**ПЛАН**

**Введение……………………………………………………………………3**

1. Понятие и причины пробелов в праве………………………………….4

2. Способы устранения пробелов в праве……………………………….10

3. Аналогия закона и аналогия права……………………………………20

**Заключение……………………………………………………………….27**

**Список использованной литературы………………………………....28**

**Введение**

В настоящей исследовательской работе я бы хотела остановить свое внимание на вопросах пробельности законодательства, которые являются сегодня центральными движущими силами развития права и законодательства страны в целом. Мы хотим признаваться правовым государством, однако, как это не печально звучит, пока не будут максимально возможно урегулированы отношения, которые поддаются правовому воздействию и входят в правовое поле законодателя, пока не будет должным образом воплощена в законе юридическая техника и усовершенствованы приемы и методы толкования права, наша страна будет оставаться лишь на пути к провозглашению себя правовым.

Несомненно, проблема наличия пробелов характерна для любого законодательства, однако она особенно ярко дает о себе знать в условиях развития нашего государства, когда на смену одной системе управления пришла другая, которая пока еще не может охватить всех вопросов и заполнить все пустоты правовой действительности.

Таким образом, в своей работе я бы хотела остановиться на следующих аспектах: дать понятия пробела в праве, его различные трактовки с точки зрения теории государства и права, определить виды пробелов, причины их возникновения, а также способы их возможного восполнения. В мое поле зрения попадают также такие вопросы, как аналогия права и аналогия закона, условия и возможности их применения в различных отраслях российского законодательства, а также проблематика восполнения пробелов судьями на фоне проблемы разграничения судебной и законодательной власти. Последний вопрос мне бы хотелось рассмотреть, прежде всего, в историческом разрезе.

Другими словами, целью и основной задачей моего исследования является – выяснения путей восполнения и устранения пробелов в праве в условиях развития нашего государства.

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

В процессе правоприменения возникают такие ситуации, когда невозможно принять решение на основе существующих норм права, поскольку они для данного случая отсутствуют. Такая ситуация свидетельствует о пробеле в законодательстве и праве.

Пробел в праве – это полное или частичное отсутствие норм, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел.

Отличительная черта пробела в праве состоит в том, что те фактические обстоятельства, в отношении которых отсутствует 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, пробелы представляют собой своего рода «пропуски» в правовом пространстве, в ткани юридических норм, которые нежелательны и в принципе должны быть исключены из общего правила, адекватного правового регулирования социальной сферы.

Пробелы могут быть различными. Прежде всего выделяют пробелы во время появления: первичные (первоначальные), возникшие в момент издания нормативно-правовых актов, как правило, в результате упущения правотворческих органов, и последующие (вторичные), появившиеся после издания правовых актов, в процессе развития общественных отношений.

Пробелы могут быть в законах, в указах главы государства, в постановлении правительства, в инструкции министерства. В соответствии со структурой норм права выделяют пробел в гипотезе, пробел в диспозиции, пробел в санкции.[[1]](#footnote-1)

В принципе пробелы в праве, как и случае полной правовой неурегулированности, должны устраняться законодателем по мере их обнаружения. Однако, в силу системности права, тесного взаимодействия элементов системы права, пробел в праве можно преодолеть еще в процессе реализации права, а именно – в процессе правоприменения. В связи с этим Алексеев С. С. Вполне справедливо отмечает, что «восполнение пробелов в праве – это специфическая форма (метод) применения действующего права, при котором юридическое дело решается в соответствии с волей законодателя, не нашедшей, однако, выражения в конкретных юридических предписаниях. [[2]](#footnote-2)1

Становится ясно и понятно, что существуют пробелы в праве особо при проведении кодификации. Эта проблема встает наиболее остро, когда выявлются сферы жизнедеятельности человека, неохваченные правом. При этом следует особое внимание уделять не только недостатком и неточностям действующего законодательства, но и глубже понимать сам правоприменительный процесс в целом. И действительно, ведь именно на практике чаще всего встает ребром вопрос об отсутствии той или иной нормы права, отсутствии урегулированности спорных правоотношений. 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 сколько-нибудь развитой методологической базы.

