной власти разных уровней и «порядком их взаимодействия с общественными, научными и иными организациями в сфере стратегического планирования». При этом названный порядок взаимодействия с общественными, научными и иными организациями в сфере стратегического планирования Федеральным законом № 172-ФЗ не регулируется в целом и непосредственно, но лишь в виде отдельных

законодательных поручений правительству урегулировать некоторые из его отношений и процедур.

Статья 9 Федерального закона № 172-ФЗ усугубляет тенденцию сужения регулируемых отношений тем, что исчерпывающе определяет состав участников стратегического планирования и не включает в него даже российских субъектов экономической деятельности — юридических лиц, то есть российские компании, фирмы, предприятия, функционирование которых образует экономику страны. Для стратегического планирования на муниципальном уровне не предусматриваются в числе участников планирования граждане, вопреки смыслу конституционного института местного самоуправления, осуществляемого ими.

Стратегические планы российских компаний, а равным образом и личные стратегические планы граждан не только не препятствуют мерам по обеспечению экономической безопасности страны, а напротив — являются важнейшими средствами обеспечения этой безопасности. Стратегическое планирование личностного профессионального развития граждан, если это становится распространенной практикой населения, будет создавать основу для формирования кадров управления, научных исследований и разработок, бизнеса и трудовых ресурсов страны. Метод обучения и вовлечения граждан в личное планирование образования и карьеры был избран в Японии в 1950-е гг. на уровне Совета при императоре Японии и проводился Министерством внешней торговли и промышленности, разработавшем планы развития страны на каждое десятилетие.

Как показывает опыт советского планирования, а также современного зарубежного планирования, согласование планов компаний, отраслей и региональных властей страны производится посредством многостороннего переговорного процесса в органах, которые, имея национальные особенности в наименованиях, порядке образования и статусе в разных странах, по сути являются аналогичными друг другу институтами согласования проектов планов.

В настоящее время в Великобритании реализуются стратегический план Ассоциации Организации Объединенных Наций — Великобритания<sup>1</sup> на 2016–2019 гг. «Глобальные граждане для глобальных решений» (Global citizens for global solutions UNA-UK Strategic Plan, July 2016 to June 2019)<sup>2</sup> и План британского правительства

---

<sup>1</sup> Ассоциация Организации Объединенных Наций — Великобритания (UNA-UK) является ведущим независимым директором по вопросам политики в отношении Организации Объединенных Наций в Великобритании и широкой членской организацией в масштабах всей Великобритании.

<sup>2</sup> URL: <https://www.una.org.uk/who-we-are/about-una-uk/strategic-plan-2016-19>

«Цифровая стратегия цифровой экономики» (A digital strategy for a digital economy)<sup>1</sup>.

Королевский институт городского планирования (Royal Town Planning Institute) называет следующие общие принципы — исходные пункты планирования<sup>2</sup>:

— стратегический — иметь дело только с проблемами, которые можно планировать и управлять на национальном или субнациональном уровне;

— пространственный — иметь ясность в роли и воздействии на отдельные местные сообщества и увязывать их с реализацией национальных приоритетов;

— отзывчивый — новые формы плана, которые эффективны при подготовке и имеет более динамичный механизм обзора, способный адаптироваться к изменениям;

— целедостигающий — быть эффективным благодаря привязке к выполнению программ и контролю расходов;

— правящий через совместные структуры — для обеспечения проактивного участия всех заинтересованных сторон (на основе культуры помощи в реализации повестки дня других людей), а не только на основе сотрудничества по реактивной повестке дня (принимать решения вмешиваться в мою повестку дня);

— локально ориентированный — обеспечить, чтобы механизмы управления были чувствительны к местной культуре и сообществам интересов;

— подотчетный — для преодоления дефицита демократии при принятии локально predetermined стратегических решений.

Механизмы согласовывания планов между разными уровнями национального управления подчеркивают С. Шмидт, Р. Бюлер и Дж. Блуштейн в сравнительном анализе процессов планирования в США и Германии<sup>3</sup>.

Имеются фундаментальные институциональные и структурные различия между США и ФРГ. В отличие от США, планирование в Германии опосредуется по вертикали, интегрированной и ориентированной на консенсус институциональной структуры. В ответ на социально-экономические последствия унификации и европейской

<sup>1</sup> URL: <https://www.gov.uk/government/publications/uk-digital-strategy/executive-summary>

<sup>2</sup> URL: <http://www.rtpi.org.uk/knowledge/policy/policy-papers/strategic-planning/>

<sup>3</sup> См.: The Planning Process in the US and Germany: A Comparative Analysis. Stephan Schmidt & Ralph Buehler Department of City and Regional Planning, Cornell University, Edward J. Bloustein School of Planning and Public Policy, Rutgers University // International Planning Studies Vol. 12. No. 1, 55–75, February 2007.

интеграции немецкое планирование экспериментирует с участием в планировании новых региональных ассоциаций.

В США распространились опасения по поводу увеличения уровня государственного планирования и вмешательства. Поэтому зависимость от частного сектора при выполнении функции планирования и реализации планов оставила американский процесс планирования более открытым для отдельного предпринимательства и участия общественности. Появление планирования по штатам привело в последние годы к всплеску участия некоммерческих групп и граждан в процессе планирования и принятия решений. Как показал анализ Американской ассоциации планирования (АРА) 2002 г. во многих штатах, которые создали некоторую форму собственного планирования, законы о планировании были приняты, с тем чтобы защитить отдельные права собственности и ограничить полномочия органов власти штатов использовать право на принудительное отчуждение частной собственности.

В ФРГ планирование предусмотрено Основным Законом (Grundgesetz) 1949 г. (гл. VIIa «Общие задачи Федерации и земель», ст. 91a:

«1. Федерация участвует в выполнении землями их задач, если эти задачи имеют значение для всего общества и участие Федерации необходимо для улучшения жизненных условий в следующих областях (общие задачи):

1) расширение и строительство новых высших учебных заведений, включая клиники при них;

2) улучшение региональной экономической структуры;

3) улучшение аграрной структуры и защита береговой линии.

2. Более точно общие задачи определяются федеральным законом с одобрения Бундесрата. Этот закон должен содержать общие принципы их решения.

3. Закон определяет процедуру и организацию общего основополагающего планирования. Включение какого-либо мероприятия в планирование требует одобрения земли, на территории которой оно будет осуществляться.

4. В случаях, указанных в абз. 1, п. 1 и 2, Федерация возмещает половину расходов в каждой из земель. В случае, предусмотренном абз. 1, п. 3, она возмещает не менее половины расходов; регулирование участия должно быть единым для всех земель. Подробности устанавливаются законом. Предоставление необходимых средств зависит от включения их в бюджет Федерации и земель.»

Хотя планирование является общей задачей для всех уровней государственного управления, Федерация не создает или не реали-



зуют планы, а устанавливает общие рамки и политику структуры для обеспечения базовой согласованности для земельного, регионального и местного планирования. Земли как государства, регионы и муниципалитеты являются фактическими органами планирования. Различают *Bauleitplanung*, или местное землепользование планирования, и *Raumordnung*, или пространственное планирование (Schmidt-Eichstädt, 2001). Эти формы созданы двумя федеральными законами.

Во-первых, *Baugesetzbuch* (Федеральный строительный кодекс) распространяется на более низкие уровни управления, чтобы сделать планы вертикальными и горизонтальными, и стандартизирует уровень знаний, правил и символов, используемых при составлении планов (это дополняется *Planzeichenverordnung* или *Plan Symbols Ordinance*).

Во-вторых, пространственное планирование регулируется *Bundes-Raumordnungsgesetz* (Федеральный закон о пространственном планировании, *Federal Spatial Planning Act*). Этот акт определяет общие руководящие принципы, которые должны соблюдаться на уровне земли, и отношения между землями и федеральным правительством. Федеральная власть проводится через консультации более низких уровней исполнительной власти по толкованию и правоприменению нормативно-правовой базы. Кроме того, муниципальные планы должны учитывать нормы, сформулированные как в Федеральном строительном кодексе, так и в Федеральном пространственном законе о планировании.

Планирование организовано как процесс взаимного влияния со стороны федеральных, земельных и муниципальных органов власти как дружественных властей по предложениям друг друга, обычно называемых «противоточными» предложениями — это принцип *Gegenstromprinzip*. Система организована на основании посредничества и консенсуса участников, допускает представление предложений и участие более низких уровней. Муниципалитеты представлены на региональном уровне, региональные представители вносят вклад в земельные планы, а земельные министерства участвуют в установлении руководящих принципов и проектов федерального планирования. Уровень ответственности и степень детальности плана повышается на более низких уровнях управления. 1 Основные участники в этом процессе: федеральное правительство (Бунд), 16 правительств федеральных земель, 114 районов планирования и примерно 14 тыс. муниципалитетов (BVR).

Структура планирования содействует духу сотрудничества и согласия, которое часто достигается через неофициальные биржи



прежде разработки плана, в течение и после создания плана. Есть много причин для такой формы планирования, основанного на согласии сторон в Германии.

Во-первых, есть давняя традиция вмешательства государства и на национальном, и на региональном уровне в Германии — XIX в. Например, Бисмарк осуществил первую систему социального обеспечения в 1870-х гг., чтобы гарантировать гражданам защиту от непредсказуемости рынка. Вмешательство государства принимается и ожидается до сих пор.

Во-вторых, Германия — пропорциональная демократия с разнообразием сторон, где создание коалиции не только главное для поддержания власти, но и способствует духу сотрудничества.

В-третьих, относительно США Германия демографически, экономически и с политической точки зрения более гомогенная страна, чем США, и по крайней мере в последние десятилетия имеет низкий прирост населения.

В-четвертых, признанные частные интересы (экономические, промышленные, аграрные и профессиональные объединения) имеют неконкурентный правительственный доступ и играют роль в процессе принятия решений через так называемые ассоциации и союзы интересов. В этом заключается отличие от более плюралистической модели США, где у заинтересованных групп намного менее формальный доступ к законодательному органу, но защищенный законом о лоббизме, и, следовательно, есть жесткая конкуренция среди заинтересованных групп, которые часто обращаются к системе судопроизводства.

Плановые органы исполнительной власти Ирландии по Закону о планировании и развитии 2000 г. в редакции 2017 г. (Planning and Development Act 2000 revised 2017), регулирующие составление и реализацию 7-летних планов развития Ирландии, который состоит из 277 статей (270 страниц), образованные законом о территориальном развитии 1919 г., получили по многим вопросам пространственного территориального управления в части земельных, экологических и прочих отношений конкретно и предметно установленные директивные полномочия, исполнение которых может влечь материальный ущерб правам собственности, который плановые органы обязаны компенсировать.

Представляет особый интерес государственный орган, называемый в англоязычной версии этого закона на ирландском языке An Bord Plen`ala, статус которого регулируется материально и процессуально в 48 статьях (sections 102–146, Part VI, 147–150 Part VII, An Bord Plen`ala). Этот орган действует как инстанция по итоговому

сведению и систематизации проектов планов ведомств и региональных ассамблей в единый национальный 7-летний план, совмещает в себе административные, представительные, медиаторные, квазисудебные функции по апелляционным процедурам оспаривания отказов о включении в национальный план каких-либо заявок, а также контрольные функции в отношении национального планирования.

Ирландский закон (Planning and Development Act 2000 revised) обязывает назначать в орган, составляющий план Board Pleanála (sec. 106), девять обычных членов этого органа с детальным регламентированием их назначения, обеспечивая представительство органов государственной власти, локальных органов публичной власти, корпораций, профессий, союзов интересов, профсоюзов, научных организаций. Название этого органа можно перевести как «Совет» или «Комиссия». Судя по его функциям в русском языке такому органу ближе понятие «Комиссия». Точно регламентированным законом порядком назначения обеспечивается определенная представительность, оперативность работы этого органа и национальная юрисдикция этой Плановой комиссии, составляющей план при взаимодействии с субъектами экономической деятельности. Указанное дает возможность устанавливать в законе нормы о принудительном правоприменении (Part VIII Enforcement), предусматривая уголовную ответственность — вплоть до тюремного заключения и многомиллионных штрафов (sect. 156) для руководителей тех компаний, которые взяли на себя плановые обязательства и не выполнили их. Плановая комиссия получает право предварительной квалификации деяний. Причем имеется многоступенчатая лестница санкций (от административных предупреждений до уголовных наказаний) при полной гражданской ответственности за причинение вреда другим лицам от неисполнения обязательств по 7-летнему плану. Важно, что первичный плановый документ разрабатывается в натуральных показателях, имеет конкретный пообъектовый характер многостороннего гражданского договора, составляет коммерческую тайну участников планового процесса и не может публиковаться. На основе этого многостороннего плана-договора в натуральных и стоимостных показателях, сбалансированного посредством модели межотраслевого баланса (матрицы затрат на выпуск В.В. Леонтьева, лауреата премии памяти А. Нобеля), рассчитывается индикативный план, он и публикуется.

Такого рода Плановая комиссия, будучи органом согласования и представительства экономических интересов на федеральном, региональном или муниципальных уровнях, может стать актуальным

для образования институтом стратегического планирования, способным консолидировать национальный стратегический план развития из множества документов планирования, создание которых предусмотрено Федеральным законом № 172-ФЗ. Они могут быть созданы при главах соответствующих публичных образований как внепартийные и внеполитические представительные органы экономических интересов. По этой причине исполнительным органом, например, Плановой комиссии Российской Федерации должен стать государственный орган, образуемый в соответствии с п. «ж» ст. 71 гл. 3 «Федеративное устройство» Конституции РФ в форме «федеральной экономической службы» как конституционный орган вне регулируемой гл. 6 «Правительство Российской Федерации» Конституции РФ системы исполнительной власти Российской Федерации. Это обусловлено логикой глав Конституции РФ.

Федеральная экономическая служба стратегического планирования Российской Федерации создается федеральным законом как национальный правоприменительный орган, подчиняющийся Президенту РФ, и обеспечивает исполнение его полномочий в соответствии с п. 4 ст. 78 гл. 3 «Федеративное устройство» Конституции РФ, а также п. 2 ст. 80, в том числе по обеспечению «согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти» в части контроля согласованности и исполнения плановых договоров. Такая служба аналогична административным ведомствам и независимым агентствам в США, создаваемым общим совместным актом Конгресса и Президента США.

Федеральная экономическая служба стратегического планирования Российской Федерации готовит проекты законов по совершенствованию Федерального закона № 172-ФЗ и нормативных правовых актов, обеспечивающих его реализацию, ведет переговоры с юридическими лицами — экономическими субъектами страны, модерирова заключение ими многосторонних договоров, нацеленных на реализацию стратегических целей Российской Федерации на различных отраслевых рынках, участвует в торгах на финансовых рынках в целях содействия заключению поставочных фьючерсных контрактов, обеспечивающих реализацию стратегических целей методом транзакционного планирования<sup>1</sup>, разрабатывает конкурентные стратегии и другие документы стратегического планирования, ведет федеральный государственный реестр документов стратегиче-

---

<sup>1</sup> См.: Казанцев Н.М. Метод транзакционного стратегического планирования. В кн.: Экономика-правовые институты регулирования регионального развития: монография / Н.М. Казанцев, Е.М. Бухвальд, А.Р. Бахтизин и др.; под ред. Н.М. Казанцева. М., 2013. С. 138–183.

ского планирования, информационную систему стратегического планирования, контролирует порядок и сроки их подготовки и корректировки, осуществляет мониторинг их исполнения наряду с другими государственными органами.

Численность персонала государственных органов, выполняющих функции планирования, значительна. Так, Министерство внешней торговли и промышленности Японии, составляющее планы на 10 лет вперед, начиная с плана под названием «Япония в 50-е годы» и насчитывало<sup>1</sup> 12,5–13 тыс. человек, при этом в НИИ и лабораториях при министерстве трудятся около 100 тыс. человек. Столь значительная численность необходима вследствие того, что планирование развития производится посредством согласовывания и балансирования планов компаний в натуральном выражении по продукции, услугам и конкретным технологиям и направлениям научного развития отраслей промышленности.

Основу для государственного планирования образует частное планирование не только юридических лиц, но и граждан, планирующих, например, в ФРГ, свое обучение и карьеру и получающих под эти планы кредиты в системе банков KfV<sup>2</sup>. С начала Первой мировой войны балансовое натуральное планирование по согласованию планов частных компаний стало общей практикой развитых стран, включая и царскую Россию. Переделанный мобилизационный план экономики царской России стал планом ГОЭЛРО. Стратегическому планированию стали уделять внимание после Второй мировой войны. С 1970-х годов началось систематическое обучение компаний и экономически активных граждан стратегическому планированию в США, Японии, Франции, поскольку обнаружилось, что без стратегического планирования личной жизни нельзя добиться стратегического же подхода в компаниях и государственных органах. В обучении и распространении стратегического планирования значимую, даже ведущую, роль стали играть общественные организации. Пример тому АРА — Американская ассоциация планирования (American Planning Association), членами которой являются плановики численностью около 40 тыс. человек из США, а также из 40 других стран. Помимо специалистов практики плани-

---

<sup>1</sup> В 2001 году Министерство внешней торговли и промышленности слилось с агентствами, связанными с экономической деятельностью, такими, как Агентство экономического планирования, было образовано Министерство экономики, торговли и промышленности Японии.

<sup>2</sup> См.: Казанцев Н.М., Рыбковская О.В. Бюджетное кредитование юридических лиц в ФРГ. В кн.: Институты финансового права / под ред. Н.М. Казанцева. М.: ИЗИСП; ИД «Юриспруденция», 2009. С. 347–368.

рования членами этой самой крупной в мире общественной ассоциации в области коммунального планирования могут быть студенты, преподаватели, заинтересованные граждане и лица, уполномоченные компаниями и органами публичной власти. При Ассоциации действуют Институт (АІСР), Центр знаний с учебными программами и библиотекой, центр планирования карьеры, адвокатура. В Американском институте сертификации плановиков (АІСР) сдаются экзамены для получения сертификата плановика.

Эта далеко не единственная ассоциация по планированию в США действует с 1978 г., она учит и содействует составлению планов развития на различных уровнях (от крупнейших городов до поселков и улиц в городах), имеет свои отделения в каждом штате.

Участники АРА — планировщики, комиссары, должностные лица, педагоги, студенты и занятые граждане, которые стремятся создавать сообщества. Больше четырех из 10 участников АРА получили требуемое образование и профессиональный опыт.

Ассоциация планирования регионов (Regional Plan Association) действует в США более 90 лет, занимается планированием на уровне макрорегиона из 31 графства четырех штатов (Нью-Йорк, Нью-Джерси, Коннектикут, Лонг Айленд) — от использования земель и развития транспортной инфраструктуры до планирования экономического развития и улучшения природной среды.

Понятие планирования в американской ассоциации планирования определяют ситуационным образом: «когда правительственные чиновники, лидеры бизнеса и граждане работают вместе, чтобы создать гражданам лучшие условия для богатой жизни, — это и есть планирование».

Можно сделать вывод, что без создания Общероссийской ассоциации планирования с отделениями в макрорегионах, субъектах Федерации и муниципалитетах нельзя создать фундамент и для государственного стратегического планирования. Участие граждан и компаний в этой ассоциации позволит придать новый импульс не только экономическому и научно-технологическому, но и политическому развитию Российской Федерации, образовать новый базис electoralной активности населения.

Предложения:

1. В целях противодействия международным экономическим санкциям посредством организации стратегического планирования в российских компаниях и их согласования между собой в едином национальном стратегическом плане образовать в качестве представительного органа экономических интересов при Президенте РФ Плановую комиссию РФ. Следуя п. «ж» ст. 71 Конституции РФ предусмотреть учреждение федеральным законом Федеральной

экономической службы стратегического планирования РФ как общенационального правоприменительного органа, подчиняющегося Президенту РФ и обеспечивающего исполнение его полномочий в соответствии с п. 4 ст. 78 гл. 3 «Федеративное устройство» Конституции РФ, а также п. 2 ст. 80 Конституции РФ, в том числе по обеспечению «согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти» (п. 2 ст. 80), а также как рабочего аппарата Плановой комиссии РФ. С этой целью дополнить Федеральный закон № 172-ФЗ ст. 8.1 «Плановая комиссия Российской Федерации» и ст. 8.2 «Федеральная экономическая служба стратегического планирования Российской Федерации».

2. В целях обеспечения целевого планового кредитования и заимодавческого контроля за реализацией плановых заказов в соответствии с п. «ж» ст. 71 Конституции РФ предусмотреть учреждение Федеральным законом № 172-ФЗ Федерального банка, дополнив его ст. 8.2 «Федеральный банк плановых кредитов и инвестиций Российской Федерации», которой урегулировать правовой статус названного банка, предусмотрев независимость его кредитной политики и права мониторинга использования кредитов и иных инвестиций по плановым проектам и договорам.

3. В целях обеспечения прав самоуправления граждан и юридических лиц при муниципальном и региональном стратегическом планировании внести в Федеральный закон № 172-ФЗ право на стратегическое управление всех лиц, состоящих под юрисдикцией Российской Федерации, от граждан до крупнейших компаний и госкорпораций, с ограничением, установленным п. 3 ст. 55 Конституции РФ, предусмотрев реализацию этого права через представительство в соответствующих территориальных и региональных плановых комиссиях.

---

---

*Ибрагимова Ю.Э.*

## **ПРОБЕЛЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА**

**Введение.** Общественное развитие не стоит на месте, совершенствуются научные знания и методы исследования, постепенно меняется отношение к праву и правовым явлениям. Поэтому закономерным видится вопрос о том, что понимают под пробелом в

праве. В настоящее время практика использования данного понятия судебными и иными правоприменительными органами, а также законодателем не может быть названа единообразной. Подобная ситуация демонстрирует разрыв теории и практики, в связи с чем возникает необходимость описания, анализа, систематизации и последующего доктринального осмысления законодательной и правоприменительной практики. Приведение в единство практики использования такого важнейшего с теоретической точки зрения понятия, как «пробел в законодательстве», является способом приведения к единообразию толкования и применения норм права.

Идеи о несовершенстве законов высказывались со времен Древней Греции<sup>1</sup>, однако пробел как предмет правового исследования стал исследоваться лишь в XIX в. при «столкновении» законодательных норм и юридической практики. Р. Дубишар в работе «Введение в теорию права» отмечает, что после систематизации законодательства практическая юриспруденция приобрела вид формулировок, а фактические отношения стали приравняться к праву. Само право не было приспособлено к процессам, происходящим в обществе, поскольку было тесно связано с римским правом, от которого и происходило. В результате правовое регулирование было оторвано от реальных общественных отношений<sup>2</sup>.

Так, в Германии в конце XIX в. в период подготовки Германского гражданского уложения (далее — ГГУ) ученые начинают выделять проблему наличия пробелов в законе. Известность получили работы О. Бюлова<sup>3</sup> и Э. Цительмана. Признавая наличие пробелов в ГГУ, как и в любом другом позитивном законе, Э. Цительман указывал на то, что в ГГУ не содержит прямого ответа на вопрос о том, как нужно решить тот или иной вопрос. Позитивный закон, так или иначе, оставляет пробелы<sup>4</sup>. Недостаточно при этом одной лишь логики для их заполнения, а следовательно, неизбежно усмотрение

<sup>1</sup> См.: Платон. Диалоги. М., 2008. С. 131; Аристотель. Метафизика. М., 2008. С. 234.

<sup>2</sup> См.: Dubischar R. Einführung in die Rechtstheorie. Darmstadt., 1983. S. 49.

<sup>3</sup> См.: Deguchi M. & Storme M. The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society: Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law. Antwerp (Belgium), 2008. P. 214.

<sup>4</sup> См.: Zitelmann E. Lücken im Recht: Rede gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms // Universität zu Bonn am 18. Oktober. 1902. Цит. по: Kelly Patrick. Law in a law-governed union (Recht in einer Rechtsunion): The Court of Justice of the European Union and the free law doctrine. PhD thesis, Birkbeck, University of London, 2015. P. 50. URL: [http://bbktheses.da.ulcc.ac.uk/136/1/cp\\_Fullversion-2014KellyPphdBbk.pdf](http://bbktheses.da.ulcc.ac.uk/136/1/cp_Fullversion-2014KellyPphdBbk.pdf)



судьи в пробельных зонах для адаптации позитивного права к потребностям реальной жизни<sup>1</sup>.

Важным этапом в развитии исследования проблемы пробелов стала работа К.В. Канариса «Установление пробелов в законе»<sup>2</sup>. Автор устанавливает значимые для практики правила судебного правотворчества. Развивая идеи Э. Цительмана, под пробелом он понимает неполноту позитивного права, измеряемого масштабом всего действующего законопорядка<sup>3</sup>.

Что касается российской политико-правовой мысли, понятие «пробел в законодательстве» было внедрено в отечественную юридическую науку во второй половине XX в. Наибольший вклад в этот процесс внесли В.К. Забегайло и В.В. Лазарев.

В.К. Забегайло как представитель узкого подхода считает, что пробелом в праве не может быть просто случай, когда право молчит<sup>4</sup>. Не может быть пробела только на том основании, что с точки зрения правоприменителя отсутствует необходимая норма<sup>5</sup>. Пробел в праве это «...отсутствие в существующих нормативных правовых актах необходимых норм для решения конкретного случая (или неполнота существующих норм) в пределах границ нормативного правового регулирования, установленных законодателем, потребность которых определяется смыслом действующего законодательства»<sup>6</sup>.

В.В. Лазарев будучи представителем широкого подхода под пробелом в праве понимает «...положение, когда определенные общественные отношения находятся в целом в сфере правового регулирования, оказываются неурегулированными конкретными правовыми нормами»<sup>7</sup>. О пробелах автор говорит преимущественно в переносном смысле — как об одном из несовершенств права, когда в нем отсутствует необходимый компонент. Также он делает оговорку, что «...при различении права и закона, а точнее, при том, что закон является одной из форм воплощения права, логичнее отыски-

---

<sup>1</sup> См.: Zitelmann E. *Lücken im Recht* (1903). Цит. по: Geny F. *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif*. 2nd ed. 1954 (An English translation by Louisiana State Law Institute. 1963. P. 536–537).

<sup>2</sup> См.: Canaris C.-W. *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*. Berlin, 1964. S. 39. Цит. по: Лазарев В.В. *Избранные труды: в 3-х т. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение*. М., 2010. С. 34.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> См.: Забегайло В.К. *Проблема «пробелов в праве»*. Киев, 1974. С. 37.

<sup>5</sup> Там же. С. 37.

<sup>6</sup> Там же. С. 38.

<sup>7</sup> Лазарев В.В. *Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата / В.В. Лазарев, С.В. Липень*. М., 2015. С. 287.



вать пробелы в законодательстве»<sup>1</sup>. Исходя из этого пробелы в законах и законодательстве есть пробелы в праве и наоборот<sup>2</sup>. В связи с этим следует ориентироваться на устранение пробелов в законе, поскольку принятие законов считается главным способом урегулирования сфер государственной и общественной жизни<sup>3</sup>.

Следует отметить, что в настоящее время при исследовании пробелов в законе акцент делается на методах установления пробелов и практике их восполнения, вследствие чего особое внимание уделяется вопросам судебного правотворчества.

В российской судебной практике доминирует широкий подход к пробелам в законодательстве: пробелом является ситуация неурегулированности независимо от того, отсутствует норма либо она есть, но не может быть применена в связи с ее неясностью или дефектностью иного рода. Однако юридическая практика использует различные словесные формы для обозначения одного и того же явления, которые, в свою очередь, могут повлечь путаницу, препятствующую построению механизма установления пробелов и их последующего устранения для более эффективного правового регулирования.

Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ было отказано в удовлетворении кассационной жалобы о признании недействующей нормы областного Закона от 27 августа 2004 г. № 135-ОЗ «О государственной гражданской службе Владимирской области»<sup>4</sup>. Заявители утверждали, что закон субъекта, включающий новые правила пенсионного обеспечения, противоречит федеральному законодательству и нарушает их право на достойное пенсионное обеспечение. Обосновывая свои доводы, заявители утверждали, что «до принятия специального федерального закона, регулирующего пенсионное обеспечение государственных служащих субъектов Российской Федерации, необходимо применить аналогию закона и руководствоваться Федеральными законами № 166-ФЗ<sup>5</sup> и № 173-ФЗ<sup>6</sup>»<sup>7</sup>. Судебная коллегия, не согласившись с доводами заявителя, отмеча-

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 8.

<sup>3</sup> См.: Концепции развития российского законодательства / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Т.Я. Хабриева. М., 2014. С. 8.

<sup>4</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>5</sup> Федеральный закон от 15 декабря 2001 г. № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4831.

<sup>6</sup> Федеральный закон от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» // Парламентская газета. 2001. № 238–239.

<sup>7</sup> СПС «КонсультантПлюс».

ет, что аналогия закона применяется лишь в случае пробела в праве. В данном деле пробел в праве отсутствует, поскольку закон субъекта был принят «до принятия соответствующего федерального закона, регулирующего данные правоотношения в соответствии с предоставленными ему федеральным законом полномочиями»<sup>1</sup>. Из приведенного примера видно, что под пробелом в праве Верховный Суд РФ понимает отсутствие нормы позитивного права.

В практике Высшего Арбитражного Суда РФ встречаются судебные акты, содержащие термин «пробел в законе». Так в решении от 14 мая 2003 г. № 2742/03<sup>2</sup> Арбитражный суд признал, что, применив положения Методических рекомендаций по расчету налоговой базы<sup>3</sup> (далее — Рекомендации) по аналогии, Министерство по налогам и сборам РФ (далее — МНС России)<sup>4</sup> восполнило пробел в законе, однако применение института аналогии в отношении субъекта и элементов налогового обязательства недопустимо с точки зрения понятия законно установленного налога, поскольку данная норма ухудшает положение субъектов. Решением Высшего Арбитражного Суда РФ п. 7 разд. 4 Рекомендаций был признан недействительным.

МНС России поступило правомерно, применив положения Рекомендаций по аналогии для восполнения пробела в законе, однако данные Рекомендации содержали логическую неопределенность, которая противоречила федеральному законодательству и не позволяла считать такую норму включенной в действующее правовое регулирование.

Таким образом, при использовании словосочетания «пробел в законе» правоприменитель подразумевает частичное или полное отсутствие нормы позитивного права в правовой системе<sup>5</sup>. В боль-

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Вестник ВАС РФ. 2003. № 8.

<sup>3</sup> См.: Приказ МНС России от 21 августа 2002 г. № БГ-3-02/458 «Об утверждении Методических рекомендаций по расчету налоговой базы, исчисляемой в соответствии со статьей 10 Федерального закона от 06.08.2001 № 110-ФЗ» // Экономика и жизнь. 2002. № 37.

<sup>4</sup> Министерство по налогам и сборам РФ существовало (МНС России) с 1998 по 2004 г. В 2004 году создана Федеральная налоговая служба (ФНС России).

<sup>5</sup> См., например, постановления ФАС Северо-Западного округа от 2 июня 2009 г. по делу № А05-10407/2008, от 13 августа 2004 г. по делу № А44-630/04-С14, от 22 января 2004 г. по делу № А52/2329/2003/2; постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 6 октября 2003 г. № Ф08-3742/03-1432А по делу № А53-3104/03-С6-37; постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 19 августа 2010 г. по делу № А19-9399/10; постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 6 октября 2008 г. № 07АП-5625/08 по делу № А45-5780/2008-60/132; постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 25 декабря 2009 г. по делу № А70-6829/2009; постановление Третьего

шинстве случае суд конкретно указывает на закон, который ввиду пробельности не может разрешить спор и устранить законодательный дефект.

В судебной практике также используются термины «правовой пробел» и «пробелы в правовом регулировании».

Приморский краевой суд, руководствуясь положениями ч. 12 ст. 89 Федерального закона «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации», считает, что норма закрепляет невозможность увольнения сотрудника полиции в период отпуска и временной нетрудоспособности независимо от того, кто является инициатором увольнения. Приморский краевой суд посчитал, что такое ограничение законодателя связано с особым правовым статусом сотрудника полиции, а не с наличием пробела в правовом регулировании, позволяющего применить нормы трудового законодательства, как ошибочно посчитал суд первой инстанции.

По нашему мнению, требует дополнительных аргументов утверждение суда о наличии пробела в правовом регулировании. Представляется, что целесообразнее говорить об ошибке в правоприменении, которая была вызвана коллизией в праве, непринятием во внимание правила приоритета специальной нормы перед общей.

В постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21 января 2019 г. № Ф04-5680/2018 по делу № А45-40532/2017<sup>1</sup> использовалось словосочетание «правовой пробел». Обстоятельства дела: ФГБУ «Авиаметтелетком Росгидромета» (далее — ответчик) обратилось в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа с иском к публичному акционерному обществу «Авиакомпания Сибирь» (истец) о взыскании задолженности за оказание услуг.

Согласно заключенному между сторонами договору от 1 июня 2011 г. № МИ-39-2011 (далее — договор) истец на протяжении определенного периода времени оказывал истцу услуги по метеорологическому обеспечению полетов по аэропорту г. Читы.

Отказывая в удовлетворении иска в полном объеме, суд первой инстанции указал на отсутствие обязанности по оплате оказанных

---

надцатого арбитражного апелляционного суда от 23 сентября 2014 г. по делу № А56-4474/2014; апелляционное определение Костромского областного суда от 17 июля 2013 г. по делу № 33-1137; определение Санкт-Петербургского городского суда от 21 июля 2011 г. № 33-10174/2011; апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан от 10 июля 2012 г. по делу № 33-7909/2012; определение Свердловского областного суда от 16 августа 2007 г. по делу № 33-5775/2007 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».

услуг в связи с принятием приказа Минтранса России № 34<sup>1</sup>, в соответствии с которым предоставление метеорологической информации входит в состав услуги по аэронавигационному обслуживанию полетов. Кроме того, в аэропорту г. Читы ответчик получал метеоинформацию от иностранного провайдера.

Суд апелляционной инстанции, отменяя решение суда первой инстанции, отмечает, что внесение изменений в приказ Минтранса России № 241<sup>2</sup> приказом № 34<sup>3</sup> и исключение оплаты за предоставление авиаметеорологической информации из перечня аэропортовых сборов не влекут прекращения договорных отношений, а также прекращения оплаты за оказание услуг.

Суд кассационной инстанции, оставив в силе решение суда апелляционной инстанции, отметил, что правовой пробел в части определения цены метеорологического обеспечения, образовался в связи с изменениями, внесенными приказом № 34. Впоследствии данный пробел был устранен распоряжением ФГБУ «Авиаметтелеком Росгидромета» и приказами территориальных филиалов ФГБУ «Авиаметтелеком Росгидромета», принятыми в пределах полномочий и компетенции.

Так, по мнению кассационного суда, правовым пробелом явилась конкуренция нормы договора и нормы вступившего позднее в силу подзаконного нормативного акта. Вместе с тем, поскольку порядок оплаты приведенных в деле услуг был урегулирован нормами законодательства и условиями договора сторон утверждать о наличии пробела представляется невозможным, в данном случае имела место коллизия нормы договора и нормы подзаконного акта. Отсутствие обратной силы нормы подзаконного акта привело к указанному решению суда, законность которого была подтверждена в апелля-

---

<sup>1</sup> См.: Приказ Минтранса России от 6 февраля 2017 г. № 34 «О внесении изменений в приложение № 1 к приказу Министерства транспорта Российской Федерации от 17 июля 2012 г. № 241 «Об аэронавигационных и аэропортовых сборах, тарифах за обслуживание воздушных судов в аэропортах и воздушном пространстве Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>2</sup> См.: Приказ Минтранса России от 17 июля 2012 г. № 241 «Об аэронавигационных и аэропортовых сборах, тарифах за обслуживание воздушных судов в аэропортах и воздушном пространстве Российской Федерации» // Российская газета. 2012. № 186.

<sup>3</sup> См.: Приказ Минтранса России от 6 февраля 2017 г. № 34 «О внесении изменений в приложение № 1 к приказу Министерства транспорта Российской Федерации от 17 июля 2012 г. № 241 «Об аэронавигационных и аэропортовых сборах, тарифах за обслуживание воздушных судов в аэропортах и воздушном пространстве Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru>

ционной и кассационной инстанциях. Таким образом судами была преодолена коллизия, но пробела как такового не существовало.

Произвольное толкование понятия пробела в праве встречается и в законотворческом процессе.

Так, анализ законодательных актов показал, что зачастую под пробелом в праве понимают не только отсутствие нормы, но и ее уточнение, конкретизацию, дополнение<sup>1</sup>. Следует отметить, что данные изменения не связаны с качеством законодательной нормы и основываются лишь на внутренних, субъективных размышлениях автора законодательной инициативы.

Одним из недавних примеров является законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О специальной оценке условий труда» (в части систематизации обязательных требований в сфере специальной оценки условий труда)»<sup>2</sup>. Данным законопроектом Минтруд России предлагает установить бессрочное действие декларации соответствия условий труда государственным нормативным требованиям охраны труда. В настоящее время декларация действительна в течение пяти лет. Предполагается, что закрепление бессрочного действия декларации устранил «правовой пробел... позволит избежать необходимости для работодателя по истечении срока действия декларации в случаях, когда условия труда на декларируемых рабочих местах не изменились, проводить специальную оценку условий труда, что приведет к снижению финансовой нагрузки, в том числе на предприятия, относящиеся к субъектам малого и среднего предпринимательства»<sup>3</sup>.

Не давая всестороннюю оценку законопроекту, отметим, что закрепление бессрочного периода действия декларации может привести к снижению гарантий работников на безопасные условия труда и быстрое реагирование государства на факты причинения вреда работникам или на факты, создающие угрозу такого причинения, что, в свою очередь, не устранил дефекта, которого нет, а повлечет образование новых коллизий, пробелов и неопределенности в праве.

Данный законопроект также получил отклик среди общественных объединений. Так, Общественная палата Кемеровской области от-

---

<sup>1</sup> См., например, проекты федеральных законов № 898566-7, № 891642-7; «О внесении изменения в статью 17 Федерального закона от 29 декабря 2010 года № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»; № 886255-7; № 877880-7 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>2</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон "О специальной оценке условий труда" (в части систематизации обязательных требований в сфере специальной оценки условий труда)» // СПС «КонсультантПлюс».

мечает, что «отсутствие предусмотренной в Законе № 426-ФЗ возможности "обнуления" декларации на основании фактов, установленных в ходе иного контроля условий труда, предусмотренных иными федеральными законами, может привести к злоупотреблению со стороны работодателей, создать условия для игнорирования обязательных норм, направленных на защиту работников от вредных производственных факторов»<sup>1</sup>. На новостном портале «Трудовой договор и трудовые отношения» также отмечается, что данные изменения создают риски умышленного сокрытия отчетов, «что фактически снижает достоверность и репрезентативность накапливаемых во ФГИС СОУТ данных, а также не позволяет своевременно выявить с использованием автоматических сервисов ФГИС СОУТ возможные нарушения и принять меры по восстановлению нарушенных прав работников»<sup>2</sup>.

Проведенный анализ законопроектов показал, что отсутствие детального регламентирования стало восприниматься как пробел. В результате отсутствие детальной процедуры, предусмотренной правовой нормой, воспринимается правотворческим органом как пробел, и он предлагает избыточные законопроекты — «с запасом», «на всякий случай».

В связи с этим в условиях стремительного роста судебных споров и законодательных норм определение понятия «пробел в законе» повысило бы эффективность взаимодействия законодательной и судебной власти.

Если не вызывает споров вопрос о наличии пробела в законодательстве — ситуация, когда отсутствует норма, подлежащая применению, то открытыми для интерпретации остаются случаи неопределенности в порядке применения закона. Многими авторами не дается исчерпывающего перечня дефектов законодательства, упускаются отдельные аспекты. Как видится, с необходимой степенью абстрактности их описал Н.А. Власенко, рассуждая о негативных проявлениях неопределенности в праве. Он выделил языковую, логическую и графическую неопределенность<sup>3</sup>.

Ярким примером может служить определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16 октября 2017 г. № 305-ЭС17-7844 по делу № А40-129463/2016<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> URL: [https://www.oprf.ru/ru/about/interaction/region\\_chambers/431/2618/newsitem/52821](https://www.oprf.ru/ru/about/interaction/region_chambers/431/2618/newsitem/52821)

<sup>2</sup> URL: <http://xn---ctbbdccb4eebblpq5kj.xn--plai/>

<sup>3</sup> См.: Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2014. С. 106–108.

<sup>4</sup> СПС «КонсультантПлюс».

Обстоятельства дела: администрацией городского округа «Город Калининград» и комитетом проведен конкурс с ограниченным участием на право заключения государственного контракта. В ФАС России поступила жалоба ООО «Спецстрой» на действия муниципального заказчика и уполномоченного органа при проведении названного конкурса. По итогам проверки ФАС России признала жалобу обоснованной и противоречащей постановлению Правительства РФ от 4 февраля 2015 г. № 99<sup>1</sup> и иным нормам действующего законодательства, выявил нарушения, в числе которых неправомерность установления дополнительного требования о наличии опыта исполнения контракта на выполнение работ по строительству и капитальному ремонту объектов капитального строительства. «Поскольку предметом закупки является реконструкция моста, заявители не вправе устанавливать дополнительные требования о наличии опыта исполнения контракта на выполнение работ по строительству и капитальному ремонту объектов капитального строительства»<sup>2</sup>.

Данный вывод Судебная коллегия считает ошибочным, поскольку он не учитывает цель названного правового регулирования, а буквальное содержание п. 5 приложения № 2 к постановлению № 99 не разделяет работы на подвиды: по строительству, реконструкции, капитальному ремонту.

«Правомерность указанного подхода, по мнению Судебной коллегии, подтверждается изменениями, внесенными постановлением Правительства РФ от 14.11.2016 № 1185 в пункт 5 приложения 2 к постановлению № 99, согласно которым дополнительным требованием к участникам закупки стало "наличие опыта исполнения (с учетом правопреемства) одного контрагента (договора) за последние 3 года до даты подачи заявки на участие в соответствующем конкурсе на выполнение работ по строительству, и (или) реконструкции, и (или) капитальному ремонту...". Уточнение редакции пункта 5 приложения 2 к указанному постановлению вопреки утверждению ФАС России не изменило ранее установленное требование, а устранило возможность иного толкования данных положений и искажения смысла соответствующей нормы»<sup>3</sup>. Таким образом, вышеописанный пример демонстрирует ситуацию, когда норма применялась не так, как было задумано законодателем ввиду низ-

<sup>1</sup> Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>2</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16 октября 2017 г. № 305-ЭС17-7844 по делу № А40-129463/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Там же.



кого качества закона, не отвечающего требованиям разумности и определенности.

Следует отметить, что проблема качества закона неоднократно поднималась отечественными правоведами. Как отмечает В.И. Червонюк, «на практике "качественным" считают тот закон, который применяется»<sup>1</sup>. Ю.А. Тихомиров в рамках выступления на научно-практической конференции «Качество закона и юридическая техника» состоявшейся 26 ноября 2007 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (далее — ИЖиСП, Институт), утверждал, что «качество закона можно понимать не только с точки зрения его качества как документа, но также в плане оценки того, насколько полно закон или иной нормативный правовой акт решает определенную социальную задачу»<sup>2</sup>. С.Б. Поляков верно отмечает, что ученые, посвятившие свою работу изучению определения качества закона, предметом своего исследования избрали дефекты в праве — «свойства законов, не отвечающие двум требованиям: разумности и определенности либо (в иной терминологии) социальной адекватности и юридической адекватности. Под юридической адекватностью понимается соответствие закона правилам юридической техники, а под социальной адекватностью — социальная пригодность закона, его способность отражать объективно обусловленные потребности и интересы людей, их ценности и приоритеты, стимулировать социальную активность и ограничивать деструктивные формы ее проявления»<sup>3</sup>. По мнению В.И. Червонюка, большую роль играет социальная адекватность, поскольку именно в ней «скрывается» материальная сторона механизма реализации закона, побудительная сила его действия<sup>4</sup>, одной из составляющей которого выступает категория справедливости. Именно справедливость является тем индикатором, «посредством которого определяется соизмеримость закона природе права, общепризнанным требованиям»<sup>5</sup>. Закон, который не отвечает требованиям справедливости или не препятствует несправедливости, «не может признаваться качественным»<sup>6</sup>. Следо-

<sup>1</sup> Червонюк В.И. Качество закона: современная концепция и проблемы демократизации // Юридическая техника: ежегодник. 2012. № 8. С. 489.

<sup>2</sup> Цит. по: Иванюк О.А. Качество закона и проблемы юридической техники // Журнал российского права. 2008. № 2 (134). С. 151.

<sup>3</sup> Толстик В.А. Некоторые проблемы обеспечения социальной адекватности закона // Юридическая наука и практика: вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 22.

<sup>4</sup> Червонюк В.И. Указ. соч. С. 491.

<sup>5</sup> Там же. С. 492.

<sup>6</sup> Там же.



вательно, определенность, разумность, справедливость, последовательность, непротиворечивость закона являются теми условиями, которые способствуют формированию качественного закона, направленного на достижение общесоциальных целей.

В том случае, если закон не будет неясным, противоречивым, дефектным, он встретит сильное противодействие и никакими юридическими средствами невозможно будет обеспечить его реализацию. И правоприменительный орган «в данном случае оказывается "заложником" сложившейся ситуации и вынужден бороться с уже существующими проблемами, пытаться их решить на своем уровне, не имея возможности повлиять на ситуацию в целом»<sup>1</sup>. По этой причине ненадлежащее качество закона не раз было в фокусе внимания национальных судов. Так, например, качество норм уголовно-процессуального законодательства неоднократно вызывало дискуссии в науке<sup>2</sup> и практике.

Показательным стало дело К. Котова, приговоренного районным судом 5 сентября 2019 г. к отбыванию наказания в колонии за неоднократное нарушение правил проведения митинга ст. 212.1 УПК РФ. Мосгорсуд оставил приговор без изменения, после чего защитники К. Котова обратились в Конституционный Суд РФ. В январе 2020 г. Конституционный Суд РФ в определении 27 января 2020 г. № 7-О<sup>3</sup> отметил, что назначение лицу наказания в виде лишения свободы возможно лишь в случае организации пикетирования, которое повлечет за собой утрату публичным мероприятием мирного характера либо создает угрозу причинения или причиняет реальный вред здоровью граждан или иным конституционно охраняемым ценностям, притом что без назначения данного вида наказания невозможно достичь целей уголовной ответственности за преступление.

---

<sup>1</sup> Белоусов С.А. Качество закона и эффективность его применения: пути преодоления негативных последствий законодательного дисбаланса // Вестник ПАГС. 2014. № 4 (43). С. 12.

<sup>2</sup> См., например: Никифоров С.А. Рассмотрение и разрешение ходатайств в уголовном судопроизводстве // Законность. 2018. № 12. С. 38–40; Лаптев А.Н. Безотлагательность рассмотрения судом правомерности содержания под стражей: европейские подходы к российским проблемам // Международное правосудие. 2016. № 3. С. 48–63; Николюк В.В. Практика заключения под стражу осужденного до рассмотрения судом представления о замене штрафа, ограничения свободы, обязательных, исправительных работ лишением свободы (п. 18 ст. 397 УПК РФ) // Уголовное право. 2014. № 6. С. 107–114; Рудакова С.В. Проблемы расширения апелляции в российском уголовном процессе // Российский судья. 2013. № 3. С. 27–29; Смирнов А.В. Реформа порядка пересмотра судебных решений по уголовным делам: апелляция // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> СПС «КонсультантПлюс».

Так же Конституционный Суд РФ констатировал, что, поскольку федеральный законодатель до настоящего времени не внес каких-либо изменений в ст. 212.1 УК РФ в связи с выявленным ранее конституционно-правовым смыслом ст. 212.1 УК РФ<sup>1</sup>, направленных на уточнение нормативных оснований привлечения к уголовной ответственности за предусмотренное данной статьей преступление и мер наказания за его совершение, всем представительным, исполнительным и судебным органам государственной власти, органам местного самоуправления, предприятиям, учреждениям, организациям, должностным лицам, гражданам и их объединениям необходимо руководствоваться постановлением Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-П<sup>2</sup>. Иное вело бы к отрицанию обязательности решений Конституционного Суда РФ и вступало бы в прямое противоречие со ст. 15 (ч. 1 и 2) и 125 (ч. 6) Конституции РФ и основанными на них ст. 6 и 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»<sup>3</sup>.

Конституционный Суд РФ отметил, что «наказание лицу, впервые совершившему преступление, предусмотренное статьей 212.1 УК Российской Федерации, — с учетом предписаний частей первой и третьей статьи 60 данного Кодекса — не обязательно должно быть связано с лишением свободы»<sup>4</sup>. После этого адвокаты К. Котова обратились в Кассационный суд для пересмотра дела. Согласно действующему уголовно-процессуальному законодательству у адвокатов было всего три дня на обжалование (ст. 108 УПК РФ). Чтобы уложиться в этот срок, адвокаты направили жалобу в Верховный Суд РФ, который позднее вернул жалобу, оставив ее без рассмотрения, поскольку счел ее необоснованной без мотивировочной части решения.

Как отмечает доцент кафедры уголовно-процессуального права МГЮА С.А. Насонов, «дело Константина Котова наглядно иллюстрирует «зияющий пробел в законодательстве, существующий с 2010 года... Жалоба сначала попадает к судье, который проверяет ее обоснованность, а потом передает ее в суд (в Верховный Суд. — "Б"). На этот процесс законом установлен срок до месяца — срок неразумный и бессмысливающий сам процесс кассационной проверки»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-П // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>2</sup> Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>3</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 27 января 2020 г. № 7-О // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Мера понимания меры пресечения. В рассмотрении дела Константина Котова вмешался коронавирус и пробелы в законодательстве // Коммерсант. 2020. 28 марта. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4307411#id1833773>

Приведенный пример позволяет прийти к выводу: не только отсутствие нормы права, но и некачественность, двусмысленность, противоречивость правовой нормы, которая была установлена правоприменительными органами, способна привести к пробелам в законодательстве.

Ошибочные утверждения о наличии пробелов в законодательстве влекут необоснованное внимание заинтересованных лиц к получившим негативную оценку нормативным актам. На наш взгляд, неверное установление наличия пробела обусловлено рядом обстоятельств: сложностью понимания природы «пробела в законодательстве», различными подходами к интерпретации смежных правовых явлений, небрежностью при формулировании определений. Таким образом, в условиях быстрого роста судебных споров и законодательных норм уточнение используемого в правоприменительной и правотворческой деятельности понятийно-категориального аппарата повысило бы эффективность взаимодействия законодательной и судебной власти. Терминологическое единообразие является условием возможности повышения качества реализации функций организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.

На основании изложенного под пробелом в законодательстве следует понимать как отсутствие нормы права, подлежащей применению, так и наличие в норме права языковой, логической или графической неопределенности, приводящей к нарушению качества закона и не позволяющей считать такую норму включенной в действующее правовое регулирование.

---

---

*Василевич Г.А.*

## **ТОЛКОВАНИЕ (РАЗЪЯСНЕНИЕ) АКТОВ КАК СРЕДСТВО РАЗРЕШЕНИЯ ПРОБЕЛОВ И ИНЫХ ДЕФЕКТОВ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

В юридической науке подчеркивается, что нормотворческая деятельность и правоприменительная практика должны исключать субъективное усмотрение, какой-либо волюнтаризм. Чаще в публикациях в связи с этим касались мер юридической ответственности, исключения превышения допустимых пределов, которые могут

привести к серьезным отрицательным последствиям для граждан, субъектов хозяйственной деятельности.

В Республике Беларусь наряду с Конституцией интегрирует всю систему актов законодательства Закон Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах». Обратим внимание на такие новеллы закона, как принцип научности, необходимость прогнозирования последствий принятия нормативных правовых актов, проведения правового мониторинга.

Для повседневной практики важно, насколько научно обоснованы рекомендации относительно степени воздействия права на экономическую и социальную сферу. Как отмечено в литературе, «изменения в государстве реформаторского и эволюционного характера побудили искать общие индикаторы перемен»<sup>1</sup>. В проекте Конституции для Европы (хотя и не действующей в настоящее время) предполагалось закрепить право граждан ЕС на хорошее управление. Таким образом, сразу появляется определенность отношений между властью и гражданами, их взаимные обязанности. В такой попытке на уровне нормы права закрепить цель государственного управления нет ничего удивительного: о государстве всеобщего благосостояния люди всегда мечтали<sup>2</sup>.

Для законодательства любой страны, в том числе для Беларуси, характерны пробелы, противоречия, неопределенность, неясность положений актов законодательства, отставание писаного права от потребностей общественного развития, придание актам, устанавливавшим дополнительные обязанности, обратной силы и другие его дефекты. Они оказывают негативное влияние на регулируемые общественные отношения. Поэтому есть необходимость в существовании судов и иных органов, которые призваны разрешать правовые конфликты. Именно в силу дефектности право имеет негативный заряд. Отрицательное влияние права может проявиться в росте количества несчастных случаев на производстве, дорожно-транспортных происшествий, заболеваний и т.п. Дефекты в законодательстве могут влиять на решение вопроса о привлечении к ответственности, когда имеются различные оценки правовой нормы правоприменителем (гражданином, субъектом хозяйственной деятельности) и правоохранительными органами. Эти обстоятельства

---

<sup>1</sup> Конституционные основы развития правового социального государства в Республике Беларусь / под ред. Г.А. Василевича, П.Г. Никитенко. Минск, 2018. С. 21–25.

<sup>2</sup> Василевич Г.А., Тихомиров Ю.А. Государственное управление и перспективы развития // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 6. С. 7–20.

свидетельствуют о важности своевременного устранения пробелов и дефектов в законодательстве, их недопущения.

В науке обращается внимание на то, что нормотворческие органы, и прежде всего законодатель, который «задает тон» уровню правового регулирования, устанавливая конкретные нормы, должны основывать свои юридические акты на принципах права. Обращение к правовым принципам позволяет разрешать существующие в праве коллизии, находить правильные решения. В юридической литературе понятие «принцип» раскрывается как начало, основа, руководящая идея, исходное положение. Под принципами права понимают руководящие нормативные начала, лежащие в основе права, которые выражают его сущность и определяют общую направленность правового регулирования.

Следование принципам помогает законодателю избегать законотворческих ошибок, снижает вероятность создания неэффективных правовых норм. Правовые принципы являются, на наш взгляд, отражением в концентрированном виде естественного права.

Понятие принципов права в советской правовой доктрине существовало главным образом как теоретическое, предельно идеологизированное. По сути под принципами понимались не столько правовые, сколько политические идеи, которым отводилась лишь роль некоего ориентира для законодателя и правовой политики. Исключительно позитивистское понимание права не придавало принципам значения самостоятельных источников права, выводило их из законодательных норм, и уже в силу этого понимания они не могли служить критерием оценки этих норм, как, впрочем, не допускалась и сама эта оценка. Даже закрепленные в предельно обобщенной форме в основах отраслевого законодательства и в конституциях принципы никогда не действовали напрямую, не применялись непосредственно судами и иными органами.

В настоящее время процедура создания нового закона предполагает соблюдение достаточно широкого спектра правовых принципов, суть которых состоит в том, чтобы не допустить появления в правовой системе государства некачественных, неэффективных, а порой и не отвечающих потребностям времени правовых актов. Именно правовым принципам принадлежит определяющая роль в формировании самих правовых предписаний, отражающих объективные потребности общества в правовых регуляторах, исключении противоречий между естественным и позитивным правом.

И.А. Ильин, отмечая определенный дуализм между естественным и позитивным (действующим) правом, отмечал, что их единство уже как бы задано в силу того, что естественное право лежит в основе

позитивного права в качестве известного «минимума правоты», а также в лице основных правовых категорий и имманентного, но недо-разрешенного задания. Все это (при некотором расхождении между должным и сущим) приводит к появлению двух «должных» право-порядков. В чью пользу следует разрешать конфликт между естест-венным и позитивным правом? Для И.А. Ильина нет сомнений — в пользу естественного, так как объективное значение второго опре-деляется духовным достоинством первого. Конфликт между естест-венным и положительным правом разрешается, по его мнению, в жизненной борьбе за право — в правотворчестве<sup>1</sup>.

И.А. Ильин считал, что обычный и здоровый путь борьбы за новое, лучшее право есть «правосоздание»: устаревшие законы от-меняются, а на их место посредством мирной организованной ра-боты устанавливается новое право. Такой путь он считал наилучшим, так как он укреплял в душах людей доверие к праву. Однако начинать движение к обновлению права следует с осознания содержания естественного права, которое должно лежать в основе новых норм. Это необходимо делать по той причине, что каждая позитивная норма решает важнейшую задачу — показать людям лучшее пове-дение. «Лучшее», по его мнению, отнюдь не означает самое удобное, выгодное, полезное и т.п., так как разным людям полезно, выгодно и удобно разное. «Лучшее» имеет единое, предметное содержание и может расходиться даже с общественным мнением<sup>2</sup>.

В Республике Беларусь действует Закон от 5 мая 1998 г. № 157-З «О государственном прогнозировании и программах соци-ально-экономического развития Республики Беларусь». Он опреде-ляет систему государственных прогнозов социально-экономическо-го развития Республики Беларусь: на долгосрочную перспективу, на среднесрочную (программа социально-экономического развития Республики Беларусь на пять лет) и на краткосрочный период (на год). Осуществление достоверного прогноза социально-экономиче-ского развития возможно при условии научной оценки состояния и перспектив действия объективных законов экономики и их пра-вового обеспечения. Государственное управление осуществляется посредством соответствующих правовых актов. От того, насколько они оптимально отражают конституционные принципы и нормы, зависит не только экономическое благополучие, но и устойчивость

---

<sup>1</sup> Василевич Г.А. Роль права в эффективном регулировании социальных и эконо-мических отношений. В кн.: Проблемы прогнозирования и государственного регулирования социально-экономического развития. Доклады III межд. науч. конф. 10–11 октября 2002 г. Минск, 2002. Т. 1. С. 293–295.

<sup>2</sup> Там же. С. 295.

и согласие в обществе. На необходимость прогнозирования последствий принятия актов нами указывалось более 17 лет назад, а также на отсутствие при подготовке проектов предвидения последствий применения актов<sup>1</sup>.

Закон «О нормативных правовых актах» решил множество принципиальных вопросов, на которые ранее в науке обращалось особое внимание либо которые вызывали споры и разногласия среди ученых. Например, именно в теории права и конституционном праве ученые определили критерии отграничения нормативного правового акта от правоприменительного. До принятия в 2000 г. первого национального закона о нормативных правовых актах не только в теоретическом, но и практическом плане были трудности в этой сфере. Например, для Конституционного Суда определение того, является правовой акт нормативным или нет, важно по той причине, что от этого зависело, относится ли данный спор к его компетенции или иной судебной инстанции. В первых его решениях Конституционный Суд ссылаясь по данному вопросу на позиции ученых и Модельный закон, принятый Межпарламентской Ассамблеей СНГ о нормативных правовых актах. Однако ему не удалось избежать ошибок при определении предмета своего контроля: например, он посчитал допустимым осуществить проверку постановления Верховного Совета о назначении референдума на 24 ноября 1996 г., по сути заблокировав решение парламента, хотя данное постановление имело правоприменительный характер. При отсутствии права предварительного контроля (им Конституционный Суд был наделен в 2008 г.) этот орган судебного конституционного контроля мог проверить на соответствие Конституции закон о внесении изменений и дополнений в Конституцию в случае его принятия.

В указанном законе с учетом научных разработок даны разъяснения понятий. В частности, под нормотворческим процессом понимается процедура осуществления нормотворческой деятельности. Нормотворческая деятельность — это государственно-властная деятельность по планированию, реализации нормотворческой инициативы, подготовке, проведению экспертиз, принятию (изданию), официальному опубликованию, изменению, официальному толкованию, приостановлению, возобновлению, продлению и прекращению действия нормативных правовых актов. Дано достаточно емкое

---

<sup>1</sup> Конституционные основы развития правового социального государства в Республике Беларусь: учебное пособие / Г.А. Василевич [и др.]; под ред. Г.А. Василевича, П.Г. Никитенко. Минск: Вышэйшая школа, 2018.



определение нормотворческой деятельности, однако следовало бы включить в него слова не только об официальном опубликовании актов, но и об их введении в действие, тем более что речь идет также о прекращении действия нормативных правовых актов.

Слагаемыми элементами нормотворческой деятельности, таким образом, являются: планирование; реализация нормотворческой инициативы; подготовка и проведение экспертиз; принятие (издание) акта; официальное опубликование; введение в действие и реализация акта.

Давно стоит задача обеспечения пакетного принципа подготовки нормативных правовых актов. В связи с этим полагаем, что при разработке проекта закона или иного законодательного акта, при определении их концепции в составе соответствующей рабочей группы должны быть представители соответствующего ведомства (обычно так и происходит). Одновременно с процессом подготовки проекта законодательного акта целесообразно вести разработку проекта ведомственного акта. Особенно интенсивно такая работа могла бы осуществляться после одобрения проекта закона в первом чтении в Палате представителей Национального собрания. На наш взгляд, полезно было бы в рамках головной комиссии, ответственной за подготовку законопроекта, обсуждать основные положения будущего ведомственного акта, если необходимость его принятия вытекает из данного проекта (аналогично следовало бы поступать, если предполагается принятие акта Правительства Республики Беларусь). Обмен информацией между этими инстанциями (парламентом, Правительством Республики Беларусь, министерством) также можно организовать при разработке комплекса актов, используя информационные технологии. Информационное взаимодействие органов исполнительной власти с иными нормотворческими субъектами весьма важно для повышения качества нормотворчества.

На основе подходов, выработанных в юридической науке, в гражданском законодательстве закреплены правила применения аналогии, что позволяет восполнять выявленные пробелы в правовом регулировании. Согласно ст. 5 Гражданского кодекса Республики Беларусь в случаях, когда предусмотренные ст. 1 указанного Кодекса отношения прямо не урегулированы актами законодательства или соглашением сторон, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяется норма гражданского законодательства, регулирующая сходные отношения (аналогия закона). При невозможности использования в указанных случаях аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из основных начал и смысла гражданского законодательства (аналогия пра-



ва). Не допускается применение по аналогии норм, ограничивающих гражданские права и устанавливающих ответственность. Запрет установлен также для привлечения к уголовной и административной ответственности.

Восполнению пробела в законодательстве на стадии правоприменения может способствовать изменение отношения к системе источников права. Судейское усмотрение, судейское право может выступать в качестве важнейшего источника правового регулирования. Судебный прецедент в нашей правовой системе имеет подзаконный характер. Мы здесь не имеем в виду решения конституционных судов, акты которых по многим признакам приближаются к нормативным правовым актам и по юридической силе идут вслед за Конституцией. Однако в науке решения Конституционного Суда многие ученые рассматривают как акты правоприменительного характера. Автор также склоняется к этой позиции, хотя представители органов судебного конституционного контроля часто позиционируют себя в качестве «негативного» законодателя.

Опыт свидетельствует о том, что в некоторых случаях пробелы исполняются путем вторжения «смежного» органа государственной власти и принятия им требуемого нормативного правового акта вместо того органа, к компетенции которого это обычно непосредственно относится. Подобные случаи мы можем наблюдать, когда президенты издают акты, опережая парламенты, которые могут запаздывать с принятием законов.

Нельзя исключить ситуацию, когда устранение пробела или иного дефекта в законодательстве возможно посредством толкования соответствующего акта. Следует придерживаться правила, в соответствии с которым даты введения в действие толкуемого акта и акта толкования совпадают. Уместно лишь одно исключение, когда в результате толкования акта ограничиваются права и свободы, возникают новые обязанности. В этом случае акт толкования должен вводиться в действие по меньшей мере со дня опубликования.

Вопрос о необходимости упорядочения работы по толкованию (разъяснению) актов, решению ряда спорных и неоднозначно реализуемых на практике вопросов активно поднимают представители субъектов хозяйственной деятельности, специалисты, граждане, которым пришлось столкнуться с исполнением актов законодательства. Ими обращается внимание на то, что довольно часто представители государственных органов (должностные лица) дают ответы на поступившие к ним запросы, юридические и физические лица действуют в соответствии с полученными письменными разъяснениями, а затем вышестоящая организация или контролирующая

(надзорные) органы, не соглашаясь с данным разъяснением, привлекают юридическое или физическое лицо к ответственности за неисполнение акта законодательства. Возникают также вопросы о том, где обратившемуся субъекту можно оспорить данное ему разъяснение, с которым он не согласен, в какой форме должно быть дано толкование (разъяснение), какие наступают последствия в связи с новым «поворотом» практики применения в результате данного толкования (разъяснения) и др. Все эти вопросы весьма важны для практики, так как дефекты при их решении порождают массу споров, способствуют нестабильности, подрывают доверие к нормотворческому органу, правоприменительным инстанциям, влекут имущественную и иную ответственность.

3 октября 2019 г. Конституционный Суд Республики Беларусь принял решение № р-1190/2019 «О правовом регулировании письменных разъяснений применения нормативных правовых актов». Справедливо обращается внимание на актуальность научного поиска нормативной составляющей актов Конституционного Суда. Подчеркивается, что нормативный характер имеют акты Конституционного Суда, принимаемые в ходе конституционного судопроизводства, то есть речь идет о заключениях, принимаемых в порядке последующего конституционного контроля, решениях, принимаемых в порядке обязательного предварительного контроля, а также о решениях об устранении правовых пробелов, исключения коллизий и правовой неопределенности. Много говорится о правовых позициях Конституционного Суда, их значении. В упомянутом решении Конституционный Суд, проведя анализ, решил ограничиться общим указанием на необходимость внесения в Закон «О нормативных правовых актах» изменений с целью определения юридической силы и характера письменных разъяснений применения нормативных правовых актов. То есть решение данного вопроса отдано на усмотрение законодательного органа.

Как следует из содержания ст. 69 указанного закона, необходимо различать толкование нормативного правового акта уполномоченным субъектом (ч. 1 ст. 69) и ответ должностного лица органа государственной власти (государственного управления) на поступившее обращение гражданина или субъекта хозяйственной деятельности (ч. 2. ст. 69).

Толкование может осуществляться как органом, принявшим нормативный правовой акт (аутентическое толкование), так и иным наделенным таким правом субъектом (делегированное толкование). В обоих случаях толкование (разъяснение смысла толкуемой нормы или акта) должно осуществляться в соответствии с процедурой,

установленной для подготовки и принятия нормативного правового акта. (Могут быть особенности для введения в действие акта толкования с учетом необходимости строгого соблюдения правила об обратной силе закона или иного акта.)

Необходимо соблюдать форму акта толкования: если идет речь об аутентическом толковании (толковании органом, принявшим акт), акт толкования должен быть той же формы, что и толкуемый акт. То есть закон толкуется законом, постановление правительства — постановлением правительства и т.п. Если осуществляется толкование в порядке делегирования полномочий на это, то форма акта определяется исходя из компетенции на принятие соответствующих актов уполномоченным органом, например министерством по налогам и сборам, министерством труда и социальной защиты и т.п.

Поэтому, когда речь идет именно о делегировании, например, законодательным органом полномочий иным субъектам по официальному разъяснению норм закона, то им необходимо соблюдать все требования, установленные для принятия своих нормативных правовых актов. Другое дело, что толкование (разъяснение) правовой нормы, данное в порядке делегирования на это полномочий, по юридической силе уступает аутентическому толкованию. Но оно, безусловно, является нормативным правовым актом. Акты толкования и толкуемый акт следует рассматривать в органическом единстве.

Если ознакомиться с размещенными на Национальном правовом интернет-портале Республики Беларусь или в иных информационных правовых системах актами, то можно увидеть довольно пеструю картину, это надо исправить. Так, некоторые государственные органы, давая «разъяснения» и размещая их на своих сайтах или в иных базах данных правовой информации, не указывают, кто из официальных лиц дает разъяснение, отсутствует название акта (документа), его другие реквизиты (например, дата принятия). Есть примеры, когда «разъяснение» по важным вопросам дается от имени пресс-центров органов государственного управления. Конечно, и в этом случае определенная помощь оказывается обратившимся с вопросом, а также иным потенциальным исполнителям данного акта. Однако для правового государства необходим более высокий по своему уровню правопорядок.

Таким образом, надо различать акты аутентического или делегированного толкования, принимаемые уполномоченными органами (должностными лицами) (они всегда являются нормативными правовыми актами) и ответы на обращения граждан и субъектов хозяйственной деятельности с целью персонального разъяснения им

положений вызывающего сомнения акта или его норм. Порядок дачи таких разъяснений урегулирован Законом Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. № 300-З «Об обращениях граждан и юридических лиц». Нет необходимости рассуждать об очевидности вывода относительно того, являются ли такие персональные ответы (разъяснения) в адрес обратившихся нормативными правовыми актами: таковыми они не являются ни по форме, ни по содержанию.

Вопрос в другом. Субъектов, занимающихся предпринимательской деятельностью, нередко, когда они действуют в соответствии с полученным разъяснением от государственных органов, привлекают к юридической ответственности, так как контрольные (надзорные) органы иначе воспринимают содержание нормативного правового акта.

Полагаем, что в большей степени проблема заключается не столько в отсутствии формулировок в существующем законодательстве, сколько в надлежащем исполнении присущих правовому государству предписаний. Правовой аксиомой является подход, в соответствии с которым любое сомнение трактуется в пользу гражданина или юридического лица. Правоприменительные органы могли бы ее четко проводить в жизнь. Имеется директива главы государства от 31 декабря 2010 г. № 4 «О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь», которой провозглашено присущее любому современному государству правило: в случае неясности или нечеткости предписаний актов законодательства суды, другие государственные органы и иные государственные организации, должностные лица принимают решения в пользу субъектов предпринимательской деятельности и граждан.

Уже сам факт обращения в государственный орган (к должностному лицу) гражданина или субъекта хозяйственной деятельности и дача ответа по нему свидетельствуют о том, что была неясность или нечеткость в содержании акта, которые в результате ответа прояснены. В ситуации, когда лицо действовало в соответствии с полученным индивидуальным разъяснением, недопустимо привлекать его к юридической ответственности. Все издержки должны нести инстанции (должностные лица), давшие ответ. Отрицательные последствия для обратившегося в таком случае наступать не должны, поскольку государственную волю реализуют должностные лица, государственные органы с учетом их компетенции. В статье 938 Гражданского кодекса Республики Беларусь предусмотрено, что государство отвечает за действия не только государственного органа, но и любого должностного лица.

Полагаем, назрела необходимость принять специальный акт (допускаем, что в виде постановления правительства), в котором комплексно были бы решены вопросы, касающиеся более детального определения в каждом ведомстве должностных лиц, уполномоченных давать ответы на обращения, порядка их доведения (при необходимости) до всеобщего сведения, порядка размещения на сайтах информации общего характера, какие ей должны соответствовать атрибуты и т.п. В качестве возможного варианта может быть дополнение ч. 4 ст. 69 Закона «О нормативных правовых актах» нормой, указывающей на недопустимость привлечения к юридической ответственности лиц, действовавших в полном соответствии с полученным индивидуальным разъяснением. Подобная норма может быть зафиксирована в Законе «Об обращениях граждан и юридических лиц».

Высказываясь за исключение ответственности тех лиц, которые действовали в строгом соответствии с полученным письменным разъяснением, попробуем оценить точку зрения тех представителей государственных органов, которые высказываются против такого подхода. Утверждается, что это может привести к злоупотреблениям при даче письменных разъяснений. Но тогда надо пересмотреть практику подбора на государственную службу и существующую систему контроля за деятельностью должностных лиц. Если при наличии разногласий между различными государственными инстанциями, а именно представителями министерств и контрольными органами, приоритет отдается позиции контрольного органа, то надо либо запретить давать письменные разъяснения на индивидуальные запросы должностным лицам министерств, либо ответы должны давать только контролирующие инстанции. Ясно, что с таким объемом работы они не справятся.

Может быть предусмотрен более длительный путь восстановления справедливости, если юридическое или физическое лицо направили в результате письменного разъяснения по неправильному пути. В порядке регресса в судебном порядке они могут попытаться взыскать с соответствующего ведомства понесенные издержки. Удастся ли? Есть и ст. 112 Конституции, которая пока «не работает».

Устранению пробелов и дефектов в законодательстве может способствовать активизация гражданами самозащиты. На это же может быть направлена реализация права народной инициативы, народных обсуждений проектов законодательных актов. Эффективны и практика своевременной отмены акта, в котором выявлены пробелы и дефекты, постоянный мониторинг состояния законодательства, предварительная экспертиза (логическая, филологическая, криминалистическая и т.п.), послания Конституционного Суда о состоя-

нии конституционной законности, а также деятельность органов прокуратуры по надзору за законностью принятых нормативных правовых актов.

---

---

*Ульянов А.В.*

## **О ПРОБЛЕМАХ ИЗМЕНЕНИЯ ПРАВООТНОШЕНИЙ НА ОСНОВАНИИ СМЫСЛА ЗАКОНА**

В позитивном праве можно обнаружить такие законоположения, которые вместо определения содержания правоотношений, то есть прав и обязанностей их участников, закрепляют «каучуковые» нормы, отсылающие к неоднозначным понятиям. Например, в правовых установлениях относительно толкования норм права, преодоления и восполнения в нем пробелов законодатель употребляет термин «смысл закона». К «смыслу» законодательства отсылают: п. 2 ст. 6 ГК РФ, ч. 2 ст. 7 ЖК РФ, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ, ч. 6 ст. 13 АПК РФ и ч. 6 ст. 15 КАС РФ — в предписаниях об аналогии права; абз. 1 п. 1 ст. 8 ГК РФ, абз. 1 ст. 10 ЖК РФ — при определении нормативных основ для прав и обязанностей; ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» — в правилах толкования спорного нормативного акта Конституционным Судом РФ.

Под смыслом в современном толковом словаре понимается содержание, сущность, суть, значение, а также цель и разумное основание чего-либо<sup>1</sup>. Столь расплывчатое определение очень затрудняет практическое использование этого понятия. Термины, приведенные в юридической норме, неизбежно выполняют присущую ей регулятивную функцию. Применительно к законодательству (или закону) термин «смысл» ориентирует на правовую реальность, то есть на область объективной, идеальной и упорядоченной действительности права. Это сфера права как особого «факта», бытие которого основывается на долженствовании, а структура его подчиняется собственной логике и закономерностям<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2013. С. 684.

<sup>2</sup> См.: Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности): монография. М., 2013. С. 124.

Исходя из того, что понятие смысла остается многозначным, его объем и содержание определяются с учетом контекста словоупотребления. В контексте толкования и применения под «смыслом» может пониматься подразумеваемое должное содержание положений закона, предположительно соответствующее правовым принципам, идеям и ценностям, в результате проецирования которых на реальную общественную практику оно формируется. Эффект использования рабочего определения «смысла» как надлежащего содержания закона состоит в ограничении свободы усмотрения суда (правоприменителя) в толковании права и преодолении (восполнении) пробелов в нем. Так, позитивное право по своей природе является правом установленным либо санкционированным — выражает волю субъекта правотворчества. В современной правовой реальности санкцию на установление правовых положений может получить суд. Наиболее наглядно полномочия суда на принятие правовых положений при отсутствии общих норм зафиксировано в Швейцарском гражданском кодексе. Согласно его ст. 1 судья в подобном случае должен действовать так, как если бы он был законодателем, следуя господствующей доктрине и традиции. Субъективизм судье запрещен: осуществление его воли ограничивается гипотетической общей нормой<sup>1</sup>.

Воля заключается в объективном вменении должных моделей поведения адресатам правовых норм. В структуре правовой системы вменение связывает все правовые положения в определенном порядке<sup>2</sup>. В результате вменения одно правовое положение считается возникшим на основании другого: нижестоящее — на основании вышестоящего, индивидуальное — на основании общего. Такие основания создания правовых положений закреплены в нормах компетенции<sup>3</sup> — правилах, уполномочивающих на установление правовых положений в развитие первичных нормативных моделей поведения и именуемых также «вторичными нормами»<sup>4</sup> ввиду такого дополнительного характера. «Вторичные нормы» дают их адресатам юридическую власть (полномочия) в форме прав на

<sup>1</sup> См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: в 2 т. / пер. с нем. М., 2010. С. 182.

<sup>2</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступит. ст. М.В. Антонова. СПб., 2015. С. 165.

<sup>3</sup> См.: Булыгин Е.В. Об уполномочивающих нормах // Избранные работы по теории и философии права / сост., ред. М. Антонов, Е. Лисанюк, С. Максимов. СПб., 2016. С. 99–101; Кельзен Г. Указ. соч. С. 117, 165–166.

<sup>4</sup> Харг Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб., С. 86–87.



установление, изменение или прекращение правоотношений<sup>1</sup> (правовых положений), действуя как нормативная основа для такой власти.

Облечение «смысла» закона в форму позитивного права приводит к тому, что он внедряется в нормативную основу для юридической власти. Содержание этой власти образует возможность изменять действующие правовые положения — нормы права и правоотношения. Осуществление юридической власти создает условия внутреннего движения (развития) правовой реальности. Во избежание стихийного развития и дальнейшего распада правовой реальности необходимо упорядочивать указанную власть. В этом плане «смысл» закона появляется для ограничения объема этой власти у правоприменительного органа при принятии им индивидуальных правовых актов (решений об изменении правоотношений).

Предоставление юридической власти, как и меры возможного поведения вообще, подразумевает ее ограничение<sup>2</sup>. Эта власть имеет определенный объем (совокупность полномочий), сферу (предмет ведения), пределы действия актов реализации во времени, в пространстве и по кругу адресатов, а также правовой механизм (режим) приобретения, реализации и утраты. Разные объемы власти соотносятся сменяющим друг друга уровням в иерархии носителей в частном праве (физические лица, юридические лица) и публичном праве (должностные лица, органы власти, государство и др.). Основные подходы к предоставлению и распределению юридической власти выражаются в следующем: из правового принципа верховенства закона вытекает на первый взгляд признание высшей юридической власти за законодательным органом. Именно такой верховной и неограниченной считается власть британского парламента<sup>3</sup>. Высшая юридическая власть парламента является отличительной особенностью конструкции «законодательного государства». Государственная воля высшим и решающим образом в нем выражается через установление норм, то есть законов<sup>4</sup>. Но в современный пе-

<sup>1</sup> См.: О'Рурк А.Т. Убежище от юриспруденции сомнения: хофельдовский анализ конституционного права // Основные юридические понятия Уэсли Н. Хофельда / сост. и пер. с англ. А.А. Гайдамакина; под науч. ред. М.В. Антонова. СПб., 2016. С. 208–210; Хофельд У.Н. Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации // Там же. С. 76–77.

<sup>2</sup> См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 2012. С. 11.

<sup>3</sup> См.: Бромхед П. Эволюция британской конституции. М., 1978. С. 199.

<sup>4</sup> См.: Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство: право и политика / пер. с нем. и вступит. ст. О.В. Кильдюшова; сост. В.В. Анашвили, О.В. Кильдюшов. М., 2013. С. 223–224.



риод парламент частично вытесняется с главенствующего, центрального положения другими ветвями власти — исполнительной и судебной — на основе соответственно моделей «государства правительства» (управления) и «государства правосудия» (юстиции). Этому перераспределению полномочий по нормативно-правовой регламентации в значительной степени способствует возможное отсутствие у парламентских актов высшей юридической силы. Так, согласно неписаной конституции Великобритании нормы права — как «законы» в материальном смысле — являются равными по силе<sup>1</sup>. Акты парламента (статуты) при применении имеют приоритет перед фактически отменяемыми на их основании иными актами и судебными прецедентами.

Высший орган исполнительной власти может быть наделен полномочием выносить акты делегированного законодательства. В правовых порядках отдельных государств имеются примеры предоставления правительству «регламентарной» власти, то есть полномочий принимать акты, имеющие силу закона, по вопросам, которые не урегулированы законом и (или) выходят за пределы ограниченной компетенции законодателя<sup>2</sup> (например, это предусмотрено ст. 37 Конституции Французской Республики 1958 г.). Регламентарной властью также способен обладать глава государства, статус которого тяготеет к исполнительной власти в условиях всякого государственного режима. Конституционное право Третьей Республики фактически разрешало Президенту принимать нормативные акты, восполнявшие отсутствие законов (регламенты)<sup>3</sup>. В истории конституционного права глава государства получал и более широкие полномочия по нормативно-правовому регулированию за счет возложения функций гаранта Конституции. По правилам ст. 48 Веймарской конституции рейхспрезидент на правах такого гаранта имел чрезвычайные полномочия принимать в обход законодательного процесса правовые акты, фактически отменявшие действующие законы<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: Дайси А.В. Основы государственного права Англии / пер., доп. по 6-му англ. изд. Введение в изучение английской конституции. М., 1907. С. 46, 104.

<sup>2</sup> См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть: учебник для вузов / отв. ред. Б.А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М., 2005. С. 518; Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М., 2007. С. 282–283.

<sup>3</sup> См.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства: монография. М., 2013. С. 124–126.

<sup>4</sup> См.: Шмитт К. Гарант конституции // Государство: право и политика. С. 170–172, 219; Его же. Легальность и легитимность. С. 280–295.

На преодоление юридической власти законодателя претендуют судебные органы при реализации функций нормоконтроля и конституционного контроля. Высшие или специализированные (конституционные) суды уполномочиваются на аннулирование закона путем признания его неконституционным и принятие актов обязательного толкования законов (по терминологии Конституционного Суда РФ — их конституционно-правового истолкования) и Конституции. Согласно современным правовым воззрениям данные полномочия выводятся из особого, автономного надзаконного права<sup>1</sup>, которое имеет источник в конституционном правопорядке. По «смыслу» этого права суды наделены компетенцией вынести решение вопреки действительной воле законодателя, игнорируя писанный закон и исправляя его содержание. Именно такой правовой позиции придерживается Федеральный конституционный суд ФРГ в ряде своих постановлений, которые развили судебную практику и дали поддержку теориям естественного права<sup>2</sup>.

Представляется все же, что «смысл» не способен служить основанием для неограниченного игнорирования судами прямо сформулированных положений закона. Даже признание за судами правотворческой компетенции в конкретном правопорядке не является оправданием для этого. Судебное правотворчество не должно нарушать правовую определенность — общий принцип права. Согласно современным воззрениям негативное правотворчество в форме аннулирования или неприменения законов высшим и конституционным судом не противоречит указанному принципу. Соответствуют ему также расширительное толкование и применение права по аналогии, так как ни логическое развитие правовых норм, ни волевое принятие нормы права во исполнение более общей нормы не сводятся к механическому выведению судом норм из норм и не исключают рассмотрение.

Вместе с тем судебной власти не дается общее дозволение игнорировать прямо сформулированное содержание законоположения на основании неявного «смысла» Конституции. Даже высшая норма компетенции не в силах наделить полномочиями, реализация которых нарушала бы правовую определенность. В правовой системе свойство правовой (формальной) определенности отвечает за рав-

---

<sup>1</sup> См.: Крусс В.И. Конституционный нормоконтроль как аутентичное нормотворчество // Конституционный контроль: доктрина и практика: материалы междунар. конф. / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2012. С. 377–372.

<sup>2</sup> См.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Лаптев, Ф. Кальшойер. М., 2011. С. 5–11.

новесие прав<sup>1</sup> и потому служит системообразующим параметром в данной системе<sup>2</sup>. Отступление от правовой определенности способно повлечь за собой разрушение правовых систем. Игнорирование судом прямо сформулированных законоположений дозволено только при их крайней несправедливости, которая доводит до состояния неправового закона и утраты ими действительности<sup>3</sup>. В случае присвоения судами более широкой юридической власти формирова-лась бы новая правовая система<sup>4</sup>, недолговечная из-за ее неполной определенности.

С точки зрения современного юриста, необходимым условием реализации принципа господства права является демократический режим<sup>5</sup>. Распределение компетенций в условиях демократии подчиняется принципам субсидиарности и пропорциональности, согласно которым полномочия должны быть соразмерны поставленной цели и предоставляться вышестоящим органам публичной власти в качестве дополнения к компетенции нижестоящих<sup>6</sup> (во избежание тщетности их усилий). В свете указанных принципов юридическая власть дается судебным органам для обеспечения господства права и ограничивается: 1) по содержанию (объему) — аннулировать правовую норму вправе только специализированный (высший) суд; иные суды могут признать ее недействующей или неприменимой в спорах (что не одно и то же); обязательное толкование дается вышестоящими судами в целях единства судебной практики; 2) по времени — акты толкования и признания юридической нормы недействительной (недействующей) не имеют обратной силы; 3) по степени усмотрения — толкование, восполнение пробелов и игнорирование возможны только на основании «смысла» закона (или права).

В гражданском (частном) праве диспозитивность проявляется в специфике режима наделения юридической властью. Автономия воли дает субъектам права возможность по своему усмотрению, собственными волеизъявлениями создавать, изменять и прекращать право-

<sup>1</sup> См.: Фихте И.Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения. М., 2014. С. 108.

<sup>2</sup> См.: Ульянов А.В. Достижение баланса частных и публичных интересов как необходимое условие равновесия правовой системы // Государство и право. 2016. № 5. С. 109.

<sup>3</sup> Алекси Р. Указ. соч. С. 114–116.

<sup>4</sup> Харт Г.Л.А. Указ. соч. С. 145–150.

<sup>5</sup> См.: Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Философия права. М., 2004. Прил. 2. С. 238.

<sup>6</sup> См.: Четвериков О.А. Вводный комментарий. Раздел 2 // Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / отв. ред. С.Ю. Кашкин. М., 2008. С. 105–110.

отношения. Данной юридической властью наделены непубличные (невластные) субъекты, которые считаются равными в возможностях реализовать свои полномочия. Формы этой юридической власти объединены в общий гражданско-правовой режим. Такой режим охватывает различные варианты преобразовательных правомочий, в том числе «секундарные права» и «права ожидания»<sup>1</sup>. В основании создания данных прав (индивидуальных правовых положений) лежит автономия воли как полномочие на правотворчество<sup>2</sup>.

В настоящее время и автономия воли, и равенство стали опровержимыми презумпциями<sup>3</sup>, и в форме «иног» возможно применение судом юридической власти в публичных интересах. Суд уполномочен преодолевать волеизъявления (признать условия сделки недействительными, применить положения закона об иных сделках вопреки субъективной квалификации сторон) и восполнить своим решением отсутствие волеизъявления (изменять правоотношение, присуждать к совершению волеизъявления и на основании фикции признать волеизъявление совершенным, применять аналогию закона и права). Эти полномочия способны быть суррогатом недостающей юридической власти слабой стороны в договоре, одновременно преодолевая юридическую власть сильной стороны, если таковая навязала своему контрагенту выгодные ей условия.

В отношении невыгодных слабой стороне условий суд уполномочен: 1) на признание их недействительными вследствие оспоримости или ничтожности, если условиями нарушены запреты или предписания; 2) отказ в удовлетворении требований сильной стороны, ссылающейся на условия (например, по мотивам злоупотребления правом); 3) упразднение условий путем изменения договора (если был заключен договор присоединения, то есть «продиктованный» договор по формуле «принимай или уходи»). Если спорная норма прямо не формулирует необходимые запреты или предписания, то наличие в ней таковых может быть выявлено путем телеологической редукции. В случае отсутствия необходимой императивной нормы те запреты и предписания, которые служат нормативной основой для недействительности невыгодных слабой стороне (несправедливых) условий, могут быть выведены из «смысла» закона (п. 1 ст. 16 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»).

<sup>1</sup> См.: Ульянов А.В. Охраняемые законом интересы в гражданском праве: монография. М., 2019. С. 90–96, 188–190.

<sup>2</sup> См.: Adomeit K. Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Berlin, 1969. S. 8–21.

<sup>3</sup> См.: Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 289–291; Ульянов А.В. Охраняемые законом интересы в гражданском праве. С. 42–45, 191.

Итак, в сфере частного права при отсутствии прямого запрета и предписания презюмируется наделение непубличных субъектов такой юридической властью изменять (в широком смысле) по автономной воле частнопровые отношения, которая преодолевается судом с целью охраны интересов слабой стороны.

---

---

Краевский А.А.

### **ЗАКРЫТОСТЬ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ И ПРИРОДА ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ<sup>1</sup>**

Одно из важных различий гражданского и уголовного права состоит в том, что в гражданском праве считается допустимой и даже иногда необходимой процедура восполнения пробелов в праве, например, на нее указывает ст. 6 ГК РФ, устанавливающая применение аналогии закона и аналогии права в тех случаях, когда гражданские отношения не урегулированы законом, обычаем или договором. В уголовном праве большинства стран существует запрет восполнения пробелов (точнее, запрет применения аналогии закона и аналогии права); такой запрет, в частности, содержится в ч. 2 ст. 3 Уголовного кодекса РФ (далее — УК РФ).

Как правило, данное различие связывается с тем, что в уголовном законодательстве последовательно проводится принцип законности (на что указывает и систематическое толкование ст. 3 «Принцип законности» УК РФ). В науке уголовного права данный принцип обозначается традиционной латинской формулировкой "nullum crimen sine lege", а в УК РФ — нормой «преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим Кодексом». Если обобщить уголовно-правовую формулировку, то принцип законности можно выразить как «нет правонарушения без закона (нормы), устанавливающего противоправность деяния».

Данное утверждение кажется практически тавтологичным в силу того, что права и обязанности возникают тогда, когда наступает юридический факт, предусмотренный гипотезой правовой нормы.

---

<sup>1</sup> Тезисы доклада подготовлены в рамках поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований научного проекта № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации».

Если нет правовой нормы, не могут возникнуть и правовые отношения, то есть права и обязанности. А если не возникают права и обязанности, не может быть и правонарушения.

