

ISSN 2072—909X

Российское правосудие

№ 10(78) 2012

Научно-практический журнал

Основан в 2006 году
Издается ежемесячно

Журнал включен Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации в Перечень рецензируемых научных журналов и изданий для опубликования основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата юридических наук

Учредитель:

Российская академия правосудия
Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзором).
Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77—49822 от 11 мая 2012 г.

Подписной индекс в каталоге «Газеты. Журналы» агентства «Роспечать» на 2012 г. — 36605

Главный редактор:

Архипова Л. Б.,
кандидат юридических наук

Ответственный секретарь:

Кудрявцева Т. Ф.

© Российская академия правосудия, 2012

Адрес редакции: 117418, г. Москва,
ул. Новочеремушкинская, д. 69а
Тел.: 332—51—49; 332—51—19
E-mail: rajmagazine@yandex.ru

При перепечатке и цитировании материалов ссылка на журнал «Российское правосудие» обязательна.

Издатель:

ЗАО «Грифи К»

Корректор: Скоробогатова О. М.

Верстка: Медведева И. В.

Подписано в печать 00.10.2012 г.

Формат 70×100/16.

Объем 9,1 усл. печ. л.

Тир. 4000

Редакционный совет:

Гусев А. В., Генеральный директор Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации

Ершов В. В., ректор Российской академии правосудия

Иванов А. А., Председатель Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

Капустин А. Я., президент Ассоциации международного права

Кузнецов В. В., Председатель Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации

Лебедев В. М., Председатель Верховного Суда Российской Федерации

Лукин В. П., Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации

Сидоренко Ю. И., Председатель Совета судей Российской Федерации

Степашин С. В., Председатель Счетной палаты Российской Федерации

Хабриева Т. Я., директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

Яковлев В. Ф., советник Президента Российской Федерации

Содержание

Теория права и государства

<i>Шафиров В. М.</i> Проблема пробелов в праве и современное (интегративное) правопонимание.....	5
--	---

Административное право

<i>Князев С. Д.</i> Административная ответственность за выезд на полосу встречного движения: правовые нормы и реалии.....	14
<i>Иванова Е. Г.</i> Критерии малозначительности административного правонарушения, предусмотренного статьей 14.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях	23

Гражданское право и процесс

<i>Гавришин М. П.</i> Особенности правового статуса хозяйственного партнерства	29
<i>Шайхеев Т. И.</i> Сведения об ответчике: несоответствие норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и законодательства об исполнительном производстве	39
<i>Дацук С. Ю.</i> О понятии «производная ценная бумага»	42
<i>Шадловская О. Д.</i> Актуальные проблемы исполнения судебного приказа	50
<i>Керимов А. И.</i> К вопросу о классификации недействительных сделок	57

Криминалистика

<i>Павликов С. Г.</i> Значение криминалистической характеристики в раскрытии, расследовании и предупреждении преступлений.....	66
--	----

Философия права

<i>Оглезнев В. В.</i> Г.Л.А. Харт и Р. Дворкин о судебском усмотрении: бихевиористский подход	67
---	----

Поздравляем с юбилеем!	79
-------------------------------------	----

Книжное обозрение

<i>Булатецкий О. Ю.</i> Особенности развития правовой науки в России (1917–1964 гг.).....	81
---	----

Конференции, совещания, семинары

<i>Сафонов В. И., Лиска О. М.</i> Российская государственность: исторический опыт и альтернативы развития развития (по итогам Общероссийской научно-практической конференции).....	84
<i>Костовская Н. В.</i> Международная научно-практическая конференция «Судоустройственные и судопроизводственные проблемы судебной власти в Российской Федерации»	93

Резюме (на англ. яз.)	110
------------------------------------	-----

Проблема пробелов в праве и современное (интегративное) правопонимание

**Шафиров
Владимир Моисеевич**

*заведующий кафедрой теории
государства и права
Юридического института Сибирского
федерального университета,
заслуженный работник высшей
школы Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор*

Проблема пробелов в праве относится к числу основательно исследованных в юридической науке. Значительный вклад в ее разработку внесли и отечественные правоведы. Под пробелом в праве обычно понимается отсутствие (полное или частичное) конкретной юридической нормы в отношении жизненных обстоятельств, которые в целом находятся в сфере правового регулирования. Наличие пробелов в условиях режима законности считается нежелательным, относится к существенным недостаткам правовой системы. Чем меньше пробелов в законодательстве, тем оно совершеннее, а, следовательно, прочнее законность. Устранением пробелов должны заниматься правотворческие органы. Но правотворческий процесс сложный и продолжительный, а решение важных юридических вопросов в ряде ситуаций может неоправданно затянуться. Поэтому «пробел не освобождает правоприменителя от необходимости разрешить

возникший юридический вопрос, принять по нему индивидуальное правовое предписание»¹.