Вопрос о пробелах в праве в юридической науке возникает преимущественно в связи с применением и толкованием правовых норм, а также при решении общеметодологических задач правотворческого и правоприменительного процесса.

Право по содержанию есть совокупность конкретно определенных правил поведения людей.

Понимание понятия пробел в законе или праве достаточно сложное и юридической литературе нет однозначной его трактовки, так как смешение фактических общественных отношений с правоотношениями и, особенно, их включение в понятие права, затрудняет уяснение вопроса о пробелах.

Определяя право через нормы или совокупность норм, необходимо обращать внимание на применение права в общественных отношениях.

Однако, мне бы хотелось отметить, что существуют действительные и мнимые пробелы в праве.

Так, действительный пробел – это действительное 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.[[3]](#footnote-3)

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. Проблематика дачи официальной правовой оценки спорного правоотношения, прежде всего, судами будет рассмотрена мною ниже.

Мнимым является пробел, когда определенный вопрос не регулируется правом, хотя, по мнению того или иного лица, группы лиц, должны быть урегулированы нормами права.

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.

Говоря о понятии такой категории как пробел в праве можно остановиться на следующих его определениях.

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.

Пробелы в праве – это своего рода дефекты и волеизъявление законодателя, когда не осознаются объектами право регулирования институты, подлежащие закреплению в праве.

Пробелы – это дефекты системы права, когда отсутствуют отдельные нормы, а возможно и целые их совокупности.

Помимо всего прочего, можно говорить и об объеме пробельности в праве: говорить о полном отсутствии необходимых нормативных актов либо о неполноте действующего нормативного акта. Объем пробельности – также существенно важный момент в урегулированности правоотношений.

Говорить о полном отсутствии необходимых правовых актов можно, когда нормодатель 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.[[4]](#footnote-4)1

Тут же хотелось бы подчеркнуть, что 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.

Другими словами, пробел в праве есть всегда молчание права.[[5]](#footnote-5)2

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 (это касается, прежде всего административного и уголовного законодательства).

Основными критериями установления пробелов выступают:

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.
4. воля государства на создание соответствующих норм.

К сожалению, фактом является то, что достижение конечных целей права затрудненно и эффективность действующих норм снижается, когда полностью отсутствует необходимый нормативный акт.

Говоря о пробеле в праве как о неполноте действующих актов, (речь идет о дефектах в оформлении государством своей воли, о неполном ее выражении посредством юридических норм), нельзя констатировать неполноту закона, если понимать ее как несоответствие содержания, логического смысла и буквального смысла, выраженного в его текстуальной форме, устраняемого путем толкования. Никакие приемы толкования не способны устранить действующие устаревшие законы, толкование которых лишь подчинено цели уяснения воли законодателя, заключенной в нормах права. С помощью различных приемов толкования уясняется воля законодателя, а с помощью расширительного или ограничительного толкования буквальный смысл норм приводится в соответствии с действующим законодательством.

Пробелом в праве будет такая неполнота законодательства, когда содержание норм права не дает основания для разрешения определенного случая, когда ни буквальным текстом, ни его смыслом этот случай не охватывается. Только абсолютно не ясные и взаимоисключающие нормы могут свидетельствовать о пробеле.

Установление пробела преследует продолжение целей толкования на новой ступени детализации. При установлении неполноты актов необходимо определять, входят ли фактические обстоятельства в сферу правового воздействия. Именно это и характеризует творческий характер правоприменительной деятельности.

**2. Способы устранения пробелов в праве.**

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. Но об этом позже, теперь же мне бы хотелось обратиться к теории.

Необходимо отметить те условия, при которых допускается устранения пробелов в праве.

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.[[6]](#footnote-6)

Со времени начала большой гражданско-правовой кодификации, вероятно, со времени прусского пандектного права 1794 г., и уж, конечно, 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.