Логическим следствием данного принципа в гражданском праве была бы обязанность отказать в удовлетворении гражданского иска, в котором нет корректного указания на правовую норму, устанавливающую предполагаемую нарушенную обязанность ответчика по отношению к истцу. Вместе с тем само существование процедур восполнения пробелов в праве, предусмотренных гражданским и гражданским процессуальным законодательством, несовместимо с данным следствием принципа законности.

Впервые данная проблема была осмыслена немецким правоведом Э. Цительманом<sup>1</sup>. Он убедительно доказывает, что во многих случаях предполагаемых пробелов в праве никаких пробелов в смысле отсутствия применимой правовой нормы нет. Так, например, Коммерческое уложение Германии по-разному регулировало порядок заключения договоров между присутствующими и отсутствующими лицами. В последнем случае был установлен больший срок для решения о принятии или отклонении оферты. С изобретением телефона возник вопрос о применении данных норм к заключению договора по телефону<sup>2</sup>. Вместе с тем нельзя сказать, что применимая правовая норма отсутствовала. Очевидно, что когда договор заключается по телефону, например между людьми, находящимися в разных городах, речь идет о заключении договора между отсутствующими лицами. Пробел усматривался только потому, что применение данной нормы считалось неудовлетворительным по политико-правовым последствиям<sup>3</sup>.

Подобное рассуждение позволяет исключить большое количество мнимых пробелов в праве, однако все-таки оставляет возможность для существования ситуаций, в которых действительно отсутствует правовая норма, предписывающая тот или иной вариант. Но значит ли это, что в таких ситуациях правоприменительный орган не может принять решение по делу без обращения к аналогии или иным специальным способам восполнения пробелов в праве?

С точки зрения Г. Кельзена, можно говорить о двух видах правового регулирования — позитивном и негативном. Г. Кельзен отстаивает восходящую к философии права И. Канта идею, согласно

---

<sup>1</sup> См.: Цительман Э. Пробелы в праве / пер. с нем. Т.И. Дьячек; под ред. А.В. Полякова // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум “Юридическая книга”», 2009. С. 618–620.

<sup>2</sup> Там же. С. 616.

<sup>3</sup> Там же. С. 621.

которой, устанавливая обязанности индивидов вести себя определенным образом, правовая система гарантирует им свободу за пределами этих обязанностей. Если А. требует от В. определенного поведения, которое не установлено как обязательное в данной правовой системе, то правовая система гарантирует В. право воздерживаться от этого поведения в смысле юридически защищенной свободы. Правовая система содержит не только принцип того, что некто обязан вести себя определенным образом, но и принцип, согласно которому когда некто не обязан действовать или бездействовать, он свободен. Именно такая негативная норма применяется в решении, отклоняющем требование, направленное на поведение, не установленное как обязательное<sup>1</sup>.

В логических исследованиях нормативных систем, начиная с Г.Х. фон Вригта, под закрытой или замкнутой правовой системой понимается такая нормативная система, в которой любое действие деонтически определено, то есть имеет тот или иной нормативный статус («разрешено», «запрещено», «предписано» и т.д. в зависимости от того, по каким нормативным модальностям строится система). Остальные нормативные системы считаются открытыми. Различие систем двух типов подробно исследовалось аргентинскими правоведами Е.В. Булыгиным и К.Э. Альчурроном. Очевидно, что пробелы в праве существуют в открытых системах и не существуют в закрытых, потому что в последних урегулированы все ситуации<sup>2</sup>.

Булыгин и Альчуррон приводят убедительные доводы в пользу того, что а priori все нормативные системы являются открытыми, закрыть их могут только специально сформулированные в позитивном праве правила, которые они называют «правилами замыкания». Пример такого правила замыкания для уголовно-правовой нормативной системы — принцип «нет преступления без закона», например упоминавшаяся ст. 3 УК РФ<sup>3</sup>. Соответственно, принцип свободы по учению Г. Кельзена или общие дозволения и запреты в концепции правового регулирования С.С. Алексеева<sup>4</sup> могли бы быть

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / пер. с нем. М.В. Антонова // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. С. 195–200.

<sup>2</sup> См.: Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Нормативные системы / пер. с англ. М.В. Антонова // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е.Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. С. 140–155.

<sup>3</sup> Там же. С. 155–162.

<sup>4</sup> См.: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 81–183.



такими правилами замыкания, если бы прямо были сформулированы в позитивном праве.

Заведомая неполнота концепции Булыгина и Альчуррона состоит в том, что, исследуя правоприменительную по сути проблему — принятие судом решения в случае отсутствия регулирующей ситуацию правовой нормы, они рассматривают материально-правовые нормы, определяющие деонтический статус действий, являющихся предметом спора, однако не рассматривают процессуальные нормы, определяющие полномочия правоприменительного органа. Вместе с тем в зависимости от содержания конкретной правовой системы возможны три разные модели полномочий суда:

1) суды уполномочены и обязаны применять действующее право. В таком случае вне зависимости от существования правил замыкания суды не могут восполнять пробелы в праве, а значит, должны отказывать в иске при отсутствии нормы, устанавливающей противоправность действий истца. Таким образом, вопрос о пробелах в праве теряет смысл;

2) суды уполномочены и обязаны разрешать социальные конфликты. Исторически именно в этом заключалась роль суда как социального института. Соответственно, суд фактически выполняет в конкретном деле функцию законодателя, устанавливая по своему усмотрению справедливое решение спора. Материальное право при этом предполагается более или менее отсутствующим. В данной модели вопрос о пробелах в праве также теряет смысл, так как практически отсутствует материальное право, в котором могли бы быть пробелы;

3) суды уполномочены и обязаны разрешать споры на основании действующего права, однако в случае отсутствия правовой нормы, регулирующей спорные отношения, они должны применить предусмотренную данной правовой системой процедуру восполнения пробелов в праве, например аналогию закона или права. Эта модель принята в большинстве современных правовых систем.

Из изложенного можно сделать вывод, что пробелы в праве как феномен позитивного права, а не просто как социально-политическая неудовлетворенность текущим правовым регулированием представляют собой явление, существующее только в той нормативной системе, которая предусматривает процедуру разрешения споров, дополняющую применение действующего права.

На наш взгляд, объяснение данного феномена состоит в том, что сами по себе пробелы в праве — не правовое явление, утверждение об их существовании — это метаправовое суждение. Но введение



процедуры их восполнения как специфическое юридико-техническое средство делает пробелы в праве юридическим явлением, подобно тому, как легендарный царь Мидас превращал в золото все, к чему прикасался<sup>1</sup>.

---

---

Степанов О.А.

## **ПРОБЛЕМЫ СИСТЕМНОСТИ И ПРОБЕЛЬНОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ**

Характер проблем, с которыми сталкивается современное общество в условиях перехода к цифровому экономическому укладу, предполагает необходимость своевременного реагирования на вызовы времени и принятия системных мер по локализации негативных явлений этого процесса.

Системность правового регулирования требует согласованности всех норм, регулирующих конкретные общественные отношения, а также соответствия целей и задач, поставленных в законах, действительным интересам общества и государства.

Правовое регулирование, являясь, с одной стороны, результатом целенаправленного воздействия государства на развитие общественных отношений, а с другой — фактором их стабильности, средством достижения общественно значимых целей, призвано органично объединять явления, связанные с функционированием системы «личность — государство — экономика» и одновременно более четко определять перспективы развития структурных элементов этой системы.

В рамках реализации в России программы «цифровой экономики» речь должна идти о поэтапной адаптации законодательной практики к динамично меняющейся в период до 2024 г. окружающей человека действительности, а также об обоснованности принимаемых государством решений.

При этом следует представлять, что развитие цифровой экономики порождает новую фазу в развитии человеческой свободы, которая состоит как в использовании стихийно возникающих воз-

---

<sup>1</sup> Ср. рассуждение Г. Кельзена о значении процедуры оспаривания правовых актов, принятых с нарушениями, для возможности включения таких актов в правовую систему (см.: Кельзен Г. Указ. соч. С. 342).

возможностей, так и в создании на государственном уровне условий для реализации этих возможностей на основе законодательства.

В настоящее время в России подготовлено к принятию два важных законопроекта, которые вводят понятие цифровых финансовых активов и регулируют оборот больших данных<sup>1</sup>.

Согласно первому документу цифровые финансовые активы (криптовалюта) предлагается относить к имуществу, которое запрещается использовать в качестве средства платежа. При этом разрешается добыча криптовалюты (майнинг), которая считается предпринимательством. Однако выпускать цифровые финансовые активы могут только юридические лица и индивидуальные предприниматели (в том числе иностранцы и лица без гражданства) внутри определенной информационной системы. Операторами такой системы могут быть только работающие по российскому праву юридические лица, включенные в специальный реестр Центрального банка России, устанавливающего порядок выпуска цифровых финансовых активов.

Согласно законопроекту о регулировании больших пользовательских данных под такими данными подразумевается практически вся информация, которую могут собирать компании в обезличенном виде (в том числе поисковые запросы, геопозиция, контакты, переписка пользователей, фото- и видеоматериалы, публикации в социальных сетях, видео с камер наблюдения, финансово-экономические данные, финансовые транзакции и покупки в интернет-магазинах)<sup>2</sup>. Однако практическая реализация такой технологии несовместима с установленным в действующем законодательстве принципом ограничения обработки персональных данных с заранее определенными целями, который нивелирует ее преимущества, а обезличивание персональных данных не может рассматриваться как гарантия их анонимности, поскольку не гарантирует выполнения функции эффективного средства защиты персональных данных.

Наряду с этим нельзя не обратить внимания на то, что Центральным банком России вместе с «Ростелекомом» еще в декабре 2018 г. подготовлена концепция платформы цифрового профиля гражданина. Цель проекта — предоставить гражданам возможность управлять своими данными (передавать их по запросу, отзывать) и обмениваться ими с государством и бизнесом. При этом архитектура

---

<sup>1</sup> Проекты федеральных законов «О цифровых финансовых активах» и «О поправках к Федеральному закону «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

<sup>2</sup> URL: <https://vc.ru/legal/48934-deputaty-napisali-zakonoproekt-dlya-regulirovaniya-bolshih-dannyh-chto-v-nem-napisano-i-chto-govoryat-eksperty>

цифрового профиля может содержать базу данных цифровых досье граждан, объединяющих все юридически значимые сведения о них, то есть цифровой профиль создает удобство для управления обществом со стороны государства<sup>1</sup>.

Однако само общество еще не готово в полной мере осмыслить последствия развития такого рода. Формирование принципов повышения эффективности государственно-правовой деятельности за счет внедрения искусственного интеллекта (роботов) как основополагающих идей, обеспечивающих его эффективное функционирование, определяется не только уровнем развития культуры, науки, образования, но и наличием справедливых правовых начал в деятельности государственного механизма.

Норма права как признаваемая государством мера должного поведения (стандарт общественных отношений), обусловленная возможностью государственного принуждения или поощрения, возникает при осознании потребности в правовом урегулировании, а следовательно, и социальной безопасности определенных общественных отношений, которые все в большей степени оказываются связанными с развитием таких явлений. А проблема искусственного интеллекта — тот редкий случай, по мнению Д. Маска, когда необходимо проявить активность в регулировании вопроса, иначе может быть слишком поздно. Правительственные органы должны активнее вмешиваться в разработку искусственных интеллектов, регулируя и ограничивая ее, чтобы избежать негативных последствий — искусственный интеллект является фундаментальным риском для существования человеческой цивилизации, его регулирование имеет «жизненно важное значение».

В 1922 году на открытии Радиевого института в Петрограде академик В.И. Вернадский, говоря об атомной энергии как о великом перевороте в жизни человечества, поставил следующие вопросы: «Сумеет ли человек воспользоваться этой силой, направить ее на добро, а не на самоуничтожение? Дорос ли он до умения использовать силу, которую неизбежно должна дать ему наука?»

Положительного ответа на эти вопросы, в т.ч. с позиций исключения угрозы ядерного терроризма человечеством до сих пор не получено.

При этом особого внимания исходя из анализа положений общей части УК РФ, связанных с составами преступлений против основ общественной безопасности, предусмотренных гл. 24 УК РФ, в настоящее время заслуживают общественные отношения,

---

<sup>1</sup> Коммерсантъ. 2018. 10 декабря.

связанные со ст. 207 «Заведомо ложное сообщение об акте терроризма» УК РФ.

Важно отметить, что с середины сентября по седьмому ноября 2017 г. только в Москве из-за анонимных звонков об угрозе взрывов было эвакуировано более 250 тыс. человек с 564 объектов (прямые затраты на эвакуацию людей в связи с этим составили, по разным оценкам, от 150 до 300 млн руб.). При этом звонки о «минировании» поступали по каналам интернет-телефонии с адресов, позиционирующихся как иностранные — от международного виртуального оператора.

В 2018–2019 годы как в Москве, так и в других городах России (особенно в январе — феврале и в декабре 2019 г., а также в январе 2020 г.), многократно фиксировались сообщения о заложенных бомбах, эвакуировались тысячи посетителей из десятков зданий с массовым пребыванием людей, в том числе из торговых центров, больниц и школ, районных судов, объектов метрополитена. При этом террористы использовали не только звонки с угрозами взрыва, но и электронную почтовую рассылку писем, в которых говорилось о минировании объекта.

В октябре 2017 г. глава ФСБ России сообщал о четырех подозреваемых в анонимных звонках с сообщением о массовом минировании зданий по всей России, которые являются россиянами, но находились за границей (определить их местонахождение оказалось сложно), а в 2018–2019 гг. появилась информация о причастности к этому граждан Украины.

Хотя ФСБ России и удалось 23 января 2020 г. выявить один из сервисов на территории Нидерландов, с которого в Россию поступило более тысячи анонимных сообщений с угрозами минирования, все же оперативные формы противодействия такого рода преступлениям являются еще недостаточно эффективными. Поэтому с концептуальных позиций целесообразно рассмотрение совершенствования уголовного законодательства в качестве одной из мер такого противодействия.

Заметим, что в основу структуризации уголовного закона были положены наиболее значимые, принципиальные параметры уголовной политики государства. Однако идея системности современного уголовного законодательства оказалась не в полной мере реализована в действующем уголовном законе — анализ норм его Общей части УК РФ показывает, что их совокупность не может рассматриваться как завершенная логическая система. В качестве наглядного примера может быть приведена ст. 104.1 «Конфискация имущества» УК РФ. Данная норма является единственным видом правовой санкции, законодательное закрепление и применение которой пря-

мо предписано международным правом как обязанность государства. Ее особое положение объясняется той ролью, которую отводит ей мировое сообщество в борьбе с такими видами транснациональной организованной преступности, как терроризм, наркоторговля, легализация преступных доходов и коррупция.

В пункте «а» ч. 1 ст.104.1 УК РФ содержится перечень всех статей, связанных с преступлениями террористической направленности (ст. 205, 205.1, 205.2, 205.3, 205.4, 205.5, 206, 208) за исключением ст. 207 «Заведомо ложное сообщение об акте терроризма».

Обратим внимание на то, что конфискацию имущества законодатель относит к иным мерам уголовно-правового характера, которая состоит в принудительном безвозмездном обращении в собственность государства любых активов (материальных или нематериальных, движимых или недвижимых, выраженных в вещах или правах, а также юридические документы или акты, подтверждающие право на такие активы или интерес в них).

Институт конфискации основан на нормах международного права и призван служить уголовно-правовым средством противодействия, прежде всего, террористической и экстремистской деятельности. Он является юридическим основанием принудительного изъятия и безвозмездного обращения в собственность государства определенного имущества, принадлежащего виновному либо его родственникам и друзьям, которые не могут подтвердить, что приобрели имущество на свои деньги. Дополнение перечня статей в п. «а» ч. 1 ст. 104.1 УК РФ статьей 207 сделает содержание уголовного закона более логичным. В результате ст. 104.1 УК РФ приобретет смысловое единство не только с точки зрения реагирования государства на преступное поведение, но и с позиций повышения превентивной роли уголовного закона в целом.

Поскольку уголовно-правовая норма способна оказывать психологическое воздействие на человека, правовой эффект в конечном счете следует искать в самом поведении личности, а не в способах и формах, с помощью которых он достигается. С учетом этого ориентация на результативную составляющую правового регулирования, возникающую после ответной реакции личности на правовые предписания, связанные с возможностью конфискации ее имущества на территории Российской Федерации, предполагает то, что право выступает в качестве действенного средства в механизме обеспечения общественной безопасности в целом и в борьбе с терроризмом в частности.

Однако правовые инструменты следует рассматривать в качестве мощного рычага преобразования общественных отношений, если

достаточно ясны средства, с помощью которых правовые требования переводятся в конкретное поведение на всех уровнях (личностном, групповом, общественном). При этом право призвано не просто согласовывать деятельность и поведение отдельных индивидов, социальных групп и объединений, а сводить их в некоторое единство, обеспечивая предсказуемость взаимодействий.

В рамках усложнения задач по обеспечению безопасности общественных процессов использование правовых норм необходимо, прежде всего, для установления рамок (пределов) возможного поведения субъектов права. Исходя из этого правовое регулирование общественных отношений в современных условиях должно быть ориентировано на предоставление такой свободы поведения их участникам, которая будет стимулировать использование разрешенных процедур и действий. Практическая реализация такой идеи может сводиться к обеспечению максимально возможной меры свободы человека при защите важнейших параметров среды его общественного обитания на основе права посредством государства как гаранта обеспечения этих параметров.

Важно исходить из того, что право, выступая в качестве системы нормативных установлений, определяющей общеобязательные правила поведения личности, общества, государства (границы дозволенного и недозволенного для них), призвано фиксировать не только статус личности, но и статус государственных органов (пределы и возможности осуществления их деятельности). В таком случае норма права как признаваемая государством мера свободы человека (стандарт поведения личности в обществе) становится востребованной в случае осознания им потребности не просто в правовом регулировании, а в безопасности конкретных общественных отношений, обусловленных системным подходом к данной проблеме.

Анализ возникновения и истории развития правовых систем свидетельствует о том, что на содержание и динамику их совершенствования воздействует духовная и политическая культура общества. При этом традиционные правовые ценности, связанные с защитой общества от произвола и хаоса, с социальной справедливостью и свободой, должны дополняться новыми ценностями.

История права может рассматриваться как восходящий процесс правового развития. При этом важно учитывать такие методологические проблемы, как упрощение и симметрия, решение которых позволяет обеспечить переход с микроуровня правового регулирования к макроуровню, а также представлять, что интересы сторон в системе «личность—государство» следует интерпретировать как суперпозицию индивидуальных и общих для всех интересов, сформиро-

рованных на единой основе — при недопущении процессов, опасных для развития социума.

---

---

Гильмуллин А.Р.

## ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА И СРЕДСТВО РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМ ПРОБЕЛЬНОСТИ ПРАВА

Правовая доктрина не признается источником права в официальной (формальной) системе источников права России. По мнению Т.Э. Шуберт, доктрина «представляет собой нетрадиционный и практически малоиспользуемый источник права»<sup>1</sup>. Можно предположить, что такая тенденция напрямую связана с наследством советского прошлого, где в качестве источника права воспринимались только акты, исходящие от государства. Однако, как показывает современная политико-правовая практика, влияние правовой доктрины заметно во всех областях правового регулирования.

Говоря непосредственно о месте и роли правовой доктрины в правовой системе России, некоторые авторы указывают на то, что «на основе принятого закона формулируется его доктрина»<sup>2</sup>, тогда как другие авторы, наоборот, считают, что правовая доктрина в силу своих функциональных особенностей «влияет на формирование нормативных правовых актов»<sup>3</sup>, является источником изначальным, отправным, который материализуется в стратегических документах, определяющих правовую политику в государстве<sup>4</sup>. Заслуживает внимания позиция профессора В.М. Сырых, который отмечает, что именно «доктрина направлена на формирование и модернизацию источников права, и российская правовая наука недооценивает ее значение»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Шуберт Т.Э. Роль доктрины в законотворчестве и правоприменении (на примере Конституционного Суда РФ) // Журнал российского права. 2017. № 2. С. 48–56.

<sup>2</sup> Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство / В.П. Мозолин. М.: Юстицинформ, 2008.

<sup>3</sup> Демиева А.Г. О некоторых современных проблемах развития доктрины гражданского права // Юрист. 2018. № 6. С. 14–20.

<sup>4</sup> См.: Лазарев В.В. О роли доктринального толкования права // Советская юстиция. 1969. № 14; Хабриева Т.Я. Доктринальное и компетентное толкование Конституции // Правоведение. 1998. № 1. С. 22–23.

<sup>5</sup> Сырых В.М. Теория государства и права. М.: Былина, 1998. С. 48.



Кроме того, в научной среде уже становятся закономерностью мнения авторов о необходимости признания правовой доктрины источником права в формальном смысле, то есть официально<sup>1</sup>. Вполне определенный интерес к правовой доктрине проявляет и начинающая юридическая наука, что подтверждается количеством диссертаций (шесть), которые были защищены начиная с 2000-х гг. по тематике правовой доктрины<sup>2</sup>, а также количеством изданных монографий.

Правоведы обращают внимание на потенциал и значение правовой доктрины для решения многих актуальных проблем, напрямую опосредованных правом. В частности, Т.Я. Хабриева отмечает, что «доктрина важна и для решения проблемы содержания актов, регулирующих парламентскую деятельность, для оптимального построения самой системы парламентского права, для согласования различных его частей между собой и установления соответствия их компетенции отечественного парламентаризма»<sup>3</sup>. А.С. Автономов, исходя из анализа источников конституционного права зарубежных стран, предлагает признать правовую доктрину как работы видных ученых, чей авторитет признан юристами данной страны, «дополнительным источником отрасли конституционного права»<sup>4</sup>.

Кроме того, следует отметить, что в России доктрина приобрела устойчивый характер самостоятельного вида политико-правового документа. Это оправдывается тем, что в России официально действуют следующие документы: Доктрина развития российской науки; Доктрина информационной безопасности Российской Федерации; Морская доктрина Российской Федерации; Доктрина про-

<sup>1</sup> См.: Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. А.В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 216–219.

<sup>2</sup> См.: Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики). 2003; Васильев А.А. Правовая доктрина как источника права: историко-теоретические вопросы. 2007; Батурина С.В. Традиции российской правовой доктрины. 2008; Любитенко Д.Ю. Правовая доктрина Конституционного Суда Российской Федерации: общетеоретический аспект. 2011; Мадаев Е.О. Доктрины в правовой системе Российской Федерации. 2012; Емелин М.Ю. Правовая доктрина в системе источников общего права: на основе анализа правовой системы США. 2015; Гильмуллин А.Р. Проявление правовой доктрины в механизме российского государства. 2018.

<sup>3</sup> Парламентское право России: монография / А.И. Абрамова, В.А. Витушкин, Н.А. Власенко и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой; Государственная Дума Федерального Собрания РФ; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Издание Государственной Думы, 2013. С. 37.

<sup>4</sup> Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учебник / под ред. А.С. Автономова. М.: Юриспруденция, 2003. С. 39.



довольственной безопасности Российской Федерации; Военная доктрина Российской Федерации; Экологическая доктрина Российской Федерации.

Исходя из анализа вышеперечисленных документов, Е.О. Мадаев приходит к выводам о том, что «доктрина как политико-правовой документ является важной составной частью законодательной системы РФ, определяя в настоящее время не только основы государственной политики, но и стратегию и тактику правового регулирования общественных отношений в сферах национальной безопасности и военного строительства, науки, образования, климата, экологии, морского дела, продовольственной и информационной безопасности. Исходя из их содержания в дальнейшем строится вся правотворческая, в том числе законотворческая, правоинтерпретационная и правоприменительная практика в соответствующей сфере правового регулирования»<sup>1</sup>.

Рассматривая правовую доктрину исключительно в рамках заявленной темы, а именно как источник права, отметим, что доктрина права как источник права — это разработанные и обоснованные учеными-юристами положения, конструкции, идеи, принципы и суждения о праве, которые в настоящее время (не говоря уже о прошлом) в тех или иных системах права имеют не просто теоретико-правовое значение и характеристику, а обладают вполне фундаментальными и утилитарными (практическими) особенностями, проявляются в деятельности механизмов государств. Правовая доктрина была основным источником континентально-европейского (романо-германского) права со времен римского права до XIX в., когда место основного источника занял закон — государственное нормотворчество<sup>2</sup>. Слабая позиция правовой доктрины в современной системе источников континентального права подтверждается и в юридической литературе, где отмечается, что «в... континентальной системе права... источником права является нормативный акт — не менее 70% от общего числа других форм права. 15% занимает юридический прецедент (когда закон не ясен, противоречив), 10% занимает обычай — он считается устаревшим источником права, 5% приходится на юридическую доктрину»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2012.

<sup>2</sup> См.: Гильмуллин А.Р. Основное содержание, генезис и сущность правовой доктрины // Вестник Тамбовского университета. 2015. № 4 (4). С. 32–38.

<sup>3</sup> Краснов Ю.К. Юридическая техника: учебник / Ю.К. Краснов, В.В. Надвикова, В.И. Шкатулла. М.: Юстицинформ, 2014.

Рассматривая правовую доктрину в том числе как источник права, нельзя не отметить ее особое аксиологическое значение для места, где впервые системно стали изучаться право и государство, — римскую античность. Ибо, как точно указывал русский философ А.Ф. Лосев: «Античность есть любование на небесный свод». Мы подробно освещали вопросы, связанные с развитием правовой доктрины в историко-эволюционном ключе, в частности отмечая, что «наибольшее свое значение правовая доктрина как форма права изначально стала приобретать в Древнем Риме в форме эдиктов магистров и преторов и практической деятельности римских юристов. Как известно, именно эдикты магистров выступают одной из форм правообразования римского права, которые со значением программного документа»<sup>1</sup>. Причинами таких закономерностей служили общественные отношения, в частности торговые отношения периода Римской империи, являющиеся фактором совершенствования юридической мысли и основой возникновения новых правовых доктрин. С III века до н.э. торговля Рима с общинами вышла на новый уровень, и, следовательно, претор в рамках руководства деятельностью судов, не имея полномочий изменять либо отменять нормы закона, а тем более издавать новые законы («*претор не может творить право*»<sup>2</sup>), приобрел возможность путем толкования придавать тот или иной оттенок норме закона, как бы меняя вектор положения гражданского права. Таким образом, деятельность римских юристов задала праву активный и инициативный характер, дав возможность преторам с учетом действующих правовых норм толковать законы и издавать эдикты, соответствующие социально-правовой практике государства, что в конечном счете положило начало секуляризации права<sup>3</sup>.

Следующим немаловажным аспектом, на который также уже было обращено внимание ранее и который необходимо осветить более подробно в рамках исследования исторического становления правовой доктрины, является деятельность римских юристов. Юристы и во времена расцвета Римской империи, и в современных международных условиях занимают значительное положение в обществе и государстве. Их деятельность в рамках консультаций и разрешений правовых столкновений позволяет говорить об их влиянии в доктри-

<sup>1</sup> Гильмуллин А.Р. Развитие правовой доктрины в историко-эволюционном ключе // Источники частного и публичного права: сб. науч. тр. по материалам VI Ежегодной междунар. науч.-практ. конф. (16 мая 2016 г.) / Министерство обр. и науки РФ, Тамб. гос. ун-т им. Г.Р. Державина, Науч.-обр. центр правовой политики субъектов РФ; отв. ред. Р.В. Пузиков. Тамбов, 2016. С. 165.

<sup>2</sup> Новицкий И.Б. Римское право. Изд. 7-е стереотип. М., 2002. С. 23.

<sup>3</sup> Гильмуллин А.Р. Указ. соч.

нальном ключе. Со временем толкование закона римскими юристами приобрело особый смысл, значение и авторитетность которых стали граничить с обязательностью законодательных норм<sup>1</sup>.

Также не остались без внимания эпохи Возрождения и Просвещения, которые были исключительно богаты на рационалистические доктринальные идеи, в том числе в области права. В частности, отмечалось, что основными из них в эпоху Возрождения явились прогрессивные идеи о суверенном государстве (Ж. Боден), о правлении на основе законов (Н. Макиавелли), о равноправии (Ф. Бэкон), о систематизации права (И. Альтузий)<sup>2</sup>.

Период Просвещения внес существенный вклад в развитие теории и практики естественных прав человека — права на жизнь, свободу, собственность (Д. Локк), «общественного договора» (Т. Гоббс), международного права (Г. Гроций), разделения властей (Ш.Л. Монтескье), равенства всех перед законом (Вольтер), правовой государственности (И. Кант). Именно в этот период сформировался доктринальный плюрализм и появилась возможность выбора определенных точек зрения на доктрину и ее проявление в механизме государства<sup>3</sup>.

Нельзя не отметить роль отечественных юристов-ученых в становлении правовой доктрины в Российском государстве. Основные тенденции развития правовой доктрины были восприняты и воспроизведены в трудах таких авторов, как Г.Р. Державин, М.М. Сперанский, И.Т. Посошков, В.Н. Татищев, М.М. Щербатов, С.Е. Десницкий, Я.П. Козельский и А.Н. Радищев. Объяснение российской государственности происходило с позиций преемственности вплоть до начала реформ Александра II. Наиболее ярко правовая доктрина проявила себя в период судебной реформы и развития юридического образования в Российской империи второй половины XIX в. В начале XX в. укрепилась и доминировала идея о самобытности права в России, об уникальности русского законодательства и собственного пути развития государственно-правовых институтов<sup>4</sup>.

Возвращаясь к вопросу правовой доктрины как средства решения проблем пробельности права, следует указать на основные особенности и роль правовой доктрины как источника права, способного ответить на те вызовы, которые возникают со стороны новых технологий, внедрение которых в жизнь влечет за собой смену техно-

<sup>1</sup> Гильмуллин А.Р. Развитие правовой доктрины в историко-эволюционном ключе. С. 166–167.

<sup>2</sup> См.: Гильмуллин А.Р. Проявление правовой доктрины в механизме российского государства. С. 17.

<sup>3</sup> Там же. С. 18.

<sup>4</sup> См.: Гильмуллин А.Р. Указ. соч. С. 19.

логического уклада и, как следствие, трансформацию существующих моделей социального взаимодействия.

Так, правовая доктрина «как научные труды наиболее авторитетных исследователей в области государства и права»<sup>1</sup> в обществе и государстве проявляется по следующим направлениям:

1) в процессе обновления и модернизации общественно значимой практики (налогообложение, пользования Интернетом, выборов и т.д.);

2) является критерием определения правомерности и эффективности субъектов правореализации;

3) используется в ситуациях, где имеются правовая неопределенность, пробелы в правовом регулировании, коллизии в праве;

4) формирует правовое мировоззрение и правовую культуру как практикующего юриста, так и любого социально ответственного и интересующего правом гражданина;

5) является методологической основой научно-исследовательской деятельности человека.

В качестве одного из основных признаков правовой доктрины можно выделить то, что она как источник права востребована и эффективна не в силу государственного одобрения и легитимации, а в силу собственного содержания, основанного на теоретически выверенных, обоснованных и социально значимых положениях.

Российская правовая доктрина в условиях современного становления, развиваясь достаточно активно, не успела сформировать достаточную фундаментальную базу оригинальных представлений о праве, его понимании, на что в последнее время обращают внимание как ученые отраслевых юридических наук, так и представители судебной власти<sup>2</sup>. Именно из-за подобного подхода нам приходится в отдельных ситуациях заимствовать определенные юридические институты и правовые конструкции из других правовых систем<sup>3</sup>.

Не любая теоретическая конструкция может быть воспринята как правовая доктрина, поскольку такая теория должна обладать рядом ценностно-сущностных и функциональных признаков, таких как:

1) научное доказательство и аргументация; 2) обладание утилитарно-

<sup>1</sup> Introduction to Swiss Law / ed. by F. Dessemontet, T. Ansay P. 8; Introduction to Greek Law / ed. by K. Kerameus, Ph. Kozyris. P. 15.

<sup>2</sup> См.: Зорькин В.Д. Право и правоприменение в Российской Федерации: доктрина и практика: материалы к докладу на Международной конференции «Право и правоприменение в России: междисциплинарные подходы». URL: <http://www.ksrf.ru>

<sup>3</sup> См.: Концепции развития российского законодательства / под ред. и с предисл. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. М.: Эксмо, 2010; Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р (в ред. от 8 августа 2009 г.) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

прагматическими свойствами; изученность исторического и современного как отечественного, так и зарубежного опыта; 3) обладание доподлинно признанным авторитетом и поддержкой; 4) наличие регулятивно-коммуникативных функций и т.д.

Правовая доктрина в правовом регулировании может проявляться: как методологическая основа в процессах правоприменения, в частности при пробелах в праве, коллизии норм права, выявлении дефектных норм права, в том числе коррупциогенных норм; как элемент выработки алгоритмов принятия решений, теоретических обоснований, лежащих в основе выводов принимаемых правоприменительных актов; детерминантом по обобщению правовой практики и руководящих разъяснений, носящих научно аргументированный характер, содержащих не произвольное, а социально значимое и теоретически выверенное объяснение; как основное начало различных регламентирующих актов о статусе и положении в правовой системе субъектов, участвующих в реализации права (Кодекс судейской этики, Кодекс профессиональной этики адвоката, Кодекс этики прокурорского работника Российской Федерации и Концепции воспитательной работы в системе прокуратуры Российской Федерации и т.д.)<sup>1</sup>; как собрание информации (сборник) с наименее спорными в научном отношении и устоявшимися во времени выдержками из трудов ученых-юристов с приведением наиболее актуальных для современности идей и знаний, что, в частности, характерно для США, где существует Свод норм права (Restatements of the Law), разрабатываемый Американским институтом права (ALI)<sup>2</sup>, носящий явно доктринальный характер<sup>3</sup>; как суждение о праве, способное обеспечить рационально-теоретическое сопровождение и ответить на те вызовы, которые возникают в рамках научно-технологического прогресса.

Важно понимать, что невнимание к правовой доктрине принесет лишь дисгармонию и противоречие в законотворчество и правовую практику (в том числе в судебную), усложнит решение проблем пробельности права. Правовая система нуждается в фундаментальных положениях, в векторах развития, в методологической основе, а получить все это возможно только посредством правовой доктрины. Современные информационные технологии, увеличив скорость

<sup>1</sup> См.: Гильмуллин А.Р. Проявление правовой доктрины в механизме Российского государства. С. 28.

<sup>2</sup> Oakley J.B. Integrating Supplemental Jurisdiction and Diversity Jurisdiction: A Progress Report on the Work of the American Law Institute // *Indiana Law Journal*. 1998. Vol. 74. № 1. Article 3. P. 27.

<sup>3</sup> См.: Емелин М.Ю. Правовая доктрина в системе источников общего права: на основе анализа правовой системы США: дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2015. С. 98–100.

передачи данных и обмена информацией, способствуют развитию практически всех сфер общественной жизни. Данный факт свидетельствует о том, что у правовой доктрины есть возможности для диверсифицированного и эволюционного развития.

---

---

*Турагин В.Ю.*

## **ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЕЛЫ В СОВРЕМЕННОМ РЕГИОНАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ<sup>1</sup>**

Региональное законодательство является важнейшим элементом системы российского законодательства. Уже само появление феномена законодательных актов, действующих на территории только одного субъекта Российской Федерации, предопределило актуальность его исследования.

Рассмотрим некоторые терминологические пробелы современного регионального законодательства и возможные пути их преодоления. Для решения данной задачи обратим внимание на то, что слово «пробел» может использоваться в трех значениях: «1. Промежуток, незаполненное место между отдельными текстами, частями текста (например: главами, разделами и т.д.); 2. Пропуск, опущение части, детали при изложении или повествовании; 3. Недостаток, упущение, изъян»<sup>2</sup>. В контексте проводимого исследования будем исходить из двух последних значений.

К региональному законодательству в настоящее время предъявляется множество претензий: его активно критикуют ученые, во многом порицают практики. И они отнюдь не беспочвенны. Трудно говорить о том, что современное региональное законодательство является полноценной, непротиворечивой системой, обладающей всеми классическими признаками. Несмотря на то что с момента начала его формирования прошло уже практически три десятка лет,

---

<sup>1</sup> Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ и Белгородской области в рамках научного проекта № 18-411-310002 «Организационно-правовые механизмы систематизации юридической терминологии в условиях осуществления региональной законотворческой деятельности».

<sup>2</sup> Словарь русского языка: в 4 т. / РАН, Ин-т лингвистич. исследований; под ред. А.П. Евгеньевой. 4-е изд., стер. М.: Рус. яз.; Полиграфресурсы, 1999. URL: <https://kartaslov.ru>

к настоящему времени все еще остаются недостатки, связанные как с содержанием, так и с формой региональных законов.

Терминологические пробелы являются одним из ключевых сегментов, препятствующих формированию непротиворечивой системы регионального законодательства. Во многих современных законах субъектов Российской Федерации можно найти примеры неточного, а зачастую и ошибочного использования того или иного термина, отсутствия необходимой дефиниции.

Следует обратить внимание на две системные (концептуальные) проблемы регионального законодательства: латентность языковых конструкций и различную интерпретацию юридических терминов в однотипных законах субъектов Российской Федерации.

Наличие латентных (от лат. *latens, latentis* — скрытый, невидимый) языковых конструкций в современном региональном (как и в федеральном) законодательстве — это системное явление, обусловленное общими факторами его формирования, а также содержанием каждого конкретного закона. Латентность представляет собой завуалированную языковую форму выражения смысла правовых норм. Одним из основных проводников латентности в законодательном тексте выступает юридическая терминология.

Использование латентных языковых конструкций предопределяется в том числе и волеизъявлением разработчиков законопроектов, которые, преследуя различные цели, оставляют место для возможного поиска пользователями заложенной в языковой конструкции информации. При этом в данной ситуации возникают пробелы как в содержании правовых норм, так и в их восприятии потенциальными пользователями.

К примеру, латентными являются такие языковые конструкции, как «за исключением случаев, предусмотренных федеральным законодательством» (например, в ст. 3 Закона Владимирской области от 11 марта 2010 г. № 11-03 «О регулировании земельных отношений на территории Владимирской области»<sup>1</sup>), «иными полномочиями в соответствии с действующим законодательством» (например, в ст. 3 Закона Воронежской области от 30 июня 2010 г. № 67-03 «О содержании и защите домашних животных и мерах по обеспечению безопасности в Воронежской области»<sup>2</sup>) и т.п. Использование латентных языковых конструкций является своеобразной составляющей права дозволения, потому как все дозволенное (необходимое) в тексте закона описать практически невозможно. При этом действие

---

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> Там же.



принципа «все разрешено, что не запрещено законом» под углом использования латентных языковых конструкций, с нашей точки зрения, должно исходить из необходимости правильного понимания и применения правовых норм. Для этого следует твердо знать, какие «иные» случаи или полномочия предусмотрены законодательством, в каких нормативных правовых актах они закреплены и т.п., предусмотрены и закреплены ли они вообще.

В связи с этим можно сделать вывод о том, что пробелы, образованные при помощи латентных языковых конструкций, с одной стороны, во многих случаях объективны, но с другой — в отдельных случаях создают юридические и логико-лингвистические препятствия в работе с законодательным текстом.

Основной предпосылкой существования проблемы различной интерпретации юридических терминов в однотипных законах субъектов Российской Федерации является отсутствие определений данных терминов в федеральном законодательстве.

В Концепции развития российского законодательства в целях обеспечения единого правового пространства в России, подготовленной Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, отмечается, что «наличие пробелов в федеральном законодательстве и недостаточная оперативность принятия актов федерального законодательства подталкивают регионы к практике неоправданного "опережающего правотворчества". Роль федерального законодателя при этом заключается в том, чтобы до минимума сократить имеющиеся пробелы»<sup>1</sup>. Действительно, регионам невозможно жить в правовом вакууме, поэтому зачастую приходится самостоятельно закрывать бреши, которые обнаруживаются в федеральном законодательстве. Основной вопрос заключается в качестве регионального законотворчества. В этом контексте остановимся на некоторых примерах, связанных с противоречиями в интерпретации юридических терминов, используемых в однотипных региональных законах.

Непростая ситуация сложилась с термином «одаренные дети», который по-разному трактуется в различных региональных нормативных правовых актах. Так, например, в ст. 1 Закона Ярославской области от 8 октября 2009 г. № 50-з «О гарантиях прав ребенка в Ярославской области» устанавливается, что одаренные дети — это «дети, демонстрирующие признаки одаренности»<sup>2</sup>. В статье 1 Закона Краснодарского края от 2 июня 2006 г. № 1035-КЗ «О поддержке

<sup>1</sup> Журнал российского права. 2002. № 6. С. 21.

<sup>2</sup> СПС «КонсультантПлюс».



одаренных детей в Краснодарском крае» это «лица, не достигшие возраста 18 лет, обладающие выдающимися природными задатками и демонстрирующие признаки одаренности»<sup>1</sup>.

В одном субъекте России одаренность ребенка определяется исключительно признаками одаренности (которые также определяются), а в другом — еще и его выдающимися природными задатками. При этом очевидно, что любое различие в понимании значения исследуемого термина в региональных нормативных актах отрицательно влияет, прежде всего, на отбор таких детей. Ведь при неоднозначном толковании понятия, выраженного термином «одаренность», в различных субъектах Российской Федерации могут быть не замечены неординарные дети, которые действительно нуждаются в повышенном внимании. А это, в свою очередь, означает возможность неполучения ими соответствующего статуса, который обеспечивает серьезную государственную поддержку.

Отметим, что на федеральном уровне официальной дефиниции данного термина также нет. Он не определяется и в новом Федеральном законе от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (хотя и упоминается, например, в ст. 83, 84)<sup>2</sup>.

Неоднозначно понимание в различных региональных законодательных актах и такого ключевого юридического термина, активно используемого в современной общественной жизни, как «наказы избирателей». В статье 1 Закона Белгородской области от 14 февраля 2001 г. № 131 «О наказах избирателей» закреплено положение, в соответствии с которым «наказами избирателей являются одобренные предвыборными собраниями имеющие общественное значение поручения избирателей депутатам областной Думы и главе администрации области, направленные на улучшение деятельности органов государственной власти области по вопросам экономического и социального развития, удовлетворения материальных и духовных потребностей жителей области»<sup>3</sup>. В статье 1 Закона Приморского края от 5 марта 2004 г. № 102-КЗ «О наказах избирателей» исследуемый термин определяется как «предложения по поручениям избирателей, утвержденные Законодательным Собранием в соответствии с требованиями настоящего Закона». При этом приморским законодателем вводится и другой термин — «предложения по наказам избирателей», который, в свою очередь, трактуется как «одобренные собраниями, сходами, конференциями избирателей и имеющие

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. I). Ст. 7598.

<sup>3</sup> СПС «КонсультантПлюс».

общественное значение поручения, данные депутатам Законодательного Собрания Приморского края (далее — Законодательное Собрание), которые направлены на улучшение деятельности органов государственной власти Приморского края по вопросам экономического, социального и политического развития, удовлетворения материальных и духовных потребностей жителей края»<sup>1</sup>.

При определении соответствующего термина в различных нормативных источниках нет ни смыслового, ни терминологического единства. Между тем наказы избирателей депутатам (кандидатам в депутаты) представляют собой одну из важнейших форм выражения воли граждан, реализации их интересов.

Данного термина, как и его определения, нет ни в федеральных законах от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации»<sup>2</sup>, от 22 февраля 2014 г. № 20-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>3</sup>, ни в других федеральных законах. При этом заметим, что ранее термин «наказы» был задействован даже в Конституции СССР 1977 г. и Конституции РСФСР 1978 г. (соответственно ст. 102 «Избиратели и общественные организации дают наказы своим депутатам»<sup>4</sup> и ст. 98 «Избиратели дают наказы своим депутатам»<sup>5</sup>).

Отметим, что в 2018 г. депутатом С.М. Катасоновым был внесен в Государственную Думу РФ проект федерального закона № 402517-7 «О наказах избирателей в Российской Федерации», однако он пока не принят.

Противоречия, возникающие при интерпретации юридических терминов на региональном уровне (в условиях отсутствия соответствующих определений в федеральном законодательстве), имеют системный характер. В связи с этим, полагаем, что для их устранения необходимо:

— определить юридические термины, имеющие разночтения на региональном уровне, в федеральном законодательстве и привести соответствующие дефиниции к единому знаменателю;

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 171.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2014. № 8. Ст. 740.

<sup>4</sup> См.: Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г.) // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1977. № 41. Ст. 617.

<sup>5</sup> См.: Конституция (Основной Закон) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета РСФСР девятого созыва 12 апреля 1978 г.) // Ведомости ВС РФ. 1978. № 15. Ст. 407.

— осуществить систематизацию юридических терминов, используемых в современном региональном законодательстве.

Основные субъекты, которые должны быть задействованы в процессе систематизации, — это разработчики региональных законопроектов и эксперты. Они имеют сходные задачи и единую цель — подготовить (выпустить) качественный законопроект без терминологических ошибок и неточностей, минимизировав латентные языковые конструкции.

В рамках осуществления систематизации юридических терминов важно:

— осуществить анализ юридической терминологии на предмет соблюдения системы требований к ее использованию в современном региональном законодательстве;

— применить алгоритм формирования терминологического аппарата регионального законопроекта;

— использовать научно-практическую модель подготовки дефиниций юридических терминов в процессе осуществления региональной законотворческой деятельности (методологические основы подготовки дефиниций юридических терминов; способы системного анализа существующих и новых дефиниций юридических терминов; свод правил использования дефиниций юридических терминов в процессе осуществления региональной законотворческой деятельности);

— осуществить мониторинг юридической терминологии в условиях осуществления региональной законотворческой деятельности;

— выявить юридические термины, нуждающиеся в исключении из законодательного текста либо в доработке для включения в юридическую терминологическую систему;

— провести корректировку юридической терминологии в целях придания ей системных свойств.

Конечным результатом проведенной работы должна быть сбалансированная и гармоничная система юридических терминов в рамках каждого регионального законопроекта, минимизирующая терминологические пробелы.

---

---

---

Султанов А.Р.

## **ПРОБЕЛЫ И ЗАЩИТА ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА**

В классических учебниках значится, что правоотношения — это общественные отношения, урегулированные нормами права. Отсюда

следовало, что при отсутствии нормы права, регулирующей отношения, правоотношений не возникает. Такой подход был вполне логичен и соответствовал определению права как воли правящего класса, воплощенной в закон. В этой системе координат можно было любое умолчание законодателя той или иной ситуации толковать как волю законодателя не создавать норму и тем самым не допускать возникновения правоотношения, а не как упущение. Соответственно, о пробелах писать до определенного времени было не принято. Здесь надо отдать должное В.В. Лазареву, который посмел не только упомянуть о пробелах, но и сделать их предметом научного исследования<sup>1</sup>.

Существование пробелов, в свою очередь, ставит вопрос о возможности правоотношений, даже когда отношения не урегулированы нормой права. Это подтачивало позитивистское правопонимание, тем не менее в СССР правовая доктрина признавала только обретенные (октроированные) права гражданина.

Ситуация изменилась с принятием Съездом народных депутатов СССР 5 сентября 1991 г. Декларации прав и свобод человека, ставшей последним актом конституционного значения СССР. В Декларации в частности, было закреплено, что «каждый человек обладает естественными, неотъемлемыми, ненарушаемыми правами и свободами. Они закрепляются в законах, которые должны соответствовать Всеобщей декларации прав человека, международным пактам о правах человека, другим международным нормам и настоящей Декларации. Все государственные органы обязаны обеспечивать и охранять права и свободы человека как высшие социальные ценности... Положения Декларации имеют прямое действие и обязательны к исполнению всеми государственными органами, должностными лицами, общественными организациями, гражданами. Все права и свободы, закрепленные в Декларации, подлежат судебной защите».

Данный акт применялся для признания неконституционными нормативных актов одновременно с положениями Конституции (заключение Комитета конституционного надзора СССР от 11 октября 1991 г. № 26 (2-1) «О разрешительном порядке прописки граждан», постановление Конституционного Суда РФ от 23 июня 1992 г. № 8-П «О проверке конституционности правоприменитель-

---

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В. Вопросы происхождения пробелов в праве // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 1967. № 1; Его же. Буржуазный юрист о пробелах в праве // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 1967. № 3; Его же. Понятие пробелов в праве // Советское государство и право. 1967. № 4; Его же. Пробелы в советском праве и методы их установления: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1967; Его же. Применение советского права. Казань, 1972; Его же. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.

ной практики по делам о восстановлении на работе, сложившейся на основании части четвертой статьи 90 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде, части пятой статьи 211 КЗоТ Российской Федерации и пункта 27.1 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 26 апреля 1984 года № 3 "О применении судами законодательства, регулирующего заключение, изменение и прекращение трудового договора"»).

Многие положения Декларации вошли в текст Конституции РФ, которая содержит положения не только о признании и гарантии прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией и о том, что основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ст. 17 Конституции РФ), но и о том, что «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием» (ст. 18 Конституции РФ).

Соответственно, все это не могло не повлиять на представление о правоотношениях. Теперь в учебниках по теории права можно прочитать, что «правоотношение — это объективно возникающая в обществе в соответствии с законом или даже до закона особая форма социального взаимодействия, участники которого обладают взаимными, корреспондирующими правами и обязанностями и реализуют их в целях удовлетворения своих потребностей и интересов в особом порядке, не запрещенном государством или гарантированным и охраняемом им в лице определенных органов... коль скоро фактически общепризнанным является существование естественных прав человека, коренящихся в его природе, в требованиях разума, то существуют и правоотношения без соответствующих им норм позитивного права»<sup>1</sup>. Правоотношение возникает в виде «особой формы социального взаимодействия, участники которого обладают взаимными, корреспондирующими правами и обязанностями, реализуют их в целях удовлетворения своих потребностей и интересов в особом порядке, не запрещенном государством»<sup>2</sup>.

Таким образом, существование пробелов более не должно было препятствовать признанию возникновения правоотношений.

Признание прав и свобод человека непосредственно действующими и участие в международных правозащитных конвенциях и

<sup>1</sup> Общая теория права и государства / отв. ред. В.В. Лазарев. М., 2001. С. 16, 170.

<sup>2</sup> Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М., 2001. С. 635.

пактах породило ряд обязательств, в частности обеспечить возможность реализации прав и свобод человека, создав для этого соответствующие условия и процедуры. Кроме того, в ряде случаев на государство легла обязанность не вмешиваться в права и свободы. Более того, помимо этих обязательств на государство легла обязанность по созданию эффективных средств защиты в случае нарушения прав и свобод человека.

Таким образом, государство более не может ссылаться на отсутствие нормы, когда речь идет о реализации прав и свобод человека, на отсутствие процедуры для защиты прав и свобод человека.

Наличие пробелов, препятствующих реализации и защите прав и свобод человека, не только не будет оправданием нарушения и (или) отказом в защите прав и свобод человека, но может быть признано нарушением международных обязательств России по защите прав и свобод человека и Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ неоднократно указывал, что Россия как правовое государство обязана обеспечивать действенную защиту прав и свобод человека и гражданина посредством правосудия, гарантирующего их охрану от произвола властей и отвечающего требованиям справедливости, а также осуществляемого на основе законодательно закрепленных критериев, которые в нормативной форме (в виде общих правил) предопределяют, в каком суде и по какой процедуре подлежит рассмотрению конкретное дело, — это позволяет суду, участникам процесса, иным заинтересованным лицам избежать правовой неопределенности в данном вопросе. Конституционно важно, чтобы доступ к правосудию не был декларативным, но давал возможность высказаться перед судом и обеспечивал эффективное восстановление в правах (постановления от 24 апреля 2003 г. № 7-П, от 20 февраля 2006 г. № 1-П, от 21 января 2010 г. № 1-П, от 26 мая 2011 г. № 10-П, от 19 июля 2011 г. № 17-П, от 25 июня 2013 г. № 14-П, от 11 ноября 2014 г. № 28-П, от 20 октября 2015 г. № 27-П, от 2 марта 2017 г. № 4-П и др.).

Соответственно, вопрос о том, как преодолевать пробелы, очень остро стоит перед судами.

Законодатель, понимая, что суд в своей деятельности не может ссылаться на отсутствие нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, предоставил в ч. 4 ст. 1 ГПК РФ право судам не только на применение нормы, регулирующей сходные отношения (аналогия закона) для разрешения возникшей ситуации, но и при отсутствии такой нормы право действовать исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права).

Само принятие данной нормы было сопровождено большими спорами в научной среде, в частности о том, что признать возможность применения процессуального закона по аналогии означает признать возможность возникновения в гражданском процессе отношений, не предусмотренных нормами права, то есть фактических отношений<sup>1</sup>.

К тому же в российском праве традиционно гражданское процессуальное законодательство относится не к частному, а к публичному праву, в котором запрещено то, что не разрешено. Следует отметить, что не во всех странах гражданское судопроизводство отнесено к публичному праву, в частности, во Франции гражданский процессуальный кодекс является частью частного права<sup>2</sup>. Можно сказать, что, допустив возможность применения аналогии закона и права при отсутствии процессуальной нормы, законодатель осуществил сближение отрасли публичного права с частным правом, что, на наш взгляд, является следствием гуманизации российского права, происходящей в соответствии с аксиологическими установлениями ст. 2 Конституции РФ<sup>3</sup>.

В части 5 ст. 3 АПК РФ в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе судопроизводства в арбитражных судах, арбитражные суды применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права).

Таким образом, законодатель не только признал существование пробелов в процессуальном праве, но и создал механизм для их преодоления.

В то же время применение аналогии непростое дело и зачастую возникает вопрос, действительно ли имеет место пробел, который суд может преодолеть при помощи аналогии закона или права, либо имеет место «квалифицированное молчание», которое равнозначно запрету, который суд не может преодолеть.

Что порождает вопрос, можно ли оспаривать пробелы?

В Конституционном Суде РФ можно оспорить конституционность норм, а не пробелов. Однако имеют место случаи, когда Конститу-

---

<sup>1</sup> См.: Общая теория права. Т. 2. Ленинград, 1974. С. 319.

<sup>2</sup> См. подробнее: Довгерт А., Захватаев В. Предисловие к новому гражданскому процессуальному кодексу Франции. В кн.: Гражданский процессуальный кодекс Франции. Киев, 2004. С. 5.

<sup>3</sup> См.: Сычев А.И., Султанов А.Р. Решение пробелов в праве Верховным Судом Российской Федерации на примере постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 июня 2008 г. № 12 // Российское правосудие. 2009. № 1. С. 31–42.



ционный Суд РФ не может остаться в стороне и рассматривает вопрос о неконституционности пробелов, когда неясность формулировок, понятий, терминологий, а также пробельность закона приводят в процессе правоприменения к такому толкованию норм, которое нарушает или может нарушить конкретные конституционные права.

Пробельность закона может нарушать принцип правовой определенности, из которого вытекает необходимость определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы. Неопределенность нормы допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и неизбежно ведет к произволу, а соответственно и к нарушению принципов равенства и верховенства права.

В то же время Конституционный Суд РФ крайне осторожно относится к вопросам пробельности закона, и им выработаны критерии, согласно которым «неконституционными, в т.ч. содержащими пробел, признаются такие нормы права, которые не отвечают следующим общеправовым принципам: стабильности права и нормативно-правовой определенности, недопустимости злоупотребления правом, справедливости, гуманизма и соразмерности, ответственности за совершенное деяние его реальной общественной опасности, никто не может быть судьей в собственном деле, поддержания доверия граждан к закону и к правосудию, обеспечения исполнимости судебных решений, "non bis idem" (не дважды за одно и то же), audi alteram partem (выслушать обе стороны) и других»<sup>1</sup>.

Причем при рассмотрении вопроса о неконституционности пробелов Конституционный Суд РФ часто обращается к правовым позициям ЕСПЧ.

В нашей собственной практике оспаривания пробельных норм мы всегда ссылались и в тексте жалобы, и в выступлениях на подходы ЕСПЧ к аналогичным ситуациям.

Так, положения ст. 6 и 13 Конвенции и правовые позиции ЕСПЧ, касающиеся применения данной статьи, использовали в качестве дополнительных аргументов при оспаривании в Конституционном Суде РФ положений ст. 336 ГПК РФ<sup>2</sup>. Практика ее толкования не допускала кассационного обжалования судебного акта<sup>3</sup>, вынесен-

---

<sup>1</sup> Конституционный Суд РФ: национальный доклад XIV Конгрессу Конференции европейских конституционных судов «Проблемы законодательных пробелов в конституционной юриспруденции». Вильнюс, 2008.

<sup>2</sup> В результате рассмотрения нашей жалобы было вынесено постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. «По делу о проверке конституционности положения ст. 336 ГПК РФ в связи с жалобами граждан К.А. Инешина, Н.С. Никонова и ОАО "Нижнекамскнефтехим"».

<sup>3</sup> Напомним, что ранее это был суд второй инстанции. См.: Султанов А.Р. Гражданский процесс и корпоративные войны // Корпоративные споры. 2006. № 1. С. 100–109.



ного о правах и обязанностях лица, не привлеченного к рассмотрению дела, лицом, не привлеченным к рассмотрению дела<sup>1</sup>.

В качестве аргументов мы указывали на необходимость наличия эффективных средств защиты, на то, что конституционное право на обращение в межгосударственные органы (п. 3 ст. 46 Конституции РФ) может быть реализовано только после исчерпания всех внутригосударственных средств правовой защиты, а согласно прецедентной практике ЕСПЧ для исчерпания внутригосударственных правовых средств достаточно постановления суда второй инстанции. Надзорный же порядок обжалования не признавался ЕСПЧ необходимым для исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты<sup>2</sup>.

ЕСПЧ уже давно выработал принцип толкования ст. 6 Конвенции, согласно которому доступ в ту или иную судебную инстанцию должен быть не только формальным, но и реальным<sup>3</sup>. ЕСПЧ буквально через год после рассмотрения нашей жалобы в Конституционном Суде РФ в постановлении по делу «Дунаев против России» повторил, «что статья 6 Конвенции не вынуждает Договаривающиеся Государства устанавливать систему апелляционных или кассационных судов. Однако если такие суды существуют, то должны соблюдаться гарантии, закрепленные статьей 6 Конвенции, например о том, что сторонам процесса гарантируется право на доступ к суду (постановление Европейского Суда по делу "Бруалла Гомес де ла Торре против Испании" (Brualla Gomez de la Torre v. Spain) от 19 декабря 1997 г., Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII, p. 2956, § 37, и постановление Европейского Суда по делу "Козлица против Хорватии" (Kozlica v. Croatia) от 2 ноября 2006 г., жалоба № 29182/03, § 32). Право на доступ к суду по своей природе требует регулирования со стороны государства и может

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Султанов А.Р. Гражданский процесс и корпоративные войны // Корпоративные споры. 2006. № 1. С. 100–109; Его же. Борьба за право обжалования судебного решения. М., 2014.

<sup>2</sup> См. решение ЕСПЧ по делу «Денисов против России» от 6 мая 2004 г. Следует отметить, что такой подход не являлся избирательным и характерным только для споров с Россией. См., в частности, постановление ЕСПЧ от 8 марта 2007 г. по делу «Арма против Франции» [Arma v. France] (жалоба № 23241/04), в котором ЕСПЧ отклонил возражение французских властей о неисчерпании национальных средств защиты: «Решение, принятое апелляционным судом, соответствовало установившейся практике кассационного суда. Таким образом, вопреки доводам государства-ответчика кассационная жалоба не являлась эффективным средством правовой защиты, к которому должна была прибегнуть заявительница».

<sup>3</sup> См.: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская национальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 205.

быть ограничено. Тем не менее применяемые ограничения не должны уменьшать обеспеченный лицу доступ таким образом и в такой степени, которые нарушали бы саму суть этого права (см. среди других примеров постановление Европейского Суда по делу "Кройц против Польши" (Kreuz v. Poland), жалоба № 28249/95, ЕСЧР 2001-VI, § 52–57, и постановление Европейского Суда по делу "Лиакопулу против Греции" (Liakoroulou v. Greece) от 24 мая 2006 г., жалоба № 20627/04, § 19–25)<sup>1</sup>. В постановлении по делу Моннелл и Моррис против Соединенного Королевства от 2 марта 1987 г. ЕСПЧ отметил, что «требование справедливости применимо ко всему разбирательству и не ограничивается слушанием дела с участием сторон»<sup>2</sup>.

Таким образом, лишение возможности кассационного обжалования лица, не участвовавшего в рассмотрении дела, практически противоречит принципу субсидиарности защиты в межгосударственных органах (ч. 3 ст. 46 Конституции РФ), в частности в ЕСПЧ. Поскольку для того, чтобы соблюсти условия приемлемости, установленные в п. 1 ст. 35 Конвенции, лицо, чьи права и законные интересы нарушены судебным решением, должно обратиться в ЕСПЧ в течение шести месяцев со дня вынесения окончательного решения (определения кассационной инстанции), не дожидаясь вынесения судебного акта в порядке надзора.

То есть фактически лишение возможности подать кассационную жалобу нарушало право на судебную защиту, право на наличие эффективных средств защиты и принцип субсидиарности международной защиты, установленный в п. 3 ст. 46 Конституции РФ и п. 1 ст. 35 Конвенции.

Конституционный Суд РФ поддержал наш подход и в мотивировке использовал правовые позиции ЕСПЧ: «Разрешение судом вопроса о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, не позволяет считать судебное разбирательство справедливым, обеспечивающим каждому в случае спора о его гражданских правах и обязанностях закрепленное статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом. Лицо, не привлеченное к участию в деле, в отношении которого вынесено судебное решение, нарушающее его

<sup>1</sup> Постановление ЕСПЧ от 24 мая 2007 г. по делу «Дунаев (Dunayev) против Российской Федерации» (жалоба № 70142/01).

<sup>2</sup> Рабевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. М., 2005. С. 91.

права и свободы либо возлагающее на него дополнительные обременения, во всяком случае должно располагать эффективными средствами восстановления своих нарушенных прав, как того требует статья 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Из этого исходит в своей практике Европейский Суд по правам человека, который неоднократно указывал на то, что данная статья гарантирует доступность на национальном уровне средств правовой защиты для осуществления материальных прав и свобод, установленных Конвенцией, независимо от того, в какой форме они обеспечиваются в национальной правовой системе; средства правовой защиты должны быть "эффективными" в том смысле, что они должны предотвращать предполагаемое нарушение или его прекращать, равно как и предоставлять адекватную компенсацию за уже произошедшее нарушение (постановления от 26 октября 2000 года по делу "Кудла (Kudla) против Польши", от 30 ноября 2004 года по делу "Кляхин (Klyakhin) против Российской Федерации" и др.)»<sup>1</sup>.

В данном деле Конституционный Суд РФ счел уместным сослаться на постановления ЕСПЧ от 26 октября 2000 г. по делу «Кудла (Kudla) против Польши», от 30 ноября 2004 г. по делу «Кляхин (Klyakhin) против Российской Федерации», от 28 октября 1999 г. по делу «Брумареску (Brumarescu) против Румынии», от 24 июля 2003 г. по делу «Рябых против Российской Федерации», от 20 июля 2004 г. по делу «Никитин против России».

Оспаривая положения ст. 389 ГПК РФ, которая предусматривала ничем не ограниченное право председателя Верховного Суда РФ и его заместителя передать любое дело в Президиум Верховного Суда РФ, даже при отсутствии жалоб лиц участвующих в деле<sup>2</sup>, мы использовали толкования, сформулированные в постановлениях ЕСПЧ по делам «Праведная против России», «Юрий Романов против России», «Кутепов и Аникеенко против России», «Васильев против России», «Андросов против России»<sup>3</sup> и др.

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения статьи 336 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан К.А. Инешина, Н.С. Никонова и открытого акционерного общества "Нижнекамскнефтехим"».

<sup>2</sup> См.: Султанов А.Р. Правовая определенность в надзорном производстве ГПК РФ и практика Конституционного Суда РФ // Право и политика. 2007. № 5. С. 30–39.

<sup>3</sup> См.: Султанов А.Р. Правовая определенность и судебное нормотворчество // Законодательство и экономика. 2007. № 11; Его же. Правовая определенность и уважение судебного решения, вступившего в законную силу, по делам об оспаривании действий государственных органов // Законодательство и экономика. 2011. № 8.

Хотя, комментируя постановление Конституционного Суда РФ № 2-П от 5 февраля 2007 г., вынесенное по результатам рассмотрения жалобы ОАО «Нижнекамскнефтехим», Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин указал, что при вынесении данного постановления<sup>1</sup> Конституционный Суд РФ руководствовался прежде всего Конституцией РФ, а не решениями ЕСПЧ, тем не менее данное постановление явилось очень важным шагом в имплементации решений ЕСПЧ в правовую систему Российской Федерации.

В пункте 2.1 данного постановления Конституционный Суд РФ высказал следующие правовые позиции: «...Конвенция о защите прав человека и основных свобод, решения Европейского Суда по правам человека — в той части, в какой ими исходя из общепризнанных принципов и норм международного права дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, — являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права»<sup>2</sup>.

В качестве примера приведем и дело об оспаривании пробела при регулировании отвода арбитражным заседателям. Несмотря на равный правовой статус судьи и арбитражного заседателя в период осуществления правосудия, АПК РФ содержал различный перечень оснований для отвода судей и арбитражных заседателей<sup>3</sup>. Основания отвода судьи предусматривались ч. 1 ст. 21 АПК РФ. В соответствии с ч. 3 ст. 21 АПК РФ арбитражные заседатели подлежали отводу по основаниям, предусмотренными п. 1–4 ч. 1 ст. 21 АПК РФ<sup>4</sup>.

25 марта 2008 г. Конституционный Суд РФ огласил постановление, в котором признал ч. 3 ст. 21 АПК РФ не соответствующей Конституции РФ, ее ст. 46 (ч. 1), 55 (ч. 3) и 123 (ч. 3), в той мере, в какой, предусматривая возможность отвода арбитражного заседа-

<sup>1</sup> См. постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса РФ в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ "Нижнекамскнефтехим" и "Хакасэнерго", а также жалобами ряда граждан».

<sup>2</sup> Султанов А.Р. Борьба за правовую определенность или поиск справедливости. М., 2015. URL: <http://m-lawbooks.ru/index.php/product/a-r-sultanov-borba-zapravovuyu-opredelennost-ili-poisk-spravedlivosti/?fbclid=IwAR0uHLPXKEQ5kx7Fyp2r-zqCSvtMmcppg2bcP9l-3bSLUKRLayNKNQ6tkeY>.

<sup>3</sup> Султанов А.Р. Отвод арбитражных заседателей // Закон. 2008. № 3. С. 163–171.

<sup>4</sup> См. подробнее: Султанов А.Р. Жажда справедливости: борьба за суд. М.: Статут, 2014.

теля по основаниям отвода судьи, перечисленным в п. 1–4 ч. 1 ст. 21, она во взаимосвязи с абз. 2 ч. 4 ст. 19 и ч. 1 ст. 21 данного Кодекса не допускает отвода арбитражного заседателя по иным указанным в данной статье основаниям, а именно: если он лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе дела, либо имеются иные обстоятельства, которые могут вызвать сомнение в его беспристрастности; если он находится или ранее находился в служебной или иной зависимости от лица, участвующего в деле, или его представителя; если он делал публичные заявления или давал оценку по существу рассматриваемого дела<sup>1</sup>. Конституционный Суд РФ защитил право на отвод, который гарантирует лицам, участвующим в деле, возможность защищаться от пристрастного суда и добиваться суда беспристрастного.

Конституционный Суд РФ в мотивировке также сослался на правовые позиции ЕСПЧ, подчеркнув, что «в ряде решений Европейского Суда по правам человека, в том числе в постановлениях от 26 февраля 1993 г. "Падовани (Padovani) против Италии" (п. 25 и 27), от 28 февраля 1993 г. "Фэй (Feu) против Австрии" (п. 28 и 30) и от 10 июня 1996 г. "Пуллар (Pullar) против Соединенного Королевства" (п. 30), на основе толкования статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод сформулированы общие критерии беспристрастного суда:

во-первых, суд должен быть «субъективно беспристрастным», то есть ни один из его членов не может открыто проявлять пристрастие и личное предубеждение; при этом личная беспристрастность предполагается, пока не будет доказано иное. Данный критерий отражает личные убеждения судьи по конкретному делу;

во-вторых, суд должен быть «объективно беспристрастным», то есть необходимы достаточные гарантии, исключающие какие-либо сомнения по этому поводу. Данный критерий, в соответствии с которым решается вопрос, позволяют ли определенные факты, поддающиеся проверке, независимо от поведения судьи усомниться в его беспристрастности, учитывает внешние признаки: при принятии соответствующего решения мнение заинтересованных лиц принимается во внимание, но не играет решающей роли, — решающим является то, могут ли их опасения считаться объективно обоснованными. Всякий судья, в отношении беспристрастности

<sup>1</sup> См. постановление Конституционного Суда РФ от 25 марта 2008 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 21 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества "Товарищество застройщиков", открытого акционерного общества "Нижекамскнефтехим" и открытого акционерного общества "ТНК-ВР Холдинг"».

которого имеются легитимные основания для сомнения, должен выйти из состава суда, рассматривающего дело».

Можно и далее приводить примеры использования правовых позиций ЕСПЧ и положений Конвенции в практике Конституционного Суда РФ, но целесообразно отметить, что существуют акты Конституционного Суда РФ, в которых упоминание положений Европейской конвенции о защите основных свобод и прав человека содержится и в резолютивной части постановления, например в постановлении Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова». В данном постановлении было провозглашено, что «оспариваемое положение пункта 2 статьи 1070 ГК Российской Федерации должно рассматриваться и применяться в непротиворечивом нормативном единстве с требованиями Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Иное расходилось бы с его действительным конституционно-правовым смыслом, выявленным в настоящем Постановлении, и привело бы вопреки требованиям статьи 15 (часть 4) Конституции Российской Федерации и воле федерального законодателя, ратифицировавшего Конвенцию, к блокированию ее действия на территории Российской Федерации».

Конституционный Суд РФ в данном постановлении дал толкование оспариваемой нормы в системном единстве с положениями ст. 6 и 41 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, тем самым исключив неконституционное толкование и правоприменение, одновременно указав Федеральному Собранию на необходимость в законодательном порядке урегулировать основания и порядок возмещения государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) суда (судьи), а также определить подведомственность и подсудность данной категории дел.

При рассмотрении дела в Конституционном Суде РФ именно постоянный представитель Государственной Думы РФ в Конституционном Суде РФ В.В. Лазарев акцентировал внимание на том, что в соответствии со ст. 15 Конституции РФ правоприменитель имел право вынести судебное решение, ссылаясь на положения ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, поскольку положения международного закона имеют приоритет перед внутренним законом, и вообще не принимая во внимание положения ст. 1070 ГК РФ<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В. Законодатель как сторона в конституционном судопроизводстве. М., 2015. С. 456.

Полагаем такой подход правильным, тем более что «с точки зрения Конвенции российское... законодательство может выступать в качестве объекта исследования (на предмет его соответствия Конвенции), но не как регулятор»<sup>1</sup>. Соответственно оценка ЕСПЧ нормативных актов, как не соответствующих Конвенции, в том числе с точки зрения их пробельности, порождает обязанность правоприменителя применять нормы международного права, имеющие приоритет, а не нормы, не соответствующие Конвенции (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ч. 4 ст. 11 ГПК РФ, ст. 7 ГК РФ)<sup>2</sup>.

Когда стоит вопрос о защите прав и свобод человека, суд не имеет права ссылаться на пробелы, а должен искать, как их восполнить с тем, чтобы обеспечить их надлежащую защиту, предоставив надлежащую правовую процедуру<sup>3</sup>. Такое поведение является нарушением международно-правовых обязательств России по их защите. Так, в постановлении ЕСПЧ по делу от 7 марта 2017 г. по делу «Полякова и другие против Российской Федерации» установление нарушения положений ст. 6 Конвенции было мотивировано тем, что «уклоняясь от надлежащей оценки характера требования в порядке гражданского судопроизводства, предъявленного заявителем, с целью решения вопроса о том, было ли их присутствие необходимым, и фокусируясь вместо этого на пробелах законодательства страны, и (ii) уклоняясь от рассмотрения вопроса о подходящих процессуальных мерах, позволяющих заявителю быть заслушанным, внутригосударственные суды лишили заявителя возможности эффективно представлять свое дело и не исполнили свое обязательство обеспечивать соблюдение принципа справедливого разбирательства, провозглашенного в статье 6 Конвенции»<sup>4</sup>.

Таким образом, наличие пробелов не должно быть препятствием в защите прав и свобод человека, поскольку права и свободы человека в России являются непосредственно действующими. Пробелами нельзя оправдать нарушения прав и свобод человека. Пробелы могут быть преодолены посредством применения норм прямого

<sup>1</sup> Канашевский В.А. Международные нормы и гражданское законодательство России. М., 2004. С. 250.

<sup>2</sup> См.: Султанов А.Р. Правовые последствия постановлений Европейского Суда по правам человека // Журнал российского права. 2011. № 9. С. 64–72; Его же. О некоторых процессуальных последствиях постановлений ЕСПЧ // Российская юстиция. 2014. № 1. С. 24–28.

<sup>3</sup> См.: Султанов А.Р. Должная правовая процедура и правовые стандарты Европейского Суда по правам человека // Евразийская адвокатура. 2013. № 1 (2). С. 62–65.

<sup>4</sup> Постановление ЕСПЧ от 7 марта 2017 г. по делу «Полякова и другие против Российской Федерации» [Polyakova and Others v. Russia] (жалобы № 35090/09 и др.).



действия Конституции РФ и Европейской конвенции. Они также могут быть признаны неконституционными, а также, когда они стали основанием для ограничения прав и свобод, могут явиться причиной для установления ЕСПЧ нарушения положений Европейской конвенции.

---

---

*Примак Т.К.*

## **ДОГОВОР В ПОЗИТИВИСТСКОЙ ДОКТРИНЕ**

Проблематика и договора, и позитивизма является одной из наиболее острых: во-первых, существуют разные трактовки и варианты интерпретации позитивистских подходов к праву, современные версии «неопозитивистских», «постнеопозитивистских» концепций права; во-вторых, не было выработано единого представления о договоре, его роли и значении, не прекращаются дискуссии вокруг соотношений договора с другими правовыми категориями.

В классическом варианте юридический позитивизм рассматривает право как продукт государственной воли, оно содержится в нормативных актах, которые издает государство, устанавливая таким образом обязательный порядок отношений в обществе<sup>1</sup>. В соответствии с российским законодательством договоры относятся к многосторонним сделкам — юридическим фактам, представляют собой действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153, 154 ГК РФ). Среди других сделок договор выделяется только одним признаком: представляет собой соглашение двух или более лиц (п. 1. ст. 420).

В рамках позитивистской доктрины широкое распространение получило многозначное понимание договора (юридический факт, правоотношение, документ), но единого подхода выработать не удалось. Например, Р.О. Халфина выступала против договора — сделки, договора — согласия, включала в его определение согласование воли, взаимно согласованные гражданские права и обязан-

---

<sup>1</sup> См.: Теория государства и права: учебник для вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липень. М., 2010. С. 212–213.



ности<sup>1</sup>. О.А. Красавчиков отмечал: «Договор, напомним еще и еще раз, — соглашение сторон»<sup>2</sup>. О.С. Иоффе обращал внимание на то, что договор должен быть изучен и как юридический факт, и как правоотношение<sup>3</sup>. М.И. Брагинский писал: «Договоры в их качестве сделки, не отличаясь от других юридических фактов, не имеют содержания. Им обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение. При этом, как и в любом другом правоотношении, содержание договора составляют взаимные права и обязанности контрагентов»<sup>4</sup>.

В ряде научных статей звучит критика в отношении многозначной трактовки договора: не актуальна, не отражает суть договора, представляет собой правовую фикцию, ни одно из значений договора не может быть принято в качестве исходного, приводит к смешению таких категорий, как «сделка», «договор», «обязательство», «документ» и т.д. Поэтому предлагается для выявления истинной сущности договора определить его основное свойство, его предназначение<sup>5</sup>. К такому основному свойству относят регулятивную функцию договора. Так, по мнению М.Ф. Казанцева, договор является правовым регулятором, можно выделить гражданско-правовое договорное регулирование в качестве вида правового регулирования, которое определяется как правовое регулирование, осуществляемое субъектами гражданского права посредством заключаемых между ними гражданско-правовых договоров, и характеризуется как децентрализованное (автономное, частное) правовое регулирование. Заключая договоры, физические и юридические лица своей волей и в своем интересе сами творят право для себя. Такое право является частным правом<sup>6</sup>.

Но с позиций юридического позитивизма договор не может выполнять регулиющую роль, так как для этого направления характерны широкий охват и детальное регулирование общественных

---

<sup>1</sup> См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1952. С. 50.

<sup>2</sup> Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: сборник статей. М., 2001. С. 182.

<sup>3</sup> См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 26–27.

<sup>4</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2005. С. 146.

<sup>5</sup> См.: Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 31.

<sup>6</sup> См.: Казанцев М.Ф. Договор и закон — краеугольные камни Гражданского кодекса. В сб.: Гражданский кодекс Российской Федерации: 25 лет действия: материалы Всероссийской научно-практической конференции. М., 2019. С. 148–149.

отношений, главное значение имеет соблюдение субъектами требований норм, исходящих от государства. При таком подходе участники договорных отношений не влияют на формирование условий договора или их инициативы носят малозначительный характер, поэтому договор рассматривается как юридический факт и правоотношение. В частности, Б.И. Пугинский пишет: «...ни сделка, ни правоотношение никогда и ни в малейшей степени не выполняли праворегулирующую функцию»<sup>1</sup>. С ним солидарен Ю.А. Тарасенко: «...обычным эквивалентом понятия об элементах содержания договора служит понятие условия договора. Трактовать его в смысле условия правоотношения — явная нелепица. В действительности, говоря о содержании и условиях договора, имеют в виду содержание правил поведения, которые стороны установили сами для себя и которые составляют договоренность (согласие) в смысле результата действия-договора или соглашения в традиционном значении этого слова»<sup>2</sup>. Поэтому звучат призывы отказаться от позитивистской трактовки договора.

Однако традиционное представление о договоре ассоциируется с равенством, удовлетворением частных интересов, свободой — продуктами становления и развития буржуазного общества и рыночной экономики. Наглядным примером может служить дискуссия 1920-х гг., в ходе которой юристы, многие из которых получили образование в дореволюционной России, воспитанные на свободе договора, который реализует частные интересы<sup>3</sup>, пришли к выводу о несовместимости плана и договора. Так, Б.С. Мартынов отмечал, что там, где договор служит исполнению планового задания, применяются лишь технические приемы договорного оборота, но нет его души, нет частной автономии<sup>4</sup>. Аналогичны выводы В.Н. Шрелера — если льется вода регулирования, угасает огонь автономии, составляющий животворный источник всякого договора вообще<sup>5</sup>. ГК РСФСР 1922 г. распространялся на все гражданско-правовые отношения, но согласно примечанию к ст. 16 в гражданском обо-

<sup>1</sup> Пугинский Б.И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / под. ред. М.К. Треушникова. М.: ОАО ИД «Городец», 2005. С. 165.

<sup>2</sup> Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2008. С. 413.

<sup>3</sup> См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 39.

<sup>4</sup> Аскназий С.И., Мартынов Б.С. Гражданское право и регулируемое хозяйство. Л., 1927. С. 99.

<sup>5</sup> См.: Вопросы промышленного права. М., 1928. С. 62.

роте участие государственных учреждений и предприятий определялись особыми правилами. Поэтому во многом от ответа на вопрос, что представляет собой экономика России, и зависит эффективность использования договора как юридического факта, правоотношения, средства регулирования в той или иной сфере хозяйственной деятельности. Теория многозначности договора сохраняет свое значение, но при этом следует дифференцированно подходить к использованию определений договора, например, как юридический факт и правоотношение договор лучше использовать в отношениях с участием государства и потребителей (сферы императивного регулирования), как средство регулирования — в предпринимательской деятельности (сфера диспозитивного регулирования, свободы договора).

Таким образом, юридический позитивизм сохраняет свое значение. Более того, он усиливает влияние в периоды становления новых экономических отношений. Наглядный пример — долевое строительство, которое в начале 1990-х гг. регламентировалось гражданско-правовыми договорами, в 2004 г. был принят специальный закон и введена административная ответственность, в 2016 г. была введена уголовная ответственность, но случаи обмана дольщиков продолжались<sup>1</sup>. В настоящее время долевое строительство прекращает свое существование в результате внесения значительных законодательных изменений, то есть можно обозначить следующую схему — то, что отдается на откуп договорному регулированию, порождает злоупотребления, которые затем пытаются устранить путем принятия специального законодательства, административного и уголовного преследования.

Но в рамках юридического позитивизма вряд ли можно осознать, что договор является правовым регулятором. Прав М.Ф. Казанцев, подчеркивая, что трудно смириться (даже психологически) с тем, что договор может состязаться с законом в регуливающей роли и даже в чем-то его превосходить. Но если отвлечься от стереотипов и посмотреть на вещи как они есть, то сопоставление договора как правового регулятора с законом не выглядит так уж методологически крамольно. В самом деле наиболее важные для сторон параметры договорных отношений регулируются самими сторонами посредством заключаемого ими договора<sup>2</sup>. Поэтому нужно использовать

---

<sup>1</sup> См.: Подводя итоги работы судов за 2018 г. Председатель Верховного Суда Вячеслав Михайлович Лебедев отметил, что по-прежнему поступает «значительное количество» дел о долевом строительстве. URL: <https://pravo.ru/story/209019/>

<sup>2</sup> См.: Казанцев М.Ф. Указ. соч. С. 148.

новые подходы к праву, современный легистский подход вполне состыковывается с иными подходами к праву, и жизнь такому интегративному восприятию права дают конкретные судебные решения<sup>1</sup>.

В качестве перспектив отметим две тенденции.

Во-первых, в области регулирования, вероятно, настало время признать фактическую и юридическую дифференциацию договорных отношений. Выделить три сферы с разным правовым режимом: с участием государства (договоры жестко регламентированы правовыми нормами), предпринимателей (доминирует свобода договора), потребителей (обеспечивается защита слабой стороны, но допускается свобода усмотрения). Логично вывести из-под действия ГК РФ договоры с участием государства, а также договоры с участием потребителей. В первом варианте целесообразно по примеру Франции, Германии вводить конструкцию публично-правового или административного договора, четко обозначить, в каких случаях субъекты, наделенные властными полномочиями, выступают в гражданском обороте как предприниматели и подчиняются гражданско-правовому режиму, в каких нет.

В потребительской сфере потребители находятся в более невыгодных условиях, чем предприниматели (навязывание дополнительных услуг, наличие дискриминационных условий договора и т.д.), хотя наметилась и противоположная тенденция — потребительский терроризм. Здесь целесообразно вводить потребительские или стандартные договоры, которые подлежат обязательному предварительному утверждению или судами (по примеру ФРГ), или органами государственного управления (по примеру Франции) с целью выявления дискриминационных условий.

Договоры, заключаемые предпринимателями, невозможно детально регламентировать, иначе экономического развития не происходит. Поэтому надо допустить параллельное существование двух сфер регулирования — государственной и договорной, используя не только классические, но и неклассические подходы к праву (договорные принципы, экономический анализ права, мягкое право), что позволит исходить из предпосылки о множественности источников права, включать экономические приоритеты. Например, ни для кого не секрет, что договор в предпринимательской деятельности моделируется на основании анализа экономических, политических факторов, сопоставлении расходов и прибыли и только потом идет его

---

<sup>1</sup> См.: Сидоренко А.И., Ибрагимов Ю.Э. Интегративное понимание права // Журнал российского права. 2017. № 7 (247). С. 35.

юридическое оформление, выбор той или иной модели определяется не нормами ГК РФ, а налоговыми, антимонопольными, таможенными, валютными и другими ограничениями либо преимуществами, стоимостью трансакционных издержек.

Во-вторых, опыт других стран показывает, что с середины XX в. договоры стали активно использоваться не только в частной, но и в публичной сфере, с локального уровня они поднимаются до идеи, определяющей новый тип постиндустриального общества (социальный контракт — определенная степень гражданского согласия относительно проводимого политического курса, контрактное государство — равноправная сторона, предоставляющая услуги, контрактная экономика — симбиоз рыночных и нерыночных начал экономической организации). Эти тенденции стали проявляться и в Российской Федерации. Так, по справедливому замечанию В.В. Лазарева: «"Договор" по определению представляет собой и свободу, и компромисс, и взаимную выгоду, и многое из того, что заключает в себе понятие "справедливость", поэтому не следует ограничиваться в характеристике договора гражданско-правовыми ценностями. Здесь имеется прямой выход на конституционные нормы и принципы. А если это так, то первый шаг состоит в характеристике договора как социальной и политической ценности»<sup>1</sup>. В связи с этим роль и значение договора будут повышаться, так как он не имеет особой, самостоятельной правовой ценности, отличной от уровня развития экономических, политических, социальных отношений.

---

---

*Бурмистрова С.А.*

## **ПРАВОВЫЕ ИНТЕРЕСЫ КАК РЕШЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРОБЕЛОВ В ПРАВОВЫХ ВОЗМОЖНОСТЯХ**

Концепциям правопонимания, как правило, свойственны оригинальные подходы в понимании явлений правовой действительности. Так и правовые средства, обозначающие сферу возможного

---

<sup>1</sup> Договор как общеправовая ценность: монография / В.Р. Авхадеев, В.С. Асташова, Л.В. Андриченко и др.; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Статут, 2018. С. 22.

в праве, в правовом позитивизме и естественно-правовой концепции заметно отличаются. Правовой позитивизм, все еще широко представленный в отечественной правовой доктрине и законодательстве, исходит из того, что правовые средства, относящиеся к сфере правовых дозволений, многообразны, и стремится определить их пообъектно. Так возникла триада «права, свободы, законные интересы»<sup>1</sup>. Естественно-правовая концепция, привлекающая в свои ряды все большее число приверженцев, не испытывает потребности в различных правовых дозволениях, все их многообразие объединяя понятием субъективных прав с различной степенью правового регулирования<sup>2</sup>. При этом, однако, актуализируется задача исследования специфики реализации и защиты отличающихся по степени регулирования субъективных прав. Нередко в отечественной правовой доктрине советского и современного периодов встречаются попытки обосновать реализацию одних дозволений через другие (законных интересов посредством субъективных прав)<sup>3</sup>, а также самостоятельность законных интересов<sup>4</sup>. Иными словами, накоплен значительный объем научного знания по проблемам правовых возможностей, дозволений в праве, который пока не оформился в систему, в то время как условия для этого имеются.

В российской правовой науке последних десятилетий особую популярность стали приобретать интегративные концепции, стремящиеся объединить достижения интегрируемых взглядов и нивелировать односторонность обособленных теорий. Нами предпринята попытка интегрировать взгляды правового позитивизма и естественного права на проблему правовых возможностей (дозволений). Основу для интеграции составили следующие тезисы:

---

<sup>1</sup> Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М.: Наука, 1979; Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1990; Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические вопросы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1972.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В. Естественно-правовые основания ограничения прав человека и гражданина // Юридическая техника. 2018. № 12. С. 22–30; Лазарев В.В., Фурсов Д.А. Установление содержания права в судебных решениях // Журнал российского права. 2016. № 5. С. 5–19.

<sup>3</sup> См.: Груздев В.В. Гражданско-правовая защита имущественных интересов личности. М.: Юстицинформ, 2012.

<sup>4</sup> См.: Чечот Д.М. Проблемы защиты субъективных прав и интересов в порядке неисковых производств советского гражданского процесса: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1969; Субочев В.В. Теория законных интересов: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Тамбов, 2009.

- социальные интересы, реализуемые в правовой сфере и правовыми средствами, предложено именовать правовыми интересами;
- правовые интересы разнообразны по степени правового регулирования (следует выделять правовые интересы с нормативно закрепленными: наименованием, способами реализации и способами защиты; с наименованием и способами реализации; с наименованием и способами защиты; с наименованием; интересы, ни по содержанию, ни по способам реализации, ни по способам защиты не отраженные в законодательстве);
- степень типизации, правового регулирования и гарантированности правовых интересов определяет различия в механизмах их реализации.

Согласно изложенным тезисам многообразие правовых интересов считаем возможным свести к трем видам:

- реализуемые посредством субъективного права (субъективные права);
- реализуемые непосредственно либо посредством преобразования в субъективное право (промежуточные правовые интересы);
- реализуемые непосредственно (окончательные правовые интересы).

Раскроем отличия выделенных групп. Наиболее значимые, типичные, имеющие максимальное правовое регулирование правовые интересы, нормативно получившие оценку правомерности наименования (содержания), способов реализации и, возможно, защиты, имеют гарантированность на уровне традиционно понимаемого субъективного права — дозволения, в структуру которого законодательно помещен объект правовой возможности — социальное благо. Так что соблюдение установленных способов реализации субъективного права гарантированно ведет к получению желаемого результата (блага).

