Министерство науки И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ Российской Федерации

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования

**«КУБАНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

**(ФГБОУ ВО «КубГУ»)**

**Факультет юридический им. А.А.Хмырова**

**Кафедра теории и истории государства и права**

**КУРСОВАЯ РАБОТА**

**ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ**

|  |
| --- |
| Работу выполнил \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_В.А. Щучкин |
|  (подпись) |
| Направление подготовки 40.04.01 Юриспруденция курс 1 |
|  (код, наименование)Магистерская программа Юридическая техника в профессиональной деятельности юриста |
| Научный руководитель канд. юрид. наук, доц. \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_И.С. Кич |
|  (подпись, дата) |
| Нормоконтролер канд. юрид. наук, доц. \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_И.С. Кич |
|  (подпись, дата) |

Краснодар 2020

СОДЕРЖАНИЕ

Введение 3

1 Пробелы в праве: понятие и причины возникновения 5

1.1 Понятие и виды пробелов в праве 5

1.2 Проблемы появления пробелов в праве и их профилактика 10

2 Аналогия права и аналогия закона 16

2.1 Аналогия права и аналогия закона как способы преодоления пробелов 16

2.2 Пределы применения аналогии права и аналогии закона в российской правовой системе 20

Заключение 25

Список использованных источников 27

ВВЕДЕНИЕ

Проблема пробелов в праве была и остается одной из наиболее обсуждаемых проблем в правоведении. Насколько совершенным не было бы в стране законодательство, оно не может учитывать абсолютно все разнообразие общественных отношений, нуждающихся в правовом регулировании.

Пробелы в праве нередко ведут к несоблюдению прав человека, к подрыву доверия людей к власти, нарушению системности и согласованности правовых норм, усложняют применение права. Поэтому государству необходимо приложить усилия для быстрого обнаружения и устранения пробелов в законодательстве, а также для предупреждения их появления. Пробелы в праве зачастую выявляются при применения права, в том числе и судебными органами.

Независимо от того, сколько исторических этапов пройдет государство, пробелы в праве будут существовать всегда, поэтому этот вопрос так актуален.

Целью курсовой работы является рассмотрение и характеристика отношений, которые появляются при пробелах, а также аналогии закона и аналогии права.

Согласно поставленной цели были сформулированы следующие задачи:

- изучить понятие и виды пробелов в праве.

- исследовать причины появления пробелов в праве и их профилактику;

- рассмотреть аналогию закона и аналогию права;

- установить пределы применения аналогии закона и аналогии права.

Объектом проведения данного исследования являются отношения, возникающие при появлении пробелов в праве.

Предметом данной работы являются пробелы в праве как правовое явление, аналогия закона и аналогия права как способы преодоления пробелов в праве.

В данной курсовой работе были использованы следующие методы: анализ, системный и функциональный подходы, формально-юридический, а также историко-правовой метод.

Эти вопросы анализировали в рамках теории права многие российские и иностранные ученые, включая Морозову Л.А., Нерсесянца В.С., Лазарева В.В., Власенко Н.А. и многие другие.

Структура курсовой работы представляет собой введение, две главы основного содержания, первая из которых посвящена пробелам в праве, а вторая аналогии права и аналогии закона, заключение, и список использованных источников.

1. Пробелы в праве: понятие и причины возникновения

 1.1. Понятие и виды пробелов в праве

Одной из главных проблем, которые появляются в правоприменительной деятельности, являются пробелы в праве. В правовой науке их определяют, как частично или полностью отсутствующее правовое регулирование отношений, объективно нуждающихся в регулировании, и не имеющие возможности адекватно функционировать без установленных государством правовых норм. Динамика общественной жизни и развитие человечества порождают необходимость правового регулирования новых отношений, посредством принятия нормативно-правовых актов.[[1]](#footnote-1)

В Советском Союзе такого реагирования на пробельность права не наблюдалось. Термин «пробел в праве» в праве СССР не использовался, вместо него говорилось об отсутствии нормы, регулирующей определенные отношения и схожие с ними. Это было связано с колоссальным идеологическим влиянием на законодательство, оно считалось идеальным, превосходящим по своей эффективности и современности любое иностранное, даже несмотря на большое количество правок и дополнений к нему. Считалось, что проблемы с отсутствующими нормами своевременно решались законодателями. В зарубежной науке также имели место критические мысли, относительно пробелов в праве. Так Ф. Регельсбергер отрицает существование пробелов в праве, так как ни один судья не может отказать в решении под предлогом того, что для рассматриваеиого случая отсутствует норма права.[[2]](#footnote-2) Думается, что Регельсбергер, отрицая пробелы в праве на том основании, что судья должен дать решение по любому вопросу предполагает существование пробелов, на которые судья должен найти ответ.

Заметнее проблема пробелов в праве становится во время кодификации законодательства, когда обнаруживаются общественные отношения, неурегулированные правом. Устранение пробелов в праве делает законодательство более точным, исправляет его недостатки, а также дает возможность глубже понимать процесс применения права. Деятельность по выявлению пробелов в праве относится больше к практической работе, нежели к теоретической, потому как данный процесс возможен только при соприкосновении правых норм и общественных отношений, однако стоит заметить, что практическая деятельность всегда требует серьезной теоретической базы.

