

УДК 340.132.6

**С. Погребняк**, професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

## Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання

Стаття присвячена визначенню правової природи прогалин у законодавстві. З'ясована суть аналогії закону, аналогії права та безпосереднього застосування загальних принципів права як засобів подолання прогалин. Визначені випадки, коли подолання прогалин не дозволяється.

**Ключові слова:** прогалина в законодавстві, подолання прогалин, аналогія закону, аналогія права, загальні принципи права.

Прогалини в законодавстві<sup>1</sup>, тобто повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин, що потребують правового регулювання [2, с. 148], традиційно вважаються одним із найпоширеніших видів юридичних дефектів. Відсутність необхідного юридичного правила ніби розмикає систему права та законодавства, знижує її узгодженість і, як наслідок, ефективність правового регулювання [3, с. 24–25].

Прогалина є «незапланованою неповнотою» нормативно-правових приписів, необхідних для вирішення конкретного випадку. Іншими словами, йдеться про нестачу для вирішення існуючої проблеми такого нормативного припису, який за змістом його тексту (навіть при найбільш широкому трактуванні) підлягав би застосуванню в даному конкретному випадку [4, с. 30; 5, с. 197].

На відміну від *розширювального тлумачення*, коли ми маємо справу з обставинами, які законодавець<sup>2</sup> передбачав, але не зміг висловити словами, прогалина існує у випадку, коли законодавець взагалі не передбачав такі обставини<sup>3</sup>. Тому в першій ситуації суб'єкт застосування права ніби стає на точку зору, з якої законодавець дивився на обстави-

<sup>1</sup> Крім того, в юриспруденції як синонім прогалин нерідко використовується термін «лакуна» (від лат. *lacuna* – заглиблення, порожнина), який зустрічається ще в *Codex Theodosianus* 438 р. [1, с. 145].

<sup>2</sup> Якщо бути прихильником суб'єктивних теорій тлумачення. При виборі об'єктивних теорій слід вести мову про закон.

<sup>3</sup> Теоретично можливий ще один варіант: передбачав, проте вирішив не врегулювати.

ни, які мав на увазі, а в другій — на точку зору, з якої законодавець подивився би, якщо мав би їх на увазі<sup>1</sup> [6, с. 752].

Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізнити відсутність приписів щодо тих суспільних відносин, які знаходяться поза сферою правового регулювання (*сфера non jus*). Як слушно зазначає Г. Шершеневич, «тут немає й прогалини — це просто юридично порожній простір, який оточує середовище права», у той час як у ситуації з прогалиною йдеться про відсутність у позитивному праві відповіді на питання, що потребує юридичного рішення [6, с. 743].

На нашу думку, слід також розрізнити прогалини в законодавстві і прогалини в праві. Якщо перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних відносин, то другі — про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права (правових звичаях, судових прецедентах, нормативно-правових договорах та ін.)<sup>2</sup>. Проте, урахуваючи сучасний стан системи джерел українського права та питому вагу в ній законодавства, можна зробити припущення, що в переважній більшості випадків виявлення прогалини в законодавстві означатиме одночасно констатацію й прогалини у праві.

Існують *різні види прогалин у законодавстві*: залежно від часу їх виникнення виділяють *первісні прогалини*, тобто ті, які існують на момент набрання чинності нормативно-правовими актами, та *наступні прогалини* — ті, що з'являються внаслідок подальшого розвитку суспільних відносин, які мають регулюватися правом; залежно від можливості подолання прогалин під час правозастосування виділяють *переборні й непереборні прогалини*; залежно від того, чи охоплюється існування прогалин умислом законодавця, — *навмисні й ненавмисні прогалини*; залежно від ступеня відсутності законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин — *повні або часткові прогалини* [8, с. 135–136].

В аспекті сприйняття європейського правового досвіду цікавим виглядає поділ на *прогалини формулювання*, які мають місце тоді,

<sup>1</sup> Або вирішив урегулювати.

