

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

ОРЗІХ Вікторія Марківна

УДК 347.961:340.115.001.362

ДИСЕРТАЦІЯ

**ЗАСТОСУВАННЯ НОТАРІУСАМИ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ ТА АНАЛОГІЇ
ПРАВА**

081 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ В. М. Орзих

Науковий керівник:

Зубар Володимир Михайлович
кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри
цивільного права

Одеса – 2021

АНОТАЦІЯ

Орзіх В.М. Застосування нотаріусами аналогії закону та аналогії права. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Національний університет «Одеська юридична академія», Міністерство освіти і науки України, Одеса, 2021.

Дисертація є першим у науці цивільного права України спеціальним комплексним дослідженням правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії в цивільному праві України.

У дисертації проаналізовані визначення поняття «правозастосування» в цивільному праві та законодавстві України. Встановлено, що правозастосування являє собою особливу форму реалізації права, яка на певному етапі акумулює й інші форми реалізації права, визначаючи таким чином свій особливий та універсальний владний характер. З'ясовано, що механізм правозастосування є діяльністю уповноважених суб'єктів, які за допомогою сукупності юридичних засобів впливу на суспільні відносини, виконують поставленні завдання задля настання відповідного результату. Дія механізму правозастосування починається за наявності юридичного факту, правомочності і об'єкта правового впливу.

З'ясовано, що невід'ємним складовим елементом структури правозастосування є метод правозастосування, який характеризує діяльність суб'єкта правозастосування та спосіб вирішення поставлених завдань. Виділяють два основних методи правозастосування: імперативний та диспозитивний.

Встановлено, що завершальним етапом процесу правозастосування є ухвалення відповідного рішення – акта застосування норм права, який безпосередньо акумулює обставини конкретної справи та норму права, яка регулює спірні правовідносини та формує відповідні висновки.

З'ясовано, що однією з особливостей акта правозастосування як правового явища є його здатність усувати перешкоди та недоліки законодавства в процесі правозастосування, в результаті чого забезпечується найефективніше

досягнення поставлених завдань суб'єктом правозастосування.

Визначено, що суб'єкти правозастосування це спеціально уповноважені особи (органи, посадові особи), наділені відповідним колом владних повноважень на вирішення конкретної життєвої ситуації в процесі застосування правових норм та ухвалення відповідного рішення за результатами правозастосовного процесу.

Досліджено, що стаття 3 Закону України «Про нотаріат» визначає нотаріуса як уповноважену державою фізичну особу, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності

В контексті законодавчого визначення встановлено, що нотаріус наділений державою визначеним переліком повноважень на вчинення відповідних дій та вирішення конкретних ситуацій, тобто є суб'єктом правозастосування, який, в тому числі з врахуванням особливостей конкретної ситуації, уповноважений вирішувати відповідні питання які належать до сфери його компетенції.

З'ясовано, що законом надано право нотаріусу на вчинення додаткових дій щодо отримання відомостей, необхідних для вчинення нотаріальної дії. Тобто, нотаріус в процесі вчинення відповідних нотаріальних дій наділений компетенцією щодо витребування необхідних матеріалів та інформації, задля встановлення обставин конкретної справи та прийняття правильного рішення.

Проаналізовано положення статті 44 Закону України «Про нотаріат», відповідно до якої у разі наявності сумнівів щодо обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії, нотаріус зобов'язаний звернутися до органу опіки та піклування за місцем проживання відповідної фізичної особи для встановлення факту відсутності опіки або піклування над такою фізичною особою. Крім того, у разі наявності сумнівів щодо уповноваженого представника, а також його цивільної дієздатності та правоздатності нотаріус має право зробити запит до відповідної фізичної чи

юридичної особи. Нотаріус зобов'язаний встановити дійсні наміри кожної із сторін до вчинення правочину, який він посвідчує, а також відсутність у сторін заперечень щодо кожної з умов правочину, що свідчить про те, що законодавець наділяє нотаріуса ширшим колом повноважень, аніж лише дотримання та виконання закону.

