

Министерство образования и науки Российской Федерации

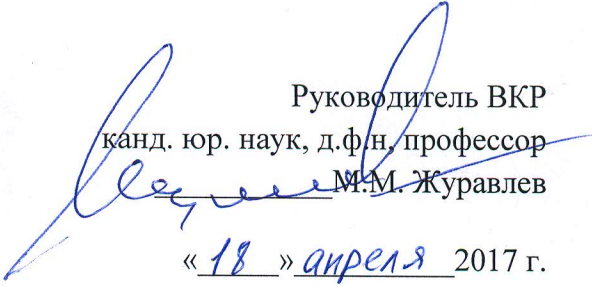
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ (НИ ТГУ)
Юридический институт
Магистратура

Баранова Наталья Федоровна

ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ И ПУТИ ИХ ПРЕОДОЛЕНИЯ

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание степени магистра
по направлению подготовки
40.04.01 – «Юриспруденция»


Руководитель ВКР
канд. юр. наук, д.ф.н., профессор
М.М. Журавлев

« 18 » апреля 2017 г.


Автор работы
Н.Ф. Баранова

Томск – 2017

МИНОБРНАУКИ РОССИИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ
Магистратура

СОГЛАСОВАНО

Зав. магистратурой ЮИ НИ ТГУ

Введен / Журавлев С. В. I.
« 10 » 09 20 15

ЗАДАНИЕ

по подготовке выпускной квалификационной (магистерской) работы

студенту Барановой Наталье Федоровне

Тема выпускной (квалификационной) работы Пробелы в праве и пути их преодоления

Утверждена 02 октября 2015 г.

Руководитель работы: к.ю.н., д.ф.н., профессор Журавлев Михаил Михайлович

Сроки выполнения выпускной (квалификационной) работы:

- 1). Составление предварительного плана и графика написания выпускной (квалификационной) работы с «05» октября 2015г. по «12» октября 2015г.
- 2). Подбор и изучение необходимых нормативных документов, актов и специальной литературы с «19» октября 2015г. по «9» ноября 2015г.
- 3). Сбор и анализ практического материала с «01» февраля 2016г. по «25» февраля 2016г. анализ законодательства о государственной службе; работа в библиотеке
- 4). Составление окончательного плана выпускной (квалификационной) работы с «16» ноября 2015г. по «21» ноября 2015г.
- 5). Написание и оформление выпускной (квалификационной) работы с «01» декабря 2015г. по «14» апреля 2017г.

Если работа выполняется по заданию организации указать ее _____

Встречи дипломника с научным руководителем – ежемесячно (последняя неделя месяца в часы консультаций).

Научный руководитель Журавлев С. В. I.

С положением о порядке организации и оформления выпускных (квалификационных) работ ознакомлен, задание принял к исполнению Наталья

АННОТАЦИЯ

К выпускной квалификационной работе
Барановой Натальи Федоровны «Пробелы в праве и пути их преодоления»

Тема выпускной квалификационной работы – «Пробелы в праве и пути их преодоления».

Объем работы составляет 105 печатных страниц с учетом списка литературы, который содержит 90 наименований источников.

Ключевые слова: пробелы в праве, причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе, преодоление пробелов посредством аналогии.

Объектом изучения выступает юридическая практика в динамике, с учетом вновь возникающих фактов и отношений, которые входят в сферу действия законодательства о государственной службе, однако, пока им полностью либо частично не урегулированы.

Предметом исследования являются пробелы в законодательстве о государственной службе, а также способы их устранения как фактор повышения эффективности государственной службы. Цель настоящей работы – провести комплексное теоретико – правовое исследование феномена пробелов в законодательстве о государственной службе, направленном на обоснование наиболее рациональных путей устранения неполноты правового регулирования в законодательстве в сфере государственной службы.

Выпускная квалификационная работа состоит из введения, трех глав и заключения. Во введении обосновывается актуальность заявленной темы, освещается степень ее научной разработанности. Первая глава посвящена рассмотрению концептуальных подходов к проблеме пробельности права с исторической точки зрения. Вторая глава состоит из четырех параграфов; в первом идет речь об общетеоретическом понятии пробелов в праве. Во втором параграфе раскрываются различные классификации пробелов в праве. В третьем и четвертом параграфах характеризуются объективные и субъективные причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе. В третьей главе рассматриваются основные пути преодоления пробелов права, а также вопросы применения трудового права к правовому регулированию государственной службы. В заключении делается вывод о правовой природе термина «пробел в праве», а также причинах возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе.

Оглавление

Введение.....	3
Глава 1. Концептуальные подходы к проблеме пробельности права: исторический аспект	8
1. 1. Проблемы происхождения пробелов в праве: общетеоретический аспект	8
1.2. Возникновение и развитие идей установления и преодоления пробелов права в зарубежной юридической науке	15
1.3. Установление и преодоление пробелов права в отечественной юридической науке (XIX – XX вв)	24
Глава 2. Понятие и причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе.....	33
2.1. Понятие пробелов: общетеоретический аспект.....	33
2.2. Классификация пробелов в праве	43
2.3. Объективные причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе	54
2.4. Субъективные причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе	61
Глава 3. Преодоление пробелов в праве как условие эффективности государственной службы.....	67
3. 1. Преодоление пробелов в законодательстве о государственной службе посредством аналогии	67
3.2. Трудовое законодательство и законодательство о государственной службе: вопросы соотношения.....	75
3.3. Иные факторы преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе	84
Заключение	93
Список использованной литературы.....	96

Введение

Актуальность темы исследования. Современные социально – экономические и политические условия Российской Федерации требуют постоянного совершенствования законодательства в сфере государственной службы, что положительно скажется на успешном и эффективном функционировании государственных органов. Одной из проблем, которая может препятствовать реализации исполнения государственным служащим своих обязанностей является наличие пробелов в законодательстве о государственной службе.

Преодоление пробелов как фактор повышения эффективности государственной службы служит решением проблемы не только совершенствования законодательства, но и противодействия коррупции, что в настоящее время приобретает особую актуальность.

Стоит отметить, что на протяжении долгих лет в России проводятся административные реформы, в том числе реформам подвергается и государственная служба. Целью реформ, безусловно, является решение существующих проблем (обеспечение эффективности функционирования системы исполнительной власти, предупреждение и пресечение коррупции и др). Но, к сожалению, несмотря на все усилия, пока что законодателю не удается полностью решить все противоречия и коллизии в правовом регулировании государственной службы.

Одним из основополагающих принципов построения правового государства является господство закона во всех сферах государственной деятельности и общественной жизни, что служит одним из показателей актуальности проблемы существования пробелов в праве. Еще в древности было известно, что пропуски в правовом пространстве – это путь к реализации различных возможностей правоприменителя в выборе средств своей деятельности, но правовую неопределенность, выраженную в пробельности права, необходимо устранять не по собственному усмотрению, а

так, чтобы итоговое решение проблемы пробельности не нарушило верховенство закона. Говоря же о деятельности государственного служащего, функционировании государственных органов, то в данном случае необходимы конкретные, научно обоснованные ориентиры, разработка которых приобретает актуальный характер в современных российских условиях реформирования государственной службы и политической и правовой системы общества в целом.

Степень научной разработанности темы исследования. С древних времен ученые отмечали, что относительно стабильный закон не может соответствовать меняющейся жизни. Правовая природа пробелов в праве, развитие проблемы пробельности законодательства изучалось как зарубежными учеными, так и учеными дореволюционного и советского периодов. Можно отметить работы С.С.Алексеева, А.Л.Боровиковского, С.И.Вильнянского, А.М.Гуляева, С.Е.Десницкого, В.К.Забигайло, А.В.Завадского, В.Н.Карташова, Б.А.Кистяковского, В.В.Лазарева, М.Н.Марченко, С.А.Муромцева, П.Е.Недбайло, И.Б.Новицкого, В.С.Панова, Л.И.Петражицкого, А.С.Пиголкина, И.А.Покровского, А.Ф.Черданцева, Г.Ф.Шершеневича, а также представителей отраслевых юридических наук В.О.Белоносова, М.И.Брагинского, И.Л.Брауде, В.В.Витрянского, А.В.Горожанина, М.М.Гродзинского, О.П.Дубровина.

В последнее десятилетие проблема повышения эффективности государственной службы активно исследовалась такими авторами как Д.Б. Миннигулова, М.В.Пресняков, С.Е.Чанов, Л.А.Ломакина, С.П. Матвеев, И.Н. Иваненко, А.С. Чуева, Е.С.Зайцева, П.В.Козловский и других. Сделанные ими выводы определяют степень разработанности проблемы преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе.

Объектом исследования в данной научной работе является юридическая практика в динамике, с учетом вновь возникающих фактов и отношений, которые входят в сферу действия законодательства о государственной службе, однако, пока им полностью либо частично не урегулированы.

Предметом исследования являются пробелы в законодательстве о государственной службе, а также способы их устранения как фактор повышения эффективности государственной службы.

Цель и задачи исследования. Цель настоящей работы – провести комплексное теоретико – правовое исследование феномена пробелов в законодательстве о государственной службе, направленном на обоснование наиболее рациональных путей устранения неполноты правового регулирования в законодательстве в сфере государственной службы.

Достижение указанной цели обуславливает необходимость постановки и решения следующих задач:

- обобщить и проанализировать концептуальные подходы к проблеме пробельности права в историческом аспекте;
- охарактеризовать юридическую природу пробелов в правовом регулировании и провести их классификацию;
- обосновать и проанализировать положения о возможности применения в законодательстве о государственной службе иного отраслевого законодательства путем аналогии;
- раскрыть вопросы соотношения норм трудового права и законодательства о государственной службе;

Методологической основой диссертационного исследования является комплексный подход к анализу источников и литературы по проблеме. В исследовании были использованы общенаучные и специально – юридические методы исследования. Общенаучные методы: абстрагирование, анализ и синтез; дедукция и индукция; восхождение от абстрактного к конкретному. Специально – юридические методы: формально – юридический; методы толкования права: системный, грамматический, сравнительно – правовой. Кроме того, в ходе исследования применялись различные способы толкования права (грамматический, телеологический, исторический).

Научная новизна диссертации отражена в системе следующих положений, выносимых на защиту:

1. Проблему пробельности права изучали с Древних времен, что связано с дуалистической правовой системой Древнего Рима.

2. В зарубежной и отечественной теории права были сформулированы два основных подхода к проблеме пробельности права:

- Теория логической замкнутости (беспробельности) права, в соответствии с которой природа права божественна, а потому совершенна;
- Теория пробельности права, признающая существование пробелов в праве, а также характеризующая пути преодоления пробелов.

3. Пробел в правовом регулировании, в частности, в законодательстве о государственной службе – это состояние правовой неопределенности, которое возникает вследствие полного или частичного отсутствия необходимой правовой нормы в системе законодательства о государственной службе, регулирующего те или иные общественные отношения, складывающиеся по поводу эффективного функционирования государственных органов.

4. Имеющие в теории классификации пробелов основаны в большей степени на одном критерии: пробел либо преодолевается законодателем, либо правоприменителем.

5. В настоящее время одним из направлений реформирования и развития системы государственной службы Российской Федерации является повышение эффективности государственной службы Российской Федерации и результативности профессиональной служебной деятельности государственных служащих.

6. Основным направлением восполнения пробелов в законодательстве о государственной службе является привлечение к

регулированию правового статуса гражданских служащих (гражданской службы) норм иных отраслей права (конституционного, административного, трудового, гражданского, финансового права).

Теоретическая и практическая значимость диссертации определяется разработкой актуальных и вопросов пробельности законодательства о государственной службе, а также устранению пробелов в сфере законодательства о государственной службе путем применения отраслевых норм, что положительно скажется на успешном и рациональном функционировании государственной службы.

Отдельные положения и выводы, обоснованные в работе, могут быть использованы в целях дальнейшего изучения пробелов в законодательстве о государственной службе, при чтении общих и специальных курсов по общей теории права и теории государственной службы.

Структура диссертации определяется поставленной целью и объемом исследовательских задач и включает в себя введение, три главы, подразделенные на восемь параграфов, заключение, а также список использованной литературы.

Глава 1. Концептуальные подходы к проблеме пробельности

права: исторический аспект

1. 1. Проблемы происхождения пробелов в праве:

общетеоретический аспект

Начиная исследование проблемы пробельности права, стоит обратиться к трудам античных ученых, которые впервые заметили то, что «закон не может полностью объять превосходнейшее и справедливейшее, чтобы предписать всем наилучшее»¹. Древнегреческий философ Платон утверждал, что «законодательство не может избежать пробелов вследствие невозможности быть правильно выработанным до конца»².

Продолжая изучать высказанное античным философом положение, ученик Платона Аристотель отмечал, что недостатки (пробелы) писаного закона допускаются иногда сознательно, если нельзя дать какие-либо предписания относительно данного случая; в других случаях – против его (закона) воли, когда такие предписания ускользают от его внимания³. Тогда же делались попытки восполнения пробелов. В частности, Аристотель их преодоление связывал с применением естественного права, представляющим собой совокупность неизменных законов природы. Данные законы были призваны помочь суду принять решение в случаях, когда «молчит» право, установленное государством. Также для устранения пробелов Аристотелем была выработана теория «исправительной» справедливости, или по – другому ее еще называют учение о соотношении правды и справедливости⁴. Согласно данной теории, закон сравнивается со справедливостью, но так как закон не является совершенным, и соответственно, возможно появление в нем пробелов, то при применении закона в каждом конкретном случае предписывалось исходить из понятия правды как высшей силы справедливости. Аристотеля также различал два вида справедливости по

¹ Платон. Политик. 194 В // Соч. Ч. 6. М., 1879. С. 129.

² Платон. Законы. Кн.9. 857 С. Поли. собр. соч. Т. 14. С. 86.

³ Аристотель, Риторика. Кн. 1. Гл. 13. 2000. С. 50-51

⁴ Аристотель. Этика. Пер. с греческого Э. Радлова. Спб, 1908. С. 102-103.

отношению к праву: уравнивающую и распределяющую. Уравнивающая справедливость - это та, которой люди руководствуются при обмене ценностями или возмещении ущерба. Она выступает инструментом соблюдения меры между ущербом и выгодой каждой из сторон. Распределяющая справедливость признает справедливым как равное, так и неравное распределение между различными лицами в зависимости от их вклада в общественное благо⁵.

Далее следует обратить свое внимание на положения, выработанные в правовой системе Древнего Рима, которая была основана на дуализме гражданского и преторского права. В правовой системе Древнего Рима, как и в любой правовой системе, существовали пробелы в праве, которые преодолевались посредством преторских эдиктов. Преторский эдикт – это программа судебной деятельности претора, объявлявшаяся при вступлении в должность и остававшаяся в силе в течение всего года его магистратуры. Механизм преодоления пробелов в праве посредством преторских эдиктов действовал следующим образом: если закон содержал правовые пропуски, вследствие которых физическое лицо претерпевало ущерб и не могло защитить свой нарушенный интерес посредством иска, то удовлетворить жалобу этого лица мог претор, выносивший свое свободное суждение, которое считалось правильным и справедливым. В ходе этого, с помощью логических умозаключений претор вводил новые нормы права, устраняя имеющиеся пробелы в праве. Римский юрист Папиниан на этот счет заметил: «Преторским правом называют те положения, которые ввели преторы с целью вспоможения, пополнения или исправления гражданского права, в видах общественной пользы»⁶.

Но область действия преторских эдиктов не ограничивалась гражданским правом, свое распространение эдикты также получили и в уголовном праве. Уголовный судья имел право не только назначить меру

⁵ Аристотель, Риторика. Кн. 1. Гл. 13. 2000. С. 53

⁶ Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. М.: «Спарк», 1996. С. 45,46.

наказания, которая соответствовала бы индивидуальным обстоятельствам свершенного деяния, но и ему была дана полная свобода применения или неприменения старых законов, введения новых нормы и преобразования существующих актов. Позднее, стремясь максимально полно подойти к решению уже существующей проблемы пробельности, в Древнем Риме принимается закон Эбуция (*lex Aebutia*), который устанавливал, что претор по своему усмотрению и в интересах гражданской юрисдикции мог интерпретировать законы и в форме эдиктов и исправлять и восполнять имеющиеся в них пробелы. В силу действующего в тот период времени правопорядка, преторские эдикты действовали в качестве законов на протяжении года, а также в последующее время распространяли свое действие на пробельное законодательство⁷.

Таким образом, можно отметить, что в правовой культуре Древнего Рима пробелы права были объективно существующими, и римские юристы внесли большой вклад в исследование проблемы пробельности.

После падения Западной Римской империи в период раннего средневековья (476 – 1000 гг.) в праве наиболее популярными становятся теологические теории происхождения и сущности права, согласно которым

право – это божественная, всеобъемлющая и непротиворечивая воля. Такая трактовка правовой природы права исключала существование пробелов в праве как таковых.

В последующем, кодификация римского права, начатая византийским императором Юстинианом, была использована в процессе формирования правовой христианской доктрины. В 12 в. активно проводилась научная систематизация и комментирование, в частности болонской правовой школой. Законодательством римской католической церкви были восприняты все основные принципы римской классической юриспруденции. Школа средневековых схоластов попыталась придать правовой системе законченный и почти математический, строго логический характер.

⁷ Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. М.: «Спарк», 1996. С. 45,46.

Христианство своим авторитетом укрепило статус естественного права в античном, а затем и средневековом обществе. Блаженный Августин отмечал, что существует некий нерушимый и вечный закон, восходящий к Богу и определяющий для людей естественный порядок существования.

Со времен античности ученые стали замечать, что «закон не может полностью объять превосходнейшее и справедливейшее, чтобы предписать всем наилучшее»⁸. Древнегреческий мыслитель Платон писал: «законодательство не может избежать пробелов вследствие невозможности быть правильно выработанным до конца»⁹.

Ученик Платон Аристотель продолжил исследование несовершенства законов и, в свою очередь, считал, что: «недостатки (пробелы) писаного закона допускаются иногда сознательно, если нельзя дать какие-либо предписания относительно данного случая; в других случаях – против его (закона) воли, когда такие предписания ускользают от его внимания»¹⁰. Аристотелем была впервые предпринята попытка преодоления пробелов. В частности, Аристотель рассматривал преодоление пробелов с применением естественного права. В данном случае естественное право – это совокупность неизменных законов природы, которые призваны помочь суду при принятии решений, в случаях, когда в праве отсутствует необходимая норма.

Помимо использования естественного права для преодоления проблемы пробельности древнегреческий ученый разработал теорию «исправительной» справедливости также известное как учение о соотношении правды и справедливости¹¹. Суть данной теории заключалась в том, что закон сравнивается со справедливостью, но в силу того, что в закон может быть не идеален, и в нем соответственно могут быть определенное правовые пропуски, то при его применении предписывалось исходить из

⁸ Платон. Политик. 194 В // Соч. Ч. 6. М., 1879. С. 129.

⁹ Платон. Законы. Кн.9. 857 С. Поли. собр. соч. Т. 14. С. 86.

¹⁰ Аристотель, Риторика. Кн. 1. Гл. 13. 2000. С. 50-51

¹¹ Аристотель. Этика. Пер. с греческого Э. Радлова. Спб, 1908. С. 102-103.

понятия правды и справедливости. По отношению к праву древнегреческий философ различал два вида справедливости:

1) уравнивающая справедливость – такой вид справедливости, которым люди руководствуются при возмещении причиненного ущерба или обмене ценностями;

2) распределяющая справедливость – при таком виде справедливости справедливым признается как равное, так и неравное распределение между различными лицами в зависимости от их вклада в общественное благо¹².