От субъективных прав следует отличать промежуточные правовые интересы — правовые дозволения с «открытой», незавершенной структурой, где элементный состав правоотношения имеет несколько вариантов, в том числе позитивный и негативный для заинтересованного лица. Благодаря незавершенности структуры промежуточный правовой интерес может реализовываться по модели минимально гарантированной правовой возможности (окончательного правового интереса), но может и претендовать на преобразование силой правоприменительного акта в субъективное право. Примером может служить возведение самовольной постройки. Общим правилом является то, что использование самовольной постройки не допускается (ч. 2 ст. 222 ГК РФ). Однако если такая постройка осуществлена на земельном участке, допускающем строительство,



то на нее может быть признано право собственности, а снос возможен только на основании решения суда. Получается, что осуществившее постройку лицо либо приобретатель земельного участка с расположенной на нем постройкой может либо весьма длительное время пользоваться ею для собственных нужд (окончательный правовой интерес) либо в установленном порядке приобрести на нее право, в данном случае — собственности, что свидетельствует в пользу промежуточного характера такого интереса. В приведенном примере правоприменительным актом социальное благо (собственность) помещается в структуру правового интереса, благодаря чему ранее трехкомпонентная структура (право на собственные действия заинтересованного лица по обретению социального блага; право требования к любому воздержаться от чинения препятствий таким действиям и право требования защиты в случае нарушения) обогащается четвертым элементом — правом пользования таким благом, вследствие чего возникает гарантированность, свойственная субъективному праву.

Наконец, третий вид образуют окончательные правовые интересы, не претендующие на преобразование в субъективное право, вся ценность которых состоит в возможности собственного поведения заинтересованного лица, направленного на обретение социального блага, без гарантированности его обретения. Предметом правовой охраны является беспрепятственность такого поведения до тех пор, пока оно является правомерным. Например, ч. 2 ст. 234 ГК РФ допускает не только фактическое владение вещь беститульным владельцем, но и его защиту против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества, а также не имеющих прав на владение им в силу иного предусмотренного законом или договором основания.

Таким образом, в предложенном варианте правовые возможности образуют систему с точки зрения характера гарантированности: начиная от минимальной (где гарантируется возможность правомерного поведения, фрагментарно или вовсе нормативно не урегулированного) через промежуточную (предусматривающую возможность реализации по любому из двух сценариев — минимальному или путем преобразования в максимальный) и заканчивая максимальной (где нормативно помещено в структуру и потому гарантируется правоупотребление социальным благом, являющимся объектом правоотношения).

Если представить эти логические рассуждения в виде схем, получаем, что субъективному праву соответствует полная и конкретная модель правоотношения; промежуточному правовому интересу —



конкретная, но допускающая несколько вариантов развития событий в зависимости от фактической ситуации (как в вышеприведенном примере, заинтересованное лицо либо сможет, либо не сможет доказать соответствие самовольной постройки всем предъявляемым требованиям, от чего будет зависеть образование его права); окончательному правовому интересу — полная, но неконкретная модель правоотношения (где по причине фрагментарного правового регулирования каждый из субъектов по-своему понимает допустимые способы реализации правового интереса, вследствие столкновения которых возникает спор).

Схематичное изложение вариантов правоотношений по реализации правовых интересов способно навести на мысль, что дифференциация правовых интересов впервые проявляет себя с началом реализации, однако это предположение неверно. Отличия в правовых возможностях обнаруживают себя уже в дореализационной фазе правоотношения. Так, субъективное право возникает в силу прямо указанного в нормативном, ином акте или договоре факта как события, так и действия. Спорность данного факта (точнее — того, имел ли он место в действительности) порождает спор о факте, разрешаемый в порядке особого производства в гражданском и арбитражном процессах. Промежуточный правовой интерес в дореализационной фазе правоотношения состоит в образовании юридического состава, заменяющего невосполнимый юридический факт, служащий основанием возникновения права. Например, невосполнимым является факт происхождения ребенка от определенного лица, вследствие чего такое лицо не может считаться родителем и осуществлять родительские права. Интерес такого лица может ограничиваться фактическим исполнением обязанностей родителя без претензии на приобретение родительских прав (по модели окончательного правового интереса), но может простираться дальше и быть нацеленным на правовую замену собой кровного родителя, чтобы наряду с фактическим выполнением обязанностей иметь в отношении ребенка права. В этом случае лицо доказывает факт содержания, воспитания, заботы о ребенке, вследствие чего решение суда завершает юридический состав, служащий заменой факту происхождения ребенка от лица и порождающий аналогичные правовые последствия — усыновление (удочерение), что также решается в порядке производства, предназначенного для разрешения споров, не связанных с анализом правоотношения (особого), но в данном случае уже имеет место бесспорное дело особого производства. И наконец, окончательные правовые интересы не оригинальны в возможности возникновения споров на дореализаци-

онном этапе правоотношения, но, в отличие от субъективного права, предметом спора может быть не только то, имел ли место факт в действительности (например, существовала ли самовольная постройка, которая оказалась разрушена или имело ли место поступление вещи в фактическое владение), но и правовой характер такого факта в силу все той же фрагментарности регулирования как данного вида интересов, так и оснований их возникновения. Например, предметом спора может являться факт превышения фактических показаний давления в общедомовых отопительных или водопроводных системах в сравнении с нормативными, повышения температурных показателей окружающей среды, уровня паводковых вод над среднегодовыми значениями, от чего зависит признание действий заинтересованных лиц разумными, осмотрительными, заботливыми и т.д.

Таким образом, нами продемонстрировано, что эффективному правовому регулированию отвечает наличие различных по степени типизации, правового регулирования, гарантирования и реализационным механизмам правовых интересов, объединяющих те, что реализуются посредством субъективных прав; путем любой из двух из возможных моделей (непосредственно либо путем преобразования волей правоприменителя в субъективное право); непосредственно. Предложенные виды правовых интересов образуют систему, что исключает образование пробелов среди правовых возможностей.

---

---

---

*Кубанцев С.П.*

## **СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ США**

Правовая система США берет свое начало в английском праве, поэтому и судебный прецедент был прямо унаследован американскими судами. По существу судебный прецедент предопределяет возможность придания судебному решению силы источника права.

Этимология словосочетания «судебный прецедент» восходит к латинскому "praecedens" («предшествующий») и представляет собой решение определенного суда по конкретному делу, в соответствии с которым могут устанавливаться, изменяться или прекращаться

правовые отношения в обществе. Однако в ряде случаев прецедент формируется не из одного решения, а по результатам рассмотрения сходных правовых вопросов, выраженных в нескольких решениях судов.

Применение судебного прецедента восходит к Древнему миру. Дело об убийстве в Ниппуре, как представляется, стало одним из первых, положенных в основу нормы права<sup>1</sup>. В Древнем Риме эдикты и решения преторов становились судебными прецедентами. Будучи поначалу образцом для дальнейшей деятельности лишь для лиц, которые их вынесли, в последующем они трансформировались по сути в самостоятельное подобие правовой системы — преторское право (*ius honorarium*).

Далее прецедентное право применяется в зависимости от традиций и обычаев той или иной местности, получая большее или меньшее преимущество перед нормой закона. Однако мощный толчок для развития данного вида нормотворчества получает в Англии XI в. при Вильгельме I Завоевателе, когда были образованы разъездные королевские суды. На основании решений данных судов начинают подготавливаться судебники, объединяющие и систематизирующие наиболее значимые решения судов.

Система права, основанная на судебном прецеденте и юридических трудах, получила название системы общего права. Однако правовая система не может быть основана только на решениях судов, какими бы состоятельными и независимыми они ни были. Власть в ту эпоху принадлежала лордам, поэтому именно вокруг лордов как носителей высшей власти начинает формироваться параллельная система права — права справедливости<sup>2</sup>. В сущности это статутное право, то есть основанное на писаных законах (статутах), но свою силу и свое название оно получило именно по причине несовершенства системы обжалования судебных решений. На тот момент решения судов обжаловать было невозможно, поэтому подданные, несогласные с решениями судов, обращались напрямую к королю. Однако нельзя недооценивать силу прецедента, поскольку именно он сыграл свою роль в формировании самобытной англосаксонской правовой семьи.

<sup>1</sup> См.: Белицкий М. Шумеры. Забытый мир. М.: Вече, 2000. С. 90–91. В данном случае речь идет о неприменении наказания к свидетелю убийства (жене убитого), которой убийцы признались в содеянном и которая не донесла на них властям.

<sup>2</sup> При отсутствии возможности обжаловать решение суда подданные, несогласные с решениями судов, обращались напрямую к королю за «милостью и справедливостью». Отсюда и название.

Постоянные «тяжбы» между общим правом и правом справедливости по вопросам первенства применения приводили то к возвышению прецедентов над статутами, то наоборот. Однако начиная с XIX в. после судебной реформы в Англии и Уэльсе общее право было объединено с правом справедливости, что ослабило значимость прецедента как источника права. С 1966 года и палата лордов перестает быть связанной своими предыдущими решениями. И хотя сама палата впоследствии негативно отзывалась об отмене принципа неукоснительного следования предыдущим решениям, а также относительно отказа Апелляционного суда следовать своему ранее вынесенному решению, тем не менее в настоящее время определено, что если норма закона противоречит прецеденту, то применяется норма закона. При этом законодательные нормы в значительной степени существуют в том виде, в котором они были сформулированы именно в судебных прецедентах<sup>1</sup>.

А какова же структура судебного прецедента, как он формируется и из чего состоит? Структуру прецедента определяет основа — *ratio decidendi*, а также сопутствующие обстоятельства — *obiter dictum*. При этом судья, вынесший решение, не определяет, что в решении *ratio decidendi*, а что в *obiter dictum*. Данные обстоятельства определяются в каждом конкретном случае другим судьей, когда устанавливается применимость решения в качестве прецедента для рассматриваемого дела. Судебным прецедентом выступает как *ratio decidendi*, в то время как *obiter dictum* является необязательным для применения<sup>2</sup>.

Таким образом, однажды созданный прецедент, в понимании *ratio decidendi*, может быть использован для рассмотрения других дел. В то же время решение суда, которое послужило основой для *ratio decidendi*, может стать основой и для другого *ratio decidendi* по обстоятельствам, которые в первом случае были не столь значимыми (*obiter dictum*). Совокупность уже используемых прецедентов и является системой общего права. В такой системе несложно предсказать исход конкретного дела в суде, если аналогичное дело уже рассматривалось судом. Однако и суд может установить, что *ratio decidendi* предыдущего прецедента не может быть применено в рассматриваемом случае, тогда дело будет рассмотрено впервые, а решение вполне может стать прецедентом для последующих дел.

<sup>1</sup> См.: Уголовное право Англии: учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры / Н.А. Голованова. М.: Юрайт, 2017. С. 6.

<sup>2</sup> См.: Оглезнев В.В. Проблемы интерпретации *ratio decidendi* в аналитической философии права // Философия права. 2011. № 5 (48). С. 7–11.

Например, по делу фонда Мартина Лютера Кинга против CBS<sup>1</sup> судом было установлено, что речь Мартина Лютера Кинга, произнесенная на ступенях мемориала Линкольну, защищается авторским правом, хотя и не была соответствующим образом занесена в реестр авторских прав. Суд пришел к такому выводу на основании уникальности и значения данной речи, а также из рассуждения о том, что сама речь была произнесена публично и открыта для неограниченного круга лиц. Как видим, в данном случае *ratio decidendi* выделяется не из того, что публично произнесенная речь становится объектом авторского права, а из способа доказывания авторского права на речь, который после рассмотрения данного дела судом может быть реализован не только посредством регистрации в патентном ведомстве, но и путем неоспоримого доказывания авторства в суде при условии определенной значимости самого выступления.

Однако и этих сведений недостаточно для понимания значимости прецедента в системе общего права. Сама идея прецедентного права может быть охарактеризована как концепция *stare decisis* («стоять на решенном»). В латинском языке данное выражение выглядело так: "*Stare decisis et non quieta movere*" («стоять на решенном и не нарушать спокойствие»). То есть суды должны уважать уже сформированные прецеденты. Здесь существует два аспекта данного принципа. С одной стороны, суды должны неукоснительно следовать прецедентам, созданным вышестоящими судами, а с другой — не отменять собственных прецедентов до появления особого на то повода. При этом суды вполне могут не следовать прецедентам равных и нижестоящих судов. Данный принцип, соответственно, не закреплен законодательно, в силу чего действует на территории США лишь в качестве устоявшегося правового обычая.

Применительно к США действие прецедента осложняется еще и тем, что на территории страны фактически действует 53 правовые системы: федеральная система, система права каждого из 50 штатов, система права свободно присоединившегося штата Пуэрто-Рико и округа Колумбии<sup>2</sup>. В каждой из приведенных систем действует самостоятельная структура судов, поэтому в целом судебной системе США присущ определенный дуализм, на одной стороне которого федеральные суды, а на другой — суды отдельных штатов. При этом суша конкретного штата контролируется правом того штата, на территории которого они осуществляют свою юрисдикцию, но только при опре-

<sup>1</sup> Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc. (194 F. 3d 1211 (11th Cir. (1999)).

<sup>2</sup> Столичный округ Колумбия также имеет свое законодательство, но оно принимается Конгрессом США.

деленных условиях (столкновение юрисдикций двух и более штатов, дела о подделке государственных ценных бумаг, морском разбое и нарушении других федеральных интересов) возможно рассмотрение дела федеральным судом, соответственно, по нормам федерального законодательства.

И если с предыдущим случаем можно хоть как-то уяснить алгоритм действий, все равно остается неурегулированным вопрос о соотношении решений судов разных штатов. Должен ли суд штата Арканзас следовать прецеденту, выработанному в штате Миссури? Ответ предельно ясен — нет. Так как система *stare decisis* работает в пределах одной правовой системы, соответственно, на территории одного штата. Однако в связи с наличием единой системы федеральных судов суды штатов выработали определенные условия, при которых они могут использовать прецеденты, выработанные на территории другого штата, как убедительные, которые вполне могут быть применены по конкретному делу, если суд убедится в их разумной обоснованности.

Согласно принципу *stare decisis* прецедентными могут быть лишь решения судов апелляционной инстанции, поскольку только они как решения вышестоящей инстанции способны окончательно показать существование нормы права и создать обязательный прецедент. Обоснованно самым значимым в этом ряду является Верховный Суд США, который, в отличие от всех других судов американской судебной системы, является прецедентным и для судов федерального уровня, и для судов всех штатов и территорий. Другое дело, что круг вопросов, рассматриваемых Верховным Судом США, весьма ограничен.

Здесь уместным представляется рассмотрение вопроса о том, насколько дуалистичная природа прецедента применима к федеральным судам, которые рассматривают решения судов штатов по второй инстанции. Изначально вопрос решался в пользу статутного права штата, на территории которого рассматривалось данное дело. И это объяснимо, так как решения нижестоящих судов, а тем более нижестоящих судов, осуществляющих свою деятельность в другой правовой системе, не могут служить основанием для формирования судебного прецедента и последующего применения его вышестоящим судом федерального уровня. Прецедентными для судов федерального уровня признавались решения вышестоящих судов федерального уровня, и прежде всего — Верховного Суда США.

Однако в 1938 г. Верховный Суд США принял знаковое решение, которое изменило устоявшееся понимание иерархии судеб-

ного прецедента<sup>1</sup>. С момента принятия решения по данному делу (формирования судебного прецедента) федеральные суды, пересматривая дела уровня штатов, должны применять не только статутное право уровня штата, но и общее право данного штата. Здесь речь идет о том, что при пересмотре судебного решения должно применяться все право штата, а не только его статутная часть. Конкретно прецедент, сформулированный Верховным Судом США, звучит так: «с полным доверием и уважением» (*full faith and credit*). По сути это отрывок из ст. 4 Конституции США, посвященной регулированию отношений между штатами, между штатами и федерацией, а также праву Конгресса США принимать новые штаты в состав США.

Существуют и отрасли права, где не просто снижается значение прецедента, но вовсе нивелируется его действие. В частности, обращаясь к уголовному законодательству, мы наблюдаем именно такую картину. На федеральном уровне и в ряде штатов существует прямой законодательный запрет на применение общего права. То есть в рассматриваемой отрасли права прецедент уже в гораздо меньшей степени, чем закон, является источником права, а то и вовсе им не является. Более того, вторая половина XX в. характеризуется тем, что вводится система неопределенных приговоров, при которых суды уже не могут самостоятельно определить и срок наказания в виде лишения свободы<sup>2</sup>. С учетом таких институтов, как банкротство, которое отнесено только к федеральной юрисдикции, получаем целые отрасли, по которым в части применения уголовной санкции уже не действует такой источник права, как судебный прецедент.

Таким образом, рассматривая прецедент как источник права в правоприменительной практике США, мы можем говорить о сложной структуре самого прецедента, его дуалистичности, как и о дуалистичности всей правовой системы США (федерация, право штата). Однако в сфере частного права, хотя и с большой оговоркой на статутное право, общее право сохраняет влияние и продолжает оставаться источником права. Иной подход сформировался в публичном праве, особенно в уголовно-правовом аспекте, где на федеральном уровне и в ряде штатов законодательно закреплен запрет на применение общего права при рассмотрении уголовных дел.

<sup>1</sup> *Erie Railroad Co. vs Tompkins*, 304 US 64 (1938).

<sup>2</sup> См. подробнее: Кубанцев С.П. Основные виды наказания в уголовном праве США // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 120–131.

*Артемов В.Ю.*

## **ДОКТРИНАЛЬНОЕ РАЗВИТИЕ ИСЛАМСКОГО ПРАВА: ОСНОВНЫЕ ИСТОЧНИКИ И ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ШКОЛЫ (МАЗХАБЫ)**

Из всех правовых семей, полагаем, именно в классическом исламском праве доктрина занимает наиболее заметное место. Изначально развитие исламского права происходило именно доктринально. Традиционное исламское право существовало в виде традиций различных доктринальных школ (мазхабов), а нормативный акт (канун) не являлся основным источником права.

Исламское право — религиозная правовая семья и наиболее показательно об этом свидетельствует тот факт, что главными его источниками являются Коран и сунна. Кроме того, они содержат отдельные юридические нормы, которые были санкционированы государством и стали составной частью системы права. В случае же пробельности Корана и сунны исламские юристы (факихи) создавали нормы, которые применялись на практике.

По справедливому утверждению Л.Р. Сюкияйнена, «государство непосредственно не участвовало в формулировании большинства его норм и выполняло правотворческую роль косвенно — путем санкционирования выводов мусульманско-правовых школ (толков)»<sup>1</sup>.

В современном мире классическое исламское право представлено в двух видах: в тех немногочисленных государствах Аравии, в которых оно не прерывало своего существования и которые не подвергались колонизации, — в некодифицированном виде; в тех же государствах, которые освободились от колониальной зависимости в XX в. и в которых оно стало возрождаться с 1970-х гг., — в виде законов и кодексов.

В суннизме доминирующим является учение о четырех основных источниках, к которым относятся Коран (Священное Писание ислама), сунна (свод преданий о жизни и деятельности пророка Мухаммеда), иджма́ (единодушное мнение (communis opinio doctorum, consensus doctorum) авторитетных лиц — муджтахидов) и кийас

---

<sup>1</sup> Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987. С. 9–10.



(аналогия)<sup>1</sup>. В качестве второстепенных выделяют и некоторые иные источники.

Характерной чертой шиитского права является неприятие аналогии (кийас) как источника права. Место аналогии в шиитском праве занимает акль («разум», умозаключение на основе здравого смысла)<sup>2</sup>.

У светских же исследователей существуют собственные подходы к классификации источников исламского права. Так, М.И. Садагдар разделяет все источники на следующие группы: главные источники, которые признаются всеми юридическими школами (Коран и сунна), иные источники, которые признаются не всеми школами (кийас, иджма, хадис, фетва, иджихад и др.), а также обычное право (урф и адат)<sup>3</sup>.

Р. Шарль выделяет следующие источники исламского права: Коран, сунна, тефсир (толкование Корана), иджма, кийас, урф и амал (обычай), канун (закон, нормативный акт)<sup>4</sup>.

Л.Р. Сюкияйнен полагает, что основным источником мусульманского права является доктрина<sup>5</sup>. Именно обоснованию этого тезиса посвящен раздел. По справедливому мнению Л.Р. Сюкияйнена, постепенно по мере развития мусульманской государственности и исламского права все отчетливее становилась недостаточность конкретных правовых норм, содержащихся в Коране и сунне. И исламские правоведы (факихи) приступили к ликвидации пробелов и созданию целостной правовой системы ислама<sup>6</sup>. Началось формирование основных школ исламского права. Юристы либо конкретизировали общие, не совсем понятные нормы Корана и сунны, либо создавали новые нормы с помощью толкования разнообразных рациональных методов.

Таким образом, «можно прийти к выводу, что наряду с Кораном, сунной и судебно-нормативными решениями сподвижников про-

---

<sup>1</sup> См., например: Торнау Н.Е. Изложение начал мусульманского законовещения. СПб., 1850. С. 11; Hossein M. Tabatabai. An Introduction to Shii law. London, 1984. P. 3; Ясин Камел. Источники мусульманского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999. С. 9–11.

<sup>2</sup> См.: Hossein M. Tabatabai. An Introduction to Shii Law. London, 1984. P. 3–4.

<sup>3</sup> См.: Садагдар М.И. Основные черты мусульманского права и его развитие в Иране по шиитскому направлению: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1963. С. 8–9.

<sup>4</sup> См.: Шарль Р. Мусульманское право. М., 1959. С. 17–26.

<sup>5</sup> См.: Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 65–68; Его же. Мусульманское право. Вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987. С. 9–10, 24–25, 29–30.

<sup>6</sup> Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 24.

рока (вынесенными индивидуально или на основе консенсуса) именно доктрина, вобрав в себя все так называемые «рациональные» источники, стала самостоятельным и ведущим источником (внешней формой) мусульманского права в юридическом смысле. Более того, в рамках доктрины была создана большая часть норм действующего мусульманского права»<sup>1</sup>.

Основными источниками исламского права в соответствии с суннитским учением об источниках являются Коран, сунна, иджма́, кийас.

Коран — священная книга мусульман и первоисточник как религии ислама, так и исламского права. В соответствии с исламской теологией Коран представляет собой откровение Всевышнего Аллаха, ниспосланное пророку Мухаммеду через ангела Джабраила (Гавриила).

Особенность Корана как источника права состоит в том, что коранические юридические нормы являются преимущественно нормами общего характера, оставляющими большие возможности для неоднозначного толкования. Конкретные нормы довольно немногочисленны. Считается, что в Коране содержится «около 100 прямо выраженных правовых норм, и более 150 являются ими косвенно»<sup>2</sup>.

Сунна — второй по значимости источник ислама и исламского права. Она включает описания поступков Мухаммеда, его высказывания и невысказанные одобрения. Сунна состоит из отдельных повествований — хадисов — и содержит «основные правовые нормы ислама»<sup>3</sup>.

Жизнь и деятельность Мухаммеда прошли в Аравии, где он в качестве главы мусульманской общины (уммы) во имя Аллаха решал все споры. Он также общался и с разными другими людьми, в первую очередь со своими сподвижниками (сахабами) и родственниками. По возникавшим вопросам Мухаммед высказывался или поступал тем или иным образом. После его смерти люди начали обращаться к родственникам Мухаммеда и его сподвижникам, стремясь узнать, не помнят ли они высказываний или поступков Мухаммеда по поводу того или иного случая и если да, то каких именно. Поступки, высказывания и молчаливые одобрения Мухаммеда стали нормой и примером для подражания. Так повествования (хадисы) о его поступках, изречениях и молчаливых одобрениях стали собираться, передаваться и с течением времени превратились в источник

---

<sup>1</sup> Там же. С. 25.

<sup>2</sup> Садагдар М.И. Указ. соч. С. 9.

<sup>3</sup> Там же.

права. Хранителями же и передатчиками хадисов выступали родственники, друзья, сподвижники и ученики пророка.

Иджма́ — это единогласное мнение или решение авторитетных правоведов и богословов (муджтахидов) по тем религиозным и правовым вопросам, которые не урегулированы в Коране и сунне<sup>1</sup>. Достижения консенсуса по какому-либо вопросу считается подтверждением того, что данное решение является правильным и обязательным для мусульман. Существование иджма как источника права обосновывается хадисом, согласно которому мусульманская община (умма) «не может дать свое всеобщее одобрение (иджма) какой-либо ошибочной теории. По существу, всеобщее согласие верующих являлось косвенным проявлением божественного откровения. Так появился третий источник мусульманского права, основанный на догме о непогрешимости мусульманской общины, когда она выносит единодушное решение»<sup>2</sup>.

Иджма признается в качестве источника права всеми школами (мазхабами), но существуют различные подходы к тому, чье мнение следует считать авторитетным и какие вопросы можно решать с помощью этого источника.

Аналогия также признается одним из четырех основных источников права в исламском праве у суннитов, мусульманских суннитских мазхабов, но ее отвергают представители ханбалитского мазхаба и шииты по причине ее сильной зависимости от субъективного человеческого суждения<sup>3</sup>.

В традиционном виде исламское право не было кодифицировано и существовало в виде доктринальных выводов и правового наследия различных мазхабов. Нормативный акт (канун) в классическую эпоху не принадлежал к числу основных источников исламского права, поэтому развитие исламского права осуществлялась в основном доктринально.

Формирование доктринальных школ началось уже через несколько десятилетий после появления ислама. Их возникновение было обусловлено признанием права на творческое создание, развитие и толкование новых норм (иджтихад)<sup>4</sup> за основными представителями раннего исламского права. В результате возникли разные богословские и юридические направления, каждое из которых имело собственные подходы к толкованию Корана и сунны и разработало соб-

<sup>1</sup> См.: Анвар Г.А. Право и религия (на примере Афганистана). М., 1994. С. 118.

<sup>2</sup> Шарль Р. Указ. соч. С. 22.

<sup>3</sup> См.: Ясин Камел. Указ. соч. С. 14.

<sup>4</sup> См.: Шарль Р. Указ. соч. С. 23.

ственную систему норм. К концу первого тысячелетия в суннизме возобладали теория о «закрытии врат иджитхада», что означало прекращение самостоятельной разработки новых норм, после чего наступило время следования авторитетам (таклид).

В суннизме сформировались четыре основных мазхаба, которые существуют и до настоящего времени. Они названы по именам своих основателей: *ханафитский* (Абу Ханифа), *маликитский* (Малик ибн Анас), *шафиитский* (аш-Шафии) и *ханбалитский* (Ахмед ибн Ханбаль).

Одной из черт ханафитского мазхаба является учет местных условий и традиций исламизированных народов. В качестве источника права Абу Ханифа и его последователи начали использовать обычное право (урф). Благодаря опоре на местные обычаи ханафитская школа получила широкое распространение. Ее также отличает от других суннитских мазхабов наибольший либерализм, терпимость к местным традициям и иноверцам, особенно к христианам и иудеям<sup>1</sup>.

В качестве вспомогательного рационального метода Абу Ханифой был предложен *истихсан* (предпочтительное решение), являющийся разновидностью самостоятельного суждения и означающий отказ от применения формально необходимого в данной ситуации решения при наличии какой-либо важной причины<sup>2</sup>. Согласно иному определению, истихсан это — возможность изменения некоторых норм, если они вступают в противоречие с интересами общественного блага<sup>3</sup>.

Ханифитский мазхаб был признан официальным мазхабом Османской империи, Золотой орды, Империи великих моголов. Ее последователями являются практически все тюркоязычные мусульманские страны и народы, а также Афганистан, Пакистан, мусульмане Балкан и Индии. Ханифиты преобладают среди мусульман России и СНГ<sup>4</sup>.

Основатель маликитского мазхаба Малик ибн Анас считается одним из наиболее известных собирателей и систематизаторов хадисов. Он предпринял наиболее раннюю попытку кодификации мусульманского права и составил сборник Муватта, состоящий из хадисов, а также высказываний и решений сподвижников Мухам-

<sup>1</sup> См.: Православная энциклопедия. Т. 1. М., 2000. С. 62.

<sup>2</sup> См.: Ясин Камел. Указ. соч. С. 15.

<sup>3</sup> См.: Массе А. Ислам. Очерк истории. М., 1982. С. 76.

<sup>4</sup> См.: Барковская Е.Ю. Мусульманское право и правовая культура. М., 2001. С. 8.

меда, сгруппированных по различным темам и отраслям права<sup>1</sup>. Малик придавал большое значение буквальному пониманию и истолкованию Корана и сунны. В случае пробела он использовал в качестве источника иджма́ мединских муджтахидов (единогласное мнение авторитетных ученых города Медина), а также такой источник права, как «деяния мединцев», то есть практику, устоявшуюся среди населения города Медина со времен Мухаммеда, если нет оснований поставить ее под сомнение<sup>2</sup>.

При вынесении самостоятельных суждений Малик разработал метод *истислаха* (независимое суждение ради пользы), заключающийся в возможности руководствоваться при принятии решения интересами всей общины (уммы) в тех случаях, когда невозможно найти решение на основе главных источников исламского права. Маликитский мазхаб распространился в мусульманских странах Африки, кроме Египта, восточной Африки и стран Африканского рога.

Шафиитский мазхаб оформился под влиянием ханафитского и маликитского мазхабов. Его основатель Аш-Шафии выдвинул учение о том, что в Коране и сунне содержатся все нормы исламского права в виде конкретных норм либо в виде способов их формулирования. При использовании иджма, согласно Аш-Шафии, можно ссылаться только на единодушные решения и мнения, ранее принятые муджтахидами Медины. Рациональные методы истихсана и истислаха были отвергнуты. В качестве вспомогательного источника в шафиитском мазхабе возможно использовать аналогию (кийас)<sup>3</sup>. Шафиитский мазхаб получил распространение на Ближнем Востоке (в Ливане, Египте, Иордании, Палестине, Сирии), а также в Юго-Восточной Азии (Индонезии, Малайзии) и мусульманских странах и регионах Восточной Африки и Африканского рога.

Ханбалитский мазхаб возник позже трех вышеперечисленных и в отличие от них первоначально являлся консервативным религиозно-политическим движением приверженцев традиции и лишь впоследствии превратился в правовую школу. Ханбаль стремился, как ему казалось правильным, очистить ислам от якобы возникших к тому времени нечестивых нововведений<sup>4</sup>. Его учение и правовые методы опираются практически исключительно на Коран и хадисы. По учению Ханбаля, источником права должно быть только Свя-

<sup>1</sup> См.: Массэ А. Указ. соч. С. 75.

<sup>2</sup> См.: Шарль Р. Указ. соч. С. 25.

<sup>3</sup> Массэ А. Указ. соч. С. 77.

<sup>4</sup> См.: Журавский А.В. Ислам. М., 2004. С. 71.

шенное Писание, а личное мнение может учитываться только в случае крайней необходимости<sup>1</sup>.

Ханбалитский мазхаб считается самой консервативной из четырех суннитских школ и отличается от них суровостью, непринятием новшеств. Одной из характерных его черт является жесткость при избрании мер наказания. Ханбалитский мазхаб никогда не получал значительного распространения и в настоящее время доминирует лишь в консервативной Саудовской Аравии<sup>2</sup>.

В истории суннизма существовали и другие мазхабы, например захиритский, аузаитский, джариритский, сауритский и некоторые иные, основанные такими учеными, как аль-Аузаи, ат-Табари, ас-Саури и др.<sup>3</sup>, но их авторитет и распространение никогда не были значительными и все они прекратили свое существование.

Формирование основных суннитских мазхабов завершилось к началу второго тысячелетия, и в это же время оформилась теория о «закрытии врат иджитхада», в соответствии с которой за правоведами более не признавалось право на самостоятельную разработку новых норм на основе иджитхада, и был достигнут консенсус о переходе к следованию авторитетам прежних времен (таклид). Новые школы в суннизме более не возникали, что также означало канонизацию доктринальных выводов основных мазхабов, сложившихся к тому времени. Сформулированный свод норм и предписаний исламского права стал канонизированным. «Закрытие врат иджитхада» для всех последующих мусульманских юристов означало необходимость следовать ранее выработанным выводам великих ученых прежних веков, особенно основателей мазхабов<sup>4</sup>.

*Шииты* в настоящее время имеют собственные мазхабы — джафаритский и зейдитский<sup>5</sup>. Основным отличием шиитских школ от суннитских в отношении возникновения и формирования является то, что основателями суннитских мазхабов были выдающиеся исламские богословы и правоведаы, а шиитских — шиитские имамы, потомки пророка Мухаммеда через имама Али — мужа дочери Мухаммеда Фатимы. Наибольшим влиянием в шиизме пользуется джафаритский мазхаб, основателем которой был шестой шиитский имам — Джафар

<sup>1</sup> См.: Массэ А. Указ. соч. С. 78.

<sup>2</sup> См.: Лихачев В.А. Уголовное право в освободившихся странах. М., 1988. С. 38.

<sup>3</sup> См.: Массэ А. Указ. соч. С. 78.

<sup>4</sup> См.: Ясин Камел. Указ. соч. С. 10; Давид Р., Жоффе-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 315; Шарль Р. Указ. соч. С. 24.

<sup>5</sup> См.: Лихачев В.А. Указ. соч.

ас-Садик<sup>1</sup>. Эта школа также известна как школа Двенадцати имамов или школа «двунадесятников» и доминирует в Иране<sup>2</sup>. Зейдитский же мазхаб, основанный Зейдом ибн Али, распространен среди мусульман-шиитов Йемена. Основными источниками в шиитском праве являются Коран, предание (сунна), иджма и акль (разум). Под акль понимаются суждения и умозаключения, основанные на разуме, здравом смысле. В качестве примера в литературе приводится такое суждение: из одного только разума или здравого смысла явствует, что справедливость — это благо, а несправедливость — зло<sup>3</sup>. Для шиитского права также характерно неприятие суннитского учения о «закрытии врат иджтихада» и аналогии как источника права.

---

---

---

*Биюшкина Н.И.*

**ПРОБЛЕМА ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ В ТРУДАХ  
ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ ИСТОРИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ ПРАВА  
(Г. ГУГО, Ф.К. САВИНЬИ, Ф.Ю. ШТОЛЬ, Г.Ф. ПУХТА,  
К.Ф. ЭЙХГОРН)**

Исследование проблемы пробелов в праве является одной из актуальных в современной правовой действительности. Нормы действующего законодательства не в состоянии учесть многообразия общественных отношений, которые требуют правового регулирования. Вместе с тем оперативность восполнения пробелов в праве представляет собой необходимую составляющую процесса реализации поставленных перед законодателем целей. В связи с этим рассмотрение проблемы пробелов в праве в трудах представителей исторической школы права является весьма актуальным.

Один из основателей исторической школы права профессор Геттингенского университета Г. Гуго подверг критике положения естественно-правовой доктрины. По его мнению, «...понимание права как набора вечных и неизменных требований естественного разума, соответствующих природе человека, является антиисторическим и оторванным от реальных потребностей общественного

---

<sup>1</sup> См.: Hossein M. Tabatabai. An Introduction to Shii Law. London, 1984. P. 2–3.

<sup>2</sup> См.: Лихачев В.А. Указ. соч. С. 40.

<sup>3</sup> См.: Hossein M. Tabatabai. An Introduction to Shii Law. London, 1984. P. 3–4.

развития»<sup>1</sup>. Кроме того, он отвергал тезис об обусловленности позитивного права волей законодателя. Право не является искусственной конструкцией, комплексом предписаний, которые создаются и навязываются обществу органами законодательной власти под страхом применения наказания. Включая в структуру права элементы юридической догматики, Г. Гуго представлял первое как «...как органический процесс развертывания во времени и пространстве народного сознания»<sup>2</sup>. В связи с этим развитие права было исторически обусловлено и имело объективный характер, следовательно, его нельзя произвольно отменить или искусственно заменить новыми законами. Исследователь сравнивал процесс возникновения права с образованием языка: «Ни право, ни язык не устанавливаются Богом, не учреждаются в результате договора, а возникают спонтанно»<sup>3</sup>. Автором подчеркивается мысль о соответствии содержания правовых норм уровню развития общественных отношений, тем потребностям, которые возникают и формируются на определенном этапе эволюции социального строя: «...Образование права происходит стихийно в процессе взаимодействия людей, которые, руководствуясь историческим опытом и традицией, стихийно создают нормы общения и добровольно принимают их в качестве правил поведения, поскольку они соответствуют условиям их жизни.....»<sup>4</sup>. Отсюда формируется представление Г. Гуго о производном характере происхождения правовых норм от социальных условий, сложившихся в определенные периоды развития общества, его ментальных особенностей. Объективная социальная обусловленность права, по мнению Г. Гуго, должна была привести к его определенному консерватизму, который способствовал бы конструктивному разрешению коллизий, восполнению пробелов и преодолению иных конфликтных ситуаций, связанных с регулированием общественных отношений: «По этой причине людям лучше всего не вмешиваться в процесс развития права, а в случае столкновения интересов — держаться исстари заведенных и освященных опытом столетий порядков»<sup>5</sup>. Таким образом, характеризуя возникновение позитивного права как результат развития обычного права, Г. Гуго отмечал, что акты, принимаемые органами законодательной власти, лишь дополняют последнее. Закон не является единственным и

---

<sup>1</sup> Гуго Г. Учебник по курсу цивилистики. М.: Соц.-гум. знания, 1989. С. 27.

<sup>2</sup> Там же. С. 35.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Там же. С. 69.



основным источником права, а возникающие пробелы в праве могут быть восполнены исторически сложившимися обычаями.

Ф.К. Савиньи продолжил развитие основополагающих идей исторической школы права о закономерном и естественном происхождении юридических институтов. Он был солидарен с позицией А.Ф.Ю. Тибо о необходимости формирования для Германии общего гражданского законодательства «...с сохранением, однако, для каждой страны ее законов, покровительствующих местным обычаям»<sup>1</sup>. Формирование общего гражданского уложения должно было способствовать, по мнению сторонников исторической школы права, национальному объединению права, устранению последствий политического кризиса в Германии 1848 г. Ф.К. Савиньи отмечал, что «...причиной массы отдельных прав и постановлений, часто противоречащих друг другу, явилось то, что значительная часть норм гражданского права была заимствована из римского права, источники которого в первоначальном виде неизвестны, кроме того, для отдельных его положений предлагались многочисленные и порой противоречивые толкования, что затрудняло разрешение практических ситуаций»<sup>2</sup>. В связи с этим «...истинная задача законодателя заключается в том, чтобы собирать, очищать и устанавливать существующее право»<sup>3</sup>. То есть обычное право имеет приоритет перед позитивным правом. Правовой обычай, органически связанный с общим убеждением народа, способен более эффективно регламентировать общественные отношения. Ф.К. Савиньи указывал, что «...всякое право возникает путем обычая, то есть вытекает из нравов и народных верований, а потом — из юриспруденции... и следовательно, всегда может быть восполнено последним»<sup>4</sup>.

В видении представителя исторической школы Ф.Ю. Штоля, структурными элементами права являются обычаи, которые формируются в народной среде. Кроме того, законы и договоры, заключаемые людьми между собой, далеко не всегда соблюдаются, обычаи же общеизвестны и привычны. Исследователь полагал, что право не является результатом деятельности государства, напротив — государственная власть опирается на правовое сознание. М.Н. Сенякин подчеркивал, что Ф.Ю. Штоль «...видел начало права вне государства, а в воле народа, тогда как сам народ рас-

---

<sup>1</sup> Тибо А.Ф.Ю. О необходимости общего гражданского законодательства для Германии. М., 1971. С. 31.

<sup>2</sup> Савиньи Ф.К. Обязательственное право. М.: Тип А.В. Кудрявцевой, 1876. С. 61.

<sup>3</sup> Там же. С. 96.

<sup>4</sup> Там же. С. 34.

сма­тривался им как фунда­мент государства»<sup>1</sup>. По его мнению, право развивается известным юристом само­бытно, законы не яв­лялись для него основополагающим источником права. Несмотря на то что Ф.Ю. Штоль настаивал на органическом развитии права, он был вынужден признать, что на развитие права в целом оказы­вает заметное влияние мышление ученых-юристов. Следова­тельно, Ф.Ю. Штоль являлся сторонником применения культурно-исто­рического подхода к анализу права как автономного, циклически развивающегося организма, имеющего уникальный дух. Вме­сте с тем, принимая во внимание исторические условия развития Гер­мании и других европейских стран, он не исключал возможности восполнения существующих пробелов в праве посред­ством не только правовых обычаев, но и, в частности, судебных пре­цедентов. Таким образом, из обобщения взглядов представи­телей исторической школы права следует, что источником права является дух народа, его ментальные начала, а не воля правителя и иных лиц, стоящих у власти. В этом смысле даже парламентарии, призванные отражать интересы как отдельных социальных групп, так и обще­ства в целом, должны основывать свои властные веления (установ­ления) на правовых обычаях, которые постепенно сложились в данном обществе и соблюдение которых носит органический не­на­си­ль­ствен­ный характер. Право в такой форме и благодаря тако­му источнику воспринимается народом как нечто свойственное ему, являющееся его неотъемлемой составляющей образа жизни, быта, культуры.

Теоретик исторической школы права Г.Ф. Пухта, развивая общие идеи Ф.К. Савиньи и в то же время находясь под сильным влиянием философии права Г.Ф.В. Гегеля, отмечал, что «...народный дух есть не что иное, как самостоятельная действенная сила, присущая народу, с ним родившаяся, всегда неизменная и ни в коем случае не вырабатывающаяся исторически... Народный дух непосредственно творит правовые нормы независимо от субъективных стремлений и активной деятельности отдельных лиц; свойства его пред­ре­ша­ют характер данной правовой системы»<sup>2</sup>. Он рассматривал обычай, вытекающий из народного сознания, как первоначальную форму права, выражающую дух народа. То есть законодатель не может создавать нормы права, он лишь содействует раскрытию различных

<sup>1</sup> Сенякин М.Н. Развитие частноправовых идей исторической школы права в уче­нии Г.Ф. Пухты // Российский юридический журнал. 2014. № 2. С. 8.

<sup>2</sup> Пухта Г.Ф. История римского права (курс институций) / пер. В. Лицкой. М., 1864. С. 58.

сторон народного духа. Впоследствии обычаи находят выражение в законодательстве благодаря общей воле народа. Посредством обычаев происходит осознание и укрепление права. Г.Ф. Пухта приводит следующий пример: «...в настоящее время существует юридическое воззрение: для передачи собственности, кроме договора между прежним собственником и новым, необходим еще акт передачи владения вещью; это воззрение выражается в постоянно повторяющемся соблюдении (обычае), по которому во всех случаях лицо, имевшее только один договор, не считается еще собственником. Такой обычай может только содействовать достоверности и непреложности юридического положения (права)»<sup>1</sup>.

Один из основоположников исторической школы права К.Ф. Эйхгорн, руководствуясь основными положениями исторической школы права, обуславливал действующее право Германии национально-историческими основами. История, по мнению исследователя, «...должна была создать базис для изучения и, что особенно важно, для оправдания этого действующего права»<sup>2</sup>. Он характеризовал позитивное право как производное от норм обычного права, а последние — как производные из глубин национального духа и самосознания. Так как возникновение права связано с естественным и эволюционным развитием народа, его сознанием, то существующая «...преemptивность правовых установлений является органической»<sup>3</sup>. Таким образом, как справедливо полагает исследователь, «...любые попытки его рационализации и улучшения, а тем более искусственного конструирования и введения системы права — бессмысленны, поскольку чуждые народному духу законы не привьются»<sup>4</sup>. Поэтому основное назначение юридических институтов в государстве заключается в сохранении и укреплении существующего общественного порядка, в последовательном упорядочивании норм обычного права и политических институтов.

Резюмируя вышесказанное, отметим, что взгляды Г. Гуго, Ф.К. Савиньи, Ф.Ю. Штоля, Г.Ф. Пухты, К.Ф. Эйхгорна как представителей исторической школы права оказали значительное влияние на развитие юридической мысли. Право рассматривалось ими как составной элемент общественного развития, производный от национального духа и самосознания народа. Таким образом, игно-

---

<sup>1</sup> Пухта Г.Ф. Указ. соч. С. 89.

<sup>2</sup> Эйхгорн К.Ф. История немецких государственных учреждений и немецкого права. М., 1978. С. 33.

<sup>3</sup> Там же. С. 37.

<sup>4</sup> Там же. С. 49.

рирование правовых обычаев деструктивно влияет на развитие права и восполнение пробелов в праве. В связи с этим именно правовой обычай, например обычай делового оборота, сложившийся в той или иной сфере регулирования общественных отношений, исключив одиозные законопроекты, зачастую выдвигаемые законодателями, в которых проигнорирован бесценный историко-правовой опыт, накопленный предыдущими поколениями в предшествующие периоды развития общества и государства, может послужить правовой основой, на которой возможно органическое восполнение пробелов в различных отраслях права.

---

---

*Белякова А.В.*

## **КОНКРЕТИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАК ОДИН ИЗ СПОСОБОВ УСТРАНЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ**

Изучению пробелов в праве при доктринальных исследованиях в России всегда уделялось большое внимание. Несмотря на систематическое изменение законодательства, а также конкретизацию отдельных правовых норм, актуальность их исследования сохраняется. Данный факт обусловлен в первую очередь динамично изменяющимися правоотношениями, внедрением информационных технологий в общественно-социальные сферы, созданием новых правовых институтов и отраслей права, разработкой кодифицированных источников без весомых на то причин. И другие обстоятельства, такие как изменение правовой формации, развитие межотраслевых институтов, глобальные изменения не только в правовых системах отдельных государств, но и мира в целом, приводят к формированию пробелов в праве.

При этом отсутствие или недостаточность правового регулирования какого-либо института обуславливает создание пробелов в праве и как следствие — неэффективность правового регулирования.

Представляется интересным подход В.В. Лазарева к определению содержания понятия «пробел в праве»: «пробелом в праве называется полное или частичное отсутствие нормативных установлений»,

«пробел в праве это дефекты системы права, когда отсутствуют отдельные нормы и целые их совокупности»<sup>1</sup>.

По мнению Е.В. Васьковского, пробелы в праве «имеются тогда, когда для какой-либо категории случаев или вовсе нет нормы, или совершенно непонятная, или существует несколько норм, находящихся между собой в противоречии, или установлена норма, не в полном объеме»<sup>2</sup>.

Современные ученые, развивая теоретические исследования, также отмечают взаимосвязь пробелов в праве с развитием общественных отношений. Г.А. Гаджиев указывает, что «пробельность в праве это объективное явление, когда законодательство отстает от развивающихся общественных отношений, что является неизбежным фактом»<sup>3</sup>.

В.В. Ершов обращает внимание на то, что «пробелы содержатся не в праве в целом, а только в законодательстве, точнее во внутригосударственных нормативных правовых актах» и «пробел в праве это отсутствие принципов и/или норм права в единой и многоуровневой системе форм внутригосударственного и международного права, реализуемого в России»<sup>4</sup>.

Ю.А. Леонова рассматривает пробел в правовом регулировании, содержание которого составляет «неполнота действующего права, равно как и полно или частичное отсутствие в системе правовых средств, обеспечивающих правовое воздействие на общественные отношения, что влечет невозможность реализации прав и достижения цели правового регулирования»<sup>5</sup>. Существует мнение, что «пробел в праве представляет собой полное или частичное отсутствие в источниках права норм, принципов, идей, необходимых для профессиональной юридической оценки фактов и связей, возникающих или способных возникнуть в такой сфере общественных отношений,

---

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юридическая литература, 1974. С. 36–37.

<sup>2</sup> Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Ч. 1. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 206; Его же. Руководство к толкованию и применению законов. М., 1913. С. 110.

<sup>3</sup> Гаджиев Г.А. Способы преодоления пробелов в конституционном праве: возможности суда. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: материалы Международной научной конференции (юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, г. Москва, 28–31 марта 2007 г.) / под ред. С.А. Авакьяна. М.: Изд-во Моск. ун-та, 2008. С. 36–37.

<sup>4</sup> Ершов В.В. Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4. С. 5–12.

<sup>5</sup> Леонова Ю.А. Пробелы в праве России и Германии (сравнительный анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 12–13.

которая входит или должна входить в сферу правового регулирования»<sup>1</sup>.

Пробел в праве может быть выражен не только полным отсутствием правовой нормы, но и оценочным характером таковой, так как оценочный характер нормы не только порождает правовую неопределенность, но и приводит к нарушению прав, свобод и законных интересов заинтересованных лиц. Также оценочные категории в праве впоследствии приводят к широкому судебному толкованию (судебному усмотрению).

Так, согласно п. 3 ч. 1 ст. 254 Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — КАС РФ) и п. 5 ч. 1 ст. 222.6 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) регламентируется право судов общей юрисдикции и арбитражных судов при рассмотрении вопроса о принятии заявления к производству возвратить административное исковое заявление (заявление) в случае, если «срок судопроизводства или срок исполнения судебного акта по делу с очевидностью свидетельствует об отсутствии нарушения права на судопроизводство в разумный срок».

В указанных нормах процессуального права регламентирована «оценочная норма», при этом отсутствует какое-либо указание на критерий, которым будет руководствоваться суд при разрешении вопроса о «сроке судопроизводства по делу». При этом термин «разумный срок» как в материальном, так и в процессуальном праве является оценочной категорией, так как в законодательстве отсутствует какой-либо временной эквивалент, определяющий разумный срок судопроизводства или разумный срок исполнения судебного акта. По данной категории дел на этапе принятия заявления к рассмотрению невозможно установить «разумность срока», для этого необходим полный анализ материалов дела. Это противоречит содержанию права на судебную защиту, гарантированного ст. 46 Конституции РФ, а также правовым нормам ст. 6.1 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее — ГПК РФ), ст. 6.1 АПК РФ, ст. 10 КАС РФ, где регламентировано, что «разумный срок судопроизводства» определяется в каждом конкретном случае индивидуально исходя из регламентированных критериев оценки<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8–9.

<sup>2</sup> См. подробнее: Белякова А.В. Судебная практика по отдельным категориям дел в контексте правового мониторинга (на примере института защиты права на судопроизводство в разумный срок) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 6. С. 127–141.

Традиционно для устранения пробелов в праве используют аналогию права или аналогию закона. На основании ч. 5 ст. 3 АПК РФ «в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе судопроизводства в арбитражных судах, арбитражные суды применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)», что является нововведением в арбитражном процессуальном праве<sup>1</sup>. Внедрение данной правовой нормы позволило на законодательном уровне легализовать способ устранения пробелов в арбитражном процессе посредством применения аналогии права. В гражданском процессуальном праве данная норма регламентирована в ст. 1 ГПК РФ. КАС РФ содержит подобную норму (ст. 2). Данный способ может быть применен и на практике.

В отдельных случаях, когда правовое регулирование тех или общественных отношений отсутствует полностью, целесообразно конкретизировать законодательство путем принятия отдельного нормативного правового акта или внедрением в действующий закон правовой нормы, регулирующей данный объем правоотношений. Ряд ученых поддерживают данный способ устранения неопределенности права путем конкретизации<sup>2</sup>.

Конкретизация законодательства в части совершенствования отдельных правовых институтов гражданского процессуального права имеет особое значение<sup>3</sup>. Под конкретизацией правовых норм обычно понимают осуществляемую государственными и иными уполномоченными органами деятельность по уменьшению объема понятий юридической нормы на основе расширения их содержания, результаты которой фиксируются в определенных правовых актах<sup>4</sup>, или перевод абстрактных юридических норм в более опре-

<sup>1</sup> Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 195-ФЗ «О внесении изменения в статью 3 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» в ст. 3 АПК внесена ч. 5, регламентирующая право на применение аналогии права.

<sup>2</sup> См.: Ершов В.В. Конкретизация права // Российское правосудие. 2014. № 7 (99). С. 10; Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности. М., 2015. С. 55–56; Его же. Конкретизация в праве: методологические основы исследования // Журнал российского права. 2014. № 7. С. 66; Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. Львов, 1988. С. 16; Краснова И.О. Конкретизация как способ совершенствования законодательства // Lex russica. 2016. № 6. С. 146–157.

<sup>3</sup> См.: Белякова А.В. «Судебное усмотрение» при реализации защиты права на судопроизводство в разумный срок в системе арбитражных судов Российской Федерации // Вестник арбитражной практики. 2019. № 6. С. 45–53.

<sup>4</sup> См.: Рабинович И.М., Шмелева Г.Г. Конкретизация правовых норм (общетеоретические проблемы) // Правоведение. 1985. № 6. С. 32.



деленные правила, развитие посредством уточнения, детализации, дополнения, индивидуализацию юридических норм применительно к конкретным субъектам правоотношения, их правам и обязанностям<sup>1</sup>.

По мнению ученых-теоретиков, «конкретизация представляет объективное свойство правового регулирования, заключающееся в переходе от неопределенности юридического предписания к его определенности, а также от неопределенности нормы права в связи с появлением юридического факта к его качеству определенного правового (индивидуального) регулятора»<sup>2</sup>.

Конкретизация как элемент правового регулирования в значительной степени связана с развитием техники правотворчества, а также с толкованием правовых норм<sup>3</sup>. Нельзя не отметить значение конкретизации законодательства в правоприменительной практике, а именно судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

Важность конкретизации правовых норм в процессе судебного правоприменения отмечали и советские ученые<sup>4</sup>, а именно необходимость:

- 1) рассматривать процесс конкретизации правовых норм судами в качестве специфического вида конкретизации;
- 2) обосновать в судебной практике место процесса «индивидуализации» правовых норм<sup>5</sup>.

В.В. Ершов, например, отмечает, что «конкретизация оценочных положений, понятий, терминов является наиболее распространенным видом индивидуального судебного регулирования, поскольку в законодательстве широко используются оценочные категории»<sup>6</sup>.

Таким образом, конкретизация законодательства это не что иное, как правотворческий процесс, осуществляемый органами законодательной власти или иными уполномоченными субъектами, по устранению пробелов в правовом регулировании тех или иных пра-

---

<sup>1</sup> См.: Залоило М.В. Понятие и формы конкретизации юридических норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 8.

<sup>2</sup> Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 43–57.

<sup>3</sup> См.: Залоило М.В. Конкретизация и толкование юридических норм: проблемы соотношения и взаимодействия // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 105–112.

<sup>4</sup> См.: Кац А.К. Конкретизирующая деятельность суда и семейные правоотношения с частично неурегулированным содержанием // Правоведение. 1964. № 2; Безина А.К., Лазарев В.В. Конкретизация права в судебной практике // Советская юстиция. 1968. № 2.

<sup>5</sup> См. подробнее: Ершов В.В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). М., 1991.

<sup>6</sup> Там же. С. 32–41.



воотношений. Осуществляемый посредством принятия федеральных законов о внесении изменений в действующий нормативный правовой акт или нового закона с целью урегулирования тех или иных общественных отношений.

Пробелы встречаются не только в материальном праве, но и в процессуальном. Например, в российском процессуальном законодательстве до 2010 г. отсутствовал процессуальный порядок защиты права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок. Принятие федеральных законов от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее — Закон о компенсации) и № 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее — Федеральный закон № 69-ФЗ) позволило создать внутригосударственное средство правовой защиты права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок. Вступление в законную силу данных нормативных правовых актов позволило устранить пробел в защите права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок на территории Российской Федерации. Заинтересованные лица могут обращаться в национальные суды за компенсацией нарушенного права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, а также определен механизм ускорения судебного процесса (процессуальный порядок обращения к председателю суда с заявлением об ускорении процесса). По сути это устранило пробел в механизме внутригосударственной защиты данных прав, но при этом породило ряд существенных пробелов при рассмотрении вопросов о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок в национальных судах. Особо следует отметить, что проблему длительного судопроизводства и затяжного исполнения судебного акта это не решило. Тенденция затягивания судопроизводства и исполнения судебных актов сохраняется.

Проблемой развития правового института защиты права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок в Российской Федерации заключается в ряде оценочных норм, установленных в процессуальном законодательстве и в правовых пробелах. В частности, отсутствует правовая ре-

гламентация отдельных критериев оценки. Это предмет спора и его значение для заявителя, возраст и состояние здоровья заявителя, правовые последствия длительности судопроизводства и неисполнения судебного акта, что существенно влияет на правовой механизм защиты нарушенного права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок, несмотря на то, что в вышеуказанные нормативные акты вносились изменения и уточнения, а положения, влияющие на развитие данного правового института в Российской Федерации, не регламентированы в процессуальном законодательстве по настоящее время.

Детальный анализ Закона о компенсации, ст. 6.1 ГПК РФ, гл. 27. 1 АПК РФ и гл. 26 КАС РФ позволяет установить отсутствие ряда правовых норм, которые приводят к оценочному характеру данных правоотношений и широкому судебному усмотрению, а как следствие — к отсутствию единообразия судебной практики. Например, правовому регулированию данного правового института свойственно следующее:

- имеет место ряд противоречий между нормативными правовыми актами равной юридической силы;
- законодательство, регламентирующее порядок защиты права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок, отягощено оценочными категориями;
- отсутствуют легально закрепленные базовые понятия «разумный срок судопроизводства» и «разумный срок исполнение судебного акта»;
- в судебной практике за период реализации положений Федерального закона № 68-ФЗ не достигнуто единообразие по вопросу правоприменения;
- отсутствует унификация однородных правовых норм;
- значимые критерии оценки разумности срока судопроизводства и срока исполнения судебного акта не регламентированы в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ, что в целом приводит к нарушению реализации права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок в России.

Кроме того размер присуждаемой компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок не соответствует периоду правовой неопределенности, в котором пребывало заинтересованное лицо. Также не совсем верным является объединение в единую правовую конструкцию защиту права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок, так как пра-

*Белякова А.В.*

вовые последствия для длительного судопроизводства и длительно-го исполнения судебного акта различны.

С момента введения в действие Закона о компенсации в российское процессуальное право и до настоящего времени не сформировалась единообразная правоприменительная практика по данному вопросу, а также отсутствуют единые доктринальные подходы к терминологии и содержанию данного института.

Институт защиты права на судопроизводство в разумный срок является новым для российского законодательства, его основу составляют правовые позиции Европейского Суда по правам человека<sup>1</sup>, аналогия права и аналогия закона к нему не могут быть применимы. В приведенном примере устранение противоречий и пробелов в процессуальном праве возможно только путем конкретизации законодательства.

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Белякова А.В. Проблемы защиты права на судопроизводство в разумный срок в гражданском и арбитражном процессах в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018.

**Раздел 2**

**СУД В УСТАНОВЛЕНИИ,  
ПРЕОДОЛЕНИИ  
И УСТРАНЕНИИ  
ПРОБЕЛОВ ЗАКОНА**



## **ПРОБЛЕМЫ ВЫЯВЛЕНИЯ СМЫСЛА НОРМ ПРАВА В СУДЕБНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Прежде всего следует оценить масштабы проблем, связанных с уяснением смысла и содержания правовых норм. Они являются вселенскими, поскольку нет дел, в рамках которых правовые нормы не нуждались бы в толковании, расшифровке, дополнительном понимании. Перманентные проблемы вызваны тем, что суды не занимаются беспредметным обсуждением либо абстрактным анализом правовых норм. Если абстракции присутствуют, то они выполняют лишь служебную роль.

Все рассуждения, связанные с пониманием норм права, неизбежно преломляются через заявленные обстоятельства. Поскольку реальная жизнь всегда отличается от сконструированных законодателем типовых моделей поведения, постольку степень преломления закрепленных в законе норм права в судебной практике мало предсказуема. Во всяком случае, следует обратить внимание на то, что единство судьейского статуса не предполагает автоматически единства интеллектуального, нравственного, эмоционального, правового восприятия мира. Следовательно, познающий субъект, в роли которого выступает суд (в единоличном или коллегиальном составе), по-разному воспринимает и понимает одни и те же фактические обстоятельства с точки зрения их правового значения.

Когда мы говорим о судебной деятельности, роль познающего субъекта (суда) выходит на первый план. Помимо отмеченных интеллектуальных, эмоциональных и прочих особенностей следует поставить вопрос о том, что является в структуре судьейской личности главным, определяющим в достижении стоящих перед судом конечных целей, связанных с защитой и восстановлением нарушенного права.

В ранее изданных по этому поводу работах неоднократно обращалось внимание на то, что самым существенным элементом, которому не придается никакого внимания при формировании судебного корпуса, следует признать уровень индивидуального сознания, определяющий глубину правосознания. Чем выше уровень индивидуального сознания, тем глубже понимание права.

В настоящее время наряду с различными правовыми доктринами, связанными с пониманием права (позитивистская, естественно-правовая, психологическая и пр.), заметное место занимает интегративное понимание права. В рамках заявленной темы чрезвычайно важно понять то влияние, которое названная правовая доктрина оказывает или должна оказывать на формирование судебной практики. Было бы слишком наивно полагать, что интегративная теория права представляет собой калейдоскоп различных элементов, выхваченных из разных доктринальных представлений о праве. Если речь идет о формировании сложного явления, то ему всегда присуща системная природа, в которой имеются закономерные связи между элементами и определяющие звенья. Мы исходим из приоритета теории естественного права, прежде всего потому, что эта теория в максимальной степени, а не в минимальном виде объясняет права человека, закрепленные в Конституции РФ и Европейской конвенции 1950 г.

Именно теория естественного права позволяет провозгласить верховенство права над верховенством закона. Принципиальные различия между естественными правами человека и требованиями закона необходимо понимать, но далеко не всегда их требуется противопоставлять.

Верховенство закона долгое время определяло отечественное правосознание. В рамках позитивного (статутного) права закон понимался как форма выражения права, а право признавалось содержанием закона, поэтому закон и право по существу отождествлялись.

Автору настоящей статьи в Казанском государственном университете был выдан диплом, содержащий указание на такую специальность, как правоведение. Если говорить об этом всерьез, то за пять лет университетского обучения данной специальности не было уделено ни одного часа образовательной деятельности. Все пять лет студентов в действительности обучали законоведению. Отсюда можно представить масштабы заблуждений по поводу отождествления правоведения с законоведением.

Естественно-правовое понимание гласит о том, что у каждого человека по факту рождения имеется такой минимально определен-

ный набор прав, закрепленный в международной конвенции, который у него никто не в праве отобрать. Ни один законодатель не вправе ограничить эти права либо иным образом ущемить их под страхом ничтожности законодательного акта.

Как соотносятся между собой нормативные правовые акты, включая федеральные законы, и права человека, имеющие концептуальное закрепление в самом общем виде? Безусловно по-разному. В некоторых случаях нормативные правовые акты служат успешной детализации прав человека. Значимую роль играют в регулировании общественных отношений, а следом за ними и в формировании судебной практики поименованные и непоименованные договоры, в которых содержатся правовые модели поведения каждой из сторон, не закрепленные в соглашениях между ними. Следует обратить внимание на то, что законодатель преследует специальную цель достижения справедливых правоотношений, не допуская, в частности, кабальных сделок. Именно по этой причине нормативные правовые акты, как правило, не вступают в антагонистическое противоречие с правами человека, имеющими естественную природу.

Однако сложностей в соотношении естественно-правовых предствлений и нормативно-правовых предписаний возникает немало. Они могут быть связаны с недостатком правовой регламентации, с ее избытком, а также с отставанием законодателя от стремительно меняющихся отношений в обществе, отставанием законодателя от судебной практики, в рамках которой рассматриваются наиболее важные правовые конфликты.

Особую группу представляют собой трудности в понимании различий познавательной судебной деятельности, которая исходит либо из позитивного понимания права, либо из его естественного понимания. Эти различия помогают понять несовпадения в моделях судебного разбирательства при том или ином правопонимании.

Недостаток нормативной правовой регламентации является обычным спутником правового регулирования. Причин тому много. К их числу можно отнести несоразмерность между масштабами общественных отношений, требующих регламентации, и возможностями законодателя. Эти масштабы усугубляются темпами развития реальных общественных отношений, за которыми не способен поспевать ни один законодатель в мире.

Кроме масштабности задач и интенсивности развития реальных отношений, возникающих в обществе, обращает на себя внимание и такая особенность, как отсутствие у законодателя достаточных представлений о наиболее острых, конфликтных правоотношениях, которым в большей мере требуется детализация.



Все конфликты наблюдаются и рассматриваются в судах, а не в стенах Федерального Собрания РФ. Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации была предпринята попытка организации аналитической работы в целях имплементации наиболее важных судебных решений в законодательные акты.

Однако подобная инициатива была заведомо обречена на неудачу, поскольку законодатель не успевает не только за темпами развития общества, но и за возведением судебных решений в ранг законодательных актов даже по самым принципиальным поводам. Законодатель не успевает за Конституционным Судом РФ, Европейским Судом по правам человека и тем более за Верховным Судом РФ, даже в том случае, если ему будет преподнесен документ вместе с сопутствующей ему аналитикой.

Следовательно, отсутствие достаточной нормативной правовой регламентации спорных правоотношений является неперенным спутником судебной деятельности. Суд не может отказать в правосудии или приостановить производство по делу по мотиву отсутствия того или иного закона. Суд будет своими средствами конкретизировать общие установки, имеющиеся в законе, сообразно заявленным по делу обстоятельствам. Подобную деятельность в юридической науке называют по-разному — и толкованием, и судебным нормотворчеством, и выявлением смысла, и преодолением пробелов. Дело не в названии, а в том, что к возникающим проблемам формирования единственно верной судебной практики при таких условиях следует относиться с пониманием сложности возникающих задач. Было бы наивно полагать, что 20 тысяч судей дадут одинаковый ответ на один и тот же постановочный вопрос.

При возникновении разброса мнений по одному и тому же поводу явно недостаточно опираться только на должностной статус судьи, его принадлежность к судебному органу той или иной проверочной инстанции. Важнее аргументация и глубина в понимании права.

Следует обратить внимание на то, что однажды прозвучавшее судебное толкование не имеет долгой жизни. Очень скоро потребуются иные толкования в его развитие либо в связи с новым набором обстоятельств в рамках другого гражданского дела.

Чрезмерное нормативное правовое регулирование обуславливает проблемы для судебной деятельности. Они могут быть связаны либо с возникновением противоречий между различными нормативными правовыми актами, либо с тем, что нормативный правовой массив сохраняется в действии, в то время как общественные от-

ношения, на регламентацию которых он был ориентирован, претерпели качественные изменения. В последнем случае использование нормативных правовых актов без понимания существа новых общественных отношений может принести только вред. Достаточно вспомнить корову, к которой ее владелец прикрепил навигационный прибор в целях обнаружения на пастбище, а следственные органы квалифицировали действия владельца коровы как использование шпионского оборудования. Навигаторы и другие технические средства, позволяющие лучше ориентироваться на незнакомой местности, обеспечивать сохранность имущества давно вошли в общегражданский оборот. В новых условиях применять старые шаблоны, установленные законодателем, не только не адекватно обстановке, но и вредно. Другое дело, когда имеют место абсолютно скрытные способы фиксации информации и непременно в противоправных целях, которые доказаны в установленном законом порядке.

Генеральным направлением диалектических противоречий, возникающих в судебной деятельности из-за несоответствия позитивистского и естественно-правового доктринального подхода, следует признать расстановку приоритетов.

Если будет преобладать позитивное (статутное) понимание права, то о правах человека, о справедливости можно не вспоминать, поскольку само позитивное понимание и будет вершиной понимания справедливости, а также мерилom реализации прав человека.

Позитивное понимание права, ориентированное на максимум регламентации, больше всего имеет склонности к шаблонному мышлению, шаблонной практике. Сторонники такого подхода ставят очень простую цель: дайте нам образец, по которому мы будем работать. А вникать, думать, углубляться в проблемы, находиться в поиске непростых, но очень важных решений — все это не в их стиле работы. Они легко могут прийти к выводу об отказе в иске только по той причине, что закон не предусматривает защиту права, заявленного в суде. Почему закон не предусмотрел защиту, что делать заявителю, как обеспечить восстановление статуса — все эти вопросы сторонниками позитивистского понимания права признаются лишними, праздными и не относящимися к предмету рассмотренного спора.

Совсем иная логика присутствует у сторонников естественно-правовой доктрины. Всю правовую конструкцию, связанную с оценкой заявленных в суде требований, они разворачивают на сто восемьдесят градусов. Им, в отличие от позитивистов, совершенно не важно, существует или нет закон, позволяющий восстановить

заявленное требование. Они ставят другой вопрос, а именно имеет место нарушение права в его естественном, неотъемлемом понимании или нет. Если права не нарушены, то нет и предмета для судебной защиты. Если же имеет место нарушение прав, то они задаются вопросом о том, какой закон (или группу законов) следует применить для скорейшего и максимально полного восстановления нарушенного права. Третий вопрос, который должны решить представители естественно-правовой доктрины, заключается в том, какое следует дать толкование применяемым законам, чтобы оно позволило обеспечить судебную защиту.

Резонным является вопрос по поводу порядка действий суда тогда, когда законодательные акты, на которые можно было бы опереться при вынесении решения, отсутствуют. В этом случае суд имеет все возможности опираться на международные конвенции, являющиеся составной частью отечественной системы законодательства, и Конституцию РФ, в которой закреплены все неотъемлемые права человека, как основной закон прямого действия. На эти обстоятельства трижды обращал внимание Верховный Суд РФ в своих профильных разъяснениях пленума по поводу применения Конституции РФ, общепринятых принципов и норм международного права, Европейской конвенции о правах человека.

Следовательно, представители естественно-правовой доктрины, в отличие от позитивистов в праве, не нуждаются в исчерпывающей нормативно-правовой регламентации общественных отношений. Им гораздо в большей степени свойственно понимание приоритета права в его, еще раз оговоримся, естественно-правовом, а не законодательном смысле. Для них является обыкновенным поиск справедливого решения, исходящего из высших человеческих ценностей, в рамках каждого гражданского дела с учетом всего множества специфических обстоятельств, если они имеют правовое значение либо примыкают к этой значимости. В отличие от позитивистов, примеряющих эталон, закрепленный законодателем, к спорному правоотношению, они сами создают подобный эталон по каждому делу, демонстрируя его в судебном решении.

Естественное понимание права не приводит к отрицанию законодательного массива как лишней материи. Оно вполне осознает большую пользу этого массива, содержащего множество полезных и справедливых правил.

Но как только обнаруживается любое сколько-нибудь существенное противоречие между законом либо подзаконным актом и правами человека, безоговорочный приоритет отдается непременно последним. Именно в таком виде и следует понимать при интегра-

тивном подходе распределение ролей между доктринами естественного права и позитивизма.

Вышеизложенное кардинальным образом влияет на развитие судебной практики. Так, в рамках дела о защите чести, достоинства и деловой репутации суд назначил лингвистическую экспертизу, на разрешение которой был поставлен вопрос о том, какие слова либо выражения переданного текста свидетельствуют об умалении чести и достоинства, а также деловой репутации. Таким образом, хотим мы того или нет, экспертное заключение будет предрешать рассмотрение заявленного иска. Так оно и случилось в принятом судебном решении.

Однако подобный подход не соответствует практике Европейского Суда по правам человека, который исходит из закрепленных в Европейской конвенции неотъемлемых прав. Честь и достоинство человека охраняются Конвенцией. Но и право человека на свободное выражение мысли тоже охраняется Конвенцией. Ни одна из указанных ценностей не имеет преимуществ перед другой. При таких условиях в обязанность суда входит анализ поведения самого истца и той оценки, которую он получил от ответчика. Если оценка поведения хоть как-то соответствует самому поведению, то нет никаких оснований для судебной защиты, поскольку отсутствует нарушенное право. И только в том случае, когда не было никакого повода либо ответчик воспользовался ничтожным поводом для того, чтобы опорочить доброе имя истца, судебная защита будет предоставлена.

При таких условиях судебная экспертиза становится излишней и неуместной. Она лишний раз демонстрирует кардинальное отличие естественно-правового подхода от позитивистского.

Естественно-правовой подход к пониманию прав человека, напомним, имеет конституционное закрепление. Он представляется приоритетным и в силу ряда других причин, поскольку без него невозможны:

1) раскрытие права в понимании суда, занятого рассмотрением гражданского дела, а не абстрактного законодателя;

2) конкретизация многочисленных предписаний со стороны законодателя применительно к обстоятельствам, заявленным по делу;

3) толкование применимого закона сообразно особенностям рассматриваемого заявления (иска);

4) достижение справедливости в заданных условиях, в то время как под правосудием понимается именно достижение справедливости, а не дословное применение закона;

5) реализация судом своих полномочий и функций, основанных на свободе усмотрения, которое не может быть произвольным.

Симпатии к естественно-правовому подходу вызваны и тем обстоятельством, что он ориентирует судей на постоянный поиск справедливости, на углубленное понимание спорных отношений. Очень часто в суде первой инстанции рассматриваются гражданские дела, отражающие различные стороны крупной общей проблемы, которая не очевидна. Задача суда состоит не только в том, чтобы разобраться в частностях, но и в том, чтобы увидеть место заявленного требования в ряду более общих проблем. Если суд первой инстанции этого не увидит, то и решение может оказаться ограниченного действия и, что тоже вероятно, противоречивого характера. В этом случае понадобятся проверочные судебные инстанции.

Судебное познание так и задумано — по мере движения дела от одной инстанции к другой пути решения проблемы должны становиться четче, понятнее. Еще желательнее, чтобы с этими проблемами мог разобраться суд первой инстанции. Это особенно важно потому, что судебное решение, однажды вступившее в законную силу, не так и просто пересмотреть. Здесь все специалисты вспоминают про общепризнанный принцип правовой определенности, склоняющий к его незыблемости.

---

---

---

*Колоколов Н.А.*

## **ВОСПОЛНЕНИЕ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ: РОЛЬ И МЕСТО И СУДА**

Пробелы в праве — явление объективно существующее, поскольку их возникновение закономерно в силу ряда причин. Наличие пробелов в праве, пусть и косвенно, признает отечественный законодатель. Так, в ч. 2 ст. 6 ГК РФ зафиксировано правило, согласно которому при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требования добросовестности, разумности и справедливости.

Для правильного «разрешения проблем правотворчества и приращения» «особое значение приобретает исследование природы

пробелов»<sup>1</sup> в праве. Причины их возникновения В.В. Лазарев видел в «бурном росте производительных сил и непрерывном изменении на этой основе регулируемых правом общественных отношений, за которыми нельзя успеть даже при идеальной постановке законодательной деятельности».

Аналогичной точки зрения придерживается, в частности, и Ж.-Л. Бертель, утверждающий, что «юридический феномен права развивается и эволюционирует во временном, географическом и социальном контексте»<sup>2</sup>, «Право вынуждено непрерывно приспосабливаться, чтобы сохранять свою эффективность»<sup>3</sup>. Урегулировать все и сразу невозможно, пробелы выявятся в процессе правоприменения, и их придется восполнять.

Так, Р. Андорно предложил восполнять очередной пробел в праве путем формирования четвертого поколения прав человека. Если в основе первых трех лежали лозунги Великой французской революции (свобода, равенство, братство), то в настоящее время человечество, получив практический прямой доступ к мыслям человека, обязано озаботиться правом последнего на защиту от искусственного вмешательства в его интеллект<sup>4</sup>.

Прав В.В. Лазарев и в том, что «практические работники очень часто отмечают несовершенство правовых норм, находят пробелы в правовом регулировании ("известного рода патологию"), вносят предложения *de lege ferenda*»<sup>5</sup>. При этом «пробелы представляют собой лишь одну из разновидностей несовершенства права»<sup>6</sup>, «восполнение пробелов в праве — есть особый, большой сложности и большого объема вопрос, заслуживающий самостоятельного исследования»<sup>7</sup>, а сами «пробелы в праве являются проблемой каждого правопорядка»<sup>8</sup>.

В связи с этим вспоминаются обсуждения пробелов в праве с представителями судейского корпуса Канады, где они именовались

---

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Пробелы в советском праве и методы их установления: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1967; Его же. Пробелы в праве. Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права. Казань: Изд-во Казанского университета, 1969; Его же. Пробелы в праве и пути их устранения: монография. Репринтное издание. М.: Норма; ИНФРА-М, 2019.

<sup>2</sup> Бертель Ж.-Л. Общая теория права. М.: ИД NOTA BENE, 2000. С. 194.

<sup>3</sup> Там же. С. 195.

<sup>4</sup> См.: Андорно Р. Суррогатное материнство ведет к смешению людей и вещей // Закон. 2020. № 7. С. 10.

<sup>5</sup> Лазарев В.В. Избранные труды. Том II. М.: Новая юстиция, 2010. С. 61.

<sup>6</sup> Там же.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> Там же.

лакунами, в том числе способов их выявления и восполнения. Анализируемая нами проблема «самым тесным образом связана с практической политикой государства, с осуществлением режима законности»<sup>1</sup>.

Если до урегулирования каких-то проблем «не доходят руки» у законодателя, то их разрешение может быть передано традиционным правоприменителям — правительству, судам; именно данное обстоятельство определяет роль и место суда в восполнении пробелов в правовой системе конкретного государства.

Так, восполняя очередной пробел в российском праве, Пленум Верховного Суда РФ ввел в оборот понятие «безналичные денежные средства, в том числе электронные денежные средства», отнеся в них платежные категории, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты)<sup>2</sup>. Речь идет о биткоинах, которые начиная с 2018 г. различными судебными инстанциями рассматривались как обычное имущество, подлежащее аресту, конфискации.

Думается, что уместно вспомнить предостережения В.В. Лазарева о том, что:

во-первых, всегда «необходимо отграничивать мнимые и действительные потребности в правовом регулировании»<sup>3</sup>, следовательно, нет нужды утверждать, что «всякий случай кажущегося отсутствия нормативного акта или его неполноты со всей очевидностью представляет собой пробел в праве»<sup>4</sup>;

во-вторых, о необходимости выделения «преднамеренных» или «умышленных» пробелов;

в-третьих, об «опасности смешения пробелов с явлениями "ошибки в праве"»<sup>5</sup>;

в-четвертых, «не забывать о "квалифицированном молчании" — нежелании законодателя регулировать определенные отношения посредством правовой нормы»<sup>6</sup>;

в-пятых, «правовому воздействию подвергаются лишь те общественные отношения, регулирование которых объективно возможно,

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Указ. соч. С. 23.

<sup>2</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 февраля 2019 г. № 1 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7 июля 2015 года № 32 «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем».

<sup>3</sup> Там же. С. 155.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Там же. С. 158.

<sup>6</sup> Там же.

а равно экономически и политически необходимо, поэтому квалифицированное молчание не исключает возможности существования пробела в праве и, возможно, связано с установлением особой разновидности "ошибки в праве"<sup>1</sup>;

в-шестых, «пробелы в праве могут быть обусловлены субъективными причинами»<sup>2</sup>;

в-седьмых, «отсутствие хотя бы одного из элементов нормы равнозначно отсутствию нормы вообще»<sup>3</sup>;

в-восьмых, у «нас фактически отсутствует так называемая "абсолютная темнота" норм, которая ввиду неустранимой толкованием двусмысленности делает нормативное предписание неосуществимым»<sup>4</sup>.

Общество в настоящее время требует от конкретного состава суда незамедлительного решения любой проблемы, вне зависимости не только от наличия соответствующей законодательной базы в государстве, но даже по причине недостатка необходимого комплекса правовых идей по затронутым вопросам.

Рассматривая данную проблему, судья Верховного Суда США Б.Н. Кардозо в 1920-е годы задавался вопросами: «Что я делаю, когда при таких обстоятельствах разрешаю спор? К каким источникам информации обращаюсь за руководством? Как далеко в поисках внешней правильности в строении права я могу зайти? Какими соображениями общего блага и стандартами справедливости (justice) и морали (автор называет их странной смесью), я должен воспользоваться?»<sup>5</sup> И отвечая на них, подводил итог: он «не собирается выяснять, допустимо ли судьям готовить эту смерть, ибо я признаю созданное судьями право одним из действительных явлений жизни»<sup>6</sup>. В данной фразе вся философия судьи, от которого общество ждет ответа на вопрос, который не удалось разрешить ни законодателю (власть представительная), ни правоприменителю (власть исполнительная, административная). Совершенно очевидно, что в данном случае решение судьи будет за гранью, во-первых, не оправдавшего свое предназначение закона (брак в работе представительных органов власти); во-вторых, не исключено, что судья, выявив пробел в

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Указ. соч. С. 23.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же. С. 41.

<sup>4</sup> Там же. С. 191.

<sup>5</sup> Кардозо Б.Н. Природа судейской деятельности. М.: Статут, 2017. С. 10–11.

<sup>6</sup> Кардозо Б.Н. Указ. соч. С. 10–11.



праве, его восполнит, получив необходимую информацию из группы иных регуляторов (мораль, нравственность).

Анонсируемый Б.Н. Кардозо подход к восполнению пробелов в праве далеко не всеми воспринимается в современной России, где от судьи (в основной массе мелкого чиновника на государственной службе) требуют, с одной стороны, быть независимым, а с другой — подчиняться только закону. Но всегда ли и насколько такое возможно? Требование обществом от судьи незамедлительного решения в условиях общей правовой неопределенности влечет появление весьма спорных судебных решений. Рассмотрим это на конкретном примере.

Человеческая природа неизменна, практически не меняется физиология человека, да и его мозг — орган, предназначенный в первую очередь для обеспечения физиологических потребностей человека в рамках межвидовой и внутривидовой конкурентной борьбы. Отсутствие изменений в базе (природе человека) предопределяет и утопичность возможности кардинальных изменений в его поведении. В то же время общество без патологии — такая же утопия, как и рай на земле. Совершенные кодексы, над содержанием которых неустанно трудятся законодатели, — очередная небыточная мечта.

Все, что в поведении человека — в конкретное время и в конкретном обществе морально (например, уничтожение представителей зажиточной части населения), неизбежно будет им тиражироваться, даже несмотря на существующий где-то формальный уголовно-правовой запрет. Скажем больше, в некоторых сообществах совершение деяния, запрещенного моралью, а то и уголовным законодательством, расценивается как особая доблесть. Снисходительность морали к нарушению уголовно-правового регламента предопределяет засекречивание реальных целей государственной уголовной политики или их изменение. В таких условиях законодатель вынужден говорить эзоповым языком.

Попробуем данное суждение пояснить на примере, на первый взгляд весьма далеком от уголовной политики. *Родитель № 1 — мужчина + родитель № 2 — женщина + их родные дети = семья.* Практически на протяжении всей истории человечества гомосексуальные связи между его членами по вполне понятным причинам были вне рамок морали, а следовательно, и вне закона, в том числе уголовного. Ясна и причина такого поведения: обществу (если оно хотело выжить, а это природа) были нужны его будущие члены — дети, кроме того, человек в одиночку существовать долгое время был не в состоянии. Результат развития предложенных самой при-

родой отношений между мужчиной и женщиной — классическая (пусть и с вариациями) семья.

В настоящее время, когда смерть от голода относительная редкость, человечество в традиционных семейных связях так остро, как прежде, не нуждается, поэтому оно не видит ничего очень дурного в гомосексуальных отношениях, которые тоже произведение природы. Результат: в европейской правовой культуре запрет на добровольный гомосексуализм практически полностью исчез из уголовного законодательства многих государств.

Следующий шаг — общество снисходительно, а то и поощрительно стало относиться с гомогенным (однородным) парам, воспитывающим детей. Если речь идет о женской паре, то некоторые дети, по крайней мере, могут быть этими женщинами рождены, если же дети волею судеб «привнесены» в мужскую пару, то, максимум, о чем остается говорить, то об их единокровном происхождении.

Суды критикуют за то, что они в своих решениях фактически узаконивают гомосексуальные отношения. Как, например, следует поступить суду, если между выросшими в такой семье детьми возникнет спор о наследстве? Как между ними разделить имущество, нажитое родителем № 1 в совокупности с родителем № 2 в результате ведения общего домашнего хозяйства? Должны ли наследники страдать только из-за того, что вместо традиционных мамы с папой общество предложило им родителей под номерами? Судебная практика такова: общество против гомосексуальных родительских пар не возражает, следовательно, ко всем, вовлеченным в квазисемейные отношения (назовем их пока так), применимы правила, регламентирующие классические семейные отношения.

Общество вынудило (заставило) суды признать гомосексуальные и гомогенные (однородные) отношения, а решение суда — это закрепление человеческих практик, более того — закон.

Авторы УПК РФ 2001 г., полагаем, из самых лучших побуждений путем установления грубого приоритета формы над содержанием умышленно создали пробел в процессуальном праве — на законодательном уровне попытались уничтожить механизм исправления следственных и прокурорских ошибок — институт возвращения уголовного дела судом для дополнительного расследования. Согласно первоначальной редакции УПК РФ, максимум, на что изначально имел право суд, — это возвратить уголовное дело прокурору для устранения препятствий для его рассмотрения судом. Особо следует подчеркнуть, что в это время обвиняемый продолжал числиться за судом, принявшим такое решение.

Образовавшаяся лакуна в процессуальном праве недвусмысленно подталкивала суды к «громким оправданиям» лиц, виновность которых в совершении тяжких преступлений особых сомнений не вызывала. Такой формальный подход к решению проблемы неизбежно бросил бы тень на судебную систему. Допустить это было нельзя! Перед судами встал вопрос, как поступать с делами, по которым предъявленное конкретным лицам обвинение явно не соответствует содеянному ими. Конституционным Судом РФ 4 марта 2003 г. было принято постановление, в котором констатировалось, что процессуальная форма не может противоречить фактическим обстоятельствам дела. После чего последовала реанимация судом института возвращения уголовного дела для дополнительного расследования — доследования, пусть и под другим названием<sup>1</sup>.

Как именно будет восполнен пробел в праве судом? Суд выносит то решение, которое ему легче отписать. Об этой проблеме предельно честно и весьма точно высказался П.С. Яни: «Мы на факультете не видим состава преступления, однако выносятся приговоры, которые потом усиливаются, и выходит, что мнением ученых не руководствуются», «по каждой позиции есть как минимум два мнения, а может быть еще больше. И вы должны узнать, какая практика в том или ином суде»<sup>2</sup>.

Восполнение пробелов в праве судом — частный случай, речь идет всего лишь об одной из форм реализации публичной властью своей законотворческой функции, о метафизической и исторической реальности, об уникальных и в то же время закономерно возникающих общественных отношениях, социальная природа которых заключается в потенциальной способности общества, базируясь в своей деятельности на такую социальную ценность, как правовая система в целом, посредством только одному ему ведомых средств, речи, символов и знаков мобилизовать свои ресурсы для разрешения определенных категорий социальных конфликтов путем выработки приемлемых народом решений о новых системных нормах права.

Способность суда восполнять пробелы в праве — ресурс, который необходим для осуществления судебной системой определенных целенаправленных действий. Анализируемая нами деятельность суда в умах людей предстает как мощь, сила, воля, в основе которых

---

<sup>1</sup> См.: Колоколов Н.А. Долгожданный возврат к доследованию // Уголовный процесс. 2013. № 11. С. 28–35.

<sup>2</sup> Яни П.С. В отличие от мошенничества, состав злоупотребления полномочиями можно назвать «резиновым»: интервью номера // Закон. 2018. Октябрь. С. 8.

лежат почитаемые обществом нормы права, доверие к суду как творцу права. Судебная власть в данном случае есть не что иное, как функция, форма творчества, признание которой за судом позволяет ему находить новые оригинальные конфигурации прежних ресурсов и функций. Надстраиваемая в процессе восполнения пробелов в праве коммуникация порождает новый смысл жизни народа, гарантирует ему новую увязку целей и средств, выдвигает новые критерии и основания власти, эффективность целедостижения.

Феномен судебной власти многогранен. Применительно к избранной теме для него характерны следующие аспекты: директивный, в соответствии с которым судебная власть воспринимается как реальное господство, имеющее материальную составляющую уже в силу того, что она является знанием целого народа, целой нации; технологический как совокупность социальных практик, позволяющих реализовать потенцию государственной власти в рамках восполнения правовой системы в стране; коммуникативный, согласно которому судебная власть это язык, понятный всем субъектам государственно-правового властеотношения. Источник судебной власти, нацеленной на восполнение пробелов в праве, общество, только в нем возможно возникновение и существование судебно-властных правоотношений.

Ключевую роль в восполнении пробелов в праве играет судебная бюрократия — власть уполномоченных (судей). Формирование управляющей прослойки — судейского корпуса — неизбежно чревато его отрывом от общества, в результате чего управляющая прослойка трансформируется в самостоятельную корпорацию, имеющую свои узковедомственные интересы. Для судебной бюрократии, впрочем как и для иных видов бюрократии, характерны следующие недостатки: 1) вопросы, касающиеся восполнения пробелов в праве, рассматриваются только с позиции соответствующего чиновника; 2) она не склонна брать на себя ответственность за принятые решения; 3) она изощряется в изобретении способов обхода не только законов, но и норм права в самом широком смысле этого слова; 4) проблемы, касающиеся вопросов восполнения норм права, рассматриваются в зависимости от вкуса начальства; 5) она подвержена коррупции.

Сущностные качества восполнения пробелов в праве в процессе судопроизводства — это свойства, которые характерны для правосудия любой страны и любой эпохи, то есть те качества, без которых суда как способа разрешения конфликтных ситуаций в обществе нет и быть не может, без которых правосудие мгновенно исчезает, ибо суд в силу ряда определенных объективных, а равно субъективных

причин не в состоянии выполнить свою социальную роль. Восполняя пробелы в праве, суд является животворящим источником права. Для суда характерны особые способы формирования процедурных норм (судебный прецедент) и их трансформации (судебная практика). Правотворческая потенция судебной власти противоречива: ей под силу как оживлять «мертворожденные нормы», так и умертвлять реально действующие предписания. Наконец, главным назначением судебной власти является разрешение политических, социальных, экономических и прочих видов конфликтов.

---

---

*Гаджиев Х.И.*

## **РОЛЬ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В ПРЕОДОЛЕНИИ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ**

Современный подход к проблеме судебного правотворчества выработывался на протяжении всей истории развития правовых систем. Главная идея, лежащая в основе данной концепции, заключается в том, что она полностью согласуется с идеями правового государства и отношением к судье как активному участнику формирования права. Самая современная организация государственной власти с идеально функционирующей законодательной ветвью нуждается в эффективном правоприменении. В отечественной литературе справедливо отмечается, что законодатель пытается закрепить в принимаемых актах нормы права, которые безотносительно к социальным конфликтам выглядят вполне разумно. Но закрепленная в законе государственная воля в своем догматичном виде не способна обеспечить исчерпывающую защиту гражданских прав, несмотря на свое происхождение от верховной власти<sup>1</sup>. Авторы изложенного мнения обоснованно считают, что такая судьба уготовлена очередному законодательному акту, а до какой степени он будет способен выражать право как мерило справедливости никому не ведомо. Его действительный облик может проявляться только в правоприменительной, особенно в судебной, деятельности<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В., Фурсов. Д.А. Установление содержания права в судебных решениях // Журнал российского права. 2016. № 5. С. 10.