У некоторых толкователей права была такая позиция: судьи должны ограничиваться строгим применением текста закона. Об этом гласит приказ прусского короля в 1780 году: «…мы не будем позволять, чтобы судья интерпретировал, расширял или ограничивал наши законы и тем более издавал новые законы». В ст. 46 Введения в прусское пандектное право говорится: «При принятии решений по спорным правовым вопросам судья не может придавать законам никакой смысл, кроме того, который четко определен в словах и в их связи относительно оспариваемого предмета или вытекает из следующей несомненной сущности закона». Первоначальная, впоследствии измененная ст. 5 французского Гражданского Кодекса также запрещала толкование.[[7]](#footnote-7)

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. Типична формулировка ст. 47 Введения в прусское пандектное право: «Если судья считает, что смысл закона вызывает сомнение, он должен заявить свои сомнения законодательной комиссии и запросить ее суждение, не называя стороны, ведущие процесс».

Теоретически эта позиция восходит к законодательству эпохи Просвещения, учению Монтескье о разделении властей, оказавшему чрезвычайно большое влияние на законодательство эпохи Просвещения. Его точка зрения: «В деспотических государствах закон не существует: судья сам себе руководящий принцип…В условиях республиканского правления в природу государственной формы входит правило: судьи следуют тексту закона»ж. «Судьи нации являются, как уже говорилось, только рупором, озвучивающим текст закона, это существа без души, которые не могут уменьшать ни силу, ни строгость закона».[[8]](#footnote-8)

Чтобы юридически осмыслить политический фон, вероятно, целесообразно прибегнуть к цитате Цезаря Беккария, который считал, тоже накануне буржуазной революции, что лучше иметь абсолютного правителя в стране, чем быть во власти множества «маленьких тиранов и полувластителей» в лице интерпретирующих судей. Толковать неясные законы подлежит законодателю.

Эта цитата полна глубокого недоверия в профессии судьи, она обобщает в очень наглядной форме то, что думали или говорили французский император Наполеон, прусский король Фридрих II или позже вожди коммунистической партии. На самом деле нельзя подходить у строгому законодательному позитивизму как к вневременной и абстрактной познавательной проблеме, следует отразить те специфические условия, в которых этот позитивизм защищался.

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.

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 занимал немецкий законодатель в конце 19 века. Он без смущения констатировал то, что было известно и раньше: «ни один закон не может быть полным в том смысле, что способен дать в руки правило непосредственного применения для каждого мыслимого… отношения».[[9]](#footnote-9)

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.

Немецкие судьи приняли эти одобрительные слова очень нерешительно. В первые десятилетия своего существования имперский Верховный суд считался оплотом «верности закону», он «ступал на новый путь…с большой осторожностью», а новый немецкий Верховный суд, открыто и осознанно принял судейскую задачу по развитию писанного правопорядка в соответствии с социальными запросами и моральными ценностями общества.[[10]](#footnote-10)

Самосознание достигало в некоторых решениях уровня, которое Книпер критиковал как проблему «открытого судейского неповиновения закону» и называл это выражением «мальчишества», которое затрагивает порой «основы разделения властей, а это значит основы демократического государственного строя». Более точно выразился Бернд Рютерс в своем новом сочинении, к которому в Германии отнеслись с большим вниманием. Он говорит об изменении менталитета правоприменителей – от слуги к победителю законов, и напоминает, что судья являются «слугами закона, их обязанность – осмысленное повиновение закону». У них должно быть четкое представление о том, «когда они применяю закон, когда они развивают законы для законодательства и когда они исправляют законы с целью собственных регулирующих намерений, т. е. когда они хотят оказать неповиновение закону».[[11]](#footnote-11)

Временные рамки приведенных мною цитат охватывают период с 1748 до 2002 года, т.е. 250 лет; содержательные рамки охватывают спектр мне6ний от строгой привязки судьи к тексту закону до легитимации судейского развития права, которая в исключительных случаях связана даже с решением, направленным против определенного закона. Совершенно не удивляет то обстоятельство, что в государствах, где только начинаю 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. Там, где например, могущественная исполнительная власть господствует над законодательной, едва ли дело дойдет до конфликтов между законодательной и судебной ветвями власти, поскольку все будет решено с помощью вездесущего «телефонного права»

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.