Визначено, що діяльність нотаріуса прямо пов'язана з процесом правозастосування, в результаті чого нотаріус є суб'єктом правозастосування, який наділений законом відповідним об'ємом прав та обов'язків.

Досліджені погляди вчених щодо наявності/відсутності прогалин в праві. Зокрема, прихильники безпрогальності права вважають, що правом є лише те, що написано в тексті закону: всі діяння або заборонені, або не забороняються, або підпадають під закон, чи не підпадають. При цьому, нормативізм розглядає право як замкнену систему норм належного характеру, які пізнаються та поповнюються з самих себе, повністю відірваних від реальних суспільних відносин і ні в якій мірі не пов'язаних з проявом волі законодавця. Одночасно проаналізовані наукові позиції, з точки зору яких встановлена система правил поведінки за своєю природою вже має прогалину, оскільки в широкому сенсі, норма права має чітко встановлені рамки з моменту її встановлення та не здатна в подальшому оперативно трансформуватися за вимогою, а лише через встановлений механізм (шляхом доповнення, зміни, виключення, розширення, заміни тощо).

В контексті дисертаційного дослідження зосереджена увага саме на способах подолання прогалин в праві. Проаналізовані такі способи як аналогія, субсидіарне застосування норм законодавства, конкретизація, тлумачення правових норм тощо.

Визначено, що аналогія означає застосування норми права, яка регулює подібні, схожі за змістом правовідносини, з дотриманням відповідних умов, зокрема, відсутності протиріччя загальним засадам галузі права, норма якої використовується за аналогією, тій галузі, яка прямо не врегульовує спірне питання. При цьому аналогія закону означає застосування норми права, яка міститься в іншому законодавчому акті, в той час як аналогія права є ширшим

поняттям та обумовлює пошук вирішення конкретної ситуації не в законодавчій, а в правовій площині через призму загальних засад права.

Встановлено, що субсидіарне застосування норм передбачає використання положень суміжного правового інституту або спорідненої галузі.

Проведено розмежування аналогії права та субсидіарного застосування норм та з'ясовано, що аналогія застосовується якщо в законодавчій площині або відсутнє вирішення конкретної спірної ситуації, або взагалі відсутнє врегулювання спірних правовідносин. Умовою субсидіарного застосування норм є те, що спірна ситуація (правовідносини) врегульована законодавцем, однак в межах іншої галузі права.

Визначено, що процес тлумачення норм права полягає в з'ясуванні дійсної суті правової норми, істинної волі законодавця щодо порядку та способу врегулювання правовідносин чи вирішення того чи іншого спірного питання. Отже, на відміну від аналогії, тлумачення передбачає наявність встановленої правової норми.

Конкретизація, також, застосовується за наявності відповідної правової норми, яка регулює певні правовідносини, за умови, що зміст та суть цієї правової норми є зрозумілими. Суб'єкт правозастосування повинен правильно застосувати норму права, в контексті специфіки відповідних правовідносин, таким чином, конкретизуючи зміст правової норми.

Досліджені нормативно-правові підстави застосування аналогії. Зосереджена увага на статті 8 ЦК України, яка містить пряму вказівку на застосування аналогії закону й аналогії права.

Досліджено механізм застосування аналогії та сформульовано його складові елементи, зокрема, законодавча база, яка уповноважує суб'єкта на застосування аналогії; наявність спірної ситуації, пошук нормативно-правової бази, обрання способів вирішення спірної ситуації, застосування схожої норми права до спірних правовідносин; видання обґрунтованого акту.

Проаналізовані наукові позиції щодо суб'єктів, уповноважених застосовувати аналогію та з'ясовано, що вчені розподіляються на дві групи. Перша вважає, що аналогію можуть застосовувати лише суди в своїй діяльності.

Друга схиляється до того, що всі суб'єкти правозастосування мають право в своїй діяльності застосовувати аналогію.

