**Пробелы в праве: способы их устранения и преодоления в гражданском праве России**

Дипломная работа студентки 6 курса заочного отделения специальности «юриспруденция» Пищальниковой Полины Вячеславовны

Пермский государственный университет

г. Пермь 2008

**Введение**

В начале 90-х годов ХХ столетия начался отсчёт нового периода в истории нашей страны, в течение которого произошли глобальные политические и экономические изменения. За столь короткое время экономика России прошла довольно извилистый путь – от командно-административной, через период «дикого капитализма» к наиболее оптимальной модели - рыночной экономике с достаточно высоким уровнем государственной регламентации. Коренная перестройка экономического базиса общества потребовала адекватной перестройки правовой системы.

Становление современной правовой системы протекало довольно сложно и противоречиво в условиях серьёзного политического и экономического кризиса, падения жизненного уровня населения. Создание качественно нового законодательства наталкивалось на многочисленные рифы и подводные течения антидемократического, а нередко и авторитарного характера, противостояние федеральной власти и региональных структур, законодательных и исполнительных органов. Сейчас, на новом этапе развития, основанном на демократизации всех сторон общественной жизни, восстановлении принципов гуманизма и общечеловеческой морали, преобразовании хозяйственных отношений, пришел час подлинного понимания ценности законодательства как объективно необходимого инструмента социального регулирования.

Российское законодательство служит предпосылкой и основой для нормального и эффективного функционирования хозяйственного механизма в условиях рыночных отношений. В настоящее время на первый план выходит социальная составляющая правового регулирования, становиться необходимым обеспечение с помощью права социальной защищённости российских граждан. Осуществлять эти цели без достаточно развитой, научно обоснованной и эффективной нормативно-правовой базы не представляется возможным.

Создать совершенно новую, но при этом бесперебойно работающую с первого дня систему законодательства за столь короткий исторический период времени, естественно, невозможно, ошибки при этом неизбежны. В самом начале этой работы и, к сожалению, до сих пор из правового регулирования выпадают целые отрасли: экономические и правовые.

Известный учёный Н.И. Матузов так оценивает современное состояние правовой системы: «Российское законодательство – сложное, многоотраслевое образование, в котором масса всевозможных разночтений, нестыковок, параллелизмов, несогласованностей, конфликтующих или конкурирующих институтов»1.

Несовершенное, зачастую практически не работающее законодательство явилось одной из причин формирования некоторых отличительных черт российского общества. К ним, по мнению В.Ф. Степанова, относятся: «Слабое развитие правосознания, идей свободы личности и свободного труда, отрицательное отношение к рынку и парламентаризму»2, а также незнание большинством населения своих прав и, что значительно хуже, элементарных обязанностей. Эти особенности являются одной из причин появления такого явления как правовой нигилизм, которое в настоящий момент рассматривается в качестве основного препятствия на пути к формированию гражданского общества. По определению А.С. Бондарева: «Правовой нигилизм личности – сплав незнания права либо поверхностных, отрывочных правовых знаний, правовых предубеждений, отрицательных правовых установок, правовой пассивности либо социально противоправной активности»3.

Существует насущная необходимость в целях ликвидации этих отрицательных явлений постоянно совершенствовать законодательную систему и улучшать правовое регулирование общественных отношений.

Законодателем проделана огромная работа по обеспечению хотя бы минимального уровня правового регулирования, уже можно говорить о создании достаточно хорошо функционирующих некоторых отраслей права. Но, тем не менее, в нашем обществе до сих пор существуют отношения, которые совсем не охвачены правом или охвачены им лишь частично. Другими словами – в системе современного российского законодательства существуют пробелы. В условиях существования в нашей законодательной системе «белых пятен», недосказанностей, неясностей нормотворцам необходимо иметь инструменты для своевременного и качественного их устранения и восполнения.

Кроме того, появление пробелов в законодательстве зависит и от характера конкретной отрасли права. Например, стремление российского законодателя обеспечить высокую степень диспозитивности гражданских правоотношений привело к включению в ст. 8 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации от 30 ноября 1994 г.4 (далее по тексту – ГК) нормы, прямо предусматривающей, что гражданские права и обязанности могут возникнуть из действий граждан и юридических лиц, которые, хотя и не предусмотрены законом или иными правовыми актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают их.

П. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 г.5 (далее по тексту – Конституция) гарантировал каждому право на судебную защиту его прав и свобод. Гарантия судебной защиты означает, с одной стороны, право каждого подать жалобу в соответствующий суд и, с другой, обязанность последнего рассмотреть эту жалобу и принять по ней законное, справедливое и обоснованное решение. При этом если спорное правоотношение находится в границах правового поля, суд не может отказать в иске на основании отсутствия закона или иного источника права. То есть, в национальной системе законодательства должны быть предусмотрены приёмы и способы, позволяющие правоприменителю выносить решение в условиях отсутствия правовых норм.

Пробелы в праве закономерны не только для России, учёные-правоведы давно обратили внимание на данное юридическое явление. В каждой правовой системе, начиная с древнейших, исследователи права предлагали и разрабатывали способы и пути устранения, восполнения и преодоления пробелов.

Предметом данной дипломной работы будут являться пробелы в праве: определение этого понятия и его правовой природы, изучение причин их возникновения, исследование исторических и предусмотренных существующим российским законодательством способов их устранения и преодоления.

Актуальность данной темы обусловлена тем, что пока нельзя назвать систему законодательства России совершенной, но правоприменитель в любой ситуации должен иметь способы и инструменты, позволяющие осуществлять правовое регулирование определённого общественного отношения. В связи с тем, что автор данной работы специализируется на изучении гражданского права, основное внимание будет сосредоточено именно на этой отрасли.

**Глава 1. Понятие и природа пробелов в праве**

Для того чтобы исследовать сущность и причины возникновения пробелов в праве, необходимо обратиться к первоисточнику, то есть разобраться в вопросе, что есть право и как оно влияет на общественные отношения.

1. Право как особый регулятор общественных отношений

С момента возникновения человеческого общества возникла потребность в регулировании поведения отдельно взятых индивидов и отношений между ними. Первыми формами такого регулирования выступали религиозные нормы, обычаи, мораль.

Мораль представляет собой систему принципов интимного отношения человека к миру с точки зрения должного. Мораль формируется в сознании человека, определяет только внутреннюю сферу его действий. Природа морали и основанных на ней взаимоотношений не предполагает возможности требовать соответствующих действий от другого субъекта, то есть моральное отношение носит односторонний характер: реализующий моральную норму индивид исполняет свою личную моральную обязанность.

Религиозные нормы, нормы этикета, обычаи, как и нормы морали, также никому не предоставляют полномочий, а устанавливают лишь позитивные и негативные обязанности (делать или не делать что-либо). Они требуют только внешнего формального соответствия поведения нормам, но не предполагают действий, направленных на их обеспечение.

В дальнейшем, с развитием и человека и общества в целом появились отношения, которые потребовали наличия права конкретного лица, общества, а потом и государства принуждать конкретных личностей и всё общество к исполнению обязанностей. Так возник специфический регулятор общественных отношений – право.

Право проявляется как специфический порядок общественных отношений, участники которых имеют определённую социальную свободу действовать тем или иным образом, закреплённую в обязанностях других лиц. Мера этой свободы определяется социально признанными и обязательными для всех правилами должного поведения членов общества6. В.М. Корельский роль права оценивает следующим образом: «С помощью права в обществе обеспечивается необходимый правопорядок, разрешаются социальные конфликты и противоречия. Словом, право служит своеобразным обручем, удерживающим общество от саморазрушения»7.

Специфика права заключается в том, что оно, с одной стороны, является регулятором общественных отношений, а с другой - выступает как особая форма этих отношений. Правовые нормы как социально признанные общие правила упорядочивают поведение субъектов путём наделения их соответствующими правомочиями и обязанностями. Каждый в пределах своих прав осуществляет саморегуляцию своего поведения, поскольку волен поступать, как ему хочется и, кроме того, может требовать соответствующего поведения от других субъектов. Также каждому субъекту предоставлена возможность защищать свои права и требовать их восстановления в случае нарушения. Такую защиту может осуществлять как сам управомоченный, так и специальный государственный орган, в том числе и путём наложения на правонарушителя принудительных санкций. В этом и состоит основное отличие правового регулирования общественных отношений от остальных видов регулирования поведения членов общества.

В современных условиях нормы морали, права, религии представляют собой единую систему социального нормативного регулирования и находятся в постоянном взаимодействии. Они имеют свою, чётко определённую «компетенцию», регулируют различные по природе своей человеческие взаимоотношения. Эту связь профессор В.М. Корельский отражает следующим образом: «Право как искусство добра и справедливости, воплощение достижений мировой культуры и цивилизации несёт в общество информацию о добром и справедливом и постоянно подпитывает его гуманистическими идеалами и ценностями. В то же время оно вытесняет из общества чуждые ему отношения и привычки»8.

Хотя право и мораль тесно связаны, различия между ними весьма существенны. Правовые нормы возникают в процессе законодательной и судебной практики, функционирования соответствующих институтов общества и государства, а мораль формируется в духовной сфере жизни. Нормы морали опираются на складывающиеся в сознании общества представления о добре и зле, чести, достоинстве, порядочности, и т.п., которые вырабатываются философией, религией, искусством в процессе этического осмысления мира.

Эти различия были проанализированы Н.Н. Тарасовым и изложены в составленной им таблице9.

Различия права и морали

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Право | Мораль |
| Способ формирования | Закрепляется (издаётся) государством | Возникает стихийно |
| Форма существования | В письменных источниках | В сознании людей |
| Способ обеспечения | Обеспечивается государством | Поддерживается силой общественного воздействия |
| Характер регулятивного воздействия | Через механизм регулирования | Непосредственно через сознание |
| Сфера действия | Отношения, подконтрольные государству | Отношения, неподконтрольные государству |

Из вышеизложенного можно сделать несколько выводов:

- понятие «общественное отношение» первично по отношению к понятию «право»;

- право является особым регулятором общественных отношений;

- не все общественные отношения могут и должны подлежать правовому регулированию.

2. Понятие и классификация пробелов в праве

В предыдущем параграфе была установлена суть соотношения понятий «право» и «общественное отношение», которая поможет сформулировать понятие «пробел в праве».

Хотя среди специалистов-правоведов существуют различные точки зрения на вопрос об определении сущности пробела, определении понятия «пробел в праве», о причинах происхождения пробелов и их классификации, в основном взгляды большинства учёных сходны.

В.С. Нерсесянц даёт следующее определение: «Под пробелом в праве имеется в виду отсутствие такой нормы права, которая по смыслу действующего права и характеру регулируемых им общественных отношений необходима для регулирования данных конкретных фактических обстоятельств (фактических отношений), находящихся в сфере сложившейся правовой регуляции»10.

В данной дефиниции автор указывает на основную черту пробела в праве: отсутствие нормы права необходимой для регулирования конкретных общественных отношений. Также он предлагает различать понятия:

«Пробел в позитивном праве – это тот случай, когда нет ни закона, ни подзаконного акта, ни обычая, ни прецедента.

Пробел в нормативно-правовом регулировании – отсутствие норм закона и норм подзаконных актов.

Пробел в законодательстве (в узком и точном смысле этого слова) – отсутствие закона (акта высшего органа власти) вообще.

Пробел в законе – неполное урегулирование вопроса в данном законе. Подобно этому можно говорить о пробелах в иных нормативных актах, обычаях, прецедентах. Как правило, отсутствие или неполнота нормы в данном акте есть и его пробел, и пробел права в целом»11.

Таким образом, профессор В.С. Нерсесянц анализирует и конкретизирует понятие пробела в зависимости от источников права. Давая понятие «пробел в позитивном праве», автор расширяет состав источников, которые могли бы устранить или восполнить правовой пробел, включая в них не только акты законодательных органов, но и иные правовые акты (указы Президента и постановления Правительства), акты федеральных органов исполнительной власти, обычаи имущественного оборота и в сфере вещных правоотношений, судебную практику.

Причиной пробелов В.С. Нерсесянц считает12:

- во-первых, неизбежное отставание законодательства от более динамично развивающихся общественных отношений;

- во-вторых, ошибки и упущения самого законодателя, низкий уровень его законотворческой культуры.

С.А. Комаров предлагает определить это понятие следующим образом: «Пробел в праве – это отсутствие конкретного нормативного предписания в отношении фактических обстоятельств, находящихся в сфере правового регулирования, иными словами, это отсутствие нормы права для регулирования какого-либо вида общественных отношений. Необходимо подчеркнуть, что пробел в праве – это понятие, в основе которого лежит неполнота юридической базы применения права»13.

Данный автор тоже подчёркивает указанный основной признак пробела, но, развивая мысль, делает упор на невозможность применения права к общественным отношениям из-за содержащихся в нём дефектов.

А.Ф. Черданцев под пробелом в праве предлагает понимать «отсутствие нормы права, которая должна быть в системе права с точки зрения принципов и оценок самого права»14.

Пробел в праве указанный автор характеризует как ситуацию, «когда имеется факт, по своему характеру находящийся в сфере правового регулирования, требующий правового разрешения, однако норма права, его предусматривающая, отсутствует»15.

А.Ф. Черданцев для характеристики пробела в праве также использует системный его признак, позволяющий отличить данное явление от смежных юридических понятий: отсутствие правового регулирования определённых общественных отношений. Границей явлений, входящих в систему правового регулирования и не требующих его, исследователь предлагает считать принципы и оценки самого права.

Используя в определении термин «норма права», А.Ф. Черданцев, как и С.А. Комаров, имеет в виду правовое регулирование общественного отношения только с помощью норм права, понимая под ними исходящие от государства и им охраняемые общеобязательные, формально-определённые предписания, выраженные в виде правил поведения или отправных установлений16. То есть, указанные авторы не рассматривают возможность правового регулирования общественных отношений с помощью иных источников - подзаконных актов, обычаев или судебной практики, в отличие от профессора В.С. Нерсесянца.

Профессор В.И. Леушин считает, что: «Пробел в законодательстве – это отсутствие конкретной нормы, необходимой для регламентации отношения, входящего в сферу правового регулирования»17.

Автор также рассматривает данное юридическое явление в узком, собственном, смысле как отсутствие законодательного регулирования определённой сферы отношений в обществе. Этот учёный выделяет две причины возникновения пробелов:

- появление новых общественных отношений, которые на момент принятия закона не существовали и не могли быть учтены законодателем;

- упущения при разработке закона18.

Известный теоретик права В.В. Лазарев предлагает, на наш взгляд, наиболее полное определение:

«Пробелом в праве называется 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»19.

Хотя данная дефиниция была сформулирована в советский период истории развития права и основана на марксистко-ленинском подходе, господствовавшем в то время, она отличается от вышеприведённых наиболее полной характеристикой определяемого понятия. Достоинства данного определения состоят в следующем:

1. Автор предлагает понимать под пробелом в праве не только ситуацию, когда правовые нормы полностью отсутствуют, но и когда нормы права охватывают не весь объём общественного отношения, затрудняя, таким образом, его регулирование.