В. В. Лазарев, один из виднейших отечественных правоведов, под пробельностью права понимает такое положение, когда требующие правого регулирования общественные отношения, оказываются неурегулированными правом, то есть норма права, нужная для регулирования конкретных отношений, отсутствует.[[3]](#footnote-3) Существует и другое мнение, согласно которому пробелом в праве считают частично или полностью отсутствующее правовое регулирование конкретных отношений в определенной сфере, нуждающихся в регулировании и требующих его для нормального функционирования. В соответствии с данным подходом, пробелы не всегда являются ошибкой законодателя, нередко они возникают в результате развития общества, появления новых сфер и отраслей, нуждающихся в правовом регулировании. И. В. Михайловский под пробелом понимает ситуации, в которых реальные общественные отношения не соответствуют ни единой из действующих правовых норм.[[4]](#footnote-4)

Пробелы в праве возникают, когда среди имеющихся норм нет ни одной, совпадающей всеми своими элементами с теми, какие нужны для регулирования конкретных общественных отношений. Нужное сочетания элементов или совсем отсутствует, или имеется сочетание, только отчасти совпадающее.

Для того, чтобы определить наличие пробела в праве, необходимо не только выявить неполноту норм или их отсутствие, но и доказать, что существование этих норм необходимо, а общественные отношения находятся в сфере действия права.

Классификация пробелов проводится по различным критериям. Ученые разделяют пробелы по объему регулирования общественных отношений, по времени появления, по наличию вины законодателя, по объему источника права. Помимо этого, пробелы в праве классифицируют на основе такого критерия, как истина, выделяя пробелы мнимые и реальные.

Мнимый пробел появляется, когда законодатель считает, что те или иные вопросы не подлежат регулированию правовыми средствами. Действительный или реальный пробел это пробел, который имеет место при отсутствии правового регулирования общественных отношений, нуждающихся в регулировании. В данном случае реальный пробел полностью совпадает с определением пробела как такового.[[5]](#footnote-5)

Еще одним видом пробелов являются коллизионные. Коллизионный пробел возникает при наличии противоречия между двумя нормами, отменяющими друг друга, и когда нет возможности это противоречие устранить. З. Зембиньский выделил два вида коллизионных пробелов:

1) логические пробелы - в них одна норма запрещает определенное действие, а другая разрешает.

2) праксиологическое несоответствие норм - здесь реализация одной нормы препятствует реализации другой.[[6]](#footnote-6)

В. В. Лазарев выдвинул ряд критериев, основываясь на которых можно провести классификацию пробелов:

- содержание правового материала;

- причины и время возникновения пробела;

- степень вины в возникновении и отношение законодателя к пробелам;

- способы выявления пробела;

- меры, принимаемые для его устранения.

Помимо этого, Лазарев выделил три признака, наиболее подходящих для деления пробелов на виды:

- разделяя пробелы по структуре права, существуют пробелы в законе, в распоряжении, постановлении и т.п.;

- в зависимости от отрасли права;

- по времени возникновения.

Используя последний критерий, ряд отечественных правоведов делит пробелы на первоначальные и последующие. Пробелы, возникающие при принятии нормативно-правового акта, называют первоначальными. Этот вид пробелов возникает, если законодатель не знал об общественных отношениях, нуждающихся в правовом регулировании, либо не знал о необходимости правового регулирования этих отношений, или же упустил регулирование общественных отношений, осознавая необходимость в этом.[[7]](#footnote-7)

Возникающие в период действия нормативного акта пробелы, называют последующими. Они возникают одновременно с новыми общественными отношениями, подлежащими регулированию.

Есть и ряд других классификаций. По объему регулирования общественных отношений пробелы делят на:

- возникающие из-за отсутствия в законодательстве правовых норм, регулирующих существующие отношения, нуждающиеся в регулировании;

- возникающие из-за неполноты правового регулирования общественного отношения.

По вине законодателя:

- простительными называют пробелы, возникшие из-за того, что законодатель не знал и не мог знать об общественном отношении, подлежащем регулированию;

- непростительные возникают, когда законодателю известно о существовании общественного отношения, требующего правового регулирования, однако действий по регулированию этого отношения им не принимаются.

По объёму источника права выделяют:

- абсолютные – этот вид возникает в силу того, что полностью отсутствуют необходимые для регулирования определенной сферы отношений нормы права, как в отрасли права, к которой относятся данные отношения, так и в других;

- относительные пробелы возникают при отсутствии норм права в определенной отрасли права, но наличии применимых к общественному отношению норм в других отраслях.

Подводя итог можно сказать, что пробелы в праве возникают, когда среди имеющихся норм нет ни одной, совпадающей всеми своими элементами с теми, какие нужны для регулирования конкретных общественных отношений. Пробелы устраняются и преодолеваются. Устранить пробел можно приняв новую норму права. А преодолеть - посредством аналогии закона и аналогии права, не создавая при этом новых норм права.

Классифицировать пробелы в праве можно по различным основаниям, однако деление пробелов на виды имеет значение лишь для исследования причин возникновения пробелов и мер их профилактики. Нет никакой зависимости принадлежности пробела к определенному виду и особенностями способов их преодоления.

