

«ЗАТВЕРДЖУЮ»

Перший проректор
Національного університету
«Одеська юридична академія»,
професор  М.Р. Аракелян
« 25 » червня 2021 р.

ВИСНОВОК

Національного університету «Одеська юридична академія» про наукову новизну, теоретичне та практичне значення результатів дисертації Орзіх Вікторії Марківни на тему: «Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права», поданої на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право», затвердженої Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія»
«24» жовтня 2017 р. (протокол №2)

ВИТЯГ

з протоколу засідання фахового семінару кафедр цивільного права та кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія» від 25 червня 2021 року

ПРИСУТНІ:

зав. кафедрою, д.ю.н., професори: Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova, Н.Ю. Голубева;
д.ю.н., професори: І.В. Давидова, О.І. Сафончик, А.Р. Чанишева, І.В. Андронов;
к.ю.н., професор: О.М. Калітенко;
к.ю.н., доценти: Н.С. Адаховська, І.О. Бут, І.Г. Бабич, О.М. Берназ-Лукавецька, К.М. Глиняна, В.О. Гончаренко, В.М. Зубар, С.В. Завальнюк, Ю.В. Кривенко, К.Г. Некіт, М.В. Матійко, О.С. Омельчук, В.О. Токарева;
асистент: К.І. Спасова; Д.Р. Байталюк, Д.О. Разумейко;
аспіранти: В.М. Орзіх, Ю.Є. Зінкевич, А.В. Біцюк;
лаборанти: В.С. Лоншакова, Л.Р. Чуфай.

З присутніх 7 докторів юридичних наук, 14 кандидатів юридичних наук та 3 асистента – фахівці за профілем поданої на розгляд дисертації.

ПОРЯДОК ДЕННИЙ:

Обговорення дисертаційної роботи аспірантки кафедри цивільного права Орзіх Вікторії Марківни за темою: «Застосування нотаріусами аналогії

закону та аналогії права», поданої на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право».

СЛУХАЛИ:

Доповідь Орзіх Вікторії Марківни про результати проведеного нею дисертаційного дослідження.

Обговорення дисертації.

Виступ Орзіх Вікторії Марківни. Високий рівень законодавчої урегульованості суспільних відносин тим не менш не виключає наявність проблемних питань, які виникають в процесі правозастосування. Тема вдосконалення законодавчих положень, формальних процедур, так само як й ефективність їх застосування не залишилась без уваги в науковому середовищі. Норма права повинна бути вичерпною, зрозумілою та доступною для всіх форм реалізації права. Тим не менш продовжує існувати питання наявності правових та законодавчих прогалин. Сучасний вітчизняний законодавець йде шляхом вирішення проблем прогалин в праві шляхом їх усунення – прийняття відповідного законодавчого акту або ж внесення змін та доповнень до існуючого, таким чином усуваючи «білі плями» та врегульовуючи відповідні правовідносини. Однак, практика демонструє, що варіативність суспільних відносин та стрімкість їх появи, що одночасно розширює обсяг правових відносин, не дозволяє законодавцю швидко та оперативно реагувати на такі сучасні виклики. Тому в процесі реалізації норм права суб'єкти, наділені відповідним об'ємом прав, мають справу з прогалинами в законодавстві. Це стосується також й суб'єктів правозастосування.

Відповідними нормативно-правовими актами законодавець висуває до суб'єктів правозастосування вимоги та ставить перед ними завдання, які стосуються врегулювання та вирішення конкретних життєвих ситуацій в правовій площині. Здатність правозастосовувача належним чином здійснити свої повноваження та виконати поставлені перед ним завдання передбачає можливість діяти в умовах прогальності правових положень, й зокрема, застосовувати аналогію.

Постають логічні запитання: яким саме чином співвідноситься аналогія з процесом правозастосування? Які суб'єкти правозастосування наділені повноваженнями використовувати аналогію в своїй діяльності, в якому об'ємі та межі допустимості такого застосування?

Нотаріус як суб'єкт правозастосування є багатофункціональною фігурою в правовій площині, діяльність якого передбачає наявність масиву

повноважень. Стаття 18 Цивільного кодексу України визначає, що нотаріус здійснює захист цивільних прав особи шляхом вчинення виконавчого напису. Отже, законодавець наділяє нотаріуса відповідним обсягом прав та обов'язків, що, також, передбачає об'єм відповідальності нотаріуса та пов'язані з цим правові наслідки.

Тим не менш, не зважаючи на різноманітність правових ситуацій, які доводиться вирішувати нотаріусу в процесі здійснення своєї діяльності, питання застосування аналогії нотаріусом в науці не висвітлювалось.