2. Источником права В.В. Лазарев называет «нормативные установления», расширяя тем самым виды источников, способных регулировать общественные отношения, в отличие от авторов, рассматривающих пробелы только в законодательстве.

3. Автор обосновывает необходимость правового регулирования общественных отношений не только их развитием и потребностями действующего законодательства, но и классовой волей. В современных условиях понятие «классовая воля» можно заменить на «общественное мнение», понимая под этим, что потребность в правовом регулировании может возникнуть не только у законодателей («сверху»), но и у населения конкретного государства («снизу»). Донести своё мнение до творцов права народ может с помощью разнообразных демократических инструментов: выборы, референдумы, обращение к депутатам с законодательными предложениями, публикации в средствах массовой информации, научные дискуссии и другие.

В.В. Лазарев к указанным добавляет следующие причины пробелов20:

- неудачное расположение правовых норм в законодательном акте, например, норма, по сути относящаяся к регулированию нескольких сходных отношений помещена не в общей, а в особенной части;

- несоблюдение законодательной техники;

- несовершенство структуры правовой нормы.

Анализируя данные определения, можно выделить следующие характерные признаки пробела в праве:

1. Существование конкретного, фактического жизненного обстоятельства, находящегося в сфере правового регулирования или должного в ней находиться исходя из принципов определённой отрасли законодательства или всей системы права в целом.

2. Отсутствие нормы права, которая призвана регулировать данное обстоятельство, а также её неполнота.

Таким образом, пробел в праве является несовершенством права, это отсутствие реального содержания, которое должно являться необходимым компонентом правового регулирования, это дефект структурного построения системы права, её недостаток.

Российские учёные классифицируют пробелы в позитивном праве по нескольким основаниям:

1. По объёму регулирования общественного отношения:

а) пробел вследствие полного отсутствия правового регулирования общественного отношения – возникает из-за того, что в обществе существует отношение, которое должно быть урегулировано правом, но правовые нормы, призванные регулировать данное отношение, в законодательстве отсутствуют. Например, коррупция – позорное, но, к сожалению, объективно существующее в России явление. В обществе, средствах массовой информации, государственных органах давно идут дискуссии по данному вопросу, высказываются разные предложения и точки зрения21. Налицо созревшая общественная необходимость правового регулирования данных отношений. Для искоренения коррупции законодателю необходимо чётко определить это понятие, его содержание, субъектный состав и наказание за совершение этого деяния для виновных, но закон «О коррупции» до сих пор не принят, хотя в научной литературе это явление давно проанализировано, и выдвинуты конкретные предложения по его регулированию22. Отрадно сознавать, что в последнее время высшие должностные лица начали уделять серьёзное внимание дано проблеме, так в интервью британской газете «Файнэншл таймс» Дмитрий Медведев сказал, что необходимо подготовить план по борьбе с коррупцией в стране, который должен включать в себя как минимум три раздела: законодательные изменения в области уголовного права, создание антикоррупционных стимулов и изменение правосознания людей23.

б) пробел вследствие неполного урегулирования общественного отношения – возникает из-за того, что составляющая часть общественного отношения, подлежащего правовому регулированию, правом не охватывается. Например, Федеральный закон от 25 апреля 2002 г. «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»24 регулирует порядок возмещения ущерба участникам аварии страховыми компаниями. Но в нём очень нечётко определён порядок осуществления страховых выплат при аварии с обоюдной виной водителей, что на практике порождает многочисленные споры, в том числе и судебные.

К этой же группе относятся пробелы, обусловленные недостатками юридической техники, то есть возникшие вследствие стилистических и лингвистических ошибок в формулировании нормы, отсутствия определения понятий, использующихся в законодательстве, или отсутствия вспомогательных норм. Сущность данного вида пробелов заключается в том, что в законодательстве существуют правовые нормы, регулирующие все составляющие какого-либо общественного отношения, но на практике обнаруживается, что некоторые нормы невозможно применить, так как отсутствуют какие-либо вспомогательные или расшифровывающие понятия.

В современной системе российского законодательства данная группа пробелов является наиболее многочисленной. Например, в законодательстве используется термин «внешнеэкономическая деятельность» (Постановление Правительства РФ от 10 июня 2005 г. «О введении товарных номенклатур внешнеэкономической деятельности»25, Приказ ФСТЭК РФ от 26 апреля 2005 г. «Об организации в Федеральной службе по техническому и экспортному контролю работы по выдаче заключения о применении мер нетарифного регулирования внешнеэкономической деятельности»26 и другие), но определение данного термина содержится только в Федеральном законе от 18 июля 1999 г. «Об экспортном контроле»27 и может использоваться согласно ст. 1 только для целей указанного закона. Отсутствие легального определения затрудняет отграничение и правовое регулирование собственно внешнеэкономической деятельности от сходных явлений, например приобретения за границей товаров для личных нужд.

Или, п. 1 ст. 17 Федерального закона от 08 августа 2001 г. «О лицензировании отдельных видов деятельности»28 предусматривает, что лицензированию подлежит деятельность по проектированию и строительству зданий и сооружений I и II уровней ответственности. Но при этом ни один действующий нормативный акт не расшифровывает понятие «I и II уровень ответственности», что даёт возможность вольной трактовки закона уполномоченными на его исполнение органами.

2. По времени возникновения29:

а) первоначальные пробелы – обусловлены тем, что законодатель на этапе проектирования нормативного акта знал о наличии жизненных ситуаций, требующих правового регулирования, но по каким-либо причинам не включил соответствующие нормы в законодательство;

б) последующие пробелы – вызываются появлением новых общественных отношений, которые не могли быть предусмотрены законодателем при работе над нормативным актом.

3. По вине нормотворческого органа30:

а) простительные – когда компетентный на издание нормы орган не знал и не мог знать о существовании отношений, требующих (потребующих) правового регулирования;

б) непростительные – на момент издания нормы об этих отношениях государственному органу было известно.

4. По объёму источника права31:

а) абсолютные - полное отсутствие норм права, регулирующих конкретное общественное отношение не только в той отрасли права, которая по смыслу и содержанию должна его регулировать, но и аналогичных норм в смежных отраслях;

б) относительные - отсутствие централизованных норм в конкретной отрасли права, но наличие применимых к общественному отношению норм в смежных или других отраслях.

От пробелов в праве нужно отличать смежные юридические явления, такие как «квалифицированное молчание», «коллизии в праве», «оценочные понятия».

Квалифицированное молчание, по мнению Н.А. Власенко и Т.Н. Назаренко, возникает «в тех случаях, когда законодатель по каким-либо обстоятельствам не считает нужным детализировать правовое регулирование с помощью правовых предписаний, он как бы заранее предполагает, что судья с помощью усмотрения самостоятельно выберет вариант решения»32. Обусловлено это юридическое явление тем, что законодатель не может предусмотреть всего многообразия обстоятельств, подлежащих правовому регулированию, или не считает нужным их регулировать в связи с очевидностью. Например, в ГК прямо не предусмотрена возможность ограничения дееспособности несовершеннолетнего на определённый срок. Так как ограничить человека в дееспособности может только суд, то представляется, что в своём решении он вправе указать срок такого ограничения. В этом случае по истечении установленного срока дееспособность будет считаться восстановленной. В противном случае указанное ограничение будет действовать до отмены такого решения либо до достижения несовершеннолетним возраста 18 лет33.

В юридической литературе нет единого мнения о сущности такого явления как коллизия законов34. Не вдаваясь в подробности научной дискуссии, отметим, что этим термином чаще всего обозначается «расхождение содержания двух и более формально действующих нормативных актов, касающихся одного и того же вопроса»35.

Пробелы и коллизии в праве достаточно сходные явления, по мнению В.Б. Дресвянкина они «являются видами нарушений структурного построения системы права»36. Разница между ними состоит в том, что системным признаком пробела является отсутствие нормы права (полностью или частично), а при коллизии законов нормы существуют, но они конкурируют между собой. В.А. Венгеров отмечает, что: «Причиной коллизий чаще всего являются: ошибки законодателя; несвоевременное обновление законодательства; наличие в системе законодательства актов, фактически утративших силу; сохранение (неотмена) «старых» актов при принятии новых; конфликты норм международного и национального права и т.д.»37.

В правоприменительной практике для разрешения коллизий используется универсальное правило: большую юридическую силу имеет норма права вышестоящего нормативно-правового акта либо акта, принятого позднее38. В законодательном акте могут содержаться и специальные коллизионные нормы, регулирующие применение тех или иных специальных норм к конкретному общественному отношению, например глава 67 «Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц» ГК практически вся состоит из отсылочных и коллизионных норм.

В теории права сформулировано и несколько способов толкования правовых норм в этих ситуациях: приоритет над нормами внутригосударственного права норм международного права, приоритет специальных норм над общими, приоритет федеральных законов над нормами субъектов Федерации39.

Так называемые оценочные понятия широко используются в гражданском законодательстве. Это «относительно-определённое положение, сформулированное в гражданско-правовой норме путём указания наиболее общих признаков, свойств, качеств, связей и отношений разнообразных предметов, явлений, действий, процессов, предусматривающее в рамках содержательных критериев, установленных законодателем, самостоятельную оценку правоприменителем поведения в конкретной ситуации в данной социальной среде и в данное время с учётом внутреннего убеждения»40. Использование оценочных понятий в законодательстве В.Б. Дресвянкин объясняет тем, что «не всегда, в принципе, можно дать юридическое определение того или иного правового явления, требующего правового опосредования»41. Кроме того, невозможно вкладывать один смысл в часто употребляемое в нормативно-правовых актах понятие42. Оценочные понятия позволяют правоприменителю самому осуществлять «конкретизацию абстрактных понятий»43. Например, в ГК часто используются такие формулировки как «иные способы», «другие требования», «другие лица», «несоразмерность», «необходимые расходы» и так далее, могущие иметь различное реальное содержание в зависимости от конкретной ситуации. Как правило, смысл и значение оценочных понятий уясняются с помощью специально-юридического толкования норм44.

3. Объективная и субъективная природа пробелов в праве

Анализируя точки зрения различных авторов на происхождение пробелов в праве, можно выделить две глобальные причины их возникновения:

1. Объективные – обусловлены тем, что правовое регулирование всегда отстаёт во времени от развития социальных и экономических отношений, а нормотворческий орган не может, да и не должен, предсказывать направление их развития.

2. Субъективные – обусловлены различными ошибками нормотворческого органа в процессе принятия законодательных актов - от технико-юридических до политических: неверный выбор формы акта, нарушение процедуры подготовки и принятия акта, неверное определение предмета правового регулирования, недооценка общественного мнения, недостаток правовых средств для воплощения в жизнь норм данного акта и др.

Объективные причины, как уже было сказано, обусловлены неизбежным отставанием правового регулирования, и вызываются следующими основными факторами:

- многообразие и динамизм общественных отношений, составляющих предмет правового регулирования;

- различие интересов и потребностей разных субъектов права45.

Развитие конкретного общественного отношения проходит несколько этапов:

1. Появление единичных случаев – на этом этапе происходит изучение, апробация на практике, придание некой формы новому общественному отношению.

2. Распространение отношения – на данном этапе новое отношение начинает широко применяться в обществе.

3. Решение вопроса о возможности правового регулирования появившегося общественного отношения – на этой стадии происходит общественная дискуссия о том, должно ли входить указанное отношение в круг отношений, регулируемых правом, какими способами необходимо его регулировать, на каком уровне и так далее. Круг общественных отношений, составляющих сферу правового регулирования, устанавливается в современных российских условиях самим законодателем двумя способами:

- в конкретных нормах права – каждая юридическая норма регулирует отдельный вид отношений, признаки которого описываются в её гипотезе;

- в специализированных нормах по отраслям права – например, ст. 2 ГК носит название «Отношения, регулируемые гражданским законодательством», ст. 2 Семейного кодекса РФ от 29 декабря 1995 г.46 – «Отношения, регулируемые семейным законодательством».

4. Законодательное (правовое) регулирование общественного отношения – если установлено, что новое общественное отношение должно входить в сферу законодательного регулирования, нормотворческий орган начинает осуществление законодательного процесса (подробнее о нём смотри параграф 1 главы 3 данной работы).

Таким образом, от появления общественного отношения до его нормативного регламентирования проходит достаточно большой период времени.

По мнению В.В. Залесского: «Развитие законодательства основывается на субъективной оценке законодателем необходимости правового регулирования некоего комплекса общественных отношений»47. Это объясняет появление в праве пробелов, обусловленных субъективными причинами.

Субъективные причины зависят, как правило, от недостаточно технико-юридического качества нормативно-правовых актов. К ним можно отнести и неудачное построение нормы права (нарушение её структуры), и неудачное расположение нормы в правовом акте, и отсутствие какого-либо подзаконного акта, а иногда и закона в целом, и много других. Причинами появления таких пробелов следует считать слабую юридическую подготовку специалистов нормотворческого органа либо отсутствие у них представлений о сущности регулируемого общественного явления. Например, согласно ст. 2 Федерального закона от 22 мая 2003 г. «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт»48 все юридические лица и частные предприниматели обязаны осуществлять наличные денежные расчеты в случаях продажи ими товаров, выполнения работ или оказания услуг только с помощью контрольно-кассовой техники. Но законодатель, к сожалению, совершенно не учёл особенности торговли на открытых оптово-розничных рынках, когда работа кассового аппарата невозможна из-за природно-климатических условий.

В современном российском законодательстве нередка ситуация, когда общественное отношение урегулировано не в полном объёме. Чаще всего, это происходит из-за отсутствия многих подзаконных актов, призванных конкретизировать положения вышестоящего нормативного акта. Например, для реализации положений Федерального закона от 06 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»49 Правительством РФ было издано Распоряжение от 03 марта 2004 г. «План подготовки правовых актов»50. В этом плане указаны названия федеральных законов и подзаконных актов, которые должны быть приняты, указаны исполнители и сроки предоставления проектов в Правительство РФ. К сожалению, указанный план выполнен не полностью, несколько постановлений, развивающих положения указанного Федерального закона, не приняты до сих пор.

Проведённое рассмотрение объективных и субъективных причин появления правовых пробелов позволяет сделать следующие выводы:

- пробелы в праве – это объективное явление правовой действительности, они существовали, и будут существовать до тех пор, пока будут развиваться общественные отношения;

- для качественной правовой регламентации законодателю необходимо постоянно совершенствовать юридическую технику подготовки нормативных актов и детально изучать сущность регулируемого общественного явления;

- законодателю необходимо постоянно проводить мониторинг применения конкретных норм права для регулирования определённых общественных отношений с целью оперативного выявления проблем, пробелов и своевременного их устранения.

- в правовой системе должны быть предусмотрены институты, позволяющие оперативно преодолевать пробелы в праве.

