МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ФГАОУ ВО «СЕВЕРО-КАВКАЗСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

КАФЕДРА ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

**КУРСОВАЯ РАБОТА**

по дисциплине

«Теория государства и права»

на тему:

«Пробелы в праве: понятие, причины, способы восполнения»

**Выполнил:**

 **Ганюта Григорий Константинович**

 студент 1 курса

 группы ЮРП-б-о-19-1

 направление подготовки

 40.03.01 «Юриспруденция»

 очной формы обучения

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 (подпись)

 **Руководитель работы:**

**Борисова Оксана Викторовна** канд.юрид.наук, доцент.

Работа допущена к защите \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 (подпись руководителя) (дата)

Работа выполнена и защищена с оценкой \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Дата защиты\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Члены комиссии: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 (подпись)

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Ставрополь, 2020 г.

**Содержание**

|  |
| --- |
| Введение……………………………………………………………………………….3 |
| 1. Понятие и виды пробелов в праве………………………………………………...4 |
| 2. Причины возникновения пробелов в праве………………………………………8 |
| 3. Аналогия закона и аналогия права как способы устранения пробелов в праве………………………………………………………………………………….10 |
| Заключение…………………………………………………………………………..18 |
| Список использованной литературы……………………………………………….20 |

**Введение**

Законодательство каждого государства — это всегда сложная система общественных отношений, которые должны регулироваться в полной мере. К сожалению, подобного добиться сложно, и ни одно законодательство в мире не в состоянии учесть всё многообразие общественных отношений. Российское законодательство это пример одной из сотни подобных систем: сложное, многоотраслевое образование, в котором есть масса различных нестыковок, параллелизмов, разночтений, конфликтующих или конкурирующих норм и институтов. Будучи по своему характеру федеральным и территориально обширным, законодательство России уже содержит возможности различного подхода к решению одних и тех же вопросов, учитывая при этом национальные особенности того или иного региона. Но в практике правоприменения может оказаться, что определенные обстоятельства юридического характера, находятся вне сферы регулирования правом. Именно эти явления в праве и называются «пробелом в праве».

Актуальность темы состоит в том, что, исходя из юридической практики, пробел препятствует справедливому и логическому разрешению вопросов, связанных с регулировкой общественных отношений. Данная проблема нежелательна, однако она поддаётся исправлению путём внесения юридических правок.

С каждым годом социальные отношения между людьми усложняются и порождают порой самые уникальные случаи взаимодействия, на которые нужен чёткий и регламентирующий ответ. Государство издает все увеличивающееся количество нормативных актов, призванных регулировать эти отношения. Однако далеко не всегда удается охватить те или иные сферы жизни, и тогда возникает пробел в праве.

Если говорить конкретно, то «пробел в праве» — это место в тексте правового документа, где регулировка общественных отношений, по определённым причинам, либо не может дать точной информации о ведении подобного на практике, либо отсутствует вообще.

Основными причинами пробелов в праве чаще всего являются: отставание законодательства от настоящего времени, а так же не качественность нормативных правовых актов. Так же бывает ситуация, когда законодатель сознательно допускает пробел, давая возможность аналогии закона.

Пробелы в праве устраняются изданием соответствующего нормативного правового акта или компенсируются использованием либо аналогии права (т.е. когда решение по конкретному делу принимается исходя из общих принципов права, смысла действующего законодательства), либо аналогии закона (когда в какой-либо конкретной ситуации применяются нормы права, регулирующего сходные общественные отношения).

В данной курсовой работе автором предпринята попытка раскрыть тему пробелов в праве и составить анализ на основе таких источников как научные статьи, рефераты и книги, содержащие в себе как полную, так и частичную информацию по данной теме.

Объектом исследования являются общественные отношения, которые связанны одновременно и с возникновением, и с решением пробелов в праве.

Предметом исследования являются понятия, виды и способы преодоления пробелов в праве.

Целью курсовой работы является рассмотрение и анализ пробелов в праве, а так же способов их устранения. Для достижения поставленной цели определены следующие задачи работы:

— рассмотреть общую характеристику понятия и содержания пробелов в праве;

— проанализировать способы устранения пробелов в праве;

— раскрыть проблемы и актуальные вопросы механизмов восполнения пробелов в праве;

— раскрыть природу пробелов в праве.

При написании работы использовались как общенаучные, так и частно-научные методы. К первой группе относится, прежде всего, диалектический и логический методы.Вторую группу составляют формально-юридический, исторический, сравнительно-правовой и др.

Исследование пробелов в праве не является чем-то новым. На протяжении долгого времени такие специалисты в области права как Ш. Монтексье, В. Фридман, Р. Книпер, Генкин Д.М. и др. изучали эту тему и сделали очень многое для того, чтобы новое поколение умело исправлять подобные проблемы быстро и оперативно. Правоведы не останавливались на формальном изложении темы, а уделяли больше внимания спорным вопросам.