<sup>2</sup> Водночас в юридичній літературі можна зустріти точку зору, що заперечує існування прогалин у праві. Зокрема, стверджується, що буквальне розуміння терміна «прогалина в праві» «автоматично заперечує будь-яку можливість подолати прогалину в процесі правозастосування, тобто за допомогою внутрішніх ресурсів самого права», «означає відсутність будь-якої можливості застосування ані аналогії закону, ані аналогії права» [7, с. 213]. На нашу думку, цей висновок не виглядає переконливим, особливо якщо взяти до уваги пропозицію тих самих авторів розуміти під законодавством у контексті прогалин всі офіційно визнані в Україні джерела (форми) права [7, с. 214].

коли в дослівному тексті закону відсутня повна регламентація поведінки в тій чи іншій ситуації, та *оціночні прогалини*, що мають місце тоді, коли тільки буквальний зміст слів, якими сформульовано ту чи іншу норму права, говорить про необхідність її застосування, однак очевидна несправедливість, що матиме місце внаслідок її застосування, вимагає коригування цієї норми [9, с. 95–96]. На нашу думку, ураховуючи сучасні підходи до розуміння права, до вирішення проблеми букви і духу права [10, с. 279, 295–296], слід погодитися з тим, що в останньому випадку фактично має місце прогалина в законодавстві: неможливість застосування явно незадовільного законодавчого припису має ті самі наслідки, що й безпосередня відсутність відповідного правила в законодавстві.

Традиційно актуальною для юридичної науки та практики залишається проблема *подолання прогалин у законодавстві*, яка передбачає визначення дій суб'єкта правозастосування, що уможлиблюють прийняття рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права.

Для подолання прогалин зазвичай використовують такі засоби, як аналогія закону й аналогія права<sup>1</sup>. Відмінність між ними вперше була проведена у XVIII ст. криміналістом Гролманом [11, с. 341].

В основі аналогії закону й аналогії права лежить *логічний прийом аналогії*<sup>2</sup>: ідеї права, що вже реалізовані в одному місці закону, за допомогою застосування правила рівності узагальнюються і таким чином поширюють сферу свого застосування і на інші випадки (ситуації) [9, с. 106]. По суті йдеться про виведення з певної юридичної норми (норм) більш загальної норми, чий фактичний склад охоплює як ті факти, що вже врегульовані, так і ті, які ще не врегульовані правом [13, с. 166].

І аналогія закону, і аналогія права спираються на *схожість, подібність відносин* (їхнього фактичного складу), які врегульовані законом

<sup>1</sup> Ураховуючи відмінність між прогалинами в законодавстві та прогалинами в праві, можна припустити, що подолання перших прогалин здійснюється не лише завдяки аналогії закону та аналогії права, а й шляхом застосування норм права, що регулюють ці ж суспільні відносини та закріплені в інших джерелах права. Тобто йдеться не про пошук відповіді, як законодавець урегулював би ці відносини, а як ці відносини врегульовані іншими, ніж законодавство, джерелами права.

<sup>2</sup> Аналогія (від грец. *analogia* – відповідність, схожість) – подібність, схожість предметів у якихось властивостях, ознаках чи відносинах, причому таких предметів, які в цілому є різними. Завдяки умовиводу за аналогією досягається знання про ознаки одного предмета на основі знання того, що цей предмет має схожість з іншими предметами [12, с. 36–37].

і які не врегульовані законом. Саме це і дає підстави після порівняння даних відносин для висновку про необхідність використання при їх правовій регламентації однакового правила. Інакше кажучи, уже ті спільні (загальні для аналогічних ситуацій) ознаки мають виправдовувати застосування правового наслідку, передбаченого в аналогічній нормі. Допустимість висновку за аналогією є тим більшою, чим більше є в наявності суттєвих властивостей, які є спільними врегульованому та врегульованому випадку і чим несуттєвішими є властивості, в яких вони розрізняються [14, с. 129]. Крім зовнішньої подібності, для застосування аналогії також необхідна констатація, що ці випадки є ціннісно рівними. Якщо вони мають рівну основу інтересів та цінностей, яка є основою для правового регулювання, то потрібно їх також і рівно оцінювати. Спільна основа цінностей є *tertium comparationis*, через яке роблять висновок від подібного до подібного [14, с. 130].

