

УДК 340.142, 342.56

**К вопросу о роли судебной практики в преодолении  
и восполнении пробелов в праве****Краснов А.В.**

Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Казанского филиала Российского государственного университета правосудия

*Судебная практика в российской правовой системе связана с процессами как преодоления, так и восполнения пробелов. Правовое регулирование в указанной сфере не отличается полнотой и согласованностью. Суды разных уровней используют институт аналогии для преодоления пробелов при вынесении решений, а высшие судебные органы России фактически восполняют пробелы в законодательстве, не имея на это прямых полномочий. Используется также и применение по аналогии актов судебного толкования права, хотя данный вопрос так же требует правового регулирования.*

*Ключевые слова: пробел в праве, аналогия права, аналогия закона, применение права, судебная практика, правовая система, судебное толкование права.*

Современная российская правовая система представляет собой весьма сложный феномен, включающий целый ряд правовых явлений. Ядром правовой системы выступает само право, его система, которая, в свою очередь, находит внешнее выражение в соответствующих формах (источниках) права. Романо-германская модель правового регулирования общественных отношений предполагает движение от общей и абстрактной нормы права к конкретной ситуации и лицам: вначале правотворческий орган создает соответствующую норму, а затем она реализуется субъектами правоотношений, в том числе в рамках такой формы, как применение права. Однако в силу целого ряда объективных причин в процессе правоприменения может возникнуть такое известное явление, как пробел.

Пробел в праве – достаточно широкая по объему категория, которая касается ситуаций, когда общественное отношение требует правового регулирования, а соответствующая норма права, которую следует применить, отсутствует. В итоге возникает правовая неопределенность как весьма негативное явление. В первую очередь с пробелами в праве сталкиваются судебные органы, которые осуществляют основной объем правоприменительной деятельности. В связи со сказанным актуальность и

практическая значимость тематики данной статьи вряд ли вызывают сомнения.

Цель данного исследования – формирование научно обоснованных знаний о преодолении пробелов в праве в судебной практике, наиболее проблематичных вопросах, возникающих в рамках указанного процесса.

Проблематике пробелов в праве посвящены труды видных отечественных правоведов, таких как С.С. Алексеев, В.К. Забигаило, В.Н. Карташов, В.В. Лазарев, В.И. Леушин, П.Е. Недбайло, В.С. Нерсесянц, Р.О. Халфина и др. В некоторых работах даются развернутые определения пробелов в праве, которые указывают на существенные признаки данного явления. В частности, это – отсутствие нормы действующего права или нормативного предписания, при этом соответствующее отношение должно находиться в сфере правового регулирования [1, с. 456; 2, с. 37]. Вряд ли можно в связи с этим согласиться с тем, что сфера правового регулирования сводится лишь к использованию нормативных правовых актов [3, с. 11; 4, с. 8]. Заранее определить такие рамки невозможно в принципе, особенно в современный период динамичного развития общества.

Как известно, принято различать восполнение и преодоление пробелов. В первом случае правотвор-

ческий орган принимает соответствующую норму права и вводит ее в действие, по существу, устраняя пробел полностью (либо частично, когда некоторая сторона или стороны общественных отношений остаются не урегулированными). Что касается преодоления пробелов, то оно происходит в рамках правоприменительного, главным образом судебного процесса.

Традиционно судебная практика по преодолению пробелов рассматривается в ключе применения института аналогии. Здесь, на наш взгляд, можно обозначить несколько основных проблемных моментов, заслуживающих внимания: во-первых, это совершенствование межотраслевого института применения права по аналогии; во-вторых, правовая природа судебных правоприменительных актов, в которых применяется институт аналогии; в-третьих, допустимость применения методов аналогии в судебных актах толкования права.

Что касается института применения права по аналогии, то следует констатировать, что правовые нормы, входящие в институт аналогии, имеют разную отраслевую принадлежность. Прямое указание на применение аналогии можно встретить в нескольких федеральных кодексах, в частности, это Гражданский кодекс РФ (часть первая) (ст. 6) [5], Гражданский процессуальный кодекс РФ (п. 4 ст. 1) [6], Арбитражный процессуальный кодекс РФ (п. 6 ст. 13) [7], Кодекс административного судопроизводства РФ (ст. 15) [8], Жилищный кодекс РФ (п. 1 ст. 7) [9], Семейный кодекс РФ (ст. 5) [10]. В свою очередь напрямую запрещается применение института аналогии в Уголовном кодексе РФ (п. 2 ст. 3) [11]. Однако в некоторых федеральных кодексах упоминание об институте аналогии вообще отсутствует. В качестве примера можно привести Уголовно-процессуальный кодекс РФ [12]. В то же время отдельные нормы федеральных кодексов позволяют, благодаря логическому и систематическому толкованию, применять аналогию в тех случаях, когда прямого упоминания об этом нет. Именно так происходит с нормой п. 7 ст. 3 Налогового кодекса РФ (ч. 1) [13], в которой закреплено, что толкование неясностей, сомнений, противоречий в законодательстве происходит в пользу налогоплательщика [14].