Практическая значимость работы заключается в том, что данная проблема с каждым годом становится всё острее, и связано это не только с развитием позитивного права в развитых странах мира, но и с быстрым развитием все возможных технологий и способов взаимодействия между людьми. Так же на эту проблему повлияла и правовая грамотность населения развитых стран мира, где демократизм встал на новый уровень и народ в большей степени стал влиять на законы, чем раньше. Вследствие этого изучение пробелов в праве необходимо для четкого понимания данного понятия, для того чтобы выстроить чёткие цели и задачи, стоящие перед государством на современном этапе развития права.

Теоретическая значимость работы заключается в предложенных выводах, сделанных в результате исследования пробелов в праве, изучения их появления и эволюции в процессе улучшения законодательства Российского государства.

Научная новизна исследования проявляется в том, что на основании комплексного теоретического и практического анализа пробелов в праве уточняются определение функции законодательства, а также его эволюция.

Структура курсовой работы. Данная курсовая работа состоит из введения, трёх глав, заключения, списка использованной литературы.

1. **Понятие и виды пробелов в праве**

Под пробелом в праве обычно понимается полное либо частичное отсутствие правового регулирования той сферы отношений, которая объективно требует регламентации, и, без обязательных для исполнения юридических норм, не может нормально функционировать. В настоящее время, например, все настойчивее заявляет о себе необходимость принятия новых нормативно-правовых решений, порожденная динамикой общественной жизни, потребностями общественного развития (рыночные отношения, экологическая безопасность и т.д.).

К сожалению, в прошлом столетии такого реагирования на пробелы и не состыковки в процессе судопроизводства как сейчас не было. Факт в том, что в советском законодательстве термин «пробел в праве» как таковой не существовал. Вместо этого законодатели использовали словосочетание «отсутствие нормы», регулирующей данные или сходные с ними отношения. Связано это с тем, что советское право даже после огромного количества правок и дополнений считалось в глазах власти совершенным, и превосходящим всякое другое не только по своей сущности, но и по своей эффективности, адекватности объективной реальности. Этот факт очень ясно показывает присутствие идеологического влияния в законодательстве СССР. В связи с этим считалось, что всякие проблемы, связанные с отсутствием определенных норм, быстро устраняются советскими законодателями.

Однако реальность такова, что всякая система права является в той или другой степени пробельной. Во всех правовых системах теоретически и практически актуально изучение возможностей в решении проблемы пробелов в праве. Конечно, так называемое живое право по своей сути — «беспробельно». Однако теперь уже нет ни одной сколько-нибудь развитой страны, в которой не функционировало бы позитивное право, в которой не было бы актов, исходящих от законодательных органов. Другой вопрос, что острота проблемы может сниматься объявлением, например, закона пустым звуком, пустым сосудом, который еще следует наполнить правом, и т. д. Но при всех обстоятельствах эта проблема приобретает самостоятельное течение. Она затрагивает интересы всех участников правовых отношений. Она отнюдь не только юридическая. Она имеет прямое социальное и политическое значение, касается как законодателя, так и правоприменителя. [12]

Чаще всего пробелы в праве путают с «темнотой» правовых норм: когда норма присутствует и функционирует в реальном времени, без каких либо изъянов, но вследствие трудности понимания, проблему пытаются решить путем толкования права. Однако по сути своей толкование дает лишь то, что содержится в норме, и ничего нового в ее содержание привноситься не должно.

Нельзя также путать пробелы в законодательстве с так называемым квалифицированным молчанием законодателя, когда он намеренно оставляет вопрос открытым, воздерживается от принятия нормы, показывая тем самым нежелание ее принимать, относя решение дела за пределы законодательной сферы. (Любовь, дружба и т.д)

В практических шагах по преодолению пробелов в праве во избежание произвольных решений недопустимо смешение пробела с "ошибкой в праве". Несмотря на то, что в некотором отношении они могут совпасть, правоприметелю не позволено заниматься исправлением права. Правоприменитель должен следовать ему вплоть до изменения правового регулирования в установленном законом порядке. [2]

Пробел отличается от ошибки, когда данные фактические отношения урегулированы, но в силу изменившихся условий времени, в силу новых потребностей и интересов правовое регулирование оказывается неправильным. Пробел в праве есть всегда молчание права. Правовые последствия не наступают в случаях квалифицированного молчания. Если законодатель не проявил положительной воли на их регулирование, это вовсе не означает, что он проявил отрицательную волю.