Отже, актуальність теми дисертаційного дослідження зумовлена необхідністю розвитку теорії цивільного права щодо подолання нотаріусом прогалин в праві шляхом застосування аналогії, вдосконалення законодавчих положень та правозастосовної практики в межах даного питання.

За результатами доповіді Орзіх В.М. були поставлені питання.

Гончаренко В.О. У дисертаційному дослідженні Вами неодноразово згадується так званий дозвіл на застосування аналогії, однак не конкретизується від саме дозвіл і який дозвіл?

Відповідь Орзіх В.М. Так. Дякую за питання. Дійсно у роботі я згадую дозвіл на застосування аналогії але мова йде саме про нормативне врегулювання питання застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусом. Адже прямої заборони на застосування аналогії нотаріусом чинне законодавство України не містить але і не містить прямого дозволу. Спираючись на один з принципів нотаріальної діяльності, що полягає у постійному прагненні нотаріуса у своїй діяльності створювати документи та вчиняти дії, що мають безспірний характер, нормативне закріплення дозволу на застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусом виключить можливість оскарження дій та документів нотаріуса з підстав того, що нотаріус не мав права на застосування аналогії закону та аналогії права.

Голубєва Н.Ю. Чим обумовлене досить часте згадування у роботі слова «аналогія» без зазначення це аналогія закону чи аналогія права?

Відповідь Орзіх В.М. Дякую за питання. По-першу, слід зауважити, що аналогія сама по собі є інструментом мислення ще до того. Як вона стає аналогією закону чи аналогією права. У певних частинах роботи мною навмисно згадується аналогія виключно як інструмент мислення. По-друге, в тих частинах роботи, де мова вже йде про аналогію не як про інструмент мислення, а про її різновиди в праві – аналогію закону та аналогію права, невикористання саме словосполучень аналогія закону та аналогія права пов'язано з прагнення уникнути надзвичайно частих повторів словосполучень у роботі.

Харитонова О.І. Чим, на вашу думку, зумовлюється необхідність розширення можливості нотаріуса застосовувати аналогію закону та аналогії права?

Відповідь Орзів В.М. Дякую за питання. Взагалі то я буду максимально відверто відповідати. Я працюю нотаріусом вже більше 30-ти років і дуже добре розумію з якими складнощами доводиться нотаріусу стикатися у процесі нотаріальної діяльності. Одна з основних таких складнощів, яка супроводжує нотаріуса постійно, це неможливість дуже часто вчинити якусь дію для осіб, що звертається до нотаріуса, саме виходячи з браку необхідного законодавчого матеріалу. Аналогія закону та аналогія права як правило дає можливість розв'язати таку ситуацію залишаючись у правовому полі і не порушуючи діюче законодавство. Якщо ж говорити з об'єктивної позиції, то розширення можливості нотаріуса застосовувати аналогію закону та аналогію права дасть можливість громадянами максимально швидко, ефективно та в межах закону здійснити свої права, а державі зменшити навантаження на судову владу.

Харитонов Є.О. В чому, на вашу думку, повинні проявлятися межі застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права?

Відповідь Орзів В.М. Це дуже цікаве питання, дякую Вам за нього. Справа в тому, що дійсно у будь-яких повноважень повинна бути і зворотна сторона – усвідомлення їх меж допустимого застосування. З моєї точки зору, межа застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права там, де дії нотаріуса внаслідок застосування аналогії закону та аналогії права призводять до порушення чийхось прав та/або діючого законодавства.

В ОБГОВОРЕННІ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ ВЗЯЛИ УЧАСТЬ:

Доктор юридичних наук, професор Є.О. Харитонов: Актуальність теми роботи не викликає сумнівів та продиктована сучасним станом розвитку вітчизняного законодавства та права. Дослідження застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусом має як теоретичне, так і практичне значення. Автором робиться спроба як теоретично, так і практично, з наведення прикладів практики, обґрунтувати необхідність та можливість застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права.

Разом з тим слушним було б підрозділ 2.2. більше пов'язати з діяльністю нотаріуса як суб'єкта правозастосування. В цілому робота Орзів В.М. відповідає встановленим вимогам, виконана на достатньо високому науковому рівні та може бути рекомендована до захисту.

Доктор юридичних наук, професор Н.Ю.Голубєва відзначила, що актуальність обраної теми дослідження не викликає жодних сумнівів та

повністю підтримала позицію автора щодо необхідності надання нотаріусам повноваження застосовувати аналогію закону та аналогію права. Однак доцільно було б більш детально обґрунтувати загальну необхідність розширення кола суб'єктів, що мають право на застосування аналогії закону та аналогії права.