Отсутствие необходимой системности в правовом регулировании преодоления пробелов приводит к возникновению некоторых болевых точек в судебной практике. В частности, открытыми остаются вопросы о пределах применения норм, регулирующих схожие отношения в смежных отраслях права (так называемое субсидиарное применение права [15, с. 326]). Субсидиарное применение права имеет место быть на практике, однако его не всегда можно признать допустимым в силу возможного различия в принципах регулирования общественных отношений. В качестве негативного примера тако-

го рода можно привести ситуацию с применением нормы ст. 401 ГК РФ об общих основаниях гражданско-правовой ответственности к отношениям, связанным с ответственностью работодателя за вынужденный простой работников (ст. 157 Трудового кодекса РФ [16]): применение юридической ответственности без вины вряд ли применимо к отношениям, регулируемым ТК РФ [17].

Также возникает проблема применения по аналогии норм иной юридической силы, а также императивных норм, в частности, гражданского права, причем судебная практика в этом плане не отличается единообразием [18].

В итоге можно говорить о «пробелах по поводу преодоления пробелов», что затрудняет достижение единообразия в судебной практике. Очевидно, что принятие Федерального закона «О нормативных правовых актах» могло бы внести существенный вклад в разрешение указанных проблем, однако перспективы в этом плане выглядят весьма туманно.

Другая обозначенная выше проблемная точка – правовая природа судебных актов применения права, в которых используется аналогия закона или аналогия права. Анализ современной судебной практики показывает, что они, пусть не так часто, но всё же встречаются в правореализации: решения с применением аналогии выносятся судами общей юрисдикции, а также арбитражными судами на разных уровнях [18]. Поэтому с тезисом о редкости применения права по аналогии вряд ли можно согласиться [19].

Собственно, еще в советской науке высказывались суждения о возможности восполнения пробелов судебными органами, хотя возможность творения новых норм параллельно ими же отрицалась [20, с. 267; 21, с. 53]. В свою очередь некоторые ученые изначально отрицали то обстоятельство, что судебный орган восполняет пробел [22].

По нашему мнению, в рамках ныне действующего российского законодательства судебные акты, применяющие право по аналогии, не могут рассматриваться в качестве форм права, то есть судебных прецедентов, создающих новые нормы права, хотя фактически так оно зачастую и происходит. Диалектика соотношения де-юре и де-факто в таком случае явно склоняется исключительно ко второму варианту: никакого легального закрепления полномочий судебных органов по введению новых норм в законодательстве обнаружить не удастся. Судебный акт, в котором преодолевается пробел, остается актом индивидуального судебного регулирования и не приобретает черты нормативности и абстрактности. Другое дело, что выносящий по аналогичному делу решение судья в последующем скорее всего ознакомится с такого рода практикой и будет иметь ее в виду.

Далее мы сталкиваемся со следующей из обозначенных нами проблем, а именно с восполнением

пробелов в актах судебного толкования права и применением аналогии в таких актах. Очевидно, что напрямую законодательно этот вопрос не урегулирован. Однако Пленум Верховного Суда РФ такую деятельность осуществляет. Примеров тому можно привести достаточно много. Скажем, было сформулировано понятие деловых качеств работника [23], нормального хозяйственного риска [24] и пр.

Восполнением пробелов в праве занимается, безусловно, и Конституционный Суд РФ: соответствующую практику в свое время весьма подробно проанализировал Председатель данного суда В.Д. Зорькин [25].

Для нас представляется очевидным, что восполнение пробелов высшими судебными органами России – мера вынужденная, которая должна рассматриваться как временная, до внесения соответствующих изменений в действующее законодательство.

