

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

УДК 340.12: 340.15

С.В. ЛИПЕНЬ,

кандидат юридических наук, доцент

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

ИДЕИ УСТАНОВЛЕНИЯ И ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XIX – НАЧАЛА XX ВВ.

В статье рассматриваются исторические основания теории пробелов в праве, характеризуются идеи о качестве до-революционного российского законодательства с точки зрения наличия пробелов, о способах их преодоления, предлагаемых разными правовыми учениями (юридический позитивизм, социологическая теория права).

Ключевые слова: правотворчество; качество законодательства; пробелы в праве; применение права; аналогия в праве; законность; усмотрение.

Установление и преодоление пробелов в праве – один из важных общетеоретических вопросов, имеющих также огромное практическое значение. Он разрабатывается в исследованиях по теории права и отраслевым юридическим наукам, находит отражение в учебных курсах теории государства и права. У истоков разработки проблемы пробелов в праве в отечественной юридической науке стоит В.В. Лазарев, в работах которого в 1960–1970-е гг. [1; 2, с. 106–147; 3] получили системное освещение методологические подходы к проблеме пробелов в праве, а также деятельность по их установлению и преодолению.

Современный период развития юридического научного знания характеризуется вниманием к уточнению исторических оснований современных теоретических представлений. Это важно с точки зрения необходимой преемственности научного знания, освоения отечественного юридического наследия, на которое вплоть до 90-х гг. XX в. обращалось незначительное внимание. Многие современные исследователи понимают, насколько важно рассматривать актуальные проблемы совершенствования политико-правовой системы в их историческом развитии, являющемся предпосылкой их надлежащего осмысления. Так, отмечается, что «нынешняя актуальность реше-

ния задачи совершенствования практики российского правотворчества в целом и технологии ее оптимизации в частности диктует необходимость осуществлять исследование исторического опыта с проекцией на решение современных вопросов» [4, с. 11]. В связи с этим находятся рассуждения о теоретическом значении исторического метода и исторического исследования: «рассматривать теоретически важные правовые вопросы в рамках их историко-правового развития и понимания часто не только целесообразно, но и необходимо. Изучение истории научно-правового явления не просто вводит в суть проблемы, это – важнейшая предпосылка, обеспечивающая понимание самой проблемы» [4, с. 11]. Неслучайно одна из работ последних лет с показательным названием «Доктринальные основы юридической техники» почти на половину состоит из исторического материала [4, с. 11–148]. Несомненна тесная связь между научным знанием, разрабатываемым теорией государства и права и историей политических и правовых учений. Современные взгляды на государство и право – лишь небольшая часть истории учений о праве и государстве.

Основы исследования идей о пробелах в праве в истории политико-правовой мысли также заложены В.В. Лазаревым, который рассматри-

вает почти всю известную историю – от учений Платона и Аристотеля до современных доктрин [1, с. 10–54]; применительно ко второй половине XIX – началу XX в. значительное внимание уделяется критике теории беспробельности права, взглядам зарубежных и отечественных юристов, писавших о проблемах пробелов в праве [1, с. 23–24, 38–43]. Актуально, таким образом, уточнение исторических оснований современной теории пробелов в праве, дальнейшая разработка идей установления и преодоления пробелов в праве в отечественной юридической науке второй половины XIX – начала XX в.

Проблема пробелов в праве и способов их преодоления в XIX в. в отечественной юридической науке развивалась сначала в рамках теории толкования законов, выделялся даже самостоятельный вид толкования – «толкование по аналогии». К концу XIX в. в литературе по теории (энциклопедии) права уже четко прослеживается тенденция к самостоятельному рассмотрению пробелов в праве и аналогии в праве. Тем не менее «рудименты» существовавшей ранее в науке традиции остались – в виде сравнения и разграничения толкования и аналогии, изложения этого материала нередко в одном параграфе. Так, на то обстоятельство, что не следует смешивать с толкованием «аналогического применения нормы», указывает Н.М. Коркунов [5, с. 347]. Е.Н. Трубецкой занимает половинчатую позицию, относя аналогию закона к толкованию, а аналогию права рассматривая как творческий акт, создающий новую норму. В более поздних учебных изданиях Г.Ф. Шершеневича [6, с. 742–757] и Ф.В. Тарановского [7, с. 254–260] применение права по аналогии рассматривается уже самостоятельно. Вот основные проблемы, которые при этом поднимались: понятие пробелов в праве, причины их появления, критика созданных во второй половине XIX в. сторонниками классического юридического позитивизма теорий «беспробельности права» и «логической замкнутости (завершенности) права», понятие аналогии закона и аналогии права, их использование в законодательстве дореволюционной России и в юридической практике. Проблемы пробелов в праве и аналогии в праве рассматривались и в ряде специальных работ [8; 9], и в работах, посвященных толкованию правовых норм. Так, к примеру,