Сформульована позиція, за якою правозастосування передбачає наявність стадій: встановлення фактичних обставин справи, юридичну кваліфікацію правовідносин та прийняття відповідного рішення. Відповідно цей процес полягає у визначенні наявності/відсутності відповідного права чи інтересу, щодо якого звернулись особи, та настання відповідних процесуальних та матеріальних наслідків (обрання алгоритму вирішення, нормативної бази, прийняття рішення, виконання цього рішення тощо). Такими повноваженнями наділені не лише судові органи, а й інші суб'єкти правозастосування, в зв'язку з чим є доцільним застосування аналогії такими суб'єктами.

В контексті статті 18 ЦК України визначено, що нотаріус є активним фігурою на правовій арені та, в межах наданих йому законом повноважень, вчиняє необхідні дії з метою захисту прав та законних інтересів особи. Нотаріус як суб'єкт правозастосування, наділений законом відповідним колом повноважень на вчинення нотаріальних дій, які можуть полягати як в суто формальних процедурах, так і вимагати активної участі при вчиненні дій, направлених на захист цивільних прав особи.

Відзначено, що нотаріус як суб'єкт правозастосування в своїй діяльності має справу з недосконаlostями юридичного механізму, що ставить перед ним завдання пошуку оптимального шляху їх подолання.

На підставі аналізу практичних ситуацій сформульована позиція про те, що нотаріус, не допускаючи тотального формалізму може застосовувати аналогію законодавства в своїй діяльності. Положеннями цивільного законодавства передбачається повноваження суб'єктів правозастосування використовувати аналогію в своїй діяльності. Законодавчі обмеження застосування аналогії нотаріусом відсутні. Разом з тим, межі застосування аналогії нотаріусом не повинні виходити за рамки, наданих йому повноважень та прав.

Обґрунтовано внесення змін до законодавства, шляхом доповнення статті 4 Закону України «Про нотаріат» абзацом п'ятим: *«Якщо певні відносини прямо*

не врегульовані законом нотаріус має право застосувати аналогію закону та використати закон, що регулює подібні відносини. У випадку відсутності такого закону, нотаріус керується загальними засадами відповідного законодавства тобто має право застосувати аналогію права.».

Ключові слова: нотаріус, нотаріат, правозастосування, суб'єкт правозастосування, механізм правозастосування, прогалини, аналогія, аналогія закону, аналогія права, механізм застосування аналогії.

ABSTRACT

Orzikh V.M. Application by notaries of the analogy by legislation and analogy by law. – Qualification scientific work, manuscript copyright.

Thesis for a Ph.D. degree in specialty 081 «Law». – National University “Odessa Law Academy”, Odesa, 2021.

The dissertation is the first complex research of the legal status of the notary as a subject of application of analogy in the civil law of Ukraine.

In the dissertation analyzed the definitions of the concept of "application of law" in civil law and legislation of Ukraine. It is established that application of law is a special form of realization of law, which at a certain stage accumulates other forms of application of law, thus determining its special and universal imperative nature. It was found that the mechanism of application of law is the activity of authorized subjects, which with the help of a set of legal means to influence social relations, perform the task in order to achieve the appropriate result. The effect of the application of law mechanism starts in the presence of the legal fact, authority and object of legal influence.

It was found that the method of the application of law is the intrinsic part of the structure of application of law, which characterizes the activities of the subject which authorized to apply law and the manner of solving the tasks. There are two main methods of the application of law: imperative and dispositive.

It is established that the final stage of the application of law is the making the final decision which objectifies in the act of the application of law, which directly accumulates the circumstances of a particular casus and legal norm, which regulates

the disputed relationships and forms relevant conclusions.

It was found that one of the features of the act of the application of law as a legal phenomenon is its ability to eliminate obstacles and shortcomings of the legislation during the process of application of law, which leads to the most effective achievement of the tasks by the subject, which apply the law.

It is determined that the subjects, which authorized to apply law are specially authorized persons (bodies, officials), who empowered with the certain range of authorities to resolve a specific casus in the process of applying legal norms and making decisions based on the results of the process of application of law.

It is investigated that according to the Article 3 of the Law of Ukraine "On Notariat" defines a notary as a state-authorized individual who performs notarial activity in a state notary office, state notarial archive or independent professional notarial activity, in particular certifies rights and of legally significant facts and performs other notarial acts provided by law in order to give them legal credibility.