Для таких случаев в науке разработаны два способа преодоления пробелов: аналогия закона и аналогия права. Оба этих способа восполнения пробелов в праве получили официальное закрепление в законодательстве (ч. 2, ст. 6 ГК РФ, ч. 2, ст. 7 ЖК РФ, ст. 5 СК РФ, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ и др.). Следует лишь заметить, что все научные результаты (их фундаментальный характер сомнению не подлежит) получены в рамках теории позитивного права, ее важнейшего направления — нормативной школы правопонимания. Именно в данной научной школе в качестве центрального и, по сути, единственного элемента содержания права выделяется норма, т. е. общеобязательное, формально-определенное, обеспеченное государственным принуждением предписание. Данная сторона видения права, пробелов в праве, безусловно, необходима.

Вместе с тем право есть явление многоаспектное. Ни одна из теорий в отдельности не дает, да и объективно не может дать полное и всестороннее представление о праве и его проблемах. В полной мере это относится к проблеме пробелов в праве. Вот почему все большее значение приобретает интегративное видение права², основанное не на противопоставлении различных концепций права, а на их интеграции, на основе человеческого из-

мерения³. Человеческое измерение выступает в качестве общего системообразующего критерия. Это позволяет не только интегрировать разные традиции, школы правопонимания (и прежде всего естественного права и юридического позитивизма), но и обосновывать новое качественное явление — естественно-позитивное право, или позитивное право в человеческом измерении. В естественно-позитивном праве первичным элементом содержания права являются не нормы, а права, свободы и обязанности.

В зависимости от того, что имеется в виду под содержанием права, должен решаться вопрос о выборе «строительных материалов» для организации его внутренней структуры. Когда под содержанием права понимают права, свободы и обязанности, то «строительным материалом» служат нормативные регулятивные средства.

Кстати, и те ученые, которые не разделяют такой взгляд на содержание права (считая, что оно состоит из норм права), когда заходит речь о внутренней форме (структуре) права, в качестве ее первичного элемента также называют норму права.

Любая концепция права будет ошибочной, если она игнорирует роль нормы — самостоятельного, значимого, наиболее распространенного явления регулятора. Столь же ошибочно как для исследования, так и для обучения и практической работы видеть в норме права единственный регулятор поведения. Право как нормативная регуляция не сводится к нормам или к их системе. *Юридическая норма* есть одно из ее проявлений, один из носителей важнейшего свойства права. Другим носителем данного свойства права выступают нормативные обобщения.

Нормативные обобщения — это нормативные регулятивные сред-

ства, которые в сжатом, концентрированном виде выражают содержание права: правовые принципы, цели, задачи, дефиниции, презумпции и т. п. Только ориентируясь на весь данный комплекс нормативных регулятивных средств и можно обеспечить системное, концептуальное восприятие права в качестве нормативного регулятора поведения.

Официальное признание наличия наряду с нормами других регуляторов поведения можно найти в нормативных актах. Так, в ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации говорится о двух самостоятельных правилах: общепризнанных принципах и нормах международного права. В ст. 5 СК РФ установлено: «...При отсутствии... норм права и обязанности членов семьи определяются исходя из общих начал и принципов семейного или гражданского права..., а также принципов гуманности, разумности и справедливости».