Глава 2. СПОСОБы УСТРАНЕНИЯ и преодоления ПРОБЕЛОВ В римском частном, русском дореволюционном гражданском и советском гражданском ПРАВЕ

В предыдущей главе было установлено, что пробелы в праве явление объективное, любая правовая система сталкивается с ним. Для обеспечения нормального функционирования права, эффективного выполнения его общественной задачи – регулирования отношений – необходимо применять специальные приёмы и способы, позволяющие восполнять правовые пробелы.

В данной главе будет рассмотрены способы устранения и преодоления пробелов в праве в некоторых исторически существовавших правовых системах.

1. Способы устранения пробелов в римском частном праве51

На всём протяжении истории развития общества мы не встречаем другой системы частного права, достигшей такой детализации и столь высокого уровня юридической формы и техники, как римское частное право. Данная система оказала могущественное влияние на всё дальнейшее развитие законодательства и правовых учений обществ, основанных на частной собственности.

Обширность территории, многочисленность населения, многообразие экономических укладов породили особое строение системы римского частного права, которое состояло из:

а) цивильного права - в узком смысле им считалась закреплённая законами национальная система частного права; в более широком смысле цивильное право включало также все разъяснения и комментарии к законам, дававшиеся римскими юристами; применялось эта система только к римским гражданам;

б) преторского права - эта система права была вызвана к жизни развитием экономики, ростом рабовладения, сосредоточением в руках господствующего класса капитала и крупной земельной собственности, территориальным расширением империи; основная функция данной системы права - исправлять и дополнять старые постановления цивильного права с количественной и качественной стороны;

в) права народов – данная система была создана в связи с развитием производства и обмена, с расширением торгового оборота; стало необходимым признать основные частные права (право собственности, право заключения договоров и т.д.) и за неримлянами.

Таким образом, первым способом устранения пробелов в римском частном праве явилась разработка специальных систем – преторского права и права народов.

Второй способ устранения пробелов заключался в особой системе источников римского частного права, вернее, в трактовании римскими юристами их сущности.

Как правило, среди отдельных видов источников римского частного права указывают: обычаи, законы и плебисциты, законные иски, ответы знатоков права, судебные прецеденты, постановления сената, эдикты магистратов, конституции принцепсов52. Некоторые из них, по мнению римских юристов, непосредственно предназначались для исправления недостатков и устранения несоответствий писаного права. Рассмотрим подробнее такие источники:

1) Обычаи - институции Юстиниана разделяли всё право по признаку письменной и устной формы источников. В последнюю категорию входил древнейший источник права - обычай, осуществлявшийся «sine lege certa, sine iure certo», т.е. когда не было ни определённого закона, ни определённого права. Римские юристы следующим образом трактовали назначение обычая:

|  |  |
| --- | --- |
| Jul., 84 dig., D.1,3,32 pr53: |  |
| De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et cjnsuetudine inductum est: et si qua in re hos deficered, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. | В тех делах, в отношении которых нет писаных законов, следует соблюдать то, что введено по завету и обычаю; и если в каком-либо деле и это отсутствует, тогда следует применить то, что наиболее близко или соответствует этому; если же и этого нет, тогда – право, которым пользуется город Рим. |

2) Ответы знатоков права – в республиканский период деятельность юристов имела практический характер и выражалась в редактировании формальных актов, руководстве ведением судебных дел, даче советов, толковании права. Так, путём толкования Законов XII таблиц, развилась большая часть институтов цивильного права, например: эмансипации (освобождения) детей от отцовской власти, наследования по закону и др. Древнее толкование III-II вв. до н.э. строго держалось словесной формы, в которую облекались законы или сделки, в период принципата (I-III вв. н.э.) толкование направилось в сторону искания «aequum et bonum» - справедливого и доброго.

Гай следующим образом отражает сущность данного источника:

|  |  |
| --- | --- |
| Gai., 1.754: |  |
| Responsa prudentium sunt sententiae et opinions eorum quibus permissum est iura condere. | Ответы знатоков права – это суждения и мнения тех, кому позволено создавать право. |

3) Судебный прецедент – не все исследователи римского частного права включают судебный прецедент в перечень источников права, хотя в текстах, дошедших до наших времен, они упоминаются:

|  |  |
| --- | --- |
| Callist., 1 quaest., D. 1,3,3855: |  |
| Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetio similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. | Ибо наш император Север предписал, что в случае сомнений, возникающих из законов, обычай или авторитет дел, постоянно решаемых судами сходными образом, должен иметь силу закона.  |

Этот текст упоминает рескрипт императора Септимия Севера, приписавший силу закона авторитетному судебному решению в сходных случаях.

В сочинениях эпохи Республики прецеденты называются среди средств доказательства, которыми пользовались адвокаты в судах:

|  |  |
| --- | --- |
| Cic., de orat., 2,27,11656: |  |
| Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatusconsulta, res iudicatae, decreta , responsa, reliqua si quae sunt… | Для доказательства у оратора есть в распоряжении два рода материалов: один состоит из тех, которые не измышляются самим адвокатом, но представляют основание для рассуждений в наличных вещах, каковы записи, свидетельства, неформальные соглашения, законы, постановления сената, судебные решения, декреты, юридические консультации и прочие, если имеются… |

4) Эдикты магистратов – это чисто римский источник права, перешедший от республиканского Рима. При вступлении в должность магистрат издавал эдикт, в котором объявлял программу своей деятельности, обязательную для него на время службы. Особенно большое значение получили эдикты преторов, содержавшие указания, при каких обстоятельствах будет даваться судебная защита. В трудах юристов назначение преторского права толкуется следующим образом:

|  |  |
| --- | --- |
| Pap., 2 def., D. 1,1,7,157: |  |
| Ius praetorium est, quod praetors introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigenda iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. | Преторское право – это то, что ввели преторы ради улучшения, или дополнения, или исправления цивильного права для публичной пользы. |

Таким образом, в римском частном праве существовали довольно развитые инструменты устранения пробелов и исправления недостатков системы права.

2. Способы устранения и преодоления пробелов в русском дореволюционном гражданском праве

Для начала рассмотрим систему русского гражданского права. Известно, что кодификация русского права была проведена под руководством графа М.М. Сперанского, результаты этой работы были обнародованы в 1833 году в виде Свода гражданских законов. В основе его лежало Уложение царя Алексея Михайловича, изданное в 1649 году (Соборное уложение). Сущность кодификации заключалась в удалении отменённых последующими законами норм Уложения и дополнении его вновь введёнными нормами.

Свод гражданских законов действовал на всей территории Российской империи. Кроме него на территории отдельных местностей, таких как Финляндия, губернии Царства Польского и Прибалтийского, Черниговская и Полтавская губернии, Бессарабия, Закавказский край, действовали местные законы, исключающие действие общего Свода законов58.

Естественно, что эта громоздкая система права, имеющая такую длительную историю возникновения, не могла не содержать пробелы, так как экономическая ситуация и общественные отношения к концу XIX века значительно изменились. Но процесс принятия новых законов, внесения изменений в действующие и отмены устаревших был крайне трудоёмким. Специального законодательного органа в XIX веке в Российской империи не существовало59, эти функции были возложены на императора, который просто физически не мог успеть уследить за изменением экономической ситуации в стране. Кроме того, у императора отсутствовала обратная связь с населением империи, что не позволяло ему реагировать на нужды народа. То есть, устранение правовых пробелов с помощью принятия нормативно-правовых актов было крайне затруднено.

В этих условиях единственным способом решения проблемы пробелов в праве становиться их преодоление в правоприменительной практике, а также толкование сущности источников права, как возможного средства восполнения пробелов.

Один из первопроходцев российской цивилистики, профессор Казанского университета Дмитрий Иванович Мейер в книге «Русское гражданское право»60 выделяет следующие источники современного ему гражданского права: обычное право, законы, право юристов.

Обычай может являться источником права при следующих условиях61:

а) он должен содержать в себе юридическое воззрение, ибо никакое другое воззрение не может породить права;

б) юридическое воззрение должно неоднократно проявиться в действительности и, следовательно, быть соблюдаемо в течение более или менее продолжительного времени;

в) юридическое воззрение должно проявляться постоянно однообразно; в противном случае не может образоваться обычай;

г) обычай не должен противоречить нравственности: общество не может признавать прав, несовместных с доброй нравственностью.

Таким образом, обычное право, по определению Д.И. Мейера, является «юридическим положением, раскрывающимся в неоднократном и однообразном применении»62.

Дальнейшие рассуждения приводят его к утверждению, что если все принадлежности обычного права соблюдены, то обычай рождает право для граждан и показывает влияние на действительность. Это влияние обнаруживается, в том числе, в определении юридических отношений, не определённых законодательством, то есть в восполнении пробелов права63. Это единственное прямое упоминание автора о способах восполнения пробелов в русском гражданском праве. Можно заметить, что сходным образом толковали значение обычая и римские юристы.

Говоря о праве юристов, Д.И. Мейер определяет его сущность как «совокупность юридических определений, выведенных юристами путём мышления из законов и обычаев»64. Подчёркивая важность практической деятельности юристов, автор выстраивает следующую логическую цепочку65:

Посредством логических рассуждений и умозаключений можно извлечь из закона такие положения, которые законодатель, может быть, и не имел ввиду в первоначальном варианте закона.

Действующее законодательство прямо запрещает судье отказывать истцам в разрешении спора за неимение закона, под который можно подвести данный случай.

Путём практики образуется множество юридических определений, представляющих собой логические выводы из законов.

Из этих размышлений Д.И. Мейера можно сделать вывод, что деятельность юристов, в конце концов, приводила к формированию судебных прецедентов, помогающих преодолеть пробелы в законодательстве.

Таким образом, анализ позиции автора в толковании сущности источников права позволяет говорить о том, что в русском гражданском праве существовало два пути:

а) применение обычного права – как средство восполнения пробелов, существующих в писаных законодательных актах;

б) практическая деятельность юристов, подтверждённая решениями судей по конкретной тяжбе, - как способ их преодоления.

В дальнейшем изложении материала Д.И. Мейер больше не возвращается к этому вопросу и вообще не упоминает в своем учебнике о правовых пробелах. В параграфе 39 он уделяет внимание вопросу сущности стечения и столкновения прав и разработке способов их разрешения66, но в обоих случаях речь идёт о соотношении уже имеющихся в законодательстве норм права, а не об отсутствующих.

Вероятно, действующая система гражданского права и имеющиеся способы преодоления пробелов в этой отрасли в большей или меньшей степени устраивали всех участников гражданских правоотношений, и поэтому Д.И. Мейер не стал заострять внимание на этом вопросе и разрабатывать теоретические аспекты восполнения пробелов законодательства.

3. Способы устранения и преодоления пробелов в советском гражданском праве

Становление советского гражданского права происходило в сложных общественно-политических условиях. Известный советский цивилист Олимпиад Соломонович Иоффе так характеризовал этот период развития права: «Исходной проблемой, привлёкшей к себе в первую очередь внимание советской цивилистической теории, была проблема самой сущности советского гражданского права»67.

Эволюция советского гражданского права прошла несколько этапов. О.С. Иоффе предлагает следующую периодизацию развития цивилистической мысли в СССР68:

От победы революции до 1921 г., когда товарные отношения свелись к предельному минимуму, и широкое распространение получила идея прямого (безденежного, бестоварного) распределения, а потому надобность в гражданском праве вовсе отрицалась.

С 1922 по 1928 г., когда массовыми становятся частнотоварные отношения, под углом зрения которых рассматриваются и имущественные отношения с участием государственных хозяйственных организаций, не опиравшиеся ещё сколько-нибудь широко на акты планирования как на своё непосредственное юридическое основание, а вследствие этого преобладающее место в науке занимала меновая концепция.

С 1929 по 1937 г., когда на первое место выдвигаются планово-хозяйственные отношения между социалистическими организациями и их находящаяся под воздействием плана деятельность по обслуживанию населения при одновременном вытеснении из оборота частнотоварных отношений, что послужило почвой для утверждения в науке концепции хозяйственного права.

4. С 1938 по 1955 г., когда планово-хозяйственные отношения достигают такой степени зрелости, что всё более явственно обнаруживается сочетание в них плановых и стоимостных начал, приводящее к переосмыслению роли и назначения гражданского законодательства, к отказу от концепции хозяйственного права и переходу науки на позиции учения о едином гражданском праве социалистического общества.

5. С 1956 г. и в последующие годы, когда в поисках оптимальных форм управления социалистическим хозяйством производится перестройка этого управления, которая, при всём разнообразии отдельных её видов, преследует единую цель - превратить экономическую заинтересованность производственных коллективов в один из решающих мотивов их деятельности по выполнению народнохозяйственного плана.

Решать системные вопросы каждого этапа развития советской экономики помогало гражданское право.

Система законодательства СССР носила двухуровневый характер. Союз Советских Социалистических Республик строился как федеративное государство, и, как в любой федерации, полномочия Союза и составляющих его субъектов в области законодательства были разграничены. Такое разграничение было связано с желанием передать из центра республикам бoльшую часть законотворческой работы в наиболее важных отраслях права. Поэтому, для того, чтобы установить способы устранения пробелов в советском законодательстве, нужно изучить саму систему законодательства СССР.

Пунктом «о» ст. 49 Конституции от 10 июля 1918 г.69 к ведению Всероссийского Съезда Советов и Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета было отнесено гражданское законодательство в целом. Первый Гражданский кодекс РСФСР от 11 ноября 1922 г.70 (далее – ГК 1922 г.) был введён в действие с 01 января 1923 года. По образцу ГК 1922 г., лишь с незначительными от него отступлениями, в 1923 г. были приняты гражданские кодексы в Украинской, Армянской, Грузинской и некоторых других республиках. Высшие законодательные органы Белорусской и Азербайджанской ССР первоначально просто ввели на территории своих республик ГК 1922 г. Позднее и в этих республиках были изданы свои ГК: в БССР - в 1927 г., а в Азербайджанской ССР - в 1923 и затем в 1927 году. ГК Азербайджанской ССР отличался наибольшим своеобразием. В кодекс, изданный в 1923 году, были включены разделы о брачном, семейном и опекунском праве, а в кодекс 1927 г. - раздел об авторском праве71.

Сам ГК 1922 г. не предусматривал правил преодоления пробелов в законодательстве, и только в п. 5 Постановления ВЦИК от 11 ноября 1922 г. о введении в действие Гражданского кодекса РСФСР содержится оговорка: «Распространительное толкование Гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р. допускается только в случае, когда этого требует охрана интересов рабоче - крестьянского государства и трудящихся масс».

Такой порядок объясняется закреплённой в законодательстве крайне низкой степенью участия физических лиц в гражданских правоотношениях и ориентацией ГК 1922 г. на регулирование, прежде всего, отношений между субъектами социалистической собственности.