Наиболее наглядно вопрос о пробелах в праве встает при проведении кодификаций, когда выявляются неохваченные нормами права области жизнедеятельности. Выявление пробелов в праве не только дополняет и исправляет неточности и недостатки законодательства, но и одновременно с их выявлением, позволяет глубже понять все стадии правоприменительного процесса. Устранение пробелов в праве, на мой взгляд, ближе к практической деятельности, так как выявление пробелов требует столкновения правых норм и общественных отношений. Но при любых обстоятельствах практические рекомендации требуют развитой методологической базы. [11]

Так же стоит добавить, что одна из главных особенностей пробелов в праве в том, что они «свидетельствуют об определенных недостатках правовой системы. Пробелы возможны, и в некоторых случаях и неизбежны». [5] c. 10

Пробелы в праве возникают по трем причинам:

1) в силу того, что законодатель не смог охватить формулировками нормативного акта всех жизненных ситуаций, требующих правового регулирования;

2) в результате недостатков юридической техники;

3) вследствие постоянного развития общественных отношений.

Пробел существует в двух видах — в виде полного отсутствия какого-либо регулирования вопроса и в виде неполноты имеющегося регулирования. Те и другие пробелы являются настоящими, те и другие требуют апелляции к нормотворческим органам на предмет принятия новых норм. [10]

Пример: Статья 70 Конституции Российской Федерации гласит: «Государственные флаг, герб и гимн Российской Федерации, их описание и порядок официального использования устанавливаются федеральным конституционным законом». [1]

Такого закона в Российской Федерации пока не принято. Налицо полное отсутствие надлежащего (конституционного) регулирования. Соответствующие Указы Президента Российской Федерации, регулирующие эти вопросы, можно считать лишь средством нормативного одоления имеющегося пробела в законодательстве, но никак не его восполнением.

С точки зрения причин возникновения пробелов в законодательстве, «пробельность» может быть первоначальной и последующей.

Первоначальная имеет место в том случае, когда обстоятельства, требующие правового урегулирования, уже существовали, но законодатель их упустил, не охватил формулировками нормативно-правового акта.

Последующая «пробельность» является следствием появления новых отношений в предмете правового регулирования в результате развития регулируемой социальной сферы, то есть той сферы, на которую законодатель в целом уже распространил свою волю. Таким образом, в каком-то смысле образование последующих пробелов в законодательстве - явление закономерное, хотя в таких ситуациях в полной мере себя «должно проявлять правовое прогнозирование». [7]

Говорить о полном отсутствии необходимых правовых актов можно, когда законодатель не урегулировал обособленную совокупность общественных отношений, требующих закрепления правом, и поэтому отсутствуют конкретные нормы права. Если на регулирование каких-либо обстоятельств государственная воля проявлена, то можно говорить о пробелах в праве как о полном отсутствии нормативных актов.

Пробелы в праве имеют объективную и субъективную природу. Законодатель может быть не готов к принятию того или иного закона. Законодательный орган раздирают политические страсти, столкновение 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, как утверждают некоторые ученые, к появлению так называемых «правовых вакуумов». [3]

К субъективной природе относится несовершенство законодательства отсутствие надлежащей законодательной техники.

Существуют действительные и мнимые пробелы в праве.

Действительный пробел — отсутствие нормы права, регулирующей конкретное общественное отношение, в том случае, когда такое отношение входит в сферу правового регулирования. Его следует отличать от мнимого, или кажущегося пробела. Действительный пробел в праве может возникнуть с начала правового регулирования или вследствие развития новых отношений, которые не могли быть предусмотрены законодателем. Пробелы в праве объективно возможны, а в некоторых случаях просто неизбежны. Вместе с тем, действует правило, что если существует пробел, то нельзя на этом основании отказать в официальной правовой оценке поведении лиц, оказавшихся в ситуации, которая находится в сфере правового регулирования.

Мнимым является такой пробел, когда определенный вопрос не регулируется правом, хотя, по мнению того или иного лица, группы лиц, он должен быть урегулирован нормами права. То есть ситуация вообще не находится в правовом пространстве и, следовательно, не подлежит разрешению.

Мнимые (кажущиеся) пробелы вытекают из представлений, когда полагают, что общественное отношение должно быть урегулировано правовой нормой, хотя на самом деле оно вообще находится вне той сферы, которое правом регулируется (любовь, дружба и т.п.). Обычно, такие представления характерны для людей несведущих в праве. [12]

Таким образом, пробел в праве - несовершенство права, отсутствие реального содержания, которое должно являться необходимым его компонентом. Некоторые видят в праве и намеренные пробелы, что значит - законодатель сознательно оставил вопрос, находящийся в поле его зрения, открытым с целью предоставить его решение течению времени или отдавал его на усмотрение практики. Необходима теоретическая разработка оснований оставления законодателем тех или иных вопросов без внимания.