Следовательно, узко нормативный подход, выделяющий в качестве первичного элемента системы права только норму права, вступает в противоречие и с положениями теории и практики. Изменение представлений в данном вопросе позволит:

во-первых, признать факт существования наряду с нормой других правовых правил, способных в сочетании с нормой или непосредственно регулировать поведение⁴;

во-вторых, пересмотреть позицию, связывающую регулятивные качества только с наличием структуры (гипотеза, диспозиция, санкция), характерной для нормы;

в-третьих, отказаться от использования лишенных смысла и вносящих путаницу словосочетаний: «нормы-принципы», «нормы-цели», «нормы-задачи», «нормы-дефиниции» и т. п.;

в-четвертых, сделать обязательным во всех случаях реализации

права выявление смысла правового регулирования возникших отношений;

в-пятых, внести необходимые коррективы в учение об установлении и восполнении пробелов в процессе реализации права.

В основе учения о восполнении пробелов лежат две находящиеся между собой в противоречии идеи. В одной из них обосновывается представление об ограниченном характере применения института аналогий в праве, поскольку он предполагает широкое усмотрение должностных лиц. Последнее в рамках режима законности относится к нежелательным действиям. В другой идее проводится мысль, что публичные властные органы не могут отказываться от решения конкретного юридического дела по причине неполноты законодательства. Поэтому применение сходных правил поведения необходимо. Теоретическая неопределенность в вопросе привела к тому, что какой-либо системности, последовательности, а тем более обязательности реализации рассматриваемого института на практике не сложилось.

Приведу конкретный пример, подтверждающий сказанное в отношении аналогии закона.

Одинокую маму из города Воркуты работодатель уволил по сокращению штата с государственной гражданской службы, хотя она одна воспитывала шестилетнего сына. Данная позиция работодателя была поддержана Воркутинским городским судом Республики Коми и судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда Республики Коми. Юридической основой решения стали нормы статей 31, 33, 37 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации», в которых не содержится гарантия от увольнения в подобном случае. Попытка применить сходные нормы даже

не предпринималась, хотя такие правила в законодательстве есть. В частности, по данному основанию нельзя уволить одиноких женщин-военнослужащих, сотрудниц органов внутренних дел и прокуратуры, не говоря уже о женщинах, занятых на производстве.

Не соглашаясь с такими решениями, одинокая мама обратилась в Конституционный Суд с просьбой признать указанные статьи противоречащими Конституции Российской Федерации. В Постановлении от 22 ноября 2011 г. Конституционный Суд особо обратил внимание на то, что относительно такой категории граждан, как одинокие матери, воспитывающие ребенка в возрасте до 14 лет, необходим учет «...в правовом регулировании в сфере труда не только формально-юридических критериев, но и **сходства фактического положения** (выделено мною. — В. Ш.), в котором находятся эти женщины, наряду с профессиональными обязанностями выполняющие общественно значимую функцию воспитания детей, не имея поддержки, и потому нуждающиеся в повышенной государственной защите». И далее: «В системе действующего правового регулирования специальные меры государственной защиты, которые предоставляются одиноким матерям, воспитывающим ребенка в возрасте до 14 лет, включают гарантии, направленные на предотвращение потери ими работы (увольнения с государственной службы) и утраты заработка (денежного содержания), в частности запрет увольнения по инициативе работодателя (представителя нанимателя) в связи с сокращением численности или штата (проведением организационно-штатных мероприятий).

Данная гарантия предоставляется как тем из них, кто работает по трудовому договору (ч. 4 ст. 261

Трудового кодекса Российской Федерации), так и тем, кто проходит военную либо правоохранительную службу (п. 25 ст. 34 Положения о порядке прохождения военной службы, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 16 сентября 1999 года № 1237; п. 3 ст. 40.1 и ст. 43 Федерального закона от 17 января 1992 года № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»; ст. 54 Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации, утвержденного Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 23 декабря 1992 года № 4202-1, и др.)»⁵.

Как видно из примера, Конституционный Суд, вырабатывая свою правовую позицию, первоначально обращается к аналогичным нормам, регулирующим права одиноких мам, занятых в различных сферах профессиональной деятельности, т. е., по сути, применяет аналогию закона. В процессе правовой оценки задействованы и другие нормативные регулятивные средства: принципы, цели права. В Постановлении Суда отмечается: «Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, любая дифференциация, приводящая к различиям в правах граждан в той или иной сфере правового регулирования, должна отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, в том числе ее статей 17 (часть 3), 19 (части 1 и 2) и 55 (часть 3), в силу которых такие различия допустимы, если они объективно оправданы, обоснованы и преследуют конституционно значимые цели, а для достижения этих целей используются соразмерные правовые средства; из конституционных принципов справедливости, равенства и соразмерности вытекает обращенный к законодателю запрет вводить различия в правовом положении лиц, принадлежащих к одной категории, которые не имеют объективного и разумного

оправдания (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях)»⁶.