Е.В. Васьковский («Руководство к толкованию и применению законов», 1913 г.) показывает, каким образом могут быть преодолены пробелы в различных отраслях права.

Вторая половина XIX – начало XX в. – время конкуренции разных правовых школ (юридический позитивизм, социологическая школа права; теория «возрожденного» естественного права; психологическая школа права); в связи с развитием идей установления и преодоления пробелов в праве принципиальны дискуссии между представителями юридического позитивизма и социологической юриспруденции.

Для западноевропейского варианта юридического позитивизма, сложившегося во второй половине XIX в., характерно учение о беспробельности, логической замкнутости права; последнее рассматривалось как логическое единство, в котором отсутствуют противоречия и пробелы. Ответы на все вопросы находятся в законе; если нет прямого ответа, то необходимо, используя различные приемы толкования, логически развивать положения закона, уясняя его волю, которая беспробельна. Один из авторитетных представителей западноевропейского юридического позитивизма, Б. Виндшайд, указывал: «При пробелах необходимо, исходя из слов закона, плести дальше мысли законодателя, следствием чего может получиться аналогия (расширение закона)». К. Бергбом («Юриспруденция и философия права», 1892 г.) настаивает на логической законченности права, его беспробельности [10, с. 36]. Главным основанием решения должен быть закон, его буквальный смысл; судья при толковании закона не может выйти за его пределы.

В российской юриспруденции теория беспробельности закона большой поддержки не получила. Наличие пробелов признавалось, для их восполнения представители юридического позитивизма предлагали воспользоваться аналогией закона или права, руководствуясь «духом», «общим смыслом» закона (ст. 9 Устава гражданского судопроизводства, ст. 12 Устава уголовного судопроизводства), а не иными источниками права.

Еще в 70-х гг. XIX в. обращали внимание на ненаучность, казуистичность, пробельность российских законов. Вследствие отсутствия концепций подготовки законы издаются, когда возникает практическая потребность в отдельных нормах,

поэтому когда возникают новые обстоятельства, обнаруживаются и пробелы [11, с. 60–62, 5–6; 12, с. 3, 23]. Г.Ф. Шершеневич говорил о существовании пробелов в праве [6, с. 745]. Критикуя идеи беспробельности закона, он обращал внимание и на то, что в таком своде, как российский, нет и быть не может общего смысла, основываясь на котором суд должен давать решения на случаи, не определенные законом [13, с. 432].

Е.В. Васьковский указывал на неполноту и казуистичность российского гражданского законодательства [14, с. 38–40], предлагая краткий перечень наиболее важных пробелов в гражданском праве: общей части нет; немногие и неполные правила относительно объектов права привязаны преимущественно к недвижимым имуществом; о юридических лицах и сделках почти никаких общих постановлений нет; много пробелов и в вещном праве – нет определения его и указания на разницу между вещным и обязательственным правом; нет ни определения понятия владения, ни характеристики способов его приобретения и потери; немало пробелов в обязательственном праве, например, общие условия действительности договоров определены неполно и неточно; в семейном праве недостаточны нормы об опеке и попечительстве; в наследственном праве почти отсутствует регулирование институтов душеприказничества и отказов [15, с. 13–15].

Для преодоления пробелов в праве в юридической науке дореволюционной России предлагали различные виды толкования, аналогию, но, что принципиально для представителей юридического позитивизма, в деятельности по преодолению пробелов следует оставаться в рамках позитивного права. На обязательность применения закона, его неизменяемость при преодолении пробелов в праве, на необходимость строгой законности указывало подавляющее большинство ученых-юристов, как занимающихся общими вопросами права, так и отраслевиков, как в учебной, так и в научной литературе.