Для понимания неуверенности важно понять наследие советской правовой практики. П. 5 ст. 121 Конституции 1977 г. в краткой форме определял, что Президиум Верховного Совета СССР толкует законы. Идентичные полномочия имели президиумы верховных советов республик. Хотя это специально не оговаривалось, результаты толкование имели официальное и обязательное действие. В комментариях это аспект подчеркивался и противопоставлялся работе судов, чьи функции были многократно урезаны: они должны были на сколько это возможно, ограничиваться применением текста закона. Там, где избежать толкования было не возможно, хотя бы по причине неясной терминологии, оно не имело обязательной силы. Такая традиция продолжает существовать в некоторых странах СНГ, однако компетенции толкования претерпели за это время заметные изменения.[[12]](#footnote-12)

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.

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. Легитимация аналогии имеет место, например, в ст. 4 Гражданского Кодекса Франции или в ст. 4 Грузинского ГК, где эксплицитно прописан долг судьи разрешать споры и в том случае, если нет нормы, регулирующей данное спорное отношение или если нормы неясны и двусмысленны.

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.

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», о чем убедительно свидетельствует немецкий Гражданский Кодекс. Обращение к выражениям типа «природа вещи», «изменение ценностей», «принципы естественного права», - служит как правило тому, что субъективные ценности представлений некоторых судей (в состязательном процессе или в президиуме) ставятся на субъективными ценностными представлениями парламентского большинства, причем только последние, благодаря выборам, имеют право следовать своим субъективным убеждениям. Судья является согласно убедительному мнению Рютерса, слугой закона, обязывающего его к мыслящему повиновению, слугой, который должен само развитие права поставить на службу законодательству.

В целом, по моему нению, целесообразно выносить спорную правовую политическую практику в парламенты, а не в суды. Что касается часто упоминающейся гибкостью судопроизводства по отношению к законодательству, то для юристов континентально-европейской школы интересно узнать, что в США критики государственной судебной практики утверждают: она не гибка, не ориентирована на экономическую реальность, носит доктринерский характер, участники бизнеса предпочитают третейские суды и посредничество.[[13]](#footnote-13)

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.

**3. Аналогия закона и аналогия права**

Аналогия закона – это способ преодоления пробела, при котором правоприменительное решение принимается на основе конкретной нормы конкретного закона, регулирующего сходные с рассматриваемым отношения.

Аналогия закона предполагает соблюдения ряда условий:

а) наличие общей правовой урегулированности данного случая;

б) отсутствие адекватной юридической нормы;

в) существование аналогичной нормы, т. е. нормы, в гипотезе которой указаны обстоятельства, аналогичные тем, с которыми столкнулся правоприменитель. Сходство юридических фактов как раз и позволяет задействовать диспозицию аналогичной нормы.

Субсидиарное применение права – это способ преодоления пробела, при котором правоприменительное решение принимается на основе нормы из другой отрасли права.

Это то же аналогия закона, но закона, относящегося к другой – родственной отрасли. Такое возможно, например, между нормами гражданского и семейного права.[[14]](#footnote-14)

Аналогия права – это способ преодоления пробела, при котором правоприменительное решение принимается на основе общего смысла и духа законодательства.

Аналогия права представляет собой менее точный прием решения юридического дела по аналогии и предлагает соблюдение следующих условий:

а) наличие общей правовой урегулированности данного случая;

б) отсутствие адекватной юридической нормы;

в) отсутствие аналогичной нормы права.

Как уже было сказано, в этой ситуации правоприменитель должен исходить из смысла и духа законодательства. На практике это означает использование принципов – общих, межотраслевых, отраслевых, принципов институтов, которые закреплены в праве и так или иначе отражают закономерности предмета и механизма правового регулирования.

Применение аналогии права при наличии аналогичной нормы, как применение аналогичной нормы при наличии адекватной, является ошибкой правоприменителя.