Таким чином, застосування аналогії є *прототипом застосування принципу рівності*: використання аналогії побудовано на уявленні про внутрішню послідовність права і на презумпції послідовності законодавця: якщо б він передбачав цей випадок, то вноормував би його так само, як вирішив унормувати схожі з ним по суті випадки — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis disposition* [11, с. 342, 348]. Те, що є рівним або в суттєвому є рівним, мусить юридично рівно трактуватися [14, с. 129].

Водночас визнається, що деякі розбіжності у фактичному складі цих відносин не повинні вплинути на сутність справи; суддя має фактично закрити очі на ті обставини реальних ситуацій, які не є суттєвими для їх вирішення, хоча вони, у свою чергу, значно відрізняються між собою [9, с. 102, 113]. У такому випадку ті обставини, що відрізняють урегульований тип від врегульованого, мають бути «винесені за дужки» як незначні, несуттєві; лише спільні ознаки повинні бути визнані як необхідні передумови для виникнення зобов'язання. Це принципова схема висновку за аналогією [9, с. 101]. При цьому правомірність і надійність висновків суб'єкта правозастосування залежатиме від того, наскільки коректною виявилася операція порівняння і які саме ознаки були визнані відповідно суттєвими і несуттєвими [1, с. 303].

Водночас деякі ситуації можуть мати суттєві розбіжності, що унеможлиблює застосування аналогії. Наприклад, такі розбіжності існують між відносинами щодо визнання статуту недійсним і від-

носінами щодо визнання правочину недійсним. Це зумовлено специфікою правового характеру статуту. Як відзначає Верховний Суд України, статут не є одностороннім правочиним, оскільки затверджується (змінюється) загальними зборами учасників (засновників, акціонерів), які не є ні суб'єктом права, ні органом, який здійснює представництво товариства. Крім того, він не є договором, тому що затверджується (змінюється) не за домовленістю всіх учасників (засновників, акціонерів) товариства, а більшістю у 3/4 голосів акціонерів чи простою більшістю голосів учасників товариства (статті 42, 59 Закону про господарські товариства). У зв'язку з цим при вирішенні спорів щодо визнання статуту недійсним не застосовуються норми, які регламентують недійсність правочинів (п. 14 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» [15]).

Можливість застосування норм за аналогією *прямо* передбачена в окремих законодавчих актах (наприклад, у Цивільному, Сімейному, Цивільному процесуальному кодексах і Кодексі адміністративного судочинства). Крім того, можливість застосування аналогії може передбачатися в *непрямій* формі — через заборону відмови у розгляді справи з мотивів *неповноти*, неясності, суперечливості чи *відсутності законодавства*, яке регулює спірні відносини (див., наприклад, ч. 7 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України)<sup>1</sup>. Особлива формула, яка легалізує лише аналогію права, використана в ч. 6 ст. 9 Кримінального процесуального кодексу України: «у випадках, коли положення цього Кодексу *не регулюють* або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються *загальні засади кримінального провадження*, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу» [16].

На нашу думку, аналогія цілком виправдана також в інших галузях права, що дає нам право стверджувати про існування *презупції припустимості аналогії*: подолання прогалини шляхом застосування аналогії можливо, якщо не доведено існування непереборної прогалини.

<sup>1</sup> Звертаємо увагу на те, що з незрозумілих причин Законом України від 13 травня 1997 р. «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України» із тексту ст. 4 ГПК було виключено норму про застосування господарськими судами аналогії закону та аналогії права. Проте, на думку О. Беяневич, її відсутність не може бути перешкодою для використання інституту аналогії як інтелектуальної операції в процесі судового пізнання та винесення рішення по справі [1, с. 308].

