МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ УКРАИНЫ

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ АВТОНОМНОЙ РЕСПУБЛИКИ КРЫМ

РВУЗ «»

РЕФЕРАТ

По дисциплине: «Теория государства и права»

На тему: «Пробелы в праве и способы их устранения»

Симферополь, 2010

СОДЕРЖАНИЕ

Введение

1. Понятие и причины образования пробелов в праве

2. Аналогия права и аналогия закона как основные способы преодоления пробелов в праве

3. Субсидиарное применение норм права в устранении пробелов в праве

Вывод

Список литературы

ВВЕДЕНИЕ

Право настолько уникальный, сложный и общественно необходимый феномен, что на протяжении всего времени его существования научный интерес к нему не только не исчезает, но и возрастает.

Право — это обусловленная природой человека и общества и выражающая свободу личности система регулирования общественных отношений, которой присущи нормативность, формальная определенность в официальных источниках и обеспеченность возможностью государственного принуждения.

Право имеет смысл и ценность для личности, общества, если оно реализуется. Главное назначение норм права состоит в том, что они помогают определить содержание права субъекта и тем самым способствуют его реализации. Реализовать нормативные предписания, содержащиеся в законах и других нормативно-правовых актах, означает воплотить в жизнь - в общественные отношения, поведение граждан - волю законодателя и других субъектов правотворчества, направленную на установление правопорядка. Без такой реализации право теряет свое социальное значение и назначение.

Нередко при установлении юридической основы дела - выборе и анализе юридических норм, возникают ситуации, когда правоприменитель не находит норм, регулирующих установленные факты. Тогда рассматривается такое понятие как "пробел в праве».

Пробелы в праве возникают, как правило, там, где есть противоречивость норм одинаковой силы, когда одна из них «уничтожает» другую. Пробелы в законодательстве должны устраняться в процессе правотворчества путем внесения изменений и дополнений в законы, издание новых, более усовершенствованных юридических актов.

1. ПОНЯТИЕ И ПРИЧИНЫ ОБРАЗОВАНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

В правоприменительной практике иногда возникают ситуации, когда спорное отношение имеет правовой характер, входит в сферу правового регулирования, но не предусмотрено конкретной нормой права. Правоприменитель обнаруживает пробел в законодательстве.

Пробел в законе - это полное или частичное отсутствие необходимых юридических норм в данном законе.

Пробел в праве - это полное или частичное отсутствие в действующих нормативно-правовых актах необходимых юридических норм.

Следует отметить, что пробел в праве нельзя отождествлять с "ошибкой в праве" как результат неверной оценки объективных условий и проявления не той законодательной воли, которую следовало бы воплотить в нормативно-правовом акте. "Ошибка в праве" возможна, если правотворческий орган ошибочно считает какие-либо отношения такими, которые не подлежат правовому регулированию; ошибочно полагается на конкретизацию права в ходе его применения; ошибочно передает вопрос на усмотрение того, кто применит право; выдает норму, которая не нужна, ошибочно решает вопрос в установленной норме. В первых трех случаях «ошибка в праве» домысливает наличие пробелов.

В процессе анализа наличия пробелов в праве должны быть учтены два основных фактора:

1) фактические обстоятельства должны находиться в сфере правового регулирования;

2) отсутствие в законодательстве нормы права, которая бы регулировала данные фактические обстоятельства.

В юридической литературе выделяют объективные и субъективные причины существования пробелов в праве:

1) неумение законодателя отразить в нормативных актах все многообразие жизненных ситуаций, требующих правового регулирования (первоначальные пробелы).

2) неумение законодателя предусмотреть появление новых жизненных ситуаций в результате постоянного развития общественных отношений, осуществить по ним определенные законодательные действия (дальнейшие пробелы).

3) технические ошибки законодателя, допущенные при разработке законов и в использовании приемов юридической техники.

Пробелы в праве возникают, как правило, там, где есть противоречивость норм одинаковой силы, когда одна из них «уничтожает» другую.