В уголовном и административном праве аналогия не допускается в принципе. Здесь действует правовая аксиома: «Нет преступления и нет проступка, как нет наказания и нет взыскания, если нет закона». В сфере правового регулирования, касающегося запрещения определенного поведения и установления санкций за те деяния, которые опасны и вредны для общества, то или иное запрещенное деяние должно быть четко, полно и недвусмысленно отражено в нормативно-правовом акте. Если этого нет, то единственным выходом из сложившейся ситуации является отказ в возбуждении производства по делу. Отсутствие применения аналогии права и аналогии закона при привлечении к уголовной, административной, дисциплинарной ответственности – гарантия неприкосновенности личности, стабильности правового регулирования, уверенности граждан в том, что они не будут привлечены к ответственности без законных на то оснований. Это обстоятельство в первую очередь существует потому, что при применении норм уголовного права последствия для личности гораздо существеннее, чем в гражданском праве, и в целях безопасности личности, обеспечения прав и свобод применение аналогии запрещено. Вместе с тем, следует отметить, что и в уголовном праве исключить вероятность возникновения пробелов практически не возможно.

Статья 6 ГК РФ допускает применение гражданского законодательства по аналогии. Так, ч. 1 настоящей статьи гласит, что в случаях, когда предусмотренные гражданским законодательством отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

А часть 2 ст. 6 ГК в свою очередь пояснят, что при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

Таким образом, для применения положений данной статьи требуется соблюдение двух необходимых условий. Во-первых, отношения, о которых идет речь в статье, должны находиться в границах правового поля, регулируемого гражданским законодательством (ст. 2 ГК). Во-вторых, данные отношения не урегулированы конкретными правовыми нормами, содержащимися в законах, иных нормативных актах или обычаях делового оборота. Иными словами, в части рассматриваемых отношений имеется пробел в источниках гражданского права. Аналогия закона имеет приоритет перед аналогией права. Также следует пояснить, что аналогия закона и аналогия права ранее предусматривались лишь в гражданско-процессуальном законодательстве.[[15]](#footnote-15)

 Под аналогией закона, в частности в гражданском законодательстве, понимается применение к соответствующему отношению закона, регулирующего сходные отношения. Применяться должен только закон, а не какой-либо иной нормативный акт, в том числе указ Президента РФ и постановление Правительства РФ. К числу сходных относятся, например, отношения, возникающие из регулируемого законом однотипного договора (договора подрядного типа, договора, связанного с пользованием имуществом, и т.п.).

 Под аналогией права здесь понимается применение к соответствующему отношению общих начал и смысла гражданского законодательства с учетом требований добросовестности, разумности и справедливости, которыми должны руководствоваться субъекты данного отношения. Аналогия права применяется при невозможности использования аналогии закона.

Общие начала и смысловое назначение гражданского законодательства закреплены в ст. 1, 2 ГК. Кроме того, при применении аналогии права правоохранительные органы должны пользоваться и другими общими положениями, содержащимися в ГК.

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

Еще раз отметим, но уже более детально, что аналогия закона в гражданском праве допускается при наличии трех условий:

1) отношение не урегулировано законодательством, соглашением сторон и поэтому вопросу нет обычая делового оборота;

2) имеется законодательство, регулирующее сходные правоотношения;

3) такое законодательство не противоречит существу отношений, к которым оно применятся по аналогии.[[16]](#footnote-16)

Например, аналогия закона используется в п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.05.1998 г. №9 «О некоторых вопросах применения ст. 174 Гражданского Кодекса РФ при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок» и в п. 24 Постановления Пленумов ВАС РФ и ВС РФ №6/8 в отношении процедуры ликвидации юридических лиц. Аналогия закона возможна в отношении тех договоров, которые по-прежнему остаются вне законодательной регламентации, например, договор на охрану имущества, не являющийся договором хранения.

Необходимо еще раз отметить, что применение аналогии – это не ликвидация пробела в праве, т. к. он продолжает оставаться. Это его преодоление. Восполнение пробела в праве, т. е. его полная ликвидация, возможно только в процессе правотворчества.