**2. Причины пробелов в праве**

Перед рассмотрением причин пробел в праве стоит ещё раз отметить, что даже самое совершенное законодательство априори не может предсказать, предусмотреть все выходящие за рамки обычных ситуации, которые могут возникнуть в процессе жизнедеятельности человека и общества, и вызвать потребность в правовом регулировании. И это связано несколько с неопытностью законодателя, сколько с богатством и разнообразием жизни, охватить которое правовые нормы могут не всегда, так как что-то может выходить за рамки правового регулирования, а что-то недорабатываться до конца.

Истолкованный выше характер причин «упущения пробелов в праве» в большей степени отражает сущность проблем, связанных с использованием и совершенствованием законодательства, важнейшей из которых, по моему мнению, являются пробелы.

Для законодателя всегда актуально отыскать, выявить, устранить пробельность в законе и сделать вывод, покрывает ли законодательство выявленное право или же в нем всё ещё наличествует пробел и следует принимать незамедлительные меры по принятию новых необходимых законодательных актов. Для правоприменителя же и для всех, кто реализует свои права и обязанности, очень остро стоит вопрос о практических шагах по преодолению пробела в законодательстве, если таковой вдруг обнаруживается в сфере их правовой деятельности. Именно они должны просигнализировать законодателю о существующих пробелах в правовом поле соответствующих отношений. Конкретные шаги законодателей, правоприменителей и других субъектов правового общения будут зависеть от их полномочий. Последние же следует поставить в связь с тем, что считать пробелом в праве, какая разновидность пробела имеет место в конкретном случае, каковы причины его появления.

Причины возникновения соответствующих пробелов в праве большая часть российских специалистов делит на два вида: объективные и субъективные.

Первые возникают в том случае, если законодатель либо не успевает действовать современно в условиях развивающихся отношений, либо, в случае несоответствующей идеологической направленности общества и существенной разности в интересах между участниками правоотношений, отклоняет решение принимать правку в законе.

Если говорить конкретно про появление такого «упущения» в правовой системе, то пробел в праве порождается следующими причинами:

1) неполным или неточным изложением нормативных правовых предписаний;

2) несовершенством законов и недостатками юридической и правотворческой техники;

3) высокой динамичностью самих общественных отношений.

4) относительной «консервативностью» права по сравнению с более активной динамикой общественных отношений;

5) бесконечным разнообразием реальной жизни;

6) появлением новых отношений, которых не было в момент принятия той или иной нормы.

Рассматривая право как систему, проникнутую единством и взаимообусловленностью в своих частях, мы должны признать дефектность системы, если по каким-либо причинам отсутствует звено, обеспечивающее наряду с другими функциональную связь общественных отношений и права.

Очевидно, что всеобъемлющей полноты правового регулирования достигнуть крайне сложно. Как ни мудр и оперативен законодатель, жизнь идет вперед, возникают новые потребности и сферы отношений. Так, ныне возникает много неурегулированных отношений и споров по поводу жилья, земельных участков, дач, новых видов кооперативов, машин, гаражей и т.д. Необходимость установления детальных процедур разрешения таких дел становится все более актуальной. Роль законодателя заключается в том, чтобы сократить до минимума возможные пробелы, активно отражать в законе динамику общественной жизни.

Следует отметить также технические недоработки процесса законодательства, которые в некой степени мешают выполнять устранение пробелов: хаотичность в формировании нормативных массивов, “погоня” за количеством законов как самоцель, неоправданная поспешность подготовки проектов важнейших правовых решений, игнорирование выработанных практикой правотворчества правил законодательной техники, недостатки в планировании правоподготовительной работы и т.д. Во многих случаях проекты готовятся наспех, без внимательной и вдумчивой проработки нормативных новелл, анализа прогнозов их эффективности, соответствующих экономических, финансовых, экологических и иных расчетов. Бывают случаи, когда Государственная Дума за один день принимает десятки законов. Все это снижает престиж закона, идею его общеобязательности, способствует оправданию игнорирования и нарушения правовых норм.

Пробел должен восполняться правотворческим органом путем издания нового нормативного правового акта. Однако пробел не освобождает правоприменителя от необходимости разрешить возникший юридический вопрос, принять по нему индивидуальное правовое предписание.

Таким образом, причины появления «бреши» в законодательстве очень разнообразны и разносторонни. И чем больше причин образования пробелов в праве будет учтено при законотворческой деятельности здесь сейчас — тем меньше проблем будет образовываться в будущем, и тем больше общественных правоотношений сможет разрешить дополняемое законодательство.

**3. Аналогия закона и аналогия права как способы устранения пробелов в праве**

Уяснение понятия пробелов, причин их появления, выделение различных видов, равно как и определение средств установления пробелов в каждом конкретном случае, не представляют собой самоцели. Решение указанных вопросов составляет основу разрешения проблемы восполнения пробелов в праве.