Конституция от 31 января 1924 г.72 отнесла к ведению СССР только «установление основ гражданского законодательства Союза» (п. «п» ст. 1), предоставив, таким образом, Союзу ССР право издания лишь основных, наиболее важных, принципиальных норм гражданского законодательства. Но реальное законотворчество сразу же пошло по прямо противоположному пути. Основы гражданского законодательства Союза, предусмотренные Конституцией 1924 г., так никогда и не были изданы, а советское гражданское законодательство стало создаваться и развиваться, прежде всего, как законодательство общесоюзное, продолжали действовать принятые ранее гражданские кодексы.

Конституция от 05 декабря 1936 г.73 почти дословно повторяла норму Конституции 1924 г. П. «х» ст. 14 указывал, что к ведению СССР в лице его высших органов государственной власти и органов государственного управления подлежит: «установление основ гражданского законодательства». В юридической литературе и практике кодификационных работ того периода сложилось представление о том, что республики обладают компетенцией в этой области лишь в той мере, в какой она делегирована им законодательством Союза ССР. По-прежнему законодатели исходили из того, что общесоюзное законодательство должно охватить всю совокупность гражданских правоотношений и что гражданско-правовые акты могут издаваться республиками только в том случае, когда в законах СССР будет иметь место прямая отсылка к ним.

Такой способ законодательного регулирования объясняется, прежде всего, политическими причинами - развитием СССР как многонациональной федерации только по форме, а в действительности, как государства унитарного, да к тому же в 1930-1950 гг. и тоталитарного. Но нельзя забывать и о вполне реальной экономической основе разрастания общесоюзной и сужения республиканской компетенции в сфере гражданского законодательства - единстве всей экономики этой огромной страны.

Таким образом, в период первой советской кодификации можно говорить о существовании следующих способов устранения пробелов:

- принятие нормативных актов на уровне СССР;

- нормотворчество союзных республик.

В качестве способа преодоления пробелов можно рассматривать норму указанного Постановления ВЦИК, разрешающую применять расширительное толкование, но только к определённому кругу отношений.

Очередным этапом развития советского гражданского права является издание Закона СССР от 08 декабря 1961 г. «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик»74. Закон был подготовлен в разгар «хрущевской оттепели» и преследовал ряд крупных политических и экономических целей. В числе последних - необходимость развязать инициативу союзных республик в развитии экономики, существенно расширив их права в сфере регулирования хозяйственных отношений.

После принятия Основ законодательства, которые стали общесоюзным нормативным актом, советские республики приняли собственные гражданские кодексы, но их содержание только формально соответствовало принципам разграничения полномочий. Во-первых, в каждом из кодексов дословно воспроизводился текст 129 статей Основ гражданского законодательства 1961 г., что делало их уже на одну треть абсолютно идентичными. Во-вторых, все союзные республики брали за основу Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г.75 как подготовленный наиболее авторитетными цивилистами страны. Итог известен: принятые союзными республиками в первой половине 60-х гг. гражданские кодексы, хотя и имели некоторые отличия друг от друга, но в целом были похожи, как братья-близнецы76.

Ни в одном законодательном акте периода второй кодификации советского законодательства не говорится о способах преодоления пробелов в праве.

В трудах О.С. Иоффе также не упоминается не то что о способах устранения и преодоления пробелов, но и о пробелах законодательства вообще. Причины такого замалчивания, скорее всего, в следующем:

- официальная идеология государства всячески подчёркивала преимущества советского образа жизни, и, в том числе, законодательства. Естественно, что признавать наличие пробелов в «наилучшем» законодательстве было нежелательно77.

- плановая экономика государства, при которой экономические отношения представляли собой раз и навсегда определённую систему, которая, соответственно, раз и навсегда была определена правом.

- двухступенчатая система регулирования гражданских правоотношений, то есть теоретически кодексы республик могли восполнить правовые пробелы в общесоюзном законодательстве.

Но, тем не менее, пробелы в советском праве существовали, и теоретики права предлагали способы решения указанной проблемы. В.В. Лазарев, исследуя данную область, предложил три пути:

1. Устранение пробелов – как пишет В.В. Лазарев: «Устранить пробел в праве можно лишь путём дополнительного нормотворчества»78.

2. Предварительное восполнение пробелов – осуществляют высшие суды, давая разъяснения по некоторым вопросам применения права в целях обеспечения её единообразия79.

Хотя в основном источнике гражданского права – Гражданском кодексе РСФСР 1964 г. не упоминалось о возможности применения институтов аналогии закона и аналогии права, восполняя пробелы, высшие суды их использовали. Так, в абз. 4 п. 23 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 23.09.1977 №15 «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность рабочих и служащих за ущерб, причиненный предприятию, учреждению, организации»80 нижестоящим судам рекомендовано: «При разрешении вопросов, связанных с соблюдением срока обращения с иском о возмещении ущерба, судам следует по аналогии применять установленные ГК союзных республик положения о приостановлении и перерыве течения срока исковой давности».

3. Преодоление пробелов – осуществляет суд при рассмотрении конкретного дела, не создавая при этом новой нормы и не подменяя законодателя, В.В. Лазарев говорит о возможности использования при этом аналогии права и аналогии закона81.

Таким образом, в советском гражданском праве второй половины ХХ века существовали следующие способы правового регулирования в условиях отсутствия правовых норм:

- придание силы фактического источника права разъяснениям высших судов СССР по вопросам правоприменения в части восполнение пробелов до принятия законодательным органом нормативного акта;

- разовое преодоление пробелов судом.

Способом устранения пробелов продолжало оставаться правотворчество на общесоюзном и республиканском уровнях.

Глава 3. СПОСОБЫ устранения и ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В СОВРЕМЕННОМ гражданском ПРАВЕ

Отсутствие норм, призванных регулировать конкретное общественное отношение, это объективная составляющая правовой действительности. В связи с этим современное российское гражданское право содержит методы, позволяющее устранять и преодолевать пробелы. В данной главе будут исследованы предлагаемые законодателем способы устранения и преодоления пробелов, а также проанализирована возможность применения в России и других, известных из истории и сравнительного правоведения, способов и правил правового регулирования в условиях неполноты нормативной базы.

1. Способы устранения пробелов в гражданском праве

Несмотря на относительно небольшое время развития современного российского законодательства в нём можно выделить несколько этапов:

1. 1991 - 1992 гг. – период так называемого «указного права». В соответствии с Постановлением Съезда народных депутатов РСФСР от 01 ноября 1991 г. «О правовом обеспечении экономической реформы»82 проекты президентских указов, издаваемые в целях оперативного регулирования хода экономической реформы и находящиеся в противоречии с действующими законами, представлялись на утверждение в Парламент и в случае их неотклонения в семидневный срок вступали в силу, тем самым, приобретая силу большую, чем закон83. Такой способ законодательного регулирования был оправдан. Резкая смена политического и экономического курсов, предоставление свободы хозяйственной деятельности предприятиям, появление многих, ранее неизвестных экономических и социальных отношений требовали оперативного вмешательства и хотя бы минимального правового регулирования.

2. С 1993 г. – формирование и становление российской системы законодательства. Конституция Российской Федерации чётко разграничила компетенцию между федеральным центром и субъектами Федерации. В то же время началась работа по подготовке и принятию кодифицированных актов, регулирующих отношения по различным отраслям права. Были приняты федеральные законы, детализирующие положения кодексов, постановления Правительства и указы Президента, направленные на их реализацию. Таким образом, можно говорить о формировании достаточно хорошо работающей системы российского законодательства.

Гражданское законодательство в России представляет собой чёткую, иерархированную структуру нормативных актов. Согласно п. «о» ст. 71 Конституции оно находится в исключительном ведении Российской Федерации. «Первым среди равных», центральным, стержневым в ряду источников современного гражданского права является Гражданский кодекс РФ. Данный документ состоит из четырёх частей, каждая из которых ввиду сложности и многообразия регулируемых общественных отношений принималась отдельными федеральными законами, в настоящий момент все части ГК вступили в силу. Выбранная форма основного источника гражданского права является наиболее прогрессивной с точки зрения построения эффективной системы законодательства. Как пишет А.С. Пиголкин: «Кодификация законодательства – это способ качественного упорядочения законодательства, обеспечения его согласованности и компактности, а также расчистки нормативного массива, освобождения от устаревших, не оправдавших себя норм»84.

В связи с широчайшим объёмом общественных отношений, регулируемых рассматриваемой отраслью права, включить все нормы в ГК не представляется возможным. Поэтому вопросы, требующие специфической, более детальной регламентации, урегулированы федеральными законами, например, Федеральный закон от 08 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью»85 согласно п. 1 ст. 1 определяет «правовое положение общества с ограниченной ответственностью, права и обязанности его участников, порядок создания, реорганизации и ликвидации общества». Во исполнение положений ГК и федеральных законов могут приниматься подзаконные нормативные акты: постановления Правительства и указы Президента. В некоторых случаях возможно издание ведомственных нормативных актов, которые теперь могут существовать только в форме постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений.

Несмотря на ясное конституционное закрепление компетенции РФ в сфере гражданского законодательства, в России по-прежнему сохраняются некоторые элементы двухуровневой системы гражданского права. Пунктом 2 ст. 76 Конституции субъектам Федерации предоставлено право принимать законы и иные нормативные акты по предметам совместного ведения, многие из которых исторически близки гражданскому праву. Указанные нормативно-правовые акты могут содержать гражданско-правовые по сути нормы86.

В связи с изложенным единственным способом устранения пробелов в современной системе российского гражданского права является принятие новых нормативно-правовых актов или внесение изменений и поправок в действующие, то есть осуществление правотворческого процесса.

Правотворческая деятельность – это важнейшая из правовых форм осуществления функций государства, заключается она в подготовке и издании нормативно-правовых актов. Ведущая роль её заключается в том, что без системы законов выполнение государством своих функций практически невозможно. Осуществление этой деятельности должно происходить на строго научной основе. А.Г. Хабибулин поддерживает эту точку зрения: «Эволюция мирового сообщества, ситуация в России требуют современных, научно-обоснованных методов осуществления государством своих функций в управлении обществом, его участия в развитии всех сфер жизни общества»87.

Выполняя законодательную деятельность, творцам права нужно учитывать мнение, высказанное В.И. Акимовым: «Нельзя не согласиться с тем, что пробелы обнаруживаются только в сфере регулируемых правом отношений. Неверно, однако, считать критерием их выявления правовые принципы. Рамки правового регулирования общественных отношений предопределяются не принципами права, а природой этих отношений, целями и задачами, стоящими перед государством и обществом»88.

В обществе всегда существуют отношения, составляющие правосвободное пространство в социологическом смысле. Некоторые из них по своей природе технически допускают правовое регулирование89. При необходимости такие отношения могут и должны быть урегулированы правом.

Правотворчество – сложный, многоступенчатый, затратный процесс, и чтобы он был эффективным, при обнаружении пробела в праве законодателю, по мнению В.В. Лазарева, необходимо решить следующие вопросы90:

а) не является ли предполагаемая потребность в правовом регулировании мнимой, навеянной ложными оценками исходной ситуации;

б) является ли потребность в нормах права реальной, то есть обеспеченной существующими социально-экономическими условиями жизни;

в) не имеется ли норм, так или иначе регулирующих данные общественные отношения и, следовательно, исключающие наличие пробела;

г) не является ли «молчание права» квалифицированным, то есть, не проявил ли законодатель отрицательной воли на регулирование данных событий и фактов посредством права.

Законотворческий процесс ввиду его особой важности осуществляется в строго регламентированных специальными законами рамках путём последовательного прохождения чётко зафиксированных стадий. Для федеральных законов такой порядок установлен Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22 января 1998 г. «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»91.

Известные учёные-правоведы Н.И. Матузов и А.В. Малько выделяют следующие стадии законотворческого процесса (для федеральных законов) 92:

- законодательная инициатива – на этой стадии происходит внесение законопроекта в законодательный орган – Государственную Думу. Это может сделать любой субъект: физическое или юридическое лицо, общественное движение и т.д., но обязательному рассмотрению подлежат лишь законопроекты, внесённые официальными субъектами законотворческой инициативы;

- обсуждение законопроекта – цель данной стадии – довести законопроект до высокого уровня качества, устранить противоречия, пробелы, неточности и прочие дефекты;

- принятие закона – эта стадия распадается на особые составляющие, подстадии, которые также чётко регламентированы: три чтения в Государственной Думе, рассмотрение законопроекта в Совете Федерации, подписание Президентом;

- опубликование закона в официальных источниках.

Процедура принятия прочих нормативно-правовых актов на федеральном уровне, таких как постановления Правительства, указы Президента, ведомственные акты и распоряжения, законодательно не урегулирована, что на практике иногда порождает затягивание процесса правотворчества указанных субъектов.

На уровне субъектов Федерации существует похожий порядок: процедура принятия законов определена специальным нормативно-правовым актом, например в Пермском крае это Закон Пермского края от 06 марта 2007 г. «О Законодательном Собрании Пермского края»93. Процесс принятия решений остальными субъектами регионального нормотворчества в законах не закреплён.

Несмотря на достаточно чёткую регламентацию процедуры принятия федеральных законов, в Российской Федерации существуют некоторые проблемы с нормотворческим процессом, обусловленные федеративным устройством государства. Например, ст. 106 Конституции устанавливает перечень федеральных законов, обязательных к рассмотрению в Совете Федерации, но не определяет сроков. Конституционный Суд в Постановлении от 23 марта 1995 г. «По делу о толковании части 4 статьи 105 и статьи 106 Конституции Российской Федерации»94 указал, что в четырнадцатидневный срок, предусмотренный п. 4 ст. 105 Конституции, Совет Федерации должен только начать рассмотрение такого закона, но не обязан его одобрить либо отклонить. Таким образом, СФ по указанным вопросам может затягивать законодательный процесс на неопределённое время95.

Затягивание процесса правотворчества происходит и в Государственной Думе. На основную проблему законотворчества в Государственной Думе обращает внимание А.И. Абрамова: «Важным представляется введение нормативно установленных сроков, определяющих временной интервал между чтениями законопроекта»96. Отсутствие таких сроков очень тормозит принятие важных для общества, но невыгодных определённым политическим силам законов, достаточно вспомнить долгие «мытарства» Федерального закона от 25 июля 2002 г. «Об альтернативной гражданской службе»97.

В свете постоянного усложнения общественных отношений и нарастания числа нормативно-правовых актов очень важным при их подготовке является соблюдение юридической техники. Под этим понимают совокупность (систему) соответствующих средств, приёмов, методов и правил подготовки и изложения правовых актов. По мнению А.В. Калмыковой: «Основными правилами законодательной (юридической) техники являются: единство содержания правовой нормы и формы её выражения; логическая последовательность изложения, взаимосвязь нормативных предписаний, помещаемых в акте; отсутствие внутренних противоречий; максимальная компактность изложения норм права при глубине и всесторонности отражения их содержания; ясность и доступность языка нормативных актов; точность и определённость формулировок и терминов, употребляемых в законодательстве»98.