1.2. Проблемы появления пробелов в праве и их профилактика

Перед рассмотрением причин пробелов в праве необходимо отметить, что даже самое совершенное законодательство не может предсказать, предусмотреть все выходящие за рамки обычных ситуации, которые могут возникнуть в процессе жизнедеятельности человека и общества, и вызвать необходимость правового регулирования. Это связано не столько 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.

Законодателю необходимо выявлять и устранять пробельность в законе, после чего делать вывод, регулирует ли законодательство выявленное общественное отношение или же всё ещё есть пробел и нужно принять меры по изданию новых необходимых законодательных актов. Перед правоприменителем, и теми, кто реализует свои права и обязанности, стоит вопрос о практических шагах по преодолению пробела в законодательстве, когда он возникает в сфере их правовой деятельности. Именно они указывают законодателю на возникший пробел в правовом поле соответствующих отношений.

Причины возникновения пробелов, разделяют на два вида: объективные и субъективные.[[8]](#footnote-8) Объективными считают:

- новые общественные отношения, возникающие в результате развития экономической, политической, культурной жизни граждан;

- слабая законодательная активность в условиях изменчивости общественной жизни;

- значительное число дополнений, правок в законодательство.

Объективные по своему характеру пробелы обусловлены, прежде всего, новыми общественными отношениями, новыми сферами жизни общества, которые не подпадают под регулирование правом.

К этим причинам также относят нарушения органических отношений в правовой системе, связь права с правовой культурой, правосознанием; отсутствие законодательного выражения объективных потребностей общества и его особенностей.

Объективные пробелы возникают прежде всего при появлении новых общественных отношений, нуждающихся в законодательном урегулировании. Законодатель не успевает принимать новые нормы права в условиях стремительно развивающихся науки, техники, рынка, государства и так далее.

Исходя из этого, объективные причины появления пробелов обусловлены несколькими факторами, в первую очередь, сменой политического и экономического строя в стране, из-за чего возникает необходимость в коренной переработке законодательства и принятии новых норм права, регулирующих огромное количество появившихся сфер общественных отношений.

Объективной причиной пробелов также являются новые общественные отношения, нуждающиеся в правовом регулировании, для которых в действующем законодательстве отсутствуют нужные нормы.

Кроме объективных причин пробельности, есть и субъективные, к которым относят ошибки, недочеты в законотворческой деятельности, низкое качество знаний и навыков участников законотворчества. Из-за этого законодательство может содержать нормы, фактически не применяющиеся, потерявшие свою значимость, но не отмененные. Издавая новые законы или отменяя старые, законодатель не всегда соблюдает правила юридической техники, из-за чего в законодательстве содержатся нормы, потерявшие свое значение, однако не отмененные. Важно и соблюдение правил юридической техники, логических, структурных, языковых и других правил в законотворческом процессе, так как их нарушение ведет к ошибкам в принятом законе, порождающим пробелы и другие проблемы, затрудняющие правоприменительную деятельность.

Карев Д. А. в качестве субъективных причин появления пробелов называет слабую проработку механизма подготовки и принятия проектов законов, выражающуюся в отсутствии конституционного контроля в процессе законотворчества, допускаемых ошибках в тексте принимаемого закона, в слабом научно-экспертном обеспечении законотворческого процесса, во внесении нелогичных, беспорядочных изменений в законодательство.[[9]](#footnote-9) В совокупности всех перечисленных факторов, действующие в данный момент нормативно-правовые акты, излишне перегружены отсылочными нормами, содержащими в себе массу правовых неточностей, порой приводящих к нарушению прав и свобод человека.

Таким образом, субъективными причинами пробельности права можно назвать: ошибки и недальновидность участников законодательного процесса, низкий уровень культуры законотворчества.

Итак, повышение качества правовых норм согласно объективно возникающим потребностям, возникновением ранее не существовавших общественных отношений, которые законодатель предвидеть не мог, составляет одну из главнейших закономерностей развития отечественных отраслей права. Пробелы появляются по объективным причинам, в большей степени из-за возникновения не существовавших ранее общественных отношений, появившихся в связи с развитием науки, технологий, экономики, культуры, политики и социальной жизни общества, возникновения новых сфер общественных отношений, не урегулированных правом.

Субъективные причины пробелов заключаются в ошибках или недальновидности законодателя, из-за чего уже известные общественные отношения остаются неурегулированными правом.

Процесс появления пробела в праве начинается одновременно с началом процесса составления текста законопроекта. При этом действующая процедура издания нормативно-правовых актов органами законодательной власти не включает в себя действия, направленные на профилактику появления пробелов в праве. Задачей законодателя является правотворческая деятельность, а при выявлении в процессе правоприменения пробела в праве, законодательный орган принимает меры по его устранению, посредством издания недостающей нормы.

Как известно для устранения пробела в праве нужно принять новый закон, или подзаконный нормативный акт, принимаемый в процессе правотворческой деятельности для дополнения действующего закона.[[10]](#footnote-10) Однако, издание необходимой нормы для устранения пробела занимает длительное время, и до момента издание новой нормы законодателем, правоприменителям будет трудно, а иногда и невозможно принять решение в конкретной юридической ситуации. Из чего следует, что интересы лиц, отношения которых не урегулированы законом, остаются в подвешенном состоянии.