В итоге Конституционный Суд, опираясь на аналогичные нормы, нормативные обобщения, выявляет истинный смысл правового регулирования в отношении одиноких мам, воспитывающих ребенка в возрасте до 14. Это стало юридическим основанием распространения гарантии от увольнения на женщин, состоящих на государственной гражданской службе. Решение было принято в пользу подавшей жалобу гражданки.

Возникает вопрос: входило ли в компетенцию судов общей юрисдикции Республики Коми применение аналогии закона? Да, такая компетенция презюмируется ст. 11 ГПК РФ: «В случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона)...». Другое дело, что сама компетенция изложена в статье без должной определенности. Неясно, во всех или не во всех случаях ее применять, какие есть ограничения, ее применение является правом или обязанностью публичного органа государственной власти, ничего не сказано о необходимости при аналогии закона выявлять смысл правового регулирования. Практически решение применять или нет аналогию закона отдано на усмотрение должностных лиц. Поэтому вполне понятно, что нередко правоприменители выбирают более простой, не обременительный для себя путь, а именно: руководствуются презумпцией полной пробельности права (закона) при рассмотрении спорного случая. Что и произошло в ситуации с одинокой мамой, воспитывающей ребенка до 14 лет.

И все же положительная (хотя и противоречивая) судебная практика есть.

Показательно в этом отношении дело отца-одиночки. Отец-одиночка обратился в Пенсионный фонд за сертификатом для получения материнского капитала. Особенность его ситуации в том, что он воспитывает двоих детей от разных матерей, одна из которых умерла, а другая лишена родительских прав. Пенсионный фонд ему отказал, ссылаясь на то, что подобные случаи закон просто не предусматривает. Районный суд также отказал в иске. Но Верховный Суд Республики Башкортостан отменил решение районного суда, подойдя с позиции защиты интересов детей, с позиции справедливости, и при принятии решения руководствовался Конституцией Российской Федерации. А тем временем Пенсионный фонд сопротивляется решению суда и уже подал апелляцию⁷.

В данном примере сталкиваются два противоположных взгляда на понимание права. Пенсионный фонд отстаивает «жесткое» позитивистское видение права. Для него важнее строго следовать букве закона: нет нормы, закрепляющей право отца-одиночки на материнский (семейный) капитал, значит, надо отказывать в благоприятном для отца исходе дела. Суд Республики Башкортостан придерживался современной модели правопонимания: поддерживая требования отца-одиночки, он обосновывал свою позицию, опираясь на принцип справедливости, цель правового регулирования — защита интересов детей. Отдельно следует подчеркнуть, что при принятии решения Суд Республики Башкортостан руководствовался Конституцией России. Очевидно также, что, проводя юридическую квалификацию требований отца, высший Суд Республики применял аналогичные нормы, которые действуют в отношении матери. Все это позволило в процессе разбираемых обстоятельств выявить

действительный смысл правового регулирования, принять законное, разумное и справедливое решение.

Теперь обратимся к аналогии права. В ч. 2 ст. 6 ГК РФ записано: «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Прежде всего представляется некорректным использование термина «аналогия» применительно к общим началам права. Когда раскрывается аналогия закона, то, бесспорно, мы имеем дело с привлечением норм (данной или смежной отрасли права), регулирующих сходные отношения. Однако о каком сходстве и с чем может идти речь, например, в отношении общеправового принципа равенства (ибо он по своей сути уникален и неповторим)? Непонятно — какое сходство и с чем можно найти, руководствуясь смыслом законодательства. Смысл — это содержание, значение чего-нибудь⁷. Определение смысла права при отсутствии норм требует не поиска сходных явлений, а перехода на более высокий концептуальный уровень (общих положений) познания его сути. Предметом анализа должны стать разнообразные нормативно-регулятивные средства: принципы, цели, задачи права, правовые понятия, презумпции и т. д., в которых выражен тот или иной фрагмент сущности и содержания права. Иными словами, познание смысла права представляет собой сложный мыслительный процесс, идущий от отдельного элемента внутренней формы права к их совокупности и далее, к формированию обобщенного вывода, позволяющего раскрыть смысл права в человеческом измерении. Этот процесс никакого отношения к аналогии права не имеет⁹.