Несоблюдение правил юридической техники приводит к возникновению пробелов в праве, неясностей, неточностей, снижению эффективности законодательства, снижению доверия к системе права и законотворческим органам в целом. Для повышения качества подготовки студентов-юристов в данном вопросе Ю.Г. Арзамасов предлагает ввести в их учебный план новый курс – «Нормография», цель которого - изучить «должные правила, приёмы, средства, методики подготовки нормативных актов различных видов»99. Необходимо отметить, что данная точка зрения не является новой в российской гражданско-правовой доктрине, известный учёный А.А. Ушаков занимался исследованием указанной проблемы и предложил способы и методы её решения ещё во второй половине прошлого века100.

Неоценимую помощь законодателям в подготовке нормативно-правовых актов могут оказать учёные. Доктрина обычно не рассматривается в романо-германской правовой семье в качестве официального источника права, но она может и должна служить вспомогательным, дополнительным инструментом повышения эффективности законодательной системы.

Преимуществом гражданского права как науки является то, что её предметом является «как действующее гражданское законодательство и практика его применения, так и история его развития, и опыт гражданско-правового развития в зарубежных странах»101. Как правило, учёные являются более компетентными в своей области исследований, чем законодатели, более глубоко изучают и понимают сущность рассматриваемых явлений, практику их проявления и правового регулирования и могут предложить законодателям наиболее оптимальный путь нормотворчества.

К сожалению, выводы учёных практически не используются в процессе законотворчества, законодатель не обращает внимания на предложения и исследования учёных, несмотря на детальную проработку ими изучаемых вопросов. Правоведами проводится огромная работа по анализу существующей нормативной базы и способам возможного правового регулирования общественных отношений, они исследуют уже принятые и вступившие в силу правовые акты, оценивают их полноту и эффективность.

Приведём лишь несколько примеров:

1. Доктор юридических наук К.И. Скловский102, судья Конституционного Суда, доктор юридических наук Г.А. Гаджиев103, адвокат И.В. Аксюк104 в своих работах обращают внимание коллег, правоприменителей и творцов права на вопрос о защите добросовестного владельца имущества в гражданском праве, отмечая неудовлетворительное в целом юридическое регулирование владения в российском законодательстве, которое, по своей сути, должно выступать самостоятельным объектом защиты.

2. А.Н. Диденко, изучив тему нарушений строительного законодательства, пришёл к выводу, что нужно: «Разработать и принять специальный закон, именуя его как ФЗ «Об административной ответственности юридических лиц за нарушения законодательства о строительстве»105. В своей работе учёный указал на наиболее типичные нарушения строительного законодательства, высказал конкретные предложения по содержанию предполагаемого закона и мерам ответственности юридических лиц за несоблюдение норм права в данной отрасли.

3. В.Н. Литовкин, анализируя вступивший в действие Жилищный кодекс от 29 декабря 2004 г.106, резко отрицательно оценивает его: «Кодекс неадекватен реалиям действительности и представляет полный отрыв от неё»107. В своей статье он указывает на то, что в некоторых вопросах, таких как отмена приватизации, введение третьего правотворческого уровня (правовые акты органов местного самоуправления), передача вопросов обеспечения жильём в муниципалитеты, Жилищный кодекс противоречит не только ГК, но и Конституции.

4. Рассматривая Федеральный закон от 02 мая 2006 г. «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»108, несомненно, прогрессивный и нужный российскому обществу, доктора юридических наук Л.А. Нудненко и Н.Ю. Хаманева указывают на некоторые его недостатки и вносят конкретные предложения по расширению перечня обязательств государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц по рассмотрению обращений граждан109.

5. Проанализировав российское земельное законодательство, Г.Н. Эйриян отметила, что: «Традиционным для отечественного законодателя стало «фрагментарное» регулирование земельных отношений, в том числе и сделок»110. Детально изучив указанную проблему, она предложила включить в Земельный кодекс от 25 октября 2001 г.111 специальную статью, содержащую «Общие требования, предъявляемые к сделкам с земельными участками».

2. Общие способы преодоления пробелов в праве: аналогия закона и аналогия права

Для того чтобы выяснить, какие способы преодоления пробелов предлагаются правоприменителю российским законодателем, проведём исследование способом анализа норм кодифицированных источников законодательства по различным отраслям права. Результаты исследования обобщены в таблице, приведённой в Приложении к настоящей работе.

Анализ показал, что в современной системе российского права используются два общих способа преодоления пробелов – аналогия закона и аналогия права. Их применение зависит от характера конкретной отрасли законодательства и обусловлено общей направленностью норм права – их ориентацией преимущественно на императивный или диспозитивный метод регулирования общественных отношений.

Так, в связи с необходимостью обеспечения правовой защиты и высокой вариативностью регулируемых отношений использование института аналогии разрешено в следующих отраслях права: арбитражном, гражданском, гражданско-процессуальном, жилищном, семейном. В земельном праве данный институт используется только к отношениям, имеющим имущественный характер, связано это с учётом значения земли как основы жизни и деятельности человека, провозглашённым приоритетом охраны земли как важнейшего компонента окружающей среды и средства производства в сельском и лесном хозяйстве.

Прямо запрещено нормами кодекса использование аналогии в уголовном праве. Причиной запрета является необходимость крайне чёткой квалификации деяний, подлежащих уголовному преследованию, ясного закрепления оснований и способов такого преследования, а также регламентации видов и сроков наказаний за осуществление преступного деяния. Как пишет С.Г. Келина, принцип законности в современном уголовном праве выражается в трёх тезисах112:

- нет преступления без указания закона - тезис означает, что круг преступных деяний должен определяться только известными населению законами, а не усмотрением должностных лиц;

- нет наказания без указания закона;

- никакой нормативный акт, кроме Уголовного кодекса, не может устанавливать преступность деяния, наказание за него или иные уголовно-правовые последствия.

Этот принцип также требует, чтобы содержание всех уголовно-правовых норм понималось в точном соответствии с текстом, то есть не допускается ни расширительное, ни ограничительное их толкование.

В некоторых отраслях, таких как административное, налоговое, таможенное, трудовое, уголовно-процессуальное право, в тексте соответствующих кодексов об институте аналогии не упоминается совсем. Это следует понимать таким образом, что использование аналогии закона и аналогии права в этих отраслях законодателем не предусмотрено.

Таким образом, анализ способов преодоления пробелов в российском законодательстве позволяет сделать следующие выводы:

- в российской системе права используются два основных способа преодоления пробелов – аналогия закона и аналогия права;

- применение данных институтов зависит от отрасли законодательства и должно быть предусмотрено нормами права.

В интересах защиты прав и осуществления правосудия в современном российском гражданском праве допускается применение аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК) и аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК), которые будут являться предметом нашего дальнейшего исследования. В научной литературе выделяется ещё субсидиарная, или дополнительная, аналогия. По определению Н.И. Матузова это «такая аналогия, когда суд при рассмотрении, например, гражданского дела применяет сходные нормы из других отраслей права (административного, семейного, трудового, финансового и т.д.)»113.

Сущность аналогии заключается в том, что она является «средством, обеспечивающим действительно правильное применение закона»114. Применение института аналогии зависит сущности рассматриваемых отношений и осуществляется только по прямому указанию закона.

Для использования на практике положений института аналогии требуется соблюдение двух условий:

- рассматриваемые отношения должны находиться в границах правового поля, регулируемого гражданским законодательством (указаны в ст. 2 ГК);

- данные отношения не должны быть урегулированы конкретными правовыми нормами, содержащимися в законах, иных нормативных актах или обычаях делового оборота.

Под аналогией закона понимается применение к рассматриваемому случаю закона, регулирующего сходные отношения. При этом могут применяться не только законы, но и иные нормативные акты, такие как указы Президента и постановления Правительства. К числу сходных относятся отношения, имеющие похожий экономический смысл или возникающие из регулируемого законом однотипного договора.

Таким образом, аналогия закона допускается при наличии трёх условий:

а) отношение не урегулировано законодательством, соглашением сторон и по этому вопросу нет обычая делового оборота;

б) имеется законодательство (но не обычай), регулирующее сходные отношения;

в) сходное законодательство не противоречит существу отношений, к которым оно применяется по аналогии.

Законность при применении аналогии закона обеспечивается с помощью следующих требований115:

она используется лишь тогда, когда ясно установлен пробел в праве;

применяется самая близкая по своим основным признакам норма;

3) принципиальные признаки рассматриваемого случая и нормы права должны обнаруживать существенное и близкое сходство, а различия не должны касаться сущности явлений;

дела должны решаться строго в рамках нормы, применяемой по аналогии, не выходя за её пределы;

5) должно учитываться значение близких по содержанию норм, общих положений и принципов соответствующего института и отрасли права.

В качестве примера использования на практике института аналогии можно привести Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 01 апреля 2004 г. № А09-5810/03-14116. Спор возник по факту неуплаты акцизов в связи с отсутствием порядка выдачи уведомлений Правительством РФ. Применив аналогию закона, суд сделал вывод, что до принятия нового законодательного акта, в переходный период должны применятся действовавшие ранее акты.

Довольно часто пользуются приёмом толкования законов с помощь аналогии высшие судебные инстанции в своих руководящих указаниях, которые обязательны для применения нижестоящими судами и направлены на обеспечение единообразия правоприменительной практики. Например, в абз. 2 п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»117 рекомендуется применять правила законодательства о банкротстве при решении вопросов, связанных с назначением ликвидатора и определением порядка ликвидации.

Аналогичный приём использован в толковании сущности процентов, уплачиваемых при неисполнении или просрочке исполнения денежного обязательства. Учитывая компенсационную природу таких процентов, в п. 7 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 08 октября 1998 г. «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»118 указано, что суд вправе уменьшить ставку процентов, взыскиваемых в связи с просрочкой исполнения денежного обязательства, если размер компенсации явно несоразмерен последствиям просрочки.

При отсутствии названных в п. 1 ст. 6 ГК условий и невозможности использования аналогии закона правоприменительный орган для установления прав и обязанностей сторон может обратиться к аналогии права.

Под аналогией права понимается применение к соответствующему отношению общих начал и смысла гражданского законодательства с учётом требований добросовестности, разумности и справедливости, которыми должны руководствоваться субъекты данного отношения.

Общие начала и смысловое назначение гражданского законодательства закреплены в ст. 1 и 2 ГК, кроме того, должны использоваться и другие общие положения, содержащиеся, например в ст. 9 и 10.

Требования добросовестности, разумности и справедливости, предъявляемые к субъектам отношений, подпадающих под действие аналогии права, определяют характер поведения субъектов в период возникновения и существования данных отношений. «Добросовестность» означает фактическую честность субъектов в их поведении, «разумность» - осознание правомерности своего поведения, «справедливость» - соответствие поведения субъектов господствующим в обществе морально-этическим и нравственным нормам.

Обращение правоприменительных органов к институту аналогии права должно быть ими соответствующим образом обосновано. Ввиду достаточной разработанности и обширности гражданского законодательства случаи применения его норм по аналогии права имеют место редко, и в опубликованных после введения в действие ГК судебных решениях их немного. Для примера можно привести следующие:

1. Постановление Конституционного Суда РФ от 10 апреля 2003 г. «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 84 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Приаргунское»119.

Используя аналогию права, Суд пришёл к выводу, что норма, содержащаяся в п. 1 ст. 84 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах»120, должна толковаться во взаимосвязи с п. 2 ст. 166 ГК как предполагающая право акционеров обращаться в суд с иском о признании сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, недействительной.

2. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 02 февраля 2004 г. № Ф09-10/04АК121.

Суд, применив аналогию права и истолковав норму ст. 46 Части первой Налогового кодекса от 31 июля 1998 г.122 во взаимосвязи с п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 28 февраля 2001 г. «О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации»123, указал, что судебное решение может являться основанием для бесспорного списания налоговыми органами денежных средств со счёта налогоплательщика.

3. Специальные способы преодоления пробелов в гражданском праве

Проведенное исследование предложенных законодателем способов преодоления пробелов в российской системе права (смотри Приложение) показало, что в отраслях, допускающих большую степень диспозитивности в правовом регулировании, законодатель предусмотрел, кроме общих, и иные способы преодоления пробелов, такие как:

- соглашение сторон – в гражданском и жилищном праве, в земельном и семейном праве соглашение может использоваться только в части имущественных отношений праве, в трудовом праве соглашение сторон используется в виде коллективных и трудовых договоров;

- обычаи делового оборота – в гражданском и земельном праве (только в части имущественных отношений);

- нормативно-правовые акты субъектов РФ и органов местного самоуправления – по отраслям права, относящимся к вопросам совместного ведения, такими как жилищное, семейное, трудовое. Кроме того, в трудовом праве преодолевать правовые пробелы возможно посредством локального нормотворчества.

В налоговом и таможенном праве законодатель сформулировал правило, согласно которому неясности законодательства устраняют ответственность, то есть толкуются в пользу негосударственного субъекта соответствующих правоотношений. Это средство можно также признать разновидностью способов преодоления пробелов.

Рассмотрим подробнее специальные способы преодоления пробелов в гражданском праве.

Учёные-цивилисты рассматривают договоры с трёх точек зрения: как основание возникновения правоотношения, как само правоотношение, возникшее из этого основания, и как форму, которую принимает правоотношение124. Указанное представление реализовано и в Гражданском кодексе.

Договор, по сути, формирует «право для двоих», то есть устанавливает нормы, которыми обязаны руководствоваться стороны в своих отношениях.

По нашему мнению, основанием для возможного использования конструкции договора для преодоления пробелов в праве служат три предпосылки:

1. Общий дозволительный смысл гражданского законодательства, которое прямо допускает возникновение отношений, им не урегулированных, но не противоречащих его смыслу (ст. 8 ГК).

2. Свобода договора используется в ГК в качестве одного из основных принципов. Проявляется этот принцип, в том числе, в предоставлении права сторонам заключать договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, а также в свободе сторон определять условия заключаемого ими договора125.

3. Использование в ГК, особенно в отношении договоров, большого числа оценочных, гибких понятий и, следовательно, необходимость их конкретизации в зависимости от ситуации.

Таким образом, участники оборота получают возможность самостоятельно устранять негативные последствия отставания закона от жизни путём создания не известных формализованному праву договоров.

При использовании контрагентами данного права нельзя забывать об общих требованиях к действительности сделки, таким как: а) законность содержания; б) способность физических и юридических лиц, совершающих её, к участию в сделке; в) соответствие воли и волеизъявления; г) соблюдение формы сделки126. Только при этом условии заключённый договор, прямо не предусмотренный гражданским законодательством, имеет право выступать в качестве основания для возникновения правоотношений, то есть быть юридическим фактом, порождающим тот правовой результат, к которому стремились субъекты сделки.

Обычай рассматривается в литературе как сложившиеся в силу неоднократного единообразного применения общепринятые правила поведения, не выраженные прямо ни в законе (нормативном акте), ни в договоре, но не противоречащие им127. Обычаи могут применяться в сфере обязательственных и вещных правоотношений.