Неверно считать пробелами такие случаи:

• квалифицированное молчание законодателя, когда он умышленно оставляет вопрос открытым, воздерживается от принятия нормы, относит решения дела за рамки законодательства.

• сознательное отнесение вопросов на усмотрение правоприменителя, если законодатель рассчитывает на конкретизацию его законодательной воли правоприменительными и другими правовыми актами.

2. АНАЛОГИЯ ПРАВА И АНАЛОГИЯ ЗАКОНА КАК ОСНОВНЫЕ СПОСОБЫ ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ

При наличии пробелов в законе законодатель предлагает правоприменителю разное поведение.

Бывают случаи, когда нужно найти норму права, регулирующую конкретные общественные отношения, а оказывается, что такой нормы нет. Подобная ситуация в теории права получила название "пробелы в праве", т.е. отсутствие юридического урегулирования конкретных общественных отношений в том случае, когда такое урегулирование необходимо. При этом спор, возникший в сфере общественных отношений, не урегулированных нормами права, все равно необходимо решать, включая судебное разбирательство. Отсутствие норм права, регулирующих конкретные отношения, не может быть основанием для отказа судом рассмотреть дело. Так, в частности, п.7 ст. 8 Гражданского процессуального кодекса Украины гласит: «Если спорные отношения не урегулированы законом, суд применяет закон, который регулирует подобные по смыслу отношения (аналогия закона), а при отсутствии такого - суд исходит из общих основ законодательства (аналогия права)», а п.8 ст.8 гласит: "Запрещается отказ в рассмотрении дела по мотивам неполноты, неясности, противоречивости или отсутствия законодательства, регулирующего спорные отношения».

Как выход из такой ситуации есть два варианта: первый заключается в принятии компетентным органом правового акта, регулирующего данный вопрос. Однако этот процесс является длительным и сложным. Поэтому для оперативного решения применяется второй вариант, заключающийся в аналогии закона и аналогии права. Аналогия закона - это применение для регулирования данных отношений закона, который регулирует аналогичные отношения. Аналогия права - это решение конкретных вопросов, с использованием при этом общих идей и принципов права, когда отсутствуют акты, регулирующие как конкретные отношения, так и аналогичные им.

Однако следует помнить, что решения, принятые на основании аналогии права или аналогии закона, не могут играть роль общей нормы права, которая применяется для всех. Оно касается исключительно данного конкретного случая.

Кроме аналогий закона и права, пробелы в праве устраняются еще одним способом - постоянным применением того или иного предписания с сопредельной области права, регулирующего подобные отношения. Например, Хозяйственным кодексом регулируется порядок заключения агентских договоров, а Гражданским кодексом - договоров поручения. По своей правовой природе эти договоры являются идентичными. Законодатель допускает, что раздел, регулирующий порядок заключения агентских договоров, может не включить абсолютно все стороны этого вопроса. Поэтому законодательство предусматривает, что в части, не урегулированной нормативно-правовыми актами, указанными в Хозяйственном кодексе, к агентским отношениям могут применяться соответствующие положения Гражданского кодекса Украины, которым регулируются отношения поручения. Учитывая это, и суд, и предприниматели могут постоянно применять нормы Гражданского кодекса, если в Хозяйственном кодексе отсутствуют необходимые нормы для регулирования агентских отношений.

При наличии пробелов в области уголовного законодательства и законодательства об административных правонарушениях выходом для юриста-практика является отказ в возбуждении дела, то есть принятие оправдательного решения. Юрист-практик в таком случае должен руководствоваться принципом, «Нет преступления и нет вины, нет наказания и нет взыскания, если нет закона».