Далее проблема пробельности получила свое развитие в Древнем Риме.

Правовая система Древнего Рима была основана на дуализме гражданского и преторского права. Существующие в ней пробелы преодолевались с помощью преторских эдиктов. Преторский эдикт – это программа судебной деятельности претора, объявлявшаяся при вступлении в должность и остававшаяся в силе в течение всего года его магистратуры. Рассмотрим механизм действия преторских эдиктов относительно пробелов в праве. Если возникала ситуация, в которой частное лицо, претерпевшее ущерб, не могло защитить свой нарушенный интерес посредством иска, а в законе, который подлежит применению, на этот случай норма отсутствует, то претор выносил свое свободное суждение. Именно так, с помощью логических умозаключений претор создавал новые нормы права, устраняющие пробелы в праве.

Римский юрист Папиниан в своих работах отмечал: «Преторским правом называют те положения, которые ввели преторы с целью вспоможения, пополнения или исправления гражданского права, в видах общественной пользы»¹³.

Преторские эдикты распространяли свое действие на различные отрасли права. В частности в области уголовного права судья помимо назначения общей меры наказания мог свободно действовать в применении

¹² Аристотель, Риторика. Кн. 1. Гл. 13. 2000. С. 53

¹³ Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. М.: «Спарк», 1996. С. 45,46.

или неприменении старых законов, а также создания новых правовых норм. Позже для решения имеющейся проблемы пробельности права был принят закон Эбуция. Данный закон устанавливал, что претору давалась возможность интерпертировать законы, а также исправлять и исполнять имеющиеся в нем пробелы. Таким образом, посредством внесенных эдиктов, имевших силу закона, в Древнем Риме устранялись пробелы в законодательстве.

В дальнейший исторический период все активнее развивались теологические теории происхождения и сущности права. С данной точки зрения право понималось как божественная воля, непротиворечивая, что автоматически исключает возможность появления пробелов.

Христианский философ Блаженный Августин писал, что «существует некий нерушимый и вечный закон, восходящий к Богу и определяющий для людей естественный порядок существования». Также один из сторонников теологических теорий Фома Аквинский считал, что Божественный разум формулирует вечный закон мироздания, частью которого является человеческий правопорядок. Он отрицал представление о несовершенстве права как порождении греховной сути человека. Схоластическая философия, идущая от Фомы Аквинского, подчеркивала рациональный аспект естественного права, доказывая его истинность также рациональными аргументами, доказывая истину не столько умозаключениями исследования, сколько догматами христианской веры.

До Фомы Аквинского естественное право не было системой норм, опосредующих все области человеческой деятельности в целом. Аквинский стал утверждать, что природа не есть навечно заданный и неизменный феномен. А значит, могут меняться и нормы естественного права: ему было позволено заполнять пробелы в естественном праве, однако явный приоритет в случае конфликта права естественного и человеческого все же оставался за первым. Должным у Фомы Аквинского выступает

определенный тип нормативности, устанавливающий разумное состояние общего блага.

По его мнению, естественное право, будучи высшим по отношению к позитивному праву, является надзаконным и вытекает из идеальных норм, которыми являются высший разум, гуманность, справедливость и т.д., и тем самым пробелы в позитивном праве преодолеваются¹⁴.

Если говорить о дальнейшем развитии проблемы пробельности, то в эпоху Возрождения (14 – 16 вв.) начинается переосмысление положений, выработанных античностью. В правовой науке начинают доминировать теории естественного права, что приводит к формированию доктрин, в соответствии с которыми ученые рассматривали либо пробельность, либо беспробельность права, которые будут рассмотрены в следующих параграфах.

¹⁴ Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления. М., 2003. С. 54

1.2. Возникновение и развитие идей установления и преодоления пробелов права в зарубежной юридической науке

Традиционным подходом является исследование определенной проблемы с хронологической точки зрения, но относительно проблемы пробельности права в теории существует подход с точки зрения признания существования пробелов или их непризнания. Рассмотрим данные подходы.

Сторонники теории непризнания пробелов в праве исходили из понятия «права» как логически замкнутой системы, в которой можно найти все необходимые нормы, даже для тех случаев, которые не предусмотрены законом. Пути решения возникших проблемы могут быть различны, в частности, решение можно найти посредством судебного правотворчества, путем толкования норм права, либо путем применения норм естественного права.

На основе данных идей профессор В.В.Лазарев обосновал, что разнообразные точки зрения о беспробельности права в целом основаны на 2 положениях¹⁵

1. Обожествление права (сторонник Ч. Беккария)
2. Логическая замкнутость права (сторонники Р.Иеринг, Г.Кельзен)

Относительно первого тезиса следует отметить, что его сторонники стремились обожествить зарождающееся буржуазное право путем внушения к нему уважения и утверждения его безраздельного господства. В частности, существовало мнение о том, что право – это то, что содержится в тексте закона. Из чего следует, что закон содержит все деяния, которые воспрещаются, либо, если закон их не содержит, а, значит, такие деяния не воспрещаются, соответственно, нет и норм права для регулирования данных деяний.

Придерживаясь данной теории Р.Иеринг считал, что право – это логически замкнутая система, содержащая в себе неиссякаемый источник

¹⁵ Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань. Изд-во Казан, ун-та, 1969. С. 13.

нового материала. По его мнению, правовая система содержит в себе нормы для решения любой возникшей проблемы. Но он допускал, что даже самое совершенное право может допускать неудачные формулировки, но данные недостатки возможно преодолевать путем толкования юридических конструкций.

Соглашаясь с Р.Иерингом, представитель юридического позитивизма К.Бергбом писал: «Право никогда не нуждается в пополнении извне, ибо оно в любую минуту полно: его плодovitость, его логическая сила растяжения в каждый момент покрывает весь запрос и правовые решения»¹⁶. Бергбом высказывался о наличии пробелов, но, однако, относил их только к бесправному пространству в силу того, что если бы жизненные ситуации нуждались в правовой регламентации, то они и существовали бы в пределах логической замкнутости системы права. Также, К.Бергбом считал, что существование не предусмотренных правом случаев, что следует как из несовершенства законов, так и отсутствия необходимых правовых норм. В этом случае он высказывался за существование пробелов, однако отрицал пробельность права в целом.

Но были и те правоведы, отрицающие существование бесправного пространства в целом. Немецкий ученый Ф.Регельсбергер писал: «положительное право имеет определения для всех вопросов, для всех отношений, оно не терпит в принадлежащей ему области никакого бесправного пространства»¹⁷. Но он также писал и о логической выводимости новых норм. В частности, указывал, что с помощью логической деятельности судьи и имеющихся в праве норм возможно решение любого случая.

В этой связи уместно вспомнить, что еще в 1804 г. в пункте 4 Гражданского кодекса Франции было закреплено положение, согласно которому, «если судья откажется судить под предлогом молчания (*silence*), темноты или *недостаточности*

¹⁶ Bergbom K. *Iurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Bd. I. Leipzig, 1892. S. 376, 393, 203

¹⁷ Регельсбергер Ф. *Общее учение о праве*. Под ред. Ю.С. Гамбарова, М., 1897. С. 162

закона, то он может подлежать преследованию по обвинению в отказе правосудию»¹⁸.

Отказ в правосудии по названному мотиву считал недопустимым не только Регельсбергер, но и другие известные правоведы. Так, Г.Дернбург, в принципе соглашаясь с предложенной Регельсбергером логической выводимостью новых норм, относил эту деятельность к области судейского усмотрения¹⁹.

Уместным будет далее указать позицию сторонников школы юридического позитивизма. Основоположник данного направления Джон Остин в 1832 году выпустил работу «Лекции о юриспруденции, или философия позитивного права», где пытался решить проблему создания единой системы и категорий понятий, посредством которого право могло стать более ясным и чистым. Остин считал, что право следует «очистить» от всего лишнего: этики, морали, религии и психологии. По его мнению, «право в своем наиболее общем и полном значении...буквально... может быть определено как правила, предназначенные для управления поведением разумного человека со стороны другого разумного человека, обладающего властью над первым». Следовательно, наука о праве, т.е юриспруденция, «имеет дело с законами или правом в собственном смысле этого слова, без рассмотрения того, плохи они или хороши».

Идеальной формой воспроизведения права Остин считал кодексы. Помимо них в правовую систему, по его мнению, следовало включать судебные прецеденты, распространенные в Великобритании, поскольку они имеют нормативно – правовой характер. В силу того, что статутное право наполнено многочисленными пробелами, только совершенная система правотворчества сможет их восполнить.

Еще одной школой, которая придерживалась учения о логической замкнутости права, является нормативистская. Согласно данному учению право – это совокупность юридических норм, полностью изолированных от общественных отношений, которые составляют основу различным сферам

¹⁸ Французский Гражданский Кодекс 1804 г. Пер. И.С.Перетерского. М., 1941.

¹⁹ Дернбург Г. Пандекты. Т.1. Общая часть / Под ред. П.Соколовского. М., 1906. С. 98.

жизни, в частности, это политика, экономика и т.д. Право представляет собой замкнутую систему норм, которые не связаны волей законодателя. В этой системе есть определенная иерархия, а именно: есть основная норма, которая возглавляет пирамиду, по которой каждая норма берет свою юридическую силу в норме, которая занимает выше место в пирамиде. Другими словами, одна норма обусловлена своим развитием другой – основной нормой. Относительно пробелов в праве, то отмечается, что основная норма завершает логическую структуру беспробельности права. Основоположник нормативистской школы права австрийский юрист и философ Г.Кельзен считал, что основная норма может отсутствовать и ее можно восполнить путем создания новой нормы актом суда. В этой связи он также являлся сторонником беспробельности права, так как судебный акт полностью заменял закон, в котором отсутствовала необходимая норма, тем самым предотвращая появление пробелов²⁰.

Однако в случае отсутствия основной нормы Кельзен указывал на тот факт, что суд может самостоятельно создавать правовую норму. В связи с этим он отрицал наличие пробелов в праве, так как вынесенное решение судьи в каждом конкретном случае является равным по юридической силе отсутствующей норме.

Если же речь идет о техническом упущении законодателя, то, по мнению Г. Кельзена, это лишь неясность, как один из признаков абстрактной нормы права, но не пробел. Здесь как пример он приводит норму о том, что в законе может устанавливаться необходимость выборов определенного органа, но не регламентирован порядок выборов. Здесь Кельзен не видит пробела, так как подобного рода неясности присущи известному виду выборов, а призванный к их проведению орган вправе сам установить порядок их проведения²¹.

²⁰ Муромцев С. А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. 1880. № 11. С.391-392.

²¹ Туманов В.А. Критика современной буржуазной теории права. М.: Госюриздат, 1957. С. 41

Не признавали существование пробелов в праве и сторонники психологической теории права. В частности, Э.Р. Бирлинг писал, что точнее право характеризуется через призму императивно – атрибутивных эмоций и исходит из отрицания существования совокупности норм права. Все правовые явления – это сложные психические процессы, поэтому они не предполагают существование пробельности, так как в случае отсутствия атрибутивных эмоций явления будет отнесено к области морали, и соответственно, будет регулироваться моральными нормами, а при отсутствии императивных – к области бесправного пространства²².

Иной точки зрения о признании или не признании существования пробелов в праве придерживались сторонники социологической школы. В соответствии с данным направлением право – это совокупность определенных фактических отношений, которые возникают и существуют независимо от каких – либо норм. В данном случае основу права составляет не закон, а усмотрение судьи, которое сформировано через его опыт судебной деятельности. Один из представителей данной школы, австрийский правовед Е.Эрлих писал, что действующая система норм устаревает уже в «тот самый момент, когда она установлена... она едва ли в состоянии овладеть даже настоящим и ни в какой мере будущим: никакая теория применения права не может упразднить действительного факта, что всякая система твердо установленных правовых правил по собственной своей природе всегда имеет пробел, что в сущности она устаревает в тот самый момент, когда она установлена, так что она едва ли в состоянии овладеть даже настоящим и ни в каком случае будущим; никакая теория не может воспрепятствовать общественным явлениям, к которым применяется право, продолжить постоянно развиваться и ежеминутно пополнять новым содержанием установленные для решения нормы»²³.

²²Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т.1. СПб, 1907. С.84.

²³ E.Erlich. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903. S. 17.

Также Е. Эрлих — автор концепции «свободного судейского отыскания права». Она была разработана в связи с проблемой преодоления пробелов в праве. Эрлих предлагал судьям заменить логическую дедукцию, основанную на тексте нормы (принцип «юриспруденции понятий»), индукцией, основанной на социальных данных и интуитивном чувстве справедливости.

Следовательно, сторонники социологической школы права придерживались точки зрения о существовании пробелов в праве, но по-разному рассуждали о путях их преодоления²⁴. Поэтому можно выделить несколько подходов в рамках социологической школы права: сторонники свободного права, социологического метода, теории взвешивания интересов, а также восполнения пробелов и иных сомнений в законе посредством достижения конкретной цели, в частности, справедливости.

Далее следует охарактеризовать позицию немецкого цивилиста Э.Цительмана, разработавшего «чистую» теорию пробелов. Во-первых, он разделял такие категории как пробелы в праве и пробелы в законе. Пробелы, по его мнению, находятся именно в праве, а тезис о том, что право — это беспробельная категория и только закон содержит пробелы, Цительман считал спором о словах в силу того, что в данном случае речь идет о признании правом того, чем судья заполняет пробел.

По мнению Цительмана, в отношении пробелов можно выделить 2 момента: если говорить о моменте, предшествующему заполнению пробелов, то в праве есть пробелы; если же брать момент, следующий за заполнением пробелов (конечный результат), то можно отрицать существование пробелов.

Немецкий ученый также указывает, что понятие «пробела» можно ограничить такими случаями, когда законодатель не регулирует общественные отношения в силу того, что эту задачу должны выполнять другие правотворческие силы, либо проблема пробельности может быть

²⁴ Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Казань 1916. С.56

урегулирована другими не правовыми средствами (религия, нравственность, законы любви и т.д.)²⁵.

Позиция Цительмана относительно действующего правопорядка заключается в том, что конкретное действие не является наказуемым, пока не доказано иное. Даже в том случае, если правовая норма не закреплена в положительном праве, в силу того, что правопорядок не связан с какими – либо фактами юридических последствий, они и не могут наступить. Правовая норма, закрепляющая наказание – это исключение из общего отрицательного правила. И если данное исключение отсутствует, то это не пробел в праве потому, что правоприменитель может применять указанную отрицательную норму. В частности, судья может заполнить общую отрицательную норму противоположной, однако такая деятельность будет не восполнением пробелов, а корректированием действующего права. Такие пробелы ученый называл «ненастоящими», сущность которых рассматривал отклонение от общей трактовки закона²⁶.

«Настоящие» же пробелы возникают только в тех случаях, когда закон вообще не дает ответа и не представляет возможности вынести решение, тогда как решение должно быть вынесено, когда воля закона ясна, но в ее рамках имеется несколько возможностей, и закон умалчивает о том, какую из них предпочесть. В этом случае судья вправе восполнить пробел, но не свободным усмотрением, а решением дела по аналогии.

Применение к пробелам терминов «настоящие» и «ненастоящие» являлось следствием множества мнений по проблеме пробельности права. В то время в правовой мысли все больше высказывались за существование пробелов в праве, отрицая теорию логической замкнутости права. Юридическая техника не рассматривалась как основной способ восполнения пробелов, а была лишь видимостью конструктивно – дедуктивного метода восполнения пробелов. На самом же деле общие принципы строились не только

²⁵ Zitelmann E. Ltiken in Recht. Leipzig. 1903. С.118

²⁶ Zitelmann E. Ltiken in Recht. Leipzig. 1903. С.119

на основании материала положительного права, но и на основании тех жизненных отношений, на которые наталкивались в процессе применения права. При этом общие принципы положительного права обобщают лишь то, что в нем содержится, но не дают ничего большего. Дедукция из этих принципов не может дать решения казуса, фактический состав которого не предусмотрен положительным правом. К тому же никакое логическое содержание не в состоянии дать более того, что положено в его основу²⁷.

В силу развития права и расширения границ правового регулирования следует согласиться с той позицией, что существование пробелов в праве – это естественное явление, свойственное любой правовой системе в силу того, что закрепленные в позитивном праве нормы не могут полностью охватить вновь проявляющиеся общественные отношения. По данному тезису высказался американский юрист Л.Фуллер: «непредвиденные обстоятельства, которые создаются жизненными случайностями, всегда будут иметь место при всех, даже наиболее тщательно создаваемых нормах»²⁸. Другой исследователь, Г.Лаутерпахт, также объяснял наличие пробелов в праве его незрелостью и несовершенством²⁹.

Проведение исследование литературы относительно происхождения и сущности пробелов в праве позволяет сделать вывод о том, что в целом в правовой мысли, начиная с древних времен и заканчивая концом 19 в – началом 20 в., сформировалось два основных подхода:

- Теория логической замкнутости (беспробельности) права, в соответствии с которой природа права божественна, а потому совершенна;
- Теория пробельности права, признающая существование пробелов в праве, а также характеризующая пути преодоления пробелов.

²⁷ Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права // Уч. зап. Юрьевск. Универс-та, 1917. № 1-2. С. 259.

²⁸ L.Lon. Fuller. Anatomy of the Law. New York - Washington - London, 1968. P. 100.

²⁹ G.Lauterpacht. The function of Law in the International Community. Oxford, 1933. P.70.

1.3. Установление и преодоление пробелов права в отечественной юридической науке (XIX – XX вв)

В отечественной правовой литературе пробелы в праве характеризовались с точки зрения толкования законов. Традиционным видом толкования рассматривалась аналогия. Однако позднее в конце XIX в. – начале XX в. проблема пробельности права получает самостоятельное формирование и последующее исследование.

Как отмечалось выше, проблема пробельности была тесно связана с применением аналогии, однако термин «аналогия» зачастую смешивали с термином «толкование». Известный правовед Н.М.Коркунов в своих сочинениях указывал на тот факт, что толкование и применение нормы права по аналогии – это не одно и то же³⁰. В свою очередь юрист Е.Н.Трубецкой занимал несколько иную позицию, отмечая, что аналогия закона есть подвид толкования, а аналогия права является творческим актом, который создает новую правовую норму³¹. Позднее относительно проблемы пробельности применение аналогии стали рассматривать как самостоятельный вид преодоления пробелов в праве.

В целом в конце XIX в. в отечественной правовой мысли поднимались следующие проблемы: понятие и причины происхождения пробелов в праве, их правовая природа, а также критиковалась ранее появившаяся теория беспробельности права.

В 70 – х гг. XIX в. ученые отмечали определенную казуистичность и пробельность отечественных законов. Для преодоления пробелов предлагалось использовать аналогию права и аналогию закона, руководствуясь «общим» смыслом закона. Представители юридического позитивизма отмечали, что в процессе подготовки закона нет определенной концепции и законы принимались в тот момент, когда в этом возникала

³⁰ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. - Изд. 6-е. - СПб., 1904. – С. 167

³¹ Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. - М., 1917. – С. 88

практическая потребность и поэтому, когда находились новые обстоятельства и факты, обнаруживались пробелы.