Доктор юридичних наук, професор О.І. Харитонова відмітила надзвичайну цінність роботи у зв'язку з наведенням у ній практичних випадків застосування нотаріусом аналогії, що склали емпіричну базу роботи. Водночас, робота набула б ще більшої привабливості за наявності в ній більшої кількості судової практики.

Кандидат юридичних наук, доцент В.О. Гончаренко відзначила, що в дисертаційному дослідженні В.М. Орзіх надто часто використовується така оціночна категорія як «життєві факти» та звороти мови «так би мовити», що не дуже корелює з науковим стилем викладення матеріалу. Роботу значно б покращило уникнення таких зворотів мови та категорій.

Рецензент д.ю.н., професор Голубєва Н.Ю. зазначила:

Дисертантом здійснено актуальне комплексне дослідження за темою «Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права». Про актуальність теми дослідження свідчить сучасний стан нотаріату як елемента правової системи України. Кожного року законодавець змінює, удосконалює та трансформує інститут нотаріату і якщо раніше можна було б говорити про те, що можливість застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права було прагненням окремих передових представників нотаріальної спільноти, то зараз це вже об'єктивна необхідність зумовлена сучасним станом цивільного обігу. Варто зазначити, що представлене дослідження є першим дослідженням аналогії закону та аналогії права з позиції її застосування нотаріусом на базі реальної нотаріальної практики.

Наведені автором аргументи переконують в актуальності та своєчасності дисертаційного дослідження, предметом якого є застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права. Автором проведене комплексне системне дослідження за обраною темою, в результаті якого було отримано важливі для науки цивільного права висновки. В.М. Орзіх довела необхідність закріплення на законодавчому рівні можливості застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права.

Слушним є висновок автора про те, що вирішення нотаріусом як суб'єктом правозастосування, конкретної проблемної ситуації є ситуативним подоланням прогалини шляхом застосування аналогії закону чи аналогії права, а не подоланням прогалини як такої на всі майбутні випадки.

Подолання прогалини в процесі правозастосування не можна ототожнювати з нормотворенням.

За результатами аналізу теоретичних та практичних висновків автора можна констатувати, що на сьогодні є перспективним подальше наукове дослідження проблем правозастосування та інструментів, що використовуються суб'єктами правозастосування задля вирішення конкретної проблемної ситуації як у нотаріальній практиці, так і у судовій практиці.

Однак, попри загальне позитивне враження від даної дисертаційної роботи, у ній є деякі недоліки та дискусійні питання, які потребують додаткової аргументації під час захисту.

Зокрема, потребує додаткового уточнення теза автора стосовно того, що *«що відсутність дозволу на застосування аналогії не може однозначно визначатися як заборона на її застосування»*. Чи означає це, що відсутність прямої заборони у нормах українського законодавства на застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права свідчить про диспозитивний характер норм українського законодавства, що встановлюють аналогію закону та аналогію права як таку? Попри те, дане питання носить дискусійний характер і жодним чином не впливає загальний позитивний характер проведеного дисертаційного дослідження.

Зазначені зауваження носять уточнюючий характер і не знижують позитивної оцінки дисертаційної роботи. Відповідно до наведених тверджень впливає загальний висновок про те, що дисертація В.М. Орзіх за своїм науковим рівнем, одержаними результатами дослідження та пропозиціями відповідає вимогам, що ставляться до наукових робіт такого рівня.

Рецензент к.ю.н., доцент В.О. Гончаренко відзначила наступне:

Актуальність теми дисертаційного дослідження не викликає сумнівів з огляду на постійне підвищення ролі нотаріуса у правовому житті суспільства. Автором дисертаційного дослідження не безпідставно акцентується увага на тому, що подолання прогалин має казуальний характер і не вирішує проблему у загальному її сенсі на всі майбутні випадки і з огляду на це роль на значущість позиції суб'єкта правозастосування тільки підвищується.

В.М. Орзіх обрала для свого дисертаційного дослідження дійсно актуальну тему, що має значний практичний потенціал. Автором здійснено спробу, шляхом проведення дисертаційного дослідження, надати відповіді на доволі конкретні проблемні питання юридичної практики.

Зміст роботи свідчить про те, що дисертант цілком успішно впорався з поставленим завданням, дослідив тему як у теоретичній, так і у практичній площині. Автором проявлено високий рівень вмінь системно тлумачити

законодавство та робити висновки, що лягають в основу рішення суб'єкта правозастосування.