В данном случае решить проблему с пробелом в праве могут аналогия закона и аналогию права. Однако, здесь речь идет о преодолении пробела в праве, а не о его устранении. Компенсирование недостающих правовых актов осуществляется при помощи правоприменительной практики. Аналогия закона позволяет обеспечить разрешение конкретной ситуации, используя правовую норму, регулирующую похожие ситуации, и при этом не содержащую в своей структуре пробела, таким образом, пробел компенсируются в действующей норме права иного нормативно-правового акта.[[11]](#footnote-11) Используя аналогию права, разрешение подобной ситуации осуществляется путем использования общих принципов и начал права.

Для предупреждения появления пробелов в праве в процессе издания нормативно-правового акта, предлагают изменить существующую процедуру правотворчества. Предупреждать появление пробелов в праве предлагается путем:

1. Привлечения в обязательном порядке судов к законотворческому процессу. Согласно статье 104 Конституции Российской Федерации, право законодательной инициативы есть у Конституционного Суда и Верховного Суда Российской Федерации, касательно вопросов их ведения. Судебные органы занимаются обобщением судебной практики, а также проводят анализ действующего законодательства.[[12]](#footnote-12) Будучи основным правоприменителем, суд выявляет пробелы, а также способен искать способы по их устранению и преодолению.

2. Получения дополнительных знаний в области правотворчества, путем повышения квалификации, получения дополнительного образования, прохождения специальных курсов или повышения иными способами уровня знаний в области правотворчества. Люди, непосредственно связанные с правотворческой деятельностью, обязаны обладать специальной высококвалифицированной подготовкой в области правотворческой деятельности.

3. Законодательного установления порядка устранения и преодоления выявленных пробелов.

4. Увеличения гласности и доступности законодательной деятельности, участия гражданского общества в законодательном процессе на всех его этапах.[[13]](#footnote-13)

Также, участие в разработке законопроектов такого социально-правового института, как адвокатура, предоставление возможности адвокатам давать официальные заключения и рекомендации по законопроекту, или участие представителей от адвокатуры в комитетах, рабочих группах по разработке законопроектов, может помочь в предупреждении, раннем обнаружении пробелов в праве.

Достижение поставленного результата законом и его эффективность, зависит от того, насколько грамотно законодатель применяет в своей деятельности средства юридической техники. Несоблюдение логических, структурных, языковых и других правил в законотворческом процессе неизбежно ведут к появлению пробелов в праве, противоречий, неясности правовых предписаний и многим другим проблемам.

2. Аналогия права и аналогия закона

2.1. Аналогия права и аналогия закона как способы преодоления пробелов

Решение вопросов дефиниции, причин появления, классификации пробелов, а также установления способов выявления пробелов, составляет основу разрешения проблемы устранения пробелов в праве. Обнаружение пробелов не означает их целенаправленного поиска. Как правило, пробел обнаруживается каким-либо органом, который ввиду отсутствия нужного правового инструмента не может ответить на поставленные перед ним вопросы. Для законодателя же это не одна конкретная ситуация, а целый ряд возникающих отношений.

Помимо прочих, предлагаемых различными учеными способов преодоления пробельности права, в научной литературе выделяют два основных способа:

- аналогия закона;

- аналогия права.

Первый способ - аналогия закона. Она применяется, когда нужная для регулирования отношения норма отсутствует, однако в законодательстве есть схожая, регулирующая отношения, близкие к рассматриваемым.

Чтобы применить аналогию закона, необходимо соблюдение нескольких условий:

- отсутствие нужной нормы права;

- регулирование общего характера;

- существование в законодательстве схожей нормы права.[[14]](#footnote-14)

Близость юридических фактов дает возможность использовать диспозицию схожей нормы. Необходимость использования этого способа обоснована тем, что решение по каждому вопросу непременно должно основываться на законе. Поэтому при отсутствии нормы, регулирующей спорный случай, нужно найти норму, которая регулирует схожие со спорным отношения.

Нужно заметить, что допущение применения аналогии закона в гражданском праве содержится в статье 6 ГК РФ, согласно которой, при наличии напрямую не урегулированных законом или договором отношений, отсутствии применимого к данным отношениям обычая делового оборота, применяется гражданское законодательство, регулирующее схожие отношения, если это не противоречит существу регулируемых отношений.[[15]](#footnote-15)

Российские суды применяют аналогию закона в своей деятельности. По мере необходимости применяет ее в своей практике и Верховный суд РФ. Примером здесь может быть Определение от 17 декабря 2018 г. по делу № А12-7582/2018, в котором установлено следующее: истец заявляет, что статья 46 НК РФ, устанавливающая порядок взыскания налога, сбора, страховых взносов, а также пеней, штрафа за счет денежных средств с организаций и индивидуальных предпринимателей не содержит правил исчисления срока взыскания задолженности для случаев отмены судебного приказа. Однако, в пункте 3 статьи 48 НК РФ сказано, что данные требования в отношении физических лиц могут быть предъявлены не позднее шести месяцев со дня вынесения судом определения об отмене судебного приказа. Учитывая вышеизложенное, пункт 3 статьи 48 НК РФ подлежит применению в данном случае по аналогии закона.[[16]](#footnote-16)

Следующим способом преодоления пробела в праве является аналогия права, при котором принимаемое по вопросу решение, основывается на общих принципах права, таких как справедливость, равенство перед законом, гуманизм и т.д.