Большинство юристов того времени указывали, что при преодолении пробелов нужно оставаться в рамках позитивного права, соблюдая при этом принципы законности и неизменяемости законов. Данный тезис был описан в одном из первых учебников по общей теории права Н.К. Ренненкампа. Автор отмечал, что при применении аналогии права и аналогии закона правоприменитель должен руководствоваться духом законодательства. Он указывал: «На основании справедливости судья не может ни пополнять пропуски закона, ни игнорировать закон».³² Такого же мнения придерживался Г.Ф. Шершеневич считая, что восполняя пробелы по аналогии судья сталкивается с определенной долей творчества, но это не творчество, свободное от подчинения закону³³.

О строгом соблюдении закона при восполнении пробелов писали также и представители отраслевых наук. Известный цивилист Е.В. Васьковский указывал, что основным источником гражданского процессуального права являются законодательные нормы и писал: «Когда на практике возникают вопросы, не предусмотренные прямо никакими юридическими нормами, суды обязаны разрешать их по общему смыслу наличных норм, посредством логического развития их».³⁴ Также по утверждениям И. А. Покровского, в законе могут быть пробелы, но основным принципом толкования является правило, что только закон может быть источником судебного решения. Только из закона, из его прямых постановлений или из его общего духа, суд должен брать правовые нормы; для преодоления пробелов все незаконные инстанции - естественное право, общие представления о справедливости, целесообразности и т.п. - значения не имеют.

³² Ренненкампа Н.К. Очерки юридической энциклопедии. - Киев, 1868. – С. 216

³³ Липень С.В. Идеи установления и преодоления пробелов в праве в отечественной юридической науке второй половины XIX - начала XX вв. // Актуальные проблемы экономики и права. - Казань: Познание, 2012, № 3 (23). - С. 190-197

³⁴ Там же.

Представители иных научных взглядов, в частности сторонники социологической юриспруденции, также подвергали критике правовые недостатки в законодательстве, отмечая, что нет возможности создать идеальные нормы, в которых бы не было пробелов.

Правовед С. А. Муромцев обращал внимание на пробелы в законе и на то, что их восполнение означает не что иное, как создание нового права, на роль судьи в применении законов: «Судья, сталкиваясь с несовершенством закона или его отсутствием, должен положиться на свои собственные силы и приступить к регламентации гражданско-правового порядка, не дожидаясь, пока выступит законодатель»³⁵.

Ученый Л. С. Белогриц – Котляревский отмечал, что множество пробелов содержится в общих частях уголовного законодательства. Он относил к таким пробелам отсутствие нормы о покушении над негодным объектом, указывая, что в большинстве кодексов отсутствует категория покушения, а также нет положений об ответственности подстрекателя при эксцессах исполнителя, о значении согласия пострадавшего при посягательствах на свободу и целостность тела, о причинной связи, устанавливающей ответственность за результат и т.д. Во всех таких и подобных случаях суд вместе с наукой права создает самостоятельные нормы, которыми регулируются жизненные интересы³⁶.

Также пробельность дореволюционного законодательства рассматривал П.И. Беляев: «Наши законы, за некоторым исключением, представляют собой не кодификацию, а санкционированные своды, заключающие в себе законы, принадлежащие разным, иногда очень отдаленным временам, и вдобавок законы казуистические, прежние указы, возникавшие по поводу отдельных юридических случаев»³⁷. Но даже и в кодификациях пробелы неизбежны – по самой природе вещей; невозможно

³⁵ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. - М., 1879. – С.119

³⁶ Белогриц-Котляревский Л.С. Творческая сила обычая в уголовном праве. - Ярославль, 1890. – С.18

³⁷ Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. - 1911. -№ 2. С.64

предвидеть все тонкости новых отношений, надо, чтобы многие вопросы разработала практика (например, скудные постановления Свода законов гражданских о товариществах - ст. 2126 и следующие). К тому же законы имеют свойство устаревать, отставать от жизни. Законодатель иногда сам прибегает к помощи обычая, сознательно допускает пробелы, - например, когда закон предоставляет судье установить меру гражданских последствий правонарушения и т.д. Общий смысл в нашем своде - фикция, как и гипотетическая воля законодателя. Мало можно найти общих принципов в своде, объединившем собой внешним образом законы, относящиеся к трем векам. П. И. Беляев пробует дать и правила, которых необходимо придерживаться судье при пробелах в законе. При отсутствии ответа в законе на подлежащий разрешению вопрос судья прежде всего должен руководствоваться обычно-правовыми нормами. Обычай - это комплекс правил, выработанных жизнью общества; последнее имеет «естественное» право, чтобы эти правила не игнорировались судьями, которые должны быть органами не только государства, но и общества, и предотвращать конфликт закона с обычаем и справедливостью. При отсутствии обычных норм возникает законодательствование судьи, при этом судья будет взвешивать интересы, руководствуясь указаниями юриспруденции и представлениями общества о справедливости, оставаясь, однако, в рамках общих тенденций закона. Таким образом, по П.И. Беляеву, основаниями судебного решения при пробелах в праве являются, с одной стороны, юридическая наука, которая по своим возможностям способна к правовому творчеству не менее законодателя, и, с другой стороны, живущие в обществе представления о справедливом, идеальном праве, которое должно заменить устаревающее право. Едва ли много может быть использован прецедент, поскольку все, что он может дать, дает и юридическая наука; следование же прецедентам ослабляет творческую деятельность судьи.

Наряду с представителями социологической юриспруденции сторонники теории «возрожденного» естественного права (Е.Н. Трубецкой,

И.В. Михайловский) и основатель психологической теории права Л.И. Петражицкий также рассматривали восполнение пробелов как творческую деятельность.

В частности, Е. Н. Трубецкой отмечал, что необходимо признать естественное право наравне с позитивным правом иначе в правовом регулировании не будет критериев оценки последнего. В силу того, что могут возникать случаи, не предусмотренные законом, а восполнять их необходимо посредством аналогии права или аналогии закон, то правоприменитель выполняет творческую роль, поэтому для преодоления пробелов нужны и обычаи, и административные распоряжения, и корпоративные нормы, и нормы судебной практики. Так как деятельность суда есть отчасти творческая, то она должна находиться под сильным влиянием науки права³⁸.

Ученый И.В. Михайловский также выступал с критикой теории беспробельности права и о наличии пробелов в праве, указывая, что законодатель не в силах все предусмотреть, а жизнь постоянно идет вперед³⁹.

Нельзя переоценивать силу законодательства, оно часто оказывается бессильным перед новыми явлениями жизни. И суду придется создавать для этих явлений новые нормы на основании других источников, важнейшим из которых является естественное право; на основании логического развития общих начал естественного права в применении к потребностям данной социальной среды будет сформулирована новая юридическая норма, которая заполнит пробел положительного права. Особенно велико творчество суда при так называемой аналогии права. Она, в сущности, не является аналогией, так как нет сходной нормы, нет логического процесса заключения по аналогии. Это самостоятельный прием восполнения пробелов в праве. Это более высокая степень творческой деятельности судьи, где источником для формулирования новых норм является естественное право.

³⁸ Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. - М., 1917. – С.99

³⁹ Михайловский И.В. Очерки философии права. -Томск, 1914. - Т. 1. – С.312

По мнению основателя психологической теории Л.И. Петражицкого, одной из функций юриспруденции является заполнение пробелов, а также непосредственное нахождение решений для нерешенных законом вопросов. Для этого юриспруденция должна встать на путь «самонаблюдения и соединенного метода внутреннего и внешнего наблюдения». Ученый указывал что существует область параллельного существования и действия интуитивного и положительного права, а также, что между ними неизбежны разногласия, и то, что интуитивное право оказывает давление на толкование и применение права позитивного. Писал, что: «практика позитивного права представляет равнодействующую, направление которой в более или менее значительной степени определяется давлением интуитивного права решающих лиц»⁴⁰.

Принципиально разные позиции относительно проблемы пробельности занимали ученые в начале XX в. Сторонники юридического позитивизма отмечали, что деятельность по восполнению пробелов является подзаконной с использованием толкования права и применения аналогии права и аналогии закона. Представители же противоположной школы (социологической юриспруденции) более остро критиковали пробельность законов и творческий характер деятельности судьи при преодолении пробелов. Ученые указывали на необходимость выходить за пределы юридической сферы при решении проблемы пробельности, руководствуясь не только толкованием закона и аналогией, но и использовать внепозитивные критерии. В то же время творческое начало в судебном правоприменении при пробелах в праве получало неоднозначное освещение - с какого момента начинается творчество судьи, в чем оно выражается, каковы правила восполнения пробелов; бессознательным, иррациональным или сознательным, субъективным или объективным критериям отводится главная роль; наконец, каково соотношение судебного творчества с писанным правом, - все эти

⁴⁰ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - СПб., 1909-1910. -Т. 1-2. - С.257

вопросы получили в литературе самое различное и далеко не окончательное решение.

Следует также упомянуть мнение В.В Лазарев относительно правовой природы и установления пробелов в праве. Он предлагает для более точного и подробного изучения в дальнейшем пробелов в праве, рассмотреть само понятие «право». Начинать анализ данной категории следует с марксистской теории, которая отрицает деление права на позитивную, внепозитивную и надзаконную системы норм. По данной теории право – это не что – то данное извне, право является продуктом сознательно – волевой деятельности людей, соответствующий реальным условиям жизни общества.

В силу своей правовой природы право выражает волю господствующего класса, а в условиях полной победы социализма сущностью права становится государственная общенародная воля. В. И. Ленин писал: «Воля, если она государственная, должна быть выражена, как закон, установленный властью»⁴¹. Соответственно, право характеризовалось как единство содержания и формы. По содержанию оно является совокупностью конкретно – определенных правил поведения людей, заключающих в себе государственную волю. Строительным материалом права являются нормы. Общность, системность, определенность, обеспеченность норм мерами государственного принуждения есть необходимый атрибут формы права.

Проанализировав сказанное, можно сделать вывод о делении пробелов на «пробелы в законе» и «пробелы в праве». Некоторые ученые, говоря о «пробелах в законе», имеют в виду данную законодателем позитивную правовую систему. Право при этом характеризуется как внеэмпирическая априорная система норм. Считается, что «законный порядок» подчинен «правовому порядку», воплощаемому в надпозитивной системе. «Правовой порядок» мыслится как беспробельный. Будь то «пробел в законе» или «пробел в праве» - имеется в виду отсутствие позитивных норм. В первом

⁴¹ Ленин В. И., Полн. собр. соч., т. 32, С. 340

случае пробел устанавливается исходя из самой позитивной системы, во втором — из априорной⁴².

Отвергая «надпозитивное», «внезаконное» право, следует говорить о пробелах в законодательстве. Законодательство в употребляемом здесь широком смысле слова охватывает собой систему нормативных предписаний, издаваемых компетентными на то нормотворческими органами. Советское законодательство — это и есть советское право, поскольку остальные источники, помимо нормативных актов, не имеют такой юридической силы. Отсюда пробелы в законах, в законодательстве есть пробелы в праве и наоборот.

На «пробел в законе» в отличие от «пробела в праве» можно указывать с учетом изложенного только в двух случаях. Первый — когда под законом понимаем акт, изданный высшим органом государственной власти. Он может заключать пробел, хотя бы регулирование вопроса и содержалось в каком-либо подзаконном акте.

Во втором случае имеется в виду пробел именно в данном нормативном акте, вне зависимости от того, содержится или не содержится ответ на возникший вопрос в иных нормативных актах.

«Пробелы в законе» имеются там, где нормативный акт, регулируя общественные отношения в общей форме, оставляет какие-то аспекты этих отношений или сходных с ними без правового опосредствования, в то время как оно должно быть именно в этом нормативном акте. При полном отсутствии нормативного акта, т. е. там, где даже в общей форме определенные отношения не получили своего закрепления правом, налицо «пробел в праве»⁴³

Условность настоящего утверждения обусловлена неопределенностью в использовании понятия «закон». Следовало бы договориться об

⁴² U. Klug, Rechtslucke und Rechtsgeltung, «Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag», Miin-chen und Berlin, 1965, SS. 73—74, 84—85

⁴³ Кечекьян С. Ф. О толковании законов судом — «Право и жизнь» 1928 г. кн. 1, стр. 13

употреблении понятия «закон» лишь в качестве характеристики одного из видов нормативных актов. Такое положение, когда законом называют конкретную норму права, совокупность нескольких норм, объединенных в одну статью нормативного акта, совокупность многих норм права, объединенных в едином акте, а также нормативные акты органов управления, приводит к многочисленным и в большинстве мнимым разногласиям в теоретических вопросах, порождает неопределенность в практической работе. Вдвойне нетерпимо такое положение, если учитывать перспективы применения в правовых исследованиях кибернетических устройств, предполагающих вполне определенное и по возможности однозначное толкование каждого термина⁴⁴.

Подводя итог исследованию, охарактеризованному в данной главе, можно сделать вывод о том, что в правовой науке на протяжении многих столетий, сформировалось 2 подхода относительности существования пробелов в праве:

- 1) теория логической замкнутости (беспробельности) права, в которой раскрывается божественная и совершенная природа права;
- 2) теория пробельности права, которая признает существование пробелов в праве, а также характеризует определенные способы преодоления пробелов.

⁴⁴ Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань. Изд-во Казан, ун-та, 1969. С. 13.

Глава 2. Понятие и причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе

2.1. Понятие пробелов: общетеоретический аспект

С древних времен человек сталкивался с несовершенством и неточностью закона. В частности, древнегреческий мыслитель Платон (427 – 347 до н. э.) писал: «Несходства между людьми и делами и то, что ничто человеческое ни на минуту не остается в покое ни в чем – не позволяет никакому искусству проявляться в форме простой для всех и на все время»⁴⁵. Также Платон подчеркивал «Закон не может полностью объять превосходнейшее и справедливейшее, чтобы предписать всем наилучшее»⁴⁶. Его ученик Аристотель (384 — 322 до н. э.) попытался с большей глубиной изучить вопрос несовершенства закона и высказал мнение о том, что причину появления пробелов стоит искать не в самом законе, а в природе объекта закона. Понимая, что не всегда возможно избежать пробелов в законе, Аристотель считал, что путь преодоления пробелов возможно найти в естественном праве, под которым понимал систему неизменных законов природы. Данные законы могут помочь суду в решении проблемы, когда нет необходимой нормы в законодательстве⁴⁷.

Говоря о сущности пробелов, целесообразнее начать исследование с изучения семантики данного термина. Непосредственно слово «пробел» можно рассматривать в двух смыслах: в прямом смысле пробел – это пустое место либо определенный пропуск, в переносном же смысле это недостаток, несовершенство. Таким образом, о пробеле может вестись речь, когда имеется намеренно незаполненное пространство, а также когда пропуск является несовершенством самого предмета, подлежащего заполнению.

В теории права понятие «пробел» чаще употребляется в переносном значении, то есть как одно из несовершенств права, однако некоторые

⁴⁵ Платон. Политик. Соч. Ч. 6. М., 1879. С. 129.

⁴⁶ Там же. С.131

⁴⁷ Аристотель. Большая этика. С.302

юристы считают, что возможно упоминание пробелов в прямом смысле, что является основанием для выделения так называемых преднамеренных пробелов. Примером таких пробелов выделяют случаи, когда законодатель сознательно оставляет вопрос открытым с целью предоставления его решения либо развитию общественных отношений, либо на судебское усмотрение. Но данная позиция подвергается обоснованной критике, так как в понятие «преднамеренный пробел» включаются и способы его восполнения, а это уже смешение различных терминов, которые традиционно принято разделять. Некоторые юристы преднамеренные пробелы еще определяют как квалифицированное молчание законодателя – законодатель воздерживается от принятия необходимой нормы права, относя решение дела за пределы законодательной сферы.

Однако в настоящее время в общей теории права знаменуется поиском и развитием новой парадигмы. Ученые пытаются привлечь к изучению юриспруденции и права в целом иные науки, в частности, герменевтику, философию постмодерна, синергетику, а также математику. Остановимся на герменевтическом подходе к пониманию права.

Российский правовед А. И. Овчинников в своей работе «Правовое мышление в герменевтической парадигме» предлагает рассматривать герменевтику «как введение в новый тип правопонимания, в контексте которого природа права, его корни располагаются в коммуникативных глубинах человеческого духа»⁴⁸. Этот тип правопонимания должен дать цельное представление о праве, преодолев ограниченность социологических, исторических, юридических и прочих подходов к нему. С помощью герменевтических методов мы сможем «согласовать единичное и всеобщее, индивидуальное и социальное, иррациональное и рациональное», а в этом и состоит предназначение правового мышления. Какие же выводы делает автор, рассуждая таким образом?

⁴⁸ Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов н/Д, 2002. С. 5.

Во-первых, в заслугу немецкому философу Х.Г. Гадамеру он ставит обоснование того факта, что постигать смысл закона следует с точки зрения конкретной ситуации. Автор пишет, ссылаясь на Х.Г. Гадамера, что юридическая герменевтика «исходит из того, что закон не совершенен не потому, что не совершенен сам по себе, а потому, что человеческая действительность по сравнению с тем порядком, который подразумевается законами, неизбежно остается несовершенной и, следовательно, не допускает простого применения закона»⁴⁹.

Попытаемся применить герменевтический подход к толкованию правовых норм и устранению пробелов в праве.

Следует отметить тот факт, что мир состоит из различных символов, которые в обычной жизни мы интерпретируем в соответствии со своим мировоззрением. В герменевтической науке под символом понимают «всякую структуру значения, где один смысл — прямой, первичный, буквальный, означает одновременно и другой смысл — косвенный, вторичный, иносказательный, который может быть понят лишь через первый»⁵⁰.

Правовая норма или ее отсутствие – это символ, смысловую нагрузку которого следует установить. Помимо буквального смысла в смысле всегда есть иной, контекстуальный, смысл, без которого достаточно трудно понять смысл всей правовой нормы либо же установить причину ее отсутствия. У английских юристов есть поговорка: «В законе присутствует только одна половина содержания, другая спрятана, а идеи находятся внутри». Следовательно, чтобы правильно применить закон в процессе толкования или применения аналогии права или аналогии закона, нужно найти глубинный смысл правовой нормы. Толкование нормы права и изучение пробела в праве с герменевтической точки зрения – это есть тот способ, с помощью которого возможно решить проблему двойственного смысла

⁴⁹ Там же. С. 27–28.

⁵⁰ Васьковский Е. В. Руководство к применению и толкованию законов. М., 1997. С. 9.

правовой нормы. Ведь герменевтика позволяет непосредственно раскрыть смысл правового контекста⁵¹.

Стоит также обратить внимание на проблему расхождения исторической и юридической герменевтики. Как пример можно рассмотреть позицию историка права и судьи на действующий законодательный акт. Судья рассматривает смысл закона применительно к конкретному случаю. Историк права, в свою очередь, определяет смысл закона, характеризуя всю сферу его применения. Историком недостаточно одного применения закона, он должен учитывать все произошедшие исторические изменения. Можно сделать вывод о том, что при применении закона нужно руководствоваться историческим пониманием законодательного акта, принимая во внимание его первоначальный смысл, при этом учитывая современные условия правового регулирования. В силу того, что правовой смысл законов не всегда является однозначным, юридическая герменевтика и правовая догматика находятся в тесной взаимосвязи, причем герменевтика занимает главенствующее положение⁵².

Помимо спорной позиции о герменевтики юридической и исторической, в теории существует дискуссия о пробелах в праве и пробелах в законе.