<sup>2</sup> Там же.

Право и суд — взаимодополняющие социальные явления, идеально созданные друг для друга, которые воспринимаются во всеобъемлющем контексте, когда социальная ценность одного определяется благодаря той роли, которая отведена другому. Смысл существования и функционирования судебной системы заключается в оправдании разумных ожиданий справедливости от правоприменения. Судебную власть следует воспринимать как изобретенную человечеством институциональную технологию с целью разрешения споров на основе выработанных им же правил. При несоблюдении правил сомнения в целесообразности существования законов и судов усиливаются. Принимаемые законы независимо от их количества создают только иллюзию достаточности правового регулирования<sup>1</sup>. Развитие любого социума нуждается в хорошо функционирующей судебной системе, способной своевременно восстановить нарушенное право. Именно рассеиванию упомянутых сомнений служат суды.

Если разделить действие закона на этапы, то первоначальной является стадия принятия закона и введения его в действие. Следующей важной вехой представляется обнаружение смысла правовой нормы. Различные субъекты толкования вправе изыскивать смыслы с целью правильного применения правовой нормы. Однако испытанным временем и поддержанным впоследствии всеми правоприменителями признается тот смысл, который выявлен при судебной интерпретации и одобрен всеми судебными инстанциями. Конституционный Суд РФ среди рассмотренных им дел особое место отводит не роли негативного законодателя, а задаче определения конституционного смысла, полученного в результате правоприменения. Эта чрезвычайно важная функция, поскольку именно на авторитетном мнении интерпретатора основывается каждый конституционный порядок. Любое судебное решение вызывает больше доверия, если оно зиждется на авторитетном толковании, которое испытано временем. В то же время интерпретация как важная стадия правотворчества непосредственно зависит от судейского усмотрения, пределы которого, в свою очередь, формируются под влиянием многих факторов и главным образом — степенью независимости, которой обладает судебная система в целом. Судейское усмотрение реализуется в первую очередь через правоинтерпретационную деятельность судей, выражающуюся в обусловленной связи с той ролью,

---

<sup>1</sup> См.: Андриенко Д.Г. Адекватность языка закона как условие эффективности публично-правового регулирования // Право и государство: XXI век — век перемен: сб. науч. ст. М., 2012. С. 49.

которая отводилась судам. Интересна в этом отношении европейская история, в частности, континентальной модели правосудия. До XVIII века многие суды указанной правовой школы в странах Западной Европы пользовались широкими правотворческими функциями. Слово «интерпретация» в его историческом значении намного шире по сравнению с его современным пониманием, что определено в качестве интеллектуального процесса, направленного на понимание значения правовой нормы. В ее исторически раннем определении присутствовали элементы нормотворчества, причем довольно широкие, когда суды по существу могли реализовывать весь заряд творческого потенциала при разрешении дела и когда оно не было возможным ввиду отсутствия соответствующей нормы. Следовательно, судьи практически занимались нормотворчеством, опираясь на доктрину *ius commune*<sup>1</sup>. Указанная доктрина реализовывалась посредством так называемой концепции *communis opinio*, смысл которой состоял в интеграционном подходе к применению различных правовых источников для решения конкретного правового спора. Отметим, что этот период все же отличался активным влиянием позиций ученых на судебные решения.

С развитием судебной системы и той роли, которую стали играть высшие судебные инстанции стран в формировании судебной практики, роль ученых стала уступать мнению судов. Наконец, появление кодификаций, основанных на французской модели, положило конец законотворческой деятельности судов. К концу XVIII в. возникновение национальных государств с осуществляющей контроль центральной властью и необходимостью в новом устройстве социальной жизни в соответствии с политическими изменениями, достигшими наивысшей точки во времена Французской революции, требовали кодифицированного законодательства, гарантирующего определенность и порядок. Под французской моделью понималось такое положение, когда суды выводили решения из правовых текстов и принимали форму «акта воли», а дискурсивная же часть решения теряла свою роль. Таким образом, европейский контекст начал напоминать ситуацию, когда законы стали рассматриваться единственным источником для правоприменения, при этом ограничивались как возможность ученых в создании законов, так и стремление сдерживания судов в реализации их правотворческой миссии.

---

<sup>1</sup> См.: Полдников Д.Ю. Научная доктрина *ius commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках. Правовая мысль: история и современность // Право: журнал ВШЭ. 2013. № 1. С. 64–80.



Сдвиг в сторону кодификации связан одновременно с верой в то, что прогрессивные социальные перемены могут быть достигнуты путем возрождения права. Кодификация связана с упрощением основанной на простоте системы и большей определенностью, а значит, и предсказуемостью судебных решений, к чему стремилось правосудие XIX в. Реализация описанной идеи явно вписывалась в контекст разделения властей, при котором судья — простой исполнитель воли законодателя. Когда казуистическая модель кодификации не имела эффекта, законодатель обращался к принципу упрощения текстов за счет использования общих и абстрактных формулировок. Изложенное, в свою очередь, диктовало необходимость решения проблем пределов и полноты кодифицированных систем. С одной стороны, безусловна ценность кодификации, но с другой — несмотря на контекстуальное подтверждение принципа разделения властей, на практике возникают пробелы правового регулирования. По мнению ряда ученых, именно проблема пробелов в праве послужила отправной точкой пересмотра интерпретационной теории<sup>1</sup>. Тем не менее начиная с XX в. становилось понятно, что интерпретативная роль судьи не вписывалась в изложенную систему, которая, как показало время, таила в себе скрытые проблемы, в первую очередь связанные с необходимостью преодоления недостатков или пробелов в правовом регулировании в процессе правоприменения.

Судьям, воспитанным на традициях общего права, очевидно, что правосудие может порой не совпадать с совокупностью письменных законов. Тем более длительную часть своей истории они сами творили право, развивая их в собственных решениях. Прецедент сыграл значительную роль в обеспечении того, чтобы такие идеалы, как творчество, стабильность и единообразие, давали закону обрамление разумности и законности. Призывы к судебному творчеству в рамках прецедентного режима сопровождались разъяснениями о том, что дух конкретного случая, а не буква определенного прецедента создает право.

Согласно О. Холмсу, возникла необходимость развития права с учетом определения роли судей, ограничиваясь «молекулярными и молярными движениями»<sup>2</sup>. Он согласен с тем, что судьи по существу занимаются нормотворчеством, делая это не на постоянной основе, то есть в пределах существующих в праве пробелов. Между тем становилось понятным и то, что закон, созданный судьей, может

<sup>1</sup> См., например: Claudia Irti. A short Introduction to "The Problem of Legal Gaps". Tulane European and Civil Law Forum. Vol. 29 (2014). P. 3–4.

<sup>2</sup> Oliver Wendell Holmes. The Common Law. Jr. 1881.



быть не совершенным, потому что отражает состояние личного мышления, осознания судом принципов, лежащих в его подсознании, личных симпатий, антипатий, предубеждений, инстинктов, привычек и убеждений. Предмет судебного правотворчества по этим основаниям требует систематического тестирования, доработки и корректировки.

Эволюция двух исторически сложившихся правовых систем показала, что как кодифицированная система не может развиваться без судов, так и система, основанная на судебных решениях, нуждается в законодателе. Различия между названными системами не так фундаментальны, как порой пытаются нас в этом убедить. В системе континентального права огромное значение имеют правовые доктрины, которыми судьи руководствуются. Именно судьи решают, какие из доктрин должны преобладать при рассмотрении дел определенной категории. Они же воздействуют на формирование судебных доктрин, на которые впоследствии ориентируются судьи, которые, подобно селекционерам, отбирают позиции и следуют изложенным в доктрине идеям и концепциям или отвергают их.

Вместе с тем судьи общего права, даже не всегда признавая их открыто, также восприимчивы к доктринальным комментариям. В некоторых отраслях права, особенно при правовых коллизиях, правовая доктрина стимулирует развитие прецедентного права. Преимущества и недостатки каждой из систем права будут обсуждаться всегда, и каждый классически выдвигаемый аргумент заслуживает уважения. Так, считается, что кодификация делает закон жестким и нивелирует его гибкость. Однако судьи могут адаптировать положения любого кодекса к изменяющимся обстоятельствам. Можно утверждать, что определенность закона зависит не от положений кодекса или строгости прецедентного правила, а от мудрости судей. Созданные на основе разных правовых школ системы права могут развиваться благодаря взаимодействию законодательства и судебных систем. Жизнь кодекса во многом зависит от интерпретации судей. Закон же порой часто помогает по-новому взглянуть на систему прецедентного права, систематическое обновление которого жизненно необходимо для правосудия. Высказываемая и порой реализуемая тяга к кодификации в отдельных юрисдикциях общего права основывалась на стремлении пролить больший свет на хаотическую массу прецедентов. Как видно, правовые системы в поисках ответа на вызовы времени двигались к более совершенным моделям правосудия, обогащая их положительным заимствованием или продолжением своих преимуществ в виде судебного правотворчества. Данный сдвиг обусловлен процессами, связанными с конвергенци-

ей в праве, когда границы между правовыми системами постоянно стираются, и каждая из них заимствует и внедряет достижения другой. Таким же образом происходит гармонизация и диалог национальных и международных судов, когда каждый имеет доступ к достижениям другого, активно реализует их в собственной практике, обогащая право — как национальное, так и международное. В системе общего права судебное правотворчество развивается в определенных рамках, исходящих из восприятия современных ценностей. Судейский активизм рассматривается в качестве общей философии осуществления правосудия, при которой судьи соотносят свои взгляды на публичную политику с конкретным прецедентом, который можно проигнорировать при условии подходящей аргументации. Такая инновационная, динамичная и правотворческая роль судей сочетается с дальновидным подходом, когда отказ от старых позиций происходит на основе нового познания, прогрессивного юридического мышления в оценке социальных проблем. Это представляется плодом творческого мыслительного процесса, посредством которого суд демонстрирует свою силу, желание создать новые доктрины. Судейский активизм — своего рода разновидность судебного правотворчества. Однако даже в этой системе права аргументация в поддержку судебного правотворчества не выражается вовсе в предоставленном судьям неограниченном праве на изменение закона. Главные ограничения носят процессуальный характер и касаются непосредственно судебного разбирательства. Требование аргументации решения накладывает практические ограничения на область правотворческой функции, поскольку вердикт суда должен быть интегрирован в логику правового регулирования. В английском статуте законодатель пытается выразить свои намерения настолько точно и ясно, насколько это возможно, воздерживаясь от формулировок общего характера, поскольку судьи должны понимать их действительное значение. Роль статутного права со временем выросла в странах общего права, и законодательные акты в настоящее время регулируют целые отрасли права. Система общего права влияет на интерпретацию Европейской конвенции по правам человека и на применение ее норм Европейским Судом по правам человека. Сам Суд непосредственно строит свою работу на основе принципов, очень близких к доктрине *stare decisis*, придерживаясь принципа последовательности собственной практики. Посредством решений ЕСПЧ принципы, оказывающие серьезное влияние на функционирование системы юстиции стран общего права, воздействуют на право и практику всех стран — членов Совета Европы. Повторим, что, несмотря на различия между системами права, они

очень близки к той точке, когда следует отметить отсутствие парадигматических отличий.

Одной из сложнейших проблем, по нашему мнению, продолжает оставаться вопрос определения границ судейского правотворчества, который нуждается в адекватной теории судебного усмотрения. В юридической литературе подчеркивали, что широкое усмотрение таит в себе угрозы, связанные не просто с возможностями злоупотреблений и недобросовестным его использованием, но и с подрывом стабильности в социальной области. Судебное усмотрение — это разновидность юридических сложностей, с которыми сталкиваются судьи в процессе разрешения споров посредством права<sup>1</sup>. Различные смыслы этого определения сильно зависят от поддерживаемой правовой концепции. В связи с этим концептуальная характеристика судейского усмотрения вызывает некоторые трудности при анализе, и они порой кажутся неразрешимыми<sup>2</sup>. Обычно, рассуждая о судебном усмотрении, закономерно имеют в виду интерпретацию или уравнивание. В то же время существует третья — наиболее значимая — методика, выраженная в дальнейшем развитии права. Изложенное объединяется тем, что любая интерпретация совершенствует норму и вносит тем самым вклад в эффективность права. В таких случаях свобода усмотрения судьи значительно выше, и обосновывается это также тем, что судья для решения конкретного спора в своем анализе выходит за пределы словесного изложения нормы. Ему приходится выносить оценочное суждение, выявляя и реализовывая те ценностные концепции, которые присущи конституционному правопорядку, которые или не выражены, или переданы не совсем адекватно на языке письменных законов. Федеральный Конституционный Суд Германии в деле "Princess Soraya" подчеркнул, что справедливость не всегда тождественна совокупности письменных законов. Если письменный закон содержит дефекты, решение судьи восполняет существующий пробел, он руководствуется здравым смыслом и общей концепцией справедливости, поддерживаемой обществом<sup>3</sup>. Заметим, что приведенный метод усмотрения демонстрирует компетенцию судей на правотворчество, а также степень его пределов.

Обращение к аналогии возможно при наличии следующих условий: во-первых, пробел в праве; во-вторых, существование системы

---

<sup>1</sup> См.: MacCormick N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press. Oxford, 1978. P. 242.

<sup>2</sup> См.: Barak A. *Judicial Discretion*. Yale University Press. New Haven, 1989. P. 3–5.

<sup>3</sup> Princess Soraya Case (1973), 34 BVerfGE 269.

норм, которые подлежат расширению, чтобы охватывать регулирование новых отношений. Указанные требования демонстрируют связь между судебным усмотрением и дальнейшим развитием права. Восполнение путем применения аналогии в праве представляет собой судебное правотворчество. Пробел существует только в тех случаях, когда закон не предписывает или запрещает определенный исход или результат. Следовательно, дальнейшее развитие права — это результат использования структурной дискреции.

Строгое усмотрение судьи связано с наличием альтернатив, между которыми он может сделать выбор. Такое положение еще называют альтернативным обязательством, то есть его содержание напоминает разделенное действие. Судья обязан сделать выбор, и нет обязательства относительно того, какому варианту следует отдать предпочтение. Пробелы в праве рассматриваются как источник для строгого усмотрения, поскольку интерпретатор находится перед выбором между альтернативами. При анализе пробелов в праве часто можно встретить проблему семантической неопределенности и расплывчатости значений слов и выражений. В случае неопределенности правовые суждения не являются ни истинными, ни ложными, а их следует относить к результатам семантической неопределенности.

Однако правовые пробелы могут возникнуть и в иных ситуациях. Большинство исследователей воспринимают пробел в широком смысле, определяя его как отсутствие нормативного решения для конкретного юридического вопроса<sup>1</sup>. В этом случае правовые пробелы считаются не более как отсутствием правильного ответа. По мнению Р. Дворкина, пробел возникает, когда правовое предложение не является ни истинным, ни ложным<sup>2</sup>. Можно предположить, что приведенная идея не проясняет действительного значения доктрины. Между тем использованная этим же автором метафора относительно дырки в пончике, напоминающей пробел, может быть полезной: отсутствие правильного ответа должно быть подчинено нормативному контексту, который придает смысл судебному правотворчеству как функции. Правовой пробел, таким образом, не распространяется на случаи, когда отсутствует правильный ответ на возникшие сомнения правовой реакции на различные аспекты социальной жизни.

<sup>1</sup> См.: Raz J. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press. Oxford, 1979. P. 70–74; Barak A. *Ibid.* P. 83.

<sup>2</sup> См.: Dworkin R. *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. P. 107–128.

Правовой пробел в строгом смысле возникает тогда, когда некоторые юридические вопросы, подпадающие под юрисдикцию, не находят полного ответа, а полный ответ — это ответ, предусмотренный законом. Юрисдикционные «пробелы» возникают тогда, когда суды не обладают юрисдикцией в отношении конкретного вопроса<sup>1</sup>. В то же время пробелами называют также случаи отсутствия правильного ответа на юридический вопрос. Дж. Раз полагает, что пробел — правовой вопрос, переданный в суд и не имеющий правильного ответа. Указанное понятие включает как ситуации языковой неопределенности, так и неразрешимые нормативные конфликты, исключенные из строгой концепции нормативного пробела. Правовой пробел имеет отношение к данной дискуссии из-за связи, часто устанавливаемой между отсутствием правильного ответа и строгим усмотрением суда. Как видно, само усмотрение в этом случае — жизненно необходимо, поскольку закон не дает ответа на вопрос, возникший в связи с рассматриваемым делом. Судебное правотворчество способствует возникновению решений, направленных на преодоление недостатков в законодательстве. Таким образом, пробелы позволяют установить связь между строгим усмотрением и правотворчеством.

В ряде случаев, обнаружение пробела оказывает такое сильное влияние на строгое усмотрение, что судебное правотворчество способно трансформироваться в нормотворчество судей. Х. Харт называл создание судьями норм в случае обнаружения пробела промежуточным законодательством<sup>2</sup>. В то же время это вынужденная мера, которую судьи осуществляют с целью развития законодательства, и применяют ее конституционные суды вплоть до внесения необходимых изменений в законодательство.

Судьи, интерпретируя право, вносят вклад в его развитие, и это считается фундаментальным творчеством. У них нет абсолютной свободы даже в тех случаях, когда они сталкиваются с пробелом в праве. Существует два основания для сдержанности судей: первое — сам текст, который и так представляет много вариантов интерпретации, хотя этот выбор не является бескрайним; второе — социальные проблемы, а также идеи, которые регулируют подходы к ним и способ существования людей, практикуемый в обществе.

Судьи в реализации правотворческих функций не свободны в придании интерпретируемым текстам произвольного значения,

---

<sup>1</sup> Raz J. Op. cit. P. 70–72.

<sup>2</sup> См.: Hart H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy* Clarendon Press. Oxford, 1983. P. 138.

смыслов, которые могут им понравиться. Напротив, они воздерживаются от дачи смысла, предполагающего выполнение социальных задач. Их решения в далекой перспективе могут быть неэффективными, что повлияет на авторитет правосудия. Судебное правотворчество состоит в том, чтобы завершить правовые акты, которые попытался сделать законодатель, но усилия его не увенчались успехом. Судья придает своим творчеством смысл правовой норме, признавая важность ее завершенного характера. Эти законы содержат только несовершенные правовые правила, которые впоследствии «завершаются» судьями, или они вообще не включают требуемых правил и вмешательство судей обязательно с предложенной ими правильной формулировкой.

Судебное правотворчество — это сложная концепция. Мы рассмотрели только малую ее часть, не касаясь практики ЕСПЧ, демонстрирующей лучшие образцы правотворчества. Именно благодаря ей Европейская конвенция по правам человека не потеряла актуальности, отвечая на вызовы времени. Любая интерпретация — процесс творческий, но судебная интерпретация — это особая ее разновидность. Она приводит закон в движение. Это то, что заставляет нас думать и верить в то, что правотворчество судей играет наиболее важную роль в работе и действии сложного и довольно чувствительного механизма, который мы обычно воспринимаем как закон.

---

---

---

*Гук П.А.*

## **СУДЕБНОЕ НОРМОТВОРЧЕСТВО КАК СРЕДСТВО ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

Проблема пробелов в праве и законодательстве существует давно и получила научно-теоретическое и практическое обоснование<sup>1</sup>, но жизнь права не стоит на месте. Экономические, общественные отношения стремительно меняются, нормативное закрепление новых отношений не всегда происходит оперативно и качественно, а поэтому остаются пробелы, требующие их устранения, преодоления, поскольку нет идеальных норм права, регулирующих общественные

---

<sup>1</sup> См., например: Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань, 1969; Его же. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.

отношения. Существование пробелов в праве и законодательстве можно отнести к началу развития позитивного права, в частности к созданию новых норм права.

Пробел в законодательстве — это отсутствие нормы права в существующем законе, регулирующем общественные отношения, а в судебном правоприменении — спорные отношения, которые подлежат разрешению судом. Пробел в праве — это отсутствие нормативного регулирования общественных отношений.

В юридической практике можно выделить следующие пробелы: в материальном и процессуальном законе, в отраслевом, региональном, ведомственном законодательстве. Суд сталкивается с пробелом на стадии правоприменения, когда фактическим обстоятельствам необходимы юридическое обоснование, квалификация по соответствующей норме права, но в законодательстве норма не точная, расплывчатая или вообще отсутствует для регулирования определенных отношений. При этом пробелы в законодательстве имеются там, где есть закон, но отсутствует норма права; отсутствует закон, регулирующий общественные отношения; отсутствуют нормы права, регулирующие структурные элементы нормы права; норма права признается не соответствующей Конституции РФ; нормы национального законодательства не соответствуют Конвенции по правам человека, и это подтверждается решением ЕСПЧ. Преодолеть пробел при разрешении споров о праве должен суд. Способ преодоления — аналогия права или закона.

В судебной деятельности встречаются пробелы законодательства, когда есть закон, но отсутствует норма права, регулирующая спорные отношения. Приведем несколько примеров преодоления пробелов судебными органами.

Статьи 23, 25 Конституции РФ допускали ограничение прав граждан (телефонные переговоры, неприкосновенность жилища и т.д.) только по судебному решению, но нормы права, определяющей такой порядок, не существовало. Пленум Верховного Суда РФ принял прецедентное постановление от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции РФ»<sup>1</sup>, в котором определил порядок рассмотрения и принятия судебного решения по ходатайству правоохранительного органа. В дальнейшем вынесение судебного решения по таким вопросам было закреплено в УПК РФ (2001).

С принятием нового УК РФ (1996) законодатель принял новеллы о применении принудительных мер воспитательного воздействия к

---

<sup>1</sup> БВС РФ. 1994. № 3. С. 12.



несовершеннолетним, но не предусмотрел процессуальный порядок рассмотрения прекращенного уголовного дела в отношении несовершеннолетнего. В результате отсутствия норм права, регулирующих процедуру рассмотрения таких материалов, в судах складывался разный порядок их рассмотрения. С целью устранения процессуального пробела в законе и недопущения нарушений прав несовершеннолетних Пленум Верховного Суда РФ постановлением от 14 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних» (п. 14) преодолел пробел в законе, установив процедуру рассмотрения материалов в отношении несовершеннолетних<sup>1</sup>. В дальнейшем порядок рассмотрения таких материалов получил законодательное закрепление в ч. 2 ст. 427 УПК РФ (в ред. Федерального закона от 29 мая 2002 г.).

Отсутствие нормы права в УИК РФ о самостоятельном следовании осужденного по приговору суда в колонию-поселение породило пробел исполнения приговора суда, если осужденный не содержался под стражей. Постановлением судьи от 5 декабря 2002 г. было рассмотрено ходатайство в соответствии со ст. ст. 397, 399 УПК РФ о разъяснении порядка исполнения приговора суда. Суд выработал механизм направления осужденного в колонию-поселение, хотя в законе он не прописан<sup>2</sup>. Фактически создан прецедент к конкретному случаю. Сколько таких случаев встречалось при исполнении приговора, не известно. Пробел был устранен законодателем только в декабре 2008 г., УИК РФ дополнен новой ст. 75-1, определяющей порядок направления осужденного в колонию-поселение самостоятельно.

В судебной практике имеют место случаи когда отсутствует закон, регулирующий возникшие общественные отношения, фактически право есть у гражданина на возмещение вреда, но закона, регулирующего порядок возмещения вреда от правомерных действий сотрудников правоохранительных органов, нет.

Часть 3 ст. 444 ГК РСФСР предусматривала, что вред, причиненный правомерными действиями, подлежит возмещению лишь в случаях, предусмотренных законом. У суда при рассмотрении иска на стадии установления фактических обстоятельств и определения нормы права к ним возник вопрос, какой нормой права руководствоваться применительно к данным спорным отношениям о возме-

<sup>1</sup> БВС РФ. 2000. № 4. С. 9–13.

<sup>2</sup> См.: Постановление районного суда от 5 декабря 2002 г. № М-23-1 «По ходатайству ОВД Первомайского района г. Пензы о разъяснении порядка исполнения приговора» // Архив Пензенского районного суда Пензенской области за 2002 г.



шении вреда, причиненному гражданину правомерными действиями сотрудников милиции и военнослужащим, применившими табельное оружие при задержании преступника и повредивших автомобиль гражданина. Пробел: право на возмещение вреда есть, а закона нет. Разрешению спора помогла аналогия, а именно ст. 445, 454 ГК РСФСР, что позволило преодолеть пробел и удовлетворить требование истца<sup>1</sup>.

В действующем законодательстве отсутствуют нормы права, регулирующие неприменение административных санкций к правонарушителям, когда это обязательно и нет альтернативного вида наказания. Так, КоАП РФ не содержит нормы, обязывающей суд при назначении административного наказания (как основного, так и дополнительного) не применять их. Но судебная практика применения ч. 1.1 ст. 18.8 КоАП РФ идет по пути неприменения в исключительных случаях дополнительного наказания с учетом ст. 8 Конвенции о правах человека, постановлений ЕСПЧ, постановления Конституционного Суда РФ от 17 февраля 2016 г. № 5-П, судебной практикой Верховного Суда РФ. Пробел в законе. Тогда как в УК РФ есть ст. 64, которой судьи руководствуются при назначении наказания и в исключительных случаях применяют ее, назначая наказание ниже низшего предела назначаемого наказания или более мягкое наказание, чем предусматривает санкция статьи. Аналогичный механизм отчасти закреплён в ст. 4.1 КоАП РФ, но только для ч. 4 и 5 ст. 20.31 КоАП РФ. Для других статей, предусматривающих административное выдворение за пределы Российской Федерации, он отсутствует, а поэтому необходим общий порядок неприменения обязательных санкций при назначении наказания за административные правонарушения. Данный пробел преодолевается комплексно нормами международного права, прецедентами ЕСПЧ и национальной судебной практикой. По нашему мнению, устранение данного пробела требует законодательного регулирования.

Другой пример: ст. 125 УПК РФ служит одним из классических примеров преодоления пробела и применения судебной практики высшего судебного органа, речь о постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ». В постановлении содержатся обязательные для применения судами правовые позиции, выработавшие процессуальный порядок рассмотрения материалов

---

<sup>1</sup> См.: Решение районного суда от 5 октября 1995 г. «По иску Савина Б.А. к войсковой части и отделу милиции о возмещении ущерба» // Архив Пензенского районного суда Пензенской области за 1995 г.

по жалобам и вынесение определенного судебного акта (п. 7, 8, 9), уголовно-правовое положение о месте рассмотрения таких жалоб (п. 6)<sup>1</sup>, что позволяет более точно регулировать порядок рассмотрения материалов, предусмотренных ст. 109, 125, 165 УПК РФ, и принимать законные судебные акты.

Практика высших судебных инстанций при рассмотрении споров показывает, что если норма права признается соответствующей или не соответствующей Конституции РФ или закону, имеющему большую юридическую силу (постановления, определения Конституционного Суда РФ, решения Верховного Суда РФ) (пробел в законе), в судебном акте формулируется правовая позиция, направленная на урегулирование отношений, не предусмотренных нормой права.

Так, определением Конституционного Суда РФ выработана правовая позиция, дополняющая диспозицию ч. 1 ст. 74 УК РФ. В статье закреплено, что суд может отменить условное осуждение и снять с осужденного судимость по представлению органа, осуществляющего контроль за поведением условно осужденного. Однако Судом признано, что вышеуказанные положения УК РФ не препятствуют условно осужденному обращаться в суд с ходатайством об отмене условного осуждения и снятии судимости по собственной инициативе, и предлагается судам рассматривать такие ходатайства по существу независимо от наличия представления органа, осуществляющего контроль за поведением условно осужденного<sup>2</sup>. Фактически Суд выработал прецедент, конкретизировав ст. 74 УК РФ, предоставив право осужденному самостоятельно обращаться в суд. До настоящего время законодателем данный пробел не устранен.

Постановлениями Конституционного Суда РФ о признании садового домика жилищем и регистрации в нем, был преодолен имеющийся пробел в законе<sup>3</sup>. Сформулированные Судом правовые позиции закрепили порядок рассмотрения судами общей юрисдикции заявлений граждан о признании садового домика жилым домом и дальнейшую регистрацию в нем. Фактически создан судебный прецедент, урегулировавший спорные отношения и устранивший пробел.

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ» // БВС РФ. 2009. № 4. С. 2–6.

<sup>2</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 ноября 2004 г. № 342-О «По жалобе гражданина Сидорова Степана Анатольевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 74 УК РФ и частью первой статьи 399 УПК РФ» // Российская газета. 2004. 17 декабря.

<sup>3</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 апреля 2008 г. № 7-П // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 2089; Постановление Конституционного Суда РФ от 30 июня 2011 г. № 13-П // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3991.

Одним из важных решений Конституционного Суда РФ, сформулировавшим право на компенсацию вреда за принятый нормативный акт при нарушении процедуры его принятия, является постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. по делу о проверке конституционности постановления Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 28 июня 2000 г. «О внесении изменения в постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации “Об объявлении амнистии в связи 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов” в связи запросом Советского районного суда г. Челябинска и жалобами ряда граждан»<sup>1</sup>. Суд признал, что имело место нарушение процедуры принятия нормативного акта законодательным органом, правила, установленные ранее этим актом, отменяются законодателем и субъект не воспользовался предоставленными правами по не зависящим от него причинам. Суд сформулировал право ответственности и возмещение вреда за незаконный принятый нормативный акт, но до настоящего времени закона об ответственности высшего законотворческого органа нет — пробел в праве. Статья 1069 ГК РФ не распространяется на высший законодательный орган, поэтому данное постановление можно считать прецедентом, определяющим ответственность высшего законодательного органа за незаконно принятый акт.

Суд признал, что в результате лица, чье правовое положение полностью зависело от государства, которое первоначально предоставило им право на восстановление правового статуса, а затем — вследствие несвоевременного устранения дефектов собственного правового акта — лишило их возможности воспользоваться амнистией, претерпели излишние, не обусловленные целями уголовной ответственности и назначенным наказанием страдания, что противоречит содержащемуся в Конституции РФ запрету унижающего человеческое достоинство обращения со стороны государства и его органов по отношению к любому лицу.

Таким образом, Суд установил за лицами, которые не воспользовались актом амнистии, право на возмещение ущерба. Тем самым создан судебный прецедент, устанавливающий ответственность за незаконно принятый Государственной Думой Федерального Собрания РФ нормативный правовой акт<sup>2</sup>. Применение данного прецедента судами возможно, но вот его законодательное закрепление будет зависеть от воли законодательной власти.

<sup>1</sup> Российская газета. 2001. 18 июня.

<sup>2</sup> См.: Гук П.А. Судебное нормотворчество: теория и практика / под ред. Н.И. Матузова. Пенза, 2009. С. 113–114.

Механизм по приведению законов и иных нормативных актов в соответствие с Конституцией РФ в связи с решением Конституционного Суда РФ заложен в ст. 80 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» и применяется уполномоченными органами. Это одна из законодательных форм влияния судебной практики на устранение пробела в правовом регулировании, один из способов имплементации судебных норм в законодательство.

Большую роль в имплементации норм Конвенции по правам человека играет ЕСПЧ, рассматривающий жалобы граждан в спорах с Российской Федерацией. При признании нарушения Конвенции страной-ответчиком, в частности Россией, нормы законодательства не могут применяться судебными органами и требуют изменения со стороны законодательного органа. В таких случаях усматривается пробел в законодательстве, а иногда в национальном праве, и суд применяет уже прецедент ЕСПЧ до внесения изменений в закон.

Так, был принят Федеральный закон «О компенсации за нарушение сроков рассмотрения дела и сроков исполнения судебного акта» (пробел в праве), который восполнил пробел в национальном законодательстве о праве на компенсацию морального вреда за нарушение сроков рассмотрения дел и исполнения судебных актов.

По инициативе Верховного Суда РФ внесен законопроект о возмещении вреда государством при нарушении права на судопроизводство в разумные сроки и нарушении права при неисполнении судебных решений в установленные сроки. Реализация этих предложений позволяет обеспечивать защиту прав граждан со стороны государства с помощью самих судебных органов. Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»<sup>1</sup> предоставляет право стороне судопроизводства обратиться в национальный суд за компенсацией о нарушении разумного срока.

А.И. Абрамова справедливо отмечает, что правовосполнительная функция суда, оказывающая влияние на правотворческий и правоприменительный процесс, осуществляется в рамках процесса правотворчества<sup>2</sup>.

Существует два основных способа устранения и преодоления пробелов — законодательный и судебный. Законодательный порядок устранения пробелов довольно долгий и сложный, но такой порядок

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

<sup>2</sup> См.: Абрамова А.И. Подзаконное правотворчество в современном понимании: реалии и перспективы // Журнал российского права. 2019. № 8. С. 32–33.

позволяет устранить как пробел норм права в законах, так и пробел в регулировании общественных отношений при отсутствии закона.

Если законодатель устраняет пробелы в законодательстве, то суд преодолевает их в процессе своей деятельности в случае выявления пробелов при рассмотрении споров, при проверке на соответствие нормы права Конституции РФ или закону.

В правовых системах вопрос о преодолении пробелов судебными органами решается по-разному. При этом немаловажное значение имеют судебное нормотворчество и формы его выражения, а именно: судебный прецедент, судебная практика и правовые позиции высших судебных органов. По нашему мнению, судебное нормотворчество высших судебных органов начинает действовать тогда, когда это связано с пробелами в нормативно-правовом регулировании общественных отношений, коллизиями между нормативными актами, отсутствием единообразного толкования принципов и норм права, отсутствием новой нормы права после признания прежней не соответствующей нормативному акту с большей юридической силой.

В январе 2018 г. Президент России В.В. Путин, выступая на юбилее Верховного Суда РФ, подчеркнул, что «большое значение имеет правотворческая деятельность Верховного Суда. Она позволяет восполнять пробелы в законодательстве, устранять противоречия, придает многим нормам большую четкость и ясность»<sup>1</sup>. Судебное нормотворчество поддерживается научной и судебной доктриной и позволяет судебным органам при возникновении пробелов в праве, законе выработать общие правила для урегулирования спора, закрепив их в судебном акте.

Следует различать преодоление пробелов судебным прецедентом и судебной практикой, содержащей правовые позиции прецедентного характера. Судебный прецедент создается по конкретному делу, содержит правовую основу (*ratio decidendi*), которая становится обязательной как для конкретного случая, так и для других аналогичных случаев. Действие поддерживается принципом прецедента (*Stare decisis*). Судебная практика складывается как из однородных конкретных дел, единообразно разрешивших вопрос о преодолении пробела, так и на основе анализа и обобщения рассмотренных дел, когда вырабатываются положения, преодолевающие пробел в законодательстве. В дальнейшем судебные положения учитываются законодателем для устранения пробела в праве или законе.

В заключение отметим, что научная доктрина в основном стоит на позиции признания судебного нормотворчества за высшими

---

<sup>1</sup> БВС РФ. 2018. № 2. С. 1.

судебными органами (Конституционным Судом РФ и Верховным Судом РФ)<sup>1</sup>, необходимо законодательно закрепить нормотворческую функцию за высшими судебными органами. Если не удастся решить данный вопрос посредством законодательного признания, то должна действовать судебно-правовая доктрина судебного нормотворчества — его форм судебного прецедента и судебной практики, единства судебного прецедента и судебной практики, воплощение результатов их деятельности (судейских норм) в закон, то есть имплементация судебских норм в законодательство. Данная доктрина поможет обеспечить как формирование и применение судебских норм в преодолении пробелов в праве и в законе, так и их имплементацию в законодательство с целью устранения пробелов.

С учетом сложившейся судебной практики и научной доктрины следует законодательно признать судебное нормотворчество, дополнив ст. 127 Конституции РФ (конституционный пробел — в гл. 7), а именно: «Судебное нормотворчество осуществляется Конституционным Судом РФ и Верховным судом РФ в пределах своих полномочий».

Судебные акты Конституционного Суда РФ в форме постановлений и определений, содержащие правовые позиции нормативного характера, толкование принципов и норм права, норм Конституции РФ, имеют обязательную силу.

Постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие правовые позиции, разъяснения о применении норм права, их конкретизацию, правила, толкование принципов и норм права в целях единообразия судебной практики учитываются нижестоящими судебными органами при рассмотрении и разрешении дел.

Президиум Верховного Суда РФ обеспечивает единство судебной практики при рассмотрении дел в порядке надзора, в порядке возобновления производства по новым или вновь открывшимся обстоятельствам».

Вот это и будет имплементация доктрины и судебной практики в основной закон.

Законодательное признание судебного нормотворчества позволит оптимизировать развитие судебной власти в движении к правовому государству. Следует согласиться с утверждением В.В. Лазарева о

---

<sup>1</sup> См., например: Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. М., 2004; Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2007; Потапенко С.В., Данилян А.С. Судебное правотворчество в контексте правовой системы России: вопросы теории и практики. Краснодар, 2018; Кучин М.В. Судебное нормотворчество: концептуальные основы. М., 2019; Гук П.А. Основы судебного нормотворчества. Пенза, 2019 и др.

том, что «судебная система в России движется в сторону прецедентного права и лучше прямо пустить прецедент в дверь. Закону в его компании будет комфортнее»<sup>1</sup>.

---

---

Коришнуова П.В.

## **ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ КАК СРЕДСТВО ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

Пробел в законодательстве — один из дефектов правового регулирования, которые в целом приводят к нарушению конституционных установлений. Пробелы в законодательстве наличествуют в каждой правовой системе государства, имеющей дифференцированное законодательство и большую систему правоотношений.

В российской науке можно встретить отождествление терминов «пробел в праве» и «пробел в законодательстве», однако данные понятия следует разграничивать. Пробел в законодательстве — разновидность пробела в праве; это полное или частичное отсутствие конкретной законодательной нормы для урегулирования конкретных правоотношений. Государство стремится если не ликвидировать пробелы, то хотя бы свести их к минимуму, для чего разрабатывает и применяет различные механизмы. Одним из таких по праву можно считать и правоприменительную деятельность, что по сути относится к деятельности судебных органов. Суды в процессе осуществления правосудия и создания судебной практики выявляют и преодолевают недостатки законодательства. Данная ситуация представляется как своеобразный ориентир для единообразного рассмотрения судебных споров, правильного правоприменения, толкования и совершенствования законодательства<sup>2</sup>.

Пробел в законодательстве можно устранить или преодолеть. Устранить пробел вправе только органы законодательной ветви власти путем отмены, изменения существующей правовой нормы,

---

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 13; Его же. Снова поднят вопрос о прецеденте в правовой системе России // Закон. 2020. № 1.

<sup>2</sup> См.: Гук П. А. Основы судебного нормотворчества: избранные труды. Пенза: Изд-во ПГУ, 2019. С. 131.



а также путем принятия новой. Восполнение или преодоление пробела отнесено к компетенции иных органов, в том числе судебных. Преодоление пробела — это правила применения нормы права с использованием аналогии закона и аналогии права, что продиктовано положениями судебного толкования. При этом судами не создается новая норма.

Важнейшая роль по преодолению пробелов в законодательстве возлагается на Конституционный Суд РФ — единственный орган конституционного контроля в России. Его решениям и актам законодательно придается общеобязательный характер.

Есть мнение, что решения Конституционного Суда РФ имеют силу нормативного акта, но не потому, что создают новую норму, а потому, что дают указания изменить или отменить неконституционную норму<sup>1</sup>.

Решения Конституционного Суда РФ можно рассматривать по-разному — как акты нормативного характера (источник права), как судебные прецеденты, как правоприменительные акты и акты толкования, однако все они содержат правовые позиции, посредством которых и происходит восполнение законодательных пробелов в доктринальном и практическом смысле. Например, В.В. Лазарев определяет решения Конституционного Суда РФ как «источник права, посредством которого осуществляется временное восполнение пробела в законе, дающее нормативно-правовую основу для преодоления пробела судами и другими правоприменительными органами впредь до восполнения пробела в законе самим законодателем».

Правовые позиции Конституционного Суда РФ — особая форма судебного нормотворчества. В процессе ее осуществления формулируется конкретное положение, отнесенное к категории правовых позиций. Понятие «правовая позиция» исходит от самого Конституционного Суда РФ, поскольку в Законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» в ст. 29 и 47.1 указывается на их существование, однако смысл их нормативно так и не установлен. В науке понимание правовых позиций Конституционного Суда РФ также неоднозначно. Исследователи анализируют юридическую природу правовых позиций Конституционного Суда РФ достаточно широко и склонны относить к таковым «систему правовых аргументов, положенных в основу решения Конституционного Суда РФ»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См.: Радько Т.Н. Теория государства и права. М.: Проспект, 2014. С. 376–377.

<sup>2</sup> См.: Власенко Н.А. Правовые позиции: понятие и виды // Журнал российского права. 2008. № 12 (144). С. 77–86; Судебные правовые позиции (основы теории) /



Во-первых, правовые позиции отражают отношение Суда «к значимым правовым явлениям, отраженное в его решениях, которыми он руководствуется при рассмотрении конкретных дел»<sup>1</sup>.

Во-вторых, правовые позиции — это «обнаруженный на примере исследования конституционности какой-то одной оспариваемой нормы принцип решения группы юридических дел»<sup>2</sup>. При этом Б.А. Страшун определяет правовые позиции Конституционного Суда достаточно авторитарно, говоря о них как об «общеобязательных предписаниях для законодателя и правоприменителя»<sup>3</sup>.

В-третьих, правовые позиции — это «правовые идеи или единичная идея, которые могут быть выражены в форме мнения, вывода и пр., и являются результатами толкования Конституции»<sup>4</sup>. Правовые позиции обладают признаками устойчивости и определенности и при этом предопределяют содержание решений Конституционного Суда РФ<sup>5</sup>.

Д.Ю. Семенов и Е.С. Бутурлина под правовыми позициями Конституционного Суда РФ понимают «различные положения, являющиеся выводами из постановлений Конституционного Суда РФ, разъясняющие и уточняющие статьи Конституции РФ, определяющие конституционный смысл различных положений нормативных правовых актов в пределах компетенции Конституционного Суда РФ»<sup>6</sup>. Сходную позицию занимает и С.Н. Купцова, которая

---

Власенко Н.А., Гринева А.В. М.: ИД «Юриспруденция», 2009; Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012; Беляков А.А. Модернизация российской судебной системы: теоретико- правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; Анишина В.И. Запрос суда в Конституционный Суд РФ о проверке конституционности закона: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2001.

<sup>1</sup> Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в РФ. М.: БЕК, 1998; Анишина В.И. Правовые позиции Конституционного суда России // Российская юстиция. 2000. № 7. С. 11–12.

<sup>2</sup> Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. М.: Юристъ, 2000. С. 102.

<sup>3</sup> Гук П. А. Основы судебного нормотворчества: избранные труды. Пенза: Изд-во ПГУ, 2019. С. 155.

<sup>4</sup> Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. М.: Юристъ, 2000; Лазарев Л.В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 3–13.

<sup>5</sup> Удодова М.А. Механизм воздействия судебной практики на законодательство: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 95.

<sup>6</sup> Гук П. А. Основы судебного нормотворчества: избранные труды. Пенза: Изд-во ПГУ, 2019. С. 1226.

говорит о правовых позициях в целом: «правовая позиция суда — это система наиболее значимых аргументов и положений, основанных на интерпретации конституционных принципов и норм права, отраженных в мотивировочной части решения (коллегии судей) по оценке актов, действий, коллизионных ситуаций, призванное разрешить возникшую правовую неопределенность, либо направленное на формирование единообразной практики применения норм права<sup>1</sup>.

Таким образом, основываясь на вышесказанном, считаем логичным определить правовые позиции Конституционного Суда РФ как обусловленные отношением и аргументированные суждения Суда относительно содержания нормы права или их системы, представляющие собой вариант понимания и использования данной нормы или их системы, изложенные в официальных актах Конституционного Суда РФ.

Примечательно, что Конституционный Суд РФ не наделен правом оценивать конституционность пробелов в законодательстве. Однако Суд, обнаружив в ходе рассмотрения конкретного дела пробел, не вправе проигнорировать его и обязан по возможности указать законодателю на наличие недостатка. Это послужило причиной для формулирования правовой позиции Суда, согласно которой «пробельность закона может являться основанием проверки его конституционности, если возникший пробел приводит к такому истолкованию и применению закона, которое нарушает или может нарушить конкретные конституционные права. По результатам оценки влияния законодательного пробела на конституционность регулирования Конституционный Суд РФ предписывает законодателю преодолеть соответствующим образом имеющий место пробел»<sup>2</sup>, а первоначальное преодоление пробела в дальнейшем может привести к его фактическому устранению.

Существуют следующие способы преодоления пробелов в законодательстве, реализуемые Конституционным Судом РФ:

1. *Прямое применение норм Конституции РФ.* Суд предписывает применять норму Конституции РФ, если отсутствует иная, специальная правовая норма<sup>3</sup>. При этом Конституционный Суд РФ подтверждает само конституционное положение.

<sup>1</sup> Купцова С.Н Судейское право: общетеоретический и сравнительный аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2017. С. 115.

<sup>2</sup> Информация «Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Конституционного Суда РФ 2013–2015 годов). Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Зорькин В. Д. Современный мир, право и Конституция. М.: Норма, 2010. С. 180.

2. *Использование приема аналогии.* Согласно правовой позиции, изложенной в одном из определений Конституционного Суда РФ, «применение аналогии закона обусловлено необходимостью восполнения пробелов в правовом регулировании тех или иных отношений. Закрепление подобного права... вытекает из принципа самостоятельности судебной власти и является одним из проявлений дискреционных полномочий суда, необходимых для осуществления правосудия, поскольку невозможность применения норм права по аналогии при наличии неурегулированных отношений привела бы к невозможности защиты прав граждан и в конечном итоге к ограничению их конституционных прав»<sup>1</sup>.

3. *Толкование Конституционным Судом РФ норм права.* При этом Суд не констатирует наличие пробела, а восполняет его посредством разъяснения конституционно-правового смысла и содержания правовой нормы. Правовые позиции также содержатся и в актах толкования, которые создает Конституционный Суд РФ, согласно положениям ч. 5 ст. 125 Конституции РФ. При этом Суд не изменяет основного текста закона или Конституции: в его компетенцию входит лишь дача разъяснений о том, как понимать и применять конкретную норму или нормы. Суд выясняет реальный и правильный смысл положений закона, обогащая смысловое содержание тех норм, которые уже существуют. Например, в постановлении от 23 декабря 2013 г. № 29-П Конституционный Суд РФ отметил, что «вытекающее из статьи 126 Конституции РФ и конкретизированное в Федеральном конституционном законе от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ "О судах общей юрисдикции в Российской Федерации" правомочие Пленума Верховного Суда РФ давать судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства РФ в целях обеспечения единства судебной практики (п. 1 ч. 4 ст. 14) направлено на поддержание единообразия в толковании и применении норм права судами общей юрисдикции и является одним из элементов конституционного механизма охраны единства и непротиворечивости российской правовой системы»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 16 марта 2006 г. № 76-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Миронова Юрия Николаевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 1 Гражданского процессуального кодекса РФ». Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 2013 г. № 29-П «По делу о проверке конституционности абзаца 1 пункта 1 статьи 1158 ГК РФ в связи с жалобой гражданина М.В. Кондрачука» // СЗ РФ. 2014. № 1. Ст. 79.

Аналогичное положение содержится в постановлении Конституционного Суда РФ от 17 октября 2017 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса РФ в связи с жалобами граждан Д.А. Абрамова, В.А. Ветлугаева и других», в которой Конституционный Суд РФ запретил судебным коллегиям Верховного Суда РФ «менять судебную практику»<sup>1</sup>.

4. *Установление правового регулирования до принятия нормативного акта законодателем.* Это происходит в процессе принятия законопроекта: Конституционный Суд РФ дает заключение о конституционности положений закона. В случае, если заключение будет отрицательным, законопроект не может быть принят. Такой способ представляет собой явное нормотворчество и обуславливается необходимостью защиты конституционных прав человека и гражданина и их реализации. Данное правило отвечает требованиям ст. 79 ФКЗ «О конституционном Суде Российской Федерации».

5. *Установление в правовых позициях порядка реализации правовых норм.* Конституционный Суд РФ устанавливает порядок реализации определенных норм, создавая образец правоприменения, который может быть использован в течение длительного времени<sup>2</sup>. Например, постановлением Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П впервые легально была закреплена обязательность позиций Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ при рассмотрении судами конкретных дел. В настоящее время эти постановления являются действующими в той мере, в которой они не были отменены новыми постановлениями Верховного Суда РФ. В июне 2015 г. принят и опубликован Федеральный закон от 29 июня 2015 г. № 190-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», который принят в целях реализации правовой позиции Конституционного Суда РФ<sup>3</sup>. Конституционный

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17 октября 2017 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности п. 5 ч. 4 ст. 92 ГПК РФ в связи с жалобами граждан Д.А. Абрамова, В.А. Ветлугаева и других» // Российская газета. 2017. № 7419 (253).

<sup>2</sup> Скворцова Г.Н. Законодательные пробелы и способы их преодоления и устранения Конституционным Судом РФ // Огарёв-Online. 2016. № 8 (73). С. 7.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31 января 2011 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений частей 1, 3, 9 статьи 115, пункта 2 части 1 статьи 208 УПК РФ и абзаца 9 пункта 1 статьи 16 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Недвижимость-М», общества с ограниченной ответственностью «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л.И. Костаревой» // СЗ РФ. 2011. № 6. Ст. 897.

Суд РФ констатировал, что в случае приостановления предварительного расследования необходимо осуществлять защиту права собственности лиц, чье имущество было арестовано в рамках производства по уголовному делу. Суд также указал, что этим гражданам должна быть выплачена компенсация за убытки и вред, причиненные необоснованно длительным применением этой меры.

6. *Правовые позиции, содержащиеся в решениях Конституционного Суда РФ.* Они влияют на совершенствование российского законодательства посредством вынесения решений Конституционного Суда РФ о признании той или иной нормы закона не соответствующей Конституции РФ, поскольку в случае удовлетворения требований заявителя Суд указывает законодателю на ошибку, допущенную им при принятии нормативного акта или правовой нормы, и дает конкретное указание изменить или отменить их. При этом важно заметить, что правовые позиции, вырабатываемые Конституционным Судом РФ, не должны вступать в противоречие с законами, за исключением позиций Суда о признании закона или его нормы неконституционными, а указания Конституционного Суда РФ не могут быть обжалованы и обязательны к исполнению. Например, в постановлении от 31 марта 2015 г. № 6-П Конституционный Суд РФ обнаружил законодательный пробел, поскольку в законе отсутствовал механизм судебного рассмотрения дел об оспаривании актов федеральных органов исполнительной власти, являющихся актами разъяснения тех или иных законоположений и обладающих нормативными свойствами. Судом было принято решение дать указание законодателю устранить пробел путем внесения «в действующее правовое регулирование изменения, направленные на установление особенностей судебного рассмотрения дел об оспаривании актов федеральных органов исполнительной власти, в том числе актов Федеральной налоговой службы, содержащих разъяснения налогового законодательства, которые формально не являются нормативными правовыми актами, но фактически обладают нормативными свойствами»<sup>1</sup>. Впоследствии пробел в законодательстве был устранен, правовые позиции Конституционного Суда РФ получили закрепление в тексте закона<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности п. 1 ч. 4 ст. 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» и абзаца 3 подпункта 1 статьи 342 Налогового кодекса РФ в связи с жалобой открытого акционерного общества «Газпром нефть» // СЗ РФ. 2015. № 15. Ст. 2301.

<sup>2</sup> Федеральный конституционный закон от 15 февраля 2016 г. № 2-ФКЗ «О внесении изменений в статью 43.4 Федерального конституционного закона «Об арби-

Таким образом, Конституционный Суд РФ в целях устранения законодательного пробела, возлагая на законодателя обязанность внести изменения в правовое регулирование, *задает общие принципы, ориентиры для такого регулирования*<sup>1</sup>. При этом Суд, как правило, указывает на невозможность устранения этого пробела им самим. В этом случае Суд действует «проявляя разумную сдержанность, предопределяемую его конституционными полномочиями и местом в системе разделения властей»<sup>2</sup>.

Таким образом, восполнение и преодоление пробелов — один из важнейших и значимых видов государственной деятельности. Особую роль в ней играют правовые позиции Конституционного Суда РФ, которые являются прообразом законодательного изменения правовых норм. Конституционный Суд РФ реализует свои конституционные полномочия, связанные с преодолением пробелов в законодательстве, формулируя ключевые правовые позиции; помогает законодателю своевременно выявить, восполнить и не допустить пробелов в законодательстве; преодолевает пробелы в законодательстве посредством сформулированных и выраженных правовых позиций. Правовые позиции Конституционного Суда РФ — это обусловленные отношением и аргументированные суждения Суда относительно содержания нормы права или их системы, представляющие собой вариант понимания и использования данной нормы или их системы, изложенные в официальных актах Конституционного Суда РФ.

Правовые позиции являются средством преодоления пробелов в законодательстве, что возможно следующими способами:

- 1) прямое применение норм Конституции РФ;
- 2) использование приема аналогии;
- 3) толкование Конституционным Судом РФ норм права;
- 4) установление правового регулирования до принятия нормативного акта законодателем;
- 5) установление в правовых позициях порядка реализации правовых норм;

---

тражных судах в Российской Федерации» и статью 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 7. Ст. 896.

- 1 Никифорова Е.А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ относительно пробелов в праве // Экономика и право: анализ тенденций и перспектив развития: материалы Всероссийской научно-практической конференции: в 2 ч. Нижегородский государственный архитектурно-строительный университет, 2016. С. 98.
- 2 Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2011 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 90 УПК РФ в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко» // СЗ РФ. 2012. № 2. Ст. 398.

б) признание Конституционным Судом РФ той или иной нормы закона не соответствующей Конституции РФ.

Однако следует констатировать, что нормативное отсутствие полномочий Конституционного Суда РФ проверять конституционность пробелов, образовавшихся ввиду отсутствия нормативного правового акта, влечет неоднозначное понимание решений Конституционного Суда РФ и негативно влияет на эффективность конституционного правосудия. Эта ситуация не способствует поддержанию конституционной законности, а устранение данного недостатка будет способствовать правильному пониманию статуса высшего органа судебной власти и устранил проблемы в его практической деятельности.

---

---

Оганесян Т.Д.

## **ПИЛОТНЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ЕСПЧ КАК СРЕДСТВО УСТРАНЕНИЯ СТРУКТУРНЫХ ПРОБЛЕМ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ ГОСУДАРСТВ-ОТВЕТЧИКОВ**

Основной причиной возникновения идеи процедуры пилотного постановления явилось постоянно растущее число аналогичных дел, ожидающих рассмотрения ЕСПЧ, и нежелание государств-членов принять общие меры, направленные на устранение внутренней системной (структурной) проблемы. По мнению М.Л. Энтина, ЕСПЧ стал «жертвой своего собственного успеха, своей популярностью»<sup>1</sup>. В то же время профессор Утрехтского университета Лео Ф. Зваак считает ЕСПЧ «жертвой не своего собственного успеха, а жертвой общего нежелания государств-членов относиться к Суду со всей серьезностью»<sup>2</sup>.

Многие из примерно 59 800 дел, находящихся на рассмотрении ЕСПЧ, являются так называемыми повторяющимися делами, которые связаны с наличием на национальном уровне структурных (системных) проблем. Процедура пилотного постановления была

---

<sup>1</sup> Энтин М.Л. Настоящее и будущее Интерлакенского процесса // Вся Европа.ru. 2010. 1(40). URL: <http://alleuropalux.org/?p=2508>

<sup>2</sup> Zwaak L.F., Cachia T. The European Court of Human Rights: A Success Story? Human Rights Brief. Vol. 11. No. 3. 2004. P. 35.



разработана в качестве метода выявления структурных проблем, лежащих в основе повторяющихся дел против многих стран, и наложения на государства обязательства решать эти проблемы. В пилотном постановлении задача Европейского Суда состоит не только в том, чтобы решить, имело ли место нарушение Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция) в конкретном случае, но и в том, чтобы выявить системную проблему и предписать государству-ответчику четкие указания об общих мерах, направленных на устранение выявленной проблемы.

Ключевой особенностью процедуры пилотного постановления является возможность приостановления, или «заморозки», рассмотрения аналогичных дел на определенный период времени при условии, что государство-ответчик примет национальные меры, необходимые для исполнения пилотного постановления. Однако ЕСПЧ может возобновить рассмотрение отложенных дел, когда этого требуют интересы правосудия, если общие меры не будут приняты в установленные сроки.

Первое пилотное постановление было принято ЕСПЧ в 2004 г. по делу «Брониовски против Польши», которое касалось прав примерно 80 тыс. человек. В феврале 2011 г. ЕСПЧ дополнил Регламент Суда новым положением (правило 61) о процедуре пилотного постановления. Данное положение более детально регламентирует порядок и основания вынесения пилотных постановлений.

Европейский Суд по правам человека вынес 31 пилотное постановление в отношении 17 государств — участников Конвенции. Со времени введения данной процедуры ЕСПЧ наработана практика вынесения пилотных постановлений, в том числе и в отношении России как государства-ответчика, что, в свою очередь, обязывает власти Российской Федерации принимать меры общего характера для устранения структурных (системных) проблем национальной правовой системы.

В соответствии с предписанными ЕСПЧ мерами общего характера, указанными в пилотных и квазипилотных постановлениях, продолжается работа по внесению изменений в российское законодательство. На рассмотрении Государственной Думы находится ряд законопроектов, разработанных с учетом предписанных Европейским Судом мер общего характера, а федеральные органы исполнительной власти, в свою очередь, продолжают работу по реализации мер общего характера по делам «Ананьев и другие против России», «Томов и другие против России» (о ненадлежащих условиях транспортировки заключенных), «Евдокимов и другие против России» (о небеспе-



чении личного участия заявителей, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы, в судебных заседаниях по рассмотрению их гражданских исков), «Лашманкин и другие против России» (об отсутствии эффективных гарантий защиты от произвольного и дискриминационного осуществления широкой свободы усмотрения при принятии решений о согласовании времени и места проведения публичных мероприятий), «Лю и Лю против России» (о необеспечении надлежащих процессуальных гарантий при принятии в отношении заявителей решений об отказе в предоставлении разрешения на временное проживание, о нежелательности пребывания на территории Российской Федерации, о неразрешении въезда в страну по мотиву угрозы национальной безопасности), «Захаров против России» (о применении негласных методов наблюдения), «Новрук и другие против России» (о принятии решений о нежелательности пребывания и об отказе в выдаче разрешений на временное проживание лицам, имеющим ВИЧ-положительный статус) и др.

Принятие пилотных постановлений «Бурдов против России (№ 2)» и «Герасимов и другие против России» позволило установить четкие критерии оценки длительности судебного разбирательства, что сыграло важную роль в развитии института компенсации за нарушение разумного срока судопроизводства в национальном процессуальном законодательстве. Имплементация предписаний пилотного постановления «Ананьев и другие против России» способствовала не только улучшению условий содержания заключенных в пенитенциарных учреждениях, но и созданию механизма правовой защиты в случае нарушения надлежащих условий содержания под стражей.

Постановлением по делу «Ананьев и другие против Российской Федерации» от 10 января 2012 г. ЕСПЧ установил наличие в Российской Федерации структурной проблемы ненадлежащих условий содержания под стражей, в местах лишения свободы и отсутствие эффективных средств правовой защиты от соответствующих нарушений. При анализе российского законодательства Европейский Суд констатировал неэффективность российских правозащитных механизмов восстановления нарушенных прав в результате ненадлежащих условий содержания под стражей, в исправительных учреждениях, в том числе механизмов возмещения причиненного вреда.

В связи с этим в целях реформирования судебных средств правовой защиты от нарушений, связанных с необеспечением надлежащих условий содержания под стражей (содержания в исправительных учреждениях) подозреваемых, обвиняемых и осужденных в совершении преступлений, 17 декабря 2019 г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодатель-

ные акты Российской Федерации в части совершенствования компенсаторного судебного средства правовой защиты от нарушений, связанных с необеспечением надлежащих условий содержания под стражей и в исправительных учреждениях» (далее — Закон о компенсации за ненадлежащие условия содержания под стражей).

При разработке этого закона учитывались стандарты международного права и практики Европейского Суда, а также опыт нормативно-правового регулирования сходных правоотношений в других странах. В частности, было принято во внимание то, что создаваемое средство правовой защиты должно быть ясным, понятным и доступным, что административное исковое заявление о компенсации должно быть рассмотрено в разумные сроки и компенсация должна быть выплачена сразу после принятия решения о ее присуждении, что процедуры, устанавливающие порядок рассмотрения административных исковых заявлений о компенсации, и принятие по ним решений должны соответствовать требованиям справедливого рассмотрения по смыслу Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Принятый закон устанавливает право лиц, находящихся в местах содержания под стражей (учреждениях уголовно-исполнительной системы), на получение компенсации за нарушение условий содержания под стражей (содержания в исправительных учреждениях) за счет средств федерального бюджета на основании судебного решения, принятого в порядке административного судопроизводства. Предполагается, что соответствующие требования будут рассматриваться в порядке, установленном гл. 22 КАС РФ, ввиду того, что первоочередной задачей суда является установление, имело ли место нарушение условий содержания под стражей в исправительных учреждениях.

Статья 3 закона устанавливает, что суды при рассмотрении административного искового заявления об оспаривании решения, действия (бездействия) федерального органа исполнительной власти, учреждения, их должностных лиц, на которых в соответствии с законодательством Российской Федерации возложены обязанности по обеспечению надлежащих условий содержания под стражей, в исправительных учреждениях, принимают во внимание фактические обстоятельства допущенных нарушений, их продолжительность и последствия. Закон не предусматривает чрезмерного бремени доказывания, налагаемого на заявителя в рамках рассмотрения дела о взыскании компенсации. Обязанность опровержения доводов заявителя по существу возлагается на российские компетентные органы. Кроме того, выплата компенсации производится вне зависимости от вины федерального органа исполнительной власти, учреждения, их должностных лиц, на которых в соответствии с зако-

нодательством Российской Федерации возложены обязанности по обеспечению надлежащих условий содержания под стражей, в исправительных учреждениях.

Анализ практики Европейского Суда по жалобам на нарушение условий содержания в изоляторах временного содержания, следственных изоляторах, исправительных учреждениях, в которых установлены соответствующие нарушения, показал, что суммы, присужденные Европейским Судом, значительно превышают суммы компенсации, присужденные решениями российских судов.

Внесение соответствующих изменений в законодательство Российской Федерации позволит создать эффективное национальное средство правовой защиты и его признание таковым Европейским Судом, а также перенести бремя защиты прав российских граждан на национальный уровень, что положительно скажется на имидже Российской Федерации и будет способствовать существенному сокращению расходов федерального бюджета, связанных с выплатой компенсаций по постановлениям Европейского Суда.

Кодекс административного судопроизводства РФ дополнен специальной ст. 227.1, регламентирующей порядок подачи и рассмотрения административного иска о компенсации, связанной с условиями содержания под стражей.

Проблема ненадлежащих условий содержания под стражей и отсутствие эффективных средств правовой защиты были выявлены Европейским Судом также в постановлениях по делам "Rezmiş and Others v. Romania", "Varga and Others v. Hungary", "Neshkov and Others v. Bulgaria", "Torreggiani and Others v. Italy". Одним из последних стало пилотное постановление по делу «Сукачев против Украины» от 30 января 2020 г., в котором ЕСПЧ вынес свое первое постановление в отношении Украины по данному вопросу. Данная проблема затронула и способна затронуть значительную часть людей, и существует настоятельная необходимость в скорейшем и надлежащем решении этой проблемы на национальном уровне. Представляется, что опыт принятия соответствующих мер российскими властями по устранению проблемы ненадлежащих условий содержания под стражей может быть полезен и для украинских властей, которым принятие общих мер еще предстоит в будущем.

Для эффективности созданных средств правовой защиты государствам-ответчикам требуются постоянный мониторинг за состоянием законодательства, совершенствование отдельных аспектов правоприменительной практики и — не менее важное — своевременное и достаточное выделение необходимых бюджетных средств для присуждения компенсаций.

Что касается структурных проблем, выявляемых Европейским Судом в российской правовой системе, то они разнообразны и в то же время взаимосвязаны. Для обеспечения результативности мер общего характера российским властям следует уделять должное внимание проблемам правоприменительной и административной практики, которые приводят к повторяющимся нарушениям Конвенции.

Реализация мер, предписанных пилотными постановлениями по делам «Бурдов против России (№ 2)» и «Герасимов и другие против России», повлияла на развитие института компенсации за нарушение разумного срока судопроизводства в национальном процессуальном законодательстве и позволила впервые установить критерии оценки длительности судебного разбирательства. При этом необходимо повышать эффективность созданных средств правовой защиты. Суммы компенсаций, присуждаемые национальными судами Российской Федерации за нарушение сроков исполнения судебных актов или судопроизводства в разумный срок, ненадлежащих условий содержания под стражей, существенно ниже тех сумм, которые присуждаются ЕСПЧ в аналогичных случаях. В России продолжается работа по исполнению предписаний пилотного постановления «Ананьев и другие против России», которая способствовала не только улучшению условий содержания заключенных в пенитенциарных учреждениях, но и созданию механизма правовой защиты в случае нарушения надлежащих условий содержания под стражей.

---

---

**Фокин Е.А.**

## **СУДЕБНАЯ ОЦЕНКА ПРОБЕЛОВ АРБИТРАЖНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

В российской науке процессуального права, как и в других отраслевых правовых науках, проблематике пробелов уделяется достаточно большое внимание. В первую очередь следует отметить диссертационное исследование Д.А. Туманова, в котором впервые была системно осмыслена специфика пробелов именно в процессуальном праве<sup>1</sup>. Среди выводов ученого особой поддержки заслуживает тезис

---

<sup>1</sup> См.: Туманов Д.А. Пробелы в гражданском процессуальном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

о том, что пробельность процессуального законодательства в конечном счете негативно влияет на доступность правосудия, создавая препятствия на пути к получению реальной судебной защиты. Внимания заслуживает и диссертационное исследование А.В. Германова, посвященное аналогии закона в гражданском процессуальном праве<sup>1</sup>. Диссертант, в частности, предпринял в целом успешную попытку разграничить квалифицированное молчание законодателя и пробел в процессуальном законодательстве, что само по себе может быть интересно не только для процессуального права, но и для других отраслей.

Что касается российского арбитражного процессуального права, то оно находится в стремительном развитии, а поправки в АПК РФ стали явлением крайне частым. При этом значительное количество поправок носят не просто «косметический» характер, а концептуально переосмысливают фундаментальные начала правосудия по экономическим спорам (например, законодательная инициатива о пересмотре обязательного характера мотивировочной части судебного решения).

Нередко поправки в АПК РФ принимались в конкретных целях устранения законодательных пробелов, которые в отдельных практических ситуациях оказывались достаточно значительными по масштабам. Показательна, например, эволюция процессуально-правового регулирования корпоративных споров. До 2009 года такое регулирование в законодательстве отсутствовало полностью, что на практике создавало ряд проблем, связанных с определением подсудности, субъектного состава споров, содержанием судебного решения и т.д. Кроме того, специфика корпоративных правоотношений сама по себе требовала содержательных особенностей процедур разрешения соответствующих споров.

Введенная в 2009 г. гл. 29.1 АПК РФ в целом успешно устранила этот значительный по объемам пробел процессуального законодательства. Принятие новых норм процессуального законодательства о корпоративных спорах само по себе не может быть «панацеей» от возникновения новых пробелов и новых прикладных вопросов. Вместе с тем эти пробелы по мере их выявления успешно устраняются судебной практикой. В частности, п. 30 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup> указывает, что ряд корпоративных

<sup>1</sup> См.: Германов А.В. Аналогия закона в гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2019.

<sup>2</sup> БВС РФ. 2015. № 8.

споров (создание, управление некоммерческих организаций или участием в них) относится к подведомственности судов общей юрисдикции. Вместе с тем ГПК РФ положений о корпоративных спорах не содержит. Во избежание возникновения явного пробела в п. 31 вышеуказанного постановления разъясняется возможность применения в гражданском процессе положений АПК РФ о корпоративных спорах по аналогии закона<sup>1</sup>.

В процессуально-правовом регулировании корпоративных споров пробелы имеются. Однако это обстоятельство связано не с какими-либо упущениями законодателя, а с общей сложностью и спецификой корпоративных споров. Так, в научной литературе отмечалась неясность подведомственности отдельных корпоративных споров, а также подлежащая применению к этим спорам процедура судопроизводства<sup>2</sup>. Пункт 9 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ относит к корпоративным споры, вытекающие из деятельности нотариусов по удостоверению сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью. Однако при этом процессуальное законодательство не дает четкого ответа на вопрос о правовом положении нотариуса, о возможности применения положений гл. 37 ГПК РФ<sup>3</sup>, а также об общих пределах применения п. 9 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ, сформулированного не совсем конкретно.

Стремительное развитие общественных отношений и не менее стремительное развитие процессуального законодательства неминуемо влекут возникновение пробелов правового регулирования. Последствия пробелов процессуального права максимально конкретные: затруднения в доступе к правосудию, наличие правовой неопределенности, возникновение тупиковых по сути процессуальных ситуаций и т.п. При этом наличие пробела не снимает стоящей перед судом необходимости осуществления правоприменительной деятельности и разрешения вопроса о том, как применять пробельное по содержанию законодательства.

В связи с этим представляется целесообразным осветить отдельные пробелы арбитражного процессуального законодательства и проанализировать, как на них реагирует судебная практика.

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Кузнецов А.А., Новак Д.В. Вопросы корпоративного права в постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 12. С. 26–60.

<sup>2</sup> См.: Ярков В.В. Комментарий к ст. 225.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. В кн.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.В. Яркова. М.: Статут, 2020. С. 669–670.

<sup>3</sup> Регулируется порядок рассмотрения в судах общей юрисдикции заявлений о совершенных нотариальных действиях или об отказе в его совершении.

Так, показательно включение в АПК РФ положений об обязательном досудебном претензионном порядке урегулирования спора и их последующая эволюция. До 2016 года такой порядок мог предусматриваться либо в силу положений материально-правового законодательства, либо в силу условий конкретного договора. В 2016 году были внесены изменения в п. 5 ст. 4 АПК РФ, предусматривающие за отдельными исключениями необходимость соблюдения претензионного порядка по широкой категории дел («споры, возникающие из гражданских правоотношений»). Кроме того, АПК РФ был дополнен регламентацией процессуальных действий суда при установлении факта несоблюдения истцом обязательного досудебного претензионного порядка урегулирования спора.

Вместе с тем ни материальное, ни процессуальное законодательство не устанавливают каких-либо конкретных требований к содержанию претензии. На практический вопрос, что писать в претензии, законодательство отвечает пробелом. Во многом этот пробел носит объективный характер. Так, процессуальное законодательство регулирует лишь финальный этап претензионного порядка, рассматривая его соблюдение как положительную предпосылку к инициированию судебного процесса. Обязательным субъектом процессуальных отношений является суд. Однако на большинстве этапов претензионного порядка суд отсутствует, и это не дает оснований рассматривать данный порядок как правоприменительный цикл процессуальной деятельности. Сложно представить и включение условий о претензионном порядке в материальное законодательство. Компромиссной видится точка зрения, согласно которой претензионный порядок является комплексным материальным и процессуально-правовым институтом.

Как реагирует судебная практика на взаимосвязь материальных и процессуальных начал в претензионном порядке? Так, показательно постановление Арбитражного суда Центрального округа от 28 ноября 2019 г. по делу Арбитражного суда Республики Крым № А83-20189/2018. В рамках конфликтных отношений, связанных с расторжением договора аренды земельного участка, арендодатель направил арендатору претензию, которую последний, однако, воспринял критически. Претензия не содержала оттиска печати арендодателя; лицо, подписавшее претензию, арендатору знакомо не было; доверенность в приложениях к претензии отсутствовала. В судебных заседаниях первой и апелляционной инстанций арендодатель (ответчик) указывал на несоблюдение обязательного досудебного порядка ввиду явных пороков формы документа. Вместе с тем суды эти доводы отклонили, указав, что действующее законодательство



требований к форме и содержанию претензии не предусматривает. Стороны сами могли предусмотреть подобные требования в договоре, однако так как этого сделано не было, то ссылки на несоблюдение формы претензии были признаны несостоятельными. С доводами судов согласился и суд кассационной инстанции<sup>1</sup>. Следует отметить и то, что спорный земельный участок находится в г. Ялте, а договор аренды был заключен в период нахождения Республики Крым в составе Украины. Принимая во внимание это обстоятельство, суды проанализировали и украинское законодательство на предмет возможного наличия требований к форме и содержанию претензии. Однако отсутствие регламентации претензии не только в российском, но и в украинском законодательстве стало еще одним основанием для признания доводов ответчика несостоятельными.

Таким образом, на примере обязательного досудебного претензионного порядка урегулирования споров можно констатировать, что одной из причин возникновения пробелов в процессуальном законодательстве является наличие вопросов, не входящих в сферу ни материально-правового, ни процессуально-правового регулирования.

В эволюции рассматриваемого порядка можно найти еще один пример, когда судебная практика обнаружила отсутствие релевантного правового регулирования. Так, изначально, с 2016 г., п. 5 ст. 6 предусматривал необходимость соблюдения претензионного порядка для «споров, возникающих из гражданских правоотношений» за отдельными, достаточно незначительными, исключениями. На практике широта данной формулировки приводила к тому, что в значительном количестве споров порядок реализации претензионного порядка был крайне неясным, а законодательство (материальное или процессуальное) каких-либо конкретных указаний не содержало. Например, непонятно было, каким образом соблюдать претензионный порядок по спору о признании договора незаключенным. В данном случае возникал вопрос о практических действиях должника после получения такой претензии. Признать договор незаключенным может только суд, поэтому соблюдение претензионного порядка становилось сомнительной формальностью, которая только отсрочивала возможность получения судебной защиты.

В науке и практике также возникали вопросы о наличии обязанности по соблюдению обязательного досудебного порядка у проку-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 28 ноября 2019 г. № Ф10-5312/2019 по делу № А83-20189/2018. URL: [kad.arbitr.ru](http://kad.arbitr.ru)



пора<sup>1</sup>, о необходимости соблюдения такого порядка при обращении с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда<sup>2</sup>.

Практические вопросы применения обязательного досудебного претензионного порядка урегулирования спора достаточно быстро оказались в поле внимания законодателя. С 1 июля 2017 г. п. 5 ст. 4 АПК РФ изложен в новой редакции. В частности, в данной норме расширен перечень случаев, в которых соблюдение рассматриваемого порядка не требуется. Формулировка «споры, возникающие из гражданских правоотношений» была исключена и заменена на конкретные категории дел (как правило, о взыскании денежных сумм). Конкретизация положений п. 5 ст. 4 АПК РФ позволила не только сделать более ясным предназначение обязательного досудебного претензионного порядка урегулирования спора, но и способствовала устранению существенных пробелов, связанных с отсутствием конкретного алгоритма для реализации рассматриваемого порядка в значительном количестве случаев.

Тем не менее определенные пробелы применительно к обязательному досудебному претензионному порядку все же остались. Так, по-прежнему остается неясным нужно ли соблюдать данный порядок при предъявлении встречного иска, замене ответчика, привлечении к участию в деле соответчика. Процессуальное законодательство в этих вопросах пробельно и конкретных ответов на текущем этапе не дает.

Нередко возможные пробелы арбитражного процессуального законодательства могут быть выявлены при его сопоставлении с гражданским процессуальным законодательством. Так, например, гл. 38 ГПК РФ предусматривает процедуру восстановления утраченного судебного производства. В АПК РФ аналогичная глава отсутствует, однако было бы крайне поспешным утверждать, что в данном контексте допущено сознательное умолчание законодателя, вызванное неактуальностью проблемы утраты судебных дел для арбитражного процесса. В указанных обстоятельствах арбитражные суды, как правило, применяют Инструкцию по делопроизводству в арбитраж-

---

<sup>1</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20 февраля 2017 г. № 306-ЭС16-16518 по делу № А49-7569/2016. URL: kad.arbitr.ru; Андреева Т.К. Обязывает ли прокурора в арбитражном процессе требование об обязательном досудебном (претензионном) порядке урегулирования споров? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 20 февраля 2017 г. № 306-ЭС16-16518 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 4. С. 4–8.

<sup>2</sup> См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20 марта 2017 г. по делу № 309-ЭС16-17306. URL: kad.arbitr.ru

ных судах Российской Федерации (первой, апелляционной и кассационной инстанций) (далее — Инструкция), п. 16.1–16.8 которой регулируются вопросы восстановления утраченных дел<sup>1</sup>.

Следует заметить, что несмотря на то, что соответствующая глава Инструкции поименована как «делопроизводство по восстановлению утраченных судебных дел», по факту содержащиеся в ней положения являются полноценным видом *судопроизводства* и применяются судами не как вспомогательное средство решения технических и организационных проблем, а как источник процессуального права. Например, в рамках дела № А41-45041/14 ответчик заявлял о необходимости восстановления отдельных материалов дела — отсутствующих в деле актов приемки-передачи спорного имущества. Однако суд, применяя положения указанной Инструкции и рассмотрев заявление ответчика по существу, не нашел юридических оснований для восстановления данных документов<sup>2</sup>.

Думается, что заслуживают поддержки выводы современных исследований о том, что правовая природа рассмотрения арбитражным судом заявления о восстановлении утраченного судебного дела, соответствующего порядка и процессуальной формы является неопределенной и требует законодательной конкретизации. Как минимум, целесообразным является включение в АПК РФ процедуры по модели, используемой в ГПК РФ<sup>3</sup>. Подобное решение будет способствовать устранению пробелов.

Еще одним пробелом процессуального законодательства, зачастую выделяемым в научной литературе, является неурегулированность вопроса о возможности исключения третьего лица из числа лиц, участвующих в деле. Отмечалось отсутствие четких законодательных указаний на этот счет<sup>4</sup>. При этом в материалах анализа судебной-арбитражной практики подобное исключение все же признавалось возможным<sup>5</sup>. Однако стоит признать, что отсутствие за-

<sup>1</sup> Инструкция утверждена постановлением Пленума ВАС РФ от 25 декабря 2013 г. № 100 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>2</sup> См.: Определение Арбитражного суда Московской области от 21 ноября 2019 г. по делу № А41-45041/14. URL: kad.arbitr.ru

<sup>3</sup> См.: Давидян Ю.С. Правовая природа дел о восстановлении утраченного судебного производства в гражданском и арбитражном процессах // Вестник гражданского процесса. 2013. № 3. С. 191–216.

<sup>4</sup> См.: Кальгина А.А. Третьи лица без самостоятельных требований // Вестник арбитражной практики. 2018. № 2. С. 26–38.

<sup>5</sup> См.: Рекомендации научно-консультативного совета при ФАС Западно-Сибирского округа «По вопросам рассмотрения споров, связанных с применением Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» (г. Горно-Алтайск, 9 сентября 2011 г.) // Судебная практика Западной Сибири. 2011. № 4.

конодательной регламентации по данному вопросу все же не вызывает значительных практических проблем.

В заключение отметим некоторую гибкость арбитражного процессуального законодательства, позволяющего восполнять выявляемые судебной практикой пробелы при рассмотрении дела о банкротстве общества «Дальняя степь» (дело № А22-941/2006). В рамках одного из обособленных споров на этапе кассационного рассмотрения в Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ стороны обратились к суду с ходатайством об утверждении мирового соглашения. Положения текста документа вызвали у судебной коллегии ряд вопросов, в первую очередь с точки зрения их экономической целесообразности. Стороны, однако, на вопросы суда отвечать отказались, а один из представителей заявил, что в его полномочия входит лишь подписание документа, а не взаимодействие с судом. При таких обстоятельствах Судебная коллегия посчитала поведение сторон недобросовестным и отказала в утверждении мирового соглашения<sup>1</sup>.

Обратим внимание на то, что процессуальное законодательство содержит лишь два условия утверждения мирового соглашения: соответствие требованиям закона и ненарушение прав и законных интересов третьих лиц. Экономическая нецелесообразность, недобросовестные действия, отказ во взаимодействии с судом в качестве условий для отклонения проекта мирового соглашения не названы. В связи с этим можно было бы предположить, что регулирование вопросов заключения мировых соглашений в некоторой степени пробельно. Однако такое предположение видится, как минимум, преждевременным. Думается, что Судебная коллегия в данном деле не выявляла пробел и тем более не занималась его восполнением, а лишь рассмотрела условия заключения мирового соглашения через призму ч. 2 ст. 41 АПК РФ, предусматривающей поведенческую обязанность лиц, участвующих в деле, добросовестно пользоваться принадлежащими им правами. В связи с этим речь скорее идет о системном толковании арбитражного процессуального законодательства, а не о выявлении пробела.

Интересна и процессуальная ситуация, связанная с назначением и проведением судебной экспертизы. По ее итогам экспертом в суд направляется заключение, с которым одна из сторон, как правило, не согласна. Возникал практический вопрос о путях его оспаривания. Нередко одна из сторон прибегала к проведению параллельной — внесудебной — экспертизы, результатом которой было заключение,

---

<sup>1</sup> См.: Определение Верховного Суда РФ от 6 августа 2018 г. № 308-ЭС17-6757 (2, 3) по делу № А22-941/2006. URL: [kad.arbitr.ru](http://kad.arbitr.ru)

по содержанию отличающееся от заключения судебной экспертизы. Кроме того, такая внесудебная экспертиза предметом своего исследования могла иметь не те же вопросы, которые были поставлены перед судебной экспертизой, а саму судебную экспертизу: ее методологию, полноту, научность, общее качество. В судебной практике отношение судов к такой экспертизе было, как правило, скептическим, что отмечалось и в науке<sup>1</sup>. Практически переосмыслен этот вопрос был сначала в п. 13 постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»<sup>2</sup>, а затем и в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ от 25 января 2018 г. № 305-ЭС17-11486<sup>3</sup>. Высшие судебные инстанции, в частности, признали, что заключение внесудебной экспертизы не может рассматриваться наряду с заключением судебной экспертизы. Однако при этом внесудебное заключение может и должно рассматриваться по правилам ст. 89 «Иные документы и материалы» АПК РФ наряду с другими доказательствами по делу.

Таким образом, для арбитражного процессуального законодательства характерна проблематика пробелов, а вместе с ней и необходимость поиска практических путей их устранения. Частично данная проблема устраняется путем развития институтов процессуального законодательства (внесением соответствующих поправок), частично — путем системного толкования положений АПК РФ.

---

---

*Злотникова Т.В.*

## **ПРОБЕЛЫ В ЭКОЛОГИЧЕСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ИХ ВЫЯВЛЕНИЯ**

Пробельность свойственна в той или иной степени всем отраслям права, не стало исключением и экологическое законодательство. 20 лет назад, одним из факторов несовершенства российского эко-

---

<sup>1</sup> См.: Хлюстов П. Внесудебная экспертиза в гражданском и арбитражном процессах // ЭЖ-Юрист. 2016. № 8. С. 4.

<sup>2</sup> Вестник ВАС РФ. 2014. № 6.

<sup>3</sup> См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 25 января 2018 г. № 305-ЭС17-11486 по. URL: kad.arbitr.ru

логического законодательства, среди прочих называлось именно наличие пробелов и нестыковок правовых норм<sup>1</sup>.

Из постулатов теории права вытекает, что юридическая пробельность присутствует в больших или меньших масштабах постоянно, сопровождая процесс динамичного развития современного права. Но важно не только выявить пробелы, мешающие развитию законодательства, но и сформулировать пути их устранения.

Особенности и отличия понятий «пробел в праве» и «пробел в законодательстве» рассматривают в своих исследованиях А. В. Поляков и др.<sup>2</sup>, указывая, что «пробел в праве» является более узким понятием, но тесно взаимосвязан с более широким пониманием «пробелов в законодательстве» и в конкретном нормативном правовом акте (далее — НПА). Однако можно констатировать, что чаще данные понятия в научной литературе не разграничивают, и они используются в качестве синонимов. Наиболее устоявшееся определение «пробела в законодательстве» представлено в Большом юридическом словаре: «это полное или частичное отсутствие в действующем законодательстве необходимых юридических норм»<sup>3</sup>. В.В. Оксамытный предлагает довольно близкое понятие «пробела в законодательстве»: «отсутствие конкретной нормы, необходимой для регламентации отношения, входящего в сферу правового регулирования»<sup>4</sup>.

Представляется целесообразным применение в отечественном законодательстве белорусского опыта по закреплению понятия «пробел в законодательстве» в ст. 1 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»: «Пробелы в законодательстве — отсутствие правовых норм, регулирующих общественные отношения, необходимость регулирования которых обусловлена сущностью и содержанием действующей правовой системы государства, принципами и нормами международного права»<sup>5</sup>.

Если в законодательстве имеются пробелы, то оно не всегда способно обеспечить эффективное правовое регулирование той или иной сферы общественной жизни и может отставать от требований

<sup>1</sup> См.: Злотникова Т.В. Проблемы развития российского экологического законодательства на современном этапе: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 41–43, 128.

<sup>2</sup> См.: Поляков А.В. и др. Общая теория права: учебник. СПб.: Изд-во юридич. ф-та СПбГУ, 2005.

<sup>3</sup> Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева. 3-е изд., доп. и перераб. М.: ИНФРА-М, 2009. URL: <http://web.archive.org>

<sup>4</sup> Оксамытный В.В. Общая теория государства и права: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция». М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. URL: <http://edu.garant.ru>

<sup>5</sup> URL: <http://pravo.by/webnpa/text.asp?RN=h10000361>

общества. Теория права указывает несколько разнообразных причин появления пробелов в праве, среди которых не только невозможность урегулирования всего многообразия жизненных ситуаций и общественных отношений надежными правовыми инструментами, но и ошибки законодателя. Иногда причиной таких пробельных дефектов без какого-либо определенного умысла является низкий уровень правотворчества, обусловленный как низкой юридической техникой, так и в невысокой правовой грамотностью законотворцев<sup>1</sup>. Одним из примеров такой случайной пробельности сферы правового регулирования особо охраняемых природных территорий (далее — ООПТ) можно считать применение в разных нормативных правовых актах синонимических юридических терминов «создание» или «образование» ООПТ, что не способствует единообразному правоприменению указанных норм<sup>2</sup>.

Другой пример случайной или непреднамеренной пробельности связан со сферой правового регулирования аборигенного населения различными НПА, в которых применяется множество синонимических понятий: «автохтонные народы», «коренные народы», «малые народности», «малочисленные народы», «коренное население», «коренные народы», «коренные малочисленные народы». Достаточно подробно эти противоречивые пробелы и их последствия исследует В.А. Кряжков<sup>3</sup>. Такое многоплановое применение синонимических правовых понятий мешает их единообразному применению и способствует противоречивой судебной практике.

Но нередко пробелы закона представлены специально оставленными лазейками, которые оказываются выгодными какой-либо корпоративной группе: представителям бизнеса, иным заинтересо-

---

<sup>1</sup> Автор позволила себе такую критическую оценку, основываясь на личных наблюдениях законодательского процесса и непосредственно участвуя в нем в качестве субъекта права законодательной инициативы, будучи депутатом двух созывов Государственной Думы ФС РФ, сначала заместителем, а затем председателем Комитета по экологии ГД ФС РФ.

<sup>2</sup> Термин «создание» ООПТ многократно употребляется в статьях Федерального закона от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» о создании отдельных категорий ООПТ (ст. 14, 19, 23, 28.1), Земельного кодекса РФ (ст. 70.1, 95). Термин «образование» ООПТ активно применяется в региональных НПА, например в постановлении Правительства г. Москвы «Об утверждении Порядка образования особо охраняемых природных территорий регионального значения в городе Москве» от 23 ноября 2004 г. № 803-ПП.

<sup>3</sup> См.: Кряжков В.А. Статус малочисленных народов России. Правовые акты и документы. М.: Юридическая литература, 1994; Его же. Коренные малочисленные народы и международное право. М., 1999; Его же. Статус коренных малочисленных народов России. Правовые акты. Кн. 3. М., 2005; Его же. Коренные малочисленные народы Севера в российском праве. М., 2010.

ванным структурам. Как справедливо отмечает М.В. Измайлов, «по признанию многих международных и отечественных экспертов недочеты российской правовой системы обогащают, прежде всего, бюрократический аппарат, и лишь в некоторой степени — предпринимательское звено, и никогда отдельного гражданина»<sup>1</sup>.

В случае экологического законодательства пробелы, то есть упущения, нестыковки, разночтения, как правило, противоречат экологическим интересам и конституционным правам населения. Пока пробелов экологического законодательства сохраняется немало, что создает определенные трудности правоприменения. На необходимость своевременного выявления и ликвидации пробелов в экологическом законодательстве указано в Общей концепции развития российского законодательства, разработанной Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации<sup>2</sup>.

М.М. Бринчук считает пробельностью Конституции РФ отсутствие в перечне вопросов совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов (п. «д» ст. 72) упоминания таких природных сфер, как атмосферный воздух и животный мир<sup>3</sup>. В качестве пробельности природоресурсного законодательства определена и частичная переадресация правового регулирования гражданско-правовыми нормами водных и лесных отношений<sup>4</sup>.