Так, за аналогією не можуть застосовуватися норми публічного права, що спрямовані на *обмеження прав і свобод громадян* з метою охорони громадського порядку і безпеки. Це пояснюється тим, що фундаментальний *принцип правової визначеності* набуває в даному випадку особливо високої ціни, гарантуючи захист правових благ індивідів від свавільного втручання державної влади [17, с. 197]. Цей висновок повністю узгоджується із положеннями ч. 1 ст. 19 Конституції України, згідно з якими «правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» [18].

Класичним прикладом тут є *заборона аналогії в кримінальному праві*, унаслідок чого склади злочинів не можуть встановлюватися лише шляхом судження за аналогією або іншого доповнення норм права (принцип «*nulla poena sine lege*»). Так, застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України. У непрямій формі заборону аналогії містить також ч. 1 ст. 7 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

До речі, єдиний виняток із принципу «ніякого покарання без закону» міститься в п. 2 ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, згідно з яким цей принцип «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» [19]. Цей припис був включений у Конвенцію з метою «лікування хвороб» антидемократичних режимів, покарання «посиленої державою злочинності» [20, с. 45] і є надзвичайно важливим прикладом безпосереднього застосування принципів права.

Із частини 2 ст. 19 Конституції України впливає *заборона визначення за аналогією* додаткових до встановлених Конституцією та законами *повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб*, а також підстав та способів їх дій. У всіх цих випадках вважається, що відносини врегульовані правом, проте лише з негативного боку [13, с. 163].

Наприклад, у п. 3 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 зазначається, що норма пункту 4 частини першої статті 12 ГПК, яка встановлює повноваження господарського суду щодо

розгляду певної категорії справ<sup>1</sup>, в силу її імперативного характеру не підлягає застосуванню за аналогією щодо спорів, пов'язаних із діяльністю інших суб'єктів господарювання [15].

Крім того, застосування аналогії виключається, коли закон *свідомо* поширює свої приписи *лише на прямо передбачені ним випадки*, що є доказом того, що цей припис не має сили щодо інших випадків (так званий «*argumentum a contrario*» — висновок від протилежного) [21, с. 53]. Цей аргумент означає, що визначений правовий наслідок діє тільки для такої обставини справи, яка чітко підпадає під дію норми права. В іншому випадку робиться висновок, що для такого випадку ця норма не діє. Наприклад, коли правовий припис визначає, що чоловіки після досягнення визначеного віку мусять відбути військову службу, з цього роблять висновок, що цей обов'язок не діє для жінок. У пункті 27 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 також зазначається, що процедура виходу учасника з товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, повного і командитного товариства (статті 126, 148 ЦК, статті 54, 71 Закону «Про господарські товариства») не може бути застосована до акціонерного товариства [15].

*Аналогію закону* (*analogia legis*) зазвичай визначають як вирішення справи (за наявності прогалини в законодавстві) на основі юридичної норми, що регулює подібні («аналогічні») суспільні відносини [22, с. 179]. На підставі застосування аналогії закону розширюються межі регулюючого впливу норми. Унаслідок цього норма стає такою, що має два предмети регулювання: 1) визначений законодавцем; 2) визначений юридичною практикою застосування норми за аналогією й у субсидіарному порядку [23, с. 417].

Так, у п. 31 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 зазначається, що у випадку продажу учасником товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю своєї частки з порушенням переважного права покупки інших учасників пропонується по аналогії застосовувати норму ч. 4 ст. 362 ЦК, яка дозволяє співвласникові пред'явлення позову до суду про переведення на нього прав та

<sup>1</sup> Передбачає, що господарським судам підвідомчі справи, що виникають із корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів.

обов'язків покупця при порушенні права купівлі переважної частки у праві спільної часткової власності. Ця ж Постанова дозволяє при вирішенні спорів, пов'язаних зі скликанням та проведенням наглядової ради товариства, застосовувати за аналогією закону норми щодо загальних зборів товариства (п. 39), а при скликанні та визначенні кворуму в засіданні колегіального виконавчого органу товариства — законодавчі положення, присвячені загальним зборам (п. 40) [15].