Однак, попри все зазначене, дисертаційна робота містить положення, які потребують додаткового з'ясування, обґрунтування, з приводу яких можна зробити деякі зауваження. Варто було б визначити можливість застосування нотаріусом аналогії закону та аналогії права в умовах наявності спору (конфлікту) між суб'єктами, що звернулися до такого нотаріуса по вчинення нотаріальної дії, яка вимагає від такого нотаріуса застосування аналогії закону.

Проте, слід визнати, що зроблені зауваження загалом мають дискусійний характер і не принижують загальної високої оцінки роботи, що в свою чергу дозволяє зробити висновок про відповідність дисертації В.М.Орзіх всім вимогам, які висуваються до наукових праць такого рівня.

Науковий керівник к.ю.н., доцент, доцент Зубар В.М. зазначив наступне: Надзвичайно стрімкий розвиток та мінливість суспільних відносин, що потребують законодавчої регламентації змушує законодавця оновлювати, змінювати та адаптувати діюче законодавство. Водночас, треба розуміти, що, по-перше, жодне законодавство країни світу не може бути ідеальним на всі часи; по-друге, жоден законодавець у світі не в змозі встигнути за мінливістю реалій життя. Такий стан речей потребує принципово інших механізмів реагування як від законодавця, так і від суб'єктів правозастосування, що займаються саме застосуванням діючого законодавства.

Одним з механізмів, що дозволяють, в умовах існуючого законодавства не чекати поки законодавець розробить та прийме необхідне законодавство, а оперативним чином відповідати на потреби суспільства є аналогія закону та аналогія права, що використовуються в процедурі правозастосування суб'єктами правозастосування. Практика правозастосування та динаміка цивільних правових відносин вже давно демонструють необхідність прийняття локальних рішень та максимально індивідуального підходу до конкретних правових казусів, неспроможність навіть спеціальних норм права та підзаконних актів належним чином врегулювати правові відносини. За таких умов вагомість позиції суб'єкта правозастосування у правовому житті суспільства суттєво підвищується.

Водночас, роль нотаріуса у правовому житті суспільства з кожним роком підвищується. Так за останні десять років свого існування нотаріат України зазнав суттєвих змін у обсязі прав та обов'язків. Більш того, існуючий законопроект №5644 про внесення змін до деяких законодавчих

актів України щодо удосконалення регулювання нотаріальної діяльності демонструє бажання законодавця зміцнити позиції нотаріуса як суб'єкта правозастосування надавши йому право встановлювати факти родинних відносин між фізичними особами, факт належності правовстановлюючих документів особі що зазвичай в українському законодавстві були виключно у повноваженнями суду.

Зазначене свідчить про актуальність теми дисертаційного дослідження, яка визначається не лише її значенням для вдосконалення теорії цивільного права, але й очевидною можливістю принципової зміни юридичної практики та зменшенню навантаження на судову систему України.

Автор належним чином обґрунтовано вибір теми дослідження, його об'єкт, предмет, мету та завдання. Дисертантом використано сучасні методи обробки та аналізу наукової інформації.

Об'єкт і предмет дисертаційного дослідження як методологічний фундамент наукового дослідження сформульований вірно. Теоретико-методологічний інструментарій дисертації зумовлений метою та завданнями дослідження та особливостями об'єкту та предмету дослідження.

Обґрунтованість сформульованих у дисертації наукових висновків, положень, рекомендацій забезпечується використанням численних наукових праць, судової та нотаріальної практики, аналізом актуального нормативно-правового матеріалу.

Автором досягнуто мету дисертаційного дослідження, котра була визначена як комплексне дослідження правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії закону та аналогії права в своїй діяльності та надання пропозицій щодо вдосконалення існуючої теорії цивільного права й законодавчих положень в цій сфері з подальшим застосування на практиці. Автором, в ході проведення дисертаційного дослідження, були виконані поставлені завдання: розкрито поняття та визначені основні складові елементи механізму правозастосування; визначені особливості структури правозастосування; з'ясовано на яких саме стадіях правозастосування можуть виникати проблемні питання; досліджені стадії правозастосування та класифіковано суб'єктів правозастосування, визначено місце нотаріуса в системі суб'єктів правозастосування; з'ясовані основні причини виникнення та правова природа прогалин в праві; розмежовані поняття «усунення», «подолання» та «заповнення» прогалин; досліджені способи подолання прогалин в праві; розглянуті поняття та правова природа аналогії як способу подолання прогалин в праві; порівняні наукові погляди щодо можливості застосування аналогії різними суб'єктами правозастосування; визначено основні передумови та особливості застосування аналогії в сучасних умовах