Установление пробелов не означает их выискивания. На практике оно начинается объективно: с того, что какой-то орган, должностное лицо затрудняются в решении дела из-за отсутствия правового инструмента, позволяющего ответить на все вставшие перед ним вопросы. Для нормотворческих органов это даже не один отдельно взятый казус, а ряд возникающих отношений. Таким образом, в основном юридическая практика питает идеи о существовании пробелов и необходимости их устранения.

Деятельность по установлению пробелов тесно связана с правотворчеством. Связь эта состоит в следующем.

1. Установление пробелов (а затем их устранение) и правотворческая деятельность соотносятся между собой как часть и целое. Последняя охватывает также необходимость преобразования правового регулирования, замены его иными видами социального регулирования и т. и.

2. Вхождение в компетентный государственный орган с инициативой об издании акта, призванного закрепить новые, еще не урегулированные отношения, означает одновременно суждение о существовании пробела.

3. Проверка обоснованности такого законодательного предложения есть, собственно, процесс установления пробелов.

4. Выработка компетентными органами проекта нормативного акта является официальным оформлением гипотезы о существовании пробела и пути его устранения.

5. Принятие нормативного акта означает положительный ответ на вопрос о существовании пробела, а также одновременно окончательное установление и устранение пробела.

В процессе установления пробелов исследуются:

а) содержание действующей системы права;

б) материальные общественные отношения, которые обусловили появление того или иного нормативного акта или требуют его издания;

в) классово-волевые отношения, связанные с изданием акта;

г) правотворческая деятельность государственных (иногда также общественных) органов;

д) правоприменительная практика;

е) правосознание (совокупность правовой идеологии и психологии).

Если рассмотреть каждую из указанных областей познаний, нетрудно убедиться, что в одних сферах преимущественное значение будут иметь методы формально-юридического исследования, в других — конкретно-социологического.

Формально-юридический метод означает особую совокупность способов обработки и анализа содержания действующей системы права. Его специфическим свойством является отвлечение от некоторых сущностных сторон права, связанных с материальной и классовой обусловленностью правовой системы. На первый план выделяются здесь чисто логические, языковые и иные абстрактные стороны, выражающие структурные закономерности права.

К формально-юридическим средствам относятся все способы толкования права и заключения по аналогии: от большего к меньшему и от меньшего к большему, от частного к общему, от условий к следствию, и обратно, заключения по противоположности и др. [4]

При их использовании следует иметь в виду следующее.

1. Все перечисленные приемы и средства применяются в основном при установлении неполноты отдельных норм и нормативных актов. Необходимость издания отсутствующего закона доказывается преимущественно социологическими средствами.

2. Все они могут быть применены в установлении как «объективных», так и «субъективных», первоначальных и последующих пробелов. «Технические» пробелы вскрываются исключительно формально-логическими средствами.

3. Не всегда пробелы устанавливаются на основе прямо выраженного требования норм права. Часто возникает необходимость обращения к одной, нескольким нормам или ко всей совокупности норм, к мотиву их издания, а иногда к отраслевым и общим принципам права.

4. Ни один из указанных приемов не имеет самодовлеющего значения. Каждый из них используется в связи с другими и дополняется социологическими исследованиями. Существующая в пределах формально-юридического метода субординация средств имеет относительный характер.

Среди всех объектов конкретно-социологических средств установления пробелов особое значение имеет судебная и административная практика. Методы конкретно-социологического исследования известны: наблюдение, эксперимент, анкетирование, интервьюирование, опрос, статистический анализ, прогнозирование.

Основные критерии установления пробелов:

1. Потребность правового регулирования.
2. Не должны противоречить требованиям действующего законодательства и нормам права.
3. Научная и правовая политика законодателя в качестве критерия установления пробела.

В юриспруденции выделяют три способа преодоления пробелов - аналогия закона, субсидиарное применение права, аналогия права. В общем виде эти три способа устранения пробелов в праве сводятся к двум, так как субсидиарное применение права - это разновидность аналогии закона.

Собственно говоря, проблема устранения пробелов в праве по-разному решается в различных отраслях законодательства. Это обусловлено прежде всего, методом урегулирования тех или иных правоотношений в той или иной отрасли права, ценностью охраняемых законом отношений, предметом регулирования и пр. Хотелось обратиться к теории.

Необходимо отметить те условия, при которых допускается устранения пробелов в праве. пробел право регламентация мнимый

Во-первых, для установления пробела недостаточно обнаружить отсутствие или неполноту норм. Следует доказать необходимость их существования в действующей системе права.

Во-вторых, необходимо установить, что факты, призванные быть урегулированными, находятся в сфере правового воздействия. Правовому воздействию подвергаются лишь те общественные отношения, регулирование которых объективно возможно, экономически и политически необходимо.