Злоупотребление аналогии в области уголовного законодательства имело место в фашистской Германии, где законом от 28 июня 1935 p. был отменен принцип «нет преступления без закона» и тем самым на законодательном уровне открыт путь для судебной произвола и расправы с политическими противниками. IV съезд Международной ассоциации уголовного права (Париж, 1937 p.) приговорил аналогию в уголовном праве и выступил против ее применения. В уголовном законодательстве Украины институт аналогии отсутствует. Статья 58 Конституции Украины провозглашает: «Никто не может отвечать за деяния, которые на время их совершения не признавались законом как правонарушения.

При наличии пробела в области гражданского законодательства суды не могут отказать в правосудии, ссылаясь на отсутствие закона. В случае пробелов в гражданско-правовых отношениях применяется аналогия двух видов аналогия закона; аналогия права.

Аналогия исключается, если она прямо запрещена законом или если закон связывает наступление юридических последствий с наличием конкретных норм. В процессе применения аналогии закона должен быть соблюден ряд требований:

1) сначала нужно определить, что ситуация, требующая решения имеет юридический характер и должна быть решена с помощью правовых средств;

2) необходимо убедиться, что в законодательстве отсутствует норма, которая непосредственно может регулировать данный случай и на основе которой можно решить дело;

3) определить норму права, которая регулирует аналогичные случаи, и на ее основе решить дело;

4) дать мотивированное обоснование причин применения аналогии именно в данном конкретном случае.

Применение аналогии закона должно осуществляться с соблюдением определенных принципов:

1) Законности, т.е. принятие решения должно осуществляться в пределах полномочий органа правоприменения, по процедуре, установленной законом, и в предусмотренной законом форме.

2) обоснованности - данный принцип требует применения аналогии закона лишь на основе знаний об объективно истинных юридических фактах, которые предусмотрены гипотезой нормы права.

3) целесообразности - нужно выбрать именно ту норму, которая наиболее эффективным и оптимальным способом позволит достичь цели правового регулирования.

Применение аналогии закона не является способом произвольного решения дела. Принятие решения осуществляется в соответствии с государственной волей, которая отражена как в правовой системе в целом, так и в отдельных правовых нормах, регламентирующих аналогичные отношения. С помощью аналогии закона органы правоприменения не ликвидируют пробелы в праве, а только их преодолевают.

Институт аналогии закона не применяется в административном и уголовном праве.

Аналогия права - это решение конкретного юридического дела на основе общих принципов права (справедливости, равенства перед законом и судом и т.д.). Данным путем возможно ликвидировать пробелы в праве при отсутствии нормы права, которая бы регулировала данный вид общественных отношений, или аналогичные случаи во всех смежных отраслях права.

Аналогия права применяется тогда, когда:

• нет нормы, которая прямо предусматривает данный случай;

• нет нормы, предусматривающей подобный случай.

 При решении дела по аналогии закона и аналогии права необходимо соблюдать следующие условия:

1) аналогия допустима лишь в случае полного отсутствия или неполноты правовых норм;

2) общественные отношения, к которым применяется решение по аналогии, должны быть урегулированы хотя бы в общей форме, т.е. находиться в сфере правового регулирования;

3) наличие сходства (аналогии) анализируемых обстоятельств и обстоятельств, предусмотренных имеющейся нормой, должно быть в существенных, юридически равнозначных признаках; расхождение - в деталях, в несущественном;

4) поиск нормы, регулирующей аналогичный случай, должно идти сначала в актах той же отрасли права, в случае отсутствия таковой - в другой сфере и в законодательстве в целом;

5) произведенное в ходе использования аналогии правовое решение не должно противоречить действия распоряжений закона, его цели;

6) обязательно должен быть мотивированное объяснение причин применения решения по аналогии к данному случаю.

При применении аналогии права существенное значение имеют принципы права, которые закрепляются в конституции. Поскольку нормы Конституции Украины являются нормами прямого действия, то правоприменитель, исходя из собственного правосознания, может мотивировать решение по делу, ссылаясь на конституционные нормы.

3. СУБСИДИАРНОЕ ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА В УСТРАНЕНИИ ПРОБЕЛОВ

Для устранения пробелов в законе используется также субсидиарное применения норм права - дополнительное применение одного института или отрасли права к отношениям, регулируемым другим институтом или отраслью права.