Юридической наукой установлено, что пробелы свойственны не только материальному, но и процессуальному праву. Практика применения гражданско-процессуального и уголовно-процессуального законодательства свидетельствует об использовании института аналогии при восполнении встречающихся пробелов. Так, например, если действия суда не предусмотрены законом, то нельзя говорить об их незаконности.

Помимо всего прочего, к способу восполнения пробела в праве можно отнести обычай делового оборота, используемый в гражданском праве и по своим юридическим свойствам не являющийся законом.

Под обычаем делового оборота в гражданском законодательстве понимается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

 Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются.

Таким образом, в систему источников гражданского права вводятся обычаи делового оборота, применяемые в области предпринимательской деятельности. Область предпринимательской деятельности не связывается с какой-либо сферой экономической жизни общества или территорией. Обычаи могут быть отраслевыми, межотраслевыми, локальными, общенациональными, региональными и т.п. Важно, что по своему назначению и природе они относятся к группе источников российского гражданского права, применяемых в сфере гражданско-предпринимательского оборота на территории Российской Федерации. Обычаи - источник обязательственного, а не вещного права. Поэтому в ГК они называются обычаями делового оборота, а в ряде других законов - торговыми обычаями (п. 3 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже"). За пределами предпринимательских отношений обычаи делового оборота (торговые обычаи) не считаются источниками российского гражданского права.

В п. 1 статьи 5 ГК РФ дается определение понятия обычая делового оборота как правила поведения, т.е. правовой нормы, не предусмотренной законодательством. При вычленении правил поведения, относящихся к обычаям делового оборота, ссылка лишь на отсутствие законодательства недостаточна. Обычаем делового оборота может считаться правило поведения, не предусмотренное также и иными официальными актами, принимаемыми государством в сфере его нормотворческой деятельности (указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, ведомственными нормативными актами).

Правило поведения, рассматриваемое в качестве обычая, должно быть устойчивым и общепризнанным в соответствующей области предпринимательской деятельности ("сложившимся и широко применяемым"). По форме своего выражения оно может быть устным или письменным, зафиксированным в каком-либо документе. Так, в качестве обычаев делового оборота выступают примерные условия договоров, опубликованные в печати (п. 2 ст. 427 ГК), сборники обычаев торговых портов и т.д. Наличие и содержание обычаев, применяемых к конкретным правоотношениям, в том числе обычаев, выраженных в устной форме, относится к сфере доказательственного права.

 Обычаи делового оборота имеют подчиненное положение не только по отношению к законодательству (к другим нормативным актам, принимаемым государством), но и к договору. Стороны вправе включать в договор условия, противоречащие обычаям делового оборота. Равным образом они могут трансформировать обычаи делового оборота в условия договора, и в этом случае обычаи теряют силу источников гражданского права.

Обычаи торгового оборота могут как применяться в качестве норм, определяющих условия обязательственных правоотношений (ст. 309, 311, 314, 315 ГК), так и использоваться при толковании условий договора (ст. 431 ГК).[[17]](#footnote-17)

**Заключение**

По итогам проведенного мною исследования хотелось бы сделать следующие выводы.

Во-первых, несомненно ясно, что пробел в праве – это отсутствие нормы в праве как таковой. Проблема обостряется в связи с тем, что такое отсутствие нормы права обнаруживается в тот момент, когда возникает насущная потребность в урегулирования правоотношений. Отсюда следует, что основная нагрузка восполнения пробелов в праве приходится на органы правоприменения, прежде всего на суды.

Во-вторых, из вышесказанного, логично можно вывести тот факт, что именно судьи сегодня несут ответственность за восполнения пробелов в праве, в связи с чем, появляется еще один изъян в аспекте четкого разделения трех ветвей власти, провозглашенного ст. 10 Конституцией РФ. Другими словами, судья из применителей права превращаются неизбежно в его толкователей и создателей.

Такая ситуация, на мой взгляд, себя может оправдать только в том случае, если судьи будут мотивировать вынесенные решения, мотивировать толкование той или иной нормы, должным образом обосновывать их. Кроме того, по моему мнению, усугубляет положение еще то обстоятельство, что при применении аналогии права судьи должны руководствоваться критериями справедливости и добросовестности, которые являются чисто субъективными, и в свою очередь, гибкими и зыбкими.