Окремим випадком аналогії закону є *субсидіарне застосування норм права, або міжгалузева аналогія*. Вона передбачає застосування до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних галузях.

Прикладом міжгалузевої аналогії може бути визначення в конституційному праві порядку обчислення строків для всіх органів влади по аналогії з порядком, що встановлений ЦПК. Саме тому в конституційному праві, коли строки визначаються днями, то їх обчислюють з дня, наступного після того дня, з якого починається строк. Якщо ж закінчення строку припадає на неробочий день, то за останній день строку вважається перший після нього робочий день (див. рішення Конституційного Суду України від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 у справі щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України [24] та від 19 травня 2004 р. № 11-рп/2004 у справі про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України [25]).

У деяких випадках законодавство може *прямо дозволяти або забороняти міжгалузеву аналогію*. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 9 ЦК України «положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства» [26]. Водночас ч. 2 ст. 1 ЦК за загальним правилом забороняє застосування цивільного законодавства «до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин» [26].

У свою чергу ч. 1 ст. 4 Господарського кодексу України забороняє застосування положень Кодексу до певних видів відносин, тоді як ч. 3 цієї статті зазначає, що «до господарських відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані Кодексом торговельного мореплавства України, застосовуються правила цього Кодексу» [27].

*Аналогію права* (*analogia iuris*) розуміють як застосування щодо суспільних відносин, не регламентованих у правовому порядку безпосередньо, загальних принципів національної чи міжнародної систем права [28, с. 105], або як вирішення справи (за наявності прогалини й за відсутності «аналогічної» юридичної норми) на основі загальних або галузевих принципів права [22, с. 179].

Цікаво, що на законодавчому рівні існують *кілька підходів* до визначення аналогії права. Так, деякі кодекси пов'язують аналогію права з регулюванням відносин відповідно до *загальних засад певної галузі* законодавства (див. ч. 2 ст. 8 ЦК і ч. 2 ст. 10 СК). Водночас ЦПК пропонує виходити із *загальних засад законодавства*, КПК — із *загальних засад кримінального провадження*, а КАС — із *конституційних принципів і загальних засад права* (див. ч. 8 ст. 8 ЦПК, ч. 6 ст. 9 КПК і ч. 7 ст. 9 КАС).

На нашу думку, більш обґрунтованим є підхід, що знайшов своє відображення в ЦК і СК. Підтвердження цьому можна знайти, вивчаючи досвід подолання прогалин в інших національних правових системах. Так, німецькі й австрійські правознавці розрізняють такі засоби подолання прогалин, як окрему аналогію та загальну аналогію. Окрема аналогія (аналогія закону) має місце, якщо для подолання прогалини використовується один припис закону. Підставою для її застосування є ситуація, за якої мета певного припису однозначно «підходить» до юридично аналогічного (схожого) випадку, який, проте, текстуально не охоплюється цією нормою. Загальна аналогія, або аналогія права, полягає в тому, що правозастосовний орган для подолання прогалини залучає правову ідею, яка є загальною (спільною) для кількох правових приписів. У цьому випадку зі змісту низки норм закону виокремлюється загальна основна думка (ідея), яка й підлягає застосуванню до схожого (аналогічного) випадку, що безпосередньо не врегульований жодною нормою законодавства. На відміну від окремої аналогії в ситуації із загальною аналогією жодна конкретна норма права не «підходить» до певного випадку, проте загальна підстава низки пов'язаних законодавчих норм вельми успішно поглинає такий випадок [5, с. 199]. У цій ситуації кілька приписів закону співвідносяться з випадком, що розглядається, за його сенсом, його «*ratio decidendi*» («підставою рішення»). На нашу думку, подібною основною ідеєю, загальною підставою можуть також виступати принципи інститутів, підгалузей і галузей права.