Субсидиарное применение правовых норм к разным отношениям, как правило, закрепленно в законе. Есть случаи субсидиарного применения, которые прямо законом не предусмотрены.

Теоретическим основанием субсидиарного применения является системность права, разделение его на взаимосвязанные отрасли и институты. Так, семейное право выделилось в самостоятельную отрасль из гражданского права и находится с ним в тесной связи благодаря сходству регулируемых общественных отношений и метода их правового регулирования. В Кодексе о браке и семье, в частности, закрепляется, что правоприменитель должен руководствоваться предписаниями норм гражданского права, устанавливающего сроки исковой давности. Общие положения и нормы гражданского права применяются к:

1) отношениям, регулируемым трудовым правом, если те или иные вопросы не урегулированы трудовым законодательством;

2) регулирование отношений, возникающих в связи с охраной окружающей среды, если они не урегулированы экологическим законодательством;

3) отношений, регулируемых семейным законодательством, если те или иные вопросы им не урегулированы.

Следует учесть, что в некоторых областях права субсидиарное применение норм гражданского права отменено самим законодателем, а в других случаях, несмотря на отсутствие прямого запрета в законодательстве, оно недопустимо. Так, с нормами собственно трудового, семейного, экологического права общие положения гражданского права в порядке субсидиарности не могут применяться. Субсидиарное применение возможно лишь с нормами, включенными в качестве дополнительных в законодательные акты о семейные, трудовые и некоторые другие отношения.

Регулирование взаимоотношений любой отраслью права осуществляется, как правило, лишь собственными отраслевыми средствами. Субсидиарное применения норм права является исключением из общего правила.

ВЫВОДЫ

право закон пробел норма

В правоприменительной практике иногда возникают ситуации, когда спорное отношение имеет правовой характер, входит в сферу правового регулирования, но не предусмотрено конкретной нормой права. Правоприменитель обнаруживает пробел в законодательстве.

Пробел в законе - это полное или частичное отсутствие необходимых юридических норм в данном законе.

Пробел в праве - это полное или частичное отсутствие в действующих нормативно-правовых актах необходимых юридических норм.

В юридической литературе выделяют объективные и субъективные причины существования пробелов в праве:

1) неумение законодателя отразить в нормативных актах все многообразие жизненных ситуаций, требующих правового регулирования (первоначальные пробелы).

2) неумение законодателя предусмотреть появление новых жизненных ситуаций в результате постоянного развития общественных отношений, осуществить по ним определенные законодательные действия (дальнейшие пробелы).

3) технические ошибки законодателя, допущенные при разработке законов и в использовании приемов юридической техники.

Пробелы в праве возникают, как правило, там, где есть противоречивость норм одинаковой силы, когда одна из них «уничтожает» другую.

При наличии пробелов в законе законодатель предлагает правоприменителю разное поведение.

Как выход из такой ситуации есть два варианта: первый заключается в принятии компетентным органом правового акта, регулирующего данный вопрос. Однако этот процесс является длительным и сложным. Поэтому для оперативного решения применяется второй вариант, заключающийся в аналогии закона и аналогии права. Аналогия закона - это применение для регулирования данных отношений закона, который регулирует аналогичные отношения. Аналогия права - это решение конкретных вопросов, с использованием при этом общих идей и принципов права, когда отсутствуют акты, регулирующие как конкретные отношения, так и аналогичные им.

Для устранения пробелов в законе используется также субсидиарное применения норм права - дополнительное применение одного института или отрасли права к отношениям, регулируемым другим институтом или отраслью права.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1.Алексеев С.С. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. //Электронный ресурс: http:// www.lawbook.by.ru/ theory/ alexeev/ cont.shtml

2. О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко Теорія держави і права. Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2006.-216с.

3. Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник / Пер. с рус. - Харьков: Консум, 2001. - 656с.