In the context of the legislative definition, it is established that the notary is endowed by the state with a certain list of powers to take appropriate action and resolve specific situations (casus), which means that notaries are those who authorized to apply law.

It was found that the law gives the notary the right to take additional action to obtain necessary information to perform a notarial act. Notary in the process of performing notarial acts is endowed to request necessary documents and information in order to find out all circumstances of a particular case in order to make correct decision.

The provisions of Article 44 of the Law of Ukraine "On Notariat" were analyzed, according to which in case of doubts about the scope of civil capacity of a natural person who asked to perform a notarial act, notary must apply to the guardianship authority at the place of residence of the person in order to find out whether this person is under guardianship or custody. In addition, in case of doubt about the authorized representative, as well as his civil capacity, the notary has the right to make a request to the relevant natural or legal person. The notary is obliged to find out real intentions of each party before the transaction, which he is going

tonotarize, as well as the absence of objections to the parties to each of the terms of the transaction, which indicates that the legislator gives the notary a wider range of powers than just observe and perform the law.

It is determined that the activity of a notary is directly related to the law enforcement process, as a result of which the notary is a subject which authorized to apply law, which is endowed by law with the certain scope of rights and obligations.

Researchers' views on the presence / absence of gaps in the law have been studied. In particular, proponents of the absence of gaps in the law believe that the law is only what is written in the text of the law: all acts are either prohibited, or not prohibited, or fall under the law, or do not fall. At the same time, normativism considers law as a closed system of norms of a proper nature, which are known and refills from themselves, completely detached from real social relations and in no way related to the manifestation of the will of the legislator. At the same time, the analyzed scientific positions, according to which the established system of rules of conduct by its nature already has a gap, because in a broad sense, legal norm has a clear framework since its established and is not able to transform by the wish, but only through a certain mechanism (by supplementing, changing, deleting, expanding, replacing, etc.).

In the scope of the research, attention was paid to the overcoming of gaps in the law. Were analyzed such methods as analogy, subsidiary application of legal norms, concretization, interpretation of legal norms, etc.

It is determined that analogy means the application of the legal norm that regulates similar in content legal relationship, with the observation of the certain conditions, in particular, no contradiction to the general principles of law, legal norm which is used by analogy in those branches (fields) of law that does not directly resolve the dispute. In this case, the analogy by legislation (*analogia legis*) means the application of the legal norm contained in another piece of legislation, while the analogy by law (*analogia iuris*) is a broader concept and determines the search for a solution not in the legislation but in the legal field through the prism of general principles of law.

It is established that the subsidiary application of the norms presupposes the use

of the provisions of a related legal institution or a related branch.

A distinction is made between the analogy of law and subsidiary application of norms and it is clarified that the analogy is applied if in the legislation there is no solution to a specific disputed situation, or there is no settlement of the disputed legal relationship at all. The condition for the subsidiary application of the norms is that the disputed situation (legal relationship) is regulated by the legislator, but within another branch of law.

It is determined that the process of interpretation of legal norms consists in clarifying the true essence of a legal norm, the true will of the legislator regarding the procedure and method of settling legal relations or resolving a controversial issue. Thus, in contrast to the analogy, the interpretation assumes the existence of an established legal norm.

Concretization is also applied in the presence of the relevant legal norm that regulates certain legal relations, provided that the content and essence of this legal norm are clear. The subject which authorized to apply law must correctly apply the legal norm, in the context of certain legal relationship, thus specifying the content of the legal norm.

Legal basis of application of analogy was investigated. Attention was focused on Article 8 of the Civil Code of Ukraine, which contains a direct reference to the application of the analogy of legislation and analogy of law.

The mechanism of application of analogy was investigated and its constituent elements were formulated, in particular, the legislative base which authorizes the subject to use the analogy within the process of application of law; the presence of a disputed situation, the search for the legal framework, the choice of ways to resolve the disputed situation, the application of a similar rule of law to the disputed legal relationship; issuance of a reasoned act.