Аналогия права является менее точным средством преодоления пробела по аналогии и возможна при соблюдении следующих условий: наличие общественных отношений, неурегулированных правом и отсутствие нормы, регулирующей сходные отношения, вследствие чего невозможно разрешение вопроса используя аналогию закона.

Для разрешения ситуации используются как общие положения национального права, так и общепризнанные принципы и нормы международного права.

Примером использования аналогии права для разрешения неурегулированного правом спора, может быть решение Центрального районного суда г. Сочи по делу о выделе доли в праве общей долевой собственности, в котором суд приходит к выводу, что установленный законом общий порядок раздела жилого дома применяется по аналогии права и к разделу квартиры, с особенностями, установленными ЖК РФ.[[17]](#footnote-17)

Л. А. Морозова считает, что аналогия закона и аналогия права - исключительные средства. Кроме того, использование аналогии не устраняет пробел, а лишь позволяет разрешить конкретный вопрос.[[18]](#footnote-18) В. С. Нерсесянц согласен с данным заключением, и отмечает также, что решение вопросов, связанных с пробелами в уголовном праве, применением аналогии недопустимо.[[19]](#footnote-19)

Итак, выделяют два основных способа преодоления пробелов в праве, применение которых разрешено законом. Институт аналогии применяется судебных делах в разных сферах законодательства. Разрешая дело, касающееся отношений, которые полностью или частично не урегулированы правом, но подлежат правовому воздействию, суды нередко используют институт аналогии. Нужно заметить, что ранее суды предпочитали не говорить об аналогии, при этом ссылаясь в процессе решения дела на нормы, регулирующие схожие со спорными отношения, однако сейчас правоприменители прямо указывают на применение аналогии в каждом таком случае, и при изложении судами правовых позиций, предложений и рекомендаций, включаемых в обобщения, обзоры и руководящие разъяснения, по отдельным проблемам, возникающим у судов.

Использование института аналогии для решения проблем, вызванных пробелами в праве, законодательно закреплено в ч. 3 ст. 11 Гражданского процессуального кодекса РФ[[20]](#footnote-20), ст. 5 Семейного кодекса РФ[[21]](#footnote-21), ст. 2 Кодекса административного судопроизводства РФ[[22]](#footnote-22) и других. Нужно заметить, что аналогии права и закона, несмотря на чёткую регламентацию и большое количество ситуаций, в которых они могут применяться, всё же не являются идеальным способом преодоления пробелов. Разрешение вопроса при помощи аналогии не ликвидирует пробельность, решение конкретного случая только заделывает брешь в праве. Поэтому необходимо разрабатывать вспомогательные способы устранения пробелов.

2.2. Пределы применения аналогии права и аналогии закона в российской правовой системе

Аналогию, как определенную логическую операцию, можно охарактеризовать как способ преодоления пробелов, позволяющий правоприменителю решать возникшие перед ним проблемы, при столкновении с пробелом. Аналогию можно применять только там, где она специально не запрещена, и где наступление правовых последствий не связано с определенным законом. Существуют некоторые условия для применения аналогии:

1) рассматриваемые обстоятельства и обстоятельства, которые урегулированы законодателем, должны быть схожи в существенных признаках;

2) возможность применять аналогию есть лишь при отсутствии или неполноте правовых норм;

3) аналогию нельзя применять, когда есть прямой запрет на ее применение либо, когда наступление юридических последствий связано с применением конкретной нормы;

4) правоположение, полученное при применении аналогии, должно соответствовать предписаниям закона;

5) применяя аналогию, необходимо искать норму права в той же отрасли, и лишь при отсутствии таковой, обращаться в иной отрасли или законодательству в целом.

Основными способами преодоления пробелов являются аналогия закона и аналогия права. Их применение в России предусмотрено рядом нормативных актов. Применение аналогии закона требует соблюдения несколько условий: отсутствует регулирование отношений законом или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай; в законодательстве есть норма, регулирующая сходные отношения; применение аналогии закона не противоречит существу отношений. Для применения аналогии закона, каждое из этих условий должно быть соблюдено.

Аналогия права, в отличие от аналогии закона, основывается на общеправовых принципах, прежде всего таких, как законность, справедливость, гуманизм, равенство всех перед законом, и отраслевых принципах. Законодатель устанавливает приоритет аналогии закона перед аналогией права, так как применение последней связано с большей неопределенностью.[[23]](#footnote-23) Таким образом, аналогия права применяется, когда применение аналогии закона невозможно.

Указание на возможное применение аналогии закона содержится в ст. 6 Гражданского кодекса, ст. 5 Семейного кодекса, ст. 7 Жилищного кодекса[[24]](#footnote-24), ст. 11 Гражданского процессуального кодекса, ст. 13 Арбитражного процессуального кодекса[[25]](#footnote-25) и ст. 2 Кодекса административного судопроизводства.

Нормы Трудового кодекса не предусматривают случаи применения аналогии закона к трудовым отношениям.