В зависимости от причин образования пробелов различают их определенные разновидности. Помимо традиционных (абсолютных и частичных, первоначальных и последующих, объективных и субъективных) В.И. Червонюк выделяет «простительные» и «непростительные» пробелы<sup>5</sup>. Следуя логике этого автора, к «непростительным» пробелам современного российского экологического законодательства следует отнести изменения, внесенные в 2011 г. в Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Измайлов М.В. Теория государства и права: краткий курс лекций для слушателей Академии экономической безопасности МВД России. М., 2010.

<sup>2</sup> См.: Боголюбов С.А. Общая концепция развития российского законодательства: разработка Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации // Журнал российского права. 1999. № 1. С. 9.

<sup>3</sup> См.: Бринчук М.М. Конституция и экологическое право. Институт государства и права РАН. М., 2019. С. 276.

<sup>4</sup> Там же. С. 354–355.

<sup>5</sup> Элементарные начала общей теории права — право и закон / под общ. ред. В.И. Червонюка. Минск, 2010. С. 35.

<sup>6</sup> См.: Федеральный закон от 30 ноября 2011 г. № 365-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».



При отсутствии в законодательстве правового понятия «познавательный туризм» его внесение в закон привело к серьезным правовым послаблениям существовавшего ранее жесткого ограничительного режима использования земель государственных природных заповедников, то есть открыло правовые возможности размещения объектов капитального строительства и связанных с ними объектов инфраструктуры в целях «развития познавательного туризма» на землях этой наиболее ценной и защищенной категории ООПТ. Таким образом, под прикрытием легализованного, но не раскрытого в законодательстве понятия «познавательный туризм» этот правовой пробел открыл возможности для определенных злоупотреблений при строительстве объектов капитального строительства в границах заповедников как наиболее ценной и защищаемой категории ООПТ.

Другой пример пробельности законодательства об ООПТ: ст. 58 Федерального закона «Об охране окружающей среды»<sup>1</sup> раскрывает понятие «природно-заповедный фонд». В то же время Земельным кодексом РФ понятие «земли природно-заповедного фонда» вообще не предусмотрено<sup>2</sup>.

Одним из самых эффективных механизмов борьбы с пробелами в законодательстве служит своевременное правотворчество, то есть принятие недостающих правовых норм. Но порой недостающие законодательные изменения задерживаются на десятилетия. Так, до настоящего времени не приняты законодательные акты, раскрывающие вопросы правового регулирования зон экологического бедствия и экологического аудита, которые с 2002 г. обозначены в понятийном аппарате основного закона в области экологического права — в ст. 1 Федерального закона «Об охране окружающей среды».

Так, законопроект № 115008-3 ФЗ «О зонах экологического бедствия» (другое рабочее название «О статусе зон экологического бедствия и регулировании хозяйственной и иной деятельности на их территории»), разработанный и внесенный еще в 2001 г., не был принят, в 2009 г. он был снят с рассмотрения в нижней палате парламента<sup>3</sup>. В законопроекте были предусмотрены важные положения для устранения пробельности экологического законодательства в этой части. Например, предусматривались критерии, по которым территории могут быть отнесены к зонам экологического бедствия

<sup>1</sup> Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (с изм. на 27 декабря 2019 г.).

<sup>2</sup> Земельный кодекс РФ от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ (с изм. на 18 марта 2020 г.).

<sup>3</sup> Законопроект № 115008-3 ФЗ «О зонах экологического бедствия» (внесен группой депутатов Государственной Думы ФС РФ 14 июля 2001 г.).



(далее — ЗЭБ). Были разработаны основания, согласно которым те или иные территории могут получить статус такой зоны, а также порядок, по которому можно объявить ЗЭБ и определить ее границы. Кроме того, законопроектом был предусмотрен основной перечень мероприятий для вывода территории из состояния экологического бедствия, особенности ведения всякой деятельности на территории ЗЭБ, а также обязательное страхование как рисков здоровью населения, так и экологических рисков и прочие меры.

Другим примером «умышленной» пробельности является приведенное в понятийном аппарате базового закона в области охраны окружающей среды определение понятия «экологический аудит»<sup>1</sup>, которое в дальнейшем, в самом тексте закона, не раскрывается и не регламентируется. Однако, как показывает зарубежный опыт, это довольно эффективная природоохранная мера. До настоящего времени не принят самостоятельный закон «Об экологическом аудите», хотя он уже дважды вносился в Государственную Думу ФС РФ.

Действующим российским законодательством предусмотрены отдельные случаи обязательного экологического аудита, который проводится в отношении экологически опасных видов деятельности и предприятий. В то же время следует отметить, что экологический аудит мог явиться весьма полезной и эффективной мерой в приватизационных процессах предприятий, ранее находящихся в государственной или муниципальной собственности, а также при осуществлении банкротства предприятий, для реализации инвестиционных программ и проектов, при обязательном экологическом страховании отдельных предприятий и т.п.

В отличие от обязательного, добровольный экологический аудит может проводиться по инициативе предприятий, оказывающих в результате своей деятельности воздействие на окружающую среду. Таким же полезным возможно считать применение добровольного экологического аудита в случаях, когда изменяется собственник объекта либо он передается в аренду или залог, когда необходима производственная и (или) технологическая модернизация и т.п.

Зарубежный опыт указывает на необходимость развития экологического аудита в России, что позволит решать задачи не только экологического, но и социально-экономического характера: при разработке основ повышения эффективности использования энергетических ресурсов, в том числе сырьевых, с достижением эффекта уменьшения отрицательного воздействия на природу; при концент-

---

<sup>1</sup> Постановлением Государственной Думы ФС РФ № 1935-5 ГД от 10 апреля 2009 г. законопроект № 115008-3 ФЗ «О зонах экологического бедствия» отклонен.

рации финансовых и организационных средств на приоритетных и инвестиционных направлениях деятельности; при недопущении развития чрезвычайных ситуаций экологического характера. Кроме того, экологический аудит позволяет инициировать информационную основу для повышения эффективности таких видов экологической деятельности, как экологическая экспертиза, экологический контроль и мониторинг источников потенциального вредного экологического воздействия и т.п.

Подобные пробелы федерального законодательства часто устраняет региональные законодательные инициативы субъектов Российской Федерации, например Закон Томской области от 27 августа 1997 г. № 574 «Об экологическом аудите в Томской области». Требования об обязательном экологическом аудите включены в Закон Амурской области от 10 ноября 2005 г. № 89-ОЗ «Об охране окружающей среды».

Несмотря на практическую приостановку несколько лет назад разработки законопроекта Российской Федерации «Об экологическом аудите», все же есть повод для серьезных подвижек в этом вопросе. Так, в нормативном правовом акте стратегического планирования по экологической безопасности среди приоритетных направлений, по которым должны решаться основные задачи в области обеспечения экологической безопасности, указано создание системы экологического аудита (подп. «о» п. 26 Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года)<sup>1</sup>.

Важную роль в выявлении и устранении пробельности экологического законодательства играет судебная практика Верховного Суда РФ и Конституционного Суда РФ, которые, проверяя конституционность или противоречивость отдельных норм действующего законодательства, в ходе судебного процесса сталкиваются и выявляют неопределенность отдельных положений НПА, приводящую к их разночтению. Так, Конституционным Судом РФ при рассмотрении жалобы ООО «Тополь» о проверке конституционности ст. 16 Федерального закона «Об охране окружающей среды» и постановления Правительства РФ «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия»<sup>2</sup> были выявлены пробелы и коллизионные нестыков-

<sup>1</sup> Стратегия экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года, утвержденная Указом Президента РФ от 19 апреля 2017 г. № 176.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 5 марта 2013 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 16 Федерального закона "Об охране окружающей среды" и постановления Правительства Российской Федерации "Об утвержд-

ки правовых положений указанного закона и правительственного нормативного правового акта. Подобные нестыковки правовых норм привели к разному их судебному правоприменению в судах общей юрисдикции и в арбитражном судопроизводстве. Инициатор обращения в Конституционный Суд РФ ООО «Тополь» полагало, что предусмотренный на основании спорных НПА публично-правовой характер платежа за размещение отходов производства и потребления противоречит ряду норм Конституции РФ (ст. 57 и ч. 3 ст. 75). Применение спорных положений создает правовую неопределенность с возможностью усмотрения при определении субъекта платежа за негативное воздействие на окружающую среду.

Опираясь на постулаты Основного Закона страны и правовую природу экологических платежей, Конституционный Суд РФ установил, что обязанности юридических лиц по разработке проектов нормативов образования отходов и лимитов на их размещение, в результате деятельности которых образуются такие отходы, не увязаны с обязанностью внесения платы за их размещение как вида негативного воздействия на окружающую среду. Необходимо отметить, что не существует единого подхода по вопросу о том, которая из сторон указанных правоотношений по поводу размещения отходов должна выступить плательщиком указанного публично-правового платежа. Это явилось причиной противоречивой практики толкования и разных позиций высших судебных инстанций арбитражного производства и судов общей юрисдикции.

Так, суды общей юрисдикции в течение многих лет придерживались позиции, выраженной в определении Верховного Суда РФ от 30 ноября 2010 г. № 78-ВПР10-33<sup>1</sup>, на основании которой предприятия, допускающие хранение отходов не в специально оборудованных местах и передающие их специализированным предприятиям для хранения таких отходов, не освобождаются от платежей, предусмотренных действующим законодательством за негативное воздействие на окружающую среду.

В то же время постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 марта 2009 г. № 14561/08<sup>2</sup> определило устойчивую практику арбитражных судов по этому спорному вопросу, в результате которой была допущена интерпретация действующего за-

---

дении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия" в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "Тополь".  
URL: <http://pravo.minjust.ru:8080/bigs/showDocument.html?id>

<sup>1</sup> URL: <http://ALPPP.ru/...opredelenie-verhovnogo...78-vpr10-33.html>

<sup>2</sup> URL: [http://arbitr.ru/arxiv/post\\_pres/1\\_1\\_667c2c95-593d-4e8a-...](http://arbitr.ru/arxiv/post_pres/1_1_667c2c95-593d-4e8a-...)

конодательства в сфере обращения с отходами производства и потребления. Вследствие этого некоторые организации-природопользователи, образующие отходы в результате своей деятельности, фактически оказались освобожденными от публично-правового платежа за негативное воздействие на окружающую среду. Таким образом, противоречивая судебная практика закрепила неопределенность правового регулирования за размещение отходов производства и потребления сверх допустимого лимита за негативное воздействие на окружающую среду в части применения 5 кратного повышающего коэффициента в отношении специализированной организации, размещающей отходы, образовавшиеся в результате деятельности других организаций.

Конституционный Суд РФ отметил, что подобная позиция Высшего Арбитражного Суда РФ превращает компенсационный характер публично-правового экологического платежа в инструмент «чрезмерного ограничения права на свободное использование своего имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности и права собственности». Таким образом, Конституционный Суд РФ не только определил нарушения конституционных норм, но и выявил пробельность и коллизионную неопределенность оспариваемых НПА, то есть подтвердил правомочность требований инициатора жалобы — ООО «Тополь».

Высшая судебная инстанция предложила Федеральному Собранию РФ и Правительству России устранить указанную неопределенность и пробельность правовых норм, для чего необходимы изменения действующего правового регулирования, обеспечивающего стимулирующую функцию повышающего коэффициента за сверхлимитное размещение отходов производства и потребления с учетом «конституционного предназначения платы за негативное воздействие на окружающую среду — в единстве с положениями законодательства о лицензировании, нормировании и тарифном регулировании в области охраны окружающей среды». Требуемые для устранения пробела уточнения и изменения в отечественное законодательство вскоре были внесены. Указанный пример демонстрирует эффективность механизма выявления и устранения пробелов и неопределенностей в законодательстве, выявленных при проверке конституционности правовых норм высшей судебной инстанцией. Кроме того, вышеуказанное решение Конституционного Суда РФ показывает, что пробел не всегда выражен полным или частичным отсутствием нормы закона, а иногда обусловлен исполнением закона в искаженной форме.

Таким образом, пробелы в экологическом законодательстве, как и в любой другой динамично развивающейся отрасли современного российского законодательства, имеют различную правовую природу: иногда они носят непреднамеренный характер, в других случаях являются «непростительными», создающими «лазейки» для различного правового применения. Однако вне зависимости от многообразия породивших их причин все выявленные пробелы требуют законодательного и (или) нормативно-правового разрешения.

Для устранения пробелов экологического законодательства, затронутых в настоящей публикации, требуется ускорение принятия законодательных актов «О зонах экологического бедствия», «Об экологическом аудите», а также внесение в действующее законодательство об ООПТ изменений, обеспечивающих уточнение и конкретизацию правовых понятий «познавательный туризм», «создание ООПТ» и «образование ООПТ». Кроме того, назрела необходимость уточнения понятийного аппарата, обеспечивающего правовое регулирование жизнедеятельности коренных малочисленных народов в части конкретизации многочисленных синонимических терминов.

---

---

---

*Исмаилов Р.*

## **ПРОБЕЛЬНОСТЬ В ПОЗИТИВНОМ ПРАВЕ И КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ**

Разрешению органами конституционного правосудия различных проблем, связанных с пробельностью позитивного права, в последние годы было посвящено несколько научных работ, в том числе и монографического характера<sup>1</sup>. Вместе с тем ряд вопросов указанной тематики исследован сравнительно поверхностно. К их числу следует отнести деятельность конституционных судов по предотвращению правовых пробелов.

---

<sup>1</sup> См., например: Чепенко Я.К. Правовые пробелы в механизме конституционного обеспечения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации (в свете практики Конституционного Суда РФ): дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2017; Кузнецова Е.В. Выявление, преодоление и устранение законодательных пробелов органами конституционной юстиции в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2015.

Одним из неизбежных последствий реализации основного полномочия конституционных судов — по проверке конституционности нормативных правовых актов — является возможность появления в результате этого пробелов в законодательстве. Однако, как свидетельствует практика конституционных судов различных стран, пробелы в праве считаются негативным явлением. Органами конституционного правосудия наработаны различные методы, реализация которых в конечном счете может быть рассмотрена и в качестве средств по предотвращению возникновения пробелов. При этом многие из них не предусмотрены напрямую в законодательстве и применяются судами в соответствии с их собственной практикой.

Одним из таких способов является конституционно-конформное толкование, логика которого состоит в том, что если на основе общепризнанных методов толкования возможно вывести более чем один результат толкования, то правоприменители должны выбрать тот из них, который наиболее соответствует смыслу конституции. Федеральный Конституционный Суд Германии одним из первых стал применять эту методику<sup>1</sup>. Вместе с тем этим судом выражена позиция, согласно которой конформное толкование не всегда признается допустимым, а его пределы очерчены семантическими границами толкуемой нормы, ее основными целями, объективированными намерениями законодателя<sup>2</sup>.

Несмотря на то что данная практика широко используется многими конституционными судами, она не лишена противоречий. С одной стороны, ее можно рассматривать как проявление судебной сдержанности, основанной на презумпции конституционности действий законодателя, позволяющей не признавать закон неконституционным. С другой стороны, для достижения искомого результата конституционные суды прибегают к объемному судебному препарированию рассматриваемого ими закона, и поэтому конформное толкование иногда воспринимается как выражение неоправданного судебного активизма<sup>3</sup>.

Следует отметить, что в ряде случаев смысл нормы, выявленной в результате ее истолкования правоприменителями, может необоснованно исключить или, наоборот, распространить ее действие на определенные группы лиц. Осуществляя конституционно-конформ-

---

<sup>1</sup> BverfG 2, 266 (1963).

<sup>2</sup> BverfG 54, 277 (1980); BVerfG 69, 1 (1985).

<sup>3</sup> См.: Betterman K. Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren. Heidelberg, 1986.

ное толкование, конституционные суды получают возможность скорректировать эти дефекты посредством расширения или сужения содержания толкуемой нормы.

Несмотря на существующую оппозицию конституционно-конформному толкованию, являющемуся, по мнению его критиков, проявлением вторжения органов конституционного правосудия в сферу, «зарезервированную» за законодательной властью, представляется, что такой вид толкования является скорее проявлением прагматизма в деятельности конституционных судов, которые, не вступая в прямую конфронтацию с законодателем, признают закон конституционным, запрещая лишь тот или иной вид его истолкования.

Кроме того, конституционно-конформное толкование выглядит вполне приемлемым и разумным решением при его рассмотрении сквозь призму экономической эффективности. В некоторых ситуациях признание утратившим силу неконституционного закона может создать законодательный пробел и, таким образом, лишить возможности реализации своих конституционных прав те группы населения, которые охватываются его регулированием, что обусловит еще большие конституционные проблемы.

Менее распространенной методикой предотвращения законодательных пробелов является признание так называемой временной конституционности проверяемого акта. При этом наряду с таким указанием часто устанавливается, что оспариваемый акт в будущем может потерять качество конституционности, что, соответственно, обязывает законодателя принять необходимые предупреждающие меры<sup>1</sup>.

При одном из первых применений данной методики Федеральный Конституционный Суд Германии в постановлении о проверке конституционности Устава Земли Саар (1955), признав временную конституционность данного акта, указал, что ситуация, сложившаяся в результате его принятия, более соответствует конституционным требованиям по сравнению с предыдущим правовым регулированием<sup>2</sup>.

В другом постановлении Федеральный Конституционный Суд Германии определил, что закон, устанавливающий границы избирательных округов, все еще конституционно допустим, поскольку

---

<sup>1</sup> General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>

<sup>2</sup> BverfG 4, 157 (1955).



такое решение позволяет избежать правового пробела и хаоса, который может стать вполне реальным в случае отмены результатов прошедших парламентских выборов<sup>1</sup>.

Сходной линии аргументации придерживается и Конституционный Суд Италии, вынесший ряд постановлений о временной конституционности в случаях, когда признание неконституционности закона только усугубит ситуацию<sup>2</sup>.

Вместе с тем такая практика недопущения пробелов не всегда оценивается позитивно, так как создается впечатление предпринятой конституционными судами попытки оправдать в целом неконституционные действия законодателя. Для преодоления такой критики суды, не ограничиваясь обяыванием законодателя исправить ситуацию и внести изменения в закон, определяют для принятия соответствующих мер конкретные сроки. В частности, в зависимости от сложности вопроса Конституционный Суд Словении предоставляет срок до одного года для приведения законодательства в соответствие с Конституцией<sup>3</sup>.

Другим средством недопущения образования пробелов является полномочие ряда конституционных судов при проверке конституционности всего акта признавать утратившими силу лишь те его нормы, неконституционность которых была им установлена. В таких случаях судьи при признании неконституционными отдельных норм закона далее рассматривают вопрос о так называемой их делимости от других положений акта и в случае утвердительного ответа заявляют о частичной неконституционности закона.

В практике конституционных судов можно выделить две формы признания частичной неконституционности норм права — количественную и качественную. Ситуационно необусловленная неконституционность, выразившаяся в утрате юридической силы отдельных законодательных положений, является количественной<sup>4</sup>. При качественной неконституционности норма признается не соответствующей конституции, поскольку она применялась к определенным фактическим ситуациям<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> BverfG 16, 130 (1963).

<sup>2</sup> Sentenza 15/1982; Sentenza 112/1993.

<sup>3</sup> См.: Решение No. U-I-7/07 и Up-1054/07 // General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>

<sup>4</sup> См.: Schlaich K., Koriototh S. Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Munich, 2010. P. 246.

<sup>5</sup> Ibidem. P. 247.



Признание правового акта противоречащим конституции не всегда влечет утрату его юридической силы. Этот способ применяется сравнительно часто конституционными судами Германии, Испании, Хорватии<sup>1</sup>. Опыт данных судов демонстрирует, что это происходит, во-первых, при выявлении нарушения принципа равноправия, которое сопровождается признанием наличия в арсенале законодателя различных способов по устранению данной проблемы<sup>2</sup>. Соответственно, сохранение юридической силы неконституционной нормы будет проявлением судебной сдержанности, выражающейся в невмешательстве органов конституционного правосудия в свободу усмотрения законодателя. Во-вторых, это возможно, если утрата юридической силы нормы приведет к еще большему нарушению конституции, в том числе по причине возникновения правового пробела. Сохранение за неконституционной нормой юридической силы сочетается в таких случаях с ее неприменением в той мере, в какой она противоречит конституции, в отношении лица, инициировавшего конституционную жалобу.

Отсрочка официального опубликования решения конституционного суда является, вероятно, наиболее простым из способов предотвращения появления правовых пробелов в результате признания нормативного акта противоречащим конституции. Вместе с тем применяется он сравнительно редко. В качестве примера можно привести опыт Конституционного Суда Литвы<sup>3</sup>. При этом в качестве обоснования необходимости применения этой меры непосредственно указывается на важность предоставления законодателю времени для устранения пробела, который появился бы, если соответствующее постановление Конституционного Суда было бы официально опубликовано сразу после его оглашения. Данная отсрочка направлена на недопущение неблагоприятных для общества и государства, а также прав и свобод человека последствий от принятого постановления.

Сходной методикой по временному недопущению возникновения пробелов является установление более поздней даты вступления в

---

<sup>1</sup> General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>.

<sup>2</sup> Spanish Constitutional Tribunal. The Relations between the Constitutional Courts and the Other National Courts, including the Interference in this Area of the Action of the European Courts, National Report for the XIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts. 2002. P. 19.

<sup>3</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Литвы от 19 января 2005 г. No 23/2003. URL: <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1298/content>

силу постановления конституционного суда. Как правило, акты конституционной юстиции вступают в силу с момента их опубликования. Вместе с тем, учитывая большое практическое значение откладывания вступления в силу своих постановлений, ряд конституционных судов прибегают к данной мере, зачастую непосредственно предусмотренной в законодательстве. Так, Конституционный Суд Чешской Республики вправе отложить исполнение своего решения, предоставив законодателю время (обычно до одного года) для изменения правового регулирования, противоречащего Конституции<sup>1</sup>.

Наименее редко применяемым способом является восстановление ранее действовавшего нормативного регулирования. Он используется конституционными судами Болгарии, Латвии, Португалии<sup>2</sup>.

К числу относительно малоизученных также относится вопрос о возможностях органов конституционного правосудия по преодолению пробелов в конституции посредством ее истолкования. В доктрине ряда стран преобладает мнение об отсутствии или даже невозможности пробельности конституции. В частности, ряд российских конституционалистов, в том числе бывшие и действующие судьи Конституционного Суда РФ, придерживаются данной позиции<sup>3</sup>. Объясняется это природой Конституции, являющейся нормативным правовым актом, предназначенным для основополагающего и общеправового регулирования, положения которого (вне зависимости от объема закрепления) неизбежно получают последующее развитие посредством принятого законодательства и судебной практики<sup>4</sup>.

В практике конституционных судов ряда стран (Венгрия, Литва, Чехия)<sup>5</sup> также встречаются указания на то, что конституция не содержит и не может содержать пробелы и, соответственно, судебное восполнение конституционных пробелов невозможно.

Однако Верховный Суд Швейцарии относится к числу немногих органов конституционного правосудия, фактически признавших

---

<sup>1</sup> Constitutional Court of the Czech Republic. Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. Nationa Report. 2008. P. 18.

<sup>2</sup> General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>

<sup>3</sup> См.: Чепенко Я.К. Указ. соч. С. 22.

<sup>4</sup> См.: Конституционный Суд Российской Федерации. Проблемы законодательных пробелов в конституционной юриспруденции: национальный доклад. 2008.С. 16.

<sup>5</sup> General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>

судебную роль в преодолении конституционных пробелов. Этот суд отметил, что новые конституционные права могут быть признаны судом, поскольку эти права признаются существенным элементом демократии, основанной на верховенстве права, а также когда эти права являются необходимым условием реализации конституционных прав, эксплицитно гарантированных в Основном Законе. В результате Верховным Судом Швейцарии были выведены и признаны в качестве конституционных права на собственность, жизнь и свободу, а также на свободу выражения мнений и собраний<sup>1</sup>.

Представляется, что одной из причин признания возможности преодоления пробелов в конституции посредством судебного толкования является смешение понятий «пробел в праве» и «толкование права».

В связи с этим можно задать вопрос, может ли, например, решение Верховного Суда США по делу «Грисвольд против Коннектикута»<sup>2</sup>, в котором право на неприкосновенность частной жизни было выведено из содержания эксплицитно выраженных конституционных прав<sup>3</sup>, быть иллюстрацией судебного преодоления пробелов в Конституции.

Толкование права согласно устоявшемуся в доктрине мнению является уяснением и разъяснением смысла, значения текста толкуемой нормы. Пробел же, наоборот, предполагает отсутствие или недостаточность нормативного текста, регулирующего правовой вопрос. Пробел возникает, когда нормативный акт предназначен для решения конкретного спорного вопроса, но в конечном счете не в состоянии этого сделать ввиду неполноты его текста, а не из-за его двусмысленности или неясности<sup>4</sup>. Поэтому при описании сути правового пробела допустимо обращение к метафоре о кирпичной стене, в которой отсутствуют один или несколько кирпичей<sup>5</sup>.

Таким образом, преодоление правового пробела осуществляется не в рамках толковательного анализа нормы права, несмотря на то,

---

<sup>1</sup> См.: Wildhaber L. Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law // The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law. Montreal, 1986. P. 41, 44.

<sup>2</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>3</sup> См.: Knupp R. Griswold v. Connecticut: Towards a Constitutional Right of Privacy // Dickinson Law Review. 1964. Vol. 69. P. 417.

<sup>4</sup> См.: Гаджиев Г. К вопросу о пробелах в Конституции // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования: сб. докладов. М., 1998. С. 22.

<sup>5</sup> См.: Canaris W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine Methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der Richterlicheu Rechtsfortbildung Praeter Legem. Berlin, 1983. P. 25.

что и выявление пробела возможно лишь только после ее истолкования. Толкователь, устанавливая содержание, смысл, в том числе и подразумеваемый, нормы права, устраняет ее неясность и двусмысленность. При преодолении же пробела правоприменитель в соответствии с критериями, установленными законодательством<sup>1</sup>, фактически создает правило поведения, предназначенное для однократного разрешения конкретного правового спора.

Поэтому упомянутое выше решение Верховного Суда США о выявленном конституционном праве на неприкосновенность частной жизни стало результатом не преодоления пробелов, а конституционного толкования положений V, IX и XIV поправок к Конституции США, содержание которых, по мнению судей этого суда, включает указанное конституционное право.

---

<sup>1</sup> Гражданским законодательством многих стран романо-германской семьи права предусмотрено прямое указание на два способа преодоления пробела — аналогию закона и аналогию права.



**Раздел 3**  
**ПРОБЕЛЫ ПУБЛИЧНОГО**  
**ПРАВА**



## Раздел 3

# ПРОБЕЛЫ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Винокуров А.Ю.

### РОЛЬ ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ В ВЫЯВЛЕНИИ И ВОСПОЛНЕНИИ ПРОБЕЛОВ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ЭКОЛОГИИ

Основной целью деятельности российской прокуратуры выступает *обеспечение верховенства закона*, что нашло закрепление в п. 2 ст. 1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (далее — Закон о прокуратуре)<sup>1</sup>. Этот целевой ориентир пронизывает всю многофункциональную деятельность прокуроров, однако то же самое можно сказать и о трех других нашедших отражение в упомянутой норме целях — *об обеспечении единства и укрепления законности, о защите прав и свобод человека и гражданина, о защите охраняемых законом интересов общества и государства*. При этом каждую из перечисленных целей правомерно экстраполировать и на конкретные сферы общественных отношений, поддержание надлежащего режима законности в которых входит в круг стоящих перед органами прокуратуры задач.

Не является в этом смысле исключением и сфера экологическая, что подтверждается п. 1 приказа Генерального прокурора РФ от 7 декабря 2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» (далее — приказ № 195)<sup>2</sup>, относящим к основным направлениям надзорной деятельности в том числе и *надзор в сфере экологической безопасности*. В свою очередь, п. 1 специализированного приказа Генерального прокурора РФ от 1 апреля 2014 г. № 165 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов об

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472 (с посл. изм.).

<sup>2</sup> Законность. 2008. № 3.



охране окружающей среды»<sup>1</sup> прокурорам прямо предписано деятельность по надзору за исполнением законов об охране окружающей среды и природопользовании подчинить задаче *обеспечения реализации положений ст. 42 Конституции РФ о праве каждого на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение вреда, причиненного его здоровью или имуществу экологическим правонарушением*. Можно в связи с этим дискутировать на тему о том, а как же интересы государства и общества в экологической сфере, а равно и другие упомянутые выше целевые ориентиры, однако разработчики документа, как нам представляется, логично руководствовались наиболее конкретными положениями, нашедшими конституционное закрепление, что не умаляет значимости защиты прокурорами в рамках своей природоохранной деятельности как общественных (неперсонифицированных), так и государственных (публичных) интересов.

Прокуроры в рамках, прежде всего, надзорной деятельности оценивают действия (бездействие) и принимаемые поднадзорными органами и лицами решения, включая право- и нормотворческую деятельность, через призму соответствия их закону, будь то федеральный либо региональный законодательный акт. В процессе изучения конкретных обстоятельств могут возникнуть (и нередко возникают) вопросы относительно качества нормативных правовых актов, которыми руководствуются в своей деятельности соответствующие органы и лица, а в числе причин, затрудняющих реализацию тех же экологических прав либо препятствующих более эффективной работе органов исполнительной власти<sup>2</sup>, выступает пробельность либо дефектность правовых норм.

Пунктом 20 приказа № 195 прокурорам предписано:

1) при обнаружении пробелов и противоречий в действующем законодательстве вносить в законодательные органы и органы, обладающие правом законодательной инициативы, предложения об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных правовых актов;

2) в случае выявления несоответствия постановлений Правительства РФ Конституции РФ и федеральным законам, несовершенства федерального законодательства представлять материалы Генеральному прокурору РФ.

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> Здесь мы оговоримся, что оценка эффективности деятельности поднадзорных органов и лиц не входит в круг задач прокуроров, однако неконкретность либо двусмысленность тех или иных норм, исполнение которых ими проверяется, явно не способствует укреплению законности.

Приведенный первым ориентир основан на положениях Закона о прокуратуре, ст. 9 которого прокуроры уполномочены на участие в правотворческой деятельности, которое и заключается в направлении соответствующих предложений, в том числе о восполнении пробелов в законодательстве, в законодательные органы и органы, обладающие правом законодательной инициативы. Вместе с тем отметим, что в 83 и 85 субъектов Российской Федерации прокуроры (как вариант — прокуратуры) в конституциях и уставах непосредственно наделены правом законодательной инициативы<sup>1</sup>, что значительно облегчает решение задач по совершенствованию законодательства, а также позволяет прокурорам непосредственно либо через уполномоченных ими лиц участвовать в обсуждении внесенного законопроекта на всех стадиях его прохождения.

Однако до настоящего времени ни один из трех функционирующих приравненных к прокурорам субъектов Российской Федерации природоохранных прокуроров (Амурский бассейновый, Байкальский и Волжский межрегиональные) не наделен правом законодательной инициативы на региональном уровне, что следует признать неправильным. Нам могут возразить, что принцип деятельности названных природоохранных прокуроров экстерриториальный, однако в силу п. 4 приказа Генерального прокурора РФ от 7 мая 2008 г. № 84 «О разграничении компетенции прокуроров территориальных, военных и других специализированных прокуратур»<sup>2</sup> на указанных природоохранных прокуроров возложен в том числе *надзор за исполнением законов об охране окружающей среды и природопользовании, соблюдением прав граждан на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и возмещение ущерба, причиненного экологическими правонарушениями, законодательными (представительными) органами и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также надзор за соответствием законам издаваемых ими правовых актов, регулирующих правоотношения в сфере охраны окружающей среды и природопользования*. То есть в рамках своей компетенции они наделены полноценным правом на осуществление надзорной деятельности в отношении органов публичной власти, которой в силу сложившейся традиции корреспон-

<sup>1</sup> Здесь мы не учитываем такие нюансы, как привилегированное право законодательной инициативы, предусматривающее в том числе внесение предложений об изменении норм конституций (уставов), обычное право законодательной инициативы, распространяющееся на все законы (кроме конституций и уставов), и усеченное право лишь в вопросах ведения конкретной публично-правовой структуры, в нашем случае прокуратуры.

<sup>2</sup> СПС «КонсультантПлюс».

дирует применительно в случае с прокурорами субъектов Российской Федерации право законодательной инициативы.

Более того, согласно ч. 2 ст. 21 Устава Пензенской области<sup>1</sup> правом законодательной инициативы помимо территориальной областной прокуратуры наделена специализированная Приволжская транспортная прокуратура, что является, пусть и на примере всего одной области, наглядным примером вовлечения в законотворческий процесс такого рода прокуратур. То есть, имея подобный прецедент, который существует уже ровно 10 лет<sup>2</sup>, вполне можно побудить региональных законодателей, в том числе посредством вмешательства как полномочных представителей главы государства в соответствующем федеральном округе, так и непосредственно Генерального прокурора РФ, включить в круг субъектов права законодательной инициативы и названных природоохранных прокуроров, но только в части их компетенции.

Однако предварительно желательно закрепить такую возможность в той же ст. 9 Закона о прокуратуре, в которой в принципе отсутствуют положения о возможности наделения прокуроров правом законодательной инициативы на региональном уровне, что позволяет говорить о недостаточной легитимности применения прокурорами рассматриваемого права.

В целях реализации предусмотренных ст. 9 Закона о прокуратуре полномочий приказом Генерального прокурора РФ от 17 сентября 2007 г. № 144 «О правотворческой деятельности органов прокуратуры и улучшении взаимодействия с законодательными (представительными) и исполнительными органами государственной власти и органами местного самоуправления» (далее — приказ № 144)<sup>3</sup> утверждено Положение об организации правотворческой деятельности в органах прокуратуры Российской Федерации, в силу п. 1.2 которого *основными направлениями правотворческой деятельности прокуратуры* являются:

- инициативная разработка проектов законов и иных нормативных правовых актов, непосредственно связанных с компетенцией органов прокуратуры;
- участие в подготовке законопроектов, разрабатываемых другими органами государственной власти;

<sup>1</sup> Пензенские вести. 1996. № 133—134.

<sup>2</sup> См.: Закон Пензенской области от 27 февраля 2020 г. № 1850-ЗПО «О внесении изменений в Устав Пензенской области» // Пензенские губернские ведомости. 2010. № 18.

<sup>3</sup> СПС «КонсультантПлюс».

- подготовка правовых заключений на законопроекты и иные нормативные правовые акты;
- участие в обсуждении законопроектов в палатах Федерального Собрания РФ и законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов Российской Федерации;
- подготовка предложений по совершенствованию федерального законодательства.

Как видим, участие прокуроров в правотворческой деятельности заключается в подготовке предложений не только законодательного, но и подзаконного характера, что в принципе не противоречит ст. 9 Закона о прокуратуре.

Непосредственно в прокуратурах субъектов Российской Федерации для реализации требований приказа № 144 введены штатные должности *старших помощников прокуроров субъектов Российской Федерации по взаимодействию с законодательными (представительными) и исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления.*

В настоящее время в органах прокуратуры ведется статистический учет работы, связанной с участием в правотворческой деятельности<sup>1</sup>, и, хотя в нем фиксируются общие показатели, применительно к функционированию непосредственно указанных выше Амурской бассейновой, Байкальской и Волжской межрегиональных природоохранных прокуратур можно делать определенные выводы, имеющие непосредственное отношение к правовому обеспечению сферы экологических отношений.

Так, в 2019 г. в рамках участия в правотворческой деятельности Волжской межрегиональной природоохранной прокуратурой дано 4924 заключения на проекты нормативных правовых актов, в том числе 438 (8,9%) отрицательных. Кроме того, в органы публичной власти направлено 1711 представлений, информационных писем и предложений по вопросам совершенствования законодательных и иных правовых актов в экологической сфере<sup>2</sup>.

При этом вполне очевидно, что в регионах, на которые не распространяется компетенция соответствующих прокуроров, в полной мере экологическое направление в рамках правотворческой деятельности закрывают территориальные прокуратуры.

---

<sup>1</sup> См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 5 ноября 2019 г. № 771 «Об утверждении и о введении в действие статистического отчета "О работе прокурора по участию в правотворческой деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления" по форме НПА и Инструкции по его составлению» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> URL: [www.vmpp.ru](http://www.vmpp.ru)

Как отмечалось выше, п. 20 приказа № 195 прокурорам также вменяется в случае выявления несоответствия постановлений Правительства РФ Конституции РФ и федеральным законам, несовершенства федерального законодательства представлять материалы Генеральному прокурору РФ. Применительно к нормативным правовым актам высшего органа исполнительной власти эта норма корреспондирует п. 3 ст. 24 Закона о прокуратуре, предоставляющему Генеральному прокурору РФ право на информирование главы государства в случае выявления дефектности постановлений федерального Правительства. Исходя из анализа доступных правовых баз, подобного рода обращений в принципе не было, поэтому говорить о применении названного полномочия, в том числе в экологической сфере, не представляется возможным. Тем не менее отметим, что принятие Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»<sup>1</sup> в свое время породило ситуацию, когда контрольно-надзорные органы руководствовались юридически несостоятельными утвержденными Правительством РФ положениями о порядке осуществления государственного контроля, в том числе в экологической сфере, который был законодательно преобразован в государственный надзор. Однако ожидаемого вмешательства главного надзорного органа страны по этому поводу не последовало.

Говоря о пробельности законодательства, в том числе экологического, нельзя не затронуть и вопросы антикоррупционной экспертизы. Согласно п. 2 ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»<sup>2</sup> прокуроры проводят антикоррупционную экспертизу нормативных правовых актов поднадзорных им органов и лиц по вопросам, касающимся в том числе *водного, земельного, лесного, природоохранного законодательства*. Результаты этой работы учитываются в разд. 7 утвержденной приказом Генерального прокурора РФ от 4 сентября 2017 г. № 605 квартальной формы статистического наблюдения К «Надзор за исполнением законодательства о противодействии коррупции и результаты расследования уголовных дел о преступлениях коррупционной направленности», согласно которой в 2019 г. в целом по России по вопросам природоохранного законодательства прокуро-

<sup>1</sup> URL: СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4590 (с посл. изм.).

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609 (с посл. изм.).

рами изучено 26 852 (в Волжской межрегиональной природоохранной прокуратуре (ВМПП) — 5870) нормативных правовых акта и их проекта, в 2688 (ВМПП — 918) из которых было выявлено 3254 (ВМПП — 1067) коррупциогенных фактора, в связи с чем внесено 127 (ВМПП — 11) требований об изменении нормативных правовых актов, принесено 2513 (ВМПП — 848) протестов, внесено 19 (ВМПП — 0) представлений об устранении нарушений закона и направлено в органы публичной власти четыре (ВМПП — одна) информации.

Подводя итог сказанному, подчеркнем, что органами прокуратуры в рамках их многофункциональной деятельности проводится работа, связанная с совершенствованием действующего законодательства в экологической сфере, в том числе посредством принятия мер к устранению имеющихся пробелов, однако имеются резервы для повышения эффективности такой деятельности, что в основном предопределяется необходимостью внесения изменений в нормы федерального законодательства, регламентирующего деятельность российской прокуратуры.

---

---

*Вытханова Г.В.*

## **ПРАВОВЫЕ ПРОБЕЛЫ В ОБЛАСТИ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ ИНФОРМАЦИИ И ЭКОЛОГИЧЕСКОГО МЕНЕДЖМЕНТА<sup>1</sup>**

Отсутствие в российском законодательстве понятия «экологическая информация», определения ее видов, порядка сбора, предоставления, обмена является сдерживающим фактором достижения стратегических целей и задач экологического развития, включая информационное обеспечение охраны окружающей среды и экологической безопасности. В числе механизмов, направленных на их выполнение, Основами государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года, утвержденными Президентом РФ 30 апреля 2012 г.<sup>2</sup>, предусмотрено повышение информационной открытости промышленных предприятий в части их негативного воздействия на окружающую

---

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

среду и предпринимаемых мер по его снижению; развитие добровольных механизмов экологической ответственности организаций с участием государства и переход государственных корпораций к обязательной нефинансовой отчетности в области охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности в соответствии с международными стандартами, подлежащей аудиту независимыми третьими сторонами.

Эти вопросы неоднократно поднимались в научной литературе, в том числе в отношении информационных проблем экологического менеджмента, формирования и проведения экологической политики предприятий и корпораций, экологической отчетности, повышения экологической ответственности бизнеса<sup>1</sup>. Данное направление совершенствования российского законодательства является особенно актуальным в контексте уже неоднократно обсуждаемой на различных уровнях, включая ученых<sup>2</sup> и специалистов, необходимости присоединения России к Орхусской конвенции<sup>3</sup>. В ней содержится понятие «экологическая информация», характеризующее не только состояние элементов окружающей среды, но также деятельность или меры, соглашения в области окружающей среды, политику, законодательство, планы и программы, оказывающие или способные оказать воздействие на элементы окружающей среды, анализ затрат и результатов и другой экономический анализ и допущения, использованные при принятии решений по вопросам, касающимся окружающей среды.

В составе такой информации, относящей к деятельности предприятий, следует выделять сведения, формируемые при проведении экологического менеджмента, построение которого осуществляется в России на основе международных стандартов ИСО серии 14000, содержащих рекомендации по оценке экологического риска

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Выпханова Г.В. К вопросу об информационном обеспечении природопользования и охраны окружающей среды: концептуальные и правовые аспекты // Экологическое право. 2006. № 5. С. 36–40.

<sup>2</sup> См., например: Кадомцева А.Е., Ковалевская Ю.И., Манкевич И.П. Опыт Республики Беларусь по реализации положений Конвенции Европейской экономической комиссии ООН о доступе к информации, участию общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (в свете подготовки России к присоединению к Орхусской конвенции) // Экологическое право. 2019. № 3. С. 28–34.

<sup>3</sup> См.: Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе (принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (принята на Четвертой Конференции министров «Окружающая среда для Европы». Орхус, Дания, 23–25 июня 1998 г.). URL: <https://www.unesc.org/env/pp/treatytext.html>



хозяйственной деятельности; экологическим мерам по контролю и мониторингу окружающей среды; экологической оценке регулирующего воздействия, а также экологического соответствия хозяйственной деятельности. Неотъемлемая часть таких стандартов — экологическая информация.

В Российской Федерации такой стандарт, утвержденный в 1998 г., представлял собой действительный перевод на русский язык ISO 14001:1996 и был зарегистрирован как ГОСТ Р ИСО 14001-98 «Системы управления окружающей средой: требования и руководство по применению»<sup>1</sup>. Однако его применение осложнялось недостаточной проработанностью терминологии, в том числе относящейся к экологической информации, рядом неточностей в интерпретации и пропусков требований оригинального документа, в связи с чем взамен чего в 2007 г. был утвержден национальный стандарт — ГОСТ Р ИСО 14001-2007<sup>2</sup>, также утративший силу.

На национальном уровне Российской Федерации с 1 марта 2017 г. введен в действие ГОСТ Р ИСО 14001-2016<sup>3</sup>, который идентичен международному ISO 14001:2015 и заменяет собой версию 2007 г. С сентября 2018 г. сертификация систем экологического менеджмента предприятия проводится на соответствие требований уже новой версии.

Проведение экологического менеджмента на предприятиях-природопользователях, являющихся одновременно загрязнителями окружающей среды, способствует принятию экологически обоснованных управленческих и хозяйственных решений, формированию и реализации экологической политики, направленной на достижение результатов производственной деятельности с применением «зеленых» технологий, позволяющих снизить или исключить негативное воздействие. Соответственно экологический менеджмент как важная составная часть корпоративного управления выступает в качестве ключевого средства достижения баланса экономических и экологических интересов. Внедрение и проведение экологического мониторинга на российских предприятиях актуализируются в контексте реализуемых на национальном уровне мер по снижению

<sup>1</sup> Стандарт принят и введен в действие Постановлением Госстандарта России от 21 октября 1998 г. № 378 (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: ГОСТ Р ИСО 14001-2007. Системы экологического менеджмента. Требования и руководство по применению (утв. приказом Ростехрегулирования от 12 июля 2007 г. № 175-ст) (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> ГОСТ Р ИСО 14001-2016 «Системы экологического менеджмента. Требования и руководство по применению» (утв. приказом Росстандарта от 29 апреля 2016 г. № 285-ст) // СПС «КонсультантПлюс».



парниковых выбросов в рамках Парижского соглашения<sup>1</sup>, принятого 12 декабря 2015 г. 21-й сессией Конференции сторон Рамочной конвенции ООН об изменении климата<sup>2</sup>, и достижения целей устойчивого развития, содержащихся в Повестке дня в области устойчивого развития на период до 2030 года, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 25 сентября 2015 г.<sup>3</sup> Комплекс мер, разработанных для обеспечения Россией выполнения обязательств, принятых по этим соглашениям, включает в том числе мероприятия по снижению негативного воздействия основных отраслей экономики на окружающую среду. Необходимость внедрения системы экологического менеджмента на предприятиях обусловлена также национальными целями и стратегическими задачами развития Российской Федерации, относящимися как к экономике, так и к экологической сфере.

Вместе с тем, по оценкам специалистов, в стране постепенно снижается внедрение систем экологического менеджмента в практику хозяйственной деятельности российских предприятий. К числу барьеров в первую очередь относят: традиционно низкий уровень общего менеджмента, проблемы оценки ожидаемой экономической эффективности, отсутствие единой интегрированной системы экологического менеджмента и методики ее внедрения, поверхностный подход к развитию систем менеджмента в соответствии с общими принципами стандартов серии ИСО<sup>4</sup>.

Среди проблемных причин следует выделить и информационные вопросы, связанные с неурегулированностью отношений в области экологической информации. В связи с этим возникает необходимость адаптации, устранения противоречий и несоответствий терминологии, понятийного аппарата, положений действующих национальных стандартов, относящихся к экологическому менеджменту, и российского законодательства.

В отличие от экологического законодательства действующий национальный стандарт Российской Федерации в области экологического менеджмента предусматривает системный подход к его

---

<sup>1</sup> URL: [https://unfccc.int/files/meetings/paris\\_nov\\_2015/application/pdf/paris\\_agreement\\_russian\\_.pdf](https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_russian_.pdf). Документ вступил в силу для России 6 ноября 2019 г. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>2</sup> БМД. 1996. № 12. С. 3–24.

<sup>3</sup> URL: <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/RES/70/1>

<sup>4</sup> См. подробнее: Ратнер С.В., Алмастьян Н.А. Экологический менеджмент в Российской Федерации: проблемы и перспективы развития // Угрозы и безопасность. 2014. № 17. С. 37–46; Шпаков А.С., Бурданов А.Е. Основные проблемы на пути внедрения экологического менеджмента в Российской Федерации // Научный журнал НИУ ИТМО. Сер.: Экономика и экологический менеджмент. 2019. № 1. С. 154–162.

осуществлению, в том числе в отношении экологической информации — от ее поиска, использования, регулирования других этапов до доведения до соответствующих заинтересованных сторон. Стандарт содержит положения, касающиеся экологической информации, которые должны учитываться при формировании экологической политики, определении экологической цели и показателей, относящихся к экологическим результатам деятельности.

При этом возникают вопросы как терминологического, так и содержательного характера. Например, как следует из положений Стандарта, экологическая политика, определяемая как совокупность принципов, сформулированных как обязательства, в которых высшее руководство выражает намерения организации поддерживать и улучшать экологические результаты ее деятельности, позволяет организации установить экологические цели, предпринимать действия для достижения намеченных результатов системы экологического менеджмента, а также для постоянного их улучшения. В Стандарте сформулированы основные обязательства экологической политики: защищать окружающую среду; выполнять принятые организацией обязательства; постоянно совершенствовать систему экологического менеджмента для улучшения экологических результатов деятельности.

Обязательство защищать окружающую среду предполагает не только предупреждение неблагоприятных экологических воздействий посредством предотвращения загрязнения, но и защиту окружающей среды от вреда и разрушения, связанных с деятельностью организации, ее продукцией и услугами. Конкретное(ые) обязательство(а) организации должно(ы) соответствовать среде организации, включая местные и региональные условия окружающей среды. Обязательства могут относиться к качеству воды, утилизации отходов, качеству воздуха, а также могут включать в себя обязательства, относящиеся к смягчению последствий изменения климата и адаптации, защите биоразнообразия и экосистем и рекультивации.

В части обязательства по защите окружающей среды, во-первых, следует отметить, что российское экологическое законодательство регулирует отношения по охране окружающей среды. Термин «защита» применяется в отношении субъектов правоотношений (защита экологических прав граждан) в отдельных случаях, например при регулировании некоторых видов природоохранных и природоресурсных отношений (защита окружающей среды в зонах чрезвычайных ситуаций; защита лесов от вредных организмов и их охрана от пожаров, загрязнения, иного негативного воздействия). Соответ-

ственно экологический менеджмент должен быть направлен на охрану окружающей среды как более широкое понятие, включающее защиту в определенных случаях. Во-вторых, в Стандарте приводится отличный от закрепленного экологическим законодательством термин «окружающая среда» (environment), понимаемый как окружение, в котором функционирует организация, включая воздух, воду, землю, природные ресурсы, флору, фауну, людей и их взаимоотношения. Причем уточняется, что понятие «окружение» может распространяться на среду в пределах от организации до местной, региональной или глобальной системы и окружение может быть описано с точки зрения биологического разнообразия, экосистем, климата и других характеристик. Данный термин также требует соотношения с легальными понятиями, предусмотренными Федеральным законом от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»<sup>1</sup>, включая понятия «окружающая среда», «природная среда», «компоненты природной среды» и др.

Терминологическая корреляция необходима для определения целей, задач экологической политики предприятия, результатов его производственной деятельности, формируемых и корректируемых при проведении экологического менеджмента, отражаемых в соответствующей документации. Использование легального понятийного аппарата, содержащегося в экологическом законодательстве, требуется при разработке, актуализации, применении организацией документированной информации в отношении экологических целей, для достижения которых планируются действия, позволяющие определять, что должно быть сделано, какие потребуются ресурсы, сроки завершения действий, ответственных лиц, методику оценки результатов.

Информационное содержание имеют и другие элементы системы экологического менеджмента — «экологические аспекты» (элемент деятельности организации, ее продукции или услуг, который взаимодействует или может взаимодействовать с окружающей средой); «экологическое условие» (состояние или характеристика окружающей среды в определенный момент времени); «экологическое воздействие» (изменение в окружающей среде отрицательного или положительного характера, полностью или частично являющееся результатом экологических аспектов организации).

Требуется согласование и корректировка экологических аспектов организации, например, в части видов негативного воздействия на окружающую среду и ее компоненты, которые также закреплены в

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

экологическом законодательстве. Стандартом при определении экологических аспектов предлагается рассматривать: выбросы в воздух; сбросы в воду; сбросы на землю; использование сырья и природных ресурсов; потребление энергии; выделяемую энергию (например, нагрев, радиация, вибрация (шум), свет); образование отходов и (или) побочных продуктов; использование пространства.

Решение этого вопроса требуется и при определении среды организации в части определения и оценки внутренних и внешних факторов. В их числе названы экологические условия, такие как климат, качество воздуха и воды, землепользование, имеющиеся загрязнения, наличие природных ресурсов, биологическое разнообразие, которые могут оказывать влияние на цель организации или быть подверженными влиянию экологических аспектов организации.

Определенные сложности возникают у организации в части обмена экологической информацией в связи с неурегулированностью этих отношений в российском законодательстве. В Стандарте содержатся положения, касающиеся обмена (внутреннего и внешнего) экологической информацией, которые включают в том числе требования ее достоверности, доступности, пригодности, защиты, порядка документирования, создания, актуализации, управления (в том числе распределения, поиска, использования, хранения, изменения, уничтожения). При этом даны руководящие указания по применению положений Стандарта, касающиеся обмена информацией, который должен быть: 1) прозрачным, то есть организация предоставляет информацию открыто; 2) соответствующим, то есть информация удовлетворяет потребности соответствующих заинтересованных сторон, позволяя им принимать участие в обмене; 3) достоверным и не вводящим в заблуждение тех, кто полагается на полученную информацию; 4) фактическим, точным и заслуживающим доверие; 5) не исключаяющими соответствующую информацию; 6) быть понятным для заинтересованных сторон.

Эти и другие положения Стандарта следует учитывать при определении критериев экологической информации, ее понятия, состава, форм, порядка предоставления, при регулировании отношений обмена, доступа. Предпринимаемые в последнее время законодательные инициативы, направленные на совершенствование экологического законодательства, характеризовались фрагментарностью и отсутствием системности в регулировании отношений в области экологической информации. Проблемы экологического менеджмента подтверждают необходимость принятия специального федерального закона об экологической информации, что создаст законода-

тельную основу для регулирования всего комплекса отношений, возникающих в данной сфере, устранению существующих правовых пробелов и коллизий, решению правоприменительных проблем, в том числе при внедрении экологического менеджмента.

---

---

*Авхадеев В.Р.*

### **ПРОБЕЛЫ В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ РЕЖИМА АРКТИКИ**

Современный этап развития международно-правового регулирования режима Арктики характеризуется рядом проблем, имеющих комплексный характер. Прежде всего, к таким проблемам необходимо отнести пробелы в правовом регулировании режима арктических морских пространств<sup>1</sup>, статуса коренных народов Арктики, освоения минеральных ресурсов, промысла живых морских ресурсов арктических морей. Важно также обратить внимание на элементы механизма регионального сотрудничества по проблемам Арктики и на развитие правового статуса Северного морского пути.

В настоящее время правовой режим Арктики регулируется как двусторонними, так и многосторонними международными договорами на всех уровнях правового регулирования: универсальном, региональном и субрегиональном. Также существенную роль в правовом регулировании режима Арктики играют декларации, принятые арктическими государствами по результатам их совместной деятельности в рамках Арктического совета и иных межгосударственных интеграционных региональных объединений.

Универсальные международные договоры регулируют правовой режим различных объектов охраны окружающей среды, определяют правовой статус морских пространств либо регламентируют отдельные виды человеческой деятельности, в том числе применительно к Арктическому региону. Региональные многосторонние международные договоры заключены между арктическими государствами по отдельным вопросам охраны окружающей среды и аварийно-спаса-

---

<sup>1</sup> Прежде всего, это касается вопросов делимитации морских пространств данного региона.

тельной деятельности. Субрегиональные международные договоры заключены между государствами Западной Арктики в целях координации и оптимизации межгосударственного сотрудничества в Баренцевом (Евроарктическом) регионе. При этом каждый из уровней международно-правового регулирования режима Арктики имеет определенные недостатки. Универсальные международные договоры, действие которых распространяется на арктические морские пространства, не всегда учитывают их специфику. Региональные международные договоры охватывают далеко не полный круг правоотношений, складывающихся между арктическими государствами в ходе их сотрудничества. Субрегиональные международные договоры применяются только к Западной Арктике и не регулируют деятельность государств в Восточной Арктике и Центральной Арктике (район Северного полюса).

Двусторонние международные договоры регулируют взаимодействие государств, имеющих сопредельные территории (акватории), на локальном уровне. Соответствующие международные договоры регулируют вопросы, представляющими взаимный интерес для обоих государств. Прежде всего, двусторонние договоры направлены на совместное урегулирование вопросов делимитации арктических морских пространств, а также проблем, связанных с освоением природных ресурсов приграничных районов.

Декларации, касающиеся вопросов правового регулирования режима Арктики, принимаются в рамках деятельности международных объединений регионального характера, главным образом на совещаниях различного уровня в рамках деятельности Арктического совета.

Международные многосторонние договоры в зависимости от сферы их действия в пространстве имеют, соответственно, и различную степень влияния на развитие международно-правового регулирования режима Арктики. Среди многосторонних международных договоров, действие которых распространяется на Арктический регион, ведущее место принадлежит Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Данная конвенция систематизировала большинство ранее существовавших норм и обычаев, касающихся вопросов правового регулирования режима морских пространств и, соответственно, в определенной степени их урегулировала. Конвенция ООН по морскому праву применима к Арктическому региону как в общем, так и в специальном порядке. В общем порядке она применима к регулированию режима морских пространств Арктики, поскольку в данном регионе представлены такие же морские пространства, как и в Мировом океане в целом: территориальное море, континенталь-

ный шельф, Морское дно<sup>1</sup>, открытое море, исключительная экономическая зона и др. Помимо правовых норм, регулирующих правовой режим морских пространств в общем порядке, Конвенция закрепляет особенности правового режима покрытых льдом районов, в которых за прибрежными странами закреплено право принимать, а также обеспечивать соблюдение недискриминационных законов и правил по предотвращению, сокращению и сохранению под контролем загрязнения морской среды с судов в покрытых льдами районах в пределах исключительной экономической зоны<sup>2</sup>. Данную специальную норму могут реализовать только государства, имеющие непосредственный выход к акваториям, покрытым льдом, то есть к берегам Северного Ледовитого океана, а также некоторых морей Тихого и Атлантического океанов, полностью либо частично покрытых льдами на протяжении большей части года. При этом важно обратить внимание на то, что данная Конвенция не может быть в полной мере применима к акватории Северного Ледовитого океана, поскольку одна из арктических держав — Соединенные Штаты Америки — не ратифицировала данную Конвенцию. Следовательно, она не может быть обязательной для данного государства. Это связано с общим правилом, касающимся третьих государств, которое заключается в том, что международные договоры не создают обязательств или прав для третьих государств без их на то согласия<sup>3</sup>.

*Правовой режим арктических морских пространств* регулируется, прежде всего, на основании таких международных договоров универсального характера, как Женевские конвенции, принятые в 1958 г.<sup>4</sup>, и Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.

Ведущая роль в вопросе регулирования правового режима арктических морских пространств принадлежит Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., поскольку она систематизировала большинство ранее существовавших норм и обычаев, касающихся вопросов правового регулирования режима морских пространств и, соответственно, в определенной степени их урегулировала.

При этом важно обратить внимание на особые географические и климатические условия Арктики. В частности, затруднено либо

<sup>1</sup> В данном случае имеется в виду международный район морского дна, находящийся за пределами национальной юрисдикции.

<sup>2</sup> Статья 234 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.

<sup>3</sup> См.: Венская конвенция о праве международных договоров (заключена в Вене 23 мая 1969 г.) // Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

<sup>4</sup> Конвенция об открытом море; Конвенция о рыболовстве и охране живых ресурсов открытого моря; Конвенция о континентальном шельфе; Конвенция о территориальном море и прилежащей зоне.



невозможно применение общего правового режима открытого моря или иных правовых режимов, предусмотренных в Конвенции ООН<sup>1</sup>, в отношении Северного Ледовитого океана и его окраинных морей. В отличие от других океанов, воды Северного Ледовитого океана, за исключением нескольких зон, постоянно либо большую часть года покрыты льдами, что во многом препятствует практической возможности реализовывать предусмотренный Конвенцией ООН режим открытого моря, за исключением вод Центрально-Арктического района, освободившихся от многовекового льда и расположенных за пределами 200-мильных пространств исключительных экономических зон пяти арктических прибрежных государств<sup>2</sup>.

В связи с этим можно сделать вывод о том, что самостоятельно, опираясь лишь на положения Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., арктические государства по большей части не в состоянии осуществить делимитацию морских пространств самостоятельно. Соответственно, для эффективной делимитации арктических морских пространств государства вынуждены заключать между собой двусторонние международные договоры<sup>3</sup> либо обращаться в международные организации с целью разрешения споров о правовой принадлежности арктических морских пространств<sup>4</sup>. Таким образом, наиболее верным, отвечающим как международному праву, так и национальному законодательству арктических государств является создание международно-правовых механизмов взаимодействия арктических стран исходя из правовых позиций международных су-

<sup>1</sup> Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.

<sup>2</sup> См.: Вылегжанин А.Н. Правовое положение Арктического региона в документах// Арктический регион: проблемы международного сотрудничества: хрестоматия: в 3 т. Т. 3. Применимые правовые источники. М., 2013. С. 32–33.

<sup>3</sup> Правовой режим делимитации морских пространств с сопредельными государствами Российской Федерации в Арктике — Соединенными Штатами Америки и Королевством Норвегия — также регулируется специальными двусторонними соглашениями, соответственно: Соглашением между СССР и Соединенными Штатами Америки о линии разграничения морских пространств от 1 июня 1990 г. (Российской Федерацией оно не ратифицировано, в настоящее время временно применяется) и Договор между Российской Федерацией и Королевством Норвегия о разграничении морских пространств и сотрудничестве в Баренцевом море и Северном Ледовитом океане, подписанный в г. Мурманске 15 сентября 2010 г.

<sup>4</sup> Российская Федерация в 2015 г. подала представление в Комиссию по границам континентального шельфа в отношении континентального шельфа в Северном Ледовитом океане. В связи с этим важно отметить, что разрешение проблем правовой принадлежности арктических морских пространств во многом будет зависеть от решения, которое примет Комиссия по итогам рассмотрения данного представления.



дебных учреждений, а также компетентных международных межправительственных организаций.

*Правовой статус коренных народов Арктики* закреплён в международных договорах, посвящённых различным аспектам регулирования прав человека. Прежде всего, необходимо обратить внимание на Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., согласно которому для достижения своих целей все народы имеют право свободно распоряжаться своими естественными природными ресурсами, не нанося при этом ущерба международным экономическим обязательствам, основываясь на принципе взаимной выгоды и исходя из международного права. Правовой статус народов Арктического региона как национальных меньшинств закрепляют такие международно-правовые акты, как Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 18 декабря 1992 г.

В настоящее время коренные жители Арктики испытывают определённые трудности, связанные с реализацией своих прав на ведение традиционного образа жизни, выраженные, в частности, в сокращении площадей оленьих пастбищ вследствие расширения деятельности, связанной с добычей соответствующих природных ресурсов Арктики. Также возникают трудности, связанные с реализацией прав коренных жителей Арктики в сфере медицины, образования и иных компонентов социальной сферы. В дальнейшем если права коренных жителей Арктики не будут регламентированы должным образом, то данное обстоятельство может привести к социальным протестам данной категории населения — и у государств могут возникнуть трудности, связанные с деятельностью на арктических территориях (добыча полезных ископаемых и промысел живых морских ресурсов).

Соответственно, наиболее оптимальным решением данных проблем представляется заключение Конвенции о защите прав коренных народов Арктики, в рамках которой были бы учтены особенности правового регулирования их статуса и механизм защиты их прав, а также их взаимодействие с органами власти государств Арктического региона.

*Правовое регулирование добычи минеральных ресурсов Арктики* в настоящее время осуществляется в соответствии с универсальными и региональными международными договорами. Среди универсальных источников международного права, регулирующих деятельность по освоению углеводородных ресурсов Арктики, лидирует Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. (часть VI, регламентирующая

правовой режим континентального шельфа, основы которого были заложены в Конвенции о континентальном шельфе 1958 г.). Положения соответствующих конвенций устанавливают пространственные пределы континентального шельфа и допустимые виды деятельности в нем. Помимо этого на универсальном правовом уровне были приняты международные договоры, обеспечивающие защиту морской среды от промышленных загрязнений, связанных с добычей природных ресурсов<sup>1</sup>.

Среди региональных международных договоров необходимо обратить внимание, прежде всего, на Соглашение о сотрудничестве в сфере готовности и реагирования на загрязнение моря нефтью в Арктике 2013 г.

В связи с этим важно заметить, что нефть не является единственным углеводородным ресурсом: значительную часть добываемых в Арктике углеводородов составляет природный газ. В настоящее время на региональном уровне отсутствует международный договор, регулирующий вопросы взаимодействия государств по вопросам промышленной безопасности при разработке газоконденсатных ресурсов континентального шельфа.

По вопросам освоения месторождений газа имеются только акты рекомендательного характера: в рамках деятельности Рабочей группы по защите морской среды Арктического совета 29 апреля 2009 г. было принято Руководство по освоению морских ресурсов нефти и газа в Арктике, а также в ходе работы Всемирной организацией по стандартизации принимаются стандарты, затрагивающие вопросы разработки как нефтяных, так и газовых ресурсов<sup>2</sup>.

В связи с этим необходимо обратить внимание на Соглашение о сотрудничестве в сфере готовности и реагирования на загрязнение моря нефтью в Арктике 2013 г., которое посвящено вопросам защиты морской среды данного региона от загрязнения нефтью, но при

---

<sup>1</sup> Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов 1972 г., Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 г. и Протокол 1978 г. (МАРПОЛ-73/78), а также Международная конвенция по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству 1990 г. и другие международные договоры соответствующей направленности.

<sup>2</sup> См. следующие стандарты: ИСО 35101:2017 «Нефтяная и газовая промышленность. Арктические операции. Производственная среда»; ИСО 35103:2017 «Нефтяная и газовая промышленность. Арктические операции. Мониторинг окружающей среды»; ИСО 35106:2018 «Промышленность нефтяная и газовая. Эксплуатация в арктических условиях. Гидрометеорологические данные, данные о ледовом режиме и морском дне».

этом отсутствует международно-правовое регулирование защиты морской среды Арктики от загрязнения сжиженным природным газом, который в значительных количествах добывается в Арктике. Соответственно, представляется необходимым заключение соглашения о сотрудничестве в сфере готовности и реагирования на загрязнение арктических морских пространств сжиженным природным газом.

*Международно-правовое регулирование промысла морских живых ресурсов Арктики*, включая непосредственно живые ресурсы, регулируется как на многостороннем, так и на двустороннем уровне. В настоящее время международно-правовое регулирование режима рыболовства в Арктике осуществляется посредством Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., Конвенцией о рыболовстве в Северо-Восточной части Атлантического океана (НЕАФК) 1980 г., Договором о Шпицбергене 1920 г., посредством которого был установлен особый объектный режим архипелага Шпицберген, в том числе и по вопросам рыбной ловли, а также рядом иных международных договоров. Среди двусторонних международных договоров необходимо обратить внимание на Договор между Российской Федерацией и Королевством Норвегия о разграничении морских пространств и сотрудничестве в Баренцевом море и Северном Ледовитом океане, подписанный в г. Мурманске 15 сентября 2010 г., который в отдельном приложении «Вопросы рыболовства» регулирует порядок сотрудничества договаривающихся сторон по данной проблематике.

Главной проблемой правового регулирования промысла морских живых ресурсов является полное отсутствие специализированных международных договоров, затрагивающих промысел морских животных Арктики. Морские млекопитающие, обитающие в акватории Северного Ледовитого океана и на его побережье, издавна представляют собой промысловую ценность для жителей Арктического региона. При этом популяции морских млекопитающих в Северном Ледовитом океане угрожает ряд обстоятельств: на них регулярно осуществляется охота, в том числе незаконная; происходит загрязнение окружающей природной среды; постепенно сокращается ледяной покров. Значительное сокращение популяции живых морских млекопитающих в Арктике может привести к существенному ухудшению рациона питания коренных жителей Арктики, а следовательно, здоровья и качества жизни людей в целом.

В целях эффективного регулирования промысла и сохранения одного из важнейших компонентов природной среды данного ре-

гиона — морских млекопитающих — целесообразно рекомендовать арктическим государствам разработку и заключение конвенции о регулировании промысла морских млекопитающих Арктики.

*Механизм регионального сотрудничества по проблемам Арктики*, созданный на основе согласованного подхода арктических государств, пока реализован не в полной мере. Арктический совет создан в 1996 г. на основании Декларации и объединяет все арктические государства, но при этом у него нет устава в форме международного договора, в качестве учредительного акта выступает Декларация 1996 г.

В Декларации об учреждении Арктического совета 1996 г. в качестве одной из целей его создания отмечается нахождение способов организации сотрудничества, координации и взаимодействия между арктическими государствами по вопросам Арктики, представляющим общий интерес. Данная цель создания нашла закрепление в Основах государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу<sup>1</sup>.

Между тем необходимо обратить внимание на то, что в современной Концепции внешней политики Российской Федерации<sup>2</sup> (далее — Концепция) арктический вектор международного сотрудничества обозначен отдельно, что свидетельствует о его особой значимости. В частности, в Концепции отмечается, что арктические государства несут особую ответственность за устойчивое развитие региона, и в связи с этим Россия выступает за укрепление взаимодействия в формате как Арктического совета, так и иных международных организаций<sup>3</sup>.

Учитывая особую роль Арктического совета в регулировании регионального сотрудничества, представляется целесообразным заключение между членами Арктического совета Договора об учреждении Арктического совета, что, в свою очередь, будет способ-

<sup>1</sup> См.: Авхадеев В.Р. Охрана окружающей среды в Арктике: имплементация норм международного права в законодательство Российской Федерации // Правовое регулирование сбалансированного развития территорий: сборник материалов международных научно-практических конференций «Экологическая политика: векторы сбалансированного развития» (МИИГАиК, 14 декабря 2017 г.) и «Правовое обеспечение комплексного развития территорий» (МИИГАиК; ИЗИСП, 15 марта 2018 г.) / отв. ред. С.А. Боголюбов, Н.В. Кичигин, М.В. Пономарев. М.: МИИГАиК, 2018. С. 23.

<sup>2</sup> Концепция утверждена Указом Президента РФ от 30 ноября 2016 г. № 640.

<sup>3</sup> См.: Авхадеев В.Р. Сотрудничество Арктического совета и Российской Федерации по вопросам охраны окружающей среды: проблемы развития // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 145.

ствовать более эффективному разрешению обозначенных выше отраслевых проблем, с которыми сталкиваются арктические государства.

*Особую актуальность в современном мире приобретает регулирование правового режима Северного морского пути.* Признание Северного морского пути в качестве национальной транспортной магистрали и установление над ней суверенитета Российской Федерации может вызвать ряд вопросов у иностранных государств, заинтересованных в навигации через акваторию Северного морского пути.

В настоящее время плавание в акватории Северного морского пути регламентировано в Российской Федерации как на законодательном, так и на подзаконном уровнях. На законодательном уровне закреплены как само определение Северного морского пути, так и правовые основы его использования для навигации. Определение Северного морского пути закреплено в Кодексе торгового мореплавания РФ посредством обозначения конкретных морских пространств. Соответственно, под акваторией Северного морского пути понимается водное пространство, прилегающее к северному побережью Российской Федерации, охватывающее внутренние морские воды, территориальное море, прилежащую зону и исключительную экономическую зону Российской Федерации и ограниченное с востока линией разграничения морских пространств с Соединенными Штатами Америки и параллелью мыса Дежнева в Беринговом проливе, с запада меридианом мыса Желания до архипелага Новая Земля, восточной береговой линией архипелага Новая Земля и западными границами проливов Маточкин Шар, Карские Ворота, Югорский Шар<sup>1</sup>.

Федеральный закон «О внутренних морских водах, территориальном море и прилежащей зоне Российской Федерации» 1998 г. закрепляет правовые основы навигации в акватории Северного морского пути. Прежде всего, в данном федеральном законе Северный морской путь обозначен как исторически сложившаяся национальная транспортная коммуникация Российской Федерации. Далее отмечается, что плавание в данной акватории осуществляется в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации, настоящим федеральным законом, другими федеральными

---

<sup>1</sup> См.: Кодекс торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ (в ред. от 29 декабря 2017 г.) // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207.

законами и издаваемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами<sup>1</sup>.

Непосредственно регламентация плавания в акватории Северного морского пути осуществляется и на законодательном, и на подзаконном уровнях.

В соответствии с положениями п. 2 ст. 5.1 Кодекса торгового мореплавания РФ правила плавания в акватории Северного морского пути, утверждаемые уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти, применяются в целях обеспечения безопасности мореплавания, а также предотвращения, сокращения и сохранения под контролем загрязнения морской среды с судов. В настоящее время данным органом исполнительной власти является Министерство транспорта РФ, которое в 2013 г. своим приказом утвердило Правила плавания в акватории Северного морского пути.

Выдача разрешения на плавание судна в акватории Северного морского пути осуществляется Администрацией Северного морского пути на основании заявления судовладельца, представителя судовладельца или капитана судна (далее — заявление), в котором указываются данные о заявителе с указанием полного наименования и (при наличии) идентификационного номера Международной морской организации, фамилии, имени, отчества (при наличии) руководителя, контактного телефона, факса, адреса электронной почты для юридического лица или фамилии, имени, отчества (при наличии) заявителя, контактного телефона, факса, адреса электронной почты для физического лица. Заявление должно содержать подтверждение того, что судовладелец обеспечит соответствие судна настоящим Правилам до захода судна в акваторию Северного морского пути<sup>2</sup>.

Так, например, в 2018 г.<sup>3</sup> в Администрации Северного морского пути зарегистрировано 115 обращений судовладельцев с заявлениями на разрешение плавания, в числе которых: 115 заявлений, поступивших от российских судовладельцев, семь заявлений — от судовладельцев из Португалии, шесть — из Либерии, пять — из Республи-

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 31 июля 1998 г. № 155-ФЗ (в ред. от 5 февраля 2018 г.) «О внутренних морских водах, территориальном море и прилегающей зоне Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3833.

<sup>2</sup> См.: Об утверждении Правил плавания в акватории Северного морского пути: приказ Минтранса России от 17 января 2013 г. № 7 (в ред. от 9 января 2017 г.) (зарегистрировано в Минюсте России 12 апреля 2013 г. № 28120) // Российская газета. 2013. 19 апреля.

<sup>3</sup> По состоянию на 14 мая 2018 года.

ки Кипр, по два заявления от судовладельцев из Гонконга и Багамских островов, а также одно заявление от австрийского судовладельца<sup>1</sup>.

Таким образом, с заявлениями на разрешение плавания в акватории Северного морского пути обращаются по большей части морские суда, государством флага которых является Российская Федерация. Но при этом судовладельцы, морские суда которых осуществляют плавание под флагом иностранных государств, также обращаются за разрешениями.

В связи с этим представляется целесообразным использовать опыт международно-правового регулирования сотрудничества США и Канады по вопросам сотрудничества в Арктике, в котором были урегулированы некоторые спорные моменты, касающиеся транзитного прохода морских судов, плавающих под флагом Соединенных Штатов Америки, через акваторию Канадского Арктического архипелага. В частности, было закреплено право прохода через данную акваторию морских судов под флагом США только с разрешения Канады.

Соответственно, для Российской Федерации также представляется желательным закреплять на уровне двусторонних международных договоров сотрудничество с заинтересованными иностранными государствами по вопросам навигации в акватории Северного морского пути. Главным моментом двусторонних международных договоров Российской Федерации по данным вопросам должна быть норма, закрепляющая возможность прохода судна договаривающейся стороны по Северному морскому пути только с согласия Российской Федерации. В данных международных договорах должны быть закреплены ключевые моменты, касающиеся правил плавания в акватории Северного морского пути.

Укрепление двустороннего сотрудничества Российской Федерации с заинтересованными в навигации по Северному морскому пути иностранными государствами позволит в определенной степени нивелировать претензии ряда зарубежных государств по поводу правовой принадлежности акватории Северного морского пути, поскольку им фактически будет предоставлено право прохода через данную акваторию, с одной стороны, а также укрепить статус Северного морского пути как национальной транспортной магистрали, поскольку такое право иностранным морским судам будет делегировано только Российской Федерацией — с другой.

---

<sup>1</sup> Официальный сайт Федерального государственного бюджетного учреждения «Администрация Северного морского пути»: [http://www.nusra.ru/ru/rassmotrenie\\_zayavleniy/perechen\\_zayavlenii.html](http://www.nusra.ru/ru/rassmotrenie_zayavleniy/perechen_zayavlenii.html)



*Сайфуллин Э.К.*

## **ПРОБЕЛЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОСМИЧЕСКОМ ПРАВЕ**

Международное космическое право зародилось практически одновременно с началом освоения человеком космоса в середине XX в. За короткое время был создан прочный фундамент космического права: Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 г.; Соглашение о спасании космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство, 1968 г.; Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, 1972 г.; Конвенция о регистрации объектов, запускаемых в космическое пространство, 1975 г.; Соглашении о деятельности государств на Луне и других небесных телах 1979 г.

На тот момент космическое право было одним из самых динамично развивающихся направлений международного права, отвечало всем требованиям и духу времени. Сбалансированный и согласительный характер перечисленных договоров по космосу отражал консенсус между главными космическими державами — СССР и США.

Однако постепенно космическая гонка сверхдержав сошла на нет. Космонавтика перестала быть приоритетной повесткой в государственной политике. Космос стал терять романтику, дух героизма и первооткрывательства. Обыденная рутинная наука заняла место подвига.

XXI век ознаменовал расцвет индустрии частной космонавтики. Это явление получило название “NewSpace” — («Новый космос»). Частные аэрокосмические компании в прямом смысле вдохнули в космонавтику вторую жизнь. Несколько компаний поставили цель колонизировать Марс в ближайшем десятилетии (2020–2030). Но ближе всех к этому подошла американская “SpaceX” И. Маска, которая планирует отправить людей на Марс уже к 2024–2025 гг. Помимо колонизации космоса ряд компаний намерены добывать в космическом пространстве полезные ресурсы. В докладе Goldman



Sachs 2017 г.<sup>1</sup> посвященном этому вопросу, дан оптимистичный прогноз развития индустрии освоения астероидов. Указывается, что миссия к астероиду может обойтись в 2,6 млрд дол. США, что является приемлемой ценой и сопоставимо с затратами на постройку и оборудование земного рудника, тем более что благодаря разработкам многоразовых космических систем таких компаний, как SpaceX и Blue Origin, стоимость полетов должна снизиться в разы. В то же время, по приведенным оценкам, один астероид может содержать только платины на 50 млрд дол. США.

Необходимо отметить, что вся эта запланированная деятельность по колонизации планет и промышленному освоению астероидов не урегулирована действующим международным космическим правом. Налицо пробелы в праве. В западных политических кругах на высшем уровне все громче звучат предложения о необходимости пересмотра и реформирования международного космического права с учетом современных реалий космической индустрии, в первую очередь частными компаниями.

Так, в 2015 г. в США был принят Закон «О конкурентоспособности коммерческих космических запусков» (U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015), который помимо всего прочего разрешает американским компаниям осуществлять промышленное освоение ресурсов на астероидах, а вслед за США Люксембург принимает свой Закон от 20 июля 2017 г. об исследовании и использовании космических ресурсов (Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace).

В апреле 2020 г. вышел Исполнительный приказ Президента США о поддержке международного сотрудничества в области добычи и использования космических ресурсов (Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources), в котором США подтвердили курс на поддержку коммерческого освоения космических ресурсов, заданный в Законе 2015 г.

Однако, в ст. 2 «Договора о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела», 1967 г., также известном как Договор о космосе, сказано, что «космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, не подлежит национальному присвоению ни путем провозглашения на них суверенитета, ни путем использования или оккупации, ни любыми другими

---

<sup>1</sup> Goldman Sachs: space-mining for platinum is 'more realistic than perceived. Jim Edwards. URL: <https://www.businessinsider.com/goldman-sachs-space-mining-asteroid-platinum-2017-4?r=UK>

средствами»<sup>1</sup>. Таким образом, летающие триллионы долларов принадлежат одновременно всем, то есть всему человечеству, но в то же время не принадлежат никому.

Незаслуженно недооценено «Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах» 1979 г., несмотря на охваченный им широкий круг вопросов. Простой пример: если Договор о космосе ратифицировали 109 государств, то указанное соглашение всего 18 стран, при этом ключевых космических держав (major spacefaring nations), таких как Россия, США, Великобритания, Франция, Китай, среди них нет. В связи с этим данное Соглашение не имеет такой большой силы, как Договор о космосе.

Тем не менее нормы, заключенные в нем, конкретизируют и развивают изложенное в Договоре о космосе. Статьи 6 (п. 2) Соглашения о деятельности государств на Луне и других небесных телах предусматривает, что «при проведении научных исследований государства-участники могут также использовать минеральные и другие вещества Луны для поддержания жизнедеятельности своих экспедиций в необходимых для этой цели количествах»<sup>2</sup>, однако речь идет о нуждах экспедиции, а не о коммерческой добыче. Исчерпывающая формулировка, из-за которой «космические страны» так и не подписали Соглашение о Луне, расширяющее положение ст. 2 Договора о космосе, содержится в п. 3 ст. 11 Соглашения: «Поверхность или недра Луны, а также участки ее поверхности или недр или природные ресурсы там, где они находятся, не могут быть собственностью какого-либо государства, международной межправительственной или неправительственной организации, национальной организации или неправительственного учреждения или любого физического лица. Размещение на поверхности Луны или в ее недрах персонала, космических аппаратов, оборудования, установок, станций и сооружений, включая конструкции, неразрывно связанные с ее поверхностью или недрами, не создает права собственности на поверхность или недра Луны или их участки»<sup>3</sup>. Это норма, как и к Луне, одинаково относится и к другим небесным телам.

---

<sup>1</sup> Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (принят резолюцией 2222 (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 19 декабря 1966 г.) // Конвенции и соглашения ООН. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/outer\\_space\\_governing.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml)

<sup>2</sup> Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах (принято резолюцией 34/68 Генеральной Ассамблеи ООН от 5 декабря 1979 г.) // Конвенции и соглашения ООН. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/moon\\_agreement.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/moon_agreement.shtml)

<sup>3</sup> Там же.

Закон США 2015 г. «О конкурентоспособности коммерческих космических запусков» не полностью посвящен добыче полезных ископаемых на астероидах. Этому аспекту уделен лишь разд. IV «Разработка и использование космических ресурсов» (Space resource exploration and utilization), однако сделано примечание, что этот раздел также может называться и Законом о разработке и использовании космических ресурсов: “This title may be cited as the “Space Resource Exploration and Utilization Act of 2015””. В этом разделе, даны определения понятий «Астероидный ресурс» и «Космическому(ий) ресурс». Астероидный ресурс — это космический ресурс, найденный на или внутри одного астероида. Космический ресурс означает абиотический ресурс в космическом пространстве, включая воду и минералы. Абиотический означает неживой, неорганический. Таким образом, объектом добычи не могут быть гипотетические живые организмы, обнаруженные в космосе.

Далее декларируется обязанность государственных органов США содействовать развитию индустрии коммерческого освоения астероидов и цитата: «продвигать (способствовать) право граждан Соединенных Штатов на участие в коммерческой разведке и коммерческой добыче космических ресурсов...» (“promote the right of United States citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources”).

Завершает это все норма о том, что «...Соединенные Штаты, таким образом, не отстаивают свой суверенитет или суверенные или исключительные права или юрисдикцию или владение каким-либо небесным телом» (“the United States does not thereby assert sovereignty or sovereign or exclusive rights or jurisdiction over, or the ownership of, any celestial body»).

Этим США, по их мнению, избегает противоречия ст. 2 Договора о космосе, которая, напомним, гласит: «Космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, не подлежит национальному присвоению ни путем провозглашения на них суверенитета, ни путем использования или оккупации, ни любыми другими средствами». Применив нужное толкование, можно сказать, что в этой статье ничего не сказано про физических и юридических лиц. Об этом говорится лишь в процитированном выше Соглашении о деятельности государств на Луне и других небесных телах, но, как было упомянуто, космические державы не являются подписантами этого договора, что указал в своем приказе 2020 г. Президент США Д. Трамп, а значит, его положения в отношении них не действуют. Кроме того, можно сослаться на то, что объектом присвоения и коммерческого оборота являются не небесные тела, а всего лишь

их ресурсы, о чем опять же в Договоре о космосе ничего не говорится.

Не меньше правовых пробелов выявлено и в связи с предполагаемой колонизацией космоса. Первые колонисты на Марсе, какую бы компанию или страну они ни представляли, будут находиться на этом небесном теле легально и «в соответствии с международным правом, включая Устав Организации Объединенных Наций»<sup>1</sup>. Так, например, в ст. 1 Договора о космосе 1967 г. говорится, что «космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, открыто для исследования и использования всеми государствами... при свободном доступе во все районы небесных тел»<sup>2</sup>. Вероятнее всего, первые экспедиции и марсианские базы будут проектами частных компаний, прошедших процесс национального лицензирования для осуществления этих миссий. Однако согласно ст. 6 Договора о космосе в данном случае с государств не будет снята ответственность за действия таких компаний. Кроме того, ответственность на государствах лежит по смыслу Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, вводящей понятие «запускающее государство».

Можно предположить, что статус марсианских баз будет установлен по аналогии с антарктическими научными станциями или Международной космической станцией. Многие будут сходно с международным морским правом относительно регулирования деятельности в открытом море. Не нарушая ст. 2 Договора о космосе, возможно поделить Марс на секторы юрисдикции стран регистрации космических кораблей и членов их экипажей без провозглашения суверенитета или частной собственности над конкретной территорией. Колонисты будут подчиняться как международному праву, так и национальному праву государства регистрации космического корабля, о чем говорится в ст. 8 Договора о космосе: «Государство — участник Договора, в регистр которого занесен объект, запущенный в космическое пространство, сохраняет юрисдикцию и контроль над таким объектом и над любым экипажем этого объекта во время их нахождения в космическом пространстве, в том числе и на небесном теле». Похожую норму можно встретить в Соглашении о деятельности государств на Луне и других небесных телах 1979 г.

---

<sup>1</sup> Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (принят резолюцией 2222 (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 19 декабря 1966 г.) // Конвенции и соглашения ООН. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/outer\\_space\\_governing.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml)

<sup>2</sup> Там же.

Первые колонисты будут отобраны из числа наиболее психологически подготовленных, ответственных и, самое главное, стрессоустойчивых людей, готовых к командной работе в иерархичном закрытом социуме, так как первые миссии на Марс, сопряженные с высоким риском, будут напоминать команды подлодок, на которых есть командир, от четкости исполнения приказов которого зависит жизнь всех членов команды. По мере разрастания колоний будет снижаться и планка отбора кандидатов, а при увеличении числа жителей с учетом постоянного пребывания в агрессивной среде, монотонного труда и развития депрессивных настроений высока вероятность совершения первых преступлений — от краж до сексуального насилия и убийств, и чем больше будет разрастаться колония (колонии), тем выше будет этот показатель. Это потребует наличия специалистов — следователей, криминалистов, судебно-медицинских экспертов, откомандированных с Земли, или создания полноценного марсианского криминального подразделения. Причем, учитывая условия на Марсе, такие как низкая гравитация, иная атмосфера и т.д., специалистам придется заново приспособлять методы расследования. Возникнет вопрос юрисдикции и подсудности. Так как уже известно, что будущие колонии будут интернациональными, это означает, что каждый колонист привезет с собой на Марс и право той страны, гражданином которой он является. Возникнет казус, при котором, например, швед, совершивший преступление по отношению к гражданину Японии на территории колонии, находящейся под юрисдикцией США, сбежит в колонию, находящуюся под юрисдикцией Китая. Вероятно, в данном случае продолжат действовать договоры об экстрадиции между государствами. Однако возможно будет также применить принцип международного права, по которому за определенные международные преступления преследование и наказание может осуществлять любое государство, например, за пиратство в открытом море.

В процессе продвижения вглубь космоса возрастает вероятность того, что человек встретит внеземные формы жизни. Причем в данном случае речь идет как о простейших формах жизни и микроорганизмах, так и о гипотетических разумных существах. Тема встречи человека с внеземным разумом достаточно подробно отражена в художественной литературе и кинематографе. С научной точки зрения этим вопросом занимаются астрофизики и биологи, но не юристы. Международное право, равно как и внутригосударственное право всех стран, полностью антропоцентрично, то есть субъектами права выступают только люди и их объединения. Гипотетическая

ситуация, в которой произойдут встреча, переговоры и заключение неких соглашений с развитой внеземной цивилизацией, потребует внесения соответствующих изменений в международное право. Это обстоятельство наполняет новым смыслом определение космонавтов, данное в ст. 5 Договора о космосе: «Государства — участники Договора рассматривают космонавтов как посланцев человечества в космос...». Посланник всегда отправляется к кому-то, и согласно Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. посланник — это дипломатический представитель на ранг ниже посла или нунция.

Человечество заново открывает космос. Колонизация Солнечной системы процесс неотвратимый. Сам прогресс и человеческое любопытство вкупе с романтическим духом первооткрывателей подтолкнет нас этому. Со многим из вышеописанного мировое сообщество столкнется в течение ближайших десятков лет, с чем-то — в более далекой перспективе. Пробелы в международном космическом праве очевидны, и долг научного сообщества — выработать сбалансированные пути их преодоления с учетом сохранения согласительной природы международного права.

---

---

---

*Карпов Н.Н.*

**ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ НА ПРИМЕРЕ  
ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА  
от 28 декабря 2009 года № 381-ФЗ  
«ОБ ОСНОВАХ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ  
ТОРГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»**

Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о торговле), являясь комплексным нормативным правовым актом, регулирующим вопросы, связанные со статусом субъектов торговой деятельности, государственным контролем указанной деятельности и мерами по ее развитию, в том числе регулирует взаимоотношения между такими хозяйствующими субъектами, как хозяйствующие субъекты, осуществляющие торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посред-

ством организации торговой сети, и поставщики продовольственных товаров.

Несмотря на внесенные в 2016 г. поправки в Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», которые достаточно серьезно повлияли на регулирование взаимоотношений по поставке продовольственных товаров в торговые сети, практическое применение положений закона показывает, что в регулировании данных правоотношений по-прежнему сохраняются определенные пробелы.

В Законе о торговле установлено ограничение выплат в пользу торговых сетей в размере 5% от цены поставляемых продовольственных товаров. В эти выплаты в том числе включаются услуги по продвижению товаров.

Определение понятия «услуги по продвижению товаров» вызывает ряд проблем при правоприменении, поскольку предусмотренный в определении понятия «услуги по продвижению товаров» перечень услуг не является исчерпывающим, что приводит к проблемам квалификации соответствующих услуг, поскольку по содержанию такие услуги носят разноплановый и комплексный характер, это могут быть как услуги по выкладке товаров, их размещению на специальном торговом оборудовании, так и рекламирование, проведение дегустаций в торговых залах и др.