The scientific positions on the subjects authorized to apply analogy were analyzed and it was found that scientists are divided into two groups. The first believes that the analogy can be used only by courts in their activities. The second is that all law enforcement agencies have the right to use analogy in their activities.

Position is formulated according to which application of law presupposes the

existence of stages: establishment of the factual circumstances of the case, legal qualification of legal relations and adoption of the relevant decision. Accordingly, this process consists in determining the presence / absence of the relevant right or interest in respect of which the persons applied, and the occurrence of relevant procedural and material consequences (choice of decision algorithm, regulatory framework, decision making, implementation of this decision, etc.). Such powers are vested not only in the judiciary but also in other subjects who are empowered to apply law, and it is therefore appropriate to apply the analogy to such subjects.

In the context of Article 18 of the Civil Code of Ukraine, it is determined that a notary is an active figure in the legal arena and, within the scope granted powers, takes the necessary actions to protect the rights and legitimate interests of persons. A notary as a subject who apply law and endowed with the appropriate range of powers to perform notarial acts, which may consist of both purely formal procedures and require active participation in actions aimed at protecting the civil rights of the individual.

It is noted that the notary as a subject who authorized to apply law in his work deals with the imperfections of the legal mechanism, which puts before him the task of finding the best way to overcome them.

On the basis of the analysis of practical situations the position is formulated that the notary, without allowing total formalism can apply analogy of the legislation in the activity. The provisions of civil law provide for the power of law enforcement agencies to use analogy in their activities. There are no legal restrictions on the use of the analogy by a notary. However, the limits of application of the analogy by a notary should not go beyond the powers and rights granted to him.

It is justified to amend the legislation by supplementing Article 4 of the Law of Ukraine "On Notariat" with the fifth paragraph: *"If certain relations are not directly regulated by law, the notary has the right to apply the analogy by legislation and use the legislation governing such relations. In the absence of such a legislation, the notary is guided by the general principles of the relevant legislation, thus has the right to apply the analogy by law"*.

Key words: notary, notary, application of law, subject who authorized to apply

law, mechanism of the application of law, legal gaps, analogy by legislation, analogy by law, mechanism of the application of analogy.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА:

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Орзіх В. М. Нотаріус як суб'єкт застосування аналогії. *Право і суспільство*. № 2. 2017. С. 87–90.
2. Орзіх В. М. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення. *Підприємництво, господарство і право*. № 9. 2017. С. 34–37.
3. Орзіх В. М. Поняття аналогії закону й аналогії права в цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. Вип. 54. Т. 1. 2019. С. 83–86.
4. Орзіх В. М. Умови та механізм застосування аналогії закону та аналогії права в цивільному праві України. *National law journal: theory and practice*. № 1. 2019. С. 144–147.
5. Orzikh V. Theory and practice of application by notary the analogia legis and analogia iuris. *Knowledge, Education, Law, Management*. № 1 (37). Vol. 2. 2021. С. 157–163.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Орзіх В. М. Застосування аналогії нотаріусом: практичний аспект. *Кодифікація та рекодифікація цивільного законодавства в Україні: досвід і перспективи: мат. Міжн. наук.-практ. конф. «Римське право і сучасність»* (25 червня 2021 року). Одеса: Фенікс, 2021. С. 78-81.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

7. Орзіх В., Шевченко В., Орзіх Ю. Деякі зміни в організації і діяльності нотаріату України в умовах його реформування. *Юридичний вісник*. № 2. 2014. С. 86–92.