Рассматривая данную точку зрения, с учетом вышесказанного, точнее будет говорить о пробелах в законодательстве. В частности, профессор В.В. Лазарев считает, что законодательство следует определять как систему нормативных предписаний, издаваемых компетентными на то нормотворческими органами. По его мнению, законодательство – это и есть право, так как остальные источники, помимо нормативных актов не имеют

⁵¹ Харитонов Л.А. Герменевтический подход к толкованию правовых норм // Криминалистика. - С.-Пб.: Изд-во С.-Петербур. юрид. ин-та Академии Ген. прокуратуры РФ, 2011, № 1 (8). - С. 113-117

⁵² Долголенко Т.Н. Особенности герменевтического подхода исследования права // Пробелы в российском законодательстве. М, 2012, № 1 – С. 38-40

такой юридической силы. В.В. Лазарев выделяет 2 случая, когда можно указывать на пробел непосредственно в законе, а не в праве:

1. Пробел в законе, а под законом понимается акт, издаваемый высшим органом государственной власти, который может в себе содержать пробел, хотя его восполнение можно обнаружить в подзаконном акте;

2. Пробел именно в данном нормативном акте, вне зависимости от того, содержится или нет ответ на возникший вопрос в иных нормативных актах.

Но при полном отсутствии нормативного акта, т. е. там, где даже в общей форме определенные отношения не получили своего закрепления правом, можно говорить уже непосредственно о пробелах в праве.

Философское обоснование различий между правом и законом дал также и немецкий философ Г.Гегель. Он писал, что изначальная, исходная, точка права – это воля, которая свободна, а право, в свою очередь – это свобода, как идея, которая может стать регулятором общественных отношений только в правовых нормах: «Обязательно как право лишь то, что есть закон»⁵³.

В.В. Лазарев подчеркивает, что при различении права и закона, если закон – это форма воплощения права, правильной рассматривать пробелы в законодательстве.⁵⁴ Последнее понимается в данном случае широко – как совокупность всех нормативных актов, изданных компетентными органами. Если же принять во внимание официальное признание в качестве источников права обычаев и прецедентов, то следует вести речь о пробелах в позитивном праве вообще.

Если разграничивать данные понятия, то пробелы можно представить следующим образом:

⁵³ Гегель Г. Философия права. М., 1983. С. 67, 60, 89.

⁵⁴ Лазарев В.В. Избранные труды. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. С.415

- 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 – отсутствие закона (акта высшего органа власти вообще);
- Пробел в законе – неполное урегулирование вопроса в данном законе.

Помимо рассмотренных выше позиций, в теории права выделяют также 2 аспекта понимания пробелов. В частности, профессор С.С. Алексеев предлагал рассматривать пробелы в общесоциальном смысле, когда определенные общественные отношения по различным причинам находятся за пределами правового регулирования и в пробелы в юридическом смысле – это пробелы, которые возникают только в области права и лишь в отношении фактов, находящихся в сфере правового регулирования.

Аналогичной позиции придерживается и профессор П.Е.Недбайло, считая, что пробел в праве – это пробел в содержании действующего права в отношении фактов общественной жизни, находящихся в сфере правового воздействия⁵⁵.

Также в теории права предлагается подход, в соответствии с которым предлагается рассматривать пробел в праве и пробел в законе с точки зрения подхода форма – содержание: пробел в праве шире, чем пробел в законе. Однако пробел в праве не поглощает пробел в законе в силу того, что последний не всегда влечет за собой пробел в праве. Примером тому служит отсутствие законодательного определения вины, как одного из обязательных признаков состава преступления, которое могло разрешить научные споры о ее содержании. Однако ст. 25, 26 УК РФ, определяя вину через ее формы и

⁵⁵ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм, 1960, М, С.456.

признаки форм, не образуют пробела в законе, препятствующего или затрудняющего правоприменение.

Но с пробелами в праве не стоит путать понятие «ошибки в праве», хотя в некоторой степени они могут и совпадать. В теории под ошибкой в праве понимают неправильную оценку объективно существующих общественных отношений, которая выражается в принятии неверного законодательного решения, отраженного в нормативно – правовом акте⁵⁶. Ошибка в праве может иметь место тогда, когда законодатель ошибочно издает норму, в которой нет необходимости, либо же ошибочно считает, что какие – либо не подлежат правовому урегулированию, а также когда неверно передает решение вопроса на усмотрение правоприменителя. Таким образом, ошибка в праве может послужить появлению пробелов в законодательстве.

Помимо освещенных ранее позиций относительно проблемы пробельности права в литературе можно встретить центристскую (умеренную) точку зрения, касающуюся категории «правовой вакуум». Правовед Д.Н. Рябова определяет правовой вакуум как отсутствие правовых норм, необходимых для регламентации не урегулированных ранее, но нуждающихся в правовой регламентации вновь возникших общественных отношений. С этой точки зрения пробел в праве — это полное или частичное отсутствие правовых норм, необходимость которых обусловлена развитием уже сложившихся общественных отношений и потребностями практического решения дела. Однако правоприменителю достаточно трудно разграничить вновь возникшие общественные отношения и отношения существовавшие ранее.

С определенной долей условности к сторонникам умеренного понимания пробела в праве следует отнести С.С. Алексеева, упоминавшего о «неполных пробелах» в законодательстве, при которых «данный жизненный случай хотя и находится в сфере правового регулирования, не

⁵⁶ Дуров А.И. Недостатки в праве и пути их устранения: Актуальные проблемы истории, политики и права. 2002, С. 86-92

предусматривается, однако, конкретным нормативным положением». Приведенное определение не позволяет, однако, судить о том, что С.С.Алексеев понимал под «полным пробелом», хотя его дальнейшие рассуждения о «последующих» пробелах позволяют говорить о включении в совокупность пробелов и тех, которые возникают в связи с перманентным видоизменением сферы общественных отношений⁵⁷.

Возникает вопрос, целесообразно ли вообще выделять такое правовое явление, как правовой вакуум? Может все это охватывается таким понятием, как пробел в праве или законе? И пробел в праве, и правовой вакуум — это результат отставания права от общественной жизни. Природа различий этих двух явлений заключается в том, что для восполнения пробела можно прибегнуть к аналогии права, а для заполнения правового вакуума — нет, поэтому ликвидировать правовой вакуум можно только путем правотворчества.

Если уже непосредственно подходить к определению пробела, то В.В.Лазарев пишет, что пробел в законе – это полное или частичное отсутствие норм, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений, политикой, содержанием действующего законодательства, а также иными факторами государственной деятельности⁵⁸.

Данное определение пробела охватывает собой те случаи, когда законодатель предусматривает регулирование определенных отношений, но недостаточно, оставляя небольшой пропуск в их регламентации. Однако оно не сводит все пробелы лишь к неполноте законодательства. При ближайшем рассмотрении узкое понимание пробелов оказывается непригодным для объяснения многих правовых явлений. Это наглядно проявилось, например, в исследовании В.И.Акимова, разделяющего указанную точку зрения.

⁵⁷ Алексеев С. С. Проблемы теории права, т.1, 1972, С.251

⁵⁸ Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань. Изд-во Казан, ун-та, 1969. С. 71

По мнению автора, пробел представляет собой неурегулированность конкретной нормой права отношений, которые закреплены в общей его норме⁵⁹. Каких – либо пояснений относительно общей нормы не дается, да их и трудно дать, если не обращаться к общему смыслу и целям законодательства. Автор, тем не менее, даже правовые принципы отвергает в качестве критериев установления пробелов.

О пробеле также может идти речь, когда в праве нет необходимого предписания, из содержания которого было бы очевидно, что спорное общественное отношение подлежит правовому регулированию, но в данном случае нужного регулирования по различным причинам нет.

Таким образом, к пробелу в праве принято относить:

1. Отсутствие определенной нормы права для регулирования конкретного случая, подлежащего правовому урегулированию;
2. Отсутствие определенной совокупности норм, необходимых для решения спорного правоотношения;
3. Необходимость в правовом регулировании конкретного общественного отношения исходя из заинтересованности государства в урегулировании данных отношений.

Говоря непосредственно о законодательстве о государственной службе, а точнее о ее подвиде – правоохранительной службе, примером отсутствия определенной нормы права может служить отсутствие закрепленного механизма реализации процедуры доставления граждан в целях решения вопроса о задержании гражданина (при невозможности решения данного вопроса на месте), установления личности гражданина и т.д.⁶⁰ (п.13 ч.1 ст.13 ФЗ «О полиции»⁶¹). В частности, в данной норме нет отсылочной нормы на процессуальное законодательство, как то уголовно – процессуальный кодекс

⁵⁹ Акимов В.И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969. №3 С.24

⁶⁰ Федеральный закон «О полиции РФ» от 07.02.2011 N3-ФЗ (в ред. от 19.12.2016)

⁶¹ Там же.

РФ и кодекс об административных правонарушениях РФ, а это порождает нарушение прав и свобод граждан.

Подводя промежуточный итог, можно сказать о том, что пробел в правовом регулировании, в частности, в законодательстве о государственной службе – это состояние правовой неопределенности, которое возникает вследствие полного или частичного отсутствия необходимой правовой нормы в системе законодательства о государственной службе, регулирующего те или иные общественные отношения, складывающиеся по поводу эффективного функционирования государственных органов, а также отсутствие в существующих нормативных правовых актах необходимых норм для решения конкретного случая в пределах сферы правового регулирования установленной законодателем, потребность которых определяется смыслом действующего законодательства. И последовательно разграничивая понятия «право», «закон», стоит признать, что пробел в праве проявляется, прежде всего, как пробел в законе.

2.2. Классификация пробелов в праве

Для того, чтобы наиболее полно определить сущность и причины появления пробелов, а также для нахождения в дальнейшем путей преодоления пробелов, необходимо изучить классификацию пробелов в праве.

Одним из первых классифицировал пробелы немецкий цивилист Э.Цительман. Он выделил настоящие пробелы – тот случай, когда закон не дает ответа на спорный вопрос и не предоставляет возможности вынести решение, либо в законе есть несколько путей решения данного вопроса. Например, закон устанавливает возможность проведения выборов, но в нем не определены способы их проведения, а также проценты, при которых выборы считаются состоявшимися. Вторым видом в данной классификации являются ненастоящие пробелы – это непосредственное отсутствие норм для специфичных спорных случаев, которые бы коренным образом отличались от установленных всеобщих правил поведения⁶².

В последующем появилось деление пробелов на пробелы в законодательном смысле и пробелы в техническом смысле. В законодательном смысле пробелы могут иметь место только тогда, когда закон издан и в нем обнаружено отсутствие той или иной нормы права. Пробелы в техническом смысле обнаруживаются на стадии применения права и его преодоление относится к компетенции судьи.

В литературе наиболее часто можно встретить классификацию пробелов на действительные и мнимые пробелы. Действительный пробел – это отсутствие правовой нормы, регулирующей определенное общественное отношение, входящее в сферу правового регулирования. Мнимый пробел представляет собой сознательное упущение законодателем возможности правового регулирования того или иного вопроса с целью предоставления его решения правоприменительным органам.

⁶² Цительман И. Пробелы в законе. 1903. М., С. 27.

Профессор Е.И.Спектор предлагает схожую классификацию, но с иным названием – деление пробелов на пробелы в собственном смысле слова и на субъективные пробелы⁶³. Основанием для возникновения субъективных пробелов является невозможность законодателя предвидеть появления новых общественных отношений, требующих правового урегулирования. Еще одной причиной здесь можно выделить несоблюдение правил законодательной техники, что влечет за собой неясную формулировку правовых норм. Примером субъективного пробела с неясной формулировкой в законодательстве о гражданской службе может служить ч.8 ст.14 Федерального закона «О полиции РФ»: «О каждом случае задержания несовершеннолетнего полиция незамедлительно уведомляет его родителей или иных законных представителей»⁶⁴. В данной норме отсутствует определение конкретного срока, в течение которого полиция должна уведомить законных представителей несовершеннолетних, а понятие «незамедлительно» можно трактовать с разных точек зрения.

Еще одним примером в данном случае может служить ч.1 ст.30 ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», в которой сказано: «В случае служебной необходимости представитель нанимателя имеет право переводить гражданского служащего на срок до одного месяца на не обусловленную служебным контрактом должность гражданской службы в том же государственном органе с оплатой труда по временно замещаемой должности гражданской службы, но не ниже установленного ранее размера оплаты труда»⁶⁵. По логике данной нормы такой перевод осуществляется без согласия служащего. При этом согласно части 2 рассматриваемой статьи: «Продолжительность перевода для замещения временно отсутствующего гражданского служащего не может превышать один месяц в течение календарного года». В данной норме есть ряд

⁶³ Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления. М., 2003. С. 57

⁶⁴ Федеральный закон «О полиции РФ» от 07.02.2011 N3-ФЗ (в ред. от 13.07.2015)

⁶⁵ Федеральный закон «О государственной гражданской службе» от 27.07.2004 N 79-ФЗ (ред. от 03.07.2016, с изм. от 19.12.2016)

недостатков. Не подвергается сомнению тот факт, что в силу большой значимости государственная гражданская служба должна действовать, функционировать непрерывно. Поэтому отсутствие государственного служащего на рабочем месте должно быть компенсировано путем временного замещения данной должности другим служащим. В законе срок временного замещения государственного гражданского служащего обозначен как один месяц. Но что делать в случае более длительного отсутствия? Перемещать на «пустующую» должность другого служащего, не исчерпавшего «лимит» временного замещения? Предполагается, что такое решение непродуктивно с точки зрения теории управления, так как частая смена кадров всегда отражается на качестве выполняемых функций. В связи с этим на основании части 3 статьи 30 представителю нанимателя предоставляется право назначить, но уже с согласия, гражданского служащего на не обусловленную служебным контрактом должность временно отсутствующего служащего на срок более одного месяца. Однако в тексте части 3 статьи 30 никакие сроки не указаны, поэтому неясно, на какой срок возможно временное замещение. Можно предположить, что если отсутствие гражданского служащего связано с болезнью, то согласно пункту 8.1 части 1 статьи 37 это не может быть более четырех месяцев подряд: «отсутствие на службе в течение более четырех месяцев подряд в связи с временной нетрудоспособностью, если законодательством Российской Федерации не установлен более длительный срок сохранения места работы (должности) при определенном заболевании или если для определенной категории граждан законодательством Российской Федерации не предусмотрены гарантии по сохранению места работы (должности)»⁶⁶. Если же отсутствие связано с другими уважительными причинами, то оно должно быть ограничено иными сроками.

⁶⁶ Федеральный закон «О государственной гражданской службе» от 27.07.2004 N 79-ФЗ (ред. от 03.07.2016, с изм. от 19.12.2016)

В теории права еще можно найти разделение пробелов на преднамеренные и непреднамеренные⁶⁷. Отмечается, что основанием для данного деления служит зависимость того, кто установил действующую систему норм, то есть если законодатель при принятии закона оставил судье возможность восполнить пробел, то данный пробел является преднамеренным. И, соответственно, противостоит данному пробелу – непреднамеренный пробел.

Данная классификация подвергается большой критике, так как возникает вопрос, а существует ли пробел там, где законодатель устанавливает правовую норму, но с недостаточно ясной гипотезой и сознательно оставляет правоприменительному органу возможность на свое усмотрение определять значение конкретных обстоятельств дела применительно к установленной норме права? Представляется, что в праве не может быть преднамеренных пробелов, так как это противоречит самой природе правового регулирования общественных отношений.

Помимо названных классификаций ученые также делят пробелы на первоначальные и последующие⁶⁸. Основанием для такого деления служит время появления пробела. Первоначальный пробел можно обнаружить в момент издания нормативного акта. Данные пробелы возникают тогда, когда законодатель не знал о наличии обстоятельств, требующих правового регулирования или же не осознавал необходимость в регулировании некоторых общественных отношений. Если же говорить о последующих пробелах, то они имеют место уже после издания нормативного акта. Такие пробелы связаны с появлением новых общественных отношений, которые требуют правового урегулирования, а также они возникают там, где есть потребность в определенных нормах права. Пример последующего пробела можно найти в законодательстве о военной службе. В данном случае

⁶⁷ Лазарев В.В. О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 3. С. 33-34.

⁶⁸ Петров В.В. Проблемы социалистической законности в судебной практике по гражданским делам // Вопросы социалистической законности. Казань, 1968. С. 131.

неурегулированным в правовом отношении остается порядок назначения граждан женского пола на воинские должности. Ст.11 Указа Президента РФ от 16.09.99 №1237 «Вопросы прохождения военной службы» (ред. от 11.02.13) гласит: «Назначение военнослужащего на воинскую должность производится, в случае если он отвечает требованиям, предъявляемым к данной воинской должности. При этом учитываются уровень профессиональной подготовки военнослужащего, его психологические качества, состояние здоровья и иные обстоятельства, предусмотренные настоящим Положением»⁶⁹. Таковыми являются: наличие российского гражданства, достижение установленного законом возраста, пол, годность по состоянию здоровья, профессионально – психологические качества, уровень образования, профессиональная и физическая подготовка, стаж и опыт работы по специальности, иные требования, предусмотренные законодательством Российской Федерации.

Перечисленные требования являются общими для всех российских граждан. Также нужно не забывать о конституционном положении о равном доступе граждан к государственной службе, независимо от пола гражданина. Подвергаются критике и условия к кандидатам на воинские должности, отличающиеся по признаку пола. При назначении на воинские должности должно соблюдаться условие, относящееся только к женщинам, поскольку военнослужащие женского пола назначаются на воинские должности, предусмотренные соответствующими перечнями воинских должностей.

Нельзя согласиться и с нормой законодателя о том, что военнослужащие женского пола могут замещать не все воинские должности, а только те, которые замещаются военнослужащими женского пола. Эти нормы являются обязательным условием назначения военнослужащих женского пола на воинские должности. Для военнослужащих мужского пола аналогичных условий нет: военнослужащие мужского пола могут быть

⁶⁹ Указ Президента РФ от 16.09.99 №1237 «Вопросы прохождения военной службы» (ред. от 11.02.13)

назначены на любые воинские должности и законодатель при этом, не предъявляет к ним никаких особых условий и требований. Данная правовая норма не дает возможности военнослужащим женского пола быть назначенным на другую любую воинскую должность, не входящую в перечень, согласно которой государством предусмотрены дополнительно льготы, гарантии и компенсации. Следовательно, они не могут ими воспользоваться как граждане Российской Федерации.

Предполагается, что названные перечни объективно не оправданы, и существуют только для женщин, проходящих военную службу по контракту. Исходя из материалов Всеармейской научной конференции, при условии учета особенностей женского организма, женщины могут участвовать во всех видах учебно-боевой подготовки войск.

Представляется целесообразным, что в законе будут установлены правовые нормы, закрепляющие единые требования и условия к кандидатам на воинские должности, гражданам России, независимо от пола⁷⁰.

Профессор Спектор Е.И. предлагает в качестве самостоятельного вида пробелов выделять технические пробелы, которые появляются вследствие технического несовершенства нормы права, так как законодатель порой создает правовую норму, пренебрегая правилами русского языка, либо использует не точную юридическую терминологию, что влечет за собой противоречия между буквальной формулировкой и смыслом нормативного акта⁷¹.

Некоторые теоретики говорят о разделении пробелов на абсолютные и относительные. Абсолютные возникают в силу того, что полностью отсутствуют необходимые для решения спорного вопроса нормы, а относительные пробелы же в случае отсутствия необходимых

⁷⁰ Рыбка Л. П. Пробелы и противоречия равного доступа граждан к военной службе по контракту, и пути их преодоления. М., 2011

⁷¹ Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления. М., 2003. С. 54

законодательных установлений или единичных норм при наличии определенных правил⁷².