До установления в Законе о торговле соответствующего определения отдельные авторы высказывали мнение, согласно которому услуги по продвижению товаров рассматривались как рекламная деятельность<sup>1</sup>. При этом вопрос квалификации таких услуг в качестве рекламной деятельности имеет важное правовое значение, поскольку такое отнесение фактически позволяет применять режим рекламной деятельности, предусмотренный Федеральным законом от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе». Определение понятия «реклама» также установлено законодателем довольно широко, в связи с чем представляется, что в зависимости от конкретного содержания деятельности по продвижению товаров должен решаться вопрос о квалификации такой деятельности как рекламной.

Законом о торговле также не допускается выплата соответствующих выплат в отношении социально значимых продовольственных товаров.

---

<sup>1</sup> См., например: Лихачев С. Услуги по продвижению товаров: гражданско-правовые и налоговые аспекты. URL: <https://www.eg-online.ru/article/181648/>



Данное ограничение установлено исходя из приоритета обеспечения продовольственной безопасности Российской Федерации в части создания условий продовольственной обеспеченности населения страны. Целесообразно в связи с этим обратить внимание на то, что в целях формирования специального правового режима продажи социально значимых продовольственных товаров Правительством РФ принято постановление от 15 июля 2010 г. № 530 «Об утверждении Правил установления предельно допустимых розничных цен на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, в отношении которых могут устанавливаться предельно допустимые розничные цены, и перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров, за приобретение определенного количества которых хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, не допускается выплата вознаграждения».

Кроме того, услуги по продвижению продовольственных товаров могут оказываться хозяйствующими субъектами, осуществляющими торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, только на основании отдельного договора оказания услуг.

При этом Закон о торговле не содержит требований о том, каким образом должна определяться плата за оказание таких услуг — в процентном выражении или в фиксированной стоимости. Данный пробел восполняют разъяснения ФАС России (письмо от 5 сентября 2016 г. № АК/60976/16 «Разъяснения ФАС России по некоторым вопросам применения Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ “Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации” в редакции Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 273-ФЗ»), согласно которым плата должна быть фиксированной, поскольку услуги по продвижению товаров, оказываемые торговой сетью, являются одинаковыми для всех поставщиков, а следовательно, и затраты в отношении каждого из них окажутся идентичными. Отличным образом согласно указанным разъяснениям ФАС России рассчитывается размер вознаграждения за покупку определенного количества продовольственных товаров.

Следует учитывать также, что при расчете максимального размера вознаграждения в цене товара не учитываются НДС и суммы акцизов (в отношении подакцизных товаров).



Еще одной новеллой в Законе о торговле в 2016 г. стала обязанность по размещению на своем сайте в сети «Интернет» информации об условиях отбора для заключения договора поставки продовольственных товаров в торговые сети, альтернативная возможность предоставления такой информации в виде ответа безвозмездно в 14-дневный срок со дня получения соответствующего запроса исключена из положений ч. 1 ст. 9 Закона о торговле.

Закон о торговле не содержит четкой регламентации содержания и состава такой информации, а также не конкретизирует, что понимается под «своим сайтом». Данная неопределенность порождает различные толкования как участниками рынка, так и территориальными антимонопольными органами и судами. При этом положения, регламентирующие ответственность за нарушение данного запрета, не были скорректированы. Целью введения данного законодательного требования было создание недискриминационного доступа к соответствующей информации со стороны поставщиков. Согласно разъяснениям ФАС России (письмо от 19 января 2017 г. № АК/2254/17) поведение торговой сети, при котором поставщикам не предоставляется информация об условиях отбора контрагентов и о существенных условиях договоров поставки путем размещения информации на сайте хозяйствующего субъекта в сети «Интернет», следует оценивать как создание поставщику препятствий для доступа на товарный рынок.

Согласно определению Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 августа 2012 г. № ВАС-9921/12 сформулированные в обобщенном виде (высокое качество товаров, лучшие ценовые предложения, соответствие действующему законодательству) условия вводят поставщиков в заблуждение относительно реальных потребностей торговой сети и создают условия, при которых любое предложение поставщика может быть признано несоответствующим таким условиям.

Таким образом, существующий правовой пробел в Законе о торговле в части отсутствия определения состава информации, которая должна быть размещена в сети «Интернет», на практике приводит к возможности квалификации действий ретейлеров как нарушения ч. 1 ст. 13 Закона о торговле.

В 2016 году в определение понятия «торговая сеть» были внесены изменения, благодаря которым понятие торговой сети приведено в соответствие с понятийным аппаратом Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Однако указанные изменения не решили проблему отнесения к торговым сетям

торговой сети, сохраняется и проблема отнесения к торговым сетям субъектов малого и среднего предпринимательства при использовании коммерческого обозначения на основании франшизы.

Согласно Закону о торговле использование хозяйствующим субъектом коммерческого обозначения на основании договора коммерческой концессии в отношении двух и более торговых объектов означает создание им торговой сети.

При этом торговой сетью признаются и торговые объекты с коммерческим обозначением, используемым на основании договора коммерческой концессии. Так, в постановлении Восьмого арбитражного апелляционного суда от 26 июля 2012 г. по делу № А70-1572/2012 суд подтвердил вывод антимонопольного органа об управлении заявителем торговой сетью «МОСМАРТ», поскольку ООО «Партнер — маркет» на основании договора коммерческой концессии, заключенного 27 декабря 2005 г. с ЗАО «МОСМАРТ», использует комплекс исключительных прав для создания, открытия и функционирования гипермаркетов с фирменным наименованием «МОСМАРТ» в своей предпринимательской деятельности по розничной торговле.

В юридической литературе как синонимичное обозначение договора концессии используются также термины «франшиза» и «франчайзинг», которые применяются в зарубежном законодательстве. В связи с этим следует отметить, что данная правовая позиция разделяется и законодателем. Так, проект федерального закона № 503845-6 «О франчайзинге» в 2016 г. был отклонен Государственной Думой, поскольку предлагаемые к регулированию данным законопроектом правоотношения уже в достаточной степени урегулированы положениями Гражданского кодекса РФ о коммерческой концессии.

Франшиза как способ создания коммерческих ассоциаций впервые была использована в 1929 г. — одновременно в США и во Франции<sup>1</sup>. В России же первый договор коммерческой концессии был зарегистрирован Роспатентом в 1996 г.<sup>2</sup> и получил широкое распространение в сфере розничной торговли, поскольку дает целый ряд преимуществ как правообладателю (в качестве которого в рассматриваемом случае выступает субъект, создавший торговую сеть), так и пользователю.

<sup>1</sup> См.: Крие Анри, Жаллэ Жоэль. Внутренняя торговля. М.: Издательская группа «ПРОГРЕСС» «УНИВЕРС», 1993. С. 95.

<sup>2</sup> См.: Еременко В.И., Евдокимова В.И. Совершенствование системы лицензирования в Европейском союзе // Патенты и лицензии. 1997. № 7. С. 31–36.

Решая задачу противодействия навязыванию ретейлерами невыгодных для поставщиков условий, законодатель не учел того, что в результате таких изменений под ограничения, установленные Законом о торговле, попали также и малые и средние предприниматели, работающие на условиях франшизы. В связи с этим представляется целесообразным устранить имеющийся пробел и предусмотреть в Законе о торговле положение, согласно которому не будут признаваться входящими в торговую сеть торговые объекты в случае использования единого коммерческого обозначения или иного средства индивидуализации субъектами малого и среднего предпринимательства.

Несовершенным представляется и законодательное регулирование в части ограничения территориальной экспансии торговых сетей. Законом о торговле в сфере розничной торговли продовольственными товарами установлен 25%-й порог доли реализованных торговой сетью продовольственных товаров в денежном выражении от объема всех реализованных продовольственных товаров в денежном выражении за предыдущий финансовый год в границах субъекта Российской Федерации, в том числе в границах городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга, в границах муниципального района, городского округа, при достижении которого в отношении такой торговой сети применяется запрет на приобретение или аренду в границах соответствующего административно-территориального образования дополнительной площади торговых объектов для осуществления торговой деятельности по любым основаниям. Установленное ограничение приобретения дополнительных торговых площадей при достижении 25%-й доли в границах административно-территориального образования не позволяет избежать ситуации приобретения ретейлером до достижения соответствующего значения любого количества площадей и значительного превышения такой доли в следующем периоде. Ситуация осложняется тем, что данный процент исчисляется исходя из данных Росстата, а сделки, направленные на расширение сети и заключенные до публикации соответствующих данных Росстатом, не могут признаваться недействительными.

Таким образом, несмотря на то, что законодатель уделяет достаточное внимание правовой регламентации отношений в сфере торговли, по-прежнему ряд вопросов требуют решения. Выработанные решения должны обеспечить сохранение стабильности в торговой сфере и разумно перенастроить баланс интересов с учетом необходимости устойчивого развития потребительского рынка России и эффективного удовлетворения запросов потребителей в высококачественных и доступных товарах.

*Поликова М.И.*

## **КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОСПАРИВАНИЯ СДЕЛОК ДОЛЖНИКА ПРИ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ**

В России усиливается внимание к проблемам трансграничной несостоятельности. Это связано в первую очередь с глобализацией дел о банкротстве и приобретением ими трансграничного характера. При этом практически отсутствует нормативное регулирование вопросов трансграничной несостоятельности (банкротства). Действующая редакция Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закона о банкротстве) предусматривает лишь приоритет международно-правового регулирования над национальным (п. 4 ст. 1), национальный режим для иностранных кредиторов (п. 5 ст. 1) и порядок признания решений иностранных судов по делам о банкротстве (п. 6 ст. 1).

При этом российские суды регулярно сталкиваются с проблемами трансграничной несостоятельности — начиная от вопроса о допустимости банкротства в России иностранных граждан<sup>1</sup> и заканчивая сложными вопросами «банкротного» туризма и координации параллельных дел о банкротстве в отношении одного должника в разных юрисдикциях<sup>2</sup>.

Оспаривание сделок должника — один из наиболее часто используемых инструментов защиты прав кредиторов и возврата активов должника в конкурсную массу.

Можно выделить несколько трансграничных аспектов оспаривания сделок должника при банкротстве, осложненном иностранным элементом. Они вытекают из классических для правоотношений с иностранным элементом вопросов: суд какого государства компетентен рассматривать дело, какое право применимо при рассмотрении дела, как признать и привести в исполнение вынесенный судебный акт. Рассмотрим один из указанных трансграничных аспектов оспаривания сделок должника — вопросы применимого права.

---

<sup>1</sup> См. постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 июля 2016 г. по делу № А40-186978/2015.

<sup>2</sup> См. постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14 ноября 2016 г. № Ф07-9292/2016 по делу № А56-27115/2016.

В действующем законодательстве не закреплены специальные коллизионные нормы применительно как к правоотношениям несостоятельности в целом, так и к вопросам определения права, применимого к недействительности сделок. Кроме того, отсутствуют и доктринальные исследования в этой области.

Вопрос о праве, применимом к недействительности сделок, относят к наиболее сложным в международном частном праве. Трудно не согласиться с утверждением, сделанным еще в начале XX в., о том, что ни один из вопросов коллизии законов не запутан более, чем вопрос о праве, применимом к действительности контракта<sup>1</sup>, который нередко возникает при разрешении международных коммерческих споров. Сложность определения права, применимого к признанию договора недействительным, обусловлена тем, что выбор применимого права зависит от того, порок какого из элементов, составляющих единство сделки (формы, содержания, воли или субъекта), является основанием недействительности сделки.

В связи с множественностью оснований вопрос о применимом праве не имеет однозначного решения. Как отмечалось в литературе, при сходной общей схеме регулирования вопросов недействительности в национальном законодательстве разных стран имеются существенные различия, которые могут касаться оснований признания сделок недействительными (оспоримыми и ничтожными). При этом различные пороки сделки могут оказывать неодинаковое влияние на ее юридическую силу, по-разному может решаться вопрос о том, какие из пороков сделки могут приводить к признанию сделки недействительной с самого начала (*ab initio*), определяться, кому принадлежит право оспаривания и инициатива установления ничтожности.

Основываясь на общей схеме определения применимого права, предусмотренной ст. 1186 ГК РФ, при обращении к российскому праву в первую очередь следует установить, имеются ли в данной области унифицированные посредством международных договоров материально-правовые нормы, наличие которых согласно п. 3 ст. 1186 ГК РФ исключает вопрос об определении применимого права на основе коллизионных норм. Подобного рода соглашений у Российской Федерации не имеется ни с одним из государств. Таким образом, единственным источником в праве, в котором следует искать ответ на этот вопрос, остается ГК РФ.

Коллизионные нормы ГК РФ включают полный комплекс норм, которые содержат ответы практически на все основные вопросы о

---

<sup>1</sup> См.: Joseph H. Beale What Law Governs the Validity of Contract // Harvard Law Review. 1909. Vol. XXIII. № 1. P. 1–11. URL: [http://www.jstor.org/stable/1324559?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/1324559?seq=1#page_scan_tab_contents)

праве, применимом к сделкам, за исключением специальной нормы о праве, применимом к основаниям (условиям) недействительности сделок.

Единственное общее положение, касающееся права, применимого к недействительности, появилось во впервые включенной в ГК РФ в 2002 г. ст. 1215 «Сфера действия права, подлежащего применению к договору», которая предусматривает, что правом, подлежащим применению к договору, определяются, в частности, последствия недействительности договора (п. б). При этом вопрос об определении права, применимого к основаниям (условиям) признания договора недействительным, в ст. 1215 ГК РФ (в перечень вопросов, регулируемых обязательственным статутом) включен не был.

Определив весьма детально право, применимое к недействительности на основе порока формы, ГК РФ не содержит коллизионной нормы, которая прямо или косвенно определяла бы применимое право к недействительности сделки на основе порока содержания и порока воли. Об этой проблеме упоминал Л.А. Лунц, констатируя, что наибольшие трудности связаны с разрешением коллизионных вопросов действительности по существу. Сюда относятся, например, коллизионные вопросы пороков воли, законности того или иного условия договора<sup>1</sup>.

Примером применения обязательственного статута при рассмотрении вопроса о признании сделки недействительной на основании порока воли может служить арбитражная практика, изложенная в п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц». Арбитражный суд при рассмотрении дела по иску российской стороны о признании недействительным заключенного с немецким контрагентом контракта об аренде теплохода, который носил для российской стороны кабальный характер и на условия которого она была вынуждена согласиться из-за сложившихся обстоятельств в их сотрудничестве, применил обязательственный статут — право ФРГ<sup>2</sup>.

При оспаривании совершенных должником сделок в рамках процедуры банкротства возникает противоположная ситуация. При рассмотрении дела № А40—108528/2012 по предъявленному юридическому лицу (зарегистрированному и действующему на территории Российской Федерации) заявлению банкротящегося АО «Банк «Сно-

<sup>1</sup> См.: Лунц Л.А. Международное частное право. Особенная часть. 2-е. изд. М., 1975. С. 184.

<sup>2</sup> Вестник ВАС РФ. 1998. № 4.

рас»» (Литовская Республика) о признании сделки недействительной Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 12 ноября 2013 г. № 10508/13 сформулировал правовую позицию, закрепившую приоритет права страны, в которой проводится процедура банкротства. В дальнейшем такой подход в рамках указанного дела поддержал Верховный Суд РФ<sup>1</sup>. Принцип приоритета права страны, в которой проводится процедура банкротства, нашел отражение и в последующей правоприменительной практике<sup>2</sup>.

Таким образом, при отсутствии законодательно закрепленной коллизионной привязки, позволяющей определить право, применимое при оспаривании сделки, в судебной практике складывается ситуация, когда вопрос об определении применимого права ставится в зависимость от наличия процедуры банкротства и оснований для признания сделки недействительной. Это, в свою очередь, приводит к неопределенности относительно права, подлежащего применению к регулированию отношений сторон, вступающих в договорные правоотношения.

Как было указано ранее, в судебной практике, отчасти соответствующей общим мировым тенденциям коллизионного регулирования трансграничной несостоятельности, оформилась коллизионная привязка, называемая *lex fori concursus*<sup>3</sup>, согласно которой при рассмотрении вопросов трансграничной несостоятельности применяется право страны, в которой проводится процедура банкротства, определяемая, в свою очередь, по месту основных интересов должника (так называемый СОМІ-стандарт). Указанный подход российских судов применяется в том числе и при признании сделок должника недействительными.

Так, в деле № А67-874/2014 о несостоятельности (банкротстве) ООО «Томскнефтепереработка» было рассмотрено заявление арбитражного управляющего о признании недействительным договора на рефинансирование существующих кредитов и применении последствий недействительности сделки, заключенной должником с иностранной компанией<sup>4</sup>. При заключении спорного договора

<sup>1</sup> См. определение Верховного Суда РФ от 10 сентября 2015 г. № 305-ЭС15–7119.

<sup>2</sup> См. определение Верховного Суда РФ от 7 апреля 2017 г. по делу № 309-ЭС14–923 (№ А07–12937/2012); постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 сентября 2017 г. по делу № А40–155329/14; постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 1 апреля 2015 г. по делу № А53–18803/2011.

<sup>3</sup> См. постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 ноября 2013 г. № 10508/13.

<sup>4</sup> См. постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 16 ноября 2017 г. № 07АП-6458/2014(69).



стороны выбрали в качестве применимого права законодательство Швейцарии. Однако суд пришел к выводу о том, что ввиду отсутствия между Российской Федерацией и Швейцарской Конфедерацией каких-либо международных соглашений, а также исходя из сформированной правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 ноября 2013 г. №10508/13 о приоритете права страны, в которой проводится процедура банкротства, учитывая, что сделка оспорена по специальному основанию, предусмотренному п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве, как сделка, совершенная при неравноценном встречном исполнении обязательств, в результате которой был причинен вред имущественным правам кредиторов должника, единственным применимым правом является право Российской Федерации — "lex fori concursus" — право государства места открытия производства по делу. Суд также добавил, национальное законодательство Российской Федерации носит императивный характер относительно подведомственности споров в рамках дел о банкротстве российских компаний. Положения Закона о банкротстве исходят из того, что внешний управляющий вправе оспорить любую сделку, подпадающую под условия гл. III.1. Более того, эти основания являются специальными по отношению и к общим положениям ГК РФ. В случае, если бы сторона сделки не находилась в процедуре банкротства, основания гл. III.1 Закона о банкротстве не могли быть применены для оспаривания сделок.

Аналогичный вывод сделал суд при рассмотрении заявления конкурсного управляющего ПАО «М2М Прайвет Банк» о признании сделки, оформленной договором финансового залога, недействительной в рамках дела № А40-251578/2016 о банкротстве ПАО «М2М Прайвет Банк»<sup>1</sup>. Заявители кассационных жалоб полагали, что сделки не могли быть оспорены по общегражданским основаниям ввиду применимого латвийского права, притом что законодательство Российской Федерации (в том числе Закон о банкротстве) прямо признает приоритет норм международных договоров России, а значит, применяется Договор о правовой помощи, заключенный между Россией и Латвией. Однако суд указал, что соглашение о выборе применимого права к спорному договору не препятствует признанию такого договора недействительным на основании норм права государства, в котором осуществляется процедура банкротства стороны договора.

---

<sup>1</sup> См. постановление Арбитражного суда Московского округа от 27 февраля 2019 г. по делу № А40-251578/2016.



Также в деле № А27-6875/2017 о банкротстве гражданина при рассмотрении заявления о признании недействительным договора дарения недвижимого имущества, находящегося на территории Чешской Республики, суд не применил право страны места нахождения недвижимого имущества, а пришел к выводу о том, что рассмотрение спора должно осуществляться в соответствии с личным законом физического лица — должника, а также правом страны, в которой проводится процедура банкротства<sup>1</sup>.

Однако в деле № А40-155329/2014 о банкротстве АКБ «ИнтраСтБанк» (ОАО) при рассмотрении заявления конкурсного управляющего о признании сделок недействительными и применении последствий недействительности сделок, подчиненных выбранному сторонами праву Швейцарии, суд принял во внимание юридическое заключение по праву Швейцарии о соответствии соглашения положениям Гражданского кодекса Швейцарии и не нашел оснований для признания сделок недействительными по общегражданским основаниям (ст. 10, 168 ГК РФ)<sup>2</sup>.

Следует отметить, что очевидная экономическая и процессуальная целесообразность применения указанной коллизионной привязки *lex fori concursus* не так однозначна при рассмотрении вопросов об оспаривании сделок должника в процессе трансграничной несостоятельности, о чем свидетельствует последний указанный пример судебной практики.

Для понимания сложности и противоречивости данного подхода считаем необходимым обратиться к европейскому опыту коллизионного регулирования оспаривания сделок должника при трансграничной несостоятельности.

Поскольку признание сделок недействительными идет вразрез с ожиданиями третьей стороны, имеет важные социальные издержки и может повлиять на общую стабильность торговли, европейские государства уделяют равное внимание защите доверия к стабильности и преемственности приобретенных прав на их территориях и установлению границ для оспаривания сделок.

На уровне Европейского союза в отношении трансграничной несостоятельности в Регламенте 1346/2000 (EIR), который теперь заменен Регламентом 2015/848 (EIR Recast), установлены единые

---

<sup>1</sup> См. постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 7 февраля 2019 г. по делу № А27-6875/2017; Определение Верховного Суда РФ от 20 мая 2019 г. № 304-ЭС19-5719.

<sup>2</sup> См. постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 сентября 2017 г. по делу № А40-155329/2014; определение Верховного Суда РФ от 16 января 2018 г. № 305-ЭС15-15347(6).

правила в отношении юрисдикции, применимого права и признания судебных решений<sup>1</sup>. Их цель состоит в том, чтобы обеспечить эффективное, действенное ведение разбирательства путем обеспечения стабильности и согласованности, ограничения расходов, вызванных трансграничным характером дел. В соответствии положениями Регламента суды государства-члена, на территории которого находится центр основных интересов («СОМІ») должника, обладают юрисдикцией для возбуждения производства по делу о несостоятельности. В своем прецедентном праве Европейский Суд признал принцип *vis attractiva concursus* и заявил, что суды СОМІ должника также будут обладать юрисдикцией для принятия решения по иску об оспаривании действий должника (*actio pauliana*) независимо от того, возбуждено ли оно против лица, чье место нахождения (или место жительства) находится в другом государстве-члене или в третьем государстве.

В соответствии со ст. 7 (2) (m) EIR Recast (бывшая ст. 4 (2) (m) EIR) закон государства-члена, в котором было открыто производство по делу о несостоятельности (*lex concursus*), устанавливает основные правила, определяющие недействительность сделок, наносящих ущерб кредиторам. При выборе нормы права должным образом учитывается тот факт, что оспаривание сделки должника тесно связано с производством по делу о несостоятельности и способствует реализации целей производства по делу о несостоятельности.

У этого положения есть сильные стороны. Применение единого закона в отношении различных (оспариваемых) актов, заключенных несостоятельным должником с различными третьими лицами, способно облегчить задачу управляющего в деле о несостоятельности. Кроме того, такое решение может ограничить действия должника по отчуждению его активов на территории других государств, кроме территории его СОМІ, поскольку *lex concursus* будет иметь универсальный охват, и в принципе решения о признании действия недействительными должны будут соблюдаться независимо от местонахождения этих активов<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Регламент (ЕС) № 1346/2000 Совета от 29 мая 2000 г. о производстве по делу о несостоятельности (OJ L 160, 30.6.2000, стр. 1) (далее — Регламент 1346/2000 или EIR). Он был отменен и заменен Регламентом ЕС 2015/848 от 20 мая 2015 г. о производстве по делу о несостоятельности (OJ L 141, 5.6.2015), применимым к производствам по делам о несостоятельности, открытым с 26 июня 2017 г.

<sup>2</sup> Oprea EA. (2020) The Law Applicable to Transaction Avoidance in Cross-Border Insolvency Proceedings. In: Lazić V., Stuij S. (eds) Recasting the Insolvency Regulation. Short Studies in Private International Law. T.M.C. Asser Press, The Hague. С. 75.

Однако на практике возникает много сложностей. Их источник кроется в исключениях и отступлениях, установленных европейским законодателем для вмешательства *lex fori concursus*.

Из-за существенных расхождений между законодательствами государств-членов в отношении правомерности принятия мер по предотвращению совершения незаконных сделок, которые могут быть оспорены, продолжительности подозрительного периода, сроков, которые должны соблюдаться для введения действие процедуры, бремени доказывания, способов защиты или санкций за незаконные действия (недействительность, неисполнимость, компенсации) решение конфликта законов является серьезной проблемой.

В качестве компромисса между принципами универсальности и территориальности в трансграничном производстве по делу о несостоятельности Регламент допускает, что за основным производством по делу о несостоятельности следует одно или несколько вторичных разбирательств. Они будут открыты в другом (их) государстве (ах)-члене (ах), чем в СОМІ должника, и их влияние будет ограничено активами должника, расположенными на территории этих государств-членов — *lex concursus secundarii*.

Фактически после открытия вторичного производства по делу о несостоятельности основную роль в *lex concursus secundarii* будет играть процесс по оспариванию действия должника.

Компенсации или возмещения, присужденные после оспаривания действия должника, становятся частью конкурсной массы должника и в конечном счете будут использоваться для удовлетворения требований кредиторов, подавших свои требования в ходе этих разбирательств. Положения об оспаривании действий вторичного форума государства-члена могут быть более гибкими или более либеральными, чем положения государства центра основных интересов должника. Вследствие этого сделка, которая не подлежит оспариванию на основании законодательства государства-члена об открытии основного производства по делу о несостоятельности, тем не менее может быть признана недействительной в результате применения закона, регулирующего вторичное производство (*lex concursus secundarii*).

Особого внимания заслуживает тот факт, что применение *lex fori concursus* подвергается определенным частичным отступлениям, что дополнительно свидетельствует о компромиссе, достигнутом европейским законодателем в связи с различием в законодательстве государств-членов в области несостоятельности.

Так, в соответствии со ст. 11 EIR Recast последствия производства по делу о несостоятельности для договора, предусматривающе-

го право приобретения или использования недвижимого имущества, регулируются исключительно законодательством государства-члена, на территории которого находится недвижимое имущество.

Последствия производства по делу о несостоятельности для трудовых договоров определяются исключительно законодательством государства-члена, применимым к трудовому договору (ст. 13 EIR Recast).

В соответствии со ст. 14 EIR Recast последствия производства по делу о несостоятельности для прав должника на недвижимое имущество, судно или воздушное судно, подлежащие регистрации в государственном реестре, регулируются законодательством государства-члена, под руководством которого ведется реестр.

Наконец, ст. 12 EIR Recast предусматривает, что последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников платежной или расчетной системы или финансового рынка регулируются исключительно законодательством государства-члена, применимым к этой системе или рынку.

Важные ограничения, налагаемые на применение *lex concursus*, продиктованы различием в законодательстве государств-членов, и они отражают политический выбор европейского законодателя для защиты некоторых категорий кредиторов от неожиданного вмешательства иностранного (возможно, неизвестного) закона о несостоятельности, для защиты торговли и поддержания правовой определенности.

Наиболее важным исключением в применении *lex fori concursus* является ст. 16 EIR Recast (бывшая ст. 13 EIR). Данная норма представляет собой попытку европейского законодателя обеспечить надлежащий баланс между, с одной стороны, интересами третьей стороны, которая заключила с (в настоящее время несостоятельным) должником сделки, полностью действительные в рамках *lex causae*, и, с другой стороны, защиту кредиторов должника, которые могут оспаривать законность этих действий на основании *lex fori concursus*. Оспаривание, разрешенное *lex concursus*, будет заблокировано, когда сделка подпадает под действие закона государства-члена, отличного от государства открытия производства, и этот закон не позволяет оспаривать его в соответствующем случае.

Необходимость защищать законные интересы третьих сторон становится все более острой в тех случаях, когда определение центра основных интересов должника (и *lex concursus*) не очень очевидно, а также когда после передачи своего СОМІ другому государству-члену должник обошел закон, регулирующий как производство по делу о несостоятельности, так и возможные действия по оспарива-

нию сделок, с неожиданным (и, возможно, вредным) эффектом для его иностранного бизнес-партнера.

Признание возможности для этих лиц полагаться при защите законности и последствий юридического акта, заключенного с должником, на закон, регулирующий этот акт, — закон, окончательно определенный или определяемый с самого момента его заключения, — укрепляет определенность и стабильность и соответствует ожиданиям этих лиц. Этот акцент на законных интересах подразумевает, что контракты, в отношении которых может быть использована ст. 16 EIR Recast, должны быть заключены до открытия производства по делу о несостоятельности. В отношении заключенных контрактов или действий, совершенных после этого момента, любые ожидания третьих сторон в отношении эффективности этого контракта или действия, выходящие за рамки или несмотря на положения *lex concursus*, больше не оправдываются.

Статья 16 EIR Recast представляет эффективный способ защиты для третьих сторон, столкнувшихся с оспариванием сделок. *Lex concursus* будет проигнорировано, и сделка сохранит свое действие, когда заинтересованное лицо сможет доказать, что сделка регулируется законодательством государства-члена, отличного от государства открытия производства, когда закон не допускает ее недействительности.

*Lex causae*, как правило, известна сторонам с момента заключения сделки (в отличие от *lex concursus* — в зависимости от локализации СОМІ или учреждения должника на территории определенного государства-члена в будущем) и будет иметь последнее слово относительно оспаривания. То есть, оспаривание сделки, допустимое в рамках *lex concursus*, будет успешным, только если сделка будет также оспоримой согласно *lex causae*. *Lex causae* будет играть роль только для определения того, может ли сделка быть оспорена или нет. Таким образом, когда *lex causae* позволяет оспорить сделку, защита, предусмотренная ст. 16, будет нейтрализована, и режим оспаривания сделки будет полностью установлен *lex concursus* (как предусмотрено ст. 7 (2) EIR Recast).

Статья 16 EIR Recast предоставляет исключение из компетенции *lex concursus*, и ее следует толковать ограничительно. Он не будет применяться судами, и *lex concursus* будет блокироваться только по требованию третьей стороны, выступающей против оспаривания сделки, которая должна доказать, что согласно иностранному законодательству сделка не вызывает сомнений в данных обстоятельствах дела. Это включает как доказательство содержания иностранного права (*lex causae*), так и фактических обстоятельств.

Указанный подход не является бесспорным и имеет как своих сторонников, так и противников среди европейского профессионального сообщества. Однако в ситуации глобализации банкротств, необходимости защиты стабильности оборота и инвестиционной привлекательности государств он является наиболее приемлемым до тех пор, пока материальное право государств не будет унифицировано.

При отсутствии в России правового регулирования как трансграничного банкротства, так и коллизионных вопросов недействительности сделок указанный европейский подход к коллизионному регулированию оспаривания сделок в процессе трансграничной несостоятельности позволит обеспечить соответствие российского законодательства мировым тенденциям в области регулирования трансграничной несостоятельности, а также повысит уровень конкурентной привлекательности российской юрисдикции, поскольку ситуации отказа в признании и исполнении решений российских судов в зарубежных государствах ввиду противоречия применимых норм права и нарушения публичного порядка признающего государства будут сведены к минимуму.

Кроме того, следует обратить внимание и на необходимость согласования на международном уровне норм о трансграничной несостоятельности, что будет способствовать развитию международной торговли и росту инвестиций<sup>1</sup>.

---

---

*Азарова Е.Г.*

## **О НЕСОГЛАСОВАННОСТИ ОТРАСЛЕВЫХ И КОНСТИТУЦИОННЫХ ГАРАНТИЙ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПО КРУГУ ЛИЦ**

Неоспорима роль Конституции в осуществлении гражданами их социальных прав. Представляется весьма важным обратить внимание на то, как воплощаются в конкретных отраслях законодательства не

---

<sup>1</sup> См.: Хлестова И.О., Шукин А.И. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений, принятых в связи с производством по делам о банкротстве, в свете Типового закона ЮНСИТРАЛ 2018 г. // Журнал российского права. 2020. № 1. С. 139.

только новые, но и давно действующие конституционные положения. Пробелы в законодательстве о социальном обеспечении можно рассматривать и с точки зрения согласованности его норм с конституционными требованиями.

По смыслу конституционных норм основное содержание социального обеспечения заключается в предоставлении человеку средств к существованию<sup>1</sup>. Согласно Конституции РФ *каждому* гарантируется социальное обеспечение *по возрасту*, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, *для воспитания детей* и в иных случаях, установленных законом (ч. 1 ст. 39)<sup>2</sup>. Очевидно, что исходя из буквального содержания этой нормы на социальное обеспечение вправе рассчитывать каждый человек, который в силу своего возраста еще либо уже не может самостоятельно обеспечивать себя средствами к жизни, то есть не только пожилой человек, но и ребенок. Приведенная конституционная норма гарантирует социальное обеспечение, кроме того, каждому человеку и для воспитания детей.

Между тем отраслевое законодательство предоставляет гарантии материального обеспечения за счет общества *не всем*, кто *в силу возраста* пока еще не может сам себя обеспечить, и *не каждому*, кто занят *воспитанием детей*. Таким образом, на наш взгляд, ущемляются интересы детей и воспитывающих их лиц, то есть именно тех категорий граждан, от удовлетворения необходимых потребностей которых напрямую зависит не только демографическое, но и экономическое будущее страны.

Можно предположить, что законодатель, говоря о социальном обеспечении по возрасту, имел в виду лишь пожилых людей. Однако, анализируя влияние Конституции РФ на отраслевое законодательство, особенно применительно к правам человека, следует исходить не из предположений, а из буквального ее текста. Если же его содержание неоднозначно, сомнения необходимо толковать в интересах граждан. Такая позиция опирается и на новейшее положение Конституции РФ, согласно которому именно дети являются

<sup>1</sup> См. постановление Конституционного Суда РФ от 16 декабря 1997 г. № 20-П.

<sup>2</sup> Там же. Согласно позиции Конституционного Суда РФ, перечень случаев (социальных рисков), с которыми названная конституционная норма связывает право каждого человека на социальное обеспечение, не носит исчерпывающего характера. Вместе с тем, относя установление таких случаев к сфере регулирования законом, она подтверждает конституционное значение существования социального обеспечения в каждом из названных в ней и предусмотренных законом случаев. Такие случаи обычно характеризуются невозможностью иметь заработок (трудовой доход), или его утратой, или недостаточностью для жизнеобеспечения человека и нетрудоспособных членов его семьи.



*важнейшим приоритетом государственной политики России, а государство создает условия, способствующие их всестороннему духовному, нравственному, интеллектуальному и физическому развитию (ч. 4 ст. 67.1).*

Между тем все пожилые лица, достигающие определенного возраста, могут претендовать на пенсионное обеспечение по старости. Если они не приобретают права на страховую пенсию, в том числе из-за того, что вообще никогда не работали, им может быть назначена социальная пенсия (в более позднем возрасте, чем страховая, но без каких-либо дополнительных условий, в частности независимо от материального положения). Ничего похожего нет в отношении детей, имеющих родителей, хотя они точно такие же граждане, как и пожилые.

Благосостояние детей и воспитывающих их лиц должно зависеть прежде всего и главным образом от возможностей семьи: детей обязаны содержать родители, и воспитываться они должны за счет семейного дохода. Но российская Конституция такие обязанности не устанавливает. Равное право и обязанность родителей — забота о детях, их воспитание (ч. 2 ст. 38). Забота это беспокойство о чьих-то проблемах и содействие в их решении; антонимы к этому понятию — «пренебрежение», «равнодушие».

Как предусмотрено СК РФ (ч. 1 ст. 63), родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей. Они обязаны *заботиться* о здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном их развитии. Конституционная и семейно-правовая обязанность воспитывать детей согласуется со ст. 39 Конституции РФ, гарантирующей каждому человеку социальное обеспечение для воспитания детей. Однако семейное законодательство, как бы опираясь на ст. 38 Конституции РФ, возложило на родителей безусловную обязанность содержать детей, а уголовное — установило ответственность за злостное уклонение от уплаты алиментов. Соответственно и в научной литературе нередко утверждается, что конституционная обязанность заботиться о ребенке включает обязанность его содержать.

Алиментным обязательствам родителей и детей посвящена гл. 13 СК РФ (ст. 80–88). Согласно ст. 80 (ч. 1) родители обязаны содержать своих несовершеннолетних детей. Порядок и форма предоставления этого содержания определяются ими самостоятельно. Если родители не предоставляют содержание несовершеннолетним детям, средства на их содержание (алименты) взыскиваются в судебном порядке (ч. 2 ст. 80). По общему правилу (ч. 1 ст. 81) алименты взы-



скиваются в размере: одной четверти — на одного ребенка, одной трети — на двух детей, половины заработка и (или) иного дохода родителей — на трех и более детей<sup>1</sup>.

Казалось бы, приведенные нормы сочетаются с принципиальными положениями ТК РФ, признающего необходимость учета семейных обязанностей лиц, работающих по трудовому договору. Статья 2 ТК РФ, которой установлены основные принципы правового регулирования трудовых отношений исходя из общепризнанных принципов и норм международного права<sup>2</sup> и в соответствии с Конституцией РФ признает в качестве одного из таких принципов обеспечение права *каждого работника* на своевременную и в полном размере выплату справедливой заработной платы, обеспечивающей достойное человека существование для него самого и его семьи, и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда. Однако вопреки этому принципу ст. 133 ТК РФ предусматривает, что минимальный размер оплаты труда не может быть ниже величины прожиточного минимума трудоспособного населения, что предполагает удовлетворение на минимальном уровне потребностей только самого работника. Из содержания же принципа, сформулированного в ст. 2 ТК РФ, на наш взгляд, следует, что минимум оплаты труда не может ограничиваться прожиточным минимумом лишь самого работника. Нельзя всерьез говорить о том, что нынешний МРОТ является справедливым и может обеспечить достойное существование работника, а тем более его семьи<sup>3</sup>.

Если ранее Конституцией гарантировался минимальный размер оплаты труда (ст. 7, 37) без привязки к прожиточному минимуму, то в настоящее время она гарантирует минимальный ее размер, составляющий не менее величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации (ч. 5

---

<sup>1</sup> Размер этих долей может быть уменьшен или увеличен судом с учетом материального или семейного положения сторон и иных заслуживающих внимания обстоятельств.

<sup>2</sup> Эта формулировка соотносится, в частности, с положением ст. 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.), согласно которой участвующие в нем государства признают право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни.

<sup>3</sup> См. подробнее: Лютюв Н.Л. Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и проблемы совершенствования: научно-практическое пособие // Центр социально-трудовых прав. 2012; Соответствие российского законодательства требованиям международной организации труда / отв. ред. Л.А. Чиканова // СПС «КонсультантПлюс»; Актуальные проблемы трудового права: учебник для магистров / отв. ред. Н.Л. Лютюв. М.: Проспект, 2017.

ст. 75). Фактически это положение, согласованное со ст. 133 ТК РФ, теперь уже на конституционном уровне программирует невозможность при невысоком заработке даже двух работающих родителей обеспечить потребности хотя бы одного ребенка.

Как показал социологический опрос, 41% россиян при наличии необходимых условий хотели бы иметь двоих детей, 30% — трех, 15% — четырех и более. Всего 6% опрошенных даже в идеальных условиях ограничились бы одним ребенком, а 3% в принципе не хотят продолжать род<sup>1</sup>. Реально же на одну семью приходится 1,7 ребенка, и эксперты в ближайшее время не ждут позитивных перемен.

Многие российские семьи не располагают достаточными средствами (в том числе в связи с низкой оплатой труда) для надлежащего удовлетворения потребностей уже родившихся детей, а государство не может (или не хочет, не считает себя обязанным) обеспечить им достойный уровень жизни. В январе 2020 г. вице-премьер Т. Голикова сообщила, что, по данным за 2018 г., в России около 18,5 млн человек живут за чертой бедности, причем основная их часть — порядка 70–80% — это семьи с детьми<sup>2</sup>. Около 30% детей страдают задержкой роста и дефицитом массы тела из-за несбалансированности питания; полностью здоровыми можно назвать всего 10% российских школьников<sup>3</sup>. До настоящего времени не все дети могут получить место в детском дошкольном учреждении. Миллионы детей разведенных родителей не получают алиментов или получают их в мизерном размере<sup>4</sup>. Согласно данным Росстата, естественная убыль населения — превышение числа умерших над числом родившихся — за девять месяцев 2019 г. составила 259,6 тыс. человек, став самой высокой за последние 11 лет.

С 1 января 2020 г. введены ежемесячные выплаты на детей от трех до семи лет. Размер пособия составляет 50% регионального прожиточного минимума на ребенка. В среднем по стране это порядка 5500 руб. Но на такую помощь могут рассчитывать лишь самые бедные семьи, доход которых не превышает одного регионального

---

<sup>1</sup> Оценка государственных мер поддержки рождаемости среди населения, их роль в принятии решения о рождении детей: опрос (проведен Агентством стратегических инициатив (АСИ) совместно с Фондом общественного мнения (ФОМ)). URL: <https://asi.ru/opros-fom/>

<sup>2</sup> URL: <https://tass.ru/obschestvo/7617055>

<sup>3</sup> Матвиенко В. Физкульт-предмет // Российская газета. 2015. 10 марта.

<sup>4</sup> Согласно статистическим данным ФССП за 2019 г., численность должников по алиментам составляет около 1,5 млн человек. В то же в России набирает силу эгалитарное мужское движение, выступающее, в частности, против «алиментного рабства» и за обязательное определение отцовства в отношении каждого ребенка.

прожиточного минимума на человека Как отметил В.В. Путин<sup>1</sup>, выплаты будут получать семьи с очень сложной ситуацией<sup>2</sup>. Таким образом, указанное пособие установлено в соответствии с признанным в России принципом адресности предоставления социального обеспечения детям — лишь при подтверждения безусловной нужды семьи. То, что уровень благосостояния любой семьи зачастую резко снижается при появлении в ней даже одного ребенка, во внимание не принимается.

В связи с вышеизложенным следует обратить внимание на такую меру социальной поддержки детей, как обеспечение младших школьников качественным питанием во время учебы<sup>3</sup>. В Послании Президента РФ сказано, что, когда ребенок идет в школу, у родителей, особенно у мам, появляется больше возможности выйти на работу, получить дополнительный доход. Однако и расходы семьи возрастают, забот у нее прибавляется, и на этом этапе ее также нужно поддерживать. В.В. Путин предложил обеспечить бесплатным горячим питанием всех учеников начальной школы с первого по четвертый класс, причем как можно раньше, но не позднее 1 сентября 2023 г. Это предложение вызвало большие дискуссии: некоторые считают несправедливым, что люди и с высокими, и с низкими доходами будут получать одинаковую поддержку от государства. Президент РФ согласен с такой логикой, однако полагает, что есть и иная логика, характерная для нашего общества, — все должны быть в равных условиях, не должны дети и родители, которых часто сегодняшнее положение унижает, чувствовать, что они даже ребенка прокормить не могут<sup>4</sup>.

Принятое решение и его обоснование представляют принципиальный интерес. Официально признано, что многие родители и дети унижены отсутствием полноценного питания. В то же время высшие органы власти социального государства полагают, что помогать ребенку из семьи, доходов которой хватает на кусок хлеба, несправедливо. Подобное решение, с их точки зрения, допустимо лишь по моральным соображениям, чтобы не унижать адресным бесплатным питанием только школьников из семей, находящихся за чертой бедности. Такой подход в отношении социального обеспечения детей и воспитывающих их лиц представляется неприемлемым.

---

<sup>1</sup> См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 15 января 2020 г.

<sup>2</sup> По данным Минтруда России, в такой ситуации воспитывается около 2 млн детей.

<sup>3</sup> Интерес представляет отражение в научной литературе права на питание. См.: Прохазка А.А. Отдельные аспекты судебной защиты права человека на питание // Международное публичное и частное право. 2013. № 6.

<sup>4</sup> Там же.

Таким образом, крайняя актуальность теоретической разработки и практического решения проблемы устранения противоречий между конституционными и отраслевыми гарантиями социального обеспечения по кругу лиц, на наш взгляд, не вызывает сомнений.

---

---

*Макарова О.В.*

### **ПРОБЕЛЫ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ЧАСТИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ СОХРАНЕНИЯ АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЫ**

Дальнейшее совершенствование уголовно-процессуального законодательства обусловлено назначением уголовного судопроизводства, которое определяется через универсальную категорию защиты прав и законных интересов лиц, в том или ином качестве вовлеченных в уголовно-процессуальную сферу. Несмотря на активное и регулярное обновление действующих положений Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее — УПК РФ), в том числе усиливающих гарантии права подозреваемого и обвиняемого на защиту, правоприменительная практика свидетельствует о наличии пробелов в регулировании полной реализации права на получение квалифицированной юридической помощи. Так, нуждаются в дополнительном уголовно-процессуальном регулировании вопросы, связанные с обеспечением гарантий сохранения адвокатской тайны.

В большинстве научных работ, в том числе советского времени, под адвокатской тайной понимается обязанность адвоката хранить тайну своего доверителя<sup>1</sup>.

Законодательное определение адвокатской тайны содержится в ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»<sup>2</sup> (далее — Закон об адвокатуре), представляя основу самостоятельного и целостного правового института:

«Статья 8. Адвокатская тайна

1. Адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю.

---

<sup>1</sup> См.: Цыпкин А.Л. Адвокатская тайна // Вопросы адвокатуры. 2001. № 2 (30); Пилипенко Ю.С. Адвокатская тайна: теория и практика. М.: Информ-Право, 2009; Защита по уголовным делам / под ред. И.Т. Голякова. М., 1948.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

2. Адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

3. Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения.

Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления, а также на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Из смысла рассматриваемой статьи следует, что тайной является любая информация, полученная адвокатом в процессе профессиональной деятельности. При этом законодатель закрепляет определенный иммунитет адвоката от процессуальных и оперативно-розыскных действий, которые могут привести к нарушению адвокатской тайны, однако он не является абсолютным, за исключением свидетельского иммунитета, и может быть преодолен путем вынесения судебного решения.

Недостатком законодательного определения адвокатской тайны является отсутствие обязанности самого адвоката хранить тайну своего доверителя. Как справедливо отмечается исследователями, в нем не учитывается «особый правовой режим, гарантирующий конфиденциальность информации, переданной адвокату, от его неправомερных действий»<sup>1</sup>. В рассматриваемом законодательном определении изложена не профессиональная обязанность адвоката по обеспечению адвокатской тайны, а скорее обязанность государства по обеспечению государственной гарантии независимой деятельности адвоката.

Законодательное определение адвокатской тайны, по мнению некоторых исследователей, существенно ограничивает публично-правовую природу адвокатской тайны, соблюдение которой необходимо не только в интересах адвоката и его доверителя, но прежде

---

<sup>1</sup> Пилипенко Ю.С. Указ. соч. С. 41.

всего в интересах правосудия и всего гражданского общества<sup>1</sup>. По справедливому замечанию Д.П. Ватмана, «адвокатская тайна установлена в интересах справедливого отправления правосудия, ограждения отношений доверительного характера между адвокатом и его клиентом, укрепления авторитета и престижа адвокатуры. Ее нарушение влечет негативные последствия морального характера: с одной стороны, наносится ущерб чести адвоката, а с другой — его клиенту или доверенному лицу»<sup>2</sup>.

Следует отметить, что норма об обязанности адвоката хранить тайну доверителя отнесена к числу запретов, в частности, согласно п. 5 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат не вправе «разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя». Вместе с тем обязанность адвоката хранить тайну доверителя не закреплена в УПК РФ, что представляется не только нелогичным<sup>3</sup>, но и существенно снижающим процессуальные гарантии сохранения адвокатской тайны самим адвокатом. Ведь именно благодаря рассматриваемому положению адвокат в уголовном процессе наделен свидетельским иммунитетом. Согласно п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ не подлежат допросу в качестве свидетелей: адвокат подозреваемого, обвиняемого — об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием; адвокат — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи.

Очевидно, что совмещение процессуальных функций адвоката (защитника) с обязанностью давать свидетельские показания по тому же делу представляется определенно невозможным. Запрет допрашивать адвоката о ставших ему известными обстоятельствах дела распространяется на сведения, полученные им как до принятия защиты, так и после того, как он был допущен к участию в деле в качестве защитника обвиняемого.

Вопрос о гарантиях сохранения адвокатской тайны часто отождествляется с понятием гарантий независимости адвоката, что представляется неверным, поскольку речь идет о разных объектах защиты. В первом случае защита направлена на информацию, связанную с оказанием адвокатом профессиональной юридической помощи, а во втором — защита направлена на самого адвоката.

<sup>1</sup> См., например: Дабижа Т.Г. Обеспечение гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 22.

<sup>2</sup> Ватман Д.П. Адвокатская этика. М., 1977. С. 41.

<sup>3</sup> См.: Фурлет С.П. О законодательных мерах сохранения адвокатской тайны в российском уголовном процессе // Адвокат. 2016. № 3. С. 41.

Таким образом, обеспечительные меры защиты адвокатской тайны направлены, во-первых, на сохранение адвокатской тайны самим адвокатом, во-вторых, на защиту адвоката от третьих лиц (от противоправного вмешательства должностных лиц в отношении адвоката с доверителем). Анализ правоприменительной практики свидетельствует о том, что сотрудники правоохранительных органов нередко используют любые средства для игнорирования адвокатской тайны и нарушения адвокатского иммунитета, в том числе свидетельского.

Отсутствие в УПК РФ нормы, закрепляющей обязанность адвоката не разглашать адвокатскую тайну, не согласуется с предусмотренной в ч. 3 ст. 53 УПК РФ обязанностью адвоката не разглашать данные предварительного следствия, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты. Указанный пробел требует устранения, а в положениях УПК РФ должно быть отражено требование, согласно которому адвокат-защитник не вправе разглашать сведения, ставшие ему известными в результате обращения к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

Необходимо отметить, что в законодательстве всех стран СНГ обязанность адвоката не разглашать адвокатскую тайну прямо закреплена в нормах УПК. Так, согласно ч. 2 ст. 73 УПК Республики Армения защитник не вправе разглашать сведения, ставшие ему известными при оказании юридической помощи, если они могут быть использованы против интересов подзащитного. Согласно ч. 5 ст. 70 УПК Республики Казахстан защитник не вправе разглашать сведения, которые стали ему известны в связи с обращением за юридической помощью и ее осуществлением<sup>1</sup>.

Более того, в ряде зарубежных государств на адвоката не только возложена обязанность по сохранению адвокатской тайны, но и предусмотрена дисциплинарная и уголовная ответственность за ее несоблюдение. К примеру, законодательством Франции, Нидерландов и Швеции предусмотрена уголовная ответственность в отношении адвоката за разглашение адвокатской тайны, в Англии и США — дисциплинарная. Функцию по надзору за исполнением указанной обязанности выполняют органы адвокатского сообщества, действующие в стране.

По действующему российскому законодательству ответственность адвоката за нарушение профессиональной тайны предусмотрена ст. 13.14 КоАП РФ. При этом адвокаты, совершившие административное правонарушение, предусмотренное указанной статьёй

---

<sup>1</sup> БД «Законодательство стран СНГ».



ей, несут административную ответственность как должностные лица<sup>1</sup>.

Любая обязанность должна обеспечиваться ответственностью за ее неисполнение, в аспекте рассматриваемой темы — для обеспечения «реального» характера охраны тайны. Вместе с тем среди отечественных юристов продолжается дискуссия относительно вида ответственности.

Полагаем, что наличие дисциплинарной ответственности за разглашение адвокатской тайны является достаточной мерой наказания, способной обеспечить незыблемость адвокатской тайны, поскольку сами по себе профессиональные и репутационные риски, связанные с дисциплинарным разбирательством по поводу нарушения адвокатской тайны, представляют отрицательную перспективу для адвоката. В случае признания нарушения адвокатом тайны велика вероятность, что за этот проступок он будет лишен адвокатского статуса, что фактически означает запрет на профессию. Кроме того, наличие административной ответственности, а также предложения о введении уголовной ответственности позволят недобросовестным следователям усилить дополнительные рычаги влияния на адвокатов в виде возможности возбуждения и расследования уголовных дел, а также фабрикации соответствующих доказательств. Все это нанесет существенный вред независимости адвоката и, как следствие, подорвет уверенность доверителей в незыблемости адвокатской тайны.

Законом об адвокатуре (ст. 27, 28), а также Кодексом профессиональной этики адвоката (п. 10 ст. 6) обязанность хранить адвокатскую тайну возложена на помощников и стажеров адвоката, которые самостоятельно заниматься адвокатской деятельностью не вправе. Вместе с тем круг лиц, располагающих адвокатской информацией, может быть значительно шире. Речь идет о лицах, которые временно или на постоянной основе содействуют оказанию юридической помощи на основе гражданско-правового договора, адвокатах, статус которых приостановлен или прекращен, студентах-практикантах. Действующее законодательство непосредственно не вменяет в обязанность перечисленных лиц хранить молчание, что при отсутствии соответствующего договора с доверителем делает практически невозможным их привлечение к ответственности за нарушение тайны.

---

<sup>1</sup> См. Федеральный закон от 2 июня 2016 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в статьи 5.39 и 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации"».



В результате законодательство имеет пробел в части обеспечения обязанности и ответственности лиц, которые в силу обстоятельств владеют адвокатской тайной.

В аспекте рассматриваемой проблемы также обнаруживается пробел в части отсутствия законодательного запрета на допрос работников адвокатских образований, а также специалистов, к которым обращается адвокат. На указанных лиц должен распространяться свидетельский иммунитет. Он не может быть безграничным и должен распространяться только на ту информацию, которая касается конкретного дела. Что же касается помощников и стажеров адвоката, то они так же, как и адвокат, должны быть наделены свидетельским иммунитетом без каких-либо ограничений.

Таким образом, отсутствие законодательного запрета на получение информации, составляющей адвокатскую тайну, от лиц, которые на законных основаниях могут располагать такой информацией, требует внесения соответствующих дополнений как в Закон об адвокатуре, так и в УПК РФ.

---

---

Журавлева О.О.

## **НАЛОГОВАЯ ЛЬГОТА ИЛИ ПРОБЕЛ: ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ**

Для права характерно стремление выполнять прогностическую функцию, быть совершенным и гармоничным, но правовые модели нередко не совпадают с реальными отношениями<sup>1</sup>. Поэтому, как и ранее, в современных правовых системах встречаются дефекты в правовом регулировании, в частности пробелы<sup>2</sup>. Не является исключением и такой нормативный массив, как законодательство о налогах и сборах Российской Федерации.

---

<sup>1</sup> См.: Риски финансовой безопасности: правовой формат: монография / О.А. Акопьян, С.Я. Боженко, О.В. Веремева и др.; отв. ред. И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина. М.: ИЗиСП; НОРМА; ИНФРА-М, 2018. С. 179.

<sup>2</sup> Пробел свидетельствует о «формальной неполноте правового регулирования, которая может встретиться и в действительности встречается в любой отрасли права» (Проблемы совершенствования советского законодательства). М.: Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства; Министерство юстиции СССР, 1988. Вып. 41–42. С. 142.

Проблематике пробелов посвящено немало исследований как в теории права, так и в отдельных отраслях<sup>1</sup>. С точки зрения теории права пробел — это отсутствие регуляции отдельных отношений, которые должны быть урегулированы. Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что пробел имеет место, когда «на <...> вопрос, требующий юридического решения, нет ответа в положительном праве»<sup>2</sup>. При этом определение потребности в правовой регуляции составляет отдельную задачу, решить которую бывает также непросто<sup>3</sup>. Ведь известно, что далеко не всякое общественное отношение нуждается в ней. Поэтому отсутствие такой потребности, в том числе в налоговой сфере<sup>4</sup>, также может объяснять существование не урегулированных правом отношений<sup>5</sup>.

Ситуацию, когда правовая регуляция не требуется, в теории права не рассматривают в качестве пробела, хотя на практике встречаются попытки ее урегулировать<sup>6</sup>. Устранение таких кажущихся не-

- <sup>1</sup> Вклад в разработку данной проблематики внесли и сотрудники Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. См., например: Лунц Л.А. Пути восполнения пробелов советского законодательства по вопросам международного гражданского процесса // Советское государство и право. 1967. № 5. С. 55–64; Лазарев В.В. Пробелы в советском праве и методы их установления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1967; Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 49–57; Чернобель Г.Т. Противоречия и пробелы в конституциях и уставах субъектов Федерации необходимо преодолеть // Журнал российского права. 1997. № 4. С. 53–61; Спектор Е.И. Некоторые аспекты применения института аналогии в административном законодательстве // Право и экономика. 2002. № 7. С. 49–64.
- <sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М.: Издание бр. Башмаковых, 1910. Т. III–IV. URL: [http://mobileonline.garant.ru/#/document/3973991/paragraph/614/highlight/Шершеневич Г.Ф.:8](http://mobileonline.garant.ru/#/document/3973991/paragraph/614/highlight/Шершеневич%20Г.%20Ф.:8).
- <sup>3</sup> Необходимость в регулировании обусловлена совокупностью сразу нескольких факторов: «развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства, а также иными проявлениями классовой воли, направленных на регулирование жизненных фактов в сфере правового воздействия» (Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 37).
- <sup>4</sup> Даже при широком подходе к трактовке пробелов в теории права признается наличие объективной потребности в регуляции. См. подробнее: Демин А.В. Принцип определенности налогообложения: монография. М., 2015.
- <sup>5</sup> В литературе можно встретить различные классификации случаев отсутствия правовой регуляции, при осуществлении которых принимается во внимание совокупность признаков: принадлежность общественных отношений к регулируемым правом; наличие потребности в регуляции; способ регуляции; наличие механизма реализации субъективных прав. См., например: Леонова Ю.А. Пробелы в праве России и Германии: сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 21.
- <sup>6</sup> Например, в тех случаях, когда субъект-нормотворец воспринимает отсутствие правовой нормы как дефект правового регулирования в силу «неадекватной оцен-

достатков приводит к излишней юридизации общественных отношений, может порождать коллизии права<sup>1</sup>, в юридической науке описанное явление принято характеризовать как «мнимый пробел»<sup>2</sup>. Соответственно при проектировании правовых норм важно объективно оценивать существующее правовое регулирование, а также учитывать границы действия права и иных социальных регуляторов в конкретных общественных условиях. Поэтому для квалификации явления в качестве пробела необходимо проверить наличие всех характерных его признаков, которые выделяет современная теория права<sup>3</sup>. В их числе можно назвать масштаб, неполноту и противоречие замыслу законодателя<sup>4</sup>.

Как было отмечено, реальные пробелы признаются дефектами правового регулирования, снижают его эффективность. При этом риски отсутствия необходимой регуляции достаточно очевидны для участников соответствующих отношений, в частности: сохранение в перспективе неопределенности относительно последствий конкретных деяний, вызванных несовпадающей квалификацией одних и тех же фактов для целей налогообложения<sup>5</sup> невозможность реализации субъективных прав и исполнения субъективных обязанностей.

В правовой науке существует много различных классификаций правовых пробелов<sup>6</sup>, в частности на скрытые и явные, предметные

---

ки развития общественных отношений и возможного использования правовых средств для его регулирования» (Зайцева Е.С., Козловский П.В. Понятие «мнимые пробелы в праве» и роль мнимых пробелов в механизме правового регулирования // Современное право. 2015. № 7. С. 33–37).

- 1 Если мнимый пробел не идентифицирован своевременно, то он может трансформироваться в законотворческую ошибку. В результате в правовом массиве образуется дефект правового регулирования (например, избыточное дублирование норм — как смысловое, так и содержательное). См.: Зайцева Е.С., Козловский П.В. Указ. соч.
- 2 Попытка устранить мнимый пробел встречается на уровне не только законодательных, но и подзаконных и даже локальных актов. См. подробнее: Образовательное законодательство России. Новая веха развития: монография / Л.В. Андриченко, В.Л. Баранков, Б.А. Булаевский и др.; под ред. Н.В. Путило, Н.С. Волковой. М.: ИЗИСП, 2015. С. 439–440.
- 3 См. подробнее: Леонова Ю.А. Указ. соч. С. 14.
- 4 Последний признак именуется в литературе и как «противоплановость». См.: Леонова Ю.А. Указ. соч. С. 20–21.
- 5 В связи с этим нередко для снижения рисков введения нового регулирования используются поэтапное введение в действие и правовой эксперимент. См.: Журавлева О.О. Принцип баланса частных и публичных интересов и экспериментальное регулирование в налоговой сфере // Журнал российского права. 2018. № 8. С. 91.
- 6 См. подробнее: Лазарев В.В. О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 6. С. 30–37; Кондрашев А.А. Пробелы в Конституции России: понятие, классификация и отграничение от смежных явлений // Российский юридический журнал. 2014. № 2. С. 20–37.

(концептуальные) пробелы, пережитки предыдущего правового регулирования, правовой системы, первоначальные и последующие, реализационные, правоприменительные, юридико-технические и т.д. Несмотря на то что пробелы преимущественно выявляются в процессе правоприменения<sup>1</sup>, это возможно и в процессе научных исследований. Фактически проведение последнего в подобных случаях может быть единственной возможностью выявить пробел в спящей норме (если она пока не применялась).

В сфере налогообложения пробелы могут приводить не только к нарушению баланса публичных и частных интересов, но и к существенным потерям доходов бюджетами публичных субъектов, снижению их сбалансированности. В конечном счете могут возникать препятствия для исполнения публичными субъектами иных, не финансовых функций. В целях снижения подобных рисков и нивелирования негативных последствий их реализации для участников отдельных групп общественных отношений законодатель может использовать разнообразные правовые средства (например, консолидацию норм, в том числе кодификацию<sup>2</sup>, презумпции, позволяющие преодолевать неопределенность).

Следует отметить, что суды активно применяют конституционно закрепленные принципы налоговой системы при восполнении пробелов, что позволяет снизить неопределенность и достичь баланса интересов сторон<sup>3</sup>. Однако в налоговой сфере существуют объективные ограничения для судебного восполнения законодательных пробелов, поскольку действует принцип «нет налогов без представительства»<sup>4</sup>.

Кроме того, в российском законодательстве о налогах и сборах существует специальное положение, направленное на защиту интересов налогоплательщиков, вытекающее из ч. 3 ст. 7 Конституции РФ. Оно закрепляет правило толкования неопределенностей в законодательстве о налогах и сборах, позволяя преодолеть их<sup>5</sup> с учетом

---

<sup>1</sup> Функционирование правового механизма раскрывает многие его недостатки, которые не проявляются в статике.

<sup>2</sup> При этом необходимо учитывать, что кодификация, устраняя одни пробелы, неизбежно создает другие.

<sup>3</sup> См.: Журавлева О.О. Риски в налоговой сфере / Риски финансовой безопасности: правовой формат: монография. М., 2018. С. 180.

<sup>4</sup> Последний предполагает соблюдение баланса частных и публичных интересов при налоговой дистрибуции частных средств.

<sup>5</sup> Пробел в правовом регулировании определяется как «состояние правовой неопределенности, возникающее вследствие полного либо частичного отсутствия объективно необходимого звена в системе юридического воздействия на общественные отношения» (Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 4).

баланса частных и публичных интересов и презумпции невиновности (п. 7 ст. 3 НК РФ). Соответственно в пользу фискально обязанного лица<sup>1</sup> толкуются все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах.

Как и любое правовое средство, указанное правило может по-разному использоваться на практике (в том числе и вопреки намерениям законодателя при его введении). Так, эта норма не только применяется как средство защиты от незаконных требований властных субъектов, но и учитывается налогоплательщиками при планировании своей хозяйственной деятельности с целью снижения подлежащих уплате фискальных платежей. Поэтому пробелы в правовом регулировании могут также использоваться и в целях получения преимуществ и выгод обязанными лицами, в том числе в налоговой сфере. Допустимость с точки зрения права подобной деятельности, ее пределы обсуждаются в зарубежной и отечественной правовой литературе уже не одно десятилетие. Но в силу существенного расхождения частных и публичных интересов, а также мировоззренческих позиций авторов, осуществляющих их «адвокатирование», существуют не только две диаметрально противоположные точки зрения, но и спектр промежуточных. Соответственно, тематика пробелов в налоговом праве и их преодоления вызывает интерес как со стороны налогооблагающего субъекта, так и со стороны налогоплательщиков<sup>2</sup>.

Пробел в законодательстве считается одним из основных проявлений пробела в праве, часто он обнаруживается уже в процессе правоприменения. В качестве иллюстрации можно привести определение Конституционного Суда РФ от 19 января 2010 г. № 137-О-П «По жалобе гражданки Лимоновой Людмилы Юрьевны на нарушение ее конституционных прав положением статьи 213 Налогового кодекса Российской Федерации»<sup>3</sup>. По мнению Суда, пробел возник в силу невыполнения законодателем требования о создании гарантий соблюдения прав и законных интересов граждан при введении нового регулирования по налогу на доходы физических лиц. Для его

<sup>1</sup> Плательщик налогов, сборов, страховых взносов, налоговый агент, лицо, осуществляющее содействие налоговому администрированию.

<sup>2</sup> Вопросам пробельности правового регулирования налоговой сферы посвящены исследования развития налогового права, неопределенности в налоговом праве, аналогии, возможности и границ ее применения в налоговом праве. См., например: Грищенко В.В. Концептуальные проблемы развития теории налогового права современного российского государства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2005; Демин А.В. Неопределенность в налоговом праве и правовые средства ее преодоления: монография. М., 2013.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2010. № 25. Ст. 3246.

устранения федеральному законодателю было предложено внести в соответствующий федеральный закон<sup>1</sup> изменения и предусмотреть переходные положения, касающиеся порядка применения новой редакции указанной статьи НК РФ.

Представляется, что исходя из природы пробела и льготы различия между ними очевидны. Так, в отличие от пробела льгота представляет собой некоторое изъятие из общего режима правового регулирования. Но в случае ее отсутствия необходимая для применения норма уже есть. Закрепление льготы в законодательстве меняет характер регуляции с императивного на диспозитивный, соответственно регуляция усложняется, развивается, но не «рождается». Согласно НК РФ льгота в законодательстве о налогах и сборах всегда предполагает определенные преимущества для лица по сравнению с иными обязанными субъектами (п. 1 ст. 56). Примечательно, что в НК РФ льгота рассматривается исключительно как правовое средство, влияющее на обязанности только двух категорий лиц — налогоплательщиков и плательщиков сборов<sup>2</sup>. Как отметил Конституционный Суд РФ<sup>3</sup>, законодатель при реализации полномочий по введению льгот связан только конституционными принципами, в числе которых равенство, справедливость и стабильность правового регулирования. Инкорпорация льгот в правовую материю осуществляется нормотворцем с учетом общественности конституционно значимых приоритетов развития общества, она не должна нарушить целостности существующей ткани, но направлена на придание ей нового свойства.

Льгота не может носить индивидуальный характер, в противном случае нарушался бы принцип равенства, предполагающий равное обращение для лиц, находящихся в сходной ситуации. В силу особой природы данного правового средства НК РФ прямо указывает, что налоговая льгота, ее основания, порядок и условия применения определяются законодательством о налогах и сборах. Соответственно налоговая, как и любая иная, льгота предполагает наличие исходного (базового) правового регулирования. В силу необязательности

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 216-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4013.

<sup>2</sup> Применительно же к страховым взносам этот термин не применяется, что также подтверждает анализ гл. 34 «Страховые взносы в Российской Федерации» НК РФ.

<sup>3</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2020 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 63 Федерального закона "О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина В.А. Чистякова» // СЗ РФ. 2020. № 5. Ст. 582.

данного элемента юридической конструкции налога ее отсутствие не «парализует» правовой механизм регулирования налогообложения.

Закрепление налоговых льгот приводит к дифференциации правового регулирования, которая может по-разному восприниматься участниками общественных отношений, в том числе как не удовлетворяющая частный интерес и приводящая к несправедливому регулированию. В частности, лицами, не имеющими права на льготу, подобная ситуация почти всегда квалифицируется как определенный недостаток закона. Но это субъективная, а не объективная оценка действующего правового массива. В то же время пробел означает объективное отсутствие нормы, иначе его нет.

Несмотря на очевидные различия между пробелом и льготой анализ практики проектирования правовых актов в налоговой сфере свидетельствует о наличии сложностей с их идентификацией и разграничением. Так, например, проведенное исследование соответствующих законотворческих инициатив за период 2001–2020 гг. позволяет сделать вывод, что указание на пробелы в обоснование предлагаемых изменений достаточно часто встречается в пояснительных записках. Хотя авторы соответствующих проектов имеют различный статус как субъекты законотворческой инициативы<sup>1</sup>, представители каждой из соответствующих групп испытывают определенные затруднения в идентификации пробелов в регулировании налогообложения.

Следует отметить, что среди проанализированных документов можно обнаружить примеры ссылок не только на реальные пробелы<sup>2</sup>, но и на мнимые. Исследование генезиса соответствующих законодательных инициатив позволяет сделать вывод, что мнимые пробелы достаточно эффективно выявляются в процессе законотворчества на разных стадиях. При этом подмена налоговой льготы пробелом при аргументации потребности в правовом регулировании<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Это и законодатели, и органы исполнительной власти, относящиеся к различным уровням публичной власти (федеральному и региональному).

<sup>2</sup> Например, разработчики отмечали в пояснительной записке к проекту федерального закона № 422450-4 «О внесении изменений в статью 346.27 части второй Налогового кодекса Российской Федерации» реальный пробел в определении одного термина, использованных в конструкции специального налогового режима. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/422450-4>. (Хотя законопроект был отклонен, предлагавшиеся изменения были учтены в НК РФ.)

<sup>3</sup> Обосновывать введение новой налоговой льготы всегда сложнее, чем необходимость устранения пробела, тем более что БК РФ требует ежегодной оценки налоговых расходов, возникающих в результате предоставления льгот (ст. 174.3). Ее результаты учитываются при формировании основных направлений бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики публичных образований, а также при проведении оценки эффективности реализации их программ.



часто избавляет инициатора от необходимости обоснования справедливости и целесообразности ее введения, оценки выпадающих доходов бюджетов бюджетной системы, указания источников их покрытия. В то же время некорректность формулировки цели введения нового регулирования может порождать сложности с оценкой эффективности таких льгот в будущем.

Приведем несколько примеров проектов федеральных законов, вносящих изменения в НК РФ, и пояснительных записок к ним<sup>1</sup> для подкрепления приведенных выводов.

Для иллюстрации мнимого пробела можно обратиться к пояснительной записке к проекту федерального закона № 170782-4 «О внесении изменений и дополнений в статью 102 части первой Налогового кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup>. В документе рассматривается в качестве пробела отсутствие упоминания Счетной палаты РФ и органов государственного финансового контроля субъектов Российской Федерации в закрытом перечне лиц, имеющих доступ к налоговой тайне, в НК РФ. Соответственно, эта ситуация была квалифицирована разработчиками в качестве создающей препятствия в реализации возложенных на указанные органы функций.

Однако во внимание не были приняты полномочия указанных субъектов более общего характера, закрепленные в иных федеральных законах и позволяющие с учетом специфической направленности реализуемой ими контрольной функции получать информацию от налоговых органов<sup>3</sup>.

Еще одна попытка расширения перечня лиц, обладающих доступом к налоговой тайне, встречается в проекте федерального закона № 417618-4 «О внесении изменений в статьи 32 и 102 части первой Налогового кодекса Российской Федерации (в части установления обязанности налоговых органов представлять финансовым органам субъектов Российской Федерации информацию о начисленных и уплаченных суммах налогов, сборов и иных платежей в бюджеты всех уровней)»<sup>4</sup>. В пояснительной записке к нему указывалось, что финансовые органы субъектов Российской Федерации лишены возможности получения сведений, вошедших в состав налоговой тайны, и,

<sup>1</sup> В этих документах должна быть раскрыта цель правового регулирования, дано обоснование потребности в нем и выбора правовых средств и подходов к их использованию, приведены результаты оценки социально-экономических последствий.

<sup>2</sup> URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/170782-4>

<sup>3</sup> На данное обстоятельство было обоснованно указано в официальном отзыве Правительства РФ от 28 апреля 2005 г. № 1271п-П13. Законопроект был отклонен.

<sup>4</sup> URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/417618-4>



соответственно, не могут выполнять свои функции в полном объеме. Разработчики отмечали, что тем самым нарушается «бюджетный процесс», отсутствует возможность «оперативно влиять на процесс формирования доходов бюджетов, устанавливать контроль за полнотой и своевременностью перечисления средств в бюджет, использовать оперативную и текущую информацию для прогнозной оценки исполнения доходной части соответствующих бюджетов».

Предполагалось, что внесение изменений в ст. 102 НК РФ позволит «восполнить образовавшийся пробел». Существенно, что в пояснительной записке обосновывалось предоставление доступа не к агрегированным и обезличенным сведениям для целей бюджетного процесса, а к индивидуальным — «о поступлении доходов по конкретным плательщикам». Поскольку указанные в законопроекте органы уже получали необходимую информацию для осуществления своих полномочий в бюджетном процессе, то не было поддержано включение их в круг органов, получающих сведения о налогоплательщиках исключительно для целей реализации их основных функций. Кроме того, было обращено внимание на то, что последние отличны от функций контроля и надзора в области налогов и сборов, таможенного дела, предупреждения и пресечения налоговых преступлений<sup>1</sup>.

Проект федерального закона № 220511-5 «О внесении изменения в статью 358 части второй Налогового кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup> согласно пояснительной записке к нему был направлен «на устранение пробела в действующем законодательстве, устранение возможности вольно толковать <одну из норм> НК РФ, уточнение нормы таким образом, чтобы из ее содержания было очевидно, что она распространяется и на предпринимателей». На момент проектирования льготы по транспортному налогу предоставлялись НК РФ в отношении различных судов, находящихся в собственности исключительно организаций<sup>3</sup>. Планировалось распространить ее действие также на индивидуальных предпринимателей, имеющих аналогичное имущество.

<sup>1</sup> Законопроект был отклонен. См. официальный отзыв Правительства РФ от 11 января 2007 г. № 34п-П13.

<sup>2</sup> URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/220511-5>

<sup>3</sup> Норма выглядела следующим образом: «пассажирские и грузовые морские, речные и воздушные суда, находящиеся в собственности (на праве хозяйственного ведения или оперативного управления) организаций, основным видом деятельности которых является осуществление пассажирских и (или) грузовых перевозок». Ею устанавливалось исключение из объектов налогообложения транспортным налогом указанных транспортных средств (подп. 4 п. 2 ст. 358 НК РФ).

Однако в рассматриваемом случае пробел отсутствовал, но существовала потребность в расширении сферы действия льготы на еще одну категорию хозяйствующих субъектов — индивидуальных предпринимателей, которым она в нарушение принципов справедливости и равенства налогообложения не представлялась. Указание в заключении Правительства РФ на возникающие в связи с принятием законопроекта возможные выпадающие доходы, также подтверждает, что проектировалась новая льгота<sup>1</sup>.

Подводя итоги, обратим внимание на то, что селективный характер льготы (избирательное действие по кругу лиц) не позволяет оценивать ее действие в правовой системе как отсутствие регуляции в отношении лица, ею не охваченного. Если неприменим льготный, то действует общий порядок налогообложения. Трактовка льготы как пробела означает, что льгот вообще не должно существовать, поскольку любая из них порождает аналогичный пробел в отношении не охваченных ее действием лиц.

В целях повышения эффективности нормотворческой деятельности и правового регулирования при проектировании норм рекомендуется: 1) при выявлении дефектов правового регулирования осуществлять их оценку на соответствие всем признакам пробелов, известным в теории права; 2) избегать ссылок на мнимые пробелы в обоснование необходимости принятия законопроектов, отличать и ограничивать пробелы в правовом регулировании и отсутствие налоговых льгот для конкретной категории лиц.

---

---

*Алексеева Н.А.*

## **О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ КОНТРОЛЯ И НАДЗОРА ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ УСТАНОВЛЕННОГО РЕЖИМА В НАЦИОНАЛЬНЫХ ПАРКАХ НА ПРИМЕРЕ ОРГАНИЗАЦИИ ПОЛИГОНОВ БЫТОВЫХ ОТХОДОВ**

Национальные парки являются особо охраняемыми природными территориями. Для них характерен правовой режим, предусматривающий более строгие правила, а сам правовой режим можно назвать

---

<sup>1</sup> См. заключение Правительства РФ от 9 июня 2009 г. № 2563п-П13. Законопроект был принят.

специфичным. Многие теоретики исследовали особенности правового режима в различных аспектах<sup>1</sup>.

Существуют многочисленные работы, освещающие правовой режим национальных парков, касающиеся вопросов пересечения и дублирования функций органов контроля и надзора, в том числе с предложениями о выделении специальных органов контроля и надзора, возложении отдельных функций на органы и создании дополнительных органов с особенностями в области их деятельности в сфере контроля и надзора за особо охраняемыми природными территориями<sup>2</sup>. Подобные работы появляются с 2004 г., то есть с начала административной реформы.

В полномочия одного органа могут входить и входят взаимосоключающие функции (например, подведомственная Министерству природных ресурсов РФ Федеральная служба по надзору в сфере природопользования (далее — Росприроднадзор) одновременно «проводит государственные экологические экспертизы и осуществляет федеральный экологический надзор, координацию экологического контроля... ведает национальными парками, заповедниками и иными особо охраняемыми природными территориями федерального значения...»<sup>3</sup>). Осуществление одновременно функций «ведения», то есть имущественного характера, проведения экологических

<sup>1</sup> См.: Дехтерева Л.П. Правовой режим особо охраняемых городских природных территорий: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 15; Кузнецова А.В. Правовое регулирование деятельности по организации особо охраняемых природных территорий в г. Москве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008; Лунева Е.В. Земельные участки в особо охраняемых природных территориях как объекты гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2015. С. 16; Анисимов А.П., Доржи-Горяева Э.В., Чикильдина А.Ю. Современный взгляд на проблемы и перспективы землепользования в границах особо охраняемых природных территорий // Юрист. 2012. № 15. С. 24–29; Зозуля В.В. Правовой режим государственных природных заповедников и национальных парков: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

<sup>2</sup> См.: Право и экономическая деятельность: современные вызовы: монография / Е.Г. Азарова, А.А. Аюрова, М.К. Белобабченко и др.; отв. ред. А.В. Габов. М.: ИЗИСП; Статут, 2015; Право и экономическая деятельность: современные вызовы: монография / отв. ред. А.В. Габов. М.: ИЗИСП; Статут, 2015; Данилов-Данильян В.И. О соотношении правового и экономического аспектов в охране природы // Право и экология: материалы VIII Международной школы-практикума молодых ученых-юристов (г. Москва, 23–24 мая 2013 г.) / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.А. Боголюбов. М.: ИЗИСП; ИНФРА-М, 2014. С. 48–58; Маликова О.И. Механизмы поддержки экологически ориентированных инноваций и структурных изменений в экономике // Там же. С. 75–84; Марьян Е.В. Финансово-правовые механизмы обеспечения охраны окружающей среды и рационального природопользования // Там же. С. 85–89.

<sup>3</sup> Право и экономическая деятельность: современные вызовы: монография / отв. ред. А.В. Габов. М.: ИЗИСП; Статут, 2015.

экспертиз и осуществление федерального экологического надзора, а также координация экологического контроля явно не могут осуществляться одним органом. Такие несоответствия в области законодательства приводят к противоречиям в практической деятельности данных органов государственной власти и столкновению интересов при выполнении ими своих функций. Указанное в том числе приводит к возникновению в судах дел по рассмотрению жалоб в отношении выполнения своих функций данными органами.

Остановимся на некоторых аспектах контроля и надзора на данных территориях и противоречиях судебной практики нормативным актам в области данной деятельности.

Контроль и надзор за обеспечением правового режима и отсутствием его нарушения на территории национальных парков осуществляется Росприроднадзором (порядок данной деятельности устанавливается Правительством РФ), государственными инспекторами в области охраны окружающей среды (должностные лица учреждения), работниками правоохранительных органов (при их привлечении рейды возможны только совместно с государственными инспекторами), а также органом, осуществляющим государственный контроль за сохранением, использованием и охраной объектов культурного наследия и Минприроды России (по вопросам социально-экономической деятельности хозяйствующих субъектов, проектам развития населенных пунктов, находящихся на территории национального парка, подлежащим согласованию).

Обратимся к конкретным вопросам возможной деятельности на территории национального парка. Данная деятельность закреплена в положении о соответствующем парке. В настоящее время значимым вопросом является вопрос утилизации различного вида отходов, необходимо их складирование, возможность которого зафиксирована в большинстве положений о национальных парках, в пределах которых запрет на их захоронение прямо установлен только в границах населенных пунктов, лесопарковых, курортных, лечебно-оздоровительных, рекреационных зон, а также водоохраных зон, в местах залегания полезных ископаемых и ведения горных работ в случаях, если возникает угроза загрязнения мест залегания<sup>1</sup>. Вместе с тем размещение отходов, под которым понимается хранение (складирование отходов в специализированных объектах сроком более чем 11 месяцев в целях утилизации, обезвреживания, захоронения) и захоронение отходов (изоляция отходов, не подлежащих дальнейшей утилизации,

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» // СЗ РФ. 1998. № 26. Ст. 3009.

в специальных хранилищах в целях предотвращения попадания вредных веществ в окружающую среду), явно не та деятельность, которая соответствует деятельности национального парка, так как не соответствует задачам создания и функционирования национального парка, установленным ст. 13 Федерального закона от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях»<sup>1</sup>, и нарушает конституционные права на благоприятную окружающую среду и обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 42, 58 Конституции РФ).

Во многих положениях о национальных парках запрещена деятельность, которая может нанести ущерб природным комплексам и объектам растительного и животного мира, культурно-историческим объектам и противоречит целям и задачам национального парка (зачастую в новой редакции положения о национальном парке не воспроизводят данное требование<sup>2</sup>).

Однако в большинстве положений о национальных парках закреплена возможность складирования отходов в зоне хозяйственного назначения, хотя допускается только временное складирование бытовых отходов (применяется не термин «хранение», как в ст. 1 указанного федерального закона, а раскрывающий его термин «складирование»).

Так, в соответствии с п. 10.4 Положения о Сочинском национальном парке<sup>3</sup> (далее — Положение) в зоне хозяйственного назначения допускаются: временное складирование бытовых отходов (на срок не более чем шесть месяцев) в местах (на площадках), специально определенных учреждением и обустроенных в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации в области охраны окружающей среды, в целях их дальнейшего использования, обезвреживания, размещения, транспортирования (абз. 15); эксплуатация существующих (действующих) полигонов по обезвреживанию и захоронению промышленных и бытовых отходов, внесенных в государственный реестр объектов размещения отходов, для размещения отходов производства и потребления с целью обеспечения функционирования расположенных в границах национального

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1995. № 12. Ст. 1024.

<sup>2</sup> См.: Приказ МПР РФ от 11 апреля 2003 г. № 296 «Об утверждении Положения о федеральном государственном учреждении "Национальный парк "Плещеево озеро"». Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»; Приказ Минприроды России от 15 марта 2012 г. № 60 «Об утверждении Положения о национальном парке "Плещеево озеро"» // БНА. 2012. № 25.

<sup>3</sup> Положение утверждено приказом Министерства природных ресурсов и экологии РФ от 27 сентября 2013 г. № 411 (Российская газета. 2013. 11 октября).

парка населенных пунктов (абз. 16). Данный пункт нормативного правового акта был оспорен в Верховном Суде РФ.

Решением Верховного Суда РС, оставленным без изменения в апелляционной инстанции, в удовлетворении заявления о признании частично недействующим п. 10.4 Положения отказано<sup>1</sup>. В мотивировочной части решения суд сослался на то, что на территории Сочинского национального парка не было ни одного действующего полигона или иного объекта размещения отходов, внесенного в государственный реестр, а оспариваемое положение не нарушает прав граждан на благоприятную окружающую среду.

Однако такой вывод предполагает, что если на момент рассмотрения спора полигонов и не было на соответствующей территории, то они могли быть там размещены, поскольку законодательству это бы не противоречило. Представляется, что требования подлежали удовлетворению не в связи с отсутствием соответствующих полигонов на территории на момент рассмотрения спора, а с тем, чтобы удовлетворить иск, чтобы и впредь такие полигоны не могли быть размещены.

Как возможно при решении задач, поставленных перед национальными парками законодательством, в том числе сохранение эталонных и уникальных природных комплексов и объектов, а также памятников истории, культуры и других объектов культурного наследия, разработка и внедрение научных методов сохранения природных комплексов в условиях рекреационного использования, восстановление нарушенных природных и историко-культурных комплексов и объектов, нахождение на территории национального парка зоны для размещения полигона, пусть даже временного?

Между тем оспоренный в Верховном Суде РФ пункт (абз. 16 п. 10.4) впоследствии был исключен. Оспариваемая редакция Федерального закона от 27 сентября 2013 г. действовала до 29 октября 2015 г.

Абзац 15 п. 10.4 Положения также несет в себе определенную потенциальную опасность, поскольку предусматривает временное складирование бытовых отходов (на срок не более чем шесть месяцев) в местах (на площадках), специально определенных учреждением и обустроенных в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации в области охраны окружающей среды, в целях их дальнейшего использования, обезвреживания, размещения, транспортирования. Возникает вопрос, почему возможно такое складирование на такого рода объекте сроком на шесть месяцев,

---

<sup>1</sup> См.: Решение Верховного Суда РФ от 24 июня 2014 г. № АКПИ14-422 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 10.4 Положения о Сочинском национальном парке, утв. приказом Минприроды России от 27.09.2013 N 411» // БВС РФ. 2015. № 5.

а также изменение функционального зонирования территории национального парка только после внесения соответствующих изменений в Положение (п. 12). Однако в принципе представляется недопустимой возможность размещения полигонов даже временно-го характера на территории национального парка — независимо от зоны, зонирования территории.

Вместе с тем отсутствует нормативный правовой акт, предусматривающий максимальную площадь территории национального парка, занятой полигонами, а также количество таких зон на территории одного парка и полигонов на одной зоне.

Более того, представляется, что в законодательство необходимо внести изменения в части сроков складирования отходов производства и потребления, сократив их, поскольку региональный оператор имеет возможность подъезда к месту складирования отходов для их перевозки. Также полагаем необходимым ввести административную ответственность за подобные действия, квалифицировав их как противоправные, подпадающие под действие КоАП РФ и действующие в отношении самого учреждения, национального парка, поскольку полигон — объект размещения отходов — специально оборудованное сооружение, предназначенное для размещения отходов, то есть возможность оборудования такого сооружения имеется именно у самого учреждения.

Таким образом, органом, который должен осуществлять контроль и надзор за действиями национального парка по организации полигона (или полигонов) в настоящее время является Росприроднадзор, который осуществляет федеральный экологический надзор, координацию экологического контроля и одновременно ведаёт национальными парками, заповедниками и иными особо охраняемыми природными территориями федерального значения, что представляется неверным, поскольку считаем, что данные функции подлежат возложению на иной орган государственной власти.

---

---

---

*Андреановская И.И.*

## **К ВОПРОСУ О ПРОБЕЛАХ В СОДЕРЖАНИИ ОТДЕЛЬНЫХ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА**

В трудовом праве как отрасли российского права в последние десятилетия отмечается достаточно большое количество пробелов. В общей теории права пробел определяется как «полное или частич-



ное отсутствие в действующем законодательстве необходимых юридических норм»<sup>1</sup>. В литературе по общей теории права отмечается, что «пробелы в законодательстве нежелательны, однако объективно они возможны и неизбежны»<sup>2</sup>. Пробелы подразделяются на «первоначальные и последующие»<sup>3</sup>. Первоначальные пробелы, по-видимому, возникают в результате правотворческой деятельности, они носят исключительно правовой характер. К пробелам такого рода, по нашему мнению, можно отнести следующие: пробелы, возникающие в ходе кодификации законодательства; пробелы, возникающие в результате текущего обновления норм. Пробелы в регламентации трудовых отношений могут образоваться в ходе кодификации законодательства. Несмотря на то что при кодификации, как правило, образовавшиеся за время действия кодифицированного нормативного правового акта пробелы устраняются, на наш взгляд, они все же могут возникнуть и в результате кодификации. Как нам представляется, такая ситуация может сложиться: во-первых, при отказе законодателя от отдельной нормы (ее элементов), группы норм; во-вторых, при введении новых норм. В предлагаемой последовательности рассмотрим пробелы, образовавшиеся в трудовом праве как отрасли права.

Отказ от отдельной нормы (элементов норм), группы норм, происходящий при кодификации, необходим, но, полагаем, если на это есть причины. Он будет целесообразен в случае несоответствия нормы сложившимся в государстве отношениям. Если норма (ее элементы) адекватно не отражает экономические, политические, социальные потребности общества и государства, то она должна быть исключена из нормативного правового акта. Отказ от устаревших норм — естественный процесс, происходящий в ходе кодификации, поскольку при кодификации происходит процесс отбора норм, необходимых для регламентации современного уровня общественных отношений. Как правило, отбор осуществляется посредством анализа и оценки преемственных норм, действующих довольно длительное время. Исключение норм (элементов норм), неприемлемых для регламентации отдельных отношений в сложившихся социально-экономических условиях, происходит по вполне обосно-

---

<sup>1</sup> Малько А.В. Теория государства и права в схемах, определениях и комментариях: учеб. пособие. М.: Проспект, 2008. С. 96.

<sup>2</sup> Малько А.В., Матузов М.И. Теория государства и права: учебник. М.: Дело, 2009. С. 334.

<sup>3</sup> Там же. С. 335. Первоначальные пробелы возникают «по недосмотру законодателя», а последующие обнаруживаются «в процессе правового регулирования, когда появляются неизвестные ранее отношения».