4. Судебная практика как средство преодоления правовых пробелов

Достоинства и недостатки любого кодифицированного документа можно оценить только после того, как его нормы будут применяться в судебной практике.

В юридической литературе нет единого мнения относительно определения понятия «судебная практика», это давний дискуссионный вопрос, его объём представлен по-разному. В узком смысле судебная практика рассматривается как результат деятельности судебных органов в виде устоявшейся линии по разрешению определённой категории дел. В более широком плане данное понятие связывают не только непосредственно с судебной деятельностью, но и с эффективностью норм гражданского, уголовного, гражданско-процессуального, уголовно-процессуального и иных отраслей законодательства128.

В настоящий момент сложились две основных точки зрения на возможность судебного правотворчества в России.

Сторонники первой утверждают, что необходимо признать полное право судей на правотворчество. Данная точка зрения базируется на принципах англо-американской правовой системы и связана с понятием прецедента. В правовой системе Великобритании прецедент рассматривается как акт, оказывающий «связующее» воздействие на все последующие, соотносящиеся с ним судебные решения129. Субъектом правотворческих функций в Великобритании является система высоких судебных инстанций, объединённая единым Верховным судом Англии и Уэльса130.

Аргументами в пользу прецедентной системы являются:

- её гибкость, которая заключается в том, что при рассмотрении конкретного гражданского дела суд, столкнувшись с отсутствием прецедента, закона, обычая, регулирующих рассматриваемый случай, сам становится «законодателем» и формулирует правовой принцип для данного дела, имеющий силу нормы права131;

- судебные акты, по сути, представляют собой источник праворегулирования, несущий в себе правовое начало, направленное на защиту прав и свобод, достижение стабильности, позитивного динамизма и всех тех юридических ценностей, которые вырабатывает и воплощает в жизнь мировая цивилизация132.

Вторая точка зрения представляет собой противоположность первой и признаёт в качестве источников права только законы.

Как пишет А.С. Пиголкин «В любом государстве, основанном на принципе народовластия, заботящемся об устойчивом порядке и авторитете своей правовой системы, все важнейшие сферы отношений должны быть урегулированы только законами и никакими другими актами»133.

По мнению Т.Е. Логиновой на правоприменителя в странах романо-германской правовой системы возлагается обязанность точной реализации общих норм закона, выработанных творцами права, в конкретных судебных, административных решениях. Судья, решая юридическое дело, осуществляет лишь процесс квалификации – строит цепь умозаключений по методу силлогизма, где роль большей посылки играет норма, а в меньшей – обстоятельства конкретного случая134.

Достоинства данной точки зрения:

1. Ясное и чёткое разделение компетенции между законодателем и правоприменителем, и, следовательно, отсутствие между ними споров о компетенции в области правотворчества.

2. Обеспечение единообразия правоприменительной практики, значительное снижение роли субъективного фактора при принятии решений.

Большое количество современных российских учёных склоняются к первой точке зрения – необходимости признания в качестве прецедента решений высших судов Российской Федерации.

С.С. Алексеев пишет: «Высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд, опираясь на Конституцию, закон, на общепризнанные права человека, также и творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»135.

Оценивая существующую роль судебных прецедентов, В.И. Анишина пишет: «Судебные решения в системе современного праворегулирования в РФ играют важную роль дополнительного, субсидиарного источника права, восполняющего, исправляющего, толкующего закон»136.

Данная точка зрения является преобладающей и среди правоприменителей. Проводя исследование мнений судей, С.В. Бошно выяснил, что за признание отдельного дела в качестве судебного прецедента высказываются 2,9% судей, но за признание правоустанавливающего характера дела, решающего принципиальные вопросы, высказываются уже 65,7% судей137.

Необходимо сказать, что в современной российской системе прецеденты уже фактически используются в качестве источников права, прежде всего, это решения Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда.

Место решений Европейского Суда по правам человека в правовой системе России Е.Н. Мурашова определяет следующим образом: «Постановления Суда, принимаемые в отношении Российской Федерации, обязательны для всех государственных и муниципальных органов Российской Федерации. Более того, постановления Суда, вынесенные в отношении России, являются основанием для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебных решений, принятых национальными судебными органами РФ»138.

Однако большой проблемой российской законодательной системы является то, что решения Европейского Суда по правам человека не обеспечены необходимой правовой охраной и гарантиями их исполнения на законодательном уровне139.

Правовое положение решений Конституционного Суда таково, что они составляют совместно с Конституцией «особый вид конституционных источников права»140. Главными их особенностями являются: нормативно-доктринальная природа, концептуальный характер, юридическая обязательность, итогово-обобщающий характер141.

Необходимость признания прецедентного характера решений высших судов связана, прежде всего, с тем, что при применении нового гражданского законодательства в России необходимо оперативно регулировать те вопросы, которые практика ставит очень остро, а законодатель не успевает отвечать на них.

Таким образом, возможность появления прецедентов как официального источника права в нашей правовой системе обусловлена следующими факторами:

- объективное отставание законодательства от стремительных экономических преобразований;

- необходимость чёткого соблюдения процедур законотворческого процесса, что значительно увеличивает время, необходимое для принятия нормативно-правового акта, устраняющего пробел в праве;

- резко возросшая роль права - если раньше наша экономика управлялась индивидуальными актами, плановыми актами, то после разрушения этой системы индивидуального планового регулирования остался один регулятор – право;

- необходимость оперативного преодоления правовых пробелов.

При решении законодателем вопроса о возможности использования прецедентной системы в России, очень важным является необходимость чёткого определения этого понятия, так как оно неравнозначно в правовых системах разных стран, даже относящихся к одной семье142.

Например, любые решения российских судов различных инстанций, в том числе и высших, можно разделить на два вида:

- решения суда по общим вопросам - в этом случае признание их прецедентного характера не является необходимым, так как рассматриваемые отношения достаточно полно урегулированы правом;

- решения в условиях отсутствия норм, когда приходится восполнять пробел, – решения по таким делам могут быть прецедентом при условии придания им должной формы, например, постановлений высших судов, и должны регулировать конкретные отношения только до принятия законотворческим органом нормативного акта по данному вопросу.

Существует и ещё одно мнение. Его сторонники говорят о том, что судебные акты являются не нормативно-правовыми установлениями, а особой разновидностью способов толкования права – судебным143.

Именно эта точка зрения реализована в настоящий момент в российской системе гражданского судопроизводства. В ст. 9 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. «Об арбитражных судах в Российской Федерации»144 указано, что Высший Арбитражный Суд РФ может давать разъяснения по вопросам судебной практики, то есть осуществлять толкование закона. Его постановления по таким вопросам обязательны только для арбитражных судов в Российской Федерации.

Аналогичный порядок реализован и в Федеральном конституционном законе от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации»145. П. 5 ст. 19 закрепляет полномочия Верховного Суда РФ по вопросу разъяснения судебной практики. Такие разъяснения даются Пленумом ВС РФ, в состав которого входят все судьи Суда. Его задачей является обеспечение единства судебной практики в Российской Федерации путём дачи разъяснений по вопросам, связанным с применением судами законодательства. В отличие от нормативных актов разъяснения Пленума не носят обязательного характера, но они ориентируют суды всех уровней на одинаковый подход к применению правовых норм.

Подводя итоги роли судебной практики в современной правовой системе России и её влиянию на реализацию права на судебную защиту можно сделать следующие выводы:

- судебная практика – уже является составной частью российской правовой системы, играя в ней важную активную роль.

- судебная практика, закреплённая в постановлениях верховных судов по принципиальным вопросам, восполняющим пробелы в законодательстве, должна являться источником права и учитываться всеми правоприменительными органами, и особенно судебными инстанциями при разрешении дел в целях обеспечения правовой защиты и единообразия правоприменения.

**Заключение**

Будучи важным инструментом установления порядка и организованности, обеспечения охраны демократии и свободы, регулирования труда и хозяйственных отношений, защиты природной среды, законодательство объективно необходимо в жизни российского общества. Его роль в современных условиях неуклонно повышается, объективно усиливается регулирующее воздействие законодательства на все стороны жизни. Сегодня нужно бояться не переоценки, а недооценки роли закона, игнорирования юридической нормы как важного инструмента развития цивилизации и прогресса.

Достижение этих целей возможно лишь при создании действительно эффективно работающей системы законов, в которой к минимуму будет сведено существование коллизий, пробелов и неясностей.

Кроме того, чётко и сложено работающая система российского законодательства поможет в формировании современного правосознания. Как справедливо замечает А.С. Бондарев: «Остаются невостребованными многочисленными субъектами современного российского права и их многочисленные правовые дозволения по той же причине – из-за правовой неразвитости, что серьёзно тормозит переход современного права России на дозволительную систему правового регулирования общественных отношений»146.

Проведя исследование пробелов в праве, причин возникновения, способов их устранения и преодоления в современном гражданском праве России, становится возможным сделать следующие выводы:

1. Пробелы в праве – это объективное состояние любой правовой системы, обусловлены они постоянным и неустранимым отставанием системы права от развития общественных отношений. С этой точки зрения пробелы можно даже считать позитивным явлением, так как они свидетельствуют о том, что общество находится в непрерывном поиске новых форм и видов социальных и экономических отношений.

2. Возникновение пробелов в праве обусловлено двумя видами причин: объективными и субъективными, в зависимости от наличия или отсутствия вины нормотворческого органа.

3. В современном российском законодательстве существуют два основных способа восполнения пробелов в праве – устранение и преодоление. Устранить правовой пробел может только нормотворческий орган, а преодолеть - правоприменительный. При этом законодательный орган может расширить границы правового поля, включив отношения, ранее в него не входившие, правоприменительному же органу такое право не предоставлено, он может преодолевать пробелы в правовом регулировании тех отношений, которые уже находятся в пределах правового поля.

4. Роль законодателя в устранении пробелов в праве является ведущей, именно в его власти принятие правовых актов, направленных на неоднократное применение, в то время как правоприменительный орган, прежде всего, суд только разово преодолевает пробелы, не устраняя их, а лишь предлагая способ разрешения конкретной ситуации. Используя специальные приёмы и способы преодоления пробелов, правоприменительные органы не могут подменять законодателя и «исправлять» его, это способствовало бы произволу и нарушению принципов законности.

5. Для устранения пробелов в праве, обусловленных объективными причинами, законодателю необходимо постоянно проводить рассмотрение практики использования нормативных актов, отслеживать происходящие изменения в регулируемых отношениях, анализировать общественные отношения с точки зрения необходимости их правового регулирования, изучать возможные способы законодательного регулирования и отбирать наиболее эффективные из них с учётом сущности общественных отношений.

Относительно осуществления этих функций А.С. Бондарев говорит: «Весьма желательно постоянно поддерживать оптимальный баланс между социальным содержанием правового пространства и правовыми формами его выражения»147.

6. Для устранения пробелов, обусловленных субъективными причинами, законодателю необходимо постоянно совершенствовать приёмы и способы юридической техники в целях обеспечения высокого качества подготовки нормативно-правовых актов.

7. При осуществлении правотворческого процесса законодателю необходимо учитывать мнение и опираться на разработки учёных как наиболее осведомлённых и авторитетных в области изучаемых ими отношений.

8. Для преодоления пробелов в правоприменительной практике российским законодателем предусмотрены два общих правила – институт аналогии закона и аналогии права. Возможность их использования должна быть закреплена в законодательных актах, регулирующих конкретную отрасль права, а применение – обосновано судебным органом.

9. В современном российском гражданском праве в связи с диспозитивным характером правового регулирования законодателем предусмотрен специальный способ преодоления пробелов – использование договора. Применение этой конструкции основано на принципе свободы договора, который проявляется в возможности использования сторонами как предусмотренных, так и непредусмотренные законами форм организации правоотношений. Также этот принцип подразумевает возможность сторон включать в договор любые условия, не противоречащие закону.

10. В связи с длительностью законодательного процесса следует признать в качестве источника права решения высших судов по конкретным делам в том случае, когда в ходе судебного разбирательства происходит преодоление имеющегося пробела, а также придать силу источника разъяснениям этих судов по некоторым вопросам применения права.

По нашему мнению, указанные мероприятия приведут к усилению эффективности российского законодательства, что, в свою очередь, поможет решить наболевшие проблемы общества: ограничить действия чиновника любого ранга, начиная с самого высокого, строгими рамками закона, ликвидировать бесправное положение человека перед государством, поставить аппарат государства на службу личности, обеспечить выполнение судом своего основного назначения — быть защитником человека и гражданина от незаконных посягательств на их интересы. Без этого не может быть создано в нашей стране гражданское общество и правовое государство.

**Список литературы**

Монографии и учебная литература

Алексеев С.С. Теория права. – М.: Издательство БЕК, 1994.

Бондарев А.С. Правовая антикультура в правовом пространстве общества. Перм. ун-т. – Пермь, 2006.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. – М.: «Статут», 2001.

Венгеров В.А. Теория государства и права: учеб. [для юрид. вузов] / А.Б. Венгеров. – 5-е изд., стер. – М.: Омега-Л, 2008.

Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.]; отв. ред. – Е.А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007.

Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002.

Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под общей редакцией члена-корреспондента Российской Академии наук, доктора юридических наук, профессора В.С. Нерсесянца. М,⋅– 2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА 1999.

Дресвянкин В.Б. Пробелы в российском трудовом праве. – Пермь: Изд-во Перм. ун-та, 2004.

Забигайло В.К. Проблема «пробелов в праве» (К критике буржуазной теории). Киев, Издательство «Наукова думка», 1974.

Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М.: Издательства НОРМА, 2002.

Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». 2-е изд., испр. – М.: «Статут», 2003.

Комаров С.А. Общая теория государства и права: Курс лекций / Издание 2-е, исправленное и дополненное. – М.: Манускрипт, 1996.

Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: «Юридическая литература», 1974.

Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. Учебник для юридических вузов. – М.: Издательство «Зерцало», 2001.

Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2007.

Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. - М.: «Статут», 2000.

Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для вузов и факультетов. - М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА - ИНФРА•М), 2001.

Обществознание: Учебное пособие для поступающих в юридические вузы / Л.Б. Ескина, В.С. Иваненко, А.В. Ильин и др.; Под редакцией Н.И. Мацнева. – СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет, 2001; Издательство «Лань», 2001.

Постатейный Комментарий к Уголовному кодексу РФ 1996 г. (под ред. Наумова А.В.) - М.: «Гардарика», Фонд «Правовая культура», 1996.

Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под общ. ред. члена-корр. РАН, доктора юрид. наук проф. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа НОРМА - ИНФРА•М, 1999.

Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003.

Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2006.

Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001.

Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000.

Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова.-2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА - ИНФРА•М), 2001.

Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. - Пермь, 1967.

Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. – М.: Юрайт-М, 2001.

Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. член-корр. РАН, доктор юр. наук, проф. О.Е. Кутафин. – М.: Научное издательство «Большая Российская энциклопедия», 2002.