Следует также обратить внимание на позицию правоведа А. Конте, который классифицирует пробелы по родовому признаку на онтологические и деонтологические пробелы. Данный подход является достаточно философским, так как в соответствии с ним онтологические пробелы рассматриваются как несоответствие законодательства бытию, а деонтологические как полная невозможность решения спорного правоотношения или коллизии или же как несоответствие нормативного предписания долгу бытия⁷³.

И последней классификацией пробелов в праве, которую необходимо осветить, является деление пробелов в зависимости от того, что служит основанием для их обнаружения⁷⁴. В соответствии с этим пробелы подразделяются на:

1. Пробелы, устанавливаемые из самого законодательства. В частности, можно указать на отсутствие в Федеральном законе «О полиции РФ» порядка привлечения специалистов государственных и муниципальных органов, организаций для консультаций как то указано в п.34 ст.13 «...привлекать для консультаций в установленном порядке специалистов государственных и муниципальных органов, организаций с сохранением за ними заработной платы (денежного содержания) по основному месту работы (службы)». Фактически фраза «в установленном порядке» является отсылочной. Порядок привлечения специалистов государственных и муниципальных органов, организаций для консультаций сотрудниками полиции не установлен. Нормативный правовой акт, регламентирующий данный вопрос отсутствует.

⁷² Петров В.В. цит.соч. С.131

⁷³ Уемов А. И. Аналогия в практике научного исследования. М., 1970. С.174

⁷⁴ Спектор Е.И. цит.соч. С.55

2. Пробелы, устанавливаемые на основе социальных, политических, экономических и других факторов. Так, пробелы содержатся в одной из важных социальных сфер – сфере пенсионного обеспечения граждан. В праве социального обеспечения отсутствуют нормы, регулирующие преобразования пенсионных прав военнослужащих в расчетный пенсионный капитал для назначения трудовой пенсии в том случае, когда их профессиональная деятельность состояла из военной службы и работы по трудовому договору. Для действия данного положения требуется утверждение механизма, обеспечивающего перевод из федерального бюджета в Пенсионный фонд Российской Федерации средств, рассчитываемых исходя из получаемого в период военной службы денежного содержания и установленных в это время тарифов страховых взносов на обязательное пенсионное страхование. Ряд положений пенсионного законодательства, распространяющих обязательное пенсионное страхование на военных пенсионеров, работающих по трудовому договору, не предусматривает надлежащего правового механизма, гарантирующего установление им наряду с получаемой пенсией по государственному пенсионному обеспечению страховой части трудовой пенсии с учетом страховых взносов, накопленных на их индивидуальных лицевых счетах в Пенсионном фонде Российской Федерации⁷⁵.

3. Пробелы, устанавливаемые на основе юридической техники, систематизации законодательства и т.п. В частности, в ч.4 и 5 ст.14 Федерального закона «О полиции РФ» гласит, что: «срок задержания исчисляется с момента фактического ограничения свободы передвижения лица. Срок административного задержания исчисляется в соответствии с законодательством об административных

⁷⁵ Худойкина Т.В. Пробелы в законодательстве в сфере социальной защиты населения // Государство и право. 2010. №4. С.27 – 31

правонарушениях. Задержанное лицо вправе пользоваться в соответствии с федеральным законом услугами адвоката (защитника) и переводчика с момента задержания»⁷⁶. С помощью средств юридической техники можно обнаружить юридико – лингвистическую неопределенность: данная норма содержит юридико-лингвистическую неопределённость в отношении понятия «задержание». Фактически часть 4 статьи 14 содержит две нормы об исчислении срока задержания в зависимости от вида производства по делу - уголовного или по делам об административных правонарушениях. Начало срока задержания (в уголовном процессе) является в достаточной степени определённым - момент фактического ограничения свободы передвижения. В то же время, норма об исчислении срока административного задержания является отсылочной и фактически содержится в ч. 4 ст. 27.5 КоАП РФ: «Срок административного задержания лица исчисляется с момента доставления в соответствии со статьей 27.2 настоящего Кодекса, а лица, находящегося в состоянии опьянения, со времени его вытрезвления»⁷⁷. Согласно данной норме, административное задержание исчисляется с момента доставления либо вытрезвления лица. Такой подход к определению начала срока задержания несёт в себе широту дискреционных полномочий сотрудников правоохранительных органов, поскольку сроки, в которые необходимо совершить доставление, и уж тем более сроки вытрезвления не определены, что создаёт реальную угрозу нарушения свободы передвижения и права на личную неприкосновенность. Таким образом, одна и та же процедура задержания фактически разделяется на две самостоятельные с собственными правилами определения сроков выполнения каждой из них. Всё это приводит и к разночтениям и по

⁷⁶ Федеральный закон «О полиции РФ» от 07.02.2011 N3-ФЗ (в ред. от 19.12.2016)

⁷⁷ "Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 07.03.2017) (с изм. и доп., вступ. в силу с 31.03.2017)

вопросу о том, в какой момент задержанный получает право пользоваться услугами защитника, что ставит в опасность право на защиту. Для преодоления этой юридико-лингвистической неопределённости при определении понятия «задержание» необходимо унифицировать содержание этого понятия вне зависимости от производства, в рамках которого оно применяется, а также подход к определению начала срока задержания - момент фактического ограничения свободы передвижения.

Или как еще один пример можно привести норму п.2 ч.1 ст.37 ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», которая гласит: «Служебный контракт может быть расторгнут представителем нанимателя, а гражданский служащий освобожден от замещаемой должности гражданской службы и уволен с гражданской службы в случае неоднократного неисполнения гражданским служащим без уважительных причин должностных обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание». Спорным является термин «неоднократное», что вызывает его субъективное толкование. На отсутствие терминологической ясности в названной норме указывается в специальной литературе. Так, Е.А. Ершова, проводя аналогию между пунктом 2 части 1 статьи 37 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и пунктом 5 части 1 статьи 81 Трудового кодекса Российской Федерации, отмечает: «На практике расторжение трудового договора по данному основанию традиционно называют увольнением за систему. Поскольку расторжение трудового договора по п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ весьма популярно, постольку, прежде всего, необходимо попытаться ответить на вопрос о числе дисциплинарных взысканий, необходимых для расторжения трудового договора по данному основанию. Два? Три?»⁷⁸.

⁷⁸ Ершова Е.А. Трудовые правоотношения государственных гражданских и муниципальных служащих в России: монография. — М., 2007. С.45

Таким образом, мы постарались рассмотреть наиболее значимые классификации пробелов в праве.

2.3. Объективные причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе

Известный юрист И.А.Покровский писал, что закон, как и всякое дело рук человеческих, часто страдает пороками мысли или пороками редакции⁷⁹. Одним из таких пороков является пробел в праве. Но что же служит причинами возникновения данного порока?

Как отмечает В. В. Лазарев, прежде чем сложиться, право проходит через волю и сознание людей, которое в целом имеет тенденцию отставать в своем развитии от общественного бытия. Существующие требования социально-экономических отношений не могут, таким образом, быть охвачены сразу и во всех подробностях. При этом какие-то общественные отношения в целом или в части могут оставаться на некоторое время вне действующего права. Сфера социальной жизни настолько многообразна, что невозможно предусмотреть все оттенки его проявления, все жизненные ситуации, с которыми необходимо связывать наступление юридических последствий⁸⁰.

Но не следует забывать о том, что стабильность законодательства – одно из важных условий законности. Вместе с тем законность находится в постоянном противоречии с непрерывно возникающими новыми потребностями жизни. Это неантагонистическое противоречие роста в обществе снимается обновлением и дополнением законодательства. Стабильность уживается с гибкостью правовой формы, а гибкость в свою очередь предопределяет торжество законности.

Также следует отметить, что гибкость законодательства может заключаться в том, что правовая форма дает простор поступательному развитию материального содержания. В границах правовой формы общественные отношения развиваются максимально эффективно. Нормативный акт становится неэффективным, а в правовой системе

⁷⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 90.

⁸⁰ Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. С.17

появляется пробел, если какие – то потребности общественного развития скрываются или не охватываются устаревшей правовой формой. Только своевременная реакция законодателя на изменившиеся условия жизни устраняет недостатки правовой формы.

Для анализа причин возникновения пробелов необходимо указать, что все факторы, влияющие на появление пробелов в праве, учесть невозможно. С различной степенью вероятности можно рассчитывать возможные отклонения развития общественных отношений. Однако нельзя заранее предусмотреть всего многообразия жизненных ситуаций, которые могут возникнуть в дальнейшем. Когда такие ситуации возникают, а принятые ранее нормы права их не учитывают, появляются пробелы в праве.

Таким образом, неизбежность существования пробелов объясняется невозможностью создания абсолютного совершенного права, самой особенностью познания бытия и мышления, материи и сознания, постоянным развитием объективной действительности. Познание не может полностью отразить познаваемый предмет. Оно к тому же не лишено внутренних противоречий, имеет тенденцию отставания в своем развитии от общественного бытия. Научное предвидение, которое находит, конечно, отражение в праве, также не может быть абсолютным.

«Пробелы в праве, - подчеркивает М. А. Кауфман, - неизбежны и свойственны даже самой развитой законодательной системе, так как запрет на конкретные виды поведения официально формулируются в законодательстве лишь на конечном этапе процесса правообразования»⁸¹.

С.И. Вильнянский предпринял попытку дифференцировать причины существования пробелов в праве на отсутствие правовой нормы, ее неполноту и противоречивость норм⁸². Однако, как небезосновательно указывает В.В. Лазарев, данный подход не может быть принят без

⁸¹ Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. С.24

⁸² Вильнянский С.И. Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского юридического института. Вып. 3. 1948. С. 105

существенных оговорок. Возможно наличие ситуации, когда неполнота закона является отрицательным ответом законодателя в решении конкретных спорных отношений либо «противоречивая норма или две противоречащие друг другу нормы будут свидетельствовать о несоответствии духа и буквы закона, о его технических недостатках, но не о пробельности».

Традиционно в литературе выделяют объективные и субъективные причины появления пробелов. Остановимся более подробно на изучении объективных причинах возникновения пробелов.

По мнению профессора А. Б. Венгерова, объективные пробелы возникают в случаях, когда «законодатель может быть не готов к принятию того или иного закона. Законодательный орган раздирают политические страсти, столкновения интересов социальных групп, политических партий. Верхняя палата отклоняет закон, принятый нижней палатой. Общественные отношения обладают такой новизной и степенью сложности, что непонятно, как, с помощью каких правовых средств их надо регулировать. Это объективные факторы. Они ведут к появлению так называемых правовых вакуумов»⁸³.

Ученый Э. Боденхаймер отмечал: «Установление в обществе права часто приходит в противоречие с текущими силами социального роста и этот конфликт, как правило, принимает серьезные и острые формы». Действительно, до тех пор, пока регулируемые отношения не переросли свою правовую форму, последние оказывают на них благоприятное воздействие. Нормативный акт становится неэффективным, а в правовой системе появляется пробел, если какие-то потребности общественного развития сковываются или не охватываются устаревшей правовой формой. Только своевременная реакция законодателя на изменившиеся условия жизни устраняет недостатки правовой формы.

Следовательно, помимо названных причин также к объективным причинам пробельности правового регулирования можно отнести и

⁸³Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления. М., 2003. С. 89

естественное «устранение» законодательства, связанное с развитием и возникновением новых общественных отношений, подлежащих правовому регулированию, для которых действующее законодательство соответствующих правовых норм не предусматривает.

Соотношение между объективными и субъективными основами появления пробелов в праве неравнозначно материальному и формальному несовершенству законодательства. С.В. Курылев пишет: «Существующие недостатки законодательства (некодифицированность, пробелы, противоречивость) относятся главным образом к формальному несовершенству; что же касается материальной обусловленности законодательства, то оно в основной своей массе, особенно после принятия новых УК, УПК, ГК, ГПК, отвечает общественным потребностям».⁸⁴

При этом, по его мнению, материальное несовершенство закона – это полная или частичная материальная необусловленность, формальное же несовершенство – это недостатки в юридическом оформлении мысли законодателя.

Тезис, высказанный С.В. Курылевым, можно признать верным, если рассматривать несовершенство законодательства в статическом развитии. Обычно законодатель старается своевременно принимать нормативные правовые акты, удовлетворяющие новым жизненным ситуациям. Появляющиеся в данном случае пробелы следует относить к формальному несовершенству законодательства. Если же характеризовать причины появления пробелов с динамической точки зрения, то преимущественное значение имеют материальные причины.

Объективные причины пробелов в праве могут образовываться также в процессе появления новых общественных отношений, связей, которые не предвидел и, возможно, не мог предвидеть законодатель. «Они объективные, - утверждает В. В. Лазарев, - если в момент издания соответствующих актов

⁸⁴ Курылев С.В. О применении советского закона//Советское государство и право. 1966. №11. С.24

не существовало тех отношений, которые впоследствии заявили о себе в качестве нуждающихся в правовом регулировании, которые, другими словами, позже вошли в сферу правового регулирования».

Примером пробела, образующегося в процессе появления новых общественных отношений, связей, которые не предвидел и, возможно, не мог предвидеть законодатель в области применения нормативно – правовых актов в сфере государственной службы, в частности ее подвиде – военной службы, может служить отсутствие норм, касающихся порядка заключения контракта с гражданами женского пола, в отличие от граждан мужского пола. В частности, наличие требований и «особых условий», обязательных для граждан женского пола при заключении контракта, и отсутствие подобных требований и условий для граждан мужского пола. Частью 1 статьи 2 Федерального закона «О статусе военнослужащих» установлено определение условий контракта о прохождении военной службы федеральными конституционными законами, федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации⁸⁵.

Частью 3 статьи 32 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» определено право военнослужащего на соблюдение его прав и прав членов его семьи, установленных законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, которые определяют статус военнослужащих и порядок прохождения военной службы, включают получение льгот, гарантий и компенсаций как одно из условий, составляющих содержание контракта о прохождении военной службы.

Кроме того, часть 5 статьи 1 Положения о порядке прохождения военной службы указывает на установление федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации

⁸⁵ Федеральный закон «О статусе военнослужащих» от 27.05.1998 N 76-ФЗ (в ред. от 13.07.2015)

особенностей поступления на военную службу отдельных категорий граждан Российской Федерации и прохождения военной службы отдельными категориями военнослужащих. Одним из требований поступления женщин на военную службу по контракту является факт принятия граждан женского пола на военную службу по контракту при наличии вакантных воинских должностей, подлежащих замещению военнослужащими женского пола, о чем указывается в части 4 статьи 8 вышеназванного Положения.

Воинские должности, которые могут замещаться военнослужащими, в том числе и военнослужащими женского пола (за исключением воинских должностей, подлежащих замещению высшими офицерами), устанавливаются руководителем федерального органа исполнительной власти, в котором предусмотрена военная служба, что отмечено в части 3 статьи 11 Положения о порядке прохождения военной службы.

Конституция Российской Федерации закрепляет: «Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию»⁸⁶ (часть 1 статья 37). Из приведенных конституционных положений не вытекает права гражданина занимать определенную должность, выполнять конкретную работу в соответствии с избранным родом деятельности и профессией. Следовательно, перечисленные вопросы решаются в рамках контракта, заключенного по обоюдному согласию работодателя и военнослужащего.

Вызывает критику то обстоятельство, что с военнослужащим женского пола не может быть заключен контракт, если нет вакантной должности в Перечне, на которые могут быть назначены военнослужащие женского пола. Перечни, как указывалось ранее, являются «особыми условиями» для

⁸⁶ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ)

военнослужащих женского пола при заключении контракта, назначении на воинские должности⁸⁷.

Таким образом, можно говорить о том, что объективные причины представляют собой внешние факторы, проявляющие себя независимо от воли человека. Законодатель может быть не готов к принятию какого – либо закона. Однако законодательный орган подвержен воздействию многочисленных факторов, среди которых, например, политические страсти, столкновение интересов социальных групп, политических партий. Возникающие общественные отношения обладают такой новизной и степенью сложности, что нередко возникает вопрос о том, с помощью каких правовых средств их необходимо регулировать. Все это представляет собой объективные факторы.

Многие авторы считают, что объективной основой появления пробелов в праве является и то, что само право представляет собой динамическую, постоянно совершенствующуюся и развивающуюся систему. Прежде чем получить подобающее законодательное оформление, правовые нормы проходят и преломляются через сознание людей и реалии общественной жизни. В этом случае некоторые общественные отношения могут быть урегулированы устаревшими нормами или вообще оказаться вне поля зрения законодателя, конкретные жизненные ситуации выпадают из сферы правового регулирования. Становится очевидным, что право имеет тенденцию отставать в своем развитии от общественного бытия.

⁸⁷ Рыбка Л. П. Пробелы и противоречия равного доступа граждан к военной службе по контракту, и пути их преодоления. М., 2011

2.4. Субъективные причины возникновения пробелов в законодательстве о государственной службе

Причины появления пробелов в праве согласно определениям ряда авторов носят и субъективный характер (как несовершенство законодательства, отсутствие надлежащей законодательной техники, различные неблагоприятные факторы субъективного характера и т. д.), т. е. когда законодатель по каким-либо причинам что-то недосмотрел, упустил, неточно выразился, создал радикальное противоречие между нормами и т. п.

В этой связи, отмечает Д. А. Керимов, в отдельных случаях в законодательстве встречаются серьезные пробелы и противоречивые, не согласованные друг с другом положения, имеются излишние повторения, недостаточно ясные формулировки, термины и т. д.⁸⁸

Е. И. Спектор к субъективным причинам появления пробелов относит непосредственное упущение законодателя, что имеет место:

1) вследствие нормативного отражения действительности, когда формулировками нормативного правового акта не охватывается какое-либо общественное отношение требующие такого регулирования, или их группа;

2) вследствие юридико-технических ошибок, допущенных в процессе законотворчества.

Следует отметить, что несоблюдение правил законодательной техники имеет огромную роль в законодательном процессе. В частности, при принятии нового нормативного правового акта или отмене устаревшего, в документе могут содержаться нормы формально не отмененные, но в силу изменения различных жизненных обстоятельств, потерявшие свое значение. В таком случае, нормативный правовой акт может включать в себя противоречивые нормы, а также пробелы в праве.

В частности, примером пробела, возникшего по субъективной причине, может служить проблема привлечения к дисциплинарной ответственности, порядке наложения и приведения в исполнение дисциплинарного взыскания

⁸⁸ Керимов Д. А. Кодификация и законодательная техника. М., С.56

для государственных служащих. Для гражданских государственных служащих, военнослужащих, а также для сотрудников ОВД, таможенных органов и органов ФСКН этот механизм тщательно разработан, а для судебных приставов его практически нет. Вплоть до настоящего времени сотрудники Федеральной службы судебных приставов Министерства юстиции России привлекаются к дисциплинарной ответственности на основании и в порядке, предусмотренном нормами Трудового кодекса РФ.

Также следует сказать о том, что при издании новых или отмене устаревших правовых актов не всегда соблюдаются правила законодательной техники. Вследствие этого действующее законодательство содержит немало норм, формально не отмененных, но уже потерявших свое значение. При этом следует отметить, что до сих пор в юридической науке вопрос о понятии и содержании законодательной техники остается дискуссионным.

В частности, правовед Д.А. Керимов считает, что законодательная техника – это система специальных знаний, а также навыков овладения искусством формирования и формулирования законодательных актов, необходимых при создании нормативно-правовых правил, законов и подзаконных актов, их систематизации.