Эта мысль проводится в одном из первых учебников по общей теории права Н.К. Ренненкампа. Автор пишет о том, что при восполнении пробелов и применении аналогии закона и права судье необходимо действовать в духе законодательства [16]. Через 25 лет в последнем издании этой популярной книги можно прочитать, что «на

основании справедливости судья не может ни по-полнять пропуски закона, ни игнорировать закон» [17, с. 27, 93–95]. По мнению Г.Ф. Шершеневича, автора фундаментального курса общей теории права, пробелы в праве должны преодолеваются при помощи аналогии закона и права [6, с. 747]. Здесь есть определенный элемент творчества, основанный на разрешении законодателя, но это далеко не творчество, свободное от подчинения закону [6, с. 754, 756].

О необходимости строгого соблюдения закона писали и цивилисты. Так, Е.В. Васьковский основным источником гражданского процессуального права считает законодательные нормы. Когда на практике возникают вопросы, не предусмотренные прямо никакими юридическими нормами, суды обязаны разрешать их по общему смыслу наличных норм, посредством логического развития их [18, с. 10–12]. 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 [19, с. 65–66, 69].

Сторонники иных научных направлений, прежде всего социологической юриспруденции, продолжили критику недостатков законодательства, замечая при этом, что создать самые совершенные законы, в которых не было бы пробелов, принципиально невозможно. Вследствие этого судьи не могут при разрешении дела руководствоваться только толкованием данного законодательства и приемами аналогии, а вынуждены прибегать к судебной практике, к общественному и собственному правосознанию, к науке права, к другим незаконным критериям, к иным источникам права.

С.А. Муромцев обращает внимание на пробелы в законе и на то, что их восполнение означает не что иное, как создание нового права [20, с. 42–43], на роль судьи в применении законов: «Судья, сталкиваясь с несовершенством закона или его отсутствием, должен положиться на свои собственные силы и приступить к ре-

гламентации гражданско-правового порядка, не дожидаясь, пока выступит законодатель» [21, с. 392–393].

Л.С. Белогриц-Котляревский указывает наиболее типичные пробелы в общих частях уголовных законов. В российском уложении (как и в общегерманском) нет положения о покушении над негодным объектом, ни в одном кодексе нет положения о действии закона вне государственной территории. В большинстве кодексов нет конструкции покушения вообще, нет положений об ответственности подстрекателя при эксцессах исполнителя, о значении согласия пострадавшего при посягательствах на свободу и целостность тела, о причинной связи, устанавливающей ответственность за результат и т.д. Во всех таких и подобных случаях суд вместе с наукой права создает самостоятельные нормы, которыми регулируются жизненные интересы [22, с. 15].

«Уголовные законы как общей, так и особенной части неясны, полны пробелов и противоречий», – утверждает С.В. Познышев [23, с. 54]. Так, неточны и недостаточны указания в законе на вопросы из области уголовно-правовой вины, покушения и соучастия. Судебной практике пришлось вне закона вырабатывать понятия и отдельные признаки многих преступлений – самоуправство и насилие (ст. 142 Устава о наказаниях); кража (ст. 1644 Устава о наказаниях) и др. Имущественные преступления вообще потребовали от судебных учреждений громадной затраты творческой деятельности для выяснения входящих в их состав признаков [23, с. 55–67].

О непригодности «общего смысла» закона в качестве универсального средства для преодоления пробелов рассуждает и П.И. Люблинский. «Законы создаются в разное время, под влиянием различных запросов и различными людьми, и потому несколько не удивительно, что не только положенные в основание их принципы, но и даже и сами конкретные постановления их могут быть противоречивыми» [24, с. 129]. Здесь же автор анализирует и критикует теорию беспробельности закона. П.И. Люблинский признает, что в некоторых случаях с помощью традиционных методов толкования и аналогии судья может построить нужный правовой тезис [24, с. 129]. Но увлечение теоретическими конструкциями отвлекает судью от живого источника нового

права – чувства справедливости и соответствия права жизни [24, с. 137].