В судебной практике аналогия закона применяется при определении выплаты выходного пособия и иных компенсационных сумм при увольнении по сокращению, порядка компенсации расходов на оплату проезда работником, осуществляющим трудовую деятельность в районах Крайнего Севера, в спорах о компенсации морального вреда, при разрешении трудовых споров о взыскании с работников суммы отпускных за неотработанные дни отпуска,

Трудовое право имеет свой предмет и метод правового регулирования, и зачастую применение аналогии закона невозможно, так как трудовые отношения существенно отличаются от других отношений. Однако, законодатель часто не оставляет правоприменителю другого выхода, кроме обращения к аналогии права и межотраслевой аналогии. Поэтому нельзя полностью исключать возможность использования аналогии закона в трудовом праве.[[26]](#footnote-26)

В научной литературе в области налогового права, ряд авторов высказывают мнение о недопустимости аналогии в данной сфере. Думается, что подобные мысли возникают ввиду отсутствия в Налоговом кодексе нормы, дозволяющей использование аналогии, а так же решения ВАС РФ о недопустимости применения норм налогового законодательства по аналогии.

Нужно заметить, что отказ от аналогии может лишить субъектов налоговых правоотношений правового инструмента по защите их интересов при столкновении с пробелами в налоговых отношениях. Любой запрет аналогии, как бы он ни был сформулирован, должен рассматриваться в качестве установления пределов аналогии, но не как отказ от нее. Правовой основой применения аналогии закона в рассмотрении налоговых споров в арбитражном суде является ст. 13 АПК РФ.

Нормы арбитражного процессуального права не устанавливают запрет на применение аналогии закона при разрешении налоговых споров, вследствие чего, если какой-либо вопрос налоговым законодательством не урегулирован, налогоплательщик может применить аналогичные нормы налогового законодательства, регулирующие сходные правоотношения.

В КоАП РФ также не содержится указаний на счет применения аналогии закона. В ч. 1 ст. 2.1 КоАП РФ содержится закрытый перечень административных правонарушений, а это значит, что отсутствующее в кодексе деяние не считается законодателем правонарушением, поэтому и говорить о пробеле в данном случае не приходится.[[27]](#footnote-27) Соответственно аналогия в административном праве не применяется.

Аналогия недопустима и в уголовном праве. В данном случае есть прямое указание на запрет в ч. 2 ст. 3 УК РФ, где сказано о недопустимости применения уголовного закона по аналогии.[[28]](#footnote-28) При этом, аналогия закона используется в уголовно-процессуальном праве. Так, при проведении очной ставки, поскольку в статье 192 УПК РФ субъекты очной ставки не определены, но есть отсылка к статье 164 УПК РФ, закрепляющей общие правила производства следственных действий и содержащей положение, согласно которому следователь привлекает к участию в следственных действиях участников уголовного судопроизводства, указанных в главах 6 - 8 УПК РФ.[[29]](#footnote-29) Кодекс также не содержит положения, регулирующие место и время проведения очной ставки, поэтому здесь по аналогии применяется статья 187 УПК РФ, устанавливающая место и время допроса. В соответствии с частью 2 статьи 189 УПК РФ в процессе допроса следователю запрещается задавать наводящие вопросы. Подобной нормы уголовно-процессуальным законодательством не предусмотрено и для дознавателя, поэтому названая статья применяется по аналогии и к нему.[[30]](#footnote-30)

Однако, по мнению Е. И. Самохваловой, допустимо применение уголовно-правовых правил по аналогии в случаях, когда Уголовный кодекс содержит открытый перечень обстоятельств, например, использование словосочетания «и другие» в перечислении. Таким образом, в российском уголовном праве аналогия может быть применима.[[31]](#footnote-31)

Пробелы в праве будут возникать всегда, это неизбежно. В настоящее время институт аналогии законодательно закреплен в российской правовой системе, но существует разная степень допустимости аналогии в различных отраслях права. Есть отрасли, в которых применение аналогии ограничено или недопустимо, ввиду возможного нарушения прав граждан.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Учеными долгое время не уделялось должного внимания понятию пробела в праве. Однако, возникновение новых общественных отношений хорошо показывает несовершенство и пробельность права, что вызывает необходимость поиска способов разрешения спорных ситуаций.

Большинство ученых сходятся во мнении, что пробел в праве - это правовая неопределенность, частично или полностью отсутствующее правовое регулирование отношений, объективно нуждающихся в регулировании, и не имеющие возможности адекватно функционировать без установленных государством правовых норм.

Пробелы в праве являются существенным недостатком правовой системы, однако их возникновение неизбежно, ведь законотворческой деятельностью занимаются люди, а люди могут ошибаться, особенно в условиях постоянного развития и видоизменения общественных отношений. Абсолютно естественно, что между возникновением потребности правового регулирования и осознанием этой потребности, а тем более принятием необходимых правовых решений лежит серьезный отрезок времени, что и является объективной причиной длительного существования пробелов.