Следует отметить, что в настоящее время в теории права под законодательной техникой понимают систему рациональных приемов и правил формирования законодательных актов.

Изучение тенденций развития законодательной практики позволяет сделать три важных вывода:

- 1) законодательная техника проявляет себя на всех стадиях жизни закона;
- 2) при внешней беспристрастности законодательная техника может использоваться для целенаправленного регулирования правового поведения с учетом различных социальных интересов;
- 3) необходимо учитывать специфику юридико-технологических приемов разных отраслей законодательства.

Как видно, законодательная техника представляет собой достаточно сложную систему требований к официальным реквизитам, структуре, содержанию нормативного правового акта, системным связям норм как внутри самого закона, так и с другими законодательными актами, к стилю законодательства. Отступление от правил законодательной техники, русского литературного языка и формальной логики при подготовке закона неизбежно порождает законотворческие ошибки, в результате которых возникают пробелы или противоречия, нечеткие или неясные правовые предписания и так далее.

Очевидно, что эффективность и результативность законов напрямую зависит от того, насколько точны и ясны юридические формулировки. Насколько они логично связаны и последовательны, настолько единообразно применение юридических понятий и терминов. Этому способствуют правила и приемы юридической техники, которые используются законодателем в ходе подготовки нормативно-правовых актов.

Проблема совершенствования юридической техники, подчеркивает М. А. Кауфман, занимает важное место в современной отечественной юридической науке. Это связано с усложнением нормотворческого процесса, что не всегда объясняется динамичным развитием современного российского общества⁸⁹.

Отдельную и довольно обширную тему в рамках юридической техники составляет язык законодательных актов.

Своеобразие нормативно – правового стиля языка состоит в том, что он выражает волю законодателя, формирует официальные документы. Его характерными чертами являются безличность, нейтральность, точность, конкретность, простота и лаконичность. Язык закона, других правовых документов строг, стандартен, официален. Основные требования к стилю и языку нормативных правовых актов выражаются, в частности, в

⁸⁹ Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. С.47

необходимости использования в тексте закона терминов с четким и строго очерченным смыслом, употребления слов и выражений в прямом и непосредственном их значении, отказа от неоправданных неологизмов, не устоявшихся терминов, жаргонизмов, перебора с иностранной лексикой.

Как отмечает ряд авторов, появления пробелов в праве обуславливаются подчас нарушением логики языкового изложения, игнорированием правил русского языка и неправильным использованием соответствующих понятий. Имеется в виду употребление понятий, которые в этимологическом смысле, общеупотребительном значении, в научном исследовании и в законодательной практике не идентичны по своему содержанию. Отсюда проблемы языка, унификации применяемых терминов, объема тождественного выражения и др., занимающие значительное место в теории и практике образования и применения норм. Обязательным в этих условиях является издание дефинитной нормы, устанавливающей именно тот смысл, который вкладывает в это понятие законодатель и в рамки которого он очерчивает правоприменительную практику.

В целом в качестве причин появления субъективных пробелов можно отметить: упущения, ошибки самого законодателя и низкий уровень его законотворческой культуры.

Еще одним субъективным пробелом может служить норма п.9 ч.1 ст.18 ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», в которой закреплено, что гражданский служащий обязан проявлять корректность в обращении с гражданами⁹⁰. Соблюдение данной нормы представляется весьма важным для гражданского служащего. Однако критериев корректности законодатель не устанавливает. Вместе с тем в аналогичных зарубежных правовых актах имеются подобные нормы, понимание которых не представляет сложности. Так, в Кодексе государственной службы Великобритании установлено, что государственные

⁹⁰ Федеральный закон «О государственной гражданской службе» от 27.07.2004 N 79-ФЗ (ред. от 03.07.2016, с изм. от 19.12.2016)

служащие должны стремиться решать стоящие перед ними вопросы благожелательно, эффективно, своевременно, непредвзято и квалифицированно, а в Законе о федеральных чиновниках ФРГ установлено, что чиновник, в частности, должен иметь необходимые для административного работника черты характера. Таким образом, вполне можно считать, что корректность предполагает вежливое (соблюдение правил приличия), тактичное и толерантное (поведение с чувством меры, с соблюдением такта и выдержки), доброжелательное отношение гражданского служащего не только к гражданам, но и к руководителям, коллегам и подчиненным.

Как видится, причины возникновения пробелов могут носить как объективный, так и субъективный характер. В.В. Лазарев по этому поводу отмечал, что на каком-то отрезке времени отдельные факты и отношения в силу объективных причин (изменения социально-экономического и политического развития, невозможность предвидения всего многообразия возможных отношений и т. д.), а также по обстоятельствам субъективного характера (недостаточная оперативность, недосмотр, несоблюдение правил законодательной техники и т. п.) остаются неохваченными действующим правом, а другие утрачивают свое значение как правовые в отношении фактов и социальных связей, находящихся в сфере правового регулирования. Вместе с тем они продолжают оставаться закрепленными формально не отмененными актами.

Следует подвести итоги. Проведенное исследование показывает, что пробел в правовом регулировании, в частности, в законодательстве о государственной службк И Следует п развития, нево

Глава 3. Преодоление пробелов в праве как условие эффективности государственной службы

3. 1. Преодоление пробелов в законодательстве о государственной службе посредством аналогии

Необходимость восполнения пробелов возникает в законодательстве любой отрасли права, и законодательство о государственной службе не является исключением из общего правила. Одним из факторов повышения эффективности государственной службы является преодоление пробелов в законодательстве о государственной службе.

В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 10 марта 2009 года N 261 «О федеральной программе «Реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации», одним из направлений реформирования и развития системы государственной службы Российской Федерации является повышение эффективности государственной службы Российской Федерации и результативности профессиональной служебной деятельности государственных служащих⁹¹.

Эффективность государственной службы – это свойство управленческих действий, решений, поведения, отражающее меру того, насколько эти действия приводят к желаемому результату⁹².

На законодательном уровне об эффективности государственной службы сказано немного. Упоминания в Федеральном законе «О государственной гражданской службе» связаны чаще с отдельными проявлениями статуса государственного гражданского служащего, в основном с уровнем его стимулирования. В частности, в ст.14 названного ФЗ предусматривается, что гражданский служащий имеет право на

⁹¹ Указ Президента РФ от 10.03.2009 N 261 (ред. от 10.08.2012) "О федеральной программе "Реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации (2009 - 2013 годы)"

⁹² Воробьева В.М Перспективы совершенствования процедуры урегулирования служебных споров на государственной гражданской службе // "Адвокат", 2015, N 1 С.13-18

ознакомление с критериями оценки эффективности исполнения должностных обязанностей⁹³.

Также еще одно проявление эффективности государственной службы для служащего устанавливается в оплате его труда. Среди основных государственных гарантий гражданских служащих закон закрепляет равные условия оплаты труда, а также сопоставимые показатели оценки эффективности результатов профессиональной служебной деятельности при замещении соответствующих должностей гражданской службы, если иное не установлено настоящим Федеральным законом⁹⁴.

Одним из направлений преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе является применение к правовому регулированию статуса гражданских служащих (гражданской службы) норм иных отраслей права (конституционного, административного, трудового, гражданского, финансового права).

Но следует отметить тот факт, что правовой статус государственных служащих по общим требованиям во многом схож правовому положению работников наемного труда, поэтому восполнение пробелов в государственной службе в основном осуществляется на основе трудового законодательства.

В настоящее время преодолевать пробелы в законодательстве о государственной службе следует с учетом особенностей применения аналогии права и аналогии закона. Необходимо помнить о том, что порой использование аналогии права и аналогии закона в различных отраслях права, имеет под собой взаимоисключающие методы правового регулирования, в частности, это административное право, гражданское или финансовое.

⁹³ Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ // Российская газета. 2004. (в ред. от 03.07.2016)

⁹⁴ Там же.

В части применения аналогии закона, в частности, норм трудового права, к отношениям, связанным с государственной гражданской службой и регулированием правового статуса государственного гражданского служащего, есть прямое закрепление в законодательстве. Статья 73 Федерального закона о государственной гражданской службе гласит: «Федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной настоящим Федеральным законом».

Российский правовед Миннигулова Д.Б. подчеркивает, что при применении трудового права к правовой регламентации государственной службы могут возникнуть следующие проблемы:

1. сфера действия и распространения правовых отношений государственных служащих носит межотраслевой характер, то есть регулируется различными отраслями права. В частности, это конституционное право, административное, трудовое и финансовое. В связи с этим правовые отношения государственной гражданской службы называют также служебными;

2. границы применения трудового права к правовому регулированию государственной гражданской службы достаточно размыты в силу того, что государственный гражданский служащий обладает как властно – управленческими функциями, так и является лицом наемного труда;

3. применение законодательства о государственной службе связано с отсылочными нормами служебного права, что предусматривает принятие специальных подзаконных нормативных актов как, то указы Президента и постановления Правительства Российской Федерации, а также принятие локальных актов,

издаваемых федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации⁹⁵.

Сложность восполнения (преодоления) пробелов в правовом статусе государственных гражданских служащих состоит также в том, что в статье 73 Федерального закона о гражданской службе: «Федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной настоящим Федеральным законом» термин «не урегулированный» можно понимать по – разному. В широком смысле отсутствие соответствующих правовых норм может значить то, что возможно применять любые положения трудового законодательства при наличии пробелов в законодательстве о государственной службе. Узкий смысл термина «не урегулированный» заключается в том, что следует учитывать специфику правового статуса государственных служащих, определяемого федеральными и региональными нормативными правовыми актами⁹⁶.

Справедливым будет использование норм трудового права при регулировании положений времени отдыха, служебного времени государственного гражданского служащего, а также при исчислении среднего денежного содержания для компенсации государственному гражданскому служащему ежегодного оплачиваемого отпуска, оплаты листка нетрудоспособности (больничного), установления размера удержаний из денежного содержания; правил привлечения к сверхурочной службе или службе в выходные и нерабочие праздничные дни, порядка их оплаты. Но вызывает сомнение возможность применение к регулированию правового статуса государственного гражданского служащего в части работы по

⁹⁵ Миннигулова Д.Б. Указ.соч. С.14

⁹⁶ Матвеев С.П. Современные тенденции модернизации социальной защиты государственных служащих в рамках административной реформы // Административное право и процесс. 2013. N 1 С.53

совместительству, правил рассмотрения коллективных служебных споров, правил проведения забастовки и других.

Сложность реализации норм трудового права в регулировании государственной гражданской службы связана также с тем, что многие нормы Федерального закона о гражданской службе предусматривают принятие указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ, которые должны конкретизировать и восполнять пробелы в правовом регулировании государственной гражданской службы. Вместе с тем, отсылочные нормы не всегда находят свое подтверждение в своевременном принятии соответствующих нормативных правовых актов, призванных восполнять (преодолевать) пробелы в служебном законодательстве. Нередко устанавливается только сфера действия служебного законодательства, очерчивается круг правоотношений, которые подлежат регулированию на основе правовых норм о государственной гражданской службе, но сами нормы длительное время не принимаются.

Программные нормы, на которые делаются отсылки в федеральном законодательстве о государственной гражданской службе, т. е. нормы, принятие которых только «планируется», обуславливают необходимость применения соответствующих норм иных отраслей права, восполнения (преодоления) пробелов на основе аналогии закона, в частности, применения нормы трудового права. Нормы трудового права по связи с нормами законодательства о государственной гражданской службе, а также возможности применения в регулировании правоотношений государственных гражданских служащих можно дифференцировать на три группы:

- первую составляют нормы трудового права, которые в бесспорном порядке могут и должны применяться в регулировании условий несения государственной гражданской службы (например, порядок расчета среднего денежного содержания при уходе в отпуск или больничного);
- вторую образуют нормы трудового права, применение которых в

регулировании государственной гражданской службы вызывает определенные сложности и, как следствие, требует определенной «корректировки» и привязки к государственной гражданской службе (например, регулирование социального партнерства, принятие коллективных договоров, работа по совместительству и др.);

– к третьей группе относятся нормы трудового права, применение которых в регулировании государственной гражданской службы является либо невозможным, либо дискуссионным, либо носит узкий характер или не всегда правомерно (например, регулирование коллективных трудовых споров и возникновение аналогичного коллективного служебного спора на государственной гражданской службе)⁹⁷.

Системный анализ Федерального закона о гражданской службе можно проводить с двух позиций – административного и трудового права. С одной стороны, Федеральный закон о гражданской службе определяется как административный акт, т. е. отнесен к сфере административного права. Однако по своему содержанию Федеральный закон о гражданской службе направлен на регулирование условий труда государственных гражданских служащих. В законе эти условия (служебная деятельность) государственных гражданских служащих получили название «правовое положение (статус) государственных гражданских служащих». Очевидно, поэтому, с одной стороны, названный закон отнесен к сфере регулирования труда гражданских служащих, а с другой – к сфере административного права.

Теоретически можно согласиться, что по форме Федеральный закон о гражданской службе относится к административному праву. Это обусловлено главным образом применением специфической служебно-правовой терминологии, использованием понятий, терминов, определений, применяемых в административном (служебном) праве, а с другой стороны,

⁹⁷Миннигулова Д.Б. Совершенствование административно – правового регулирования статуса государственных гражданских служащих в Российской Федерации // Административное право и процесс. 2014. N2. С.30

по своему содержанию большинство анализируемых норм являются нормативными положениями, регулирующими сферу труда специфической категории работников – государственных гражданских служащих. Особенно ярко проявляется применение норм трудового законодательства в гл. 6 «Основные последствия прекращения служебного контракта». Это нашло, в частности, отражение в том, что общие основания прекращения служебного контракта, освобождения от замещаемой должности гражданского служащего и увольнения с гражданской службы (ст. 33) почти дословно воспроизводят содержание ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации (далее ТК РФ). Расторжение служебного контракта по соглашению сторон (ст. 34) соответствует ст. 78 ТК РФ. Расторжение срочного служебного контракта (ст. 35) соответствует ст. 58 Трудового кодекса РФ. Расторжение контракта по инициативе гражданского служащего (ст. 36) соответствует ст. 80 Трудового кодекса РФ. Расторжение служебного контракта по инициативе представителя нанимателя (ст. 37) воспроизводит содержание ст. 81 Трудового кодекса. Приостановление и прекращение служебного контракта по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (ст. 39), полностью соответствует ст. 83 Трудового кодекса РФ и т. д. Особым основанием расторжения служебного контракта является выход государственного гражданского служащего из гражданства Российской Федерации (ст. 41), непредставление сведений об имущественном положении. Таких и других аналогичных оснований увольнения с работы трудовое законодательство не предусматривает.

Нормы гл. 8 Федерального закона о гражданской службе «Служебное время и время отдыха» соответствуют ст. 91–105 («Рабочее время») и ст. 106–127 («Время отдыха») ТК РФ. Глава 11 Федерального закона о гражданской службе «Государственные гарантии на гражданской службе» соответствует Разделу 7 Трудового кодекса (ст. 164–188) и т. д.⁹⁸.

⁹⁸ Иваненко И.Н. О некоторых проблемах правового регулирования государственной службы в Российской Федерации // Власть закона. 2016. N 5. С.75

Наряду с указанным воспроизведением норм Трудового кодекса имеют место множество других нормативных положений, воспроизводящих трудовое законодательство. В связи с этим возникает закономерный вопрос о том, насколько целесообразно включать и повторять нормы трудового права (общие трудовые права и обязанности) в комплексных (межотраслевых) нормативных правовых актах, регулирующих специфику труда отдельных категорий работников (врачей, преподавателей, гражданских служащих, научных работников и т. д.). Это полностью следует отнести и к законодательству о государственной гражданской службе.

В связи с отраслевым построением российского законодательства нормы Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» можно дифференцировать на три относительно самостоятельных вида: административно-правовые (служебные), служебно-трудовые и нормы трудового права. Критерием такой классификации является направленность, содержание, предмет и метод регулирования служебных отношений и особенности правового статуса государственных гражданских служащих⁹⁹.

К нормам служебного права, в частности, следует отнести: ст. 3 Федерального закона о гражданской службе, дающую понятие государственной гражданской службы; нормы гл. 2, устанавливающей должности государственной гражданской службы (понятие, классификацию, реестры, классные чины, квалификационные требования к должностям гражданской службы); нормы гл. 7 «Персональные данные гражданского служащего. Кадровая служба государственного органа»; нормы гл. 13 «Формирование кадрового состава гражданской службы»; нормы гл. 14 «Финансирование и программы развития гражданской службы». К служебно-трудовым нормам следует отнести: ст. 4 Федерального закона о гражданской службе, закрепившую принципы государственной гражданской

⁹⁹Спектор Е.И. Некоторые аспекты применения института аналогии в административном законодательстве. //Право и экономика. -2002. - № 7. - С. 48

службы; нормы гл. 3, устанавливающей правовое положение (статус) гражданского служащего (основные права и обязанности, ограничения и запреты, связанные с гражданской службой, требования к служебному поведению, регулирование конфликта интересов, представление сведений о доходах); нормы гл. 4 «Поступление на гражданскую службу»; нормы гл. 9 «Прохождение гражданской службы».

К нормам трудового права относятся: нормы гл. 5 Федерального закона о гражданской службе «Служебный контракт»; нормы гл. 6 «Основания и последствия прекращения служебного контракта»; нормы гл. 8 «Служебное время и время отдыха»; нормы гл. 10 «Оплата труда гражданских служащих», при этом в самом названии данной главы прямо говорится, что оплачивается труд гражданских служащих. К трудовому праву относятся также нормы гл. 11 «Государственные гарантии на гражданской службе»; нормы гл. 12 «Поощрение и награждения. Служебная дисциплина на гражданской службе»; нормы гл. 16 «Рассмотрение индивидуальных служебных споров»¹⁰⁰.

Предложенная дифференциация норм Федерального закона о гражданской службе, разумеется, является условной и теоретической. Каждая из названных групп нормативных положений обладает элементами как административного (служебного) права, поскольку влияет на условия труда государственных гражданских служащих, на их правовой статус, так и норм трудового права, закрепленных в административно-правовом нормативном акте.

3.2. Трудовое законодательство и законодательство о государственной службе: вопросы соотношения

В настоящее время практической проблемой является проблема действия норм трудового права в отношении государственных служащих.

¹⁰⁰ Е.И. Спектор Пробелы в законодательстве и пути их преодоления. М., 2003. С. 47

Она обусловлена она в первую очередь отсутствием единого подхода к регулированию служебных отношений и имеющимися противоречиями между служебным и трудовым законодательством. Значимость ее признается как учеными-трудовиками, так и административистами. Так, по мнению О.В. Смирнова, «наибольшую сложность представляет отграничение трудового и административного права в части регулирования отношений государственной службы». Его поддерживает и С.Г. Киселев, указывая, что «проблема определения пределов регулирования служебно-государственных отношений законодательством о госслужбе и законодательством о труде является принципиально важной и пока еще окончательно нерешенной»¹⁰¹. Б.Н. Габричидзе, исследуя место административного права в правовой системе России, также отмечает, что нормы административного права, регулирующие государственную службу, и нормы трудового права, определяющие порядок приема на государственную службу и прохождение этой службы, тесно взаимосвязаны, и провести соответствующие различия между ними сложно¹⁰².