розвитку цивільного права України; досліджені механізми застосування аналогії та визначено коло суб'єктів, уповноважених на використання аналогії закону та аналогії права в своїй діяльності; охарактеризовано нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії закону та аналогії права; визначено чи наділений нотаріус повноваженнями на застосування аналогії; проаналізовано рівень дослідження та проблематику застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусами; проаналізовано ступінь необхідності застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусом, в тому числі, на конкретних прикладах з практики; надано пропозиції щодо внесення змін в діюче законодавство та врегульовано питання застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусом. Зазначені завдання корелюють з метою дисертаційного дослідження. Успішне виконання поставлених завдань підтверджуються протягом змісту всього дисертаційного дослідження та наведені у висновках автора до дисертаційного дослідження та сформульованих пропозиціях.

Дисертації притаманний високий ступінь обґрунтованості, різноманітний емпіричний матеріал практики правозастосування в ході здійснення нотаріальної діяльності у різних правових відносинах та новизни наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих автором.

Дисертаційне дослідження цілком відповідає плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» «Цивілістичний вимір інтеграційного розвитку України» на 2016-2020 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» на 2016-2020 роки (державний реєстраційний номер 0116U001842).

Теоретичну основу проведення дослідження становлять праці відомих фахівців у галузі цивільного права, теорії права та нотаріату: О. Скакун, Л. Луць, І. Спасибо-Фатєєва, Ю. Матат, О. Колотова, С. Клім, С. Завальнюк, Р. Майданик, А. Дрішлюк, Є. Харитонов, З. Ромовська, А. Довгерт, О. Печений, С. Погрібний, С. Алексєєв, В. Карташов, В.Фідаров, Ч. Беккарія, А. Боровиковський, Е. Васьковський, О. Красавчіков, П. Рабінович, Ю. Заїка, Ф. Бидлінський, О. Лейст, І. Михайлівський, С. Вильнянський, Л. Явич, А. Бережнов, А. Поляков, В. Труба, Р. Притченко, В. Забігайло, Р. Кондратьєв, Ф. Уранський, Е. Кемунарія, П. Недбайло, М. Строгович, Г. Шершеневич, А. Коструба, С. Я. Фурса, яка досліджувала питання застосування аналогії закону та аналогії права нотаріусами у своєму дисертаційному дослідженні «Теоретичні основи нотаріального процесу України».

Структурно дисертація складається зі вступу, трьох розділів, висновків та списку використаних джерел. Структура роботи повністю відповідає завданням дослідження, дозволяє послідовно розглянути всі проблеми та вирішити завдання, поставлені дисертантом при написанні роботи. Запропонована автором структура дисертаційного дослідження видається логічно обґрунтована.

Так у першому розділі роботи присвячено увагу проблематиці правозастосування у цивільному праві України як такого та місці нотаріуса як суб'єкта цього процесу. Зокрема розглянуто різні підходи до визначення поняття правозастосування, механізм правозастосування, стадії правозастосування, суб'єкти правозастосування та участь нотаріуса у якості суб'єкта правозастосування.

Другий розділ присвячений проблематиці прогалин в цивільному праві, причинам їх виникнення та способам їх подолання. Зокрема приділено увагу подоланню прогалин у цивільному праві в процедурі якісного правозастосування шляхом використання суб'єктом правозастосування аналогії закону та аналогії права.

У третьому розділі автор приділив увагу безпосередньо місцю нотаріуса як суб'єкта правозастосування, можливості використання нотаріусом аналогії закону та аналогії права, ілюстрації конкретних практичних випадків застосування аналогії нотаріусом у процедурі правозастосування з відповідним обґрунтуванням зроблених практичних висновків, посиланнями на діюче законодавство України та його тлумачення автором.

Загалом автору вдалося виконати поставлені завдання і досягти відповідної мети. Можна констатувати, що у дисертаційному дослідженні В.М. Орзіх здійснено спробу запропонувати шляхи розв'язання практичних проблем та надано низку пропозицій і рекомендацій щодо вдосконалення чинного законодавства та нотаріальної практики.

Дисертаційне дослідження пройшло відповідну апробацію шляхом публікації її основних положень у фахових виданнях, в тому числі в зарубіжному, та повідомлення про результати дисертаційного дослідження на науковій конференції та на засіданнях кафедри цивільного права НУ «ОЮА».

Дисертаційне дослідження є завершеною працею, оформленою відповідно до встановлених вимог. Результати проведених автором досліджень та отримані ним нові науково-обґрунтовані результати у сукупності розв'язують конкретні наукові завдання, що мають істотне значення для розвитку науки цивільного права України а також, що не менш важливо, дають можливість змінити існуючу практику правозастосування. Зміст публікацій в достатній мірі відображає основні положення дисертації.