В-третьих, нужно помнить, что в каждом отдельном случае применение действующих норм к непредусмотренным ими фактам или неприменение норм, фактически утративших силу, должно быть конкретно и четко определено законодательством. В интересах законности требуется четкая регламентация условий и области использования аналогии закона и права. [8]

Со времени начала большой гражданско-правовой кодификации, со времени французского Гражданского Кодекса 1804 г. и по сегодняшний день проблематика толкования законов, восполнения пробелов в праве, создания аналогий и развития судами права занимает центральное и все еще весьма оспариваемое место в юридической методологии и практике. Поэтому неудивительно, что с утратой коммунистическими партиями руководящей роли и с повсеместным введением в тексты конституций принципа разделения властей дискуссия по этой проблематике развернулась и в постсоветских государствах. Она издавна определяет место судов среди ветвей власти, и границы их автономии и независимости. [6]

Реформаторы - законодатели знали, конечно, уже тогда, что быть кодекса без пробелов не может, что никакой закон не может предусмотреть решение всех проблем, возникающих в жизни, что человеческий язык неизбежно многозначен. Но в этом случае право должны были интерпретировать не судьи, а специальные комиссии, которые работали то при исполнительной, то при законодательной власти. В труде Абдрасулова Е.Б и. Абдрасуловой А.Е. по данной теме содержится формулировка ст. 47 Введения в прусское пандектное право, которая гласит: «Если судья считает, что смысл закона вызывает сомнение, он должен заявить свои сомнения законодательной комиссии и запросить ее суждение, не называя стороны, ведущие процесс». [13] с. 3

Просвещенному прусскому законодателю конца 18 века было очень важно воспрепятствовать тому, чтобы прусское пандектное право подвергалось толкованию в духе традиционных прав, предписаний и обычаев. Провозглашенное намерение Гражданского Кодекса заключалось в том, чтобы закрепить результаты буржуазной революции и подавить всякую попытку реанимации старых феодальных отношений. Обязательства должны возникать из договора, из других действий или актов волеизъявления или непосредственно из позитивного закона (ст. 1370 Гражданского Кодекса) и не из чего другого, т. е. не из традиций, легитимированных естественным правом, не из церковных заповедей или оживления персональных зависимостей. Запрет на толкование был обращен скорее на защиту нового права от судопроизводства, направленного вспять, чем на заботу о слишком бойком судейском корпусе. [13]

Не нужно было ждать опыта 20 века и профессионально-социологических исследований, чтобы понять, что во все времена большинство судей более привержено существующему устройству и его защите, чем итогам реформ или даже революций, нашедшим свое отражение в новом праве, и что в переходные периоды они с удовольствием вдохновляются предопределенными отношениями. Не будучи в состоянии подтвердить это высказывание эмпирически, рискну утверждать, что и в постсоветских государствах найдутся доказательства этому выводу.

В эту аргументацию может быть включено и следующее: в периоды, когда экономические и политические отношения прочно устоялись, и существует высокий общественный базисный консенсус, законодатель относится к работе судей спокойнее, менее недоверчиво. Примерно такую позицию занимает Хаутсов Д.С.. Он констатирует то, что было известно в трудах Монтексье Ш.: «ни один закон не может быть полным в том смысле, что способен дать в руки правило непосредственного применения для каждого мыслимого… отношения» [14, c. 3].

Для изменений постоянно свершающихся в потоке жизненных обстоятельств, законодатель рекомендовал судейское толкование и даже аналогию, однако их результаты не должны находиться «вне позитивного права». Даже императивный и диспозитивный характер нормы должен со временем меняться. — Отмечают Герасимова Н.Р. и Гадеева А.Е. [8, с.4].

Совершенно не удивляет то обстоятельство, что в государствах, где только начинают утверждаться принципы демократии и разделения властей и еще идет поиск непротиворечивых решений, существует атмосфера неуверенности. Тем не менее необходимо констатировать, что подобная неуверенность только таким может быть плодотворно использована для решений, где есть реальная борьба за разделения властей, а не просто констатация неких прав и свобод в конституциях, которые не принимаются всерьез.

Проблемы и неуверенность проявляется на многих уровнях и в различных ситуациях, причем постановка вопросов, спектр мнений и палитра решений в принципе почти не изменилась за 250 лет, на зато меняется, само собой разумеется, соответствующий социальный и политический контекст. Как и прежде, а особенно после падения руководящей роли партии, важны модальности, методы и объем допустимого толкования и развития права, в том числе и методы устранения пробелов, а также определение инстанций, имеющих право на устранение этих пробелов и соответствующее толкование.

Ввиду сложной ситуации в странах переходной экономики, и не только там, а также большого практического опыта и теоретической рефлексии, я считаю неизбежным, что суды во всех государствах, реально ориентирующихся на демократию, разделение властей и рыночную экономику, должны будут заниматься интерпретацией законов и нормативных актов в качестве основной профессиональной задачи.