Прикладом застосування аналогії права в такому розумінні може бути ситуація з розрахунком середньомісячного заробітку для визначення розміру відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я особі, яка працювала за трудовим договором. Так, ст. 1197 ЦК не дає відповіді на питання, як слід обчислювати середньомісячний заробіток у випадках, коли працівник у розрахунковому періоді частково не працював. Для подолання цієї прогалини автори Науково-практичного коментаря до цивільного законодавства України пропонують застосовувати загальну ідею, виведену з Порядку обчислення середньої заробітної плати і Порядку обчислення середньої заробітної плати (доходу) для розрахунку виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням — періоди, які входять до розрахункового періоду та в які працівник за відсутності його вини не мав заробітку, мають ураховуватися при обчисленні середньої заробітної плати. Подібне правило за аналогією права може застосовуватися при відшкодуванні шкоди в порядку, передбаченому ст. 1197 ЦК [29, с. 792–793].

Подолання прогалин може здійснюватися не лише за допомогою аналогії, а й шляхом *безпосереднього застосування загальних принципів права*<sup>1</sup>. Таке звернення є наступним, після аналогії закону й аналогії права, субсидіарним засобом подолання прогалин.

На нашу думку, раціональним є розмежування аналогії права і безпосереднього застосування загальних принципів права як різних за своєю сутністю засобів подолання прогалин. У випадку звернення до загальних принципів права ми відштовхуємося не від схожості відносин (до речі, саме на цій підставі ще в радянській літературі підкреслювалось, що вирішення юридичних питань на основі загальних принципів права не являє собою рішення за аналогією; використання терміна «аналогія» в цьому випадку виправдовувалось його поширеністю на теоретичному та практичному рівні) (див., наприклад, [30, с. 464]). По-перше, йдеться про застосування права для регулювання відносин, що по суті не є подібними до інших, що вже внормовані правом. Специфічність таких відносин є більш значущою. По-друге, слід ураховувати, що загальні принципи є вимогами, що діють в усіх галузях та інститутах права. Це дозволяє нам зробити логічне припущення, що такі вимоги мають діяти і щодо певних конкретних відно-

<sup>1</sup> Схожою у цьому сенсі є пропозиція § 7 Австрійського цивільного уложення 1811 р. вирішувати справу відповідно до начал природного права [6, с. 746].

син. Тому для регулювання відносин, що не є подібними до інших, ми прагнемо виробити конкретне правило (*ad hoc* норму), яке б найкращим чином узгоджувалося із загальними принципами права. Суддя ніби зобов'язаний стати на точку зору законодавця, передбачити його рішення цього питання [6, с. 747].

Зрозуміло, що застосування загальних принципів права є засобом, що вкрай рідко використовується при здійсненні правосуддя. Це пояснюється сучасним станом розвитку позитивного права, коли практично всі ситуації, що вимагають правового регулювання, отримали відповідну пряму або опосередковану регламентацію з боку законодавчої влади. Загальні принципи мають безпосередньо допомогти лише в тому випадку, коли законодавча влада не запропонувала суду жодного придатного правила.

Наприклад, в Австрії відсутні норми, які прямо чи за аналогією могли б застосовуватися при вирішенні питання про те, хто має право обирати вид (форму) і місце поховання померлого. Вирішуючи подібні спори, австрійська судова практика застосовує комбінацію принципів приватної автономії (в його найбільш сильному особисто-правовому прояві) і сімейної турботи [5, с. 210]. В Україні ця проблема вирішена на законодавчому рівні: відповідно до Закону «Про поховання та похоронну справу» від 10 липня 2003 р. № 1102-IV поховання проводиться з урахуванням волевиявлення померлого, вираженого особою за життя, а за його відсутності — з урахуванням побажань родичів. Тому потреби у зверненні до загальних засад права в даному випадку немає.