Убедительно пишет о пробелах в дореволюционном российском законодательстве П.И. Беляев. «Наши законы, за некоторым исключением, представляют собой не кодификацию, а санкционированные своды, заключающие в себе законы, принадлежащие разным, иногда очень отдаленным временам, и вдобавок законы казуистические, прежние указы, возникавшие по поводу отдельных юридических случаев» [25, с. 7]. Но даже и в кодификациях пробелы неизбежны – по самой природе вещей; невозможно предвидеть все тонкости новых отношений, надо, чтобы многие вопросы разработала практика (например, скудные постановления Свода законов гражданских о товариществах – ст. 2126 и следующие). К тому же законы имеют свойство устаревать, отставать от жизни [25, с. 7, 13–14]. Законодатель иногда сам прибегает к помощи обычая, сознательно допускает пробелы, – например, когда закон предоставляет судье установить меру гражданских последствий правонарушения и т.д. [25, с. 36–37]. 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 [25, с. 8–9].

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 [25, с. 42–44]. 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 [25, с. 39–40].

К идеям социологической юриспруденции примыкает позиция А.А. Пиленко, который дал детальный анализ правового творчества первых двух Государственных Дум по постепенному формированию так называемых думских прецедентов – норм, регламентирующих порядок деятельности парламента.

Пробелы в праве наиболее характерны для относительно молодых отраслей и институтов права, когда только нарабатываются традиции правового регулирования новых общественных отношений; таковыми были для дореволюционной России парламентские процедуры. Деятельность первого представительного органа Российской Империи регламентировалась Учреждением и Наказом (принят не сразу) Государственной Думы (положением и регламентом – в современной юридической терминологии). При их разработке использовался и зарубежный опыт, накопленный к началу XX в. в деятельности европейских и американских легислатур. Правовое регулирование деятельности I–IV Государственных Дум в течение десятилетия (1906–1916 гг.) совершенствовалось, но вполне естественно, что в первые годы в процессуальных нормах обнаруживались пробелы.

Правовое творчество I Государственной думы в части организационного обеспечения своей работы проанализировано в работе А.А. Пиленко «Русские парламентские прецеденты» [26]. В 1908 г. вышел второй выпуск этой работы [27], в котором с сохранением основного содержания и внутренней логики материала, сформулированы парламентские прецеденты с учетом деятельности II Государственной Думы. А.А. Пиленко анализирует прецеденты, сложившиеся в самой разнообразной деятельности Государственной Думы – от открытия первого заседания и выборов временного бюро, проверки правильности избрания членов Государственной Думы, выборов председателя, заместителей председателя

и секретаря Государственной Думы [26, с. 5–36] до правил обсуждения законопроектов, порядка голосования и опубликования постановлений.

Для характеристики юридической природы результатов непосредственного правового творчества Думы, в котором преодолевались пробелы в нормах, регламентирующих процедурную деятельность дореволюционного российского парламента, А.А. Пиленко выбрал термин «парламентский прецедент». Современная теория права различает обычно лишь судебный и административный прецеденты; надо к тому же иметь в виду и то, что все указанные А.А. Пиленко правила зафиксированы не в правоприменительных актах, а в научном издании, т.е. сформулированы ученым на основе исследования правоприменительной практики. По всей видимости, для характеристики юридической природы «парламентских прецедентов» (по А.А. Пиленко) вполне возможно использование и таких понятий, как «доктринальное правосознание» и «деловые обыкновения».

Наряду с теми учеными, кто выражал свои взгляды в духе социологической юриспруденции, деятельность по преодолению пробелов как творческую характеризовали и представители теории «возрожденного» естественного права (Е.Н. Трубецкой, И.В. Михайловский), основатель психологической теории права Л.И. Петражицкий.

Так, Е.Н. Трубецкой приходит к выводу о необходимости признания естественного права наряду с положительным, в противном случае будут отсутствовать критерии оценки последнего [28, с. 68–69]. В жизни бывают случаи, законом не предусмотренные, и суд, разбирая их и используя аналогию закона или права, призван играть творческую роль. Для преодоления пробелов в законодательстве необходимы и обычное право, 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 права [28, с. 108–136].