Вищевикладене дає підстави для висновку, що дисертаційне дослідження В.М. Орзіх розроблене та виконане на належному науковому рівні, за обсягом і змістом, застосованими методами дослідження, емпіричним матеріалом і комплексністю вирішення поставлених завдань, ґрунтовністю висновків та науковою і практичною значимістю відповідає сучасним вимогам до написання дисертацій на здобуття ступеня доктора філософії і може бути подана до захисту на здобуття ступеня доктора філософії у разовій спеціалізованій вченій раді за спеціальністю 081-Право.

Підсумовуючи виступи, *д.ю.н., професор, зав. кафедри цивільного права Харитонов Є.О.* зазначив, що дисертаційне дослідження Орзіх В.М. на тему: «Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права» відповідає спеціальності 081 «Право» та вимогам Порядку підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у вищих навчальних закладах (наукових установах), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 року №261 (зі змінами і доповненнями від 3 квітня 2019 року №283), п.10 Порядку проведення експерименту з присудження ступеня доктора філософії затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 року №167.

УХВАЛИЛИ:

Затвердити такий висновок щодо дисертації *Орзіх В.М.*

ВИСНОВОК

**кафедр цивільного права та кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія» щодо
дисертації аспірантки кафедри цивільного права Орзіх Вікторії
Марківни на тему: «Застосування нотаріусами аналогії закону та
аналогії права» за спеціальністю 081 – «Право»**

Робота виконана на кафедрі цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія».

Тема дисертації схвалена та затверджена на засіданні кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» (протокол №5 від 23 жовтня 2017 року) та рішенням Вченої ради Національного університету «Одеська юридична академія» протокол № 2 від 24 жовтня 2017 року).

Науковий керівник – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Зубар Володимир Михайлович.

Дисертацію виконано в межах плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» «Методологічні засади вдосконалення цивільного законодавства» на 2011-2015 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку української державності і права» на 2011-2015 роки (державний реєстраційний номер 0110U000671), а також плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» «Цивілістичний вимір інтеграційного розвитку України» на 2016-2020 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» на 2016-2020 роки (державний реєстраційний номер 0116U001842).

Проблеми виявлення та подолання прогалин шляхом застосування аналогії права та законодавства були предметом дослідження як вітчизняних, так зарубіжних дослідників. Науковим дослідженням даної тематики присвятили свої роботи О. Скакун, Л. Луць, І. Спасибо-Фатеева, Ю. Матат, О. Колотова, С. Клім, С. Завальнюк, Р. Майданик, А. Дрішлюк, Є. Харитонов, З. Ромовська, А. Довгерт, О. Печений, С. Погрібний, С. Алексеев, В. Карташов, В. Фідаров, Ч. Беккаріа, А. Боровиковський, Е. Васьковський, О. Красавчиков, П. Рабінович, Ю. Заїка, Ф. Бидлінський, О. Лейст, І. Михайлівський, С. Вильнянський, Л. Явич, А. Бережнов, А. Поляков, В. Труба, Р. Притченко, В. Забігайло, Р. Кондратьєв, Ф. Уранський, Е. Кемуларія, П. Недбайло, М. Строгович, Г. Шершеневич, А. Коструба, С. Фурса, яка досліджувала питання застосування аналогії нотаріусами в своєму посібнику «Теорія нотаріального процесу».

Мета і завдання дослідження. Метою даного дисертаційного дослідження виступає комплексне дослідження правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії в своїй діяльності та надання пропозицій щодо вдосконалення існуючої теорії цивільного права й законодавчих положень в цій сфері з подальшим застосування на практиці.

Для досягнення зазначеної мети в дисертації вирішувалися такі завдання: розкрити поняття та визначити основні складові елементи механізму правозастосування;

визначити особливості структури правозастосування;

з'ясувати на яких саме стадіях правозастосування можуть виникати проблемні питання;

дослідити стадії правозастосування та класифікацію суб'єктів правозастосування, визначити місце нотаріуса в системі суб'єктів;

з'ясувати основні причини виникнення та правову природу прогалин в праві; розмежувати поняття «усунення», «подолання» та «заповнення» прогалин; дослідити способи подолання прогалин в праві;

розглянути поняття та правову природу аналогії як способу подолання прогалин в праві; порівняти наукові погляди щодо можливості застосування аналогії різними суб'єктами правозастосування;

визначити основні передумови та особливості застосування аналогії в сучасних умовах розвитку цивільного права України;

дослідити механізм застосування аналогії та визначити коло суб'єктів, уповноважених на використання аналогії в своїй діяльності;

охарактеризувати нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії;

визначити чи наділений нотаріус повноваженнями на застосування аналогії;

дослідити рівень дослідження та проблематику застосування аналогії нотаріусами; проаналізувати ступінь необхідності застосування аналогії нотаріусом, в тому числі, на конкретних прикладах з практики;

надати пропозиції щодо внесення змін в діюче законодавство та врегулювати питання застосування аналогії нотаріусом.