Для выполнения этой задачи представляется необходимым признать его в качестве задачи первостепенной важности, справиться с которой можно не просто путем исполнения судебных решений, а с помощью создания солидного инструментария, теоретического обоснования и соответствующей методологии. Методы толкования, обращения с текстом законов и включение его в систему, понимание законодательной интенции, учет изменившихся обстоятельств, охват «содержание справедливости» норм на фоне компромисса интересов и распределения рисков в конкретных жизненных обстоятельствах, по которым судья должен принять решение и, наконец, самокритичное осознание собственной пристрастности - все это не приходит само собой. Это нужно развивать, по возможности сочетая теорию и практику. [9]

Уровень новаций должен быть узнаваем в судейских решениях. В том числе и при восполнении пробелов. Надо признаться, что иногда встречаются такие судебные решения, где невозможно в полной мере проследить ход аргументации, приведшей к определенному заключению. Иначе говоря, невозможно установить связь между использованием определенной нормы (аналогии нормы) и решения по существу конкретного конфликта между спорящими сторонами. Даже в решениях Верховного Суда редко можно найти полемику с прежней судебной практикой, несогласие с публикациями отклоняющегося или поддерживающего характера, в смысле разъяснения мотивации, которые доводят до понимания сторон то, почему было вынесено такое решение. Но как раз это и создает транспорентность и рациональность судебной деятельности; как раз это и способствует качеству метода вынесения решений; как раз это создает признание и доверие к юрисдикции и формирует правовую культуру. Правовая культура складывается из многих составляющих, в том числе и обоснования собственных убеждений в спорах с людьми, придерживающимися других мнений и аргументов. При этом инакомыслие не презирается, а преодолевается с помощью фактов, аргументов, приемов, доводов.

Насколько необходимо поддерживать и защищать и автономию судей и судей, следуя конституционно-правовому принципу разделения властей, настолько же очевидным представляется мне тот факт, что в конечном итоге решающее значение имеет только качество судейской работы, обуславливаемое соответствующими механизмами государственного устройства. Автономия и независимость - это ценности, которые нужно заслужить. «Местом» толкования, как уже отмечалось, является состязательный процесс в нормальном движении дела по инстанциям. Именно в этом состоит благороднейшая задача кассационных судов, а не в издании общих разъяснений и рекомендаций, а тем более не в законодательной инициативе, стремление к которой вновь обнаруживается в некоторых странах, например, в Казахстане.

Очевидно, что когда-нибудь будут ограничены полномочия парламентских комиссий, конституционных судов, пленумов, президиумов и других учреждений на более или менее обязательное общее толкование законов, а также производство по надзору за законностью. Это означает, что институт обязательного и официального толкования изживет себя.

Законодательства многих стран с переходной экономикой смотрит на толкование с определенным недоверием и некоторой отстраненностью. Они удивительно великодушно позволяют судьям заполнять пробелы в законе посредством аналогии закона и права, хотя это заполнение заходит гораздо дальше, чем толкование, и затрагивает более деликатные проблемы разграничения компетенций законодательной и судебной властей. [6]

Несмотря на эту легитимацию и на законодательно выраженное побуждение здесь начинается то, что Гюнтер Хирш назвал «заминированной пограничной зоной» между первой и третьей ветвями власти. Судья может, на мой взгляд, передвигаться в этой зоне успешно и невредимо только в том случае, если он тщательнее соблюдает методологию и прозрачнее раскрывает причины своего решения. [15]

Нужно действительно установить пробел, чтобы оправдать аналогию; он может быть заполнен только при помощи методов, находящихся внутри систематики законов. Результаты не должны лежать «вне позитивного права».

Тот, кто размышляет над этими вопросами, понимает, что спасение не в той или иной системе, а в осознании деликатного разделения задач и отношений трех ветвей власти, которые необходимо снова и снова строить на принципах взаимоуважения, сдержанности и осознания собственного достоинства.

1. **Заключение**

В стадии формирования правовой основы в процессе правоприменения могут возникнуть разного рода трудности из-за наличия в законодательстве пробела, который представляет собой отсутствие, либо устаревшую формулировку конкретной нормы, появившихся в процессе тех или иных отношений по фактическим обстоятельствам.

Пробелы в праве следует отличать от случаев полной неурегулированности социальной сферы, которая может быть ликвидирована лишь путем правотворческой деятельности.

Отличительная черта пробела в праве в том, что те фактические обстоятельства, в отношении которых отсутствует либо не работает в полной мере конкретное нормативное предписание, в общем и целом правом урегулированы. Законодатель выразил здесь свою волю через урегулирование аналогичных обстоятельств, через общие нормы права, общие и отраслевые правовые принципы. Таким образом, пробел - это своего рода «брешь» в правовом пространстве, в ткани юридических норм, который нежелателен и, в принципе, должен быть исключен из общего правила адекватного правового регулирования социальной сферы.