И.В. Михайловский говорит о пробелах в праве (ведь законодатель не в силах все предусмотреть, жизнь постоянно идет вперед), о неверности теории беспробельности права. Нельзя переоценивать силу законодательства, оно часто оказывается бессильным перед новыми явлениями жизни. И суду придется создавать для этих

явлений новые нормы на основании других источников, важнейшим из которых является естественное право; на основании логического развития общих начал естественного права в применении к потребностям данной социальной среды будет сформулирована новая юридическая норма, которая заполнит пробел положительного права [29, с. 425–427]. 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 ступень творческой деятельности судьи, где источником для формулирования новых норм является естественное право [29, с. 431].

По мнению Л.И. Петражицкого, одной из функций юриспруденции является заполнение пробелов, нахождение решений для нерешенных законом вопросов. Для этого юриспруденция должна стать на путь «самонаблюдения и соединенного метода внутреннего и внешнего наблюдения» [30, с. 277]. Л.И. Петражицкий говорит о том, что существует область параллельного существования и действия интуитивного и положительного права, о том, что между ними неизбежны разногласия, о том, что интуитивное право оказывает давление на толкование и применение права позитивного. «Практика позитивного права представляет равнодействующую, направление которой в более или менее значительной степени определяется давлением интуитивного права решающих лиц» [30, с. 492–496].

К проблемам пробелов в праве предложено принципиально разное отношение со стороны конкурирующих правовых теорий второй половины XIX – начала XX вв. Представители юридического позитивизма в отечественной дореволюционной юриспруденции, признавая пробельность российского законодательства, рассматривали деятельность по преодолению пробелов как сугубо подзаконную, с использованием традиционных приемов толкования права и юридической аналогии. Для правовых школ непозитивистского характера присуща более острая критика пробелов законодательства, признание объективных причин данного явления и объективно творческой деятельности судов по преодолению пробелов в праве. Особенно активно на

объективно присущие всякому законодательству недостатки, на невозможность при разрешении дел руководствоваться только приемами толкования законов и аналогией, на необходимость выхода за пределы юридической сферы, использования внепозитивных критериев при преодолении пробелов в праве указывали представители социологической юриспруденции. 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 писаным правом, – все эти вопросы получили в литературе самое различное и далеко не окончательное решение.

Историческое рассмотрение идеи пробелов в праве показывает, что особенности отношения к проблеме выявления и преодоления пробелов в праве могут быть использованы при характеристике основных правовых школ (юридических позитивизм, социологическая, психологическая, естественно-правовая теории) наряду с дискуссиями по проблемам предмета и методологии юридической науки, правопонимания, источников права, применения права и др.

Опыт осмысления идеи пробелов в праве в юридической науке дореволюционной России, составляющий историческое основание современной теории пробелов в праве, может быть использован и сегодня. Так, и в настоящее время представляют научный интерес реальное восприятие законодательства как пробельного, объективных и субъективных причин этого, анализ законодательства с точки зрения наличия пробелов, их перечень, признание творческого характера судебной деятельности при преодолении пробелов в праве (что сегодня находит свое выражение, к примеру, в исследованиях законности и усмотрения в применении права, в дискуссиях по возможному признанию судебного прецедента в качестве источника права), разработка положений, которые могут быть использованы законодателем в правотворческой деятельности по устранению пробелов в праве.