Приступая к анализу вопроса о применении трудового законодательства к служебным правоотношениям, прежде всего, необходимо отметить, что объем действия норм трудового права в отношении служащих различных видов публичной службы неодинаков. Сферой, к которой трудовое законодательство традиционно применялось в наименьшей степени, всегда являлись военно-служебные отношения. [Статья 11 ТК РФ](#) прямо указывает, что трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, не распространяются на военнослужащих при исполнении ими обязанностей военной службы (кроме случаев, когда они одновременно выступают в качестве работодателей или их представителей)¹⁰³. Вместе с тем применение норм трудового законодательства в отношении военнослужащих

¹⁰¹ Киселев С.Г. Государственная гражданская служба, М., 2005. С.59

¹⁰² Пресняков М.В. Административно – правовое регулирование служебных отношений: теория и практика. 2008. С.66

¹⁰³ Трудовой Кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 03.07.2016)

возможно в случае прямого указания на это в законодательстве о военной службе. Таким образом, административное законодательство имеет несомненный приоритет над трудовым в области регулирования военной службы и допускает вторжение последнего в указанную сферу лишь постольку, поскольку это необходимо для реализации своих целей.

В литературе также высказывается мнение, что нормы трудового права могут применяться к военно-служебным правоотношениям «субсидиарно в виде исключения, в случае если отсутствуют соответствующие публично-правовые нормы, которые могли бы быть применены по аналогии». Однако этот вывод представляется сомнительным, поскольку указанные выше положения [ст. 11 ТК РФ](#), свидетельствуют о нежелании законодателя распространять нормы трудового права на военнослужащих, кроме самим им установленных случаев.

Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» четко устанавливает приоритет специального законодательства о государственной гражданской службе над нормами трудового права, определяя, что последние применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, лишь в части, не урегулированной Федеральным [законом](#) «О государственной гражданской службе Российской Федерации» ([ст. 73](#)). Таким образом, если один и тот же аспект организации труда гражданских служащих урегулирован и в трудовом, и в административном законодательстве, должны применяться нормы последнего; нормы же трудового права применяются, только если законодательство о государственной службе вообще не регулирует данный вопрос.

Вместе с тем и после введения в действия Федерального [закона](#) "О государственной гражданской службе Российской Федерации" отдельными учеными - преимущественно представителями науки трудового права - делались попытки отстаивать приоритет трудового законодательства перед законодательством о государственной гражданской службе. Так, Ю.П.

Орловский аргументирует данную позицию следующим образом: «[Статья 5 ТК](#) предусматривает, что нормы трудового права, содержащиеся в иных законах, должны соответствовать Трудовому кодексу, а в случае противоречий между [Кодексом](#) и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, применяются положения Кодекса. Если вновь принятый федеральный закон противоречит [ТК](#), то этот федеральный закон применяется при условии внесения соответствующих изменений и дополнений в Кодекс... Небезупречна по тем соображениям и юридическая сила многих правовых норм, касающихся трудового законодательства, содержащихся в Федеральном [законе](#) от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», поскольку они устанавливают иные правила по сравнению с [ТК](#). Так, в соответствии со [ст. 27](#) указанного Закона в акте государственного органа о назначении на должность гражданской службы и служебном контракте сторонами может быть предусмотрено испытание гражданского служащего продолжительностью от трех месяцев до одного года. Максимальный срок испытания по [ТК](#) - шесть месяцев»¹⁰⁴. По мнению Ю.П. Орловского, если имеются не совпадающие по содержанию правовые нормы в [ТК](#) и иных федеральных законах, устанавливающие особенности правового регулирования отдельных категорий работников, то такие несовпадения нельзя считать коллизией. При решении данного вопроса следует учитывать [ст. 11 ТК](#), которая предусматривает особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников (руководителей организаций, лиц, работающих по совместительству, женщин, лиц с семейными обязанностями, молодежи, государственных служащих и др.), которые устанавливаются и федеральными законами. В связи с этим можно говорить о равнозначной юридической силе [ТК](#) и иных федеральных законов, если предмет регулирования - особенности труда отдельных категорий работников –

¹⁰⁴ Орловский Ю.П. Проблемы совершенствования трудового законодательства // Журнал российского права. 2005. № 9. С.27

совпадает.

Вышеприведенная позиция Ю.П. Орловского была им высказана еще до внесения изменений в [ст. 11 ТК РФ](#) Федеральным [законом](#) от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ. Между тем указанным Законом [ст. 11 ТК РФ](#) была дополнена следующим положением: «На государственных гражданских служащих и муниципальных служащих действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, распространяется с особенностями, предусмотренными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации о государственной гражданской службе и муниципальной службе»¹⁰⁵. По мнению В.А. Абалдуева, указанное изменение возвращает труд государственных гражданских служащих в предмет трудового права¹⁰⁶. Трудно полностью согласиться с данным мнением хотя бы потому, что конкурирующая с вышеизложенной нормой [ст. 73](#) Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации" свою силу при этом не утратила. Бесспорен, впрочем, тот факт, что указанное положение [ст. 11 ТК РФ](#) по своей сути является возвратом к регулированию, заложенному в [ч. 3 ст. 4](#) утратившего силу Федерального закона "Об основах государственной службы Российской Федерации", которая уже приводилась нами выше. Различие состоит лишь в том, что [ст. 11 ТК РФ](#) касается не только государственных, но и муниципальных служащих, а также свидетельствует о возможности установления особенностей не только федеральными законами, но и иными актами.

Фактически, рассматриваемая проблема является частью более общей проблемы, касающейся возможности установления приоритета одного акта (в

¹⁰⁵ Трудовой Кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 03.07.2016)

¹⁰⁶ Абалдуев В.А. Предмет и сфера действия трудового права России: теоретические начала и законодательное воплощение // Правовое регулирование труда в современной России: общие положения, отраслевые институты, эффективность реализации права / Отв. ред. В.А. Абалдуев. Саратов, 2007. С. 85.

том числе кодифицированного) над всеми другими путем указания на это в нем самом. Кодекс, как известно, является формой федерального закона, и с этой точки зрения кодифицированный правовой акт не имеет большей юридической силы, чем некодифицированный.

В.В. Бриксов, говоря о политике законодателя в отношении определения места кодексов России, иных кодифицированных федеральных законов в иерархической структуре российского законодательства, выделяет два подхода. Первый подход - федеральный парламент в иерархическом плане не выделяет кодифицированный федеральный закон среди других федеральных законов. В основном это касается межотраслевого правового регулирования. Второй подход - законодатель иерархически выделяет кодифицированный федеральный закон среди федеральных законов в рамках как отраслевого, так и межотраслевого правового регулирования. При этом такое законодательное установление закладывается в самих кодифицированных актах. В качестве примера второго подхода им в том числе приводится и Трудовой кодекс Российской Федерации¹⁰⁷.

Здесь можно также отметить, что некоторые ученые придерживаются мнения, что, собственно, и сам Трудовой кодекс Российской Федерации, если это толковать систематически, говорит о приоритете специального законодательства о государственной и муниципальной службе над общими нормами ТК РФ. Так, В.Ш. Шайхатдинов отмечает: «толкование положений ст. 5 Трудового кодекса Российской Федерации должно быть системным, то есть производиться с учетом других положений Кодекса, а также федеральных законов о государственной и муниципальной службе»¹⁰⁸. С.Ю. Фабричный на этом основании делает следующий вывод: «...для понимания вопроса о соотношении общих норм трудового права со специальными нормами о труде государственных служащих важное значение имеет

¹⁰⁷ Бриксов В.В. О юридической силе кодифицированных федеральных законов // Журнал российского права. 2003. N 8. С.48

¹⁰⁸ Шайхатдинов В.Ш. Трудовой кодекс Российской Федерации и вопросы регулирования труда государственных и муниципальных служащих // Чиновник. 2002. N 2. С. 33.

содержание [ст. 251](#) Трудового кодекса «Особенности регулирования труда». Эта статья устанавливает, что особенности регулирования труда - это нормы, частично ограничивающие применение общих правил по тем же вопросам либо предусматривающие для отдельных категорий работников дополнительные правила. Отсюда можно сделать вывод, что специальное законодательство о труде государственных и муниципальных служащих может содержать нормы, устанавливающие те или иные особенности прохождения службы, имеющие большую юридическую силу, нежели нормы Трудового [кодекса](#), который, в свою очередь, превалирует над федеральными законами, содержащими общие (но не особенные) правила регулирования трудовых отношений»¹⁰⁹.

Но в свою очередь С.А.Иванова справедливо отмечает, что с точки зрения практического применения было бы гораздо лучше, если бы возможность установления особенностей регулирования труда государственных служащих допускалась бы самим Трудовым [кодексом](#). Касаясь данного вопроса, она пишет, что «недостатком ТК РФ является и то, что в нем отсутствует связь [ст. 5](#), которая устанавливает систему источников трудового права, и [ст. ст. 11, 251, 252](#), предусматривающих особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников. В [ст. 5](#) ТК РФ предусмотрено: "В случае противоречий между настоящим Кодексом и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, применяется настоящий Кодекс..."¹¹⁰. Далее следует дополнить данную норму: «...за исключением случаев, когда федеральными законами устанавливаются особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников ([ст. ст. 11, 251, 252](#)); в случае противоречия между настоящим Кодексом и федеральным законом, устанавливающим

¹⁰⁹ Фабричный С.Ю. Муниципальная служба в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2005. С. 113

¹¹⁰ Иванова С.А. Правовое регулирование трудовых отношений государственных служащих: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 66.

особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников, применяется соответствующий федеральный закон».

Таким образом, современное воздействие трудового законодательства на отношения государственной гражданской службы следует охарактеризовать как субсидиарное. Заимствованные нормы становятся элементом отрасли права, из которой они заимствованы для урегулирования нетипичных, более сложных по своей структуре отношений, в частности государственно-служебных. При этом субсидиарность не отражается на единстве предмета как отрасли-донора, так и отрасли-реципиента. Применительно к государственной службе речь идет о расширении сферы действия, а не предмета регулирования трудового права.

Новый закон значительно увеличил количество административно-правовых норм, регулирующих отношения в данной сфере. Если ранее действовавший [Закон](#) об основах госслужбы лишь устанавливал особенности государственной службы, то новый [Закон](#) напрямую регулирует профессиональную служебную деятельность гражданских служащих. Как совершенно верно отмечает в связи с этим А.В. Гусев, «воздействие трудового права на регулирование государственной службы остается», но его характер и направления изменились. До реформы трудовое право было основным и непосредственным регулятором труда на гражданской службе, теперь же оно становится своеобразной донорской, материнской отраслью»¹¹¹.

Таким образом, в заключение стоит отметить, что основным направлением восполнения пробелов в законодательстве о государственной службе является привлечение к регулированию правового статуса гражданских служащих (гражданской службы) норм иных отраслей права (конституционного, административного, трудового, гражданского, финансового права).

¹¹¹ Гусев А.В. Роль трудового права в регулировании государственной гражданской службы // Трудовое право. 2005. N 3. С.26

В связи с тем, что правовой статус (служба) государственных служащих по общим требованиям во многом аналогичен правовому положению работников наемного труда, восполнение пробелов в государственной службе в основном осуществляется на основе трудового законодательства.

Однако в рамках применения трудового законодательства к регулированию государственной службы выделяется ряд проблем:

- во – первых, установление сферы правовых отношений государственных гражданских служащих, которая носит межотраслевой характер и регулируется несколькими отраслями права;
- во – вторых, пределы применения трудового права в регулировании государственной гражданской службы обусловлены спецификой правового статуса государственных гражданских служащих – лиц, наделенных властно – управленческими функциями, а также являющихся лицами наемного труда;
- в – третьих, установление объема пробелов в законодательстве о государственной гражданской службе ограничено и связано с отсылочными нормами служебного права, которые предусмотрены в специальных подзаконных актах.

3.3. Иные факторы преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе

Традиционно в литературе основными факторами преодоления пробелов в праве выделяют аналогию права и аналогию закона, а также субсидиарное применение права. Но проведенное исследование проблемы пробельности законодательства о государственной службе позволяет выделить и иные факторы преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе.

В качестве таковых факторов (направлений) можно рассматривать совершенствование законодательной техники, систематизацию законодательства, повышение уровня правовой культуры и другие. Остановимся более подробно на некоторых из них.

Совершенствование законодательной техники. Законодательная техника – это система приемов, методов, способов и принципов создания и изменения системы нормативных правовых актов. Это достаточно широкое по сути определение дает возможность охарактеризовать весь процесс формирования системы законодательства: формирование и разработка проектов нормативных правовых актов, систематизацию и последующее совершенствование.

Уровень разработанности законодательной техники является одним из главных показателей сущности права, его социально – экономической направленности, а также уровня правовой культуры. От уровня разработанности законодательной техники зависит и степень эффективности законодательства, ведь правильное использование приемов и методов законодательной техники при составлении проектов нормативных правовых

актов может помочь избежать негативных последствий в дальнейшем¹¹², в частности, появление пробелов в праве.

В связи с ростом источников права, постоянно обновляющейся практикой и повышением уровня правовой культуры, можно выявить определенную тенденцию – повышение степени регламентированности правотворческого процесса, стремление к упорядоченности формы и содержания нормативных правовых актов. Таким образом, цель законодательной техники – это придание нормативным правовым актам такой формы, которая бы полностью соответствовала их содержанию и помогала устранять имеющиеся недостатки¹¹³, в частности, в виде пробелов, что позволит повысить эффективность законодательства.

Итак, законодательная техника – это система исторически сложившихся, основанных на достижениях теории права и проверенных практикой нормотворчества правил, приемов и средств, применяемых государственными органами в процессе построения кодексов, отдельных законов, статей и их элементов, в целях дальнейшего совершенствования их формы¹¹⁴.

Систематизация законодательства. Система действующих нормативных правовых актов в современной правовой системе – это образование, постоянно подвергающееся изменениям. Вновь принятые законы, акты Президента и иные источники права нередко вносят коррективы в действующие акты. Одни из них дополняются новыми предписаниями, другие изменяются, а третьи признаются полностью или частично утратившими силу. Чтобы в массе действующих и изменяющихся источников российского права оперативно находить нужные нормы,

¹¹² Нарышкин С.Е. Хабриева Т.Я. Абрамова А.И. и др. Научные концепции развития российского законодательства: монография. Отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А.Тихомиров. ИД Юриспруденция. 2015. С.75

¹¹³ Концепции развития российского законодательства / А.И. Абрамова [и др.]; под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. – М. : Эксмо, 2010. – С.124

¹¹⁴ Семенов Я.И. Законодательная техника как инструмент совершенствования законодательства // Вестник Южно – Уральского государственного университета. 2006. №13. С.24-28

государственные органы, предприятия, а также граждане, имеющие дело с нормативными актами, вынуждены постоянно заниматься работой по приведению их в упорядоченную совокупность. Подобного рода деятельность охватывается понятием систематизации нормативных актов.

Целью систематизации нормативных правовых актов является упорядочение правового материала, расположение его по определенным разделам и рубрикам, то есть классифицирование и облегчение поиска необходимых правовых актов. Во внутреннем плане она направлена на достижение внутреннего единства правовых норм, то есть на устранение коллизий и пробелов в праве. В ней нуждаются и законодатель, и правоприменители, и все граждане¹¹⁵.

Но в силу того, что правотворчество не может остановиться на определенном этапе, а также постоянно меняющаяся правовая система, ее развитие и совершенствование, принятие новых нормативных актов, внесение в них изменений, отмена устаревших нормативных решений объективно обуславливают упорядочение всего комплекса действующих нормативных актов, их укрупнение, приведение в определенную научно обоснованную систему, издание разного рода сборников и собраний законодательства.

Неупорядоченность законодательства ведет к неэффективности правового пространства и как следствие появлению пробелов в нормативных правовых актах. Систематизация необходима для обеспечения доступности законодательства, удобства пользования им, устранения устаревших и неэффективных норм права, разрешения юридических конфликтов, ликвидации пробелов¹¹⁶.

Однако «систематизация законодательства» не всегда предполагает пересмотр нормативных правовых актов. Изменения и дополнения иногда

¹¹⁵ Фадеева Н.А. Актуальные вопросы систематизации законодательства Российской Федерации // Правовая информатика. 2013. №3 С.24-27

¹¹⁶ Иванникова О.И. Систематизация отечественного законодательства. // Правовая информатика. 2012. С.46-50

затрагивают хотя и важные, но отдельные проблемы правового регулирования и касаются правовых актов, которые не в состоянии были устранить образовавшиеся со временем недостатки.

Таким образом, анализ изложенного материала позволяет прийти к следующим выводам:

1. Систематизация законодательства в Российской Федерации представляет собой упорядочение нормативно-правовых актов, приведение их в единую согласованную систему.

2. Основная цель систематизации законодательства – облегчение пользования нормативным материалом для его дальнейшего совершенствования.

3. Основными задачами систематизации являются:

- дальнейшее развитие законодательства;
- устранение имеющихся недостатков в правовом пространстве, в частности, пробелов в праве;
- обеспечение удобства при реализации права и возможности оперативно находить и правильно толковать необходимые нормы.

Повышение уровня правовой культуры. Культура – понятие многогранное, имеющее множество различных форм. В нашем исследовании речь идет о правовой культуре, которую рассматривают как часть общей культуры общества.

Правовая культура общества отражает качественный уровень правового развития общества или состояние правовой жизни общества.

В правовой культуре традиционно выделяют:

- 1) Правовая культура общества – данная категория охватывает все правовые явления: правовые идеи, систему права и т.д.;
- 2) Правовая культура социальной группы – в данном случае под социальной группой понимают нацию, народ, отдельное социальное образование;

3) Правовая культура человека – данное понятие включает в себя знание права, отношение человека к праву, а также навыки правомерного поведения.

Правовая культура тесно связана с политической, нравственной, духовной и другими видами культуры и, прежде всего, конечно, с обычной, поведенческой, связанной с воспитанностью человека, его адаптированностью к порядку, дисциплине, организованности, уважению к законам страны¹¹⁷.

Под правовой культурой предлагается понимать «систему овеществленных и идеальных культурных элементов, относящихся к сфере действия права, и их отражение в сознании и поведении людей». В широком плане правовая культура охватывает все правовые ценности, существующие в данное время в данной стране. При этом не игнорируется и мировой опыт.

Если же говорить о правовой культуре с точки зрения повышения эффективности законодательства о государственной службе и преодолению пробелов в нем, то стоит отметить тот факт, что эффективное решение государственной службой перечня управленческих и координационных задач делает необходимым постоянное совершенствование стратегий ее деятельности¹¹⁸. Следует обратить внимание на то, что сущностные характеристики законов, регулирующих деятельность государственной службы, очень важны. Ведь профессионально сформулированное, без правовых недостатков, законодательство определяет эффективность деятельности государственной службы и гармоничного развития общества в целом. Применительно к государственной службе главная функция правовой культуры государственных служащих заключается в том, что ее реализацией должно заниматься государство. Именно государство, определяя законы

¹¹⁷ Бородина Т.В. Некоторые аспекты формирования правовой культуры // Вестник Чувашского университета. 2010. №1 С.13-17

¹¹⁸ Имгрунт И.И., Берзегова С.А. // Вестник Адыгейского государственного университета. 2015. №4. С.44-49

государственной службы, призвано определить правовой статус государственных служащих таким образом, чтобы их работа приносила максимальную пользу государству и была уважаема гражданами. В этом случае и законодательство о государственной службе будет максимально эффективным и повысится уровень правовой культуры государственных служащих.