Вносит путаницу и предложение исходить из общих начал и требований добросовестности, разумности и справедливости. Справедливость, как известно, принято относить к общим началам, т. е. принципам права. Кроме того, правильное было бы перечислить в статье Кодекса хотя бы основные нормативные регулятивные средства, на которых следует основываться при отсутствии сходной нормы.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что установление смысла законодательства нецелесообразно связывать с аналогией права. Исходить из смысла права, законодательства нужно всегда — как в ситуациях, урегулированных конкретными нормами, так и не урегулированных ими.

Пробелы, устанавливаемые и выполняемые в процессе реализации права, связаны с отношениями, которые входят в сферу правового регулирования. Сфера — это область, пределы распространения правил поведения. Действительно, отсутствие конкретной нормы, регуливающей ту или иную разновидность отношений, свидетельствует о неполноте регулирования. Несмотря на это, отношение продолжает оставаться в сфере правового регулирования. И это не случайно. Как уже указывалось, нормативность права немыслима вне разнообразия регулятивных средств. Нормативные обобщения обеспечивают пусть самое общее, но правовое воздействие на отношения. Ключевой вопрос в данной связи — определение очередности действия регулятивных средств. На первый план здесь выходит, конечно, юридическая норма. Норма содержит уже готовую модель поведения, а значит, несет выверенную информацию о правах и (или) обязанностях. Поэтому ставится задача прежде всего попытаться найти норму (нормы), регулиющую родственные отношения.

С этой целью и применяется аналогия закона¹⁰. Но поиск и установление сходной нормы не исключает, а обязательно должен предполагать обращение и к другим средствам-регуляторам: правовым принципам, целям, задачам, дефинициям, презумпциям и т. д. Комплексная, системная нормативная оценка жизненных обстоятельств нужна для более точной правовой квалификации и вынесения справедливого и разумного решения. С помощью лишь подбора сходных норм этого добиться нельзя.

Следовательно, нахождение отношения в сфере правового регулирования дает основания для выделения **презумпции относительной беспробельности права**. Данная презумпция содержит предположение о возможности установление прав и обязанностей при неполноте правового регулирования, в частности из-за отсутствия нормы. Другими словами, презумпция относительной беспробельности права, подтверждая факт наличия неполноты в законодательстве, одновременно обращает внимание на то, что отношение находится в сфере правового регулирования и формирует у субъектов реализации установку на поиск сходных норм, обращение к нормативным обобщениям, т. е. на решение вопроса по существу. В этом проявляется одна из важнейших сторон индивидуального регулирования.

К сожалению, настоящая презумпция остается незамеченной как в теории, так и на практике. Более того, реализация требования о необходимости обращения к смыслу правового регулирования затрудняется широким распространением другой презумпции — презумпции полной пробельности права. Это приводит к тому, что в процессе решения конкретного вопроса институт аналогии работает либо неэффективно, либо вообще не применяется. Вме-

сте с тем влияние презумпции пробельности права правильное связывать только с отношениями, которые находятся вне сферы правового регулирования или с отношениями, которые правом не регулируются. Такие пробелы ликвидировать может только законодатель.

Потребность в использовании презумпции относительной беспробельности права возрастает, когда речь заходит о правах и свободах личности. На это ориентируют конституционные положения: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью» (ст. 2). «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). Данные положения Конституции имеют всеобщее, универсальное значение, с опоры на них должен начинаться и заканчиваться любой процесс правореализации, затрагивающий права и свободы человека. Тогда и станет реальным использовать возможности, заложенные в формуле: «Можно делать всё, что правом (законом) не запрещено». Ценность приведенной формулы в кратком и точном словесном выражении сути правового регулирования — предоставление свободы (прав и свобод). Правовую свободу нельзя поставить в жесткие рамки, строго определить все ее качественные и количественные характеристики. Однако нельзя ее оставить без ориентиров различной степени определенности. Такими ориентирами и выступают нормы права и нормативные обобщения. Позитивного права вне той или иной степени определённости вообще не существует.