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

 **Список использованной литературы**

1. Конституция РФ от 12.12.1993 г. М., 2005 г.
2. Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 13.11.1994 г.
3. Уголовный Кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г.
4. ФЗ РФ "О международном коммерческом арбитраже" от 7 июля 1993 г. N 5338-1.
5. Постановление Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах применения ст. 174 Гражданского Кодекса РФ при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок» от 14.05.1998 г. №9.
6. Алексеев С. С. Государство и право, Москва, 1993 г. 503 с.
7. Виккер. Ю. История частного права нового времени. Берлин, 1967. 678 с.
8. Власов В. И. Теория государства и права. Ростов-на-Дону, 2002. 485 с.
9. Генкин Д. М. Советское гражданское право. Т. 1. М., 1953. 451 с.
10. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. Садикова О. Н. 1053 с.
11. Книпер Р. Закон и история. Бремен, 1996. 451 с.
12. Книпер Р. Мотивы проекта для гражданского кодекса для Германской империи. Т. 1. Берлин, 1888. 67 с.
13. Лазарев А.Е. Пробелы в праве. М. 1974 г. 563 с.
14. Лобанов Г. А. Поговорим об аналогиях: монография, М., 2001 г. 198 с.
15. Магазинер Я. М. Пробелы в праве // Правоведение. № 4, 1997 г. 89 с.
16. Монтескье Ш. О духе законов. Кн. 6. Гл. 3. 789 с.
17. Научно-практический комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. Мозолина В. П., Малеиной М. Н. М., 2005. 1089 с.
18. Спиридонов Л. И. Теория государства и права. М,1998 г. 289 с.
19. Теория государства и права. /Под редакцией Н.И.Матузова и В.Малько М. 1997 г. 591 с.
20. Фридман В. Право и социальные изменения. Нью-Йорк, 1969. 132 с.
1. Власов В. И. Теория государства и права. Ростов-на-Дону, 2002. С. 96. [↑](#footnote-ref-1)
2. 1 Алексеев С. С. Государство и право, Москва, 1993 г. С. 45. [↑](#footnote-ref-2)
3. Теория государства и права. /Под редакцией Н.И.Матузова и В.Малько М. 1997 г. С. 143. [↑](#footnote-ref-3)
4. 1 Спиридонов Л. И. Теория государства и права. М,1998 г. С. 67. [↑](#footnote-ref-4)
5. Магазинер Я. М. Пробелы в праве // Правоведение. № 4, 1997 г. С. 23. [↑](#footnote-ref-5)
6. Лазарев А.Е. Пробелы в праве. М. 1974 г. С. 43-46. [↑](#footnote-ref-6)
7. Книпер Р. Закон и история. Бремен, 1996. С. 139. [↑](#footnote-ref-7)
8. Монтескье Ш. О духе законов. Кн. 6. Гл. 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Книпер Р. Мотивы проекта для гражданского кодекса для Германской империи. Т. 1. Берлин, 1888. С. 16. [↑](#footnote-ref-9)
10. Виккер. Ю. История частного права нового времени. Берлин, 1967. С.530. [↑](#footnote-ref-10)
11. Рютерс Б. Демократическое правое государство или олигархического государство судей? Бремен, 2002. С. 365. [↑](#footnote-ref-11)
12. Генкин Д. М. Советское гражданское право. Т. 1. М., 1953. С. 107. [↑](#footnote-ref-12)
13. Фридман В. Право и социальные изменения. Нью-Йорк, 1969. С. 24. [↑](#footnote-ref-13)
14. Лобанов Г. А. Поговорим об аналогиях: монография, М., 2001 г. С. 243. [↑](#footnote-ref-14)
15. Научно-практический комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. Мозолина В. П., Малеиной М. Н. М., 2005. С. 16-20. [↑](#footnote-ref-15)
16. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. Садикова О. Н. С. 21-25. [↑](#footnote-ref-16)
17. Там же, С. 19-21. [↑](#footnote-ref-17)