Список литературы

1. Лазарев В.В. Пробелы в праве. (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1969. – 96 с.
2. Лазарев В.В. Применение советского права. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1972. – 200 с.
3. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юрид. литература, 1974. – 184 с.
4. Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – М.: ИД «Юриспруденция», 2010. – 368 с.
5. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – Изд. 6-е. – СПб., 1904. – 354 с.
6. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М., 1912. – Вып. 1–4. – 805 с.
7. Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. – Юрьев, 1917. – 534 с.
8. Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. – СПб., 1904. – 34 с.
9. Дубровин Ф. О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона // Журнал Министерства юстиции. – 1899. – № 5.
10. Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. – Киев: Вища школа, 1977. – 167 с.
11. Оршанский И.Г. Частный закон и общее правило // Журнал гражданского и уголовного права. – 1873. – № 2. – С. 31–71; № 3. – С. 1–37.
12. Градовский А.Д. О судебном толковании законов по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. – 1874. – Кн. 1.
13. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. – Казань, 1901. – Т. 1. – 446 с.
14. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. – СПб., 1894. – Вып.1.
15. Васьковский Е.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского. – Петроград, 1915.
16. Ренненкампф Н.К. Очерки юридической энциклопедии. – Киев, 1868. – 315 с.
17. Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. – Киев, 1913. – 294 с.
18. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. – М., 1913. – Т. 1.
19. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – Петроград, 1917. – 328 с.
20. Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. – М., 1879. – 240 с.
21. Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. – 1880. – № 11–12. – С. 377–393.
22. Белогриц-Котляревский Л.С. Творческая сила обычая в уголовном праве. – Ярославль, 1890. – 33 с.
23. Позднышев С.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права уголовного. – Петроград, 1915. – 67 с.
24. Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. – Петроград, 1917. – 268 с.
25. Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. – 1911. – № 2.
26. Пилленко А.А. Русские парламентские прецеденты (Порядок делопроизводства в Государственной Думе). – СПб., 1907. – 127 с.
27. Пилленко А.А. Русские парламентские прецеденты. – Вып.2. – СПб., 1908. – 176 с.
28. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. – М., 1917. – 288 с.
29. Михайловский И.В. Очерки философии права. – Томск, 1914. – Т. 1. – 632 с.
30. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 1909–1910. – Т. 1–2. – 758 с.

В редакцию материал поступил 20.07.12

Информация об авторе

Липень Сергей Васильевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина
 Адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9
 E-mail: lipen.sia@gmail.com

S.V. LIPEN',

PhD (Law), Associate Professor

Moscow State Juridical Academy named after O.E. Kutafin

IDEAS OF ESTABLISHING AND OVERCOMING GAPS IN LAW IN THE RUSSIAN JURIDICAL SCIENCE OF THE SECOND HALF OF THE 19th – BEGINNING OF THE 20th cc.

Researching the issue of gaps in law in the modern juridical science was initiated by V.V. Lazarev. The article pays attention to the earlier period, views the historical bases of the theory of gaps in law. The author characterizes the ideas on the quality of pre-Revolutionary Russian legislation from the point of view of gaps, on the ways to overcome them, proposed by different legal doctrines (juridical positivism, sociological theory of law).

Key words: lawmaking; quality of legislation; gaps in law; law enforcement; analogy in law; legality; discretion.