В данной связи заслуживают внимания рассуждения Н. И. Матузова о соотношении принципа «все,

не запрещенное законом, дозволено» с правовой аналогией: «Представляется, что они не исключают, а дополняют друг друга. Различие же состоит в том, что, во-первых, аналогия существует не во всех отраслях права, в то время как принцип “всё, что не запрещено законом, дозволено” является общеправовым; во-вторых, аналогия применяется только судом при разрешении конкретных дел и притом в сравнительно редких случаях, тогда как принцип дозволенности связан с постоянным поведением всех субъектов; в-третьих, аналогия — один из способов восполнения пробелов в праве, указанный же принцип не связан с пробельностью в законодательстве. Наличие аналогии в нашем праве лишний раз доказывает, что правомерно и подлежит защите не только то, что предусмотрено в законе, но и то, что не предусмотрено, но находится в сфере правового регулирования»¹¹.

Н. И. Матузов, пожалуй, одним из первых обратился к вопросу о соотношении принципа «все, не запрещенное законом, дозволено» и правовой аналогии. Он обоснованно считает, что оба раскрываемых правовых явления не исключают, а предполагают друг друга. Отводя принципу более значимую роль в правовом регулировании, Н. И. Матузов справедливо относит его к разряду общеправовых, связывает его действия с широким кругом субъектов. Соглашаясь в этом с ученым, необходимо сделать ряд уточнений.

Прежде всего нуждается в углублении характеристика взаимосвязи принципа «дозволено незапрещенное» с правовой аналогией. Они не просто дополняют друг друга, а выступают как общее и особенное (единичное). Аналогия существует не вне и не наряду с общим дозволением, а как одна из функционирующих в его рамках возможностей.

В тех же отраслях права, в которых на нее наложен запрет, она не допускается.

Требует уточнения положение о том, что аналогия применяется только судом. Представляется, что все право-дееспособные субъекты могут применять аналогичные нормы. Поэтому как одно из проявлений общего дозволения аналогия при наличии необходимой правовой культуры доступна физическим и юридическим лицам при непосредственной реализации права (использовании прав). Никаких запретов на этот счет нет.

Вызывает возражение суждение Н. И. Матузова о том, что наличие аналогии в нашем праве доказывает, что правомерно и подлежит защите и то, что не предусмотрено законом, но находится в сфере правового регулирования. Как уже отмечалось, у аналогии более скромное предназначение: способствовать восполнению пробелов с помощью норм, регулирующих сходные отношения (аналогия закона). В случаях отсутствия даже сходных норм используется не институт аналогии, а нормативные обобщения, помогающие правоактивному субъекту определять права и обязанности исходя из смысла права, всей совокупности официально признанных форм (источников) права.

Итак, в современных условиях отсутствие нормы права не является непреодолимым препятствием при организации осуществления и непосредственном осуществлении прав и свобод личности. Для его преодоления в ходе индивидуально-регулирующего необходимо обладать качественными теоретическими знаниями и владеть навыками по выявлению, анализу и реализации закрепленного в нормативных документах комплекса разнообразных нормативных регулятивных средств. Но это, как было показано выше, удастся сделать не всегда и

не всем субъектам. Данное обстоятельство позволяет высветить еще одну острую проблему — **пробелов в профессиональном правосознании**. Сегодня даже судьи не в полной мере готовы руководствоваться в своей деятельности Конституцией Российской Федерации, применять принципы, цели и т. д. права, что в конечном итоге не позволяет им выявлять действительный смысл правового регулирования¹³. Ситуация может ухудшиться, если в обучении юридической профессии возобладает узкая специализация в ущерб фундаментальной подготовке.

Проведенное исследование позволяет заключить: право есть сложное, внутренне сбалансированное социальное явление, обладающее необходимыми ресурсами как для устранения полного пробела, так и частичного пробела в правовом регулировании. Поэтому отсутствие юридической нормы необязательно требует во всех случаях апелляции к правотворческим органам на предмет принятия новых норм. Нормативное регулирование может быть продолжено индивидуальным регулированием с помощью сходных норм и (или) нормативных обобщений. Важным условием здесь выступает основанная на современном (интегративном) понимании права высокая профессиональная и гражданская правовая культура правоприменителя.