Толкование юридических норм. Регламентируя порядок реализации прав и исполнения обязанностей, регулируя деятельность государственных служащих, нормы законодательства о государственной службе характеризуются высокой степенью формализма, что в значительной мере обусловило специфику пробелов, которые в них встречаются. Речь идёт, в частности, не только о случаях, когда норма права в законе отсутствует вообще, но и о ситуациях, когда она (или ее часть) сформулирована недостаточно четко, либо это норма с неясной формулировкой, в результате чего мы сталкиваемся с формальным пробелом. По мнению А.Т. Боннера, формальный пробел представляет собой ситуацию, связанную с отсутствием закона, который прямо давал бы ответ на тот или иной вопрос. Однако это не означает, что нет соответствующей правовой нормы и что в таком случае органу правоприменения приходится в определенной степени создавать ее с учетом различных приёмов трактовки законодательств¹¹⁹. Соглашаясь с высказанным мнением ученого, Д.А. Туманов определяет это понятие как ситуацию, при которой правоприменительный орган должен скорее не создавать норму, а реконструировать ее истинный логический смысл¹²⁰. Достичь этого можно лишь посредством разъяснения закона, которое, как справедливо заметил А.В. Аверин, является «самой сложной интеллектуальной процедурой, требующей как минимум наличия 2-х условий: глубокого познания человеком не только действующего

¹¹⁹ Боннер А. Т. Источники советского гражданского процессуального права: Учеб. пособ. – М.: Юрид. лит., 1977. С.39

¹²⁰ Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве: Дис. ... канд. юрид. наук 12.00.15. – М., 2007. С.99

законодательства, но и довольно сложных правил юридической герменевтики»¹²¹.

По своей природе толкование направлено на уяснение истинного смысла закона. При этом необходимо учесть, что закон в связи с особенностями человеческой речи может допускать существование нескольких вариантов его понимания. А потому интерпретация (толкование) не изменяет и не отменяет закон, а лишь конкретизирует его, придает ему то значение, которое заложено в нём.

В процессе реализации права важно не только интерпретировать то или иное формально закрепленное правовое предписание, но и разъяснить его в целом – его смысл, принципы, социально – политическое содержание и т.д. Лишь углубленное толкование может служить надлежащим основанием для индивидуального поднормативного регулирования и конкретизации норм, аналогии права, субсидиарного их применения в соответствии с требованиями законности. Для достижения указанных задач органами правоприменения используется расширительная трактовка, цель которой – раскрыть истинный смысл правовой нормы, который является более широким, чем её буквальное значение. При этом крайне важно, чтобы в процессе такого толкования заложенный законодателем смысл оставался неизменным. Поэтому интерпретатор должен выбирать вариант разъяснения в рамках закона, а не вне его. Также в основе интерпретации должен оставаться общий смысл нормы, который и определяет ее основную цель¹²².

Таким образом, опираясь на приведенные соображения, можем сделать вывод, что толкование норм права является необходимым элементом механизма правового регламентирования. Его значение состоит, прежде всего, в обеспечении полного и точного раскрытия смысла норм,

¹²¹ Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: проблемы теории и практики / Под ред. М.И. Байтина. – Саратов: СГУ, 2003. С.172

¹²² Матат Ю.И. Роль юридического толкования норм права в механизме преодоления пробелов в законодательстве // Проблемы законности. 2011. №116. С.54-59

содержащихся в правовых актах, как источниках и формах наличия юридических норм, иных содержательных элементов существующей правовой системы. С помощью толкования реализуется один из способов развития права, согласно которому правоприменительный орган уполномочен осуществлять поиски права за пределами буквального смысла закона. Именно это позволяет правоприменительным органам обеспечить разрешение юридических дел в строгом соответствии конституционным принципам равенства, правовой определенности, законности и верховенства права.

Итак, в данном параграфе были рассмотрены основные иные факторы преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе. В частности, это совершенствование законодательной техники. От уровня разработанности законодательной техники зависит и степень эффективности законодательства, ведь правильное использование приемов и методов законодательной техники при составлении проектов нормативных правовых актов может помочь избежать негативных последствий в дальнейшем, в частности, появление пробелов в праве. Также еще одним фактором преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе является систематизация нормативных правовых актов. Целью систематизации нормативных правовых актов является упорядочение правового материала, расположение его по определенным разделам и рубрикам, то есть классифицирование и облегчение поиска необходимых правовых актов. Одной из задач систематизации законодательства является устранение имеющихся недостатков в правовом пространстве, в частности, пробелов в праве, что позволяет повысить эффективность законодательства. Повышение уровня правовой культуры – следующий фактор преодоления пробелов. Применительно к государственной службе главная функция правовой культуры государственных служащих заключается в том, что ее реализацией должно заниматься государство. Именно государство, определяя законы государственной службы и формулируя их, призвано определить

правовой статус государственных служащих таким образом, чтобы их работа приносила максимальную пользу государству и была уважаема гражданами. В этом случае и законодательство о государственной службе будет максимально эффективным и повысится уровень правовой культуры государственных служащих. И последним рассмотренным фактором было толкование юридических норм как один из способов преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе. Толкование норм права является необходимым элементом механизма правового регламентирования. Его значение состоит, прежде всего, в обеспечении полного и точного раскрытия смысла норм, содержащихся в правовых актах, как источниках и формах наличия юридических норм, иных содержательных элементов существующей правовой системы.

Заключение

В силу определенных признаков закон – это категория, относительно стабильная во времени, хотя отношения, регулируемые правом, зачастую непостоянны и изменяемы. Такой же изменчивой является и оценка этих отношений со стороны государственных органов и государственных служащих. Данное обстоятельство обуславливает актуальность и практическую значимость проблемы пробелов в законодательстве о государственной службе, которая явилась предметом настоящего диссертационного исследования.

Основные результаты исследования можно обобщить в виде следующих положений.

Анализ проблемы пробельности законодательства о государственной службе, а, равно как и пробелов в праве, целесообразно рассматривать с учетом методологических ориентиров, сложившихся на протяжении многих веков в истории правовой мысли. Определенные правовые пропуски признавались существующими объективно еще в римской правовой культуре. В последующие время видными правоведами высказывались различные точки зрения относительно данной проблемы, которые можно свести к двум видам доктрин: обосновывающих либо пробельность, либо беспробельность права.

В частности, сторонники социологической школы права высказывались за существование пробелов в праве, рассматривая, однако, различные точки зрения относительно их устранения. Представители нормативистской школы наоборот фактически отрицали наличие пробелов в праве. Но многие правоведы придерживались мнения, что правоприменителю должна быть предоставлена полная свобода в восполнении пробелов в случае несовершенства или полного отсутствия правовой нормы.

В настоящее время теория и практика исходят из того, что пробел в правовом регулировании, в частности, в законодательстве о государственной службе – это состояние правовой неопределенности, которое возникает

вследствие полного или частичного отсутствия необходимой правовой нормы в системе законодательства о государственной службе, регулирующего те или иные общественные отношения, складывающиеся по поводу эффективного функционирования государственных органов, а также отсутствие в существующих нормативных правовых актах необходимых норм для решения конкретного случая в пределах сферы правового регулирования установленной законодателем, потребность которых определяется смыслом действующего законодательства.

Последовательно разграничивая понятия права и закона, правоприменительная деятельность может быть охарактеризована как толкование закона с позиций права, поиск и нахождение надлежащей нормы, которую следует применить в данном конкретном случае. Поэтому точнее будет говорить о пробелах в законодательстве, имея в виду его широкий смысл, т.е совокупность всех нормативно – правовых актов, изданных компетентными органами.

С логической точки зрения установление и преодоление пробелов в законодательстве о государственной службе следует рассматривать как два неразрывно связанных между собой этапа профессиональной мыслительной деятельности правоприменителя. Обнаружив пробел, государственный орган не может на этом основании отказать гражданину или организации в защите права, а также государственный орган обязан принять все меры к разрешению конкретного дела по существу. Таким образом, правоприменитель в соответствии с объективной необходимостью переходит от установления пробела к его преодолению. Два данных процесса основаны на одних и тех же логических операциях, которые также непосредственно связаны определенными способами толкования и преодоления пробелов в законодательстве о государственной службе.

Традиционно в литературе выделяют две основные разновидности устранения пробелов в законодательстве: аналогия права и аналогия закона. В настоящее время институт аналогии в российской правовой системе имеет

нормативное закрепление, однако наблюдается различная степень допустимости аналогии в различных сферах правового регулирования.

Основным направлением восполнения пробелов в законодательстве о государственной службе является привлечение к регулированию правового статуса гражданских служащих (гражданской службы) норм иных отраслей права (конституционного, административного, трудового, гражданского, финансового права). В связи с тем, что правовой статус (служба) государственных служащих по общим требованиям во многом аналогичен правовому положению работников наемного труда, восполнение пробелов в государственной службе в основном осуществляется на основе трудового законодательства. Однако здесь возникает определенный ряд проблем, которые рассматривались в исследовании.

Подводя итог диссертационного исследования, следует отметить, что эффективность правового регулирования обратно пропорциональна пробельности законодательства, что в первую очередь касается и законодательства о государственной службе. Необходимо стремиться к тому, чтобы пробелов в правовом регулировании государственной службы было как можно меньше, так как чем их меньше, тем совершеннее и эффективнее будет государственная деятельность.

Список использованной литературы

Список нормативных правовых актов

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ)
2. Федеральный закон «О государственной гражданской службе» от 27.07.2004 N 79-ФЗ (ред. от 19.12.2016) // «Собрание законодательства РФ», 02.08.2004, N 22, ст. 2063.
3. Федеральный закон «О статусе военнослужащих» от 27.05.1998 N 76-ФЗ (в ред. от 22.11.2016) // «Собрание законодательства РФ» N 22, 01.06.1998, ст. 2331.
4. Федеральный закон «О полиции РФ» от 07.02.2011 N3-ФЗ (в ред. от 19.12.2016) // «Собрание законодательства РФ», 14.02.2011, N 7, ст. 900.
5. "Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 07.03.2017) (с изм. и доп., вступ. в силу с 31.03.2017)
6. Трудовой Кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) / Собрание законодательства РФ 2002. № 1 (ч. 1).
7. Указ Президента РФ от 10.03.2009 N 261 (ред. от 10.08.2012) "О федеральной программе "Реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации (2009 - 2013 годы)"
8. Указ Президента РФ от 16.09.99 №1237 «Вопросы прохождения военной службы» (ред. от 11.02.13)

Список специальной литературы

1. Абалдуев В.А. Предмет и сфера действия трудового права России: теоретические начала и законодательное воплощение // Правовое регулирование труда в современной России: общие положения, отраслевые институты, эффективность реализации права / Отв. ред. В.А. Абалдуев. Саратов, 2007. 185с.
2. Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: проблемы теории и практики / Под ред. М.И. Байтина. – Саратов: СГУ, 2003. 196с.
3. Алексеев С. С. Проблемы теории права, т. 1, Свердловск, 1972, С. 418.
4. Акимов В.И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969. №3
5. Аристотель. Большая этика. М. Лабиринт. Пер. с древнегреческого О. Цыбенко.2000. 302с.
6. Аристотель, Риторика. Кн. 1. Гл. 13. 2000. 215с.
7. Белогриц-Котляревский Л.С. Творческая сила обычая в уголовном праве. - Ярославль, 1890. 196с.
8. Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. 1911. № 2. С.17-20
9. Боннер А. Т. Источники советского гражданского процессуального права: Учеб. пособ. – М.: Юрид. лит., 1977. 198с.
- 10.Боровиковский Л.А. Отчет судьи. Т.1. СПб, 1909. 415с.
- 11.Бородина Т.В. Некоторые аспекты формирования правовой культуры // Вестник Чувашского университета. 2010. №1 С.13-17
- 12.Бриксов В.В. О юридической силе кодифицированных федеральных законов // Журнал российского права. 2003. N 8. С.48-51
- 13.Васьковский Е.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского. Петроград, 1915. 147с.
- 14.Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. 289с.
- 15.Вильнянский С. И. Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского юридического института. Вып. 3. 1948.

45 – 47 с.

16. Воробьева В.М. Перспективы совершенствования процедуры урегулирования служебных споров на государственной гражданской службе // "Адвокат", 2015, N 1 С.13-18
17. Гегель Г.-В.Ф. Философия права. М., 1983. 541 с.
18. Гойхбарг А.Г. Что такое пробелы в праве // Вестник гражданского права. 1916. № 3.
19. Гусев А.В. Роль трудового права в регулировании государственной гражданской службы // Трудовое право. 2005. N 3. С.26-30
20. Дернбург Г. Пандекты. Т.1. Общая часть / Под ред. П.Соколовского. М., 1906. 218с.
21. Дуров А.И. Недостатки в праве и пути их устранения: Актуальные проблемы истории, политики и права // Правовые исследования: Актуальные проблемы истории, политики и права. Межвузовский сборник научных статей. - Екатеринбург: Изд-во Урал. юрид. ин-та МВД России, 2002, Вып. 10: Ч. 2. - 86-92 с.
22. Ершова Е.А. [Правовая природа служебных отношений](#): вопросы теории и практики // Трудовое право. 2006. N 5. С.87-90
23. Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Казань 1916. 179с.
24. Иваненко И.Н. О некоторых проблемах правового регулирования государственной службы в Российской Федерации // Власть закона. 2016. С.73-80
25. Иванова С.А. Правовое регулирование трудовых отношений государственных служащих: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. 130с.
26. Иванникова О.И. Систематизация отечественного законодательства. // Правовая информатика. 2012. С.46-50
27. Иеринг Р. Юридическая техника. СПб, 1906. 211с.

28. Имгрунт И.И., Берзегова С.А. // Вестник Адыгейского государственного университета. 2015. №4. С.44-49
29. Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. 149 с.
30. Керимов Д. А. Кодификация и законодательная техника. М., 226 с.
31. Киселев С.Г. Государственная гражданская служба, М., 2005. 81с.
32. Концепции развития российского законодательства / А.И. Абрамова [и др.]; под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. – М. : Эксмо, 2010. – 732 с.
33. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. - Изд. 6-е. - СПб., 1904. - 354 с.
34. Курылев С.В. О применении советского закона//Советское государство и право. 1966. №11. С.24-27
35. Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань. Изд-во Казан, ун-та, 1969. 183с.
36. Лазарев В.В. Избранные труды. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. Новая юстиция, 2010. 504 с.
37. Липень С.В. Идеи установления и преодоления пробелов в праве в отечественной юридической науке второй половины XIX - начала XX вв. // Актуальные проблемы экономики и права. - Казань: Познание, 2012, № 3 (23). - С. 190-197
38. Люблинский П.И.. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / Пособие к практическим занятиям по уголовному праву. Пг. 1917. 185с.
39. Матат Ю.И. Роль юридического толкования норм права в механизме преодоления пробелов в законодательстве // Проблемы законности. 2011. №116. С.54-59
40. Матвеев С.П. Современные тенденции модернизации социальной защиты государственных служащих в рамках административной реформы // Административное право и процесс. 2013. С.53-59

41. Миннигулова Д.Б. Проблемы в регулировании государственно – служебных отношениях: способы восполнения // Государственное и муниципальное управление. 2010. С.13-18
42. Миннигулова Д.Б. Совершенствование административно – правового регулирования статуса государственных гражданских служащих в Российской Федерации // Административное право и процесс. 2014. С.30-32
43. Михайловский И.В. Очерки философии права. -Томск, 1914. - Т. 1. - 632 с.
44. Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. 1880. № 11. С.391-392.
45. Нарышкин С.Е. Хабриева Т.Я. Абрамова А.И. и др. Научные концепции развития российского законодательства: монография. Отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А.Тихомиров. ИД Юриспруденция. 2015. С.75
46. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М. Госюриз-дат. 1960. 112 с.
47. Ноздрачев А.Ф. [О совершенствовании нормативной базы](#) гражданской службы и необходимости мониторинга правоприменительной практики в сфере гражданской службы // Законодательство и экономика. 2007. N 2 С.16-20
48. Орловский Ю.П. Проблемы совершенствования трудового законодательства // Журнал российского права. 2005. № 9. С.27-32
49. Осин А.А. [Содержание, форма и особенности заключения](#) служебного контракта // Трудовое право. 2007. N 5. С.69-74
50. Остин Дж. Определение области юриспруденции // Антология мировой правовой мысли. Т.3 412 с.
51. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т.1. СПб, 1907. 311с.
52. Петров В.В. Проблемы социалистической законности в судебной практике по гражданским делам // Вопросы социалистической

- законности. Казань, 1968. 69 – 74 с.
53. Платон. Политик. Соч. Ч. 6. М., 1879. 146с.
54. Платон. Законы. Кн.9. 857 С. Поли. собр. соч. Т. 14. 198с.
55. Позднышев С.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права уголовного. - Петроград, 1915. - 67 с.
56. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. 236 с.
57. Пресняков М.В. Административно – правовое регулирование служебных отношений: теория и практика. 2008. 205с.
58. Пресняков М.В., Чаннов С.Е. Служебное право Российской Федерации: проблемы и перспективы // Правовая политика и правовая жизнь. 2005. N 3. С.47-52
59. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. Под ред. Ю.С. Гамбарова, М., 1897. 274с.
60. Ренненкампф Н.К. Очерки юридической энциклопедии. - Киев, 1868. - 315 с.
61. Рыбка Л. П. Пробелы и противоречия равного доступа граждан к военной службе по контракту, и пути их преодоления // Электронное научное издание «Военное право». - М.: Региональное общественное движение «За права военнослужащих», 2011, Выпуск № 3 47-51 с.
62. Семенов Я.И. Законодательная техника как инструмент совершенствования законодательства // Вестник Южно – Уральского государственного университета. 2006. №13. С.24-28
63. Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления. М., 2003. 127 с.
64. Спектор Е.И. Некоторые аспекты применения института аналогии в административном законодательстве. //Право и экономика. -2002. - № 7. - С. 48-52
65. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая. Т.1. СПб. 1902. 309с.

66. Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права // Уч. зап. Юрьевск. Универс-та, 1917. 415с.
67. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. - М., 1917. - 288 с.
68. Туманов В.А. Критика современной буржуазной теории права. М.: Госюриздат, 1957. 215с.
69. Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве: Дис. ... канд. юрид. наук 12.00.15. – М., 2007. С.99
70. Уемов А. И. Аналогия в практике научного исследования. М., 1970. 157 с.
71. Фабричный С.Ю. Муниципальная служба в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2005. 155с.
72. Фадеева Н.А. Актуальные вопросы систематизации законодательства Российской Федерации // Правовая информатика. 2013. №3 С.24-27
73. Французский Гражданский Кодекс 1804 г. Пер. И.С.Перетерского. М., 1941.761с.
74. Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. М.: «Спарк», 1996. 247с.
75. Худойкина Т.В. Пробелы в законодательстве в сфере социальной защиты населения // Государство и право. 2010. №4. 27 – 31 с.
76. Цительман И. Пробелы в законе. 1903. М., 247 с.
77. Шайхатдинов В.Ш. Трудовой кодекс Российской Федерации и вопросы регулирования труда государственных и муниципальных служащих // Чиновник. 2002. N 2. С. 33-36
78. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып.4. М., 1912. 982с.

Иностранные литературные источники

1. Bergbom K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd. I. Leipzig, 1892. P.402
2. Erlich.E Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903. P.215
3. Lauterpacht G.. The function of Law in the International Community. Oxford, 1933. P.159

4. Fuller L.Lon. Anatomy of the Law. New York - Washington - London, 1968. P. 356
5. Zitelmann E. Ltiken in Recht. Leipzig. 1903. P.178