В принципе, пробелы в праве, как и случаи полной правовой неурегулированности, должны устраняться законодателем по мере их обнаружения. Но в силу системности права, тесного взаимодействия элементов системы, пробел в праве можно восполнить еще в процессе реализации права, а именно — в процессе правоприменения.

Традиционно в юриспруденции выделяют два способа восполнения пробелов в праве - аналогию закона и аналогию права. Некоторые авторы в качестве еще одного способа называют субсидиарное применение права.

Безусловно, не бывает беспробельного законодательства, но решить проблему или по крайней мере сузить рамки ее негативного воздействия можно только путём своевременного реагирования законодателя не изменения охватываемых правом отношений, на появления новых отношений и отмирании старых. Именно своевременность — существенный фактор решения данной проблемы.

**Список использованной литературы**

1. Абдрасулов Е.Б. Абдрасулова А.Е. Действительные и мнимые пробелы в праве и пути их восполнения в правоприменительной деятельности судебных органов. [Электронный ресурс] / Е.Б. Абдрасулов А.Е. Абдрасулова // [Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан](https://cyberleninka.ru/journal/n/vestnik-instituta-zakonodatelstva-i-pravovoy-informatsii-respubliki-kazahstan) — Электрон. ст. — А. 2019. — с. 10-19. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/deystvitelnye-i-mnimye-probely-v-prave-i-puti-ih-vospolneniya-v-pravoprimenitelnoy-deyatelnosti-sudebnyh-organov>— Яз. Рус. — (29.03.2020)
2. Бошно С. Теория государства и права — М.: [Юстиция](https://iknigi.net/filtr-po-knigam/izdatelstvo/%D0%AE%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%86%D0%B8%D1%8F/), 2016. — 342 с.
3. Венгеров А.Б. Теория государства и права — М.: ИТК "Дашков и К", 2019.— 608 с.
4. Герасимова Н.Р. Гадеева А.Е. Пробелы в праве и способы их устранения [Электронный ресурс] /Н.Р. Герасимова А.Е. Гадеева// «Вестник Санкт-Петербуржского Государственного Университета» — Электрон. ст. — СПб, 2015. — С. 26-30. — URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/probely-v-prave-i-sposoby-ih-ustraneniya> — Яз. Рус. — (21.03.2020)
5. Книпер Р. Интерпретация, аналогия и развитие права: деликатное разграничение судебной и законодательной власти. [Электронный ресурс] / Р. Книпер // [Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан](https://cyberleninka.ru/journal/n/vestnik-instituta-zakonodatelstva-i-pravovoy-informatsii-respubliki-kazahstan) — Электрон. ст. — А. 2017 — С. 15-26. — URL: https://cyberleninka.ru/article/n/interpretatsiya-analogiya-i-razvitie-prava-delikatnoe-razgranichenie-sudebnoy-i-zakonodatelnoy-vlastey — Яз. Рус. — (24.03.2020)
6. 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).
7. Лазарев А.Е. Пробелы в праве и пути их устранения — М.: ИНФРА-М, 2019. — 183 с.
8. Лазарев А.Е. Пробелы в праве. — М.: Юриспруденция, 2015. — 128 с.
9. Лейст О.Э. Реализация права. — М.: Зерцало, 2015. — 435 с.

М, 2019. — 784 с.

1. Магазинер Я.М. Пробелы в праве. — М.: Правоведение, 2015. —— 470 с.
2. Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права. — М.: Норма ИНФРА
3. Михайловский И.В. Очерки философии права. — М.: Юристь, 2015. — С. 712.
4. Нерсесянц В.С. Общая теория государства и права. — М.: НОРМА, 2015. —620с.
5. Хаустов Д.С. Рождение республики из духа законов (По Ш. Монтексье) [Электронный ресурс] / Д.С Хаустов // «РИПОЛ Классик» — Электрон. ст. — М. 2018. — С. 41-50 URL: <https://yandex.ru/turbo?text=https%3A%2F%2Fmybook.ru%2Fauthor%2Fsharl-lui-monteske%2Fo-duhe-zakonov%2Fread%2F> — Яз. Рус. — (29.03.2020)
6. Явич Л.С. Общая теория права. — СПб.: СПбГУ, 2015. — 380 с.

**Отзыв**

на курсовую работу студента 1 курса

Ганюта Григория Константинович, тема «Пробелы в праве: понятие, причины, способы восполнения»

Актуальность:

Научный руководитель

Доцент кафедры

теории и истории государства

и права

Печать

"…….."………..2018 г.