Журнальные и газетные публикации

Абдрашитова В.З. Прецедентный характер решений Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2007, №9. С.125-131.

Абрамова А.И. Современный законодательный процесс Российской Федерации: стадии и проблемы их совершенствования // Журнал российского права. 2007, №2. С.14-23.

Акимов В.И. Понятие пробела в праве // Известия высших учебных заведений серия «Правоведение». 1969, №3. С.110-113.

Аксюк И.В. Добросовестное приобретение как основание возникновения права собственности на недвижимость // Журнал российского права. 2007, №3. С.67-72.

Актуальные проблемы права собственности (обзор) // Журнал российского права. 2006, №12. С.24-29.

Анишина В.И. Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал российского права. 2006, №10. С.124-133.

Анишина В.И. Решения российских судов в системе праворегулирования: некоторые проблемы теории и практики // Государство и право. 2007, №7. С.57-63.

Арзамасов Ю.Г. Тенденции развития юридических наук. Становление новой науки – нормографии // Государство и право. 2007, №10. С.101-104.

Байтин М.И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ Государство и право. 2006, №1. С.5-11.

Бондарев А.С. Правовая антикультура в нормировании правового пространства современной России // Юридическая наука и проблемы её совершенствования: Сб. науч. трудов / Перм. гос. ун-т. – Пермь, 2005. – 4.1. С.5-26.

Бондарев А.С. Правовая антикультура в процессе непосредственной реализации норм права в современной России // Юридическая наука, практика и перспективы их развития: Сб. науч. тр. / Перм. ун-т. – Пермь, 2005. С.13-36.

Бондарев А.С. Правовой нигилизм – форма правовой антикультуры личности // Юридические науки: Вестник Пермского университета. Гл. ред. В.В. Маланин / Перм. ун-т. – Пермь, 2001. В. 2. С.21-43.

Бондарь Н.С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. 2007, №4. С.75-85.

Бошно С.В. Прецедент, закон и доктрина (опыт социолого-юридического исследования) // Государство и право. 2007, №4. С.72-78.

Власенко Н.А., Назаренко Т.Н. Неопределённость в праве: понятие и формы // Государство и право. 2007, №6. С.5-12.

Гаджиев Г.А. Конституционные основы современного права собственности // Журнал российского права. 2006, №12. С.30-41.

Гамов А. Дмитрий Медведев: «Я многому научился у Владимира Путина» // Комсомольская правда. 2008. №43. С.2.

Диденко А.Н. Административная ответственность юридических лиц в области строительства // Юридическая наука в современном мире: фундаментальные и прикладные проблемы: Сб. науч. тр. юрид. ф-та / Перм. ун-т. – Пермь, 2000. – Ч. II. С.79-92.

Дресвянкин В.Б. Понятие и виды пробелов в российском трудовом праве // Юридическая наука в современном мире: фундаментальные и прикладные проблемы: Сб. науч. тр. юрид. ф-та / Перм. ун-т. – Пермь, 2000. – Ч. I. С.185-200.

Егорова Н.Е., Иванюк О.А., Потапенко В.С. Проблемы противоречий в законодательстве и пути их решения // Журнал российского права. 2006, №11. С.136-152.

Задушим коррупцию. Когда? // Аргументы и факты. 2008. 20-26 февраля. С.4-5.

Залесский В.В. Законы природы и законы юридические // Журнал российского права. 2007, №10. С.35-41.

Калмыкова А.В. О соблюдении правил законодательной техники в проектах технических регламентов, принимаемых в форме федерального закона // Журнал российского права. 2006, №9. С.28-39.

Лачуев К.Г. Гражданское законодательство России в условиях федерализма // Журнал российского права. 2006, №7. С.142-151.

Литовкин В.Н. Дефектная ведомость Жилищного кодекса РФ // Журнал российского права. 2006, №4. С.40-53.

Логинова Т.Е. Классификация правовых систем современности // Юридическая наука в современном мире: фундаментальные и прикладные проблемы: Сб. науч. тр. юрид. ф-та / Перм. ун-т. – Пермь, 2000. – Ч. I. С.35-43.

Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: общее и особенное // Государство и право. 2007, №8. С.39-47.

Лунеев В.В. Коррупция в России. // Государство и право. 2007, №11. С.20-27.

Маковский А.Л. Гражданское законодательство как предмет ведения Федерации в прошлом и настоящем нашего Отечества // Журнал российского права. 2003, №11. С.54-60.

Марченко М.Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Государство и право. 2006, №8. С.22-28.

Марченко М.Н. Развитие идей судебного правотворчества в дореволюционной (1917 г.) России. Статья первая // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2007, №3. С.3-19.

Марченко М.Н. Роль судов в развитии современной правовой системы Великобритании // Государство и право. 2007, №9. С.58-64.

Марченко М.Н. Советский и постсоветский периоды развития идей судейского правотворчества // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2007, №4. С.3-13.

Марченко М.Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления // Журнал российского права. 2006, №6. С.96-107.

Мурашова Е.Н. Восприятие решений Европейского суда по правам человека национальными правовыми системами и их реализация в деятельности органов власти национального государства // Журнал российского права. 2006, №3. С.144-151.

Нечаева Т.В. Совершенствование процедур участия субъектов Российской Федерации в федеральном законодательном процессе // Журнал российского права. 2006, №10. С.56-64.

Нудненко Л.А., Хаманева Н.Ю. Новый закон об обращениях граждан: достоинства и недостатки // Государство и право. 2007, №3. С.5-12.

Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970, №3. С.49-57.

Степанов В.Ф. Российский менталитет и особенности российской государственности // Государство и право. 2007, №4. С.99-104.

Тихомиров Ю.А., Трикоз Е.Н. Право против коррупции // Журнал российского права. 2007, №5. С.39-52.

Хабибулин А.Г. Теоретико-методологические проблемы законотворчества в условиях глобализации // Журнал российского права. 2006, №9. С.40-45.

Эйриян Г.Н. Некоторые аспекты правового регулирования сделок с земельными участками // Юридическая наука и проблемы её совершенствования: Сб. науч. трудов / Перм. гос. ун-т. – Пермь, 2005. – 4.1. С.105-115.

Нормативные акты

Конституция Российской Федерации: Принята всенародным голосованием 12.12.1993 (ред. от 21.07.2007) // Российская газета. 1993. №237.

Об арбитражных судах в Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 №1-ФКЗ (ред. от 12.07.2006) // Собрание законодательства РФ. 1995. №18. Ст.1589.

О судебной системе Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 №1-ФКЗ (ред. от 05.04.2005) // Собрание законодательства РФ. 1997. №1. Ст.1.

Часть первая Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст.3301.

Об акционерных обществах: Федеральный закон от 26.12.1995 №208-ФЗ (ред. от 01.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст.1.

Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 №223-ФЗ (ред. от 21.07.2007) // Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст.16.

Часть вторая Гражданского кодекса Российской Федерации от 26.01.1996 №14-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 1996. №5. Ст.410.

Уголовный кодекс РФ от 13.06.1996 №63-ФЗ (ред. от 14.02.2008) // Собрание законодательства РФ. 1996. №25. Ст.2954.

Об обществах с ограниченной ответственностью: Федеральный закон от 08.02.1998 №14-ФЗ (ред. от 18.12.2006) // Собрание законодательства РФ. 1998. №7. Ст.785.

Часть первая Налогового кодекса Российской Федерации от 31.07.1998 №146-ФЗ (ред. от 17.05.2007) // Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст.3824.

Об экспортном контроле: Федеральный закон от 18.07.1999 №183-ФЗ (ред. от 01.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 1999. №30. Ст.3774.

О лицензировании отдельных видов деятельности: Федеральный закон от 08.08.2001 №128-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2001. №33 (Часть I). Ст.3430.

Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 №136-ФЗ (ред. от 08.11.2007) // Собрание законодательства РФ. 2001. №44. Ст.4147.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 №174-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2001. №52 (Часть I). Ст.4921.

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 №195-ФЗ (ред. от 03.03.2008) // Собрание законодательства РФ. 2002. №1 (Часть I). Ст.1.

Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 №197-ФЗ (ред. от 01.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №1 (Часть I). Ст.3.

Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств: Федеральный закон от 25.04.2002 №40-ФЗ (ред. от 01.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №18. Ст.1720.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 №95-ФЗ (ред. от 02.10.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №30. Ст.3012.

Об альтернативной гражданской службе: Федеральный закон от 25.07.2002 №113-ФЗ (ред. от 06.07.2006) // Собрание законодательства РФ. 2002. №30. Ст.3030.

Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 №138-ФЗ (ред. от 04.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №46. Ст.4532.

О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт: Федеральный закон от 22.05.2003 №54-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2003. №21. Ст.1957.

Таможенный кодекс Российской Федерации от 28.05.2003 №61-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2003. №22. Ст.2066.

Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации: Федеральный закон от 06.10.2003 №131-ФЗ (ред. от 08.11.2007) // Собрание законодательства РФ. 2003. №40. Ст.3822.

Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 №188-ФЗ (ред. от 18.10.2007) // Собрание законодательства РФ. 2005. №1 (Часть I). Ст.14.

О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: Федеральный закон от 02.05.2006 №59-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. №19. Ст.2060.

План подготовки правовых актов, необходимых для реализации положений Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: Распоряжение Правительства РФ от 03.03.2004 №307-р // Собрание законодательства РФ. 2004. №10. Ст.901.

О введении товарных номенклатур внешнеэкономической деятельности: Постановление Правительства РФ от 10.06.2005 №367 (ред. от 26.07.2006) // Собрание законодательства РФ. 2005. №25. Ст.2504.

О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22.01.1998 №2134-II ГД (ред. от 06.02.2008) // Собрание законодательства РФ. 1998. №7. Ст.801.

Об организации в Федеральной службе по техническому и экспортному контролю работы по выдаче заключения о применении мер нетарифного регулирования внешнеэкономической деятельности: Приказ ФСТЭК РФ от 26.04.2005 №151 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. №22.

О Законодательном Собрании Пермского края: Закон Пермского края от 06.03.2007 №8-ПК // Собрание законодательства Пермского края. 2007. №4.

……………………………………………

Конституция (Основной закон) Российской Социалистической Федеративной Советской Республик: Постановление V Всероссийского Съезда Советов от 10.07.1918 // Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР. 1918. №51. Ст.582.

Об утверждении Основного Закона (Конституции) Союза Советских Социалистических Республик: Постановление II Съезда Советов СССР от 31.01.1924 // Вестник ЦИК, СНК и СТО СССР. 1924. №2. Ст.24.

Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик: Постановление Чрезвычайного VIII Съезда Советов Союза Советских Социалистических Республик от 05.12.1936 (ред. от 20.09.1972) // Известия ЦИК СССР и ВЦИК. 1936. №283.

О введении в действие Гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р.: Постановление ВЦИК от 11.11.1922 // Известия ВЦИК. 1922. №256.

Об отнесении к ведению союзных республик законодательства об устройстве судов союзных республик, принятия гражданского, уголовного и процессуальных кодексов: Закон СССР от 11.02.1957 (ред. от 12.05.1991) // Ведомости СССР. 1957. №4. Ст.63.

Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик: Закон СССР от 08.12.1961 (ред. от 12.06.1990) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. №50. Ст.525.

Гражданский кодекс РСФСР от 11.06.1964 (ред. от 26.11.2001) // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. №24. Ст.406.

О правовом обеспечении экономической реформы: Постановление Съезда народных депутатов РСФСР от 01.11.1991 №1831-I // Ведомости съезда народных депутатов РСФСР. 1991. №44. Ст.1456.

О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность рабочих и служащих за ущерб, причиненный предприятию, учреждению, организации: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 23.09.1977 №15 (ред. от 29.03.1991) (Документ опубликован не был)

Практика

По делу о толковании части 4 статьи 105 и статьи 106 Конституции Российской Федерации: Постановление Конституционного Суда РФ от 23.03.1995 №1-П // Собрание законодательства РФ. 1995. №13. Ст.1207.

По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 84 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Приаргунское»: Постановление Конституционного Суда РФ от 10.04.2003 №5-П // Собрание законодательства РФ. 2003. №17. Ст. 1656.

О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 01.07.1996 № 6/8 // Вестник ВАС РФ. 1996. №9.

О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами: Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 08.10.1998 № 13/14 (ред. от 04.12.2000) // Вестник ВАС РФ. 1998. №11.

О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума ВАС РФ от 28.02.2001 №5 // Вестник ВАС РФ. 2001. №7.

Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 02.02.2004 №Ф09-10/04АК (Документ опубликован не был).

Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 01.04.2004 №А09-5810/03-14 (Документ опубликован не был).

**Приложение**

Способы преодоления пробелов в некоторых отраслях современного российского права

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| № п/п | Наименование отрасли (Нормативный акт) | Способы преодоления пробелов |
| Аналогия закона | Аналогия права | Иные способы |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 1. | Административное право (Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 №195-ФЗ (ред. от 03.03.2008) // Собрание законодательства РФ. 2002. №1 (Часть I). Ст.1) | - | - | - |
| 2. | Арбитражное право (Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 №95-ФЗ (ред. от 02.10.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №30. Ст.3012) | Применяется(п. 6 ст. 13) | Применяется(п. 6 ст. 13) | - |
| 3. | Гражданское право (Часть первая Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст.3301) | Применяется(п. 1 ст. 6) | Применяется(п. 2 ст. 6) | Обычаиделового оборота (ст. 5);Соглашение сторон(п. 2 ст. 1) |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 4. | Гражданско-процессуальное право (Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 №138-ФЗ (ред. от 04.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №46. Ст.4532) | Применяется(п. 4 ст. 1) | Применяется(п. 4 ст. 1) | - |
| 5. | Жилищное право (Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 №188-ФЗ (ред. от 18.10.2007) // Собрание законодательства РФ. 2005. №1 (Часть I). Ст.14) | Применяется(п. 1 ст. 7) | Применяется(п. 2 ст. 7) | Нормативные правовые акты субъектов РФ(п. 2 ст. 2); НПА органов местного самоуправления(п. 2 ст. 2);Соглашение сторон(п. 1 ст. 7) |
| 6. | Земельное право (Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 №136-ФЗ (ред. от 08.11.2007) // Собрание законодательства РФ. 2001. №44. Ст.4147) | Применяется только в части имущественных отношений согласно ГК (п. 1 ст. 1) | Применяется только в части имущественных отношений согласно ГК(п. 1 ст. 1) | Обычаи делового оборота(п. 1 ст. 1);Соглашение сторон (только в части имущественных отношений;(п. 1 ст. 1) |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 7. | Налоговое право (Часть первая Налогового кодекса Российской Федерации от 31.07.1998 №146-ФЗ (ред. от 17.05.2007) // Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст.3824) | - | - | Толкование неясностей законодательства в пользу налогоплательщика(п.7 ст.4) |
| 8. | Семейное право (Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 №223-ФЗ (ред. от 21.07.2007) // Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст.16) | Применяется(ст. 5) | Применяется(ст. 5) | Соглашение сторон в части имущественных отношений супругов солидарно с нормами гражданского права(ст. 5);Законы субъектов федерации(п. 2 ст. 3) |
| 9. | Таможенное право (Таможенный кодекс Российской Федерации от 28.05.2003 №61-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2003. №22. Ст.2066) | - | - | Неясность правовых норм устраняет ответственность (п. 5 ст. 6) |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 10. | Трудовое право (Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 №197-ФЗ (ред. от 01.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2002. №1 (Часть I). Ст.3) | - | - | Нормативные правовые акты субъектов РФ(ст. 6);НПА органов местного самоуправления (ст. 7);Локальные нормативные акты (ст. 8);Коллективные и трудовые договора (ст. 8) |
| 11. | Уголовное право (Уголовный кодекс РФ от 13.06.1996 №63-ФЗ (ред. от 14.02.2008) // Собрание законодательства РФ. 1996. №25. Ст.2954) | Не применяется (п. 2 ст. 3) | Не применяется (п. 2 ст. 3) | - |
| 12. | Уголовно-процессуальное право (Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 №174-ФЗ (ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ. 2001. №52 (Часть I). Ст.4921) | - | - | - |

1 Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001. С. 465.