Но существует и иная точка зрения по этому вопросу, некоторые ученые считают, что пробелы даже приносят пользу, так как позволяют суду, сталкиваясь с пробелом, разрешать дела на основе собственных представлений о справедливости. Другими словами, судьи из применителей права превращаются неизбежно в его толкователей и создателей, тем самым вынужденно возлагая на себя полномочия законодательного органа власти, который в свою очередь не справляется с возложенными на него обязанностями в полной мере. Возникновение многих общественных отношений просто не может быть предсказано законодателем, который и не стремится к регламентации абсолютно всех отношений, а лишь наиболее важных и существенных.

Правовая неурегулированность, частичная и полная, должна устраняться законодателем. Однако, пробел можно преодолеть в процессе правоприменения. Аналогия закона и аналогия права обеспечивает соответствие между правом и развитием общественных отношений, при этом, в российской правовой системе институт аналогии имеет различную степень допустимости. Говоря о неизбежности пробелов в праве, аналогию закона и аналогию права в правовой системе России стоит рассматривать не временными явлениями, а как естественный институт, обусловленный свойствами права.

Законодательства без пробелов не существует, однако решать эту проблему, или не давать ей разрастаться, должен законодатель, своевременно реагируя на возникновение новых и отмирание старых общественных отношений. Своевременные действия законодателя являются главным фактором решения этой проблемы.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 03.03.2014. N 9. Ст. 851.
2. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 02.12.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017) // Собрание законодательства РФ. 2002. N 30. Ст. 3012.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 2002. N 46. Ст. 4532.
5. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 N 188-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 2005. N 1. Ст. 14.
6. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 N 21-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 24.03.2020) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. N 10. Ст. 1391.
7. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 01.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 2002. N 1. Ст.1.
8. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020) // Собрание законодательства РФ. 1996. N 1. Ст. 16.
9. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 07.04.2020, с изм. и доп. от 12.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 1996. N 25. Ст. 2954.
10. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательстваРоссийской Федерации. 2001. N 52. Ст. 4921.

Судебная практика

# Определение судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.12.2018 по делу № А12-7582/2018 // [Электронный ресурс] – URL: http://vsrf.ru/stor\_pdf\_ec.php?id=1719310 (Дата обращения: 13.05.2020)

# Решение Центрального районного суда г. Сочи Краснодарского края от 15.05.2019 по делу № 2-2396/2019 // [Электронный ресурс] – URL: https://sudact.ru/regular/doc/oCEh6YhwPDLT/?page=2&regular-court=&regular-date\_from=&regular-case\_doc=&regular-lawchunkinfo=&regular-workflow\_stage=&regular-date\_to=&regular-area=&regular-txt=применение+по+аналогии+права&\_=1589390846883&regular-judge=&snippet\_pos=2888#snippet (Дата обращения: 13.05.2020)

Монографии, учебники, учебные пособия, комментарии

1. Власенко Н. А. Теория государства и права: учебное пособие. 3-е изд., доп. и испр. М., 2020. 480 с.
2. Исаков В. Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов. М., 2020. 656 с.
3. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения: монография. М., 2019. 184 с.
4. Лазарев В. В. Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата. 5-е изд., испр. и доп. М., 2019. 521 с.
5. Михайловский И. В. Очерки философии права. Том 1. Томск, 1914. 628 с.
6. Морозова Л. А. Теория государства и права: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2020. 464 с.
7. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 2020. 560 с.
8. Шагиева Р. В. Актуальные проблемы теории государства и права: учеб. пособие. 2-е изд., пересмотр. М., 2019. 576 с.
9. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. 806 с.

Научные статьи

1. Барыгина А. А., Федорова И. В. Применение аналогии закона и аналогии права в уголовном судопроизводстве. // Вопросы российской юстиции. 2019. № 1. 8 с.
2. Брюхова А. А. Аналогия закона и аналогия права. // Актуальные проблемы современной юридической науки и практики. Сборник научных статей по материалам международной студенческой научно-теоретической конференции. 2018. 4 с.
3. Зайцева Е. С. Принципы права как критерий установления пределов правового регулирования при применении аналогии права. // Принципы права: проблемы теории и практики. Материалы XI международной научно-практической конференции: в 2-х частях. 2017. 6 с.
4. Карев Д. А., Никитина А. А. Пробелы в праве и законодательстве: понятие, причины и способы устранения. // Синергия наук. 2019. № 33. 7 с.
5. Краснов А. В. К вопросу о роли судебной практики в преодолении и восполнении пробелов в праве. // Вестник экономики, права и социологии. 2018. № 2. С. 2
6. Панов Н. Н. К вопросу о дефиниции, причинах возникновения и способах устранения пробелов в праве. // Научные исследования высшей школы. Сборник статей II Международной научно-практической конференции: в 2 ч. 2020. 4 с.
7. Петров А. А. Может ли коллизия юридических норм порождать пробел в праве? // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 432. 6 с.
8. Самохвалова Е. И. О критериях правильности использования аналогии в уголовном праве. // Идеи и принципы всеобщей декларации прав человека: состояние и перспективы реализации, национальный и международный опыт. Материалы ежегодной Всероссийской научно-практической конференции. 2018. 8 с.
9. Янович Е. Ю. К вопросу о пробелах в частном праве. // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 4. 5 с.