Об'єктом дослідження є цивільно-правові відносини, які виникають під час застосування аналогії права та аналогії закону.

Предметом дослідження виступає застосування аналогії права та аналогії закону нотаріусом.

Методи дослідження. Під час дослідження проблематики дисертаційного дослідження було використано загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання, які були застосовані для з'ясування основних особливостей та сутності правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії в цивільній праві України. В процесі дослідження загальнотеоретичних засад застосування аналогії та визначення правового статусу нотаріуса був обраний діалектичний метод, який дозволив системно дослідити правові явища в процесі їх розвитку та в системному взаємозв'язку (п.п. 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 3.2). Історично-правовий метод використовувався для визначення ступеню вивчення обраної тематики, розвитку наукових поглядів щодо визначення поняття та сутності аналогії, правового статусу суб'єктів та межі допустимості застосування аналогії (п. 1.1, 2.1, 2.3). За допомогою формально-логічного та формально-юридичного методів були досліджені та сформульовані правові поняття, пов'язані з правовим врегулюванням аналогії як способу подолання прогалин в праві, а також внесено пропозиції щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства в цій сфері (п. 2.2, 2.3, 3.3). Системно-структурний метод

застосовувався для здійснення класифікації способів подолання прогалин в праві, а також суб'єктів правозастосування та застосування аналогії (п.п. 1.3, 2.2, 3.2). Для отримання теоретичних та практичних висновків у роботі застосовувалися методи аналізу та синтезу (розділи 1,2,3). Метод правового моделювання був використаний при формулюванні пропозицій щодо внесення змін і доповнень до актів чинного законодавства України в частині регламентації повноважень нотаріуса на застосування аналогії (розділ 3).

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є першим у науці цивільного права України спеціальним комплексним дослідженням правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії в цивільному праві України.

У межах здійсненого дослідження одержано такі результати, що мають наукову новизну:

вперше:

здійснено комплексне дослідження складових елементів правового статусу нотаріуса та особливості його діяльності як суб'єкта правозастосування;

розмежовано два основні підходи до розуміння прогалин в праві: вузький, за яким прогалина в праві розглядається як випадок чи ситуація, в яких суспільні відносини, які хоча й знаходяться в правовій площині, однак не знайшли свого врегулювання конкретним законодавчим положенням (прогалина в законодавстві). Та широкий підхід, відповідно до якого прогалина в праві являє собою повну або часткову відсутність нормативних установок, необхідність яких обумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, спрямованими на регулювання життєвих фактів в сфері правового впливу (прогалина в праві);

здійснено розмежування понять «усунення», «заповнення» та «подолання» прогалин, відповідно до чого «усунення» прогалин безпосередньо стосується законодавчих органів, які займаються нормотворчою діяльністю. Заповненням прогалин займаються інші державні органи, які хоча й не наділені нормотворчими повноваженнями, однак в своїй діяльності керуються рядом підзаконних нормативно-правових актів, якими, в можуть тимчасово врегульовувати те чи інше спірне питання, яке не знайшло відображення в законі. Однак, на нашу думку таке заповнення може мати місце за умови, коли спірне питання передбачено законом (хоча б частково). Подолання прогалин в праві здійснюється правозастосовними органами або ж власне суб'єктами відповідних правовідносин за допомогою визначених

методів подолання прогалин. При цьому подолання прогалин має казуальний характер;

на основі дослідження нормативного та наукового матеріалу визначено місце аналогії в системі способів подолання прогалин;

запропоновано розглядати нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії, оскільки невід'ємною частиною діяльності нотаріуса є здійснення охоронної функції прав та законних інтересів, яка полягає в превенції порушень законодавчих положень, що характеризує його як суб'єкта правозастосування та наділяє його правом використовувати аналогію в своїй діяльності;

представлена пропозиція внесення змін до спеціального законодавства з метою надання нотаріусу право застосовувати аналогію в своїй діяльності;

вдосконалено:

сутність поняття аналогії, відповідно до якого аналогія це застосування норми права, яка регулює подібні, схожі за змістом правовідносини, з дотриманням відповідних умов;