### Список використаної літератури

1. Беляневич О. В. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. В. Беляневич. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 5 : П–С. — 2003. — 736 с.
3. Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права / Н. А. Власенко // Правоведение. — 1991. — № 3. — С. 21–28.
4. Шапп Я. Система германского гражданского права : пер. с нем. / Я. Шапп. — М. : Междунар. отношения, 2006. — 360 с.
5. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Ч. 2 / Ф. Быдлински // Вестн. гражд. права. — 2006. — № 2. — Т. 6. — С. 185–226.
6. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Изд. Бр. Башмаковых, 1912. — 805 с.

7. Малишев Б. В. Застосування норм права (теорія і практика) / Б. В. Малишев, О. В. Москалюк ; за заг. ред. Б. В. Малишева. — К. : Реферат, 2010. — 260 с.
8. Теорія держави і права : посіб. для підготовки до держ. іспитів ; за заг. ред. О. В. Петришина. — Х. : Право, 2012. — 192 с.
9. Циппеліус Р. Юридична методологія : пер. з нім. / Р. Циппеліус. — К. : Реферат, 2004. — 176 с.
10. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2007. — 640 с.
11. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
12. Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Наука, 1975. — 720 с.
13. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве : пер. с нем. / Ф. Регельсбергер. — М. : Тип. Т-ва И. Д. Сытина, 1897. — 295 с.
14. Pavcnik M. Juristisches Verstehen und Entscheiden: Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung. Ein Beitrag zur Argumentation im Recht (Forschungen aus Staat und Recht) / M. Pavcnik. — Springer-Verlag, 1993. — 193 p.
15. Про практику розгляду судами корпоративних спорів [Електронний ресурс] : Постанова Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>
16. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17/paran51#n51>
17. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе / Ф. Быдлински // Вестн. граждан. права. — 2006. — № 1. — Т. 6. — С. 190–241.
18. Конституція України [Електронний ресурс] : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
19. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. № ETS 005 // Офіц. вісн. України. — 2006. — № 32. — Ст. 2371.
20. Альбрехт П.-А. Забута свобода: Принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / П.-А. Альбрехт ; пер. з нім. — Одеса : Астропринт, 2006. — 160 с.
21. Виндшейд. Учебник пандектного права / Виндшейд ; пер. с нем. — СПб. : Изд. А. Гиероглифова и И. Никифорова, 1874. — Т. 1 : Общая часть. — 358 с.
22. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. — 10-те вид., допов. — Львів : Край, 2008. — 224 с.
23. Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — 584 с.

24. Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення частин другої і третьої статті 84 та частин другої і четвертої статті 94 Конституції України (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України) // Офіц. вісн. України. — 1998. — № 27. — Ст. 1009.
25. Рішення Конституційного Суду України від 19 травня 2004 р. № 11-рп/2004 у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень частини другої статті 90, пункту 8 частини першої статті 106 Конституції України (справа про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України) // Офіц. вісн. України. — 2004. — № 22. — Ст. 1515.
26. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
27. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
28. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 1 : А–Г. — 672 с.
29. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. Т. 4 : Методологія тлумачення нормативно-правових актів України / відп. ред. В. Г. Ротань. — К. : Юрид. кн. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2008. — 848 с.
30. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Госюрлитиздат, 1960. — 511 с.

*Стаття надійшла до редколегії 11.02.2013.*

### **Погребняк С. Пробелы в законодательстве и способы их преодоления**

Статья посвящена определению правовой природы пробелов в законодательстве. Выяснена суть аналогии закона, аналогии права и непосредственного применения общих принципов права как способов преодоления пробелов. Определены случаи, когда преодоление пробелов не допускается.

**Ключевые слова:** пробел в законодательстве, преодоление пробелов, аналогия закона, аналогия права, общие принципы права.

### **Pogrebniak S. Gaps in the laws and their overcoming methods**

The article is devoted to the definition of the gaps in the laws legal nature. Such methods of overcoming the gaps like analogia legis, analogia iuris and general principles of law direct application are analyzed. The cases where overcoming gaps are not allowed are identified.

**Keywords:** gap in the laws, gaps overcoming, analogia legis, analogia iuris, general principles of law.