Не урегулированным остается и вопрос о применении по аналогии постановлений Пленума Верховного Суда РФ. Такого рода практика существует, в том числе и так называемая «оптовая аналогия», касающаяся применения по аналогии правовых режимов, а не отдельных норм [26], хотя буквальное толкование норм названных выше федеральных кодексов, предусматривающих применение права по аналогии, конечно же, не дает такой возможности. В любом случае подробное регулирование применения по аналогии не только норм, но и разъяснительных актов – вопрос назревший и требующий своего разрешения, так как на данный момент он разрешается лишь на уровне научной доктрины и некоторой судебной практики.

Таким образом, в российской правовой системе сложилась довольно обширная судебная практика применения права по аналогии. В то же время институт аналогии сохраняет межотраслевой характер, а соответствующие нормы права не отличаются систематизированностью.

Требует правового опосредствования целый ряд вопросов: не установлены принципы применения аналогии в публичном праве и не определены особенности использования аналогии применительно к императивным нормам частного права; напрямую не закрепляются полномочия высших судебных органов России по восполнению пробелов, хотя такого рода практика имеет место; нет законодательного ответа на вопрос о том, возможно ли применение по аналогии постановлений Пленума Верховного Суда РФ.

Думается, что решение указанных вопросов путем совершенствования действующего законодательства, а также с помощью принятия специального федерального закона способствовало бы более эффективному развитию судебной практики, связанной с применением норм института аналогии.

### Литература:

1. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. – 150 с.
2. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения – М.: Юридическая литература, 1974. – 184 с.
3. Забигаило В.К. Проблема «пробелов в праве». Критика буржуазной теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Киев, 1972. – 26 с.
4. Леушин В.И. Динамичность советского права и восполнении пробелов в законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1971. – 22 с.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 29.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
6. Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 г. № 138-ФЗ (ред. от 28.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.
7. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 28.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.
8. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 г. № 21-ФЗ (ред. от 28.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 2015. – № 10. – Ст. 1391.
9. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 г. № 188-ФЗ (ред. от 31.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 2005. – № 1 (Ч. I). – Ст. 14.
10. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 29.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 1996. – № 1. – Ст. 16.
11. Уголовный кодекс РФ от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 31.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.
12. Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 31.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 2001. – № 52 (Ч. I). – Ст. 4921.
13. Налоговый кодекс Российской Федерации, часть первая от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (ред. 28.12.2017 г.) // СЗ РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3824.
14. Пантюшов О.В. Применение аналогии закона (права) в налоговых спорах // Адвокат. – 2016. – № 9. – С. 56-59.
15. Фаткуллин Ф.Н., Фаткуллин Ф.Ф. Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие. – Казань: КЮИ МВД России, 2003. – 351 с.
16. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 05.02.2018 г.) // СЗ РФ. – 2002. – № 1 (Ч. I). – Ст. 3.
17. Жильцов М. Как судебная практика преодолевает дефекты трудового права // Кадровик. Трудовое право для кадровика. – 2010. – № 6. – С. 54-55.
18. 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.
19. Гаврилов Э.П. О неустойке // Хозяйство и право. – 2012. – № 10. – С. 30-35.

20. Сабо И. Социалистическое право. Пер. с венгерского / Под ред. Туманов В.А. – М.: Прогресс, 1964. – 396 с.
21. Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 4 / Под. ред. Осипов Ю.К., Чиркин В.Е. – Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1966. – 203 с.
22. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. – Л., 1970. – № 3. – С. 57.
23. Пункт 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2004. – № 6.
24. Абз. 2 п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.11.2006 г. № 52 (ред. от 28.09.2010 г.) «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2007. – № 1.
25. Зорькин В.Д. Проблемы законодательных пробелов: Выступление. Вильнюс, 03.06.2008 г. – URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=19> (дата обращения: 16.01.2018).
26. Микрюков В.А. Аналогия закона и аналогия права в позициях высших судов Российской Федерации // Современное право. – 2016. – № 11. – С. 53-57.

## The Role of Judiciary Practice in Overcoming and Filling Gaps in Law

*A. V. Krasnov*

*Kazan Branch of Russian State University of Justice*

*Judiciary practice in Russian law system is connected with processes of both overcoming and filling the gaps. Law regulation in the specified sphere does not demonstrate completeness and consistency. Courts of different levels use institute of analogy for filling the gaps in making decisions, and the higher judicial bodies of Russia, in fact, face gaps in the legislation without judicial power to it. Act interpreting the law are applied by although the given issue demands legal regulation as well.*

*Key words: gap in the law, analogy of the law, law application, judiciary practice, law system, judicial interpretation of the law.*