ЗМІСТ

<u>РОЗДІЛ 1. ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ. НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ.</u>	11
<u>1. 1. Поняття та механізм правозастосування.</u>	11
<u>1. 2. Структура правозастосування. Об'єкт, процедура, акт.</u>	24
<u>1. 3. Стадії та суб'єкти правозастосування. Нотаріус як суб'єкт правозастосування.</u>	35
<u>РОЗДІЛ 2. ПРОГАЛИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ. АНАЛОГІЯ ЯК СПОСІБ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У ПРАВІ.</u>	54
<u>2. 1. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення</u>	54
<u>2. 2. Подолання прогалин в процесі правозастосування.</u>	72
<u>2. 3. Аналогія закону й аналогія права: ретроспективний аспект, сутність, законодавчі передумови</u>	94
<u>РОЗДІЛ 3. НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ АНАЛОГІЇ</u>	110
<u>3. 1. Умови та механізм застосування юридичної аналогії в цивільному праві України.</u>	110
<u>3. 2. Коло суб'єктів та межі використання інституту аналогії</u>	122
<u>3. 3. Нотаріус як спеціальний суб'єкт застосування аналогії закону й аналогії права</u>	138
<u>ВИСНОВКИ</u>	159
<u>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ</u>	164

ВСТУП

Високий рівень законодавчої урегульованості суспільних відносин тим не менш не виключає наявність проблемних питань, які виникають у 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 у 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 і 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 у 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 у 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, незважаючи на різноманітність правових ситуацій, які доводиться вирішувати нотаріусу в процесі здійснення своєї діяльності, питання застосування аналогії нотаріусом у науці не висвітлювалось.

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

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертацію виконано в межах 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-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. 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 у своєму посібнику «Теорія нотаріального процесу».

Мета і завдання дослідження. Метою даного дисертаційного дослідження виступає комплексне дослідження правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії у своїй діяльності та надання пропозицій щодо вдосконалення існуючої теорії цивільного права й законодавчих положень у 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 у праві; розмежувати поняття «усунення», «подолання» та «заповнення» прогалин; дослідити способи подолання прогалин у 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 у своїй діяльності;

охарактеризувати нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії;

визначити, чи наділений нотаріус повноваженнями на застосування аналогії;

проаналізувати рівень дослідження та проблематику застосування аналогії нотаріусами; проаналізувати ступінь необхідності застосування аналогії нотаріусом, у тому числі, на конкретних прикладах із практики;

надати пропозиції щодо внесення змін у чинне законодавство та врегулювати питання застосування аналогії нотаріусом.

Об'єктом дослідження є цивільно-правові відносини, які пов'язані з процесом застосування аналогії права та аналогії закону.

Предметом дослідження виступають цивільні норми, які є підставою застосування аналогії права та аналогії закону нотаріусом.

Методи дослідження. Під час дослідження проблематики дисертаційного дослідження було використано загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання, які застосовані для з'ясування основних особливостей та сутності правового статусу нотаріуса як суб'єкта застосування аналогії в цивільному праві України. У 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 урегулюванням аналогії як способу подолання прогалин у 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 у 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 одним із перших у науці цивільного права України спеціальним комплексним

дослідженням, яким визначені основні особливості правового статусу нотаріуса як суб'єкта правозастосування та досліджений зміст права нотаріуса на 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 у 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 у 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 у своїй діяльності керуються низкою підзаконних нормативно-правових актів, якими, 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 у 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 у своїй діяльності;

подана пропозиція внесення змін до спеціального законодавства з метою надання нотаріусу право застосовувати аналогію у 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 урегулювання законодавчими положеннями, випадаючи, так би мовити, із законодавчого шаблону. Рішення, прийняте суб'єктом правозастосування, яким відбулося врегулювання спірної ситуації, не є актом нормотворчості, а направлене виключно на вирішення спірної ситуації з урахуванням 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 у 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 неодноразово обговорено на кафедрі цивільного права Національного університету» Одеська юридична академія». Основні наукові положення дисертації були апробовані на Міжнародній науково-практичній конференції «Кодифікація та рекодифікація цивільного законодавства в Україні: досвід і перспективи».

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.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які містять 9 підрозділів, висновків, списку використаних джерел (250 найменувань) та додатків. Загальний обсяг дисертації складає 187 сторінку, з яких основний зміст – 163 сторінки.

РОЗДІЛ 1. ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ. НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

1. 1. Поняття та механізм правозастосування

Під реалізацією правових норм прийнято розуміти сукупність специфічних для права способів і форм його практичного здійснення, перетворення, впровадження або втілення права в суспільну практику. Реалізація норм права є процесом перетворення ідеальних юридичних моделей, що відображають потрібні для суспільства стани, в практичну реальність, у діючу систему суспільних відносин. Реалізацію права можна розглядати як процес, так і кінцевий результат [114, с. 21].