¹ Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. Курс лекций. — Казань, 1987. — С. 299.

² Об интегративном понимании права см.: Ершов В. В. Российское право с позиций легизма и интегративного понимания // Российское правосудие. — 2011. — №10. — С. 5–22.

³ Об этом подробнее см.: Шафиров В. М. Естественное-позитивное право. Введение в теорию: монография. — Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004.

⁴ Пересмотр имевших ранее взглядов произошел по отношению к элементам внешней

формы (источникам) права. В отечественном праве на разных этапах его существования главным юридическим источником (даже, можно сказать, моноисточником) считался нормативный правовой акт. Роль других источников права была минимальной. Ситуация ощутимо изменилась после признания международных договоров, заключенных Российской Федерацией, — составной части ее национальной правовой системы. Этот шаг имел значение не только для развития международного права, выстраивания взаимоотношений другими странами, но и — что особенно важно для создания внутригосударственной системы — источников права. В результате развитие получили нормативный договор, правовой обычай. Данное изменение очень четко отметил В. В. Лазарев: «Если... принять во внимание официальное признание в качестве источников права обычаев и прецедентов, то следует вести речь о пробелах в позитивном праве вообще.

Пробел в позитивном праве — это тот случай, когда нет ни закона, ни подзаконного акта, ни обычая, ни прецедента» (Лазарев В. В. Теория государства и права: учебник для вузов / В. В. Лазарев, С. В. Лепень. — 4-е изд., испр. и доп. — М.: Изд-во Юрайт, 2010. — С. 353).

⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 31, пункта 6 части 1 и статьи 33 и статьи 37 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки В. Ю. Боровик // Российская газета. — 2011. — 5 дек.

⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 31, пункта 6 части 1 и статьи 33 и статьи 37 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки В. Ю. Боровик // Российская газета. — 2011. — 5 дек.

⁷ См.: Ильшат Имангулов. Материнский капитал для отца // Российская газета. — 2010. — 5 авг.

⁸ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд. — М.: Азбуковник, 2002. — С. 737.

⁹ См.: Шафиров В. М. Установление смысла законодательства и аналогия права // Российская юстиция. — 2009. — № 9. — С. 2—3.

¹⁰ Хотя термин достаточно условный. Изменения, произошедшие, например, в гражданском законодательстве, связывают применение аналогии закона уже не только с отсутствием нормы в том или ином нормативном акте, прямо регулирующем гражданское отношение. Необходимо также и отсутствие

соглашения сторон и применимого к случаю обычая делового оборота (ч. 1 ст. 6 ГК РФ).

¹¹ См.: Матузов Н. И. О принципе «все, не запрещенное законом, дозволено» // Советское государство и право. — 1989. — № 8. — С. 9.

¹² В литературе высказана критическая оценка данного взгляда: «Представляется необоснованной позиция тех авторов, которые наделяют этим правом только суд. Все или почти все правоприменительные органы имеют полномочия на использование аналогии закона и аналогии права. Об этом свидетельствует и положение статьи 6 ГК РФ, которая не содержит ссылок на каких-либо субъекты, уполномоченные осуществлять аналогию законодательства и права». Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. В. М. Сырых. — М.: Эксмо, 2008. — С. 353.

¹³ И это несмотря на то, что Пленум Верховного Суда Российской Федерации принял специальное постановление от 31 октября 1995 г. (в ред. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 06.02.2007 г.) «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Российская газета. — 1995. — 28 дек.

Контактная информация:

ashafirov@gmail.com

Ключевые слова: пробелы в праве; интегративное понимание права; права и обязанности; сфера правового регулирования; смысл правового регулирования; нормы права и нормативные обобщения; установление и восполнение пробелов в праве; презумпция относительной беспробельности права.

Проблема пробелов в праве исследуется с позиций современного (интегративного) правопонимания. Автор приходит к выводу, что в процессе индивидуального регулирования все правоспособные субъекты могут (должны) с помощью сходных норм и (или) нормативных обобщений устранять неполноту в правовом регулировании без апелляции к правотворческим органам на предмет принятия новых норм. Ориентиром для них служит презумпция относительной беспробельности права.

Деятельность по преодолению пробелов на стадии реализации права необходимо осуществлять постоянно, а не в исключительных случаях.