Диссертации, авторефераты диссертаций

1. Панасюк О.С. Пробелы в праве и способы их преодоления и устранения: автореф. дис. канд. юрид. наук. Ставрополь, 2012. 28 с.
1. Шагиева Р. В. Актуальные проблемы теории государства и права: учеб. пособие. 2-е изд., пересмотр. М., 2019. С. 441 [↑](#footnote-ref-1)
2. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 744 [↑](#footnote-ref-2)
3. Лазарев В. В. Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата. 5-е изд., испр. и доп. М., 2019. С. 287. [↑](#footnote-ref-3)
4. Михайловский И. В. Очерки философии права. Том 1. Томск, 1914. С. 425 [↑](#footnote-ref-4)
5. Панов Н. Н. К вопросу о дефиниции, причинах возникновения и способах устранения пробелов в праве. // Научные исследования высшей школы. Сборник статей II Международной научно-практической конференции: в 2 ч. 2020. С. 2 [↑](#footnote-ref-5)
6. Петров А. А. Может ли коллизия юридических норм порождать пробел в праве? // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 432. С. 3 [↑](#footnote-ref-6)
7. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения: монография. М., 2019. С. 31 [↑](#footnote-ref-7)
8. Власенко Н. А. Теория государства и права: учебное пособие. 3-е изд., доп. и испр. М., 2020. С. 259 [↑](#footnote-ref-8)
9. Карев Д. А., Никитина А. А. Пробелы в праве и законодательстве: понятие, причины и способы устранения. // Синергия наук. 2019. № 33. С. 3 [↑](#footnote-ref-9)
10. Янович Е. Ю. К вопросу о пробелах в частном праве. // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 4. С. 4 [↑](#footnote-ref-10)
11. Исаков В. Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов. М., 2020. С. 382 [↑](#footnote-ref-11)
12. 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) // Собрание законодательства РФ. 03.03.2014. N 9. Ст. 851. [↑](#footnote-ref-12)
13. Панасюк О.С. Пробелы в праве и способы их преодоления и устранения: автореф. дис. канд. юрид. наук. Ставрополь, 2012. С. 26 [↑](#footnote-ref-13)
14. Брюхова А. А. Аналогия закона и аналогия права. // Актуальные проблемы современной юридической науки и практики. Сборник научных статей по материалам международной студенческой научно-теоретической конференции. 2018. С. 2 [↑](#footnote-ref-14)
15. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301. [↑](#footnote-ref-15)
16. #  Определение судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.12.2018 по делу № А12-7582/2018 // [Электронный ресурс] – URL: http://vsrf.ru/stor\_pdf\_ec.php?id=1719310 (Дата обращения: 13.05.2020)

 [↑](#footnote-ref-16)
17. Решение Центрального районного суда г. Сочи Краснодарского края от 15.05.2019 по делу № 2-2396/2019 // [Электронный ресурс] – URL: https://sudact.ru/regular/doc/oCEh6YhwPDLT/?page=2&regular-court=&regular-date\_from=&regular-case\_doc=&regular-lawchunkinfo=&regular-workflow\_stage=&regular-date\_to=&regular-area=&regular-txt=применение+по+аналогии+права&\_=1589390846883&regular-judge=&snippet\_pos=2888#snippet (Дата обращения: 13.05.2020) [↑](#footnote-ref-17)
18. Морозова Л. А. Теория государства и права: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2020. С. 332 [↑](#footnote-ref-18)
19. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 2020. С. 495 [↑](#footnote-ref-19)
20. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 2002. N 46. Ст. 4532. [↑](#footnote-ref-20)
21. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020) // Собрание законодательства РФ. 1996. N 1. Ст. 16. [↑](#footnote-ref-21)
22. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 N 21-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 24.03.2020) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. N 10. Ст. 1391. [↑](#footnote-ref-22)
23. Зайцева Е. С. Принципы права как критерий установления пределов правового регулирования при применении аналогии права. // Принципы права: проблемы теории и практики. Материалы XI международной научно-практической конференции: в 2-х частях. 2017. С. 2 [↑](#footnote-ref-23)
24. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 N 188-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 2005. N 1. Ст. 14. [↑](#footnote-ref-24)
25. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 02.12.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017) // Собрание законодательства РФ. 2002. N 30. Ст. 3012. [↑](#footnote-ref-25)
26. Краснов А. В. К вопросу о роли судебной практики в преодолении и восполнении пробелов в праве. // Вестник экономики, права и социологии. 2018. № 2. С. 2 [↑](#footnote-ref-26)
27. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 01.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 2002. N 1. Ст.1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 07.04.2020, с изм. и доп. от 12.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 1996. N 25. Ст. 2954. [↑](#footnote-ref-28)
29. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательстваРоссийской Федерации. 2001. N 52. Ст. 4921. [↑](#footnote-ref-29)
30. Барыгина А. А., Федорова И. В. Применение аналогии закона и аналогии права в уголовном судопроизводстве. // Вопросы российской юстиции. 2019. № 1. С. 5 [↑](#footnote-ref-30)
31. Самохвалова Е. И. О критериях правильности использования аналогии в уголовном праве. // Идеи и принципы всеобщей декларации прав человека: состояние и перспективы реализации, национальный и международный опыт. Материалы ежегодной Всероссийской научно-практической конференции. 2018. С. 3 [↑](#footnote-ref-31)