2 Степанов В.Ф. Российский менталитет и особенности российской государственности // Государство и право. 2007, №4. С. 103.

3 Бондарев А.С. Правовой нигилизм – форма правовой антикультуры личности // Юридические науки: Вестник Пермского университета. Гл. ред. В.В. Маланин / Перм. ун-т. – Пермь, 2001. В. 2. С. 23.

4 Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст.3301.

5 Российская газета. 1993. №237.

6 См.: Обществознание: Учебное пособие для поступающих в юридические вузы / Л.Б. Ескина, В.С. Иваненко, А.В. Ильин и др.; Под редакцией Н.И. Мацнева. – СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет, 2001; Издательство «Лань», 2001. С. 31.

7 Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова.-2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА - ИНФРА•М), 2001. С. 58.

8 Там же.

9 Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. С. 255.

10 Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для вузов и факультетов. - М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА - ИНФРА•М), 2001. С. 489.

11 Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под общ. ред. члена-корр. РАН, доктора юрид. наук проф. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа НОРМА - ИНФРА•М, 1999. С. 431.

12 См.: Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 489.

13 Комаров С.А. Общая теория государства и права: Курс лекций / Издание 2-е, исправленное и дополненное. – М.: Манускрипт, 1996. С. 223.

14 Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. – М.: Юрайт-М, 2001. С. 256.

15 Там же.

16 См.: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2006. С. 360.

17 Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. С. 406.

18 См.: Там же. С. 408.

19 Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: «Юридическая литература», 1974. С. 37.

20 См.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 21-25.

21 См.: Задушим коррупцию. Когда? // Аргументы и факты. 2008. 20-26 февраля. С. 4-5.

22 См.: Тихомиров Ю.А., Трикоз Е.Н. Право против коррупции // Журнал российского права. 2007, №5. С. 39-52; Лунеев В.В. Коррупция в России. // Государство и право. 2007, №11. С. 20-27.

23 Гамов А. Дмитрий Медведев: «Я многому научился у Владимира Путина» // Комсомольская правда. 2008. №43. С. 2.

24 Собрание законодательства РФ. 2002. №18. Ст.1720.

25 Собрание законодательства РФ. 2005. №25. Ст.2504.

26 Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. №22.

27 Собрание законодательства РФ. 1999. №30. Ст.3774.

28 Собрание законодательства РФ. 2001. №33 (Часть I). Ст. 3430 .

29 См.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 34-35; Комаров С.А. Указ. соч. С. 224; Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 256

30 См.: Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под общ. ред. члена-корр. РАН, доктора юрид. наук проф. В.С. Нерсесянца. С. 432-433.

31 См.: Дресвянкин В.Б. Пробелы в российском трудовом праве. – Пермь: Изд-во Перм. ун-та, 2004. С. 40.

32 Власенко Н.А., Назаренко Т.Н. Неопределённость в праве: понятие и формы // Государство и право. 2007, №6. С. 12.

33 См.: Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.]; отв. ред. – Е.А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 170.

34 См.: Егорова Н.Е., Иванюк О.А., Потапенко В.С. Проблемы противоречий в законодательстве и пути их решения // Журнал российского права. 2006, №11. С.136-152.

35 Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. член-корр. РАН, доктор юр. наук, проф. О.Е. Кутафин. – М.: Научное издательство «Большая Российская энциклопедия», 2002. С. 215.

36 Дресвянкин В.Б. Понятие и виды пробелов в российском трудовом праве // Юридическая наука в современном мире: фундаментальные и прикладные проблемы: Сб. науч. тр. юрид. ф-та / Перм. ун-т. – Пермь, 2000. – Ч. I. С. 197.

37 Венгеров В.А. Теория государства и права: учеб. [для юрид. вузов] / А.Б. Венгеров. – 5-е изд., стер. – М.: Омега-Л, 2008. С. 528.

38 См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2007. С. 378-379.

39 См.: Венгеров В.А. Указ. соч. С. 528.

40 Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: общее и особенное // Государство и право. 2007, №8. С. 47.

41 Дресвянкин В.Б. Пробелы в российском трудовом праве. С. 35.

42 См.: Там же. С. 35-36.

43 Лазарев В.В. Указ. соч. С. 6.

44 См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Указ. соч. С. 360-361.

45 См.: Дресвянкин В.Б. Указ. соч. С. 45.

46 Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст.16.

47 Залесский В.В. Законы природы и законы юридические // Журнал российского права. 2007, №10. С. 39.

48 Собрание законодательства РФ. 2003. №21. Ст.1957.

49Собрание законодательства РФ. 2003. №40. Ст.3822.

50 Собрание законодательства РФ. 2004. №10. Ст.901.

51 В настоящем параграфе будет использован стандартный способ ссылки на латинские и греческие источники.

52 Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под общей редакцией члена-корреспондента Российской Академии наук, доктора юридических наук, профессора В.С. Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательская группа М, 1999. С. 82-126.⋅НОРМА-ИНФРА

53 Цит. по: Там же. С. 100.

54 Цит. по: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 88.

55 Цит. по: Там же. С. 111.

56 Цит. по: Там же. С. 112.

57 Цит. по: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 118.

58 См.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. Учебник для юридических вузов. – М.: Издательство «Зерцало», 2001. С. 62.

59 Правительствующий сенат, учреждённый Петром I как высший орган по делам законодательства и государственного управления, с 1-й половины XIX в. выступал как высший судебный орган, осуществляющий надзор за деятельностью государственных учреждений и чиновников; по судебным уставам 1864 года он стал высшей кассационной инстанцией.

60 Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 2000.

61 См.: Там же. С. 55-58.

62 Мейер Д.И. Указ. соч. С. 55.

63 См.: Там же. С. 55-58.

64 Там же. С. 96.

65 См.: Там же. С. 96-97.

66 См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 295-301.

67 Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». 2-е изд., испр. – М.: «Статут», 2003. С. 180.

68 См.: Там же. С. 199-200.

69 Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР. 1918. №51. Ст.582.

70 Известия ВЦИК. 1922. №256.

71 См.: Маковский А.Л. Гражданское законодательство как предмет ведения Федерации в прошлом и настоящем нашего Отечества // Журнал российского права. 2003, №11. С. 56.

72 Вестник ЦИК, СНК и СТО СССР. 1924. №2. Ст.24.

73 Известия ЦИК СССР и ВЦИК. 1936. №283.

74 Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. №50. Ст. 525.

75 Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. №24. Ст.406.

76 См.: Маковский А.Л. Указ. соч. С. 58.

77 См.: Забигайло В.К. Проблема «пробелов в праве» (К критике буржуазной теории). Киев, Издательство «Наукова думка», 1974. С. 18-20.

78 Лазарев В.В. Указ. соч. С. 131.

79 См.: Там же. С. 137.

80 Документ опубликован не был.

81 См.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 159.

82 Ведомости съезда народных депутатов РСФСР. 1991. №44. Ст.1456.

83 См.: Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. С. 77-78.

84 Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. С. 44.

85 Собрание законодательства РФ. 1998. №7. Ст.785.

86 См.: Лачуев К.Г. Гражданское законодательство России в условиях федерализма // Журнал российского права. 2006, №7. С. 142-151.

87 Хабибулин А.Г. Теоретико-методологические проблемы законотворчества в условиях глобализации // Журнал российского права. 2006, №9. С. 43.

88 Акимов В.И. Понятие пробела в праве // Известия высших учебных заведений серия «Правоведение». 1969, №3. С. 110.

89 См.: Бондарев А.С. Правовая антикультура в правовом пространстве общества. Перм. ун-т. – Пермь, 2006. С. 10-11.

90 См.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 40-41.

91 Собрание законодательства РФ. 1998. №7. Ст.801.

92 Матузов Н.И., Малько А.В. Указ. соч. С. 305-306.

93 Собрание законодательства Пермского края. 2007. №4.

94 Собрание законодательства РФ. 1995. №13. Ст.1207.

95 См.: Нечаева Т.В. Совершенствование процедур участия субъектов Российской Федерации в федеральном законодательном процессе // Журнал российского права. 2006, №10. С. 57.

96 Абрамова А.И. Современный законодательный процесс Российской Федерации: стадии и проблемы их совершенствования // Журнал российского права. 2007, №2. С. 18.

97 Собрание законодательства РФ. 2002. №30. Ст.3030.

98 Калмыкова А.В. О соблюдении правил законодательной техники в проектах технических регламентов, принимаемых в форме федерального закона // Журнал российского права. 2006, №9. С. 28.

99 Арзамасов Ю.Г. Тенденции развития юридических наук. Становление новой науки – нормографии // Государство и право. 2007, №10. С. 102.

100 См.: Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. - Пермь, 1967.

101 Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.]; отв. ред. – Е.А. Суханов. С. 65.

102 См.: Актуальные проблемы права собственности (обзор) // Журнал российского права. 2006, №12. С. 25.

103 См.: Гаджиев Г.А. Конституционные основы современного права собственности // Журнал российского права. 2006, №12. С. 37.

104 См.: Аксюк И.В. Добросовестное приобретение как основание возникновения права собственности на недвижимость // Журнал российского права. 2007, №3. С. 67-72.

105 Диденко А.Н. Административная ответственность юридических лиц в области строительства // Юридическая наука в современном мире: фундаментальные и прикладные проблемы: Сб. науч. тр. юрид. ф-та / Перм. ун-т. – Пермь, 2000. – Ч. II. С. 90-91.

106 Собрание законодательства РФ. 2005. №1 (Часть I). Ст.14.

107 Литовкин В.Н. Дефектная ведомость Жилищного кодекса РФ // Журнал российского права. 2006, №4. С. 40.

108 Собрание законодательства РФ. 2006. №19. Ст.2060.

109 См.: Нудненко Л.А., Хаманева Н.Ю. Новый закон об обращениях граждан: достоинства и недостатки // Государство и право. 2007, №3. С. 5-12.

110 Эйриян Г.Н. Некоторые аспекты правового регулирования сделок с земельными участками // Юридическая наука и проблемы её совершенствования: Сб. науч. трудов / Перм. гос. ун-т. – Пермь, 2005. – 4.1. С. 105.

111 Собрание законодательства РФ. 2001. №44. Ст.4147.

112 См.: Постатейный Комментарий к Уголовному кодексу РФ 1996 г. (под ред. Наумова А.В.) - М.: «Гардарика», Фонд «Правовая культура», 1996. С. 9-12.

113 Матузов Н.И., Малько А.В. Указ. соч. С. 349.

114 Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. С. 314.

115 См.: Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970, №3. С. 55-56.

116 Документ опубликован не был.

117 Вестник ВАС РФ. 1996. №9. С. 10-18.

118 Вестник ВАС РФ. 1998. №11. С. 28-40.

119 Собрание законодательства РФ. 2003. №17. Ст. 1656.

120 Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст.1.

121 Документ опубликован не был.

122 Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст.3824.

123 Вестник ВАС РФ. 2001. №7. С. 25-39.

124 См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. – М.: «Статут», 2001. С. 14.

125 См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 153.

126 См.: Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.]; отв. ред. – Е.А. Суханов. С. 458-459.

127 См.: Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.]; отв. ред. – Е.А. Суханов. С. 92.

128 См.: Марченко М.Н. Развитие идей судебного правотворчества в дореволюционной (1917 г.) России. Статья первая // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2007, №3. С.3-19; Марченко М.Н. Советский и постсоветский периоды развития идей судейского правотворчества // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2007, №4. С.3-13.

129 См.: Birks P. (ed) English Private Law. Vol. I. Oxford, 2000. P. 29-30. Цит. по Марченко М.Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления // Журнал российского права. 2006, №6. С. 98.

130 См.: Марченко М.Н. Роль судов в развитии современной правовой системы Великобритании // Государство и право. 2007, №9. С. 59.

131 См.: Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М.: Издательства НОРМА, 2002. С. 86.

132 См.: Анишина В.И. Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал российского права. 2006, №10. С. 133.

133 Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. С. 19.

134 См.: Логинова Т.Е. Классификация правовых систем современности // Юридическая наука в современном мире: фундаментальные и прикладные проблемы: Сб. науч. тр. юрид. ф-та / Перм. ун-т. – Пермь, 2000. – Ч. I. С. 39-40.

135 Алексеев С.С. Теория права. – М.: Издательство БЕК, 1994. С. 219.

136 Анишина В.И. Решения российских судов в системе праворегулирования: некоторые проблемы теории и практики // Государство и право. 2007, №7. С. 63.

137 См.: Бошно С.В. Прецедент, закон и доктрина (опыт социолого-юридического исследования) // Государство и право. 2007, №4. С. 73.

138 Мурашова Е.Н. Восприятие решений Европейского суда по правам человека национальными правовыми системами и их реализация в деятельности органов власти национального государства // Журнал российского права. 2006, №3. С. 145.

139 См.: Абдрашитова В.З. Прецедентный характер решений Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2007, №9. С. 127.

140 Бондарь Н.С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. 2007, №4. С. 75.

141 См.: Там же. С. 82-83.

142 См.: Марченко М.Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Государство и право. 2006, №8. С.22-28.

143 См.: Байтин М.И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ Государство и право. 2006, №1. С. 8.

144 Собрание законодательства РФ. 1995. №18. Ст.1589.

145 Собрание законодательства РФ. 1997. №1. Ст.1.

146 Бондарев А.С. Правовая антикультура в процессе непосредственной реализации норм права в современной России // Юридическая наука, практика и перспективы их развития: Сб. науч. тр. / Перм. ун-т. – Пермь, 2005. С. 34.

147 Бондарев А.С. Правовая антикультура в нормировании правового пространства современной России // Юридическая наука и проблемы её совершенствования: Сб. науч. трудов / Перм. гос. ун-т. – Пермь, 2005. – 4.1. С. 7.