ванным причинам. Напротив, необоснованный отказ от норм вполне эффективных, нередко происходящий по необъяснимым причинам, на наш взгляд, нецелесообразен и, как показывает правотворческая практика, порождает пробелы в праве, в том числе и в трудовом.

Представляется, что в современных условиях следует признать нецелесообразным, порождающим пробел в регламентации трудовых отношений отказ от двух важнейших положений, нашедших закрепление в ранее действовавших кодексах. Именно этот отказ, полагаем, послужил образованию пробелов в отечественном трудовом праве. Речь идет о положениях, ранее включенных в ст. 28 КЗоТ 1922 г. Приведем их: «Условия трудового договора определяются соглашением сторон. Недействительны условия трудового договора, ухудшающие положение трудящегося сравнительно с условиями, установленными законами о труде, условиями коллективного договора и правилами внутреннего распорядка, распространяющимися на данное предприятие или учреждение... а также условия, клонящиеся к ограничению политических и общегражданских прав трудящихся». Первое из приведенных положений — «условия трудового договора определяются соглашением сторон» — является базисным для норм о содержании трудового договора<sup>1</sup>. В последующие кодифицированные нормативные правовые акты оно включено не было, и, как нам представляется, совершенно напрасно. Пробел заключался в отсутствии этого базисного положения договорного характера в Кодексе. Следует отметить, что несмотря на то, что ст. 15 КЗоТ 1971 г. была названа «Стороны и содержание трудового договора», норм о содержании трудового договора в статье не приводилось, в ней было закреплено только определение трудового договора. В исследуемой редакции статьи не были указаны и стороны трудового договора (они были предусмотрены в содержании определения трудового договора). Только в современном Кодексе это несоответствие формы и содержания статьи о понятии и сторонах трудового договора было устранено: в ст. 56 ТК РФ приведено по-

---

<sup>1</sup> Это положение было закреплено только в Кодексе 1922 г. Оно представляется чрезвычайно важным, поскольку изначально позволяет определить юридическое содержание трудового правоотношения (круг прав и обязанностей сторон), базирующееся на содержании трудового договора. Условия трудового договора составляют его содержание, следовательно, эти условия могут быть определены и изменены только по соглашению сторон. Именно соглашение сторон выражает общее «договорное» правило, которому стороны должны следовать в рамках действия трудового отношения. См. подробнее: Андреановская И.И. Преемственность и новизна в нормах о содержании трудового договора // Современная научная мысль. 2017. № 6. С. 302–303.

нятие трудового договора и названы стороны трудового договора. Указанный пробел в виде допущенной законодателем неточности в названии и содержании ст. 15 КЗоТ был устранен в результате четвертой кодификации трудового законодательства.

Рассматриваемое положение не нашло прямого закрепления и в действующем ТК РФ. Представляется, что это положение должно быть закреплено в отдельной статье, предусматривающей содержание трудового договора (ст. 57), но и в названную статью оно включено не было. По сути на современном этапе развития трудового права от его прямого закрепления законодатель отказался. В ряде статей идея определения условий трудового договора сторонами прослеживается. Например, в ст. 2 ТК РФ закреплён принцип «обязанность сторон трудового договора соблюдать условия заключённого договора...», а в ч. 4 ст. 57 (в ред. 2001 г.) было установлено: «условия трудового договора могут быть изменены только по соглашению сторон и в письменной форме». В 2006 году это положение было исключено из ч. 4 ст. 57 и перенесено в ст. 72 «Изменение определенных сторонами условий трудового договора», в ней говорится о том, что изменение условий трудового договора допускается только по соглашению сторон трудового договора.

Смысл и назначение приведенных положений ясны, однако можно заметить, что отправного нормативного положения для приведенных выше норм в ТК РФ не содержится. С правовой точки зрения таким базовым положением для закрепленных в ТК РФ норм должна быть норма, ранее закрепленная в ст. 28 КЗоТ 1922 г.: «условия трудового договора определяются соглашением сторон». На ее основе должны быть сформулированы и другие нормы, предусматривающие изменение условий трудового договора (включенных в его содержание). Следовательно, это положение необходимо включить в ст. 57 ТК РФ в таком виде: «Условия трудового договора определяются соглашением сторон, обязательны для них, могут быть изменены или отменены только по соглашению сторон и в письменной форме». Это важнейшее положение необходимо закрепить в части первой указанной статьи, а положения, содержащиеся в этой части, полагаем, необходимо исключить и перенести в другую статью. В современной редакции части первой анализируемой статьи содержатся информативные сведения, необходимые для заключения договора. Они не определяют состоятельность трудового договора, по сути они должны иметь место, указывая на стороны заключения договора. Но они рассмотрены в ст. 56 «Понятие трудового договора. Стороны трудового договора».

Если взять для сравнения нормы о гражданско-правовом договоре, содержащиеся в ГК РФ, то подобные положения (информативного характера) не предусмотрены ни в одной статье кодифицированного нормативного правового акта правовой отрасли, посвященной отдельному договору. Более того, в ст. 65 ТК РФ предусмотрены документы, предъявляемые для заключения трудового договора. Если эти документы предоставляются работодателю при заключении трудового договора, то они входят в комплект документов, необходимых для составления текста трудового договора (документа). Следовательно, все сведения о документах субъектов предусмотрены современными правилами документооборота. Также в современной правоприменительной практике в ряде случаев используются типовые формы договоров. На наш взгляд, нет необходимости в статье о содержании трудового договора современного Кодекса указывать сведения информативного характера<sup>1</sup>.

Второе нормативное положение, содержащееся в ст. 28 КЗоТ 1922 г., было воспринято законодателем и включено в КЗоТ 1971 г. Полагаем, положение о недействительности условий трудового договора имело важнейшее значение для трудового права (того времени), поэтому было включено в Общую часть Кодекса (ст. 5 гл. I «Общие положения»)<sup>2</sup>. Оно было сформулировано по-новому: «условия договоров о труде, ухудшающие положение рабочих и служащих по сравнению с законом Союза ССР и РСФСР о труде или иным образом противоречащие этому законодательству, являются недействительными». По сути на основе этой нормы можно было признать условия трудового договора недействительными. Но такого рода судебной практики в то время не было. В ходе текущего обновления рассматриваемые положения претерпели изменения (в ред. КЗоТ 1988 г.), которые позволили, с одной стороны, сформулировать их короче: «условия договоров о труде, ухудшающие положение рабочих и служащих по сравнению с законом Союза ССР и РСФСР о

<sup>1</sup> Например, в ст. 244 ТК РФ предусмотрены письменные договоры о полной материальной ответственности работников. В ней нет информативных положений, содержатся лишь общие правила заключения такого договора, дана ссылка на типовые формы этих договоров.

<sup>2</sup> Исходные позиции его можно усмотреть и в Кодексе 1918 г., во введении этого нормативного правового акта (III, IV) указывалось: «все... постановления общего характера, а равно и отдельные договоры и соглашения впредь действительны лишь постольку, поскольку они не противоречат правилам настоящего Кодекса», «все соглашения о труде, как ранее состоявшиеся, так и впредь заключаемые, поскольку они противоречат постановлениям настоящего Кодекса, недействительны и необязательны...». Следовательно, изначально это положение было заложено уже в первом Кодексе.

труде, являются недействительными», с другой — развить это положение, предусмотрев в ч. 2 ст. 5 КЗоТ возможность установления для работников за счет собственных средств предприятия дополнительных социально-бытовых льгот. В то время эти положения были прогрессивными.

В действующий ТК РФ положение о недействительности условий трудового договора не внесено. В современной формулировке оно содержится в общем виде: «Коллективные договоры, соглашения, трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников, по сравнению с установленными трудовым законодательством...»<sup>1</sup>. Это положение в представленной формулировке включено в ч. 2 ст. 9 ТК РФ и устанавливает общее для всех договоров (соглашений) правило о том, что в них не могут быть включены условия, ограничивающие права или снижающие уровень гарантий. Оно относится к условиям не только трудового, но и коллективного договора, а также к условиям соглашений, да и представлено в иной формулировке. В сложившихся социально-экономических условиях, как нам представляется, назрела необходимость закрепить положение о недействительности условий трудового договора в ТК РФ<sup>2</sup>.

В современных рыночных условиях целесообразно вернуться к рассмотренным преемственным положениям, определяющим договорные отношения между сторонами трудового договора. Устранить существующий в трудовом праве пробел можно путем включения нормы о недействительности условий трудового договора в ст. 57 ТК РФ. Это положение, полагаем, можно закрепить в части первой указанной статьи, расположив его после включения в нее положений, предложенных нами выше. Оно может быть сформулировано следующим образом: «условия трудового договора, ухудшающие положение работников или снижающие уровень гарантий, предусмотренных трудовым законодательством, являются недействительными». По сути предложенные нами для включения в ст. 57 ТК РФ формулировки носят преемственный характер, они основаны на положениях ст. 28 КЗоТ 1922 г., однако несколько скорректированы применительно к современным условиям.

В качестве примера, свидетельствующего о наличии пробелов, образующихся при кодификации трудового законодательства, мож-

---

<sup>1</sup> И далее — по тексту статьи: если такие условия включены... то они не подлежат применению.

<sup>2</sup> Аналогичное предложение высказано в юридической литературе и поддерживается многими авторами. См., например: Горохов Б.А. Практика применения Трудового кодекса РФ: некоторые спорные вопросы // Журнал российского права. 2007. № 8. С. 127.

но привести и нормы, содержащиеся ранее в ст. 83 «Системы оплаты труда» КЗоТ 1971 г., от которых законодатель отказался. В этой статье были предусмотрены повременная и сдельная системы оплаты труда, а также иные системы оплаты. Подобные нормы были включены и в первые российские кодексы. Так, в ряде статей КЗоТ 1918 г. (ст. 62, 63) и КЗоТ 1922 г. (ст. 70–76) содержались правила оплаты труда при сдельной и повременной работе. В действующем ТК РФ не содержится статьи, аналогичной по содержанию ст. 83 КЗоТ 1971 г. Следовательно, нормы о системах оплаты труда были утрачены в ходе последней кодификации трудового законодательства. Есть смысл отметить, что необоснованный отказ от существующих в ранее действовавшем Кодексе оптимальных норм имел негативные правовые последствия: он не привел к образованию новых норм; нарушил стабильное состояние существующих норм, регламентирующих узкую группу отношений (по оплате труда); способствовал разрыву внутренних правовых связей в отрасли (в институте оплаты труда)<sup>1</sup>.

В итоге современный Трудовой кодекс не содержит базовых норм о системах оплаты труда. Между тем в действующем ТК РФ содержатся статьи, основанные на отсутствующих в нем нормах предыдущего Кодекса о сдельной и повременной системах оплаты труда. К ним, например, можно отнести отдельные нормы, включенные в ст. 143 «Тарифные системы оплаты труда», ст. 144 «Системы оплаты труда работников государственных и муниципальных учреждений». Полагаем, этот пробел необходимо устранить посредством включения в ТК РФ статьи «Системы оплаты труда», расположив ее перед ст. 131 ТК РФ «Формы оплаты труда». В нее целесообразно включить положения, содержащиеся ранее в ст. 83 КЗоТ 1971 г., модифицировав их. Тогда вновь включенные в Кодекс ранее утраченные нормы, устанавливающие системы оплаты труда, будут иметь универсальный характер, поскольку они предусматривают основные положения о системах оплаты труда (сдельная, повременная и др.).

Пробелы могут образоваться в результате кодификации и при введении новых норм. Так, в ТК РФ была включена новая статья «Содержание трудового договора». Подобной статьи (по названию и содержанию) не было в предшествовавших КЗоТам (1918, 1922, 1971 гг.). Пробел образовался при определении в статье условий, необходимых для формирования содержания трудового договора. Так, в ст. 57 ТК РФ среди условий, обязательных для включения в

<sup>1</sup> См. подробнее: Андреановская И.И. Обеспечение стабильности в современном трудовом праве России // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 9.

трудовой договор, не названо условие о виде и продолжительности рабочего времени. Тогда как в содержание трудового договора должно быть внесено условие о виде и продолжительности рабочего времени<sup>1</sup>. Это условие следует указать перед условием о режиме рабочего времени и времени отдыха, после него — условие об оплате труда, а затем — о гарантиях и компенсациях и др.

К новым нормам, в содержании которых, как нам представляется, есть пробелы, относятся и нормы, включенные в ч. 4 ст. 61 ТК РФ. В этой части статьи предусмотрено право работодателя аннулировать трудовой договор. Условие аннулирования трудового договора указано в ч. 4 ст. 61 ТК РФ (в случае, если работник не приступил к работе в установленный нормами анализируемой статьи срок). Пробелов в содержании норм, включенных в статью, на наш взгляд, несколько. Первый заключается в отсутствии понимания термина «аннулирование», второй — в правовом значении и правовых последствиях его применения. С одной стороны, в статье говорится, что аннулированный трудовой договор считается незаключенным (ч. 4 ст. 61 ТК РФ), с другой — в нормах ч. 1 ст. 61 «Вступление договора в силу» ТК РФ указано на то, что трудовой договор вступает в силу со дня подписания его сторонами либо со дня фактического допущения к работе с ведома или по поручению работодателя (уполномоченного им представителя). Получается, что трудовой договор по нормам ч. 1 исследуемой статьи заключен, а по нормам ч. 4 этой же статьи — нет. Правовые последствия аннулирования трудового договора, предусмотренные ч. 4 ст. 61 ТК РФ, на наш взгляд, удивительны: «аннулирование трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования». Однако в нормах ч. 4 ст. 61 ТК РФ отмечено, что аннулированный трудовой договор считается незаключенным. Практика применения этих норм не отличается однообразием. Этот пробел, на наш взгляд, можно устранить только путем исключения из анализируемой статьи части четвертой<sup>2</sup>.

Нередко законодатель восполняет пробелы путем введения в Кодекс норм, от которых ранее (при кодификации) он отказался.

<sup>1</sup> В соответствии с предусмотренными в ТК РФ видами рабочего времени в трудовом договоре в качестве его условия должна быть указана продолжительность рабочего времени (нормальная, сокращенная или неполная).

<sup>2</sup> На основе анализа норм ст. 61 ТК РФ и практики их применения нами обосновано предложение об исключении из ст. 61 ТК РФ норм об аннулировании трудового договора. См.: Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве России. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 129–130.

*Дюсюпова А.Д.*

Примером такой возвратной преемственности может служить группа норм об ученическом договоре. Нормы, регламентирующие отношения по ученичеству, были включены ранее в КЗоТ 1922 г. В ходе третьей кодификации законодатель от них отказался, следовательно, в КЗоТ 1971 г. они включены не были. Эти нормы вновь были введены в результате четвертой кодификации после 80-летнего забвения. Нормы об ученичестве сосредоточены в настоящее время в специальной главе ТК РФ «Ученический договор».

В качестве заключения отметим, что нередко законодатель, отказываясь от норм преемственного характера, не предполагает, что отказ от таких норм может повлечь разрыв генетических связей в отрасли, что впоследствии порождает пробелы в праве (отрасли права). Нормы, вновь вводимые, должны быть признаны законодателем оптимальными и согласованы с нормами, оставляемыми для регламентации отношений в будущем. Перспективное развитие трудового права как отрасли права связано с обновлением норм. Но оно должно происходить на основе уже сложившихся и действующих длительное время преемственных норм, а также с учетом новых тенденций в регламентации соответствующего круга отношений.

---

---

*Дюсюпова А.Д.*

## **АГРАРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В РОССИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX — НАЧАЛЕ XX ВЕКА: ПРОБЛЕМА ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ**

Юридическая наука и практика оказались перед лицом нового масштабного вызова, на который предстоит дать адекватный ответ. Одним из направлений научных поисков такого ответа можно считать исследование причин возникновения пробелов в праве<sup>1</sup>, порождающих пробельность законодательства. Комплексные исследова-

---

<sup>1</sup> Пробел в праве — полная или частичная неурегулированность в нормах права общественных отношений, входящих в сферу правового регулирования. Будучи нежелательными для общества, пробелы в праве создают серьезные проблемы как для правоприменительных органов, так и для иных участников общественных отношений. См. подробнее: JUS EST: Юридическая энциклопедия. Серия Academia / Академия Генеральной прокуратуры РФ; под общ. ред. О.С. Капинус. Т. 3. М.: ООО «Буки Веди», 2017. С. 523.



ния феномена «пробел в праве» были предприняты, в частности, В.В. Лазаревым, Е.А. Летаевой, О.С. Панасюком, Е.И. Спектор, Е.Ю. Тихонравовым, Ф.Р. Уранским, Л.А. Фоминой. Пробелы в праве имеют место в тех случаях, когда правовая норма, которая должна объективно существовать и действовать, поскольку в этом есть потребность, реально отсутствует.

Пробелы в праве (законодательстве) относятся к числу «неизбежных» правовых явлений, характерных для любых правовых систем. Вместе с тем массовое наличие пробелов в праве создает большие возможности для коррупционных и иных негативных правовых явлений, разрушающих государство и общество, в связи с чем установление и совершенствование специальных механизмов выявления и устранения пробелов относится к одному из наиболее важных направлений правовой политики. В целях извлечения уроков из прошлого обратимся к эволюции аграрных отношений в России во второй половине XIX — начале XX в. по преодолению пробелов в праве.

Аграрный вопрос являлся одним из основных вопросов социально-экономической и политической жизни страны пореформенной эпохи. Реформа 1861 г. оказалась половинчатой, и освобожденные от крепостной зависимости крестьяне были обременены пережитками феодализма. Можно выделить следующие признаки феодальной земельной собственности: 1) взыскание собственником феодальной ренты в натуральной или денежной форме; 2) сословный характер землевладения; 3) соединение собственности феодала с владениями крестьян на той же территории; 4) иерархия, деление собственности внутри класса феодалов; 5) условность землевладения; 6) неопределенность границ и размеров собственности; 7) феодальное назначение ренты.

В эпоху развитого феодализма присутствуют если не все, то большинство указанных признаков. Распространение товарного производства и обращения не может не влиять на характер феодальной собственности, которая начинает утрачивать некоторые черты (в первую очередь неопределенность границ и размеров и условность). Феодальное землевладение в условиях капитализма уже имеет качественное отличие от собственности феодальной формации. Но земельная собственность и при капитализме продолжает оставаться феодальной в своей основе и должна определяться как феодальная до тех пор и постольку, поскольку она сохраняет некоторые черты старого строя землевладения: феодальный характер ренты и ее назначение, эксплуатацию зависимых мелких владельцев.



Необходимо особо выделить такой признак феодального землевладения, как назначение ренты, хотя она и не выделяется в литературе, теоретически анализирующей земельную собственность. Полагаем, это объясняется тем, что характер использования землевладельческих доходов сам по себе включен в содержание ренты, если она определяется как феодальная. Но такое предположение может привести к ошибке. Рента, полученная собственником в результате феодальной эксплуатации зависимого крестьянства, может иметь буржуазно-предпринимательское применение.

Так было, когда феодальная собственность находилась в руках зарождавшейся буржуазии. В этом случае природа землевладения не может не меняться. Возможно и обратное соотношение: часть ренты, получаемой земельным собственником, является капиталистической по содержанию, но вся рента целиком имеет феодальное назначение. Наиболее близкий нам случай последнего типа — рента с кабинетских земель, предназначавшаяся на содержание феодального института самодержавной монархии<sup>1</sup>.

Вкратце обратимся к истории кабинетского землевладения, которое являлось опорой самодержавной монархии в самом непосредственном значении. Научно-справочная литература разных лет неточно определяет сущность предмета. Кабинетские земли именуется собственностью царской фамилии или даже ее частной собственностью, которая, в отличие от удельной, находилась в непосредственном ведении Кабинета Его Императорского Величества. Земли императорского Кабинета являлись одной из наиболее одиозных форм собственности в дореволюционной России<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Пользование землей связывалось с уплатой Кабинету и казне феодальной денежной ренты; платежи носили подушный характер и не соотнобились с количеством и качеством угодий. Субъектом землепользования объявлялась крестьянская община. Общегосударственные и специальные законы сохраняли в алтайской общине систему круговой поруки в отбывании казенных и кабинетских повинностей. Ввиду того что уход бывших приписных крестьян из пределов Алтая или их переход в другие сословия уменьшал число плательщиков оброка и сокращал кабинетский доход, 15 января 1873 г. был издан указ, по которому за выбывших из крестьянских обществ оставшиеся должны исполнять все повинности на основе круговой поруки. Сохранялись пережитки отработочной ренты в пользу землевладельца — Кабинета: опалка лесов, ремонт дорог рудовозного назначения и др. См. подробнее: Жидков Г.П. Кабинетское землевладение (1747—1917 гг.). Новосибирск: Наука, 1973. С. 145.

<sup>2</sup> Не только мелкобуржуазная демократия (эсеровско-грудовические группы и меньшевики), но и левое крыло русских либералов в лице кадетов декларировали необходимость ликвидации кабинетского землевладения: эсеры — в плане «социализации земли», кадеты — в порядке лозунга «принудительного отчуждения». Однако лживость этих программных деклараций обнаружилась у кадетов еще в

Формирование кабинетского землевладения началось в середине XVIII в., в период политического укрепления абсолютизма в России. Оно связано с территориальной экспансией российского феодализма на восточных окраинах. На землях Сибири после их включения в состав империи принадлежащих государю как воплощению феодального государства первоначально возникла собственность короны на горные предприятия, распространенная затем и на обширную территорию заводского ведомства.

К концу XVIII в. кабинетские земли уже вполне обособились от казенных. Из земель выделились «государевы» — не в смысле личной принадлежности монарху, а в том обычном для крепостной эпохи значении, которое придавалось имуществу императора, еще шире — двора, а точнее — короны.

Исходным пунктом присвоения короной сибирских земель явилась «горная регалия» — исключительное право казны и царя на разработку недр, содержащих благородные металлы, сохранявшееся до 1782 г. Монополия казны и двора на добычу золота и серебра повлекла за собой передачу Кабинету месторождений алтайского серебра, открытых А. Демидовым. Владение же горными предприятиями закономерно влекло за собой и владение землями: для крепостной России было характерно соединение в одном лице промышленника и землевладельца, поскольку феодальная мануфактура зиждилась не на капитале и конкуренции, а на монополии и владельческом праве.

1 мая 1747 г. Елизавета Петровна повелела «взять на себя» алтайские заводы покойного А. Демидова, с уплатой наследникам вознаграждения в 40 тыс. руб., поскольку алтайские руды содержали высокий процент серебра, и это не являлось тайной. Барнаульский и Кольванский заводы с 1747 г. положили начало обширному горнозаводскому хозяйству Кабинета на Алтае, включавшему сереброплавильные, медеплавильные, железоделательные заводы, шлифовальную фабрику, монетный двор, десятки рудников, каменоломен, карьеров и лесосек<sup>1</sup>.

К заводам Кабинета были приписаны десятки тысяч крестьян вместе с землями их фактического владения. Позитивная роль кабинетского хозяйства исчерпывается рамками XVIII в. Используя

---

стольпинскую эру, а у эсеров и меньшевиков после февраля 1917 г., когда они в составе Временного правительства отказались от своей аграрной программы и пытались спасти помещичье землевладение в стране. См. подробнее: Жидков Г.П. Указ. соч. С. 6.

<sup>1</sup> См. подробнее: Жидков Г.П. Указ. соч. С. 61.

результаты вольной крестьянской колонизации края путем массовой приписки населения к заводам, Кабинет в XIX в. консервирует на Алтае и в Забайкалье архаичную систему феодальной эксплуатации (приписку к заводам, «казенную» пашню), запретами и регламентациями препятствует в интересах своей промышленной монополии нормальному экономическому развитию края. В XIX веке кабинетское хозяйство и землевладение превращаются в тормоз прогресса на сибирской территории.

В царствование Николая I в 1838 г. была проведена реформа землевладения государственных крестьян, которая послужила предвестницей крестьянской реформы 1861 г. А.А. Леонтьев впервые проанализировал правовые особенности в сфере общественного устройства государственных крестьян: «в системе местного управления крестьянство представляет собой в полном значении слова «государство в государстве»<sup>1</sup>. Сословная организация их «самоуправления», во многих чертах являющаяся полной противоположностью идеи истинного самоуправления, замкнутая и тщательно изолированная от других классов населения, «подчиненная целой организации специального начальства, облеченного властью вмешиваться во все отрасли деятельности органов самоуправления и опекать их — эта организация стоит в полном противоречии с требованиями нормального государственного строя, в полном противоречии с идеей гражданского равноправия и в полном противоречии с нуждами самого крестьянства»<sup>2</sup>.

А.А. Леонтьев отмечает, что значительный шаг к объединению в административном отношении государственных крестьян разных наименований был сделан в 1838 г. (в реформе непосредственное участие принял граф Киселев, министр государственных имуществ).

В отношении прав на землю многочисленные группы государственных крестьян отличались в зависимости от исторически сложившихся условий их землепользования.

---

<sup>1</sup> Леонтьев А.А. Крестьянское право. Систематическое изложение особенностей законодательства о крестьянах: монография. Санкт-Петербург: типография Ивана Ивановича Зубкова, 1914. С. 55. Организация управления государственных крестьян оказывала довольно сильное влияние на реформу 1861 г. и на дальнейшую, следовавшую после 1861 г. практику крестьянского дела. Об организации управления государственных крестьян правительство начинает заботиться со времен Екатерины II. В этом отношении обращает на себя внимание издание Екатериной II «установление о сельском порядке в казенных имениях Екатеринославского наместничества», повлиявшего впоследствии на образование управления государственных крестьян вообще.

<sup>2</sup> Там же.

Вслед за обнаружением Положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости от 19 февраля 1861 г., правительство признало необходимым реорганизовать на новых началах земельное и общественное устройство и государственных крестьян. Законом 24 ноября 1866 г. началась реформа государственных крестьян. За ними сохранялись все земли, находящиеся в их пользовании. По Закону от 12 июня 1886 г. государственные крестьяне были переведены на выкуп. По собственному желанию крестьянин мог либо продолжать платить оброк государству, либо заключить с ним выкупную сделку. Средний размер надела государственного крестьянина составлял 5,9 десятин.

Свободные хлебопашцы — это единственный разряд государственных крестьян во внутренних губерниях России, который удержал за собой право собственности на землю и поэтому был свободен от оброка, а затем и от выкупа.

Таким образом, «общинная модель крестьянской свободы, распространённая после 19 февраля 1861 г. на все российское крестьянство, впервые подверглась серьёзной трансформации только в аграрных законах 1906—1911 гг., благодаря которым, хотя и с отсрочкой на полвека, общество получило импульс к созданию новых для него институтов, давно известных многим государствам Западной Европы. 9 ноября 1906 г., не дожидаясь созыва II Думы, П.А. Столыпин царским указом провёл отмену закона 1893 г. о неприкосновенности общины и положил начало аграрной реформе, которая проводилась под его прямым руководством»<sup>1</sup>.

В аграрном строе крестьянской России до начала XX в. почти повсюду господствует чересполосность (поземельное владение, при котором земли одного владельца находятся не в одном отрубе или меже, а разбросаны по разным местам среди других владений и не представляют хозяйственного целого). Она характерна не только для общинной деревни большей части России, но и для тех западных губерний, где преобладало подворное землевладение. Участковая форма землепользования была издавна распространена лишь в Польше, Латвии и Эстонии.

Для истории участкового землепользования в России наиболее знаменательной эпохой является межреволюционное десятилетие 1907—1916 г., когда аграрная политика приняла резко враждебную позицию по отношению к ранее господствовавшей системе земельных отношений. В этот период широко развёртываются землеустро-

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Дюсюпова А.Д. Аграрные правоотношения // Правоотношения в современной правовой реальности: традиционные подходы и новые концепции: монография / под ред. Р.Л. Хачатурова. М.: Юрлитинформ, 2019. С. 182.

ительные мероприятия по борьбе с недостатками чересполостного землепользования, а хуторское хозяйство становится правительственным идеалом земельного переустройства крестьянского быта. Однако эти меры проникнуты, прежде всего, политическими мотивами. Лозунгом того времени было упразднение общины, насаждение мелкой личной собственности, что и получило отражение в законодательном признании подворного владения в беспередельных общинах и укреплении чересполосных наделов в личную собственность в остальных общинах.

Как результат укрепительного процесса с его духом мелкой собственности происходило перераспределение земель в порядке мобилизации и выделение сильного собственнического хозяйства, противопоставляемого общинной массе крестьянства с его вечными исканиями земельных прирезок и аграрной революционностью.

Количественные результаты участкового устройства крестьянских наделных земель за десятилетие 1907–1916 гг. по годам выражаются следующими цифрами:

| <b>Годы</b> | <b>Число хозяйств</b> | <b>Площадь, дес.</b> |
|-------------|-----------------------|----------------------|
| 1907        | 8.315                 | 88.358               |
| 1908        | 42.350                | 434.624              |
| 1909        | 119.380               | 1.215.729            |
| 1910        | 151.814               | 1.447.125            |
| 1911        | 206.723               | 2.031.507            |
| 1912        | 122.522               | 1.294.439            |
| 1913        | 192.988               | 1.833.556            |
| 1914        | 203.915               | 1.980.273            |
| 1915        | 173.502               | 1.666.875            |
| 1916        | 93.578                | 896.997              |

Участковое землеустройство, начавшись скромной цифрой в 1907 г., довольно быстро возрастало с каждым годом первого пятилетия. Таким образом, можно выделить три периода: землеустройство по Указу 9 ноября 1906 г. в течение первых пяти лет, мирные три года (1912–1914) действия положения 29 мая 1911 г. и два года войны. В последние годы расширявшийся ранее процесс образования участковых хозяйств резко упал под влиянием войны. В общем за десять лет около 10% наделных крестьянских хозяйств перешли к участковому землепользованию. Кроме того, начиная с 1907 г. участковые формы земельного устройства интенсивно проводились при продаже земель казны и крестьянского банка.

«Аграрный вопрос есть, конечно, по преимуществу вопрос экономический. Но он имеет и очень важную для правильного его разрешения сторону — юридическую. Разрешение аграрного вопроса возможно только путем установления правовых норм. Изучение этих норм, устанавливаемых для осуществления блага землевладельцев, для осуществления идеи социальной справедливости в области аграрных отношений, не может не составлять части крестьянского права потому еще, что при тех своеобразных условиях, в которых аграрный вопрос должен получить разрешение в России, он, можно сказать, своими корнями врос в крестьянское право»<sup>1</sup>.

Таким образом, законодательное регулирование аграрных отношений в России во второй половине XIX — начала XX в. сопровождалось рядом пробелов и противоречий. Старые формы землевладения явились наиболее консервативным и тормозящим компонентом в аграрном строе пореформенной России. Сложность трансформации общинного устройства была напрямую связана с поиском оптимального пути реформирования сельского хозяйства, то есть соотношения формальных и неформальных механизмов как для настоящего, так и для будущего России.

---

---

*Чиканова Л.А.*

## **К ВОПРОСУ О ПРОБЕЛАХ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ТРУДЕ**

Полнота и ясность правового регулирования — это цель, достижение которой, учитывая сложность и многогранность регулируемых сфер общественной деятельности, далеко не всегда может быть обеспечена. Это в полной мере относится и к законодательству о труде, которое, как и любая другая отрасль законодательства, не свободно от дефектов, обусловленных рядом причин как объективного, так и субъективного характера. В правовой литературе под дефектами принято понимать различного рода недостатки в правовом регулировании общественных отношений<sup>2</sup>. Одним из существ-

---

<sup>1</sup> Леонтьев А.А. Указ. соч. С. 23.

<sup>2</sup> См., например: Головина С.Ю. Способы преодоления судами пробелов и иных дефектов трудового законодательства // Трудовое право в России и за рубежом. 2018. № 4.

венных дефектов, порождающих серьезные сложности в правоприменительной практике, являются пробелы.

Для решения проблем, связанных с образованием пробелов, необходимо, прежде всего, выявить факторы, с действием которых связано возникновение пробелов, и с учетом этого определить те правовые нормы, с помощью которых могут быть восполнены эти пробелы.

В трудовом законодательстве наличие пробелов обусловлено как субъективными причинами (просчеты законодателя), так и объективными.

В числе объективных причин можно назвать: сложность и многообразие регулируемых общественных отношений; значительное число факторов, которые должны быть учтены для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений; формирование общественных отношений, ранее не известных, в том числе связанных с цифровизацией экономики, дальнейшей автоматизацией и роботизацией производственных процессов. Объективными причинами возникновения пробелов в законодательстве о труде является и появление современных форм организации труда, новых субъектов права, ранее не принимавших участия в функционировании рынка труда, более широкое использование труда иностранных граждан и т.п.

К субъективным причинам следует отнести: неопределенность нормативного предписания; противоречия правовых норм; несовершенство правовых конструкций; произвольное использование юридических понятий или отсутствие их легального определения и др.

Пробелы в трудовом праве выражаются в отсутствии как собственно правовой регламентации тех или иных отношений, так и процедуры реализации имеющихся правовых норм, что может повлечь невозможность реализации сторонами трудового отношения их субъективных прав или предусмотренных законом гарантий.

К существенным пробелам, в определенной степени носящим субъективный характер, относятся, частности:

– отсутствие механизма индексации заработной платы и гарантий, обеспечивающих реализацию работниками права на своевременную и в полном объеме выплату заработной платы, в том числе в случае, если работник приостановил работу в связи с задержкой выплаты заработной платы;

– отсутствие гарантий предоставления работнику, переведенному временно на другую работу, прежней работы (ч. 1 ст. 72.2) и обязанности работодателя предложить работнику, нуждающемуся в



переводе на другую работу в соответствии с медицинским заключением, такую работу<sup>1</sup>.

В связи с отсутствием соответствующих процедурных правил в указанной статье на практике возникает ряд вопросов: в частности, обязан ли работодатель предупредить работника об окончании временного перевода, поскольку работник может и не помнить о конкретной дате истечения срока; что означает формулировка «если прежняя работа *не предоставлена*»; какие действия необходимо произвести работнику в случае, если по окончании срока временного перевода он хочет вернуться на прежнюю должность; должна ли оформляться «*утрата силы соглашения*» о временном характере перевода, и если должна, то каким образом<sup>2</sup>? Прямого ответа на поставленные вопросы ТК РФ не дает, в связи с чем на практике они решаются по-разному.

Отсутствие в трудовом законодательстве соответствующих правовых норм вызывает на практике сложности и при принятии работодателями решений, связанных с реализацией работниками других предоставленных им прав, в том числе права на самозащиту, что порождает трудовые споры<sup>3</sup>.

Не получила необходимой правовой регламентации в трудовом законодательстве такая правовая категория, как «злоупотребление правом». В судебной практике она широко применяется, хотя и вызывает затруднения при принятии решений по ряду трудовых споров, в ходе которых судом выявляются признаки нарушения прав работника или работодателя, казалось бы, правомерными действиями другой стороны<sup>4</sup>.

Попытку внести ясность в данный вопрос предпринял Верховный Суд РФ. Он указал на недопустимость сокрытия работником временной нетрудоспособности на время его увольнения с работы либо того обстоятельства, что он является членом профессионального союза или руководителем выборного коллегиального органа пер-

<sup>1</sup> См. подробнее: Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Трудовые права работников: проблемы реализации и злоупотребления правами // *Хозяйство и право*. 2017. № 10. С. 65–69.

<sup>2</sup> Подобный вопрос возникает и при заключении срочного трудового договора в случае, когда срок его действия истек, а работник продолжает работу и после истечения срока действия трудового договора.

<sup>3</sup> См., например: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ № 18-КГ17-10 «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2017)» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 15 ноября 2017 г.) // *БВС РФ*. 2018. № 11.

<sup>4</sup> См. подробнее: Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Указ. соч.; Дресвянкин В.Б. Пробелы в российском трудовом праве: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2001.



вичной профсоюзной организации, не освобожденным от основной работы, если увольнение должно производиться с учетом мнения соответствующего профсоюзного органа<sup>1</sup>.

Данным разъяснением по сути восполняется пробел правового регулирования. В частности, устанавливается обязанность работника незамедлительно сообщать работодателю об обстоятельствах, с которыми связано предоставление гарантий (состояние беременности, временной нетрудоспособности, инвалидности, воспитания ребенка-инвалида, статуса одинокой матери и т.п.). При этом вопреки сложившимся в науке представлениям данным разъяснением расширено понятие злоупотребления правом, что вряд ли оправданно, так как включает любое недобросовестное поведение работника.

Вместе с тем остается не ясным, что именно является характеристикой недобросовестного поведения, чем оно отличается от правонарушения. Приведено только два примера, которые сводятся к сокрытию информации от работодателя на момент принятия решения об увольнении. Не указаны и критерии, позволяющие отграничить добросовестное поведение от недобросовестного. Это оставляет широкий простор как для работодателя, который вправе теперь ссылаться на недобросовестное поведение работника, так и для усмотрения суда. Практически категория «злоупотребление правом» переводится из правовых в условно-правовые, поскольку недобросовестное поведение, не описанное в законе, является категорией морали<sup>2</sup>.

Необоснованное применение понятия «злоупотребление правом» и неосновательные ссылки на нарушение общеправового принципа, несмотря на то, что иногда это делается в благих целях (преодоление пробела в правовом регулировании или пресечение недобросовестного поведения работника), все-таки влекут гораздо больше негативных последствий, а зачастую приводят к нарушению прав работников.

Для решения проблемы пресечения недобросовестного поведения работников, которое признается злоупотреблением трудовыми правами, необходимо закрепить в ТК РФ следующее:

– обязанность работодателя при заключении трудового договора информировать работника под роспись о тех гарантиях, которые

---

<sup>1</sup> Пункт 27 постановления Пленума Верховного Суда от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации».

<sup>2</sup> См. подробнее: Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Указ. соч.; Мамедова А.Т. Злоупотребление трудовыми правами: проблемы теории и практики // Российский юридический журнал. 2014. № 1.

предоставляются ему при условии, если имеются определенные обстоятельства (беременность, инвалидность, наличие малолетнего ребенка, ребенка-инвалида, статус инвалида, одинокой матери и др.);

– обязанность работника своевременно сообщать работодателю о возникновении таких обстоятельств<sup>1</sup>.

При несообщении указанной информации без уважительных причин работодатель освобождается от обязанности предоставления данных гарантий или предоставляет их только после получения соответствующих сведений.

Как уже отмечалось, пробелы в трудовом законодательстве выражаются в отсутствии не только собственно правовой регламентации тех или иных отношений, но и процедуры их реализации. Отсутствие процедурных правил влечет за собой сложности при реализации сторонами трудового отношения предоставленных им законом прав и гарантий. К числу таких пробелов трудового законодательства можно отнести отсутствие процедуры прекращения трудового договора по некоторым основаниям. В частности, не предусмотрена процедура прекращения трудового договора с руководителем организации-должника в случае, если он отстранен от должности в соответствии с законодательством о несостоятельности (банкротстве) (п. 1 ст. 278 ТК РФ). Не установлено каких-либо процедурных норм и в случае, если уполномоченным органом юридического лица, либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) принято решение о прекращении с руководителем организации трудового договора (п. 2 ст. 278 ТК РФ). При этом при расторжении трудового договора с руководителем организации по данному основанию не требуется указывать те или иные конкретные обстоятельства, подтверждающие необходимость прекращения трудового договора. Законодатель предусматривает только выплату компенсации в размере, определяемом трудовым договором, но не ниже трехкратного среднего месячного заработка (ст. 279 ТК РФ).

Практически отсутствуют процедурные нормы, регламентирующие порядок расторжения трудового договора с руководителем организации, его заместителями и главным бухгалтером в связи со сменой собственника имущества организации (ст. 75 ТК РФ). Предусматривая право нового собственника имущества организации расторгнуть трудовой договор с указанными работниками, законодатель определяет лишь срок, в течение которого это право может быть реализовано. В связи с этим эти работники могут длительное

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Указ. соч.

время находится в неопределенном положении, ожидая решения нового собственника, что вряд ли оправданно и справедливо.

Закон не предусматривает специальных процедурных норм, предписывающих сторонам соглашения совершать какие-либо действия, связанные с окончанием срока временного перевода работника на другую работу (ст. 72.2 ТК РФ). Вместе с тем отсутствие таких норм ставит работодателя в более выгодное положение по сравнению с работником и нередко влечет за собой ущемление его прав, о чем свидетельствует судебная практика<sup>1</sup>.

Отсутствуют в законодательстве процедуры признания профсоюзной организации наиболее представительной, а также процедуры урегулирования разногласий между представительными органами работников, что также влечет за собой возникновение трудовых споров<sup>2</sup>.

---

---

---

---

Скачкова Г.С.

## **ОТНОШЕНИЯ В СФЕРЕ ЗАНЯТОСТИ: ПРОБЕЛЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ**

Словарь русского языка определяет пробел как незаполненное место в тексте, промежуток (между буквами, словами строками), а в переносном смысле как недостаток, упущение<sup>3</sup>. Под пробелом в праве обычно понимается «отсутствие в праве нормы, при помощи которой необходимо решать конкретные жизненные ситуации, требующие правового регулирования»<sup>4</sup>.

Недостатки и упущения в праве, законодательстве довольно часто являются предметом исследований ученых-юристов, в том числе и специалистов по трудовому праву. Об этом свидетельствует, например, проведение Институтом государства и права РАН в 2018 г. научно-практической конференции «Пробелы в трудовом праве и

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Процедурные нормы в механизме правового регулирования трудовых отношений // Журнал российского права. 2019. № 9. С. 95–96.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка: ок. 57 000 слов / под ред. Н.Ю. Шведовой. 15-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1984. С. 536.

<sup>4</sup> URL: <http://www.grandars.ru/college/pravovedenie/probely-v-prave.html>

праве социального обеспечения и пути их устранения»<sup>1</sup>, в рамках которой вопросы о пробелах в трудовом праве получили широкое освещение применительно к различным институтам обеих отраслей российского права.

Основным нормативным правовым актом по вопросам занятости в России является Закон РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации», в редакции Федерального закона от 20 апреля 1996 г. № 36-ФЗ, с изменениями и дополнениями<sup>2</sup> (далее — Закон о занятости). Закон, как сказано в его преамбуле, «определяет правовые, экономические и организационные основы государственной политики содействия занятости населения, в том числе гарантии государства по реализации конституционных прав граждан Российской Федерации на труд и социальную защиту от безработицы». В части 1 ст. 1 есть и законодательное определение понятия «занятость», под которой понимается «деятельность граждан, связанная с удовлетворением личных и общественных потребностей, не противоречащая законодательству Российской Федерации и приносящая, как правило, им заработок, трудовой доход (далее — заработок)».

Законодательно не ограничены сферы деятельности, в которых могут трудиться граждане, наделенные правом распоряжаться собственной способностью к труду (рабочей силой). Граждане могут трудиться в той или иной сфере деятельности в любом секторе экономики на основе различных форм собственности, поскольку в России согласно ст. 8 Конституции РФ признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности.

В статье 2 Закона о занятости исчерпывающим образом перечислен перечень граждан, считающихся в России занятыми. Общественно признанными формами труда является не только труд по найму, включая прохождение различных видов службы с присвоением воинских (специальных) званий, в том числе и альтернативной службы, но и иные виды труда — труд, предпринимательская деятельность.

О занятости гражданина свидетельствует и временное отсутствие на работе по тем или иным причинам. Перечень таких причин, признаваемых законодателем уважительными, можно подразделить на две группы, связанные с исполнением гражданином трудовых либо государственных обязанностей.

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Пробелы в трудовом праве и праве социального обеспечения и пути их устранения: материалы научно-практической конференции (г. Москва, 21 октября 2008 г.) / отв. ред. Г.С. Скачкова. М., 2019.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

К числу уважительных причин, связанных с неисполнением гражданином трудовых обязанностей, отнесены: нетрудоспособность, отпуск, переподготовка, повышение квалификации, переподготовка, приостановка производства, вызванная забастовкой.

К числу уважительных причин, связанных с исполнением гражданином государственных обязанностей, отнесены: призыв на военные сборы, привлечение к мероприятиям, связанным с подготовкой к военной службе (альтернативной гражданской службе). Перечень уважительных причин временного отсутствия на работе не является исчерпывающим: в ст. 2 Закона о занятости говорится о возможности признания в качестве таковой исполнение других государственных обязанностей и др.

Относительно выяснения случаев исполнения государственных обязанностей можно обратиться к соответствующим нормативным правовым актам (см. гл. 25 ТК РФ).

Относительно уважительных причин, связанных с неисполнением гражданином трудовых обязанностей, можно воспользоваться постановлением Госкомтруда СССР № 198, ВЦСПС № 12-21 от 9 июля 1980 г. «Об утверждении разъяснения «О порядке применения пункта 16 Постановления ЦК КПСС, Совета Министров СССР и ВЦСПС от 13 декабря 1979 г. № 1117 «О дальнейшем укреплении трудовой дисциплины и сокращения текучести кадров в народном хозяйстве»»<sup>1</sup>. Данный документ действует в части, не противоречащей ТК РФ (ст. 423).

Статья 2 Закона о занятости относит также к занятости граждан: избрание, назначение или утверждение на оплачиваемую должность; занятие подсобными промыслами с реализацией продукции по договорам; членство в крестьянском (фермерском) хозяйстве и производственных кооперативах (артелях); работу по договорам гражданско-правового характера, предметами которых является выполнение работ и оказание услуг, по авторским договорам; получение образования по очной форме обучения в образовательных организациях, в том числе и по направлению государственной службы занятости; наличие статуса учредителей (участников) организаций, не имеющих права на получение дохода от их деятельности.

Модельный закон СНГ от 3 апреля 1999 г. «О занятости населения»<sup>2</sup> в п. 1 ст. 2 несколько иначе трактует перечень граждан, считающихся занятыми, указывая в п. 2 данной статьи на возможность

<sup>1</sup> Охрана труда и социальное страхование. 1998. № 6.

<sup>2</sup> Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств. 1999. № 21. С. 135—164.

законодательства государства предусматривать и иные категории занятости граждан. Причем в ряде случаев несколько иначе указываются в качестве работодателя некоторые органы и организации. И если в российском законе речь идет о лицах, проходящих службу в Государственной противопожарной службе, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, то в Модельном законе говорится об «органах, обеспечивающих безопасность государства». В этом законе в числе занятых граждан указаны и лица, «самостоятельно обеспечивающие себя работой», а также лица, временно работающие на территории другого государства, чего нет в российском законе.

Кроме того, в российском законе приведен более широкий перечень случаев временного отсутствия на работе, при которых граждане считаются занятыми, а также указано на признание граждан занятыми при наличии у них статуса учредителей (участников) организаций, не имеющих права на получение дохода от их деятельности.

При наличии законных источников дохода можно быть и не занятым в общественном производстве: принадлежащее исключительно самому владельцу право распоряжаться собственной способностью к труду (рабочей силой), то есть самому гражданину, гарантирует ему право на выбор между занятостью и незанятостью, запрещающая любое административное либо уголовное привлечение к труду.

Полагаем, что такие общественно признанные формы социально значимой деятельности, как ведение домашнего хозяйства, воспитание детей, уход за престарелыми и инвалидами, можно рассматривать как занятость в широком смысле.

Вместе с тем весьма распространенным является суждение, что поскольку такая деятельность специально обществом не регламентируется, не имеет правовой формы и, соответственно, не оплачивается, то в отличие от собственно трудовой деятельности ее нельзя признать занятостью. Так, в литературе высказано мнение о том, что «современное российское законодательство исходит из «трудового» характера занятости и поэтому относит к числу занятых лишь лиц работающих (занимающихся предпринимательской деятельностью или работающих по найму) и обучающихся очно в общеобразовательных и профессиональных учебных заведениях»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Курс российского трудового права. Т. 2. Рынок труда и обеспечение занятости (правовые вопросы) / под ред. С.П. Маврина, А.С. Пашкова, Е.Б. Хохлова. М., 2001. С. 327.

На наш взгляд, что с таким мнением довольно трудно согласиться. Из определения понятия «занятость» в ст. 1 Закона о занятости можно сделать вывод, что в России признается только занятость, направленная на получение заработка, дохода и иного вознаграждения. Но из содержания ст. 2 следует обоснованный вывод о выделении и иных видов занятости (учебной, военной и др.). Тем более следует иметь в виду, что в ряде случаев занятость не сопровождается выплатой заработка, трудового дохода.

Законодатель в качестве признаков занятости указывает: а) на деятельность, связанную с удовлетворением личных и общественных потребностей; б) деятельность, не противоречащая законодательству Российской Федерации; в) как правило, деятельность, приносящая доход. То есть законодатель допускает возможность признания гражданина занятым при обязательном соблюдении первых двух условий и необязательности последнего условия.

Таким образом, занятость — понятие весьма широкое и неоднозначное, согласно которому наличие заработка, трудового дохода не обязательно для признания гражданина занятым, что подтверждается положениями пенсионного законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 12 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ «О страховых пенсиях»<sup>1</sup> в страховой стаж засчитывается весь период ухода за нетрудоспособными, в составе которого названы: уход за инвалидом I группы, ребенком-инвалидом или престарелым гражданином старше 80 лет. Но при этом данному периоду в любом из указанных случаев должны предшествовать или следовать за ним отрезки времени, в течение которых лицо, ухаживающее за пенсионером, работает.

В пунктах 5–10 ст. 12 указанного закона названы и другие периоды, в течение которых, если человек и не работал, эти периоды подлежат зачету в страховой стаж, тем самым подтверждая занятость такого гражданина. В числе таких периодов названы, например: период содержания под стражей лиц, необоснованно привлеченных к уголовной ответственности, необоснованно репрессированных и впоследствии реабилитированных, и период отбывания наказания этими лицами в местах лишения свободы и ссылке (п. 5); период проживания супругов военнослужащих, проходящих военную службу по контракту, вместе с супругами в местностях, где они не могли трудиться в связи с отсутствием возможности трудоустройства, но не более пяти лет в общей сложности (п. 7) и др.

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. I). Ст. 6965.



В ряде случаев законодательство Российской Федерации определенным образом компенсирует гражданам нахождение их в указанных выше обстоятельствах путем предоставления социальных выплат<sup>1</sup>. И эти выплаты весьма проблематично отнести к заработку (доходу) таких граждан, поскольку они имеют иную правовую природу и предназначение, нося ярко выраженный компенсационный характер.

Таким образом, законодательство Российской Федерации исходит из понятия занятости как деятельности, охватываемой не только возмездной (доходной) деятельностью, приносящей заработок (доход). Понятие занятости включает в себя и иную деятельность, не противоречащую законодательству Российской Федерации, периоды которой перечислены, в частности, в п. 5–10 ч. 1 ст. 12 Федерального закона «О страховых пенсиях». Однако данное обстоятельство не получило отражения в ст. 2 Закона о занятости.

Представляется, что ст. 2 Закона о занятости должна быть дополнена указанием на возможность признания граждан занятыми и в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации. То есть надо сделать это так, как предусмотрено в ст. 2 Модельного закона СНГ «О занятости населения» с указанием на возможность законодательства государства предусматривать и иные категории занятых граждан, не приводя исчерпывающего их перечня. Тем самым на будущее будет создана возможность в необходимых случаях дополнить перечень категорий граждан, признаваемых занятыми.

Полагаем, что на современном рынке труда в условиях всемирной глобализации и становления цифровой экономики, приводящих к расширению масштабов прекаризации, то есть к неустойчивой занятости, неизбежно возникнет потребность в законодательном закреплении ранее неизвестных законодательству Российской Федерации нестандартных (нетипичных) форм занятости.

---

<sup>1</sup> См., например: Указ Президента РФ от 26 декабря 2006 г. № 1455 «О компенсационных выплатах лицам, осуществляющим уход за нетрудоспособными гражданами» // СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 201; Постановление Правительства РФ от 4 июня 2007 г. № 343 «Об осуществлении ежемесячных компенсационных выплат неработающим трудоспособным лицам, осуществляющим уход за инвалидом I группы (за исключением инвалидов с детства I группы), а также за престарелым, нуждающимся по заключению лечебного учреждения в постоянном постороннем уходе либо достигшим возраста 80 лет» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2913.



## ПРОБЕЛЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ТРУДА

Современное разнообразие видов производства и технологий, оборудования и сырья меняет природу труда и несет новые риски жизни и здоровью работников, обуславливающие необходимость поиска подходов к их предупреждению и минимизации последствий.

В 2017 году Российская Федерация присоединилась к разработанной Международной ассоциацией социального обеспечения концепции «Vision Zero» («Нулевой травматизм»)¹, предусматривающей качественно новый подход к организации профилактики травматизма, объединяющий такие направления деятельности, как безопасность, гигиену труда и благополучие работников на всех уровнях производства. Указанная концепция отличается гибкостью, может быть адаптирована к конкретным мерам профилактики и применяться на любом месте работы, на любом предприятии и в любой отрасли экономики, на что неоднократно обращалось внимание в научной литературе².

Настало время перейти на проактивный подход и заранее, заблаговременно выявлять риски на производстве³. Министерством труда и социальной защиты РФ подготовлен проект федерального закона «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации (в части совершенствования механизмов предупреждения производственного травматизма и профессиональной заболеваемости)»⁴,

---

¹ URL: [http://visionzero.global/sites/default/files/2017-08/5-Vision\\_zero\\_Guide-Web.pdf](http://visionzero.global/sites/default/files/2017-08/5-Vision_zero_Guide-Web.pdf)

² См.: Маслова Т. Улучшение условий труда и сохранение здоровья работников: как будут стимулировать работодателей и мотивировать граждан? // Практический бухгалтерский учет. Официальные материалы и комментарии. 2019. № 6. С. 3–15; Янышев В. Практические аспекты обеспечения безопасных условий труда в горной отрасли // Трудовое право. 2019. № 4. С. 19–32; Шайдуллина Р.С. Vision Zero, или Концепция «нулевого травматизма». Модно или реально? // Молодой ученый. 2019. № 16. С. 39–41. URL: <https://moluch.ru/archive/254/58298/>

³ См.: Выступление М.А. Топилина на пленарном заседании Всероссийской недели охраны труда (Сочи, 22–26 апреля 2019 г.). URL: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=27&v=QM\\_eYnuZTw](https://www.youtube.com/watch?time_continue=27&v=QM_eYnuZTw)

⁴ URL: <https://regulation.gov.ru/projects#search=00/03-22750/01-15/28-13-4>

положения которого предусматривают структурирование основных процедур управления охраной труда, повышение уровня защиты прав работников, внедрение управления профессиональными рисками в систему управления охраной труда, совершенствование процедуры расследования и учета несчастных случаев на производстве. Принятие данного законопроекта будет способствовать недопущению производственного травматизма и позволит создать правовую среду для формирования ответственного поведения работников и работодателей, повышения уровня культуры безопасности труда.

Развитие цифровых технологий находит отражение в различных отраслях законодательства, в том числе и в трудовом. Федеральными законами «О внесении изменений в Федеральный закон «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования» и «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде» и другими федеральными законами<sup>1</sup> в трудовое законодательство введен механизм электронного документооборота. Он предусматривает возможность электронного взаимодействия работника, работодателя и Пенсионного фонда РФ в части формирования сведений о трудовой деятельности, а также предоставляет возможность ведения трудовых книжек в цифровом формате (ст. 65, 66.1, 84.1, 86), осуществление обмена электронными документами при дистанционной работе (ст. 312.1, 312.2, 312.5), обращения в электронной форме в государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров (ст. 399, 401), направления государственным инспектором труда работодателю и судебному приставу-исполнителю принятого инспектором решения о принудительном исполнении в форме электронного документа (ст. 360.1 ТК РФ).

Несмотря на введение в трудовое законодательство электронного документооборота, разд. X ТК РФ, посвященный регулированию отношений в сфере охраны труда, не предусматривает алгоритмов работы с электронными документами.

В ходе информирования и обучения работников охране труда, безопасным приемам и методам выполнения работ многие работодатели уже используют различные цифровые пособия, тренажеры,

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 227-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг"; Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

робото-технические механизмы. На электронные устройства работников может быть разослана информация о правилах безопасного использования оборудования, необходимых им средствах индивидуальной защиты и их правильного применения, планы эвакуации и другая информация, направленная на защиту жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности. Однако эти возможности пока не нашли отражения в действующем законодательстве об охране труда.

В случае если, несмотря на все предпринятые меры, избежать несчастного случая не удалось, дальнейшее развитие электронных систем взаимодействия позволит предусмотреть возможность исполнения возложенной на работодателя обязанности по информированию о произошедшем несчастном случае органов и организаций, указанных в ТК РФ и других федеральных законах, в электронном виде. В настоящее время предусмотренный ст. 228.1 ТК РФ порядок извещения о несчастных случаях по установленной постановлением Минтруда России от 24 октября 2002 г. № 73<sup>1</sup> форме не предоставляет возможности работодателям направить извещение о несчастном случае в электронном виде. В связи с этим положения ст. 228, 228.1 ТК РФ и другие нормы, регулирующие порядок информирования о произошедшем несчастном случае, потребуются дополнить указанием о том, что такое информирование может быть осуществлено в форме электронного документооборота.

Порядок регистрации и учета несчастных случаев на производстве (ст. 230.1 ТК РФ) также может быть осуществлен в электронной форме. Представление акта о несчастном случае на производстве и других предусмотренных ТК РФ материалов, связанных с расследованием несчастного случая, в государственную инспекцию труда, прокуратуру и другие органы возможно будет осуществить в электронной форме, предусмотрев соответствующий механизм электронного межведомственного взаимодействия и документооборота. Также возможно предусмотреть ведение журнала регистрации несчастных случаев на производстве в виде электронного документа. Для этого потребуются внести соответствующие изменения в разд. X ТК РФ и другие подзаконные акты.

Появление новых технологий, роботизация производства делают необходимыми пересмотр и актуализацию нормативных правовых

---

<sup>1</sup> Постановление Минтруда России от 24 октября 2002 г. № 73 «Об утверждении форм документов, необходимых для расследования и учета несчастных случаев на производстве, и положения об особенностях расследования несчастных случаев на производстве в отдельных отраслях и организациях» // СПС «КонсультантПлюс».

актов по организации работы в области охраны труда в организациях. Так, требует пересмотра Перечень тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда лиц моложе 18 лет, утвержденный постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. № 163<sup>1</sup>. Указанный перечень содержит работы, выполняемые на доменном производстве. При этом последняя доменная мартеновская печь была остановлена в марте 2018 г., что ознаменовало полный переход российской металлургической промышленности на более прогрессивные технологии производства стали<sup>2</sup>.

Проектом постановления Правительства РФ «О признании утратившими силу нормативных правовых актов Российской Федерации, содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается при проведении мероприятий по контролю при осуществлении федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства»<sup>3</sup> предлагается признать утратившими силу постановление Правительства РФ от 6 февраля 1993 г. № 105 «О новых нормах предельно допустимых нагрузок для женщин при подъеме и перемещении тяжестей вручную» и отменить постановление Министерства труда и социального развития РФ от 7 апреля 1999 г. № 7 «Об утверждении норм предельно допустимых нагрузок для лиц моложе восемнадцати лет при подъеме и перемещении тяжестей вручную». Как следует из пояснительной записки к проекту постановления, указанные акты были приняты до вступления в силу ТК РФ и содержат нормы, ему противоречащие.

Вместе с тем в ст. 253 и 265 ТК РФ содержатся положения, запрещающие применение труда женщин на работах, связанных с подъемом и перемещением вручную тяжестей, превышающих пре-

---

<sup>1</sup> Постановление Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. № 163 «Об утверждении перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда лиц моложе восемнадцати лет» // СЗ РФ. 2000. № 10. Ст. 1131.

<sup>2</sup> См.: Маляренко В. В России остановили последнюю крупнейшую мартеновскую печь. URL: <https://www.rbc.ru/business/23/03/2018/5ab4e28c9a7947f5e7442491>

<sup>3</sup> Проект постановления Правительства РФ «О признании утратившими силу нормативных правовых актов и отдельных положений нормативных правовых актов Российской Федерации, об отмене нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, регулирующих трудовые отношения, а также отношения в сфере социального обслуживания, и содержащих обязательные требования, соблюдение которых оценивается при проведении мероприятий по контролю при осуществлении федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, и федерального государственного контроля (надзора) в сфере социального обслуживания». URL: <https://regulation.gov.ru>

дельно допустимые для них нормы, а также переноску и передвижение работниками в возрасте до 18 лет тяжестей, превышающих установленные для них предельные нормы. Предельно допустимые нормы нагрузок для женщин при подъеме и перемещении тяжестей вручную, а также предельно допустимые нормы тяжестей для несовершеннолетних утверждаются в порядке, установленном Правительством РФ с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений. Введение в ТК РФ иного порядка утверждения указанных нормативных актов не свидетельствует о противоречии данных актов ТК РФ и необходимости их отмены. Полагаем, что установленные нормы тяжестей для женщин и несовершеннолетних работников должны быть сохранены, а нормативные акты, которыми они предусмотрены, актуализированы и приняты с соблюдением требований ст. 253 и 265 ТК РФ.

Для обеспечения безопасности работников в процессе их трудовой деятельности и прав работников на рабочие места, соответствующие государственным нормативным требованиям охраны труда, с 1 января 2014 г. в трудовое законодательство Федеральным законом 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ «О специальной оценке условий труда» (далее — Федеральный закон № 426-ФЗ) введена процедура специальной оценки условий труда, которая до настоящего времени оставляет нерешенными ряд вопросов, что, в свою очередь, приводит к нарушениям при проведении специальной оценки условий труда.

В ходе проведенного ФГБУ «ВНИИ труда» Минтруда России исследования были выявлены следующие нарушения, которые наиболее часто допускают работодатели и эксперты в процедуре специальной оценки условий труда (далее — СУОТ).

Одно из частых нарушений связано с формированием работодателем комиссии по проведению специальной оценки условий труда. В такую комиссию работодатели привлекают только одного члена профсоюза, хотя закон требует нескольких (ч. 2 ст. 9 Федерального закона № 426-ФЗ)<sup>1</sup>.

Другое нарушение допускают эксперты, когда измеряют вредные и опасные факторы на рабочих местах. Нередко они не учитывают изменение вредных и опасных факторов на разных этапах технологического процесса. Например, не измеряют химический фактор в кабине машиниста при остановке транспортного средства, которая

---

<sup>1</sup> Актуальные проблемы трудового права: учебник для магистров / М.И. Акатнова, А.А. Андреев, Э.Н. Бондаренко и др.; отв. ред. Н.Л. Лютов. М.: Проспект, 2017.

предусмотрена технологическим процессом, хотя химический фактор есть и его необходимо идентифицировать и измерить (п. 15 Методики проведения СУОТ, утв. приказом Минтруда от 24 января 2015 г. № 33н).

Иногда неправильно объединяют группы рабочих мест в аналогичные. Группируют рабочие места с разным составом и типом оборудования, например рабочие места водителей, работающих на автомобилях разных марок (п. 6 ст. 9, п. 1–3 ст. 16 Федерального закона № 426-ФЗ).

Отчасти эти ошибки обусловлены неточностью, пробельностью в правовом регулировании и могут быть устранены посредством внесения соответствующих изменений и дополнений в нормативные акты.

Помимо этого, специальная оценка условий труда проводится без учета особенностей работника, выполняющего работу на оцениваемом рабочем месте, что создает сложности для работодателей при решении вопросов о возможности приема на работу, перевода, перемещения на другое рабочее место отдельных категорий граждан, для которых трудовым законодательством предусмотрены повышенные социальные гарантии (беременные женщины, несовершеннолетние, инвалиды). Это обуславливает необходимость проведения дополнительных исследований условий труда таких лиц и нередко приводит к нарушению их прав.

Так, например, считая свои права нарушенными, В. обратилась в суд с иском к ООО «ЛУКОЙЛ-Центрнефтепродукт» о признании незаконным и необоснованным принятого в отношении нее распоряжения директора дилерского центра «Мерседес-Бенц» ООО «ЛУКОЙЛ-Центрнефтепродукт» «Об оборудовании рабочего места» и просила обязать ответчика предоставить ей рабочее место, занимаемое ею ранее до издания указанного распоряжения. В исковом заявлении В. указала, что ответчик, узнав о ее беременности, переместил ее из кабинета на новое рабочее место в зону ресепшен, что привело к ухудшению ее здоровья, поскольку на этом рабочем месте она подвергается воздействию сквозняков и табачного дыма, так как место для курения находится в 1 м от входа в дилерский центр.

Решением Мещанского районного суда г. Москвы от 9 августа 2016 г. исковые требования В. были удовлетворены в полном объеме. Принимая решение, суд признал состоятельными доводы истца о возникновении неблагоприятных факторов, в том числе связанных с риском для здоровья, в связи с ее перемещением на новое рабочее место. При этом суд посчитал, что для данного вывода не требуется специальных исследований и познаний, так как зона ресепшен

расположена у входа в помещение, вход оснащен автоматическими дверями, открытие/закрытие дверей сопряжено со сквозняками, при этом очевидна вероятность попадания табачного дыма в холл, учитывая нахождение рядом со входом места для курения. К представленному ответчиком протоколу измерений микроклимата, в котором указано на то, что микроклимат в зоне ресепшен отвечает требованиям, предъявляемым к микроклимату производственных помещений, суд отнесся критически, указав, что протокол не является экспертным заключением.

Апелляционным определением Московского городского суда от 10 февраля 2017 г. по делу № 33-5400/17<sup>1</sup> решение Мещанского районного суда г. Москвы было отменено, в удовлетворении иска В. к ООО «ЛУКОЙЛ-Центрнефтепродукт» о признании распоряжения незаконным и необоснованным, присуждении к исполнению обязанности отказано. Отменяя решение суда и вынося новое, суд второй инстанции исходил из того, что на рабочих местах дилерского центра «Мерседес-Бенц» ООО «ЛУКОЙЛ-Центрнефтепродукт» проводилась СОУТ. Согласно полученным результатам СОУТ условия труда на всех рабочих местах специалистов ООО «ЛУКОЙЛ-Центрнефтепродукт», в том числе и дилерского центра «Мерседес-Бенц», признаны оптимальными и допустимыми. Судом учтено, что на трех рабочих местах, находящихся в зоне ресепшн, в том числе и рабочем месте истца, проводились дополнительные измерения параметров микроклимата. Как следует из протокола измерений параметров микроклимата, фактические значения измеряемых параметров на рабочих местах соответствуют нормативным значениям, отсутствуют недопустимые отклонения замерных параметров от определенных СанПин 2.2.0.555-96 значений для беременных женщин.

Неоднозначность оценки судами собранных по делу доказательств свидетельствует о наличии трудностей в решении вопросов оценки условий труда на рабочих местах применительно к психофизиологическим особенностям организма работников, занимающих эти места. Такая оценка требует учета дополнительных факторов. Так, например, при оценке условий труда на рабочем месте беременных женщин необходимо учитывать уровень освещенности служебного (рабочего) помещения: при отсутствии естественного освещения такие условия признаются вредными для беременных женщин (СанПин 2.2.0.555-96). Для остальных работников аналогичные условия труда будут считаться допустимыми.

---

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс».



Учитывая развитие техники и технологий, появление новых не до конца изученных вредных и (или) опасных производственных факторов, сложности, возникающие при оценке тех или иных факторов производственной среды и трудового процесса, полагаем, что при проведении СОУТ необходимо учитывать дополнительные факторы, обусловленные психо-физиологическими особенностями организма работника. Данный вопрос должен решаться в рамках СОУТ и находить отражение в карте СОУТ. Это позволит избежать проведения дополнительных измерений отдельных параметров, характеризующих условия труда, и однозначно определить, являются ли условия труда безопасными для работника и не запрещено ли ему осуществлять трудовую деятельность в конкретных условиях труда.

---

---

---

*Алексеев С.В.*

**ПРОБЕЛЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ТРУДЕ,  
ОБРАЗОВАНИИ И СОЦИАЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ  
В СФЕРЕ СПОРТА В УСЛОВИЯХ ИННОВАЦИОННОГО  
РАЗВИТИЯ ЭКОНОМИКИ**

Согласно ст. 7 Конституции РФ Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ч. 1). В Российской Федерации, в частности, охраняются труд и здоровье людей, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты (ч. 2).

Важнейшим направлением государственной политики является развитие физической культуры и спорта. Одно из приоритетных направлений государственной политики в сфере физической культуры и спорта — усиление мер социальной защиты спортсменов и тренеров. Стратегия развития физической культуры и спорта в Российской Федерации до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 7 августа 2009 г. № 1101-р<sup>1</sup>, предусматривает необходимость разработать систему мер по социальной защите

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2009. № 33. Ст. 4110.



спортсменов и тренеров, в том числе путем усиления адресности социальной помощи выдающимся российским спортсменам.

Система мер по социальной защите спортсменов охватывает, в частности, следующие направления: специальное, в том числе высокотехнологичное, медицинское обеспечение; дополнительное материальное обеспечение; льготы при поступлении в государственные и муниципальные высшие учебные заведения; льготы и преференции в пенсионном законодательстве; дополнительное пенсионное обеспечение.

План мероприятий по реализации Стратегии развития физической культуры и спорта в Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденный приказом Министерства спорта, туризма и молодежной политики РФ от 14 октября 2009 г. № 905<sup>1</sup>, дублирует положения указанной Стратегии, закрепляя необходимость разработать меры в данном направлении. Необходимость системы мер по социальной защите спортсменов и тренеров обозначена и в проекте Стратегии развития физической культуры и спорта в Российской Федерации на период до 2030 года.

Следует отметить, что за последние три десятилетия в области социальной защиты спортсменов, тренеров и других участников физкультурно-спортивной сферы сделаны определенные шаги:

1. Закон РФ от 27 апреля 1993 г. № 4868-1 «Основы законодательства Российской Федерации о физической культуре и спорте»<sup>2</sup> (утратил силу с 6 мая 1999 г.) содержал специальный разд. 5 «Льготы и социальные гарантии в области физической культуры и спорта», в частности ст. 36 «Социальная защита граждан, занимающихся физической культурой и спортом» и ст. 37 «Дополнительные гарантии и компенсации спортсмену, выступающему в составе сборной команды Российской Федерации».

2. Федеральный закон от 29 апреля 1999 г. № 80-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»<sup>3</sup> (утратил силу 29 марта 2008 г.) содержал ст. 20 «Охрана здоровья граждан при занятиях физической культурой и спортом», в частности по социальной реабилитации, и ст. 32 «Социальная защита спортсменов и работников физкультурно-спортивных организаций».

3. Федеральный закон от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»<sup>4</sup> (далее — Фе-

<sup>1</sup> Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> ВСНД и ВС РФ. 1993. № 22. Ст. 784.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2206.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

деральный закон № 329-ФЗ), несмотря на то, что в его ст. 1 в качестве предмета регулирования данного федерального закона называются в том числе социальные основы деятельности в области физической культуры и спорта в Российской Федерации, специальных статей о социальной защите спортсменов, тренеров и других участников физкультуры и спорта не содержит. В связи с этим 3 июня 2009 г. депутатом Государственной Думы Федерального Собрания РФ В.Б. Шестаковым был внесен в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проект федерального закона № 211168-5 «О внесении изменений в Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» в части обеспечения социальной защиты спортсменов и работников физкультурно-спортивных организаций». Законопроектом предлагалось внести в Федеральный закон № 329-ФЗ специальную главу 6.1 «Социальная защита в области физической культуры и спорта», содержащую специальную ст. 39.1 «Социальная защита спортсменов и работников физкультурно-спортивных организаций в Российской Федерации».

25 июня 2009 г. законопроект рассмотрен Советом Государственной Думы Федерального Собрания РФ, однако 20 мая 2010 г. был снят с рассмотрения.

Вместе с тем ст. 22 Федерального закона № 329-ФЗ в ч. 9 предусматривает, что для лиц, имеющих выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией в области физической культуры и спорта, устанавливаются почетные спортивные звания.

Пунктом 18 ст. 6 Федерального закона № 329-ФЗ к полномочиям Российской Федерации в области физической культуры и спорта относится учреждение государственных наград Российской Федерации, иных наград и почетных званий, премий и других форм поощрения Российской Федерации в области физической культуры и спорта. А пунктом 2 ч. 1 ст. 8 к полномочиям субъектов Российской Федерации в области физической культуры и спорта относится учреждение почетных званий, наград, премий и иных форм поощрения в области физической культуры и спорта субъектов Российской Федерации.

4. Указом Президента РФ от 6 июля 2002 г. № 692<sup>1</sup> учреждена *ежемесячная стипендия Президента РФ* спортсменам — членам сборных команд России по олимпийским видам спорта и их тренерам и утвержден Порядок ее выплаты.

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2002. № 27. Ст. 2680.

Указом Президента РФ от 3 декабря 2003 г. № 1423<sup>1</sup> учреждена ежемесячная стипендия Президента РФ спортсменам-инвалидам — членам сборных команд России по паралимпийским и сурдлимпийским видам спорта и их тренерам и уточнен Порядок выплаты стипендий.

Указом Президента РФ от 7 октября 2008 г. № 1446 «О внесении изменений в Указ Президента Российской Федерации от 6 июля 2002 г. № 692 «О стипендиях Президента Российской Федерации спортсменам — членам сборных команд России по олимпийским видам спорта и их тренерам» и в Положение, утвержденное этим Указом»<sup>2</sup> указанная привилегия распространена также на чемпионов Олимпийских игр, чемпионов Паралимпийских и Сурдлимпийских игр, входивших в состав сборных команд СССР и (или) Российской Федерации.

В настоящее время действует *Указ Президента РФ от 31 марта 2011 г. № 368 «О стипендиях Президента Российской Федерации спортсменам, тренерам и иным специалистам спортивных сборных команд Российской Федерации по видам спорта, включенным в программы Олимпийских игр, Паралимпийских игр и Сурдлимпийских игр, чемпионам Олимпийских игр, Паралимпийских игр и Сурдлимпийских игр»* (вместе с Положением о порядке выплаты стипендий Президента Российской Федерации спортсменам, тренерам и иным специалистам спортивных сборных команд Российской Федерации по видам спорта, включенным в программы Олимпийских игр, Паралимпийских игр и Сурдлимпийских игр, чемпионам Олимпийских игр, Паралимпийских игр и Сурдлимпийских игр)<sup>3</sup>. В соответствии с этим указом в редакции Указа Президента РФ от 8 февраля 2019 г. № 48<sup>4</sup> стипендия Президента РФ выплачивается с 1 января 2019 г. в размере 52 тыс. руб. ежемесячно.

Указом Президента РФ от 3 мая 2018 г. № 189 «О стипендиях Президента Российской Федерации серебряным и бронзовым призерам Олимпийских игр, достигшим пенсионного возраста» (в редакции Указа Президента РФ от 18 ноября 2019 г. № 562, вступил в силу с 1 января 2020 г.)<sup>5</sup> в целях установления дополнительных социальных гарантий серебряным и бронзовым призерам Олимпийских игр учреждены стипендии Президента РФ серебряным и брон-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2003. № 49. Ст. 4756.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2008. № 41. Ст. 4654.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2011. № 14. Ст. 1883.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2019. № 6. Ст. 516.

<sup>5</sup> URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201911180032>

зовым призерам Олимпийских игр. Они назначаются гражданам Российской Федерации, которым установлена страховая пенсия в соответствии с Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ «О страховых пенсиях»<sup>1</sup> или пенсия в соответствии с Законом РФ от 12 февраля 1993 г. № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, войсках национальной гвардии Российской Федерации, органах принудительного исполнения Российской Федерации, и их семей». Стипендии Президента РФ выплачиваются ежемесячно серебряным призерам Олимпийских игр в размере 39 тыс. руб., бронзовым призерам Олимпийских игр — в размере 30 тыс. руб.

Выплата стипендий Президента РФ осуществляется в установленном порядке за счет бюджетных ассигнований, предусмотренных в федеральном бюджете на соответствующий финансовый год и на плановый период для Министерства спорта РФ на эти цели.

5. Глава 54.1 ТК РФ, введенная Федеральным законом от 28 февраля 2008 г. № 13-ФЗ<sup>2</sup>, определила особенности регулирования труда спортсменов и их тренеров. В частности, решены следующие вопросы:

- об особенностях регулирования труда спортсменов в возрасте до 18 лет и женщин-спортсменов;
- о процедуре проведения обязательных предварительных, периодических и внеочередных медицинских осмотров;
- об особенностях режима рабочего времени спортсменов и тренеров;
- об обязанности работодателя обеспечивать страхование жизни и здоровья спортсмена<sup>3</sup>;
- о дополнительных гарантиях и компенсациях спортсменам и тренерам.

В соответствии со ст. 348.10 ТК РФ *работодатель обязан за счет собственных средств обеспечивать спортсменов, тренеров спортивной экипировкой, спортивным оборудованием и инвентарем, другими материально-техническими средствами, необходимыми для осуществления их трудовой деятельности, а также поддерживать указанные*

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 5965; 2014. № 2 (ч. II). Поправка.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2008. № 9. Ст. 812.

<sup>3</sup> См.: Заболонкова О. Гарантии и компенсации спортсменам при заключении трудового договора // Учреждения физической культуры и спорта: бухгалтерский учет и налогообложение. 2010. № 5.

экипировку, оборудование, инвентарь и средства в состоянии, пригодном для использования. Материально-техническое обеспечение спортивных сборных команд Российской Федерации за счет средств федерального бюджета осуществляется в порядке, установленном Правительством РФ<sup>1</sup>.

Спортсменам, тренерам предоставляется *ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск*, продолжительность которого определяется коллективными договорами, локальными нормативными актами, трудовыми договорами, но *не менее четырех календарных дней*.

Работодатель обязан в период временной нетрудоспособности спортсмена, вызванной спортивной травмой, полученной им при исполнении обязанностей по трудовому договору, за счет собственных средств производить ему *доплату к пособию по временной нетрудоспособности до размера среднего заработка* в случае, когда размер указанного пособия ниже среднего заработка спортсмена и разница между размером указанного пособия и размером среднего заработка не покрывается страховыми выплатами по дополнительному страхованию спортсмена, осуществляемому работодателем.

Невключение работодателем спортсмена в заявку на участие в спортивном соревновании, в том числе в связи с тем, что спортсмен не отвечает требованиям, установленным организатором спортивного соревнования, не является основанием для снижения заработной платы спортсмена. В указанных случаях работодатель обязан обеспечить участие спортсмена в тренировочных и других мероприятиях по подготовке к спортивным соревнованиям.

В соответствии с ч. 5 ст. 348.10 ТК РФ коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовыми договорами *могут предусматриваться условия о дополнительных гарантиях и компенсациях спортсменам, тренерам*, в том числе:

- о проведении восстановительных мероприятий в целях улучшения здоровья спортсмена;
- о гарантиях спортсмену в случае его спортивной дисквалификации;
- о размерах и порядке выплаты дополнительных компенсаций в связи с переездом на работу в другую местность;
- о предоставлении питания за счет работодателя;
- о социально-бытовом обслуживании;

<sup>1</sup> См.: Приказ Минспорттуризма России от 27 мая 2010 г. № 525 «Об утверждении Порядка материально-технического обеспечения, в том числе обеспечения спортивной экипировкой, научно-методического и антидопингового обеспечения спортивных сборных команд Российской Федерации за счет средств федерального бюджета» // БНА. 2010. № 30.

- об обеспечении спортсменов, тренеров и членов их семей жилым помещением на период действия трудового договора;
- о компенсации транспортных расходов;
- о дополнительном медицинском обеспечении;
- о дополнительных денежных выплатах спортсмену в случаях возникновения временной нетрудоспособности или полной утраты трудоспособности в период действия трудового договора;
- об оплате работодателем обучения спортсмена в организациях, осуществляющих образовательную деятельность;
- о дополнительном пенсионном страховании.

Таким образом, данным работникам физической культуры и спорта предлагается реализовать указанные условия о дополнительных гарантиях и компенсациях посредством коллективных договоров, соглашений, локальных нормативных актов, трудовых договоров. Представляется, что в данной сфере нужны императивные нормы.

6. Законом РФ от 12 февраля 1993 г. № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей»<sup>1</sup> чемпионам Олимпийских, Паралимпийских и Сурдлимпийских игр предусмотрено право на повышение на 50% размера пенсии за выслугу лет, по инвалидности и по случаю потери кормильца, назначаемых в соответствии с данным федеральным законом (п. «б» ч. 1 ст. 45 введен Федеральным законом от 29 мая 2002 г. № 60-ФЗ<sup>2</sup> с последующими дополнениями).

7. Федеральным законом от 4 марта 2002 г. № 21-ФЗ «О дополнительном ежемесячном материальном обеспечении граждан Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией»<sup>3</sup> предусмотрено дополнительное материальное обеспечение чемпионам Олимпийских, Паралимпийских и Сурдлимпийских игр (ч. 2 ст. 1). Постановлением Министерства труда и социальной защиты РФ от 20 марта 2018 г. № 172н утвержден Перечень документов, необходимых для назначения дополнительного ежемесячного материального обеспечения гражданам Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ВСНД и ВС РФ. 1993. № 9. Ст. 328.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2029.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2002. № 10. Ст. 964.

<sup>4</sup> URL: <http://pravo.gov.ru>

8. Согласно п. 2 ч. 4 ст. 71 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»<sup>1</sup> чемпионы и призеры Олимпийских, Паралимпийских и Сурдлимпийских игр, чемпионы мира, чемпионы Европы, лица, занявшие первое место на первенстве мира, первенстве Европы по видам спорта, включенным в программы Олимпийских, Паралимпийских и Сурдлимпийских игр, *имеют право на прием без вступительных испытаний на обучение по имеющим государственную аккредитацию программам бакалавриата и программам специалитета по специальностям и (или) направлениям подготовки в области физической культуры и спорта.*

9. Ряд распоряжений Президента РФ посвящен *поощрениям ведущих спортсменов, поддержке одаренных детей, детско-юношеского спорта, поощрениям за подготовку российских спортсменов к Олимпийским играм* (см., например, распоряжения Президента РФ от 19 апреля 2001 г. № 227-рп «О поощрении спортсменов, работников физической культуры и спорта»<sup>2</sup>, от 6 января 1997 г. № 4-рп «О поощрении спортсменов, тренеров, работников физической культуры и спорта по итогам XXVI летних Олимпийских игр 1996 года»<sup>3</sup>).

10. Согласно ч. 3 ст. 8 Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» *органы государственной власти субъектов Российской Федерации вправе устанавливать дополнительное материальное обеспечение лицам, имеющим выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией в области физической культуры и спорта.* Учитывая огромную значимость физической культуры и спорта в решении социально-экономических проблем общества и реализуя указанную норму федерального закона о спорте, многие руководители регионов в целях государственной поддержки развития спорта и для успешной подготовки спортсменов к крупнейшим соревнованиям, в том числе к Олимпийским играм, установили стипендии губернаторов, глав администраций, президентов республик. Ряд субъектов Федерации (Санкт-Петербург, Москва, Ленинградская, Московская, Омская, Пермская, Тюменская и Волгоградская области, Башкортостан, Бурятия, Алтайский край и др.) приняли свои законодательные акты, направленные на социальную защиту субъектов физической культуры и спорта.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2001. № 17. Ст. 1710.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1997. № 3. Ст. 378.



11. В 2005 году в России был создан Фонд поддержки олимпийцев России, учрежденный ведущими российскими предпринимателями<sup>1</sup>, который предусмотрел ежемесячные стипендии олимпийцам, паралимпийцам и их тренерам, предоставление автомобилей чемпионам и призерам Олимпийских игр и др. Многое делает в социальном плане Российский союз спортсменов: олимпийские чемпионы пенсионного возраста имеют 50%-ю надбавку к основной пенсии, в Москве ветераны спорта (более 600 человек) получают дополнительную пенсию из негосударственного пенсионного фонда «Традиция».

12. 13 апреля 2012 г. Минспорттуризмом России был издан приказ № 346<sup>2</sup>, которым утверждена Система мер по социальной защите спортсменов и тренеров, в том числе путем усиления адресной социальной помощи выдающимся российским спортсменам.

Вместе с тем пакет социальных гарантий российским спортсменам не соответствует уровню высокоразвитых конкурирующих спортивных держав, в том числе в силу пробелов в правовом регулировании данной сферы общественных отношений в Российской Федерации. Налицо необходимость разработки и расширения системы мер и принятия норм в сфере социальной защиты спортсменов как в период спортивной карьеры, так и после ее завершения, в частности предусматривающих преференции для выдающихся российских спортсменов (чемпионов и призеров Олимпийских, Паралимпийских и Сурдолимпийских игр, чемпионатов мира и Европы и др.) в следующих областях:

– образование — расширение круга спортсменов высокого класса, имеющих льготы при поступлении в государственные и муниципальные высшие учебные заведения, с выплатой им повышенной стипендии за счет государственных и муниципальных средств; рассмотрение возможности чемпионам и призерам Олимпийских игр, Паралимпийских игр и Сурдолимпийских, а также чемпионам и призерам чемпионатов мира и Европы получения второго высшего образования за счет государственных и муниципальных средств; создание специальных методических программ подготовки спортсменов — специалистов, позволяющих обеспечить оптимальное сочетание, чтобы общее и высшее образование не нарушало тренировочно-соревновательный процесс и наоборот; расширение воз-

---

<sup>1</sup> Некоммерческая благотворительная организация «Фонд поддержки олимпийцев России» зарегистрирована в Минюсте России 27 июля 2005 г.

<sup>2</sup> URL: <http://minstm.gov.ru/documents/92.shtml/xPages/item.3543.html>



возможностей спортсменов в сфере профессиональной переподготовки после окончания спортивной карьеры;

– медицинское обеспечение и страхование — предоставление высокотехнологического лечения и санаторно-курортного обеспечения как в период спортивной карьеры, так и по ее окончании; закрепление на уровне федерального закона обязательного страхования членов сборных команд России за счет средств федерального бюджета; применительно к требованию, закрепленному в ч. 3 ст. 348.2 ТК РФ, об обязательности для включения в трудовой договор со спортсменом условия об обеспечении работодателем страхования жизни и здоровья спортсмена, а также медицинского страхования в целях получения спортсменом дополнительных медицинских и иных услуг сверх установленных программами обязательного медицинского страхования с указанием условий этих видов страхования, определение минимальных стандартов таких страхований, а также аналогичных страхований спортивных судей и тренеров; привлечение для работы со спортсменами специалистов-психологов;

– трудоустройство и трудовые отношения — создание программ по содействию в трудоустройстве спортсменов, а также специализированных служб занятости; предоставление органами занятости выдающимся спортсменам в первоочередном порядке работы с учетом их специальности в государственных и муниципальных организациях; преимущественное право выдающимся спортсменам на оставление на работе, на которую они поступили впервые, при сокращении штата работников и др.

– дополнительное материальное обеспечение и налогообложение — дополнительные налоговые льготы и другие преференции, если выдающийся спортсмен намерен заниматься предпринимательской деятельностью; льготное налогообложение инвесторов, вкладывающих средства в социальную поддержку спортсменов, что требует изменения налогового законодательства;

– создание достойных социально-бытовых условий — рассмотрение целесообразности закрепления для выдающихся спортсменов льготных условий по ипотечному кредитованию, льготного проезда на общественном и пригородном транспорте, льгот по уплате услуг ЖКХ, помощи беременным женщинам — спортсменам и др.;

– пенсионное обеспечение — дополнительное пенсионное обеспечение, льготы и преференции в пенсионном законодательстве, в том числе дополнительное материальное обеспечение, снижение пенсионного возраста выдающимся спортсменам с максимально возможным расширением круга выдающихся спортсменов, имеющих право на льготы и преференции;

– выработка государственной политики и создание эффективной системы юридического обеспечения и защиты прав российских спортсменов;

– активизация и повышение эффективности деятельности спортивных профсоюзов всех уровней и др.

Указанные усилия, определяющие направления развития мер социальной поддержки спортсменов как в период спортивной карьеры, так и покидающих большой спорт, направлены, в частности, на создание дополнительного комплекса стимулов, дополнительной мотивации для спортсменов к достижению максимальных результатов на российских и международных спортивных соревнованиях и будут в значительной мере способствовать более качественным выступлениям, увеличению побед и рекордов российских спортсменов, а в целом — удержанию и приумножению завоеванных Россией позиций в мировом спорте, сохранению статуса великой спортивной державы.

---

---

*Кицай Ю.А.*

## **АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИНЯТИЯ СОЦИАЛЬНЫХ КОДЕКСОВ НА РЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ**

В современных реалиях система социальной поддержки населения Российской Федерации регламентируется большим количеством нормативных правовых актов федерального значения (около 100 документов) и документов регионального характера. Регламентирующие документы во многом дублируют друг друга, следствием чего является возникновение совокупности проблем как для получателей помощи, так и для самих властных структур. В связи с этим в ряде российских регионов было принято решение о создании комплекса социальных кодексов, с помощью которого региональное законодательство в области социальных отношений систематизируется посредством кодификации всей совокупности нормативных актов, регламентирующих социальную защиту населения.

Кодификация — это системный подход, при котором имеет место внутренняя и внешняя переработка законодательств посредством разработки и принятия нового кодификационного акта. Результатом кодификации является процесс изменения и обновления норматив-

ного материала, а также создание кодифицированного акта (в виде кодекса, кодифицированного закона, устава, нормативного акта), который содержит всю или большую часть регламентирующих норм.

Цель социального кодекса состоит в том, чтобы включить в документ различные правовые нормы, регулирующие отношения безопасности гражданского общества, для более легкого их понимания и использования.

В настоящее время социальные кодексы теоретически разработаны и практически введены в действие в семи российских регионах: в Белгородской, Волгоградской, Омской, Ярославской, Ленинградской и Астраханской областях и Санкт-Петербурге<sup>1</sup>.