розмежування понять та сутності понять аналогії та субсидіарного застосування норм;

розмежування понять аналогії закону (застосування норми права, яка міститься в іншому законодавчому акті) та аналогії права (обумовлює пошук вирішення конкретної ситуації не в законодавчій, а в правовій площині через призму загальних засад права);

позиція щодо того, що призначення інституту аналогії полягає в тому, аби врегулювати одиничний життєвий випадок, який не підпадає під врегулювання законодавчими положеннями, випадаючи, так би мовити, з законодавчого шаблону. Рішення, прийняте суб'єктом правозастосування, яким відбулося врегулювання спірної ситуації не є актом нормотворчості, а направлено виключно на вирішення спірної ситуації з врахуванням відповідних особливостей та обставин.

дістало подальшого розвитку:

використання аналогії можливе будь-яким з органів правозастосування та в сучасних умовах є допустимим та необхідним розширення кола суб'єктів правозастосування, які мають право застосовувати аналогію в своїй діяльності;

теза про те, що відсутність дозволу на застосування аналогії не може однозначно визначатися як заборона на її застосування, адже особа, яка звернулась до відповідного суб'єкта за врегулюванням спірного питання повинна отримати вирішення ситуації.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що висновки та пропозиції, сформульовані в дисертації, можуть бути використані у:

правотворчій діяльності – для вдосконалення чинного законодавства України щодо регулювання порядку застосування аналогії нотаріусом;

науково-дослідній діяльності – для подальшого розвитку положень цивільно-правової доктрини в частині правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії в цивільному праві України;

навчальному процесі – при викладанні навчальних дисциплін «Цивільне право», «Нотаріат», а також підготовці підручників, навчальних посібників, методичних рекомендацій із зазначених дисциплін.

Апробація результатів дослідження. Дисертацію підготовлено та обговорено на кафедрі цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», де вона неодноразово обговорювалась. Основні наукові положення дисертації були апробовані на наукових і науково-практичних конференціях, зокрема: Міжнародній науково-практичній конференції «Юридична наука: виклики і сьогодення»

Публікації. Основні теоретичні і практичні висновки, положення та пропозиції дисертаційного дослідження відображені у 7 наукових публікаціях, у тому числі 6 наукових статях, опублікованих у фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 1 статті, опублікованій у зарубіжному періодичному виданні.

Характеристика особистості здобувача.

Орзіх Вікторія Марківна, 14.02.1966 р.н., має вищу юридичну освіту. У 1989 р. закінчила Одеський державний університет ім. І.І. Мечнікова, за спеціальністю «правознавство», кваліфікація – юрист.

З 09.11.1982 р. по 29.08.1983 р. працювала на посаді секретаря п'ятої одеської державної нотаріальної контори.

З 29.08.1983 р. по 01.08.1988 р. працювала на посаді консультанта Четвертої одеської державної нотаріальної контори.

З 01.08.1988 р. по 17.09.1990 р. працювала на посаді консультанта другої одеської державної нотаріальної контори.

З 17.09.1990 р. по 25.02.1997 р. працювала на посаді державного нотаріуса п'ятої одеської державної нотаріальної контори.

З 26.02.1997 р. по т.ч. працює приватним нотаріусом Одеського міського нотаріального округу.

Оцінка мови й стилю дисертації. Мова й стиль дисертаційного дослідження відповідають вимогам, які висуваються до наукової праці такого рівня.

У результаті попередньої експертизи дисертації Орзіх В.М. та повноти основних результатів дослідження

УХВАЛИЛИ:

1. Затвердити висновок про наукову новизну, теоретичне та практичне значення щодо результатів дисертаційного дослідження Орзіх Вікторії Марківни «Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права», представленої на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право».

2. Констатувати, що за актуальністю, ступенем новизни, обґрунтованістю, науковою та практичною цінністю здобутих результатів дисертація Орзіх Вікторії Марківни на тему: «Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права» відповідає спеціальності 081 «Право» та вимогам Порядку підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у вищих навчальних закладах (наукових установах), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 року №261 (зі змінами і доповненнями від 3 квітня 2019 року №283), п.10 Порядку проведення експерименту з присудження ступеня доктора філософії, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 року №167.

3. Рекомендувати дисертацію Орзіх Вікторії Марківни на тему: «Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права» до захисту на здобуття ступеня доктора філософії у разовій спеціалізованій вченій раді за спеціальністю 081 «Право».

Рецензент:

д.ю.н., професор,
зав. кафедри цивільного процесу

Н.Ю. Голубева

Рецензент:

к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права

В.О. Гончаренко