References

1. Lazarev V.V. *Probely v prave (Voprosy ponyatiya probelov i kritika teorii besprobel'nosti prava)* (Gaps in law (Issues of the notion of gaps in law and critique of the theory of absence of gaps in law)). Kazan: Izd-vo Kazanskogo un-ta, 1969, 96 p.
2. Lazarev V.V. *Primenenie sovetskogo prava* (Application of Soviet law). Kazan: Izd-vo Kazanskogo un-ta, 1972, 200 p.
3. Lazarev V.V. *Probely v prave i puti ikh ustraneniya* (Gaps in law and ways of their elimination). Moscow: Yurid. lit., 1974, 184 p.
4. *Doktrinal'nye osnovy yuridicheskoi tekhniki* (Doctrinal bases of juridical technique). Moscow: ID "Yurisprudentsiya", 2010, 368 p.
5. Korkunov N.M. *Lektsii po obshchei teorii prava* (Lectures on general theory of law). Saint Petersburg, 1904, 354 p.
6. Shershenevich G.F. *Obshchaya teoriya prava* (General theory of law). Moscow, 1912, Vol. 1–4, 805 p.
7. Taranovskii F.V. *Uchebnik entsiklopedii prava* (Textbook on encyclopedia of law). Yuryev, 1917, 534 p.
8. Demchenko G.V. *Neyasnost', nepolnota i nedostatok ugovornogo zakona* (Ambiguity, imperfection and deficiency of criminal law). Saint Petersburg, 1904, 34 p.
9. Dubrovin F. O razmerakh dopustimosti analogii pri primenenii ugovornogo zakona (On the scale of admissibility of analog during application of criminal law), *Zhurnal Ministerstva yustitsii*, 1899, No. 5.
10. Marchuk V.P. "Svobodnoe pravo" v burzhuaiznoi yurisprudentsii. *Kritika kontseptsii E. Erlikha* ("Free law" in bourgeois jurisprudence. Critique of concept by E. Erlich). Kiev: Vishcha shkola, 1977, 167 p.
11. Orshanskii I.G. Chastnyi zakon i obshchee pravilo (Private law and general rule), *Zhurnal grazhdanskogo i ugovornogo prava*, 1873, No. 2, pp. 31–71; No. 3, pp. 1–37.
12. Gradovskii A.D. O sudebnom tolkovanii zakonov po russkomu pravu (On court interpretation of laws by Russian law), *Zhurnal grazhdanskogo i ugovornogo prava*, 1874.
13. Shershenevich G.F. *Kurs grazhdanskogo prava* (A course in civil law). Kazan, 1901, T.1, 446 p.
14. Vas'kovskii E.V. *Uchebnik grazhdanskogo prava* (A textbook of civil law). Saint Petersburg, 1894, Vol.1.
15. Vas'kovskii E.V. *Pravotvorcheskaya deyatel'nost' novykh sudov v sfere protsesssa i prava grazhdanskogo* (Lawmaking activity of new courts in the sphere of civil procedure and law). Petrograd, 1915.
16. Rennenkampf N.K. *Ocherki yuridicheskoi entsiklopedii* (Outlines of juridical encyclopedia). Kiev, 1868, 315 p.
17. Rennenkampf N.K. *Yuridicheskaya entsiklopediya* (Juridical encyclopedia). Kiev, 1913, 294 p.
18. Vas'kovskii E.V. *Kurs grazhdanskogo protsesssa* (A course in civil procedure). Moscow, 1913, T. 1.
19. Pokrovskii I.A. *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* (Main issues of civil law). Petrograd, 1917, 328 p.
20. Muromtsev S.A. *Opredelenie i osnovnoe razdelenie prava* (Definitoin and main division of law). Moscow, 1879, 240 p.
21. Muromtsev S.A. Sud i zakon v grazhdanskom prave (Court and law in civil law), *Yuridicheskii Vestnik*, 1880, No. 11–12, pp. 377–393.
22. Belogrits-Kotlyarevskii L.S. *Tvorcheskaya sila obychaya v ugovornom prave* (Creative power of tradition in criminal law). Yaroslavl', 1890, 33 p.
23. Pozdnyshchev S.V. *Pravotvorcheskaya deyatel'nost' novykh sudov v sfere protsesssa i prava ugovornogo* (Lawmaking activity of new courts in the sphere of criminal procedure and law). Petrograd, 1915, 67 p.
24. Lyublinskii P.I. *Tekhnika, tolkovanie i kazuistika ugovornogo kodeksa* (Technique, interpretation and casuistry of criminal code). Petrograd, 1917, 268 p.
25. Belyaev P.I. Sud'ya i zakon (Judge and law), *Voprosy prava*, 1911, No. 2.
26. Pilenko A.A. *Russkie parlamentskie pretsedenty (Poryadok deloproizvodstva v Gosudarstvennoi Dume)* (Russian parliamentary precedents (Order of workflow in State Duma)). Saint Petersburg, 1907, 127 p.
27. Pilenko A.A. *Russkie parlamentskie pretsedenty* (Russian parliamentary precedents). Saint Petersburg, 1908, 176 p.
28. Trubetskoi E.N. *Lektsii po entsiklopedii prava* (Lectures on encyclopedia of law). Moscow, 1917, 288 p.
29. Mikhailovskii I.V. *Ocherki filosofii prava* (Outline of philosophy of law). Tomsk, 1914. T. 1, 632 p.
30. Petrazhitskii L.I. *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriei pravstvennosti* (Theory of law and state in connection with the theory of morals). Saint Petersburg, 1909–1910, T.1–2, 758 p.

Information about the author

Lipen' Sergey Vasilyevich, PhD (Law), Associate Professor of the Theory of state and law Department, Moscow State Juridical Academy named after O.E. Kutafin

Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., 123995, Moscow

E-mail: lipen.sia@gmail.com