Создание данного рода документов является результатом колоссальных усилий, прежде всего со стороны органов социальной защиты населения перечисленных регионов государства.

Так, в Ярославской области благодаря принятию Социального кодекса кодифицировано 27 региональных законов и порядка 120 других нормативных актов, а также системно установлены меры социальной поддержки и социальной помощи и порядок их предоставления в регионе.

В других регионах, например в Санкт-Петербурге и Волгоградской области, в каждом из принятых социальных кодексов было объединено более 170 региональных нормативных правовых актов, а в Ленинградской области ранее система социальной поддержки населения регламентировалась 60 законами и почти сотней подзаконных актов, которые создавались в течение 15 лет. Все они успешно кодифицированы.

На основании успешной практики внедрения кодификации социального законодательства можно сделать вывод о том, что данная инициатива имеет место быть, поскольку это позволяет объединить в один документ нормативные акты, которые регламентируют всю систему мер социальной поддержки, предоставления в натуральной и денежной форме всем категориям граждан адресной социальной помощи и даже социальных услуг в рамках социального обслуживания.

Так, органы законодательной власти Омской области сделали составной частью своего Социального кодекса раздел, характеризующий и систематизирующий положения о сфере социального обслуживания населения. В Ленинградской области Комитет социаль-

---

<sup>1</sup> См.: Литвинова В.В. Сравнительный анализ социальных кодексов субъектов Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 3 (100). С. 74–77.

ной защиты населения решил последовать их примеру и также планирует внести соответствующий раздел в свой кодекс<sup>1</sup>.

Следует отметить, что кодификация, проводимая в регионах (по крайней мере, в последних документах) — это не просто механическое объединение существующих нормативных правовых документов. Именно в области социальной поддержки происходит переосмысление всей системы, которая обеспечивает новые принципы формирования, постановку новых актуальных целей и задач, упорядочение существующего и формирование нового концептуального аппарата.

Процесс кодификации социального законодательства обусловил необходимость полной инвентаризации регионами-первопроходцами не только перечней своих социальных обязательств, но и тех механизмов и форм, в которых они прописаны.

Несмотря на стремительное экономическое и социальное развитие и повсеместное распространение цифровизации, структура систем социальной поддержки (то, как управляются системы социальной защиты) во многих российских регионах все еще находится в устаревшем состоянии.

Исходя из этого очевидным кажется тот факт, что процесс управления отраслью особо остро требует внедрения современных и эффективных технологий оказания помощи гражданам, в том числе информационных и электронных технологий. В результате этого процесса и кодификации законодательство можно смело отнести к одной из таких сфер.

Кроме того, кодификация имеет положительные стороны и для самих граждан, для которых данная помощь и социальные услуги предназначаются. По мнению представителей регионов, где социальные кодексы уже доказали свою эффективность и целесообразность, объединение различных действующих правовых актов, отбор, обработка и согласование в одном источнике позволяют гражданам узнать, какие меры социальной поддержки и (или) социальные услуги им полагаются, не изучая огромное количество разрозненных законов, постановлений, указов и т.д.

Принятие социальных кодексов сопровождалось введением критериев необходимости и принципа адресности при предоставлении ряда мер социальной поддержки, что значительно повысило эффективность их предоставления. В качестве наиболее ярких примеров можно отметить социальные кодексы, которые приняты в Волгог-

---

<sup>1</sup> См.: Аминова А.Р. Пилотная стадия кодификации социального законодательства в Российской Федерации // Вестник РУК. 2018. № 2 (32). С. 33–35.

радской и Ленинградской областях, изначально основанные на принципе определения целей и учета потребностей целевой аудитории. Так, в Волгоградской области введены новые способы измерения потребности в адресной социальной помощи. Если ранее упор делался на оценку доходов потенциального получателя социальных услуг, то теперь появился так называемый имущественный фильтр, суть которого в оценке наличия определенного имущества, а также введены обязательные требования к трудоустройству работоспособных граждан. Если они обращаются за помощью к государству, они должны работать или искать работу, а также не являться индивидуальными предпринимателями.

На наш взгляд, в настоящее время, как никогда ранее, существует потребность в кодифицированном федеральном законе, который регламентировал бы отношения в сфере защиты гражданского общества. В нем должны быть определены цели и задачи социального законодательства Российской Федерации и ее субъектов, выработаны единые принципы государственного осуществления социальной защиты, а также установлена концептуальная основа, обеспечивающая единый правовой режим регулирования отношений в этой сфере. Работа над этим документом позволит переосмыслить и более четко определить полномочия органов государственной власти и субъектов Российской Федерации в сфере социальной защиты населения в пределах своей компетенции почти через 15 лет (с момента первой реформы системы социального обеспечения).

Согласно устоявшимся традициям соответствующая законодательная процедура создания и активизации субъектов Российской Федерации осуществляется через такой федеральный закон. Консенсуса по этому вопросу между регионами достигнуто не было. Кто-то поддержал кодификацию, глядя на те регионы, которые начали работать в данной области. Одни проявляют осторожность, ожидая сигналов с федерального уровня, другие категорически противятся идее, считая, что эта работа не нужна. Мы считаем, что принятие федеральных документов будет иметь только положительные последствия.

Но при этом, помимо уже отмеченной проблемы, касающейся того, что многие регионы страны либо «осторожничают» и боятся каких-либо нововведений, либо нуждаются в настоятельной рекомендации о создании такого рода социальных кодексов от Правительства РФ, либо же всячески противятся этой идее, считая ее неэффективной, можно отметить и ряд других. Такой крупный правовой акт, как социальный кодекс, в обязательном порядке должен иметь четкую внутреннюю связь, логически связывающую содержащиеся в нем положения. Существование идеологии кодекса

играло важную роль, поскольку требовало, чтобы все правовые нормы соответствовали единой концепции, общему этосу и общей политике. Следовательно, кодекс неизбежно затрагивает правовые нормы, которые в него не включены. Законы и нормативные акты, принятые в соответствии с руководящими принципами, содержащимися в кодексе, определяют сферу его применения и не должны противоречить ему и его духу.

Следующая проблема заключается в том, что создание и практическое внедрение подобного рода документа сопровождается огромным объемом работы. Это связано в первую очередь с тем, что в социальной сфере традиционно существует довольно много референтных правил, когда один акт ссылается на другой, второй — на третий и т.д.

Ни один даже самый квалифицированный юрист в стране не обладает полным знанием социально-правовой системы России. Законодатели и исполнительные органы власти также не обладают такими знаниями в полном объеме.

Следовательно, анализ нормативно-правового регулирования социальной сферы, его объединение и кодификация требуют больших временных и профессиональных затрат от создателей социального кодекса<sup>1</sup>.

Также нельзя обойти вниманием и методологическую проблему, связанную с тем, что в процессе создания социального кодекса органы власти должны четко проанализировать, какие именно нормы можно считать рабочими и необходимыми для включения в данный документ, а какие дублируют друг друга и не несут особой смысловой нагрузки.

Исходя из этого следует отметить, что, во-первых, в основе создания социального кодекса должна лежать концепция социального риска, сущность которой в том, что система мер социальной поддержки, изложенная в документе, должна быть направлена на предотвращение социальных рисков, приводящих к снижению доходов граждан, и минимизацию последствий таких рисков при их возникновении<sup>2</sup>; во-вторых, социальным кодексом должна регламентироваться только совокупность правоотношений, возникающих в области социальной поддержки и обслуживания граждан. Вопро-

---

<sup>1</sup> См.: Аристов Е.В. Концепция проекта социального кодекса Российской Федерации // Научные ведомости БелГУ. Сер.: Философия. Социология. Право. 2018. № 3. С. 298–302.

<sup>2</sup> См.: Локосов В., Ярашева А. Проект социального кодекса Российской Федерации и социальное государство // Вестник Института экономики РАН. 2016. № 2. С. 112–115.

сы, которые касаются страхования медицинского или социального характера, а также пенсионного обеспечения, должны иметь собственную регламентирующую базу. Это позволит не перегружать социальный кодекс дополнительной информацией, сделав его направлением именно социальное обслуживание.

Таким образом, сущность социального кодекса заключается в том, чтобы собрать в едином документе всю совокупность актов, которые регламентируют сферу социального обслуживания и оказания помощи и поддержки населению. В настоящее время сфера распространения социальных кодексов крайне мала — только семь российских регионов осуществили такую кодификацию. Остальные регионы страны, сталкиваясь с совокупностью проблем, которые сопровождают теоретическую разработку и практическое внедрение социального кодекса, пока медлят с его созданием. На наш взгляд, повсеместное распространение социальных кодексов позволит российским регионам систематизировать и конкретизировать свою законодательную и нормативно-правовую базу, которая регламентирует сферу социального обслуживания населения.

---

---

---

*Жворонков Р.Н.*

## **ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ ПО ПРИЗНАКУ ИНВАЛИДНОСТИ В ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ**

Одной из актуальных проблем защиты прав инвалидов в сфере труда является предотвращение дискриминации по признаку инвалидности в трудовых отношениях. На решение этой задачи в первую очередь направлены правовые нормы двух федеральных законов. Так, ст. 3 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» (далее — Закон о социальной защите инвалидов) содержит общий запрет дискриминации в сфере труда, согласно ст. 3.1 в Российской Федерации не допускается дискриминация по признаку инвалидности.

Статья 3.1 была введена в Закон о социальной защите инвалидов Федеральным законом от 1 января 2014 г. № 419-ФЗ и вступила в силу с 1 января 2016 г. Мониторинг судебной практики по делам о



защите прав инвалидов, осуществляемый Институтом реабилитации и абилитации Федерального научного центра реабилитации инвалидов им. Г.А. Альбрехта, показывает, что высшими судами в период 2014–2018 гг. было рассмотрено только одно дело о дискриминации по признаку инвалидности, а судами субъектов Российской Федерации в период 2013–2017 гг. — ни одного дела. Вместе с тем рассмотрено большое количество судебных дел, касающихся свободы и личной неприкосновенности, доступа к правосудию, самостоятельного образа жизни (социальное обслуживание), реабилитации и абилитации, труда и занятости, обеспечения достаточного жизненного уровня (социальное обеспечение). Обстоятельства части этих дел могли содержать дискриминационную составляющую.

Несмотря на высокую активность рассмотрения судами отдельных категорий дел, ряд нарушений прав инвалидов носит системный и множественный характер, на что указывает анализ публикаций Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации, результатов социологических и экономических исследований, публикаций негосударственных организаций, занимающихся защитой прав инвалидов<sup>1</sup>. Это является результатом того, что не созданы эффективные правовые механизмы реализации ст. 3.1 Закона о социальной защите инвалидов.

Одним из таких правовых механизмов является перераспределение бремени доказывания по делам о дискриминации, на что неоднократно указывалось в научных работах<sup>2</sup>. На необходимость перераспределения бремени доказывания на работодателя по спорам о дискриминации инвалидов указано в п. 54 Заключительных замеча-

<sup>1</sup> См.: Жаворонков Р.Н. Соблюдение законодательства о социальной защите инвалидов: проблемы правоприменительной практики // Реабилитация — XXI век: традиции и инновации: сборник статей II Нац. конгр. с межд. участием (г. Санкт-Петербург, 12–13 сентября 2018 г.) / Минтруд России; [глав. ред. Г.Н. Пономаренко; ред. колл.: Г.В. Помников, Е.М. Васильченко, О.Н. Владимирова, А.В. Шошмин, К.Н. Рожко]. ООО «ЦИАЦАН», ООО «Р-КОПИ». СПб., 2018. С. 34–39.

<sup>2</sup> См.: Северцев Р.В. Судебная защита трудовых прав работника // Ленинградский юридический журнал. 2018. № 1. С. 127–137; Небезина М.В. Запрет дискриминации в сфере трудовых отношений // Журнал российского права. 2017. № 4. С. 83–90; Лютов Н.Л., Герасимова Е.С. Дискриминация в сфере труда: вопросы эффективности норм и правоприменительной практики // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 3. С. 100–108; Исаева Е.А. Предотвращение дискриминации в трудовых отношениях: теоретические аспекты и юридическая практика (по опыту США): дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2008. С. 146–161; Митина Н.М. Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 155–159.



ний по первоначальному докладу Российской Федерацией о ходе выполнения Конвенции о правах инвалидов, принятых в марте 2018 г. Комитетом ООН по правам инвалидов<sup>1</sup>.

Одним из препятствий для эффективной защиты инвалидами своих прав в судебном порядке является действующее в гражданском процессуальном законодательстве общее правило распределения бремени доказывания, согласно которому каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом (ч. 1 ст. 56 ГПК РФ). Согласно названной норме недоказанность обстоятельств, подтверждающих заявленные требования, может повлечь принятие решения об отказе в удовлетворении иска. В ряде законов содержатся исключения из общего правила, продиктованные интересами защиты прав стороны, поставленной в более трудные условия доказывания, обязанность доказывания факта или его опровержения перекладывается не на ту сторону, которая о нем утверждает, а на противоположную сторону (презумпция). Кроме того, особые правила распределения бремени доказывания установлены по делам о восстановлении на работе лица, трудовой договор с которым расторгнут по инициативе работодателя (обязанность доказать наличие законного основания увольнения и соблюдение установленного порядка увольнения возлагается на работодателя — п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ»), а также по делам об оспаривании нормативных правовых актов, актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами, решений, действий (бездействия) органов, организаций и должностных лиц, наделенных государственными или иными публичными полномочиями (обязанность доказывания законности указанных актов, решений, действий (бездействия) возлагается на соответствующие орган, организацию и должностное лицо — ст. 62 Кодекса административного судопроизводства РФ). Приведенные подходы по распределению бремени доказывания обусловлены тем, что одна из сторон по указанным категориям дел является более слабой (подчиненной) стороной в правоотношении.

Вместе с тем на практике истцу, являющемуся инвалидом, доказать факт того, что он подвергся дискриминации, крайне сложно. К примеру, не представляется возможным доказать, что отказ в

---

<sup>1</sup> Официальный сайт Министерства труда и социальной защиты Российской Федерации: <https://rosmintrud.ru/docs/mintrud/handicapped/272>

приеме его на работу был связан именно с дискриминационными признаками, а не обусловлен требованиями к деловым качествам или спецификой данной работы. Это свидетельствует о необходимости установления в законодательном порядке перераспределения бремени доказывания по такой категории дел. В связи с этим предлагается внести дополнение в ст. 3.1 Закона о социальной защите инвалидов, предусматривающее возложение обязанности по доказыванию факта отсутствия дискриминации по признаку инвалидности на лицо, допустившее нарушение прав инвалида. При этом инвалид, считающий, что его права нарушены по причине инвалидности (дискриминационного основания), обязан подтвердить сведения об умалении или отрицании признания, реализации или осуществления прав наравне с другими лицами, не являющимися инвалидами.

Также для обеспечения баланса интересов участников трудовых отношений одновременно с введением перераспределения бремени доказывания, облегчающим процессуальное положение инвалидов, необходимо законодательно установить границы ответственности потенциальных ответчиков. На практике наиболее распространена косвенная дискриминация инвалидов, заключающаяся в отказе создавать для них специальные условия, которые в Конвенции о правах инвалидов именуются разумным приспособлением. Согласно ст. 2 Конвенции, поскольку это приспособление должно быть разумным, оно не должно ложиться необоснованным или несоразмерным бременем на того, кто обязан данное приспособление осуществить.

Необоснованным приспособлением является создание таких специальных условий, которые не требуются для компенсации ограничений функций организма, вызванных инвалидностью. Приспособление признается несоразмерным, когда его стоимость значительно превосходит финансовые возможности работодателя.

Исходя из вышеизложенного в российском законодательстве должны быть установлены критерии, позволяющие определить, когда создание специальных условий ложится необоснованным или несоразмерным бременем на ответственное лицо. Данные критерии должны разрабатываться с участием юристов, экономистов, специалистов в сфере медико-социальной экспертизы.

Внесение указанных изменений в законодательство позволит восполнить имеющиеся пробелы в российском законодательстве и значительно повысить эффективность механизма защиты инвалидов от дискриминации в трудовых отношениях.

## **ВКЛЮЧЕНИЕ НОРМ ОБ ЭМИССИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ (МУНИЦИПАЛЬНЫХ) ЦЕННЫХ БУМАГ В БЮДЖЕТНЫЙ КОДЕКС РФ КАК ЭТАП КОДИФИКАЦИИ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

Актуальная динамика изменений российского финансового законодательства обуславливает необходимость его планомерной систематизации. Методологическая основа упорядочения правовых норм имеет определяющее значение для грамотной внутриотраслевой структурированности, а подчас и для переосмысления роли отдельных финансово-правовых институтов. Как справедливо отметил М.М. Сперанский, «многосложность, раздробительность, неизвестность — затруднение равное и, может быть, еще важнейшее, чем самый недостаток законов»<sup>1</sup>. При этом систематизирующее воздействие на правовую материю способствует не только преодолению терминологической коллизии и устранению правовых пробелов, но и формированию более четкой структуры отраслевых нормативных положений. Динамики внутриотраслевым изменениям добавляет возрастающая вовлеченность субъектов публичного права в инвестиционные отношения, которая отличается определенным методологическим плюрализмом, позволяющим рассматривать привычные юридические конструкции с новых позиций<sup>2</sup>. Имплементация норм об эмиссии государственных (муниципальных) ценных бумаг в БК РФ дополняет круг общественных отношений, регулируемых бюджетным законодательством, что позволяет по-новому оценить роль и место норм бюджетного права в системе права финансового.

Исходя из постулатов юридической техники процесс систематизации правовых норм имеет ряд преимуществ. Прежде всего, происходит консолидация норм, сокращается количество разрозненных нормативных правовых актов, что делает отрасль финан-

<sup>1</sup> Сперанский М.М. Обзорение исторических сведений о своде законов: составлено из актов, хранящихся во 2-м Отделении Собств. Е.И.В. канцелярии. СПб.: Печ. в тип. 2-го Отделения Собств. Е.И.В. канцелярии, 1833. С. 89.

<sup>2</sup> См.: Разумов С.С. Включение института эмиссии государственных (муниципальных) ценных бумаг в Бюджетный кодекс РФ: «за» и «против» // Финансовое право. 2019. № 1. С. 44.

сового права более целостной. Упрощается работа с достаточно объемным нормативным массивом, что повышает удобство пользования законодательной базой. Кроме того, в случае с государственными (муниципальными) ценными бумагами систематизация норм осуществляется в форме консолидации без изменения их содержания, что упреждает возникновение проблем правоприменительного характера. Вместе с тем увеличивается объем кодифицированных финансово-правовых норм, поскольку нормативные положения включаются в кодифицированный нормативный правовой акт. В отечественной правовой доктрине считается, что это повышает статус указанных нормативных положений, поскольку кодифицированный нормативный акт выступает основным среди прочих актов, действующих в данной сфере<sup>1</sup>. Данная тенденция продолжается с советского времени, когда верховенство кодексов «самопровозглашалось» над другими федеральными законами<sup>2</sup>. В бюджетном законодательстве приоритет кодифицированного акта при регулировании бюджетных отношений установлен в ст. 2 БК РФ. С доктринальных позиций данное обстоятельство имманентно процессу кодификации, согласно которому кодифицированный акт имеет приоритетное значение среди нормативных документов, регулирующих какую-либо сферу общественных отношений. Именно кодекс как бы представляет отрасль, служит ее «визитной карточкой». Его отличает, помимо прочего, полнота и единообразие регулирования отношений в какой-либо сфере, закрепление основных юридических принципов, понятий и конструкций и отражение крупных юридических теорий и концепций<sup>3</sup>. Однако критерием оценки доктрины всегда должна служить практика. Возможно, именно отсутствие федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (далее — ФЗ «О НПА в РФ») порождает методологические ошибки в законотворчестве, результатом которых является диссонанс правовой доктрины и правоприменительной практики.

Так, зачастую в федеральных законах устанавливается приоритет содержащихся в них норм над положениями других нормативных правовых актов. Например, Федеральный закон от 18 июля 2009 г. № 181-ФЗ «Об использовании государственных ценных бумаг Рос-

<sup>1</sup> См.: Теория государства и права: учебник / Н.И. Матузов, А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2005. С. 322.

<sup>2</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2010. С. 268.

<sup>3</sup> См.: Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. О кодификации и кодексах // Журнал российского права. 2003. № 3 (75). С. 48–49.

сийской Федерации для повышения капитализации банков»<sup>1</sup> в ч. 2 ст. 11 закрепляет положение об избирательном применении норм целого ряда федеральных законов, в том числе и кодифицированных, регулирующих общественные отношения в данной сфере, с учетом положений указанного нормативного акта. Все это не способствует эффективности правового регулирования и порождает латентную коллизийность норм права.

Считаем необходимым обратить внимание на то, что легальное определение понятия кодификации сформулировано в инициативном проекте ФЗ «О НПА в РФ»: как форма систематизации кодификация сопровождается существенной переработкой установленного содержания правового регулирования в определенной сфере отношений путем объединения в единый сводный законодательный акт (кодекс, положение, устав и т.д.) действующих правовых норм и вновь установленных норм, отражающих назревшие потребности общественного развития<sup>2</sup>. Можно сделать вывод, что в рамках БК РФ как отдельного нормативного акта в настоящее время находят применение различные формы систематизации, в то время как в масштабах всей отрасли финансового права неоспоримое преимущество имеет именно кодификация норм: финансовое право это единственная отрасль в российском праве, имеющая сразу два кодекса — налоговый и бюджетный.

Исходя из приведенных выше отличий именно кодифицированного акта обращает на себя внимание отсутствие легального определения понятия государственных (муниципальных) ценных бумаг. В настоящее время категория государственных (муниципальных) ценных бумаг в законодательстве определяется через принадлежность к эмитенту. Согласно ст. 121.1 БК РФ государственными ценными бумагами признаются ценные бумаги, выпущенные от имени Российской Федерации и субъекта Российской Федерации, а муниципальными — выпущенные от имени муниципального образования. Однако, как справедливо указывает Ю.А. Тихомиров, кодекс как форму нормативного акта в числе прочего отличает закрепление основных юридических понятий<sup>3</sup>. Поэтому отсутствие легального определения названного понятия в БК РФ можно считать одним из правовых пробелов, что согласуется с признаками право-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3618.

<sup>2</sup> См.: О нормативных правовых актах в Российской Федерации (инициативный проект федерального закона). 5-е изд., перераб. и доп. / рук. авт. колл. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2019. С. 74.

<sup>3</sup> См.: Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. Указ. соч.

вого пробела, сформулированными в инициативном проекте ФЗ «О НПА в РФ»: это «полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений... основными принципами, смыслом и содержанием действующего законодательства»<sup>1</sup>. Таким образом, формулирование рассматриваемого понятия требует дальнейших научных исследований. И в рамках процесса кодификации финансового законодательства считаем целесообразным закрепить в будущем легального определения понятия государственных (муниципальных) ценных бумаг в кодифицированном акте, регулирующем соответствующие категории финансовых отношений.

Создание необходимых условий для экономического роста требует развития внутреннего рынка капитала и привлечения инвестиций, что напрямую зависит от эффективности используемых правовых механизмов. По сути институт государственных (муниципальных) ценных бумаг — это механизм предоставления денежных средств публично-правовым образованиям физическими и юридическими лицами, являющийся одним из источников образования государственного долга<sup>2</sup>. Однако на современном этапе развития общественных отношений эти вопросы по-прежнему остаются нерешенными. В частности, в связи с несовершенством инвестиционно-правовых механизмов значительная масса денежных средств населения размещена на депозитных счетах в коммерческих банках. Так, по данным Банка России<sup>3</sup>, по состоянию на 1 января 2020 г. размер рублевых депозитов населения превысил 24 563 065 млн руб., а в иностранной валюте и драгоценных металлах 6 102 111 млн руб. Приведенные цифры показывают, что для физических лиц как потенциальных внутренних инвесторов наиболее доступным средством сохранения сбережений является банковский депозит.

Необходимо учесть, что физическому лицу как инвестору имманентны следующие черты:

- низкая толерантность к риску и неготовность к получению убытков;
- недоверие к любым потенциальным контрагентам независимо от их принадлежности;

<sup>1</sup> О нормативных правовых актах в Российской Федерации (инициативный проект федерального закона). С. 72.

<sup>2</sup> См.: Поветкина Н.А. Финансовая устойчивость Российской Федерации. Правовая доктрина и практика обеспечения: монография / под ред. И.И. Кучерова. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; Юридическая фирма «Контракт», 2016. С. 292.

<sup>3</sup> URL: [http://www.cbr.ru/vfs/statistics/BankSector/Borrowings/02\\_01\\_Funds\\_all.xlsx](http://www.cbr.ru/vfs/statistics/BankSector/Borrowings/02_01_Funds_all.xlsx)

- неквалифицированность в качестве инвесторов, непонимание всех рисков, стремление избегать рисков;
- низкий уровень финансовой грамотности.

В этих условиях объективно становятся необходимы дополнительные правовые гарантии для частных инвесторов — физических лиц, в связи с чем представляется целесообразным закрепить в виде нормы гарантии возврата инвестированных средств в государственные долговые обязательства, а также право на индексацию указанных денежных средств с целью защиты от инфляционных рисков.

Попытки обеспечить большую правовую защищенность инвесторов — физических лиц можно встретить в Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года (разд. IV), утвержденной распоряжением Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р,<sup>1</sup> которая предусматривает создание компенсационных механизмов для граждан-инвесторов. Одним из источников выплат предполагается компенсационный фонд, а при недостаточности его средств указывается на возможность использования на эти цели государственных средств.

Отметим, что финансовое законодательство Российской Федерации развивается на основании конституционных положений, закрепляющих задачу формирования социального государства, что предполагает создание благоприятных условий развития общества и обеспечение права на достойную жизнь<sup>2</sup>. При этом норма ч. 4 ст. 75 Конституции РФ<sup>3</sup> содержит положение лишь о добровольности размещения государственных займов. Это согласуется с актуальной проблематикой систематизации законодательства: право объективно не может опережать общественные процессы и не всегда успевает за стремительной динамикой общественного развития, следствием чего выступает появление новых пробелов в праве, которое сопутствует нарастающей инфляции правовой материи. Возможно, целесообразно также закрепить для физических лиц гарантии возврата инвестированных средств в государственные долговые обязательства в Конституции РФ. Таким образом упрощение доступа физических лиц к инвестированию денежных средств в государственные ценные бумаги станет новым этапом развития внутреннего рынка капитала, а также будет способствовать увеличению инвестиционной привлекательности российской юрисдикции.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2009. № 3. Ст. 423.

<sup>2</sup> См.: Леднева Ю.В. Конституционные основы финансового законодательства // Налоги и финансовое право. 2018. № 12. С. 142, 145.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.



Включение положений Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 136-ФЗ «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»<sup>1</sup> в БК РФ означает, что ранее обособленный финансово-правовой институт теперь регулируется нормами подотрасли бюджетного права. Однако систематизация правовых норм сама по себе не означает слияния различных видов финансово-правовых отношений.

Вместе с тем институт государственных (муниципальных) ценных бумаг тесно связан с относительно обособленным институтом государственного долга, поскольку не относится ни к доходам, ни к расходам бюджетов<sup>2</sup>, который был включен в структуру БК РФ ранее. И в данном аспекте отсутствие норм о государственных (муниципальных) ценных бумагах в структуре БК РФ фактически сформировало пробел в структуре кодифицированного акта, так как государственные долговые обязательства являются частью института государственного долга. Нарастает тенденция к интеграции правового регулирования, усиливается взаимообусловленность норм разных отраслей права<sup>3</sup>. Таким образом, имплементация норм о государственных (муниципальных) ценных бумагах в структуру БК РФ явилась логичным продолжением кодификации норм о государственном долге.

Однако пробелы в праве не обязательно означают пробелы исключительно в законодательстве. Правовая доктрина также является источником права. В тенденциях развития доктрины финансового права можно обозначить активно формирующуюся и являющуюся предметом научных дискуссий подотрасль финансового права — эмиссионное право. Так, в отношении ценных бумаг и денег как объектов правового регулирования эмиссионная деятельность государства является разновидностью его финансовой деятельности, в рамках которой реализуется организация денежного обращения и формирование финансовых ресурсов.

Различные позиции исследователей в вопросе о месте эмиссионного права в системе финансового права как отрасли права свидетельствуют о дискуссионности данной темы. Мы склонны разделять позицию группы исследователей (К.С. Бельский, С.В. Запольский, Д.В. Винницкий, Л.Л. Арзуманова, О.М. Крылов и др.),

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3814.

<sup>2</sup> См.: Бюджетное право: учебник / под ред. Н.А. Саттаровой. М.: Деловой двор, 2009. С. 17.

<sup>3</sup> См.: Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд. доп. и перераб. / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: ИД Юриспруденция, 2015. С. 142.



которые склонны считать эмиссионное право подотраслью финансового права. Вместе с тем И.И. Кучеров обосновывает формирование права денежного обращения<sup>1</sup>, что, по нашему мнению, является лишь частью предмета эмиссионного права.

Поскольку «эмиссия» как термин означает выпуск чего-либо, то в правовом регулировании это отражено как определенная последовательность действий субъектов — например, процедура эмиссии государственных ценных бумаг, предусматривающая ряд обязательных этапов. Поэтому эмиссионное право, по нашему мнению, не сводится к организации денежного обращения. В доктринальной литературе можно встретить аналогичные позиции. Так, О.М. Крылов отмечает, что эмиссионная деятельность Российской Федерации включает в себя выпуск денег и ценных бумаг<sup>2</sup>.

Таким образом, эмиссионное право как подотрасль финансового права — это набор нормативных установлений, регулирующих отношения в области эмиссионной деятельности публично-правовых образований по организации наличного и безналичного денежного обращения и выпуску государственных ценных бумаг. И основной целью эмиссии является обеспечение реализации публичных интересов. Исходя из этого предмет эмиссионного права можно обозначить как общественные отношения, возникающие в сфере эмиссии государственных долговых обязательств и организации наличного и безналичного денежного обращения.

Представляется целесообразным в будущем объединить эмиссионные нормы в финансовом кодексе, который будет включать положения об эмиссии: наличных денег; безналичных денег; государственных ценных бумаг; муниципальных ценных бумаг.

Однако затруднения в дальнейшем формулировании теоретических положений возникают, когда мы начинаем использовать формулировку «институт государственных эмиссионных обязательств». Так, очевидно, что в части долговых обязательств государства в сферу действия эмиссионного права попадают только эмиссионные виды государственных долговых обязательств (например, в их число не войдут государственная гарантия и банковские кредиты).

И если предметом эмиссионного права определить государственные эмиссионные обязательства, то в него будет необходимо включить и выпуск, например, государственных лотерейных билетов. Однако согласно гл. 14 БК РФ выпуск государственных лотерейных

<sup>1</sup> См.: Кучеров И.И. Право денежного обращения: понятие, предмет и метод // Финансовое право. 2013. № 3. С. 4.

<sup>2</sup> См.: Крылов О.М. К вопросу о содержании категории «эмиссионная деятельность государства» // Финансовое право. 2010. № 7. С. 8.

билетов не включен в состав государственного долга. Это означает, что в целях дальнейшей систематизации финансового законодательства возникнут объективные затруднения в имплементации норм Федерального закона от 11 ноября 2003 г. № 138-ФЗ «О лотереях»<sup>1</sup> в соответствующий кодифицированный акт.

Таким образом, долговые государственные обязательства являются не только эмиссионными, а эмиссионные — не только долговыми и не только государственными. Например, эмиссионная деятельность субъектов частноправовых отношений будет включать в себя эмиссию банковских карт, корпоративных ценных бумаг, а также эмиссию знаков, бонусных и скидочных карт, купонов, программ корпоративной лояльности и т.д.

Формулировка «эмиссионные обязательства» включает в себя все существующие виды эмиссионных обязательств независимо от их отраслевой принадлежности, что неоправданно расширяет предмет эмиссионного права. При такой расширенной формулировке представляется затруднительным определить, какие же из обязательств войдут в предмет эмиссионного права.

Дискуссионными вопросами остаются следующие:

– применение публично-правовым образованием системы квотирования с публичным характером распределения квот либо продажи их на аукционах (например, ежегодная продажа квот на загрязнение окружающей среды);

– сходство рассматриваемого института с эмиссией «гринкарт» (видов на жительство) в США.

При этом в перечисленных примерах обязательства так или иначе имеют отношение к государственным и муниципальным финансам.

Правовое регулирование эмиссионных отношений в целом является комплексной отраслью российского законодательства, поскольку содержит нормы разной отраслевой принадлежности: конституционного, гражданского, финансового, административного права<sup>2</sup>.

Метод эмиссионного права в рамках отрасли финансового права идентичен методу отраслевому, то есть является императивным.

Таким образом, систематизация бюджетного права продолжается, что иллюстрирует включение норм об эмиссии и обращении государственных (муниципальных) ценных бумаг в БК РФ. Проводимые законодательные изменения впоследствии позволят рассматривать БК РФ как правовую основу формирования инвестицион-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2003. № 46 (ч. I). Ст. 4434.

<sup>2</sup> См.: Эрлин А.Г. К вопросу о месте правового регулирования эмиссионных отношений в системе финансового права // Вестник Саратовского государственного социально-экономического университета. 2016. № 1 (60). С. 43.

ного климата<sup>1</sup>. В связи с этим находит отклик позиция Н.М. Казанцева, предлагающего макроэкономический взгляд на проблему, определяя финансовое право как право ценности национального богатства, реализуемой и приумножаемой как частноправовым, так и публично-правовым образом<sup>2</sup>.

Помимо этого, следует согласиться с мнением Ю.А. Тихомирова о том, что кодексы способствуют укреплению внутрисистемных связей в отраслях и сферах законодательства. Именно поэтому представляется целесообразным в разрабатываемом ФЗ «О НПА в РФ» установить принцип соответствия кодексу других нормативных правовых актов, регулирующих данную сферу общественных отношений<sup>3</sup>.

При этом объем норм, помещаемых в БК РФ, продолжает регулярно увеличиваться — в него включаются не только отдельные нормы, но и новые правовые институты, охватывающие все больший круг общественных отношений. Можно говорить, что БК РФ приближается к финансовой конституции, так как уже устанавливает важнейшие финансово-правовые институты<sup>4</sup>. В дальнейшем, по нашему мнению, имеются достаточные предпосылки для дальнейшего укрупнения БК РФ в процессе систематизации финансового законодательства.

---

---

*Гайнутдинова Е.И.*

## **ПРОБЕЛЫ МИГРАЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СФЕРЕ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ**

Служебная роль и назначение миграционного законодательства Российской Федерации состоят не только в регулировании общест-

---

<sup>1</sup> См.: Омелёхина Н.В. Бюджетный кодекс РФ как правовая основа формирования инвестиционного климата в публично-правовых образованиях // Финансовое право. 2019. № 1. С. 5.

<sup>2</sup> См.: Казанцев Н.М. Институты финансового права // Журнал российского права. 2005. № 9. С. 99.

<sup>3</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. С. 271.

<sup>4</sup> См.: Леднева Ю.В. Проблемы систематизации бюджетного законодательства Российской Федерации // Финансовое право. 2019. № 1. С. 22.

венных отношений в сфере миграции, оно выступает еще в качестве инструмента воздействия и управления государственной миграционной политикой. Миграционное законодательство Российской Федерации является правовой основой деятельности Главного управления по вопросам миграции МВД России (ГУВМ МВД России). Общественные отношения в сфере миграции регулируются межотраслевым законодательством: конституционным, административным, уголовным, гражданским, трудовым. Аксиомой является тезис о том, что миграционное законодательство должно развиваться не бессистемно, хаотично, а напротив — весторонне, с учетом развития и изменения общественных отношений<sup>1</sup>, где конечной формой его развития видится принятие миграционного кодекса как регулятора самостоятельной сферы общественных отношений<sup>2</sup>. Принятие миграционного кодекса согласно юридической технологии сведет к минимуму наличие пробелов в миграционном законодательстве.

Одним из основных направлений миграционного законодательства является противодействие коррупции. Коррупция в сфере миграции представляет угрозу интересам общества и государства, поэтому коррупционные риски должны учитываться законодателем при принятии правовых новелл. Латентность коррупционных схем в миграционной сфере не позволяет точно определить уровень и динамику коррупционных преступлений. Данный факт снижает эффективность совершенствования законодательного регулирования по противодействию коррупции. Причина пробельности миграционного законодательства по противодействию коррупции состоит в том, что оно развивалось несистемно, отражало политические интересы и прошло долгую эволюцию развития, когда не обращалось внимания на систематизацию действующего законодательства, новые нормы принимались для регулирования сложившихся общественных отношений<sup>3</sup>. В свою очередь, пробельность миграционного законодательства выступает самостоятельной причиной создания коррупционных схем.

<sup>1</sup> См.: Андриченко Л.В., Плюгина И.В. Миграционное законодательство Российской Федерации: тенденции развития и практика применения: монография // Л. В. Андриченко, И. В. Плюгина. М.: ИЗиСП; Норма; ИНФРА-М, 2019. С. 13–14.

<sup>2</sup> См.: Хабриева Т.Я. Миграционное право: сравнительно-правовое исследование: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2019.

<sup>3</sup> См.: Коновалов В.А. О некоторых пробелах правового противодействия коррупции в России // Вестник Оренбургского государственного университета. 2014. № 11 (172). С. 251–254.

Применение межотраслевого законодательства приводит к тому, что нередко совершенное деяние одновременно охватывается нормами уголовного, административного права и подзаконных актов, а это усложняет процесс правоприменения, порождает принятие противоречивых решений и коллизий. Значительный объем подзаконных актов затрудняет уяснение и применение миграционного законодательства, что также способствует сохранению коррупционных проявлений в сфере миграции<sup>1</sup>.

Существующие юридические технологии позволяют создать правовой механизм по противодействию коррупции. Конструирование и принятие правовых норм способствуют реализации антикоррупционной политики в сфере миграции. К юридическим технологиям для противодействия коррупции относятся следующие методы: прогнозирование, экспертиза, моделирование, мониторинг правовых норм<sup>2</sup>. Пробельность законодательства, в том числе и миграционного, устраняется обновлением, совершенствованием и систематизацией законодательной базы. А до обновления законодательства при помощи антикоррупционной экспертизы проводится диагностика, выявление коррупциогенных факторов в нормативных актах и их устранение<sup>3</sup>. В настоящее время миграционное законодательство по противодействию коррупции основывается на Федеральном законе от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»<sup>4</sup>. Системность устранения пробельности миграционного законодательства по противодействию коррупции должна начинаться с нормативного закрепления обновленного правового статуса всех участников миграционных правоотношений, а не только иммигранта и членов его семьи. Невозможно ограничиться разработкой правового статуса только мигранта, это будет малоэффективно. Требуется установление всех участников миграционных правоотношений и правовое закрепление их полномочий, юридических обязанностей. Только после этого можно дальше выявлять и устранять пробельность. Результативность устранения пробельно-

---

<sup>1</sup> См.: Зраева И.М., Лаптев В.И. Проблемы правового регулирования миграционных процессов в Российской Федерации // Вестник Брянского государственного университета. 2019. № 3 (41). С. 136–141.

<sup>2</sup> См.: Власенко Н.А. Правовые основы противодействия коррупции. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2013. С. 38.

<sup>3</sup> См.: Григоренко А.Е. Антикоррупционная экспертиза в Российской Федерации на защите интересов мигрантов // Молодой ученый. 2020. № 2. С. 98–101. URL <https://moluch.ru/archive/292/66257/>

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

сти будет выше, если законодательство в сфере миграции станет единым и систематизированным. Несистемное законодательство сложнее подвергается выявлению и устранению пробелов.

Следующим блоком пробельности является неопределенность процедуры взаимодействия иностранных граждан с территориальными подразделениями ГУВМ МВД России. В настоящее время иностранный гражданин для постановки на миграционный учет, получения патента, разрешения на временное проживание вправе избрать один из трех вариантов поведения: а) непосредственно обратиться в миграционную службу УМВД края, области, города; б) обратиться в многофункциональный миграционный центр; в) обратиться в посредническую организацию, которая поможет быстро и дорого подготовить документы для предоставления в ММЦ или в миграционную службу УМВД региона.

Для одних иностранцев вопрос будет решаться непосредственно, для других — через ММЦ, а для третьих — через посредников, но с должностными лицами миграционной службы. Ни одна посредническая организация не сможет осуществлять свою деятельность, если у нее нет выхода на «нужных» людей. В сложившейся ситуации создаются схемы, понятные всем (самые простые: ускорение выдачи документов, замена документов, получение вида на жительство, снятие запрета на въезд (посмотрите рекламу на YouTube, где сотрудница посреднической фирмы *гарантирует* снятие запрета на въезд в Российскую Федерацию и т.д.)).

На наш взгляд, требуется законодательно закрепить простую процедуру обращения иностранного гражданина в миграционную службу — с пошаговым алгоритмом действий по каждому виду предоставляемой государственной услуги. Причем требования, предъявляемые к иностранному гражданину, должны быть выполнимыми, реальными. Законодатель должен определиться с допустимостью участия негосударственных (посреднических) организаций в миграционных правоотношениях. Если законодатель посчитает их участие допустимым, то необходимо установить сферы и пределы полномочий отмеченных субъектов миграционных правоотношений. Устранение высказанной пробельности приведет к сокращению количества коррупционных схем в сфере миграции.

Существенные пробелы законодательства сохраняются в вопросах установления личности иностранного гражданина, утраты документов<sup>1</sup>, применения процедуры выдворения, депортации, выдворения

---

<sup>1</sup> См.: Степанов В.А. Актуальные проблемы законодательства в сфере миграции: пути решения // Вопросы управления. 2010. Вып. № 3 (12).

иностранных граждан, содержания их в специальных учреждениях, установления ограничения на въезд в Российскую Федерацию, отказа на выдачу разрешений на временное проживание, вида на жительство<sup>1</sup>. Пробельность перечисленных фактов заключается в том, что законодатель не детализировал основание применения перечисленных решений, допускается усмотрение должностного лица при принятии итоговых решений. Запрет на въезд в Российскую Федерацию могут устанавливать три субъекта: ГУВМ МВД России, ФСБ России и на основании судебного решения. Наличие широких дискреционных полномочий у должностных лиц по отношению к иностранным гражданам позволяет создавать коррупционные схемы при разрешении перечисленных вопросов.

Значимым пробелом для правоприменителей и законодателя остается отсутствие нормативного регулирования вопросов по адаптации и интеграции мигрантов в российское общество. Практически неурегулированными остаются вопросы соединения семей трудовых мигрантов. Непонятно, какие государственные органы занимаются этим вопросом и какими полномочиями они наделены.

Длительное по времени устранение (или неустранение) пробелов приводит к тому, что действующее законодательство перестает быть систематизированным, эффективным, а это, в свою очередь, создает возможность для существования коррупционных схем в миграционной сфере. Законодательное регулирование миграционной сферы общественных отношений, связанное с принятием антикоррупционных норм, должно осуществляться системно, методично, универсально и затрагивать все миграционное законодательство и общественные отношения, тесно связанные с миграцией. Устранение пробелов миграционного законодательства в сфере противодействия коррупции позволит конкретизировать правовой статус иностранного гражданина и повысить эффективность деятельности ГУВМ МВД России.

---

<sup>1</sup> См.: Андриченко Л.В. Проблемы систематизации миграционного законодательства // Журнал российского права. 2014. № 12 (216). С. 5–15.

## **Раздел 4**

# **ТЕХНОЛОГИЧЕСКИЕ НОВАЦИИ В ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ И ПРАВОПРИМЕНЕНИИ И ИХ РОЛЬ В РЕШЕНИИ ПРОБЛЕМЫ ПРОБЕЛЬНОСТИ ПРАВА**





*Бурьянов С.А.*

**ЦИФРОВИЗАЦИЯ КАК СОВОКУПНОСТЬ  
ГЛОБАЛЬНЫХ ПРОЦЕССОВ:  
КОЛОССАЛЬНЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ  
И КАТАСТРОФИЧЕСКИЕ РИСКИ**

Современность характеризуется беспрецедентным ускорением и усложнением общественных взаимодействий в планетарном масштабе. В связи с тем, что глобальное развитие происходит неравномерно, это приводит к разбалансировке и неуправляемости как общественных отношений, так и связанных с ними техногенных и социоприродных взаимодействий. Исследователями отмечается влияние глобальных процессов на государство и право, особо подчеркивается значение прав человека<sup>1</sup>. Кроме того, в последние годы внимание общественности привлекают глобальные вызовы, связанные с развитием и распространением новых цифровых технологий. Так как нерешенность указанных проблем ведет к усилению глобальных вызовов устойчивому развитию цивилизации и отдельных государств, то представляется крайне актуальным поиск правовых путей их преодоления.

Постепенно становится привычным использование термина «глобальные процессы» для описания современной динамики и

---

<sup>1</sup> См.: Бурьянов С.А., Кривенький А.И. Стратегические перспективы развития права и юридического образования в условиях современных глобальных процессов // Основные тенденции и перспективы развития современного права: материалы ежегодной Международной научной конференции памяти профессора Феликса Михайловича Рудинского (19 апреля 2018 г.) / под общ. ред. Д.А. Пашенцева. М., 2018. С. 247–251.

перспектив развития общества, права, государственности. Полагаем, что «из многих подходов наиболее корректными представляются те, которые рассматривают глобализацию общественной системы как динамичный процесс, подразумевающий не только смену состояний, но и направленный на достижение качественно нового интеграционного состояния глобальности в планетарном масштабе»<sup>1</sup>. «Таким образом, глобализация — это интеграционный процесс, направленный на формирование некой единой планетарной общественной, а затем и социо-техно-природной системы»<sup>2</sup>.

Термины «глобальные риски» и «устойчивое развитие» также основательно вошли в научный обмен последних десятилетий. Они нашли отражение и в деятельности международных межправительственных и неправительственных организаций (Римского клуба, Международного союза охраны природы и природных ресурсов, Международной комиссии по окружающей среде и развитию и др.). Особо отметим, что проблемы развития отражены в ряде документов Организации Объединенных Наций — Декларации социального прогресса и развития (1969), Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций (2000) и Итоговой повестке глобального развития на период после 2015 г. (2015).

Современными исследователями прослеживается взаимосвязь глобальных рисков и новых цифровых технологий. «Характер происходящих изменений настолько фундаментален, что мировая история еще не знала подобной эпохи — времени как великих возможностей, так и потенциальных опасностей»<sup>3</sup>. Указывается на зарождающиеся небывалые возможности «в самом широком спектре областей, включая, для примера, искусственный интеллект (ИИ), роботизацию, Интернет вещей (ИВ), автомобили-роботы, трехмерную печать, нанотехнологии, биотехнологии, материаловедение, накопление и хранение энергии, квантовые вычисления»<sup>4</sup>. При этом подчеркивается, что «гиперсвязанность мира в условиях растущего неравенства может привести к усилению фрагментации, сегрегации и социальных волнений, которые, в свою очередь, создадут ситуацию для эскалации насилия»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Глобальные процессы и формирование глобального образования (междисциплинарное исследование): монография: в 2 кн. / авт. колл. С.А. Бурьянов, Э.С. Демиденко, Е.А. Дергачева и др.; под общ. ред. С.А. Бурьянова, А.И. Кривенького. Кн. 1. М.: МГПУ, 2019.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Schwab K. The Fourth Industrial Revolution. Crown Business. New York. 2017. P. 9.

<sup>4</sup> Ibidem. P. 8.

<sup>5</sup> Ibid. P. 65.

Хартия глобального информационного общества (2000) гласит, что «информационно-коммуникационные технологии являются одним из наиболее важных факторов, влияющих на формирование современного общества». В начале 2020 г. на катастрофические риски новых технологий указал Генеральный секретарь ООН А. Гутерриш<sup>1</sup>. В докладе ООН отмечается, что «с одной стороны, инновации в сфере технологий могут содействовать экономическому росту, создавать новые возможности в таких областях, как здравоохранение, образование, коммуникации, а также способствовать повышению производительности труда, но, с другой стороны, есть доказательства того, что новые технологии ведут к росту неравенства в оплате труда и сокращению рабочих мест... ситуация складывается так, что плоды так называемой "четвертой промышленной революции" пожирают высококвалифицированных специалистов, в то время как потребность в работниках низкой или средней квалификации, занятых рутинным ручным или другими традиционными видами труда, сокращается»<sup>2</sup>.

Среди опасных плодов цифровой промышленной революции можно назвать их использование для нарушения прав человека. Это, например, основанные на цифровых технологиях системы тотальной слежки за людьми, внедряемые под предлогом борьбы за безопасность. Их развитие и все более широкое внедрение может привести к не основанным на праве ограничениям прав человека. Также серьезной проблемой является информационно-цифровое неравенство, в основном обусловленное различными возможностями доступа к информации и новым технологиям. Но все же наиболее серьезные цифровые риски футурологи и некоторые исследователи связывают с непредсказуемостью последствий усиления искусственного интеллекта.

В качестве вывода отметим глобальность природы современных цифровых технологий, что требует соответствующих подходов. Для преодоления угроз необходимо формировать инновационные глобальное право и глобальное юридическое образование, основанные на принципах приоритета прав человека, толерантности, социальной справедливости, мировоззренческого нейтралитета<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Глава ООН рассказал о своих приоритетах на 2020 год. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/01/1371131>

<sup>2</sup> UNDESA World Social Report 2020. URL: <https://www.un.org/development/dspd/world-social-report/2020-2.html>

<sup>3</sup> См.: Глобальные процессы и формирование глобального образования (междисциплинарное исследование): монография: в 2 кн. / авт. колл. С.А. Афанасьева, С.А. Бурьянов, А.В. Звонарев и др.; под общ. ред. С.А. Бурьянова, А.И. Кривенького. Кн. 2. М.: МГПУ, 2019.

*Хотько О.А.*

Для решения указанных проблем представляются крайне важными научно-теоретическая разработка, правовое закрепление и практическое воплощение нового поколения цифровых прав человека.

---

---

*Хотько О.А.*

### **ПРОБЕЛЫ В ЭКОЛОГИЧЕСКОМ ПРАВЕ В КОНТЕКСТЕ СОВРЕМЕННЫХ ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ ТРАНСФОРМАЦИЙ: СПОСОБЫ УСТАНОВЛЕНИЯ И ПРЕОДОЛЕНИЯ**

Современные условия развития общества, которые характеризуются интенсивным развитием технологий в промышленности, транспортной отрасли, сфере энергетики, заставляют задуматься об эффективности механизма правового регулирования. Этому содействует как сложившееся законодательство (точнее — необходимость его пересмотра и уточнения), так и усиление интеграционных процессов, актуальные вызовы, связанные с изменением климата, поиском правовых мер охраны окружающей среды в условиях антропогенного воздействия на нее и способов предотвращения негативного воздействия хозяйственной деятельности, совершенствованием контроля за выполнением требований законодательства в целях обеспечения экологических прав граждан.

Новые технологические разработки, их активное внедрение и повсеместное использование не могут осуществляться незаметно в контексте их воздействия на окружающую среду. В связи с этим вопросы эколого-правового регулирования нуждаются в тщательном анализе на предмет пробелов в праве и законодательстве.

Закон Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах» закрепляет понятие пробелов в законодательстве (правовом регулировании) более широко, чем в ранее действующем одноименном законе 2010 г., и обозначает их как отсутствие нормативных правовых актов (норм права), регулирующих общественные отношения, необходимость правового регулирования которых обусловлена сущностью и содержанием действующей правовой системы государства, общепризнанными принципами и нормами международного права, экономическими,

политическими и социальными процессами<sup>1</sup>. Каждой системе законодательстве присущи пробелы, когда отсутствуют определенные нормы, необходимые для обеспечения интересов общества.

В.В. Лазарев определяет пробелы в праве как «полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства, а также иными проявлениями классовой воли, направленной на регулирование жизненных фактов в сфере правового воздействия»<sup>2</sup>. Пробел есть, если правовое регулирование предусмотрено на недостаточном уровне, то есть цель действия нормативного правового акта не достигается, либо определенные общественные отношения остаются неурегулированными нормами права в силу определенных обстоятельств.

Пробелы могут образовываться также по причине возникновения новых общественных отношений, которые не могли быть предусмотрены при подготовке проекта и издании закона либо иного нормативного правового акта.

Обратимся к экологическому праву и экологическому законодательству. В эколого-правовой науке имеются исследования, посвященные дефектам правового регулирования экологических отношений, в которых внимание акцентировано на недостатках правового регулирования и указаны способы их преодоления, виды дефектов, отличия от пробелов<sup>3</sup>. Т.И. Макарова отмечает, что «преодоление дефектов системного характера невозможно путем применения только технических приемов, здесь требуется также системный подход, который в состоянии дать только целостная, основанная на выработанных в науке экологического права представлениях *доктрина*»<sup>4</sup>. Действительно последнее десятилетие демонстрирует нам явный скачок в необходимости развития доктрины экологиче-

<sup>1</sup> СПС «КонсультантПлюс»: Беларусь. Технология Проф [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». Минск, 2020.

<sup>2</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Норма; ИНФРА-М, 2019.

<sup>3</sup> Хлуденева Н.И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М, 2018; Макарова Т.И. Системные дефекты экологического права и способы их преодоления // Современные приоритеты в развитии аграрного, земельного и экологического права: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. М.И. Козыря (Ин-т государства и права РАН, 2 марта 2012 г.) / отв. ред. В.В. Устюкова, Г.Л. Землякова. М.: Институт государства и права РАН, 2012. С. 215–220.

<sup>4</sup> Макарова Т.И. Указ. соч.

ского права. Нет необходимости в поиске пробелы, правильнее — их предупредить, как только появляется осложнение правоотношений либо полное их неполное правовое регулирование. Возникновение и обострение экологических проблем и одновременное изучение и обобщение теоретических основ эколого-правового механизма, анализ реализации правовых норм, систематизация законодательства, применение иных методов правовых исследований позволяют выделить ряд пробелов в современном экологическом праве.

Так, с учетом современных технологических трансформаций актуальность представляют вопросы правового обеспечения экологической безопасности промышленной деятельности, в том числе касающиеся снижения вреда окружающей среде в результате ее загрязнения и истощения природных ресурсов. Данные проблемы все активнее исследуются с объективной точки зрения в науке<sup>1</sup>, при этом в настоящее время эколого-правовые отношения не получили обновленного должного правового регулирования в экологическом законодательстве ввиду отсутствия концептуальной научной доктрины. Например, правовые аспекты, связанные с изменением климата, вполне уже могут быть отражены в нормативных правовых актах на основании научных взглядов, которых придерживаются ученые<sup>2</sup>.

Кроме того, полагаем, что пробелом в регулировании экологических отношений является недостаточное принятие мер или даже отсутствие комплекса мероприятий по повышению экологического правосознания и соблюдения эколого-правовой культуры. Разработка особых правовых мер экологического воспитания может способ-

---

<sup>1</sup> Новикова Е.В. Экологическая безопасность: современные правовые подходы к управлению рисками // Вестник Московского университета. 2018. Сер. 11. Право. № 6. С. 44–66; Жаворонкова Н.Г., Шпаковский Ю.Г. Цифровизация в сфере экологической безопасности: административно-правовой аспект // СПС «КонсультантПлюс»; Абанина Е.Н. Принципы экологической безопасности // Вестн. Саратов. гос. юрид. академии. 2019. № 4. С. 259–264; Хотько О.А. Актуальные вопросы разработки правовых принципов экологической безопасности при осуществлении транспортной деятельности // Вестник Гродн. гос. ун-та. 2019. Сер. 4: Правоведение. Т. 9. № 3. С. 76–85.

<sup>2</sup> Право и климат планеты / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.А. Боголюбов, Н.В. Кичигин. М.: ЮСТИЦИЯ, 2018; Лаевская Е.В. Состояние и перспективы формирования климатического законодательства Республики Беларусь // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь; ред. кол. Н.А. Карпович (гл. ред.) [и др.]. Минск: СтройМедиаПроект, 2016. Вып. 11. С. 362–371; Шингель Н.А. Правовая охрана климата как элемент устойчивого природопользования // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь; ред. кол. Н.А. Карпович (гл. ред.) [и др.]. Минск: СтройМедиаПроект, 2016. Вып. 11. С. 396–401.

ствовать снижению негативного воздействия хозяйственной деятельности на окружающую среду и обеспечению экологической безопасности. Следует развивать законодательство как в отношении индивидуально ответственного поведения субъектов, осуществляющих деятельность, оказывающую воздействие на окружающую среду, так и совершенствования институциональных основ правового регулирования. Одним из положительных направлений можно назвать подготовку Рекомендаций по организации национальных центров экологической безопасности в рамках Содружества Независимых Государств, принятых на 50-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств (постановление от 22 ноября 2019 г. № 50-11)<sup>1</sup>.

Обеспечение экологической безопасности — деятельность государства, направленная на реализацию условий защищенности жизни и здоровья граждан от угроз природного и техногенного характера, которая в настоящее время не возложена на органы государственного управления, когда речь идет об обеспечении экологической безопасности при осуществлении транспортной деятельности. Кроме того, ввиду чрезвычайной опасности названного вида деятельности для окружающей среды, в частности связанной с ростом количества автомобильного транспорта и, как следствие, загрязнением окружающей среды и истощением природных ресурсов, пробелом в экологическом праве видим отсутствие стройной системы экологических императивов, при этом их упорядочивание и новые подходы к регулированию и систематизации способствовали бы «созданию более четкого подхода для реализации обязательств, предъявляемым к субъектам, осуществляющим транспортную деятельность, оказывающую негативное воздействие на окружающую среду»<sup>2</sup>.

Соответственно в процессе выявления пробелов в экологическом праве возможно установить: а) содержание экологической безопасности; б) механизм, включающий в себя ряд элементов (меры стимулирования, меры карательного характера, сущность и востребованность экологического страхования и др.); в) отношения в сфере хозяйственной деятельности, обуславливающие необходимость их

<sup>1</sup> Рекомендации по организации национальных центров экологической безопасности: приняты на 50-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление от 22 ноября 2019 г. № 50-11). URL: [https://iacis.ru/upload/iblock/066/Prilozhenie-k-postanovleniyu-50\\_11.pdf](https://iacis.ru/upload/iblock/066/Prilozhenie-k-postanovleniyu-50_11.pdf)

<sup>2</sup> Хотько О.А. Правовые проблемы достижения консенсуса при соблюдении экологических императивов и осуществлении экономической деятельности // Экологические императивы в законах и жизни: научно-учебное издание / сост. С.А. Боголюбов, Н.Р. Камынина, Н.В. Кичигин и [



регулирования (речь идет о необходимости экологизации законодательства) в контексте минимизации вредного воздействия такой деятельности на окружающую среду; г) способы привлечения к участию в совершенствовании законодательства и реализации комплекса мер по обеспечению экологической безопасности как органов государственного управления, так и ученых; д) пути трансформации экологического правосознания.

Восполнить пробел — значит его устранить и согласиться с тем, что ранее неурегулированные отношения признаны необходимыми для своевременного уточнения и закрепления в законодательстве путем внесения изменений (дополнений) в нормативные правовые акты, издания новой редакции такого акта либо подготовкой проекта нового акта на основании п. 1 ст. 33 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах». Согласно ст. 71 указанного закона до внесения изменений в законодательство устранение пробелов может осуществляться путем применения институтов аналогии закона и аналогии права, кроме случаев привлечения к ответственности, ограничения прав и установления обязанностей.

Применение аналогии не есть восполнение пробела в праве: «в результате такого применения пробел остается, т.е. не восполняется. Восполнение пробела права — это прерогатива законодателя, а не органа, осуществляющего применение права»<sup>1</sup>. По нашему мнению, необходимо восполнить пробел в построении системы ответственности за причинение вреда субъектами, осуществляющими хозяйственную деятельность, установления совокупности мероприятий по восстановлению природных объектов, определению экономической оценки экологического ущерба. Вполне логичным и убедительным представляется понимание экологического ущерба как вреда окружающей среде, а также здоровью и имуществу, что закреплено в Модельном законе «Об оценке экологического ущерба», принятом Межпарламентской Ассамблеей государств — участников Содружества Независимых Государств 22 ноября 2019 г. № 50-9. Однако дискуссионным представляется то, что экологический ущерб рассматривается как экономические и внешнеэкономические потери. На наш взгляд, прежде всего, к такому ущербу следует отнести истощение природных ресурсов, деградацию природных объектов, ухудшение состояния окружающей среды, что и составляет вред окружающей среде, здоровью человека. Соответственно, устранению пробелов в экологическом праве подлежат теоретико-методологи-

---

<sup>1</sup> Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 57.

ческие основы ответственности за причинение вреда окружающей среде субъектами хозяйственной деятельности.

В то же время преодолеть пробел — не значит его устранить. Преодоление пробелов осуществляется в правоприменительной деятельности и объективно должно предшествовать их устранению. Неполнота правового регулирования охраны окружающей среды, экологически опасной деятельности, недопущения экологического ущерба, экономической его оценки, институциональных основ экологической безопасности приводит к тому, что, как правило, эколого-правовые проблемы функционально никем не решаются. Исходя из этого, государственные органы вынуждены применять определенные средства преодоления пробелов, например аналогию права. Однако важно отметить, что аналогия права подразумевает регулирование как данных, так и сходных общественных отношений вследствие отсутствия норм права. Полагаем, что это не только не позволяет решить проблемы, но и способствует запутыванию в целях деятельности и неверному подходу в части того, что касается деятельности по обеспечению экологической безопасности.

В заключение отметим, что пробелы в экологическом праве и законодательстве об охране окружающей среды еще сохраняются. Вместе с тем в период явных изменений технологических процессов, цифровизации экономики следует более взвешенно подходить к регулированию эколого-правовых отношений в различных сферах (промышленности, строительстве, транспортной, энергетической и других отраслях) в целях недопущения причинения вреда окружающей среде, а также уточнения оценки ущерба как направления юридической ответственности. Кроме того, поскольку устранение и преодоление пробелов — не равнозначные процессы, следует пересмотреть новые вызовы и угрозы экологической безопасности и совершенствовать законодательство в области охраны окружающей среды в целях устранения существующих пробелов с тем, чтобы в правоприменительной практике не приходилось искать возможные сходные правоотношения. Ситуация может усугубиться в свете нарастания глобальных экологических проблем и отсутствия научно обоснованного подхода в регулировании эколого-правовых отношений. Как верно отмечает С.А. Боголюбов, «сама охрана окружающей среды не является самоцелью»<sup>1</sup>, ее задача заключается в обеспечении прав человека и гражданина на здоровую и благоприятную для жизни окружающую среду, то есть «жизнь и здоровье человека — основная цель охраны окружающей среды, всего эколого-

---

<sup>1</sup> Боголюбов С.А. Экологическое право: учебник. М.: Юристъ, 2004.

гического права»<sup>1</sup>, а это значит, что в экологическом праве должна быть сформирована комплексная система мер экологической безопасности, направленная на обеспечение прав человека, экологизацию иных отраслей законодательства и недопущение ухудшения состояния окружающей среды в условиях активного современного технологического развития.

---

---

*Лобурёв С.Н.*

### **ПРОБЕЛЫ В ЗАКОНЕ ПРИ НАЗНАЧЕНИИ И ПРОВЕДЕНИИ СУДЕБНЫХ ЭКСПЕРТИЗ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ЗАПИСЕЙ МЕТРИЧЕСКИХ КНИГ**

В гражданском процессе у лиц, участвующих в деле, нередко возникает необходимость в проведении судебных экспертиз, ввиду противоречивости или отсутствия у них иных доказательств, которые можно получить только посредством проведения достаточно редких судебных экспертиз.

Автором исследования проанализировано более 300 судебных постановлений<sup>2</sup>, вынесенных за период с 2016—2019 гг., в которых активно использовались записи метрических книг в качестве доказательств в гражданском процессе, в особом и исковом производствах, для установления факта родственных отношений, вступления в права наследования, признания права собственности на имущество после смерти наследодателей, рожденных в Российской империи. Достаточно часто в метрических книгах в данных наследодателей присутствуют ошибки, неточности, неправильности, что требует проведения экспертизы.

Необходимо отметить, что по таким делам не проводятся обязательные экспертизы, которые назначаются по инициативе суда, как, например, в делах о признании гражданина недееспособным назначается судебно-психиатрическая экспертиза (ст. 283 ГПК РФ). Тем не менее в судебных постановлениях по таким делам можно про-

---

<sup>1</sup> Там же. С. 65.

<sup>2</sup> См. сайт Судебного департамента Верховного Суда РФ: <https://sudrf.ru/index.php?id=300>

следить единичные случаи проведения традиционных, но необязательных экспертиз<sup>1</sup>, назначаемых по ходатайствам сторон, других лиц, участвующих в деле. И полностью отсутствует назначение и проведение нетрадиционных судебных экспертиз, что указывает на то, что ходатайства о проведении экспертиз от сторон, других лиц суду не поступают, а судебные органы в данном вопросе проявляют пассивную роль в стимулировании сторон в их назначении. В противном случае в судебных актах можно было бы обнаружить судебную оценку проведенных экспертных заключений или мотивов отказа суда в проведении судебной экспертизы.

Под нетрадиционной судебной экспертизой мы понимаем проведение исследования, по которому отсутствует соответствующая методика, такое исследование не поименовано в качестве такового в законодательстве Российской Федерации, отсутствуют государственные эксперты с подобной квалификацией. Анализ записей метрических книг относится к подобной экспертизе. По каким причинам нетрадиционные судебные экспертизы практически не назначаются судами и соответственно не проводятся экспертами? Попытаемся ответить на поставленный вопрос.

При рассмотрении судами гражданских дел в особом производстве при установлении факта родственных отношений и в исковом производстве при множественном требовании истца об установлении факта родственных отношений, вступления в права наследования, признания права собственности и иных сходных требованиях с использованием метрик сложился определенный «стандарт доказывания»<sup>2</sup>. Стандарт предусматривает, как правило, представление суду минимум двух веских доказательств, одним из которых всегда являются объяснения сторон и третьих лиц в комбинации с одним из других видов (представление иных доказательств при этом не потребуется) возможных доказательств, предусмотренных ст. 55 ГПК РФ: представлением письменных и вещественных доказательств, показаниями свидетелей. Так сложилось, что аудио- и видеозаписи вообще не используется в качестве доказательств в данной

---

<sup>1</sup> См., например: Судебная почерковедческая экспертиза по проверке подлинности подписи наследодателя в завещании: определение Мосгорсуда от 1 марта 2019 г. по делу № 4г/7-2007/19. URL: <https://bsr.sudrf.ru/big5/portal.html>; Судом отклонено ходатайство истца о проведении судебной молекулярно-генетической экспертизы из-за отсутствия биологического материала наследодателя: апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 6 февраля 2019 г. по делу № 33-2566/2019. URL: <https://bsr.sudrf.ru/big5/portal.html>

<sup>2</sup> См.: Аргунов В.В., Долова М.О. О так называемых стандартах доказывания применительно к отечественному судопроизводству // Вестник гражданского процесса. 2019. № 2. С. 76–104.

категории дел, а достаточно редкие заключения экспертов — только при проведении традиционных экспертиз.

В проанализированной выборке судебных постановлений ни в одном из дел не была назначена и не была проведена нетрадиционная судебная экспертиза записей метрических книг.

К.В. Петров указывает на то, что при фиксации сведений в метрических и актовых книгах часто допускались похожие ошибки (описки). Однако в ходе исследования доказательств по делу при отсутствии иных доказательств установить данное обстоятельство практически невозможно. Для разрешения данной ситуации представляется целесообразным назначать судебную экспертизу<sup>1</sup>.

По справедливому утверждению Е.Р. Россинской и Е.И. Галяшиной, «в соответствии с процессуальным законодательством в качестве судебного эксперта может быть вызвано любое лицо, обладающее специальными познаниями, необходимыми для дачи заключения»<sup>2</sup>.

Таким образом, в качестве судебных экспертов при рассмотрении гражданских дел могут привлекаться: государственные эксперты — сотрудники государственных судебно-экспертных учреждений (далее — СЭУ); частные эксперты — сотрудники негосударственных СЭУ; индивидуальные частные эксперты, не являющиеся сотрудниками СЭУ.

Федеральным законом от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» достаточным образом установлен правовой статус только государственных судебных экспертов<sup>3</sup>. Статья 41 указанного закона не распространяет профессиональные и квалификационные требования на частных экспертов. Вопросы правового регулирования производства судебных экспертиз частными экспертами, обладающими специальными знаниями в области науки, техники, искусства или

<sup>1</sup> См.: Петров К.В. Проблемы использования метрических книг и актовых книг отделов ЗАГС 1920-х гг. как средств доказывания при установлении фактов в порядке гл. 28 ГПК РФ // Ленинградский юридический журнал. 2018. № 1 (51). С. 54.

<sup>2</sup> Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза. М.: Проспект, 2010. С. 34.

<sup>3</sup> Статьи 12, 13 устанавливают профессиональные и квалификационные требования, предъявляемые к эксперту в государственных судебно-экспертных учреждениях: гражданин Российской Федерации, имеющий высшее образование и получивший дополнительное профессиональное образование по конкретной экспертной специальности. Экспертом в экспертных подразделениях в области внутренних дел может быть гражданин Российской Федерации, имеющий среднее профессиональное образование в области судебной экспертизы. Уровень квалификации экспертов подлежит пересмотру каждые пять лет.

ремесла, недостаточно урегулированы материальными и процессуальными нормами.

Законодательством Российской Федерации не определен конечный список экспертиз. М.К. Треушников пишет о том, что «виды экспертиз, применяемых в гражданском процессе, по своему характеру и предмету так же разнообразны и многочисленны, как и отрасли специальных знаний. Следовательно, дать исчерпывающий перечень видов экспертиз невозможно»<sup>1</sup>.

Приказами Минюста России, МВД России, Минздрава России и другими ведомствами<sup>2</sup> утверждены перечни родов (видов) экспертиз, по которым возможно проведение экспертизы, и экспертных специальностей, проводимых в государственных судебно-экспертных учреждениях. Поскольку в них отсутствует вид экспертизы — анализ записей метрических книг — и государственные судебные эксперты с подобной специализацией, таких экспертов не обучают подобной специальности, в отличие от государственных экспертов, выбор эксперта сужается до поиска частного эксперта.

Функции экспертов частично принимают на себя специалисты (лингвисты, историки) научно-исследовательских институтов, архивных учреждений, дающие соответствующие разъяснения суду о содержании записей метрических книг, а также сам суд в процессе судебного познания.

Может ли суд сам определить вид экспертизы, сформулировав ее приблизительно? По нашему мнению, суд ввиду пробельности закона вправе сформулировать ориентировочное наименование экспертизы, например, как «сравнительный анализ записей метрических книг и других исторических источников».

К.В. Петров не называет вид экспертизы<sup>3</sup>, который должен быть указан судом в определении о назначении экспертизы (ст. 80 ГПК

<sup>1</sup> Треушников М.К. Судебные доказательства. 5-е изд., доп. М.: ИД «Городец», 2018. С. 218.

<sup>2</sup> См., например: Приказ Минюста России от 27 декабря 2012 г. № 237 (в ред. от 13 сентября 2018 г.) «Об утверждении Перечня родов (видов) судебных экспертиз, выполняемых в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России, и Перечня экспертных специальностей, по которым представляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России» (зарегистрирован в Минюсте России 29 января 2013 г. № 26742) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> В обзоре судебной практики указывается один из недостатков работы суда при назначении экспертизы: «В отдельных случаях суды при назначении экспертизы не указывали ее наименование, а вместо этого указывали в определении ожидаемые от исследования результаты» (Обзор судебной практики по применению законодательства, регулирующего назначение и проведение экспертизы по гра-

РФ), отмечая только, что «оптимальным решением является назначение экспертами историков, которые являются специалистами по источниковедению, то есть профессионально владеющими приемами критического анализа исторических документов»<sup>1</sup>.

Т.В. Сахнова утверждает, что эксперт не объясняет уже имеющийся факт, а добывает новый и дает ему профессиональную оценку, которая и составляет содержание судебного доказательства — заключения эксперта<sup>2</sup>. В связи с отсутствием утвержденной методики данного исследования возникают сложности верификации субъективных выводов эксперта, указанных в его заключении. У суда могут возникать сомнения в научности методов, используемых экспертом при проведении данной экспертизы, а также умозрительности его выводов. Может ли возникать новое знание в результате проведения данной экспертизы, проводятся ли в результате экспертизы специальные научные исследования? Предлагается научность выводов эксперта оценивать судом в каждом конкретном заключении эксперта.

ГПК РФ (ч. 4 ст. 1) допускает применение судами аналогии закона при назначении и проведении экспертами нетрадиционных экспертиз. Однако на практике судам проще отказывать в удовлетворении требований истцов (заявителей), не назначать подобные экспертизы ввиду их редкости, пробельности данных экспертиз в законодательстве Российской Федерации, неопределенности правового статуса частных судебных экспертов (требований по уровню образования, опыту, месту работы и т.д.), отсутствия критериев оценки подобных экспертных заключений и других причин, чем проявлять активность в их назначении.

По утверждению В.В. Лазарева, «...аналогия постоянно рассматривается как средство восполнения пробелов...»<sup>3</sup>. Суды могли бы применять аналогию закона, но, поскольку суд (правоприменитель), применяя аналогию, не преодолевает пробельность в законе, которая все равно остается, а судебные органы, встречаясь с ней вновь и вновь, будут вынуждены преодолевать ее заново, восполнить их может только законодательный орган. Назрела необходимость при-

---

жданским делам (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 14 декабря 2011 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>1</sup> Петров К.В. Указ. соч.

<sup>2</sup> См.: Сахнова Т.В. Доказательственное значение специальных познаний // ЭЖ-Юрист. 2004. № 21. С. 4–5.

<sup>3</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения: монография. М.: Норма; Инфра-М, 2019. С. 90.

нять новый законодательный акт или дополнить действующий Федеральный закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» соответствующими пробельными нормами, указанными выше.

Таким образом, более активная роль суда, использование аналогии закона до внесения изменений в законодательство Российской Федерации, с одной стороны, и активность сторон дела в вопросах обоснования необходимости проведения судебной экспертизы, поиска частных экспертов и использования «параллельных» источников письменных документов в качестве доказательств, с другой стороны, будут способствовать расширению судебного познания и более эффективной возможности восстановления нарушенных прав граждан.

Выявленные в законе пробелы по вопросам проведения нетрадиционных судебных экспертиз характерны не только для гражданского процесса, но и для процессуального законодательства России в целом.

---

---

*Абишев Э.Х.*

## **ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ПРОВЕДЕНИЯ ПРАВОВОГО МОНИТОРИНГА В СИСТЕМЕ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

В условиях ускоренного темпа развития современного независимого правового государства, совершенствования деятельности отдельных его институтов, формирования гражданского общества для государственных органов, в том числе и для органов внутренних дел Республики Казахстан, актуальным является качество законодательства и соответствие его требованиям нормативных правовых актов вышестоящего уровня путем проведения правового мониторинга.

Правовой мониторинг действующих нормативных правовых актов наряду с разработкой новых актов является одним из основных направлений нормотворческого процесса и предусматривает необходимость комплексной оценки системы действующего законодательства, ее соответствия современным задачам общества и государства.



Республика Казахстан наработала определенный опыт в данной сфере, который в последние годы нуждается во всестороннем изучении. Прежде всего, необходимо отметить, что выработан и успешно функционирует национальный механизм проведения правового мониторинга. За короткий исторический период обновлено отраслевое законодательство и определены направления его дальнейшего совершенствования. В этом контексте возрастает роль и значение правового мониторинга, составляющего основу нового уровня взаимосвязей между правоприменением и нормотворчеством<sup>1</sup>.

Первый Президент Республики Казахстан — Елбасы неоднократно отмечал необходимость принятия качественных законов, их тщательной проработки в условиях тесного и слаженного взаимодействия, продолжения традиций конструктивного законотворчества<sup>2</sup> и актуализации его отдельных отраслей<sup>3</sup>. Из Послания Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» следует, что необходимо адаптировать законодательство Республики Казахстан под новые реалии<sup>4</sup>.

Таким образом, важность такого законодательного направления, как правовой мониторинг, возрастает в связи с быстрорастущим темпом жизненной активности человека и гражданина. Так, право совершенствуется с развитием общественных отношений, и соответственно современный уклад жизнедеятельности человека и гражданина в различных областях деятельности должен своевременно отображаться в правовых нормах. Более того, при проведении мониторинга действующих законодательных актов необходим правовой прогноз, в результате которого те или иные нормы будут априори прописаны в нормативных правовых актах.

Вместе с тем в силу объективных и субъективных причин это важное направление отстает от реальной жизни общества, что диктует необходимость проверки нормативных и правовых норм на предмет актуальности, своевременности применения, корреляции

<sup>1</sup> См.: Нуркеева Г.К. Правовой мониторинг в Республике Казахстан: тенденции и перспективы // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2012. № 1 (25). С. 115–117.

<sup>2</sup> См.: Выступление Президента Казахстана Н.А. Назарбаева на открытии второй сессии Парламента Республики Казахстан шестого созыва 1 сентября 2016 г. // Официальный сайт Президента Республики Казахстан: <http://www.akorda.kz/ru>

<sup>3</sup> См.: Новые возможности развития в условиях четвертой промышленной революции: послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 10 января 2018 г. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1800002018>

<sup>4</sup> URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1700002017>

и приведения в соответствие со сложившимся укладом общества и другими нормативными правовыми актами.

К основным целям проведения правового мониторинга можно отнести адаптацию законодательства под новые реалии, приведение действующих нормативных правовых актов в соответствие с ними и их согласованность, актуализацию с иными законодательными актами Республики Казахстан путем выявления противоречащих норм.

По вопросу о выборе понятия и об определении его содержания, которое наиболее полно отражало бы сущность мониторинговой деятельности в правовой сфере, в последние годы не прекращаются дискуссии. Согласно Закону Республики Казахстан от 6 апреля 2016 г. № 480-V ЗРК «О правовых актах» (далее — Закон о правовых актах) правовой мониторинг — это система постоянного наблюдения, сбора, анализа информации о состоянии законодательства Республики Казахстан и практике его применения<sup>1</sup>. Вместе с тем Т.С. Сафарова полагает, что «правовой мониторинг определяется как система непрерывного наблюдения, анализа и оценки действия нормативных правовых актов в целях прогнозирования дальнейшего развития законодательства и повышения эффективности его регулирующего воздействия»<sup>2</sup>. Д.Б. Горохов, Е.И. Спектор, М.Е. Глазкова определили «понятие правового мониторинга как систему информационных наблюдений, дающую возможность анализировать и оценивать: 1) результаты законопроектной деятельности (правотворческий процесс); 2) качество нормативных правовых актов, принятых тем или иным правотворческим органом в соответствии с предоставленной ему правотворческой компетенцией; 3) эффективность их практического действия, реализации (правоприменительный процесс)»<sup>3</sup>. А.Н. Алексеев определил правовой мониторинг как методически обособленную комплексную систематическую деятельность уполномоченных субъектов по наблюдению, анализу, оценке качества правовых норм и практики их применения на предмет достижения заложенных в них целей и планируемых результатов правового регулирования общественных отношений, а также по прогнози-

<sup>1</sup> URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1600000480#z0>

<sup>2</sup> Сафарова Т.С. Правовой мониторинг в контексте правовой политики Республики Казахстан: теоретико-аналитический аспект // Казахстан Республикасы Заңнама институтының жаршысы. 2015. № 4 (40). С. 88—91.

<sup>3</sup> Горохов Д.Б., Спектор Е.И., Глазкова М.Е. Правовой мониторинг: концепция и организация // Журнал российского права. 2007. № 5. С. 25—38.

рованию путей совершенствования нормотворческой и правоприменительной деятельности<sup>1</sup>.

Обобщив изложенные подходы, полагаем, что под правовым мониторингом следует понимать обеспечение правового контроля, в результате которого выявляются устаревшие, неактуальные либо противоречащие действующему законодательству или общественным отношениям и интересам нормы, процесс своевременного внесения изменений и дополнений, а также постановки на утрату части нормативного правового акта или полной его редакции, процесс, порядок и условия которого определены законодательством Республики Казахстан.

Координация деятельности по осуществлению правового мониторинга в Республике Казахстан возлагается на центр правового мониторинга Института законодательства и правовой информации Министерства юстиции Республики Казахстан. Первоочередными задачами центра являются содействие развитию системы мониторинга в Республике Казахстан, в том числе участие в проведении правового мониторинга, проведение фундаментальных и прикладных научных исследований в области правового мониторинга.

В свою очередь, непосредственное проведение мониторинга правовых актов осуществляется государственными органами. Вместе с тем центром правового мониторинга также проводится анализ нормативных правовых актов в целях выявления противоречащих законодательству, устаревших, коррупциогенных и неэффективно реализуемых норм, а также дальнейшей подготовки рекомендации по их устранению.

Согласно статье 50 Закона о правовых актах правовой контроль актуальности действующего законодательства определен в форме правового мониторинга, проводимого с целью оценки и прогнозирования эффективности законодательства путем выявления противоречащих законодательству Республики Казахстан, устаревших, коррупциогенных и неэффективно реализуемых норм права, а также выработки предложений по его совершенствованию.

Практика правотворческой и правоприменительной деятельности четко определила порядок проведения правового мониторинга в системе органов внутренних дел Республики Казахстан, который отражен в ряде нормативных правовых актов: Закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 г. № 480-V ЗРК «О правовых актах»;

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев А.Н. К вопросу о понятии и сущности правового мониторинга // Мудрый Юрист. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/50947-voprosu-ponyatiisushhnosti-pravovogo-monitoringa>

Регламент Правительства, утвержденный постановлением Правительства Республики Казахстан от 10 декабря 2002 г. № 1300; Правила организации законопроектной работы в уполномоченных органах Республики Казахстан, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2016 г. № 907; Правила разработки, согласования проектов подзаконных нормативных правовых актов, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 6 октября 2016 г. № 569. При этом детальная процедура проведения правового мониторинга предусмотрена Правилами проведения правового мониторинга, утвержденными постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2016 г. № 486. В соответствии с вышеперечисленными правовыми актами определен общий порядок законотворческого процесса, в том числе порядок проведения правового мониторинга. Данный порядок в соответствии с компетенцией предусматривает комплекс пошаговых мер и включает в себя разработку и согласование (экспертизу) нормативных правовых актов, размещение и публичное обсуждение на интернет-портале открытых нормативных правовых актов, принятие, государственную регистрацию (необходимое условие вступления в силу), опубликование в Эталонном контрольном банке в форме электронного документа, официальную публикацию и многие другие меры. Теория правового мониторинга включает вышеназванный порядок от начала проведения правового мониторинга и до полного прохождения всей процедуры, результатом которого является принятие нормативного правового акта.

К объекту правового мониторинга относятся конституционные законы, кодексы, консолидированные законы, законы; нормативные правовые указы Президента Республики Казахстан; нормативные правовые постановления Правительства, нормативные правовые постановления Центральной избирательной комиссии, Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета, Национального Банка и иных центральных государственных органов, нормативные правовые приказы министров и иных руководителей центральных государственных органов, руководителей ведомств центральных государственных органов, нормативные правовые решения маслихатов, акимов, нормативные правовые постановления акиматов и ревизионных комиссий<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2016 г. № 486 «Об утверждении Правил проведения правового мониторинга». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1600000486/p160486.htm>

При этом к объекту правового мониторинга не могут относиться акты, содержащие государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, а также нормативные правовые акты, имеющие пометки «Для служебного пользования», «Без опубликования в печати», «Не для печати».

Проведение правового мониторинга включает в себя анализ и синтез информации, содержащейся в посланиях Президента, обзорах практик применения нормативных правовых актов государственных органов, обращениях граждан, судебных решениях, актах прокурорского реагирования, а также материалов научно-практических конференций, семинаров, совещаний, данных, предоставляемых неправительственными организациями, средствами массовой информации, статистических сведений и результатов исследований.

Законность и эффективность применения действующих нормативных правовых актов, разработанных органами внутренних дел Республики Казахстан, также напрямую связаны с обеспечением правового контроля, предусматривающего выявление, устранение пробелов и совершенствование правовых норм.

Органами внутренних дел в рамках проведения правового мониторинга рассматриваются нормативные правовые приказы министра и иных руководителей государственного органа, нормативные правовые приказы руководителей государственных ведомств Министерства внутренних дел Республики Казахстан.

В соответствии с требованиями п. 10 постановления Правительства Республики Казахстан от 9 ноября 2006 г. № 1072 «Об утверждении Типового положения о юридических службах государственных органов Республики Казахстан»<sup>1</sup> каждый проект нормативного правового акта, разрабатываемый ответственным структурным подразделением Министерства внутренних дел Республики Казахстан, не должен направляться на согласование в другие государственные органы без предварительного их согласования с юридической службой.

В случаях, прямо предусмотренных законодательством, к проведению правового мониторинга могут быть привлечены общественные и научные организации, а также граждане, что во многом предопределяет уровень доверия населения ко всей системе органов внутренних дел<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> URL: [http://adilet.zan.kz/rus/docs/P060001072\\_](http://adilet.zan.kz/rus/docs/P060001072_)

<sup>2</sup> См.: Информационно-аналитический материал к парламентским слушаниям на тему «Дальнейшая модернизация процессуальных основ правоохранительной деятельности» от 2 июля 2019 г. URL: <http://senate.parlam.kz/storage/03b207602248441c8de2bbbd984c0898.pdf>

В целях обеспечения проведения правового мониторинга приказом Министра внутренних дел Республики Казахстан на предстоящий календарный год утверждается график проведения правового мониторинга с разбивкой по месяцам и указанием перечня нормативных правовых актов, в отношении которых будет проводиться правовой мониторинг. Для обеспечения полноты проведения правового мониторинга Министерством внутренних дел Республики Казахстан ежеквартально в органы юстиции представляются перечни принятых актов за истекший период (квартал).

При выявлении в нормативных правовых актах противоречащих законодательству Республики Казахстан, устаревших, коррупциогенных, неэффективно реализуемых норм права составляются соответствующие аналитические справки. В случае выявления в нормативных правовых актах норм, противоречащих законодательству, при этом входящих в компетенцию другого государственного органа, Министерством внутренних дел Республики Казахстан в течение 10 рабочих дней с момента составления аналитической справки в государственный орган, принявший данный нормативный правовой акт и являющийся его разработчиком либо входящий в его компетенцию, направляется уведомление.

Соответственно в случае отсутствия противоречащих законодательству норм Министерством внутренних дел Республики Казахстан составляется справка об отсутствии недостатков норм права. Размещение аналитических справок и справок об отсутствии недостатков норм права осуществляется с использованием корпоративного портала. Итоговая информация направляется в Министерство юстиции Республики Казахстан и размещается на корпоративном портале.

Стремительный рост массива законодательства предопределил совершенствование процедур разработки, принятия и проведения правового мониторинга путем многообразия и разветвления организации и порядка. Вместе с тем в силу различных отсылочных норм видится необходимым принятие единого акта, предусматривающего всесторонний и полный порядок проведения правового мониторинга, в том числе с учетом перехода на электронную регистрацию правовых актов.

Кроме того, анализ и практика применения указанных нормативных правовых актов показали недостаточность аналитико-прогностической работы при проведении правового мониторинга. В связи с этим, а также для сокращения результатов правового мониторинга в виде полной коррекции нормативного правового акта

*Абишев Э.Х.*

либо его части предлагается особое внимание уделить прогнозированию не только при первоначальной разработке, но и во время проведения правового мониторинга. Проведение этой работы отразится на эффективности системы органов внутренних дел Республики Казахстан.





*Научное издание*

**ПРОБЕЛЫ  
В ПОЗИТИВНОМ ПРАВЕ:  
ДОКТРИНА И ПРАКТИКА**

Материалы VI Международной научной  
конференции теоретиков права  
«Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика»  
(Москва, 20–21 февраля 2020 г.)

Ответственный редактор  
доктор юридических наук, профессор РАН  
*Н.Н. Черногор*

Подписано в печать 10.02.2021.  
Формат 60×90/16. Бумага офсетная. Гарнитура Newton.  
Печать офсетная. Усл. печ. л. 29,0. Уч.-изд. л. 27,9.  
Тираж 500 экз. Заказ № .

Издательский Дом «Юриспруденция»  
115419, Москва, ул. Орджоникидзе, 11  
www.jurisizdat.ru, e-mail: y-book@mail.ru  
Тел. (495) 979-70-28

Институт законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации



Издание подготовлено по материалам VI Международной научной конференции теоретиков права «Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика», состоявшейся 20–21 февраля 2020 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Институт является площадкой, на которой проходит общероссийское годовое собрание теоретиков права — самый масштабный форум отечественной теоретико-правовой науки, который ежегодно собирает ведущих ученых нашей страны, ближнего и дальнего зарубежья, представляющих авторитетные учебные и научные центры и школы. В 2020 году на обсуждение были вынесены общетеоретические проблемы пробелов в праве, а сама конференция приурочена к 80-летию профессора В.В. Лазарева. В ходе дискуссии были актуализированы классические постулаты юридической доктрины о пробелах в праве, проблематизированы устоявшиеся в теории права воззрения на данное явление и его современное состояние. Наряду с этим поставлены новые вопросы и выдвинуты гипотезы, а также представлены результаты научных исследований, отражающие особенности практики правового регулирования, влияние глобальных общественных трансформаций на правовую сферу, учитывающие специфику текущего этапа конституционного развития суверенных государств, в том числе Российской Федерации.

Для правоведов — ученых и практиков, преподавателей, студентов и аспирантов юридических вузов и факультетов, а также широкого круга читателей, интересующихся проблемами развития и эффективности права.