Відповідно до виду правових норм та в залежності від характеру правореалізаційних дій відповідних суб'єктів права виділяють форми реалізації права. Зокрема дотримання, виконання, використання та застосування.

Дотримання та виконання є першопочатковими формами реалізації права. Основна відмінність між ними полягає в тому, що дотримання означає пасивну поведінку суб'єкта, яка полягає в утриманні від порушення правових заборон. Виконання норм права передбачає активну діяльність суб'єкта права, яка полягає в реалізації зобов'язуючих норм [154, с. 7]. Разом з тим необхідно звернути увагу на певну особливість дотримання правових норм як форми реалізації права. За своєю суттю дотримання права є невід'ємною частиною будь-якого процесу реалізації права. Особливість цієї форми реалізації права полягає в тому, що вона пронизує всі стадії і сторони правореалізаційного процесу, має всеохоплюючий характер, стосується кожного право- та дієздатного суб'єкта, забезпечує розвиток правомірної поведінки, і в цьому сенсі виступає як універсальна.

При використанні права відповідний суб'єкт здійснює свої суб'єктивні права шляхом втілення в життя уповноважуючих норм права, чим задовольняє свій інтерес та досягає певного блага. Використання права передбачає, по-перше, активні дії суб'єкта права, по-друге, дії суб'єкта в рамках наданих йому

нормою права повноважень, по-третє, зазначені дії вчиняються суб'єктом права з метою досягнення будь-якої користі, тобто вигоди, позитивних наслідків. Активна поведінка суб'єкта, який бажає використовувати право, передбачає вчинення даним суб'єктом певних, процесуально обумовлених, організаційних дій, які викликані необхідністю дотримання і виконання відповідної юридично значущої процедури. Наприклад, для використання права на реєстрацію шлюбу, суб'єкт (крім того, що повинен відповідати певним правовим цензам) повинен здійснити цілий ряд дій, які (при успішному результаті для суб'єкта) можуть призвести до використання останнім права на вступ у шлюбні відносини [6].

Однією з особливих форм реалізації права є правозастосування. На думку В. Карташова, необхідність у правозастосуванні виникає тоді, коли «не спрацьовує» механізм саморегуляції [91].

Застосування права – це комплекс розумових і фактичних, організаційних і юридичних операцій (дій) суб'єкта правозастосування, що має на меті забезпечити нормальний перебіг процесу реалізації правових приписів. Особливе місце в цьому комплексі дій займає рішення компетентного органу по конкретній юридичній справі. Під юридичною справою розуміється життєвий випадок щодо якого здійснюються правозастосовні дії, тобто життєва ситуація, яка не тільки потребує юридичного розгляду, і, відповідно, вже отримала оцінку як юридична ситуація, а й фактично стала предметом юридичних дій з боку правозастосовного органу [10, с. 328].

Правозастосування – це здійснювана в процедурно-процесуальному порядку владна-організуюча діяльність компетентних державних органів і посадових осіб, яка полягає в індивідуалізації юридичних норм стосовно конкретних суб'єктів і конкретних життєвих випадків в акті застосування норм права [189].

Традиційно правозастосування в юридичній літературі розглядається як організаційно-владна діяльність компетентних суб'єктів, що складається з розгляду юридичних справ і винесення відповідних рішень, у результаті яких у відповідних суб'єктів правовідносин виникають суб'єктивні права та юридичні обов'язки [243]. Якщо сказати спрощено, то застосування правових норм – це

ухвалення на основі норм права рішень у конкретних справах. З погляду формальної логіки це процес, який полягає у підведенні конкретного життєвого випадку під загальну правову норму, а також ухвалення на цій основі спеціального акта – акта застосування норм права. Застосування норм права має місце там, де адресати правових норм не можуть реалізувати свої, передбачені законом права і обов'язки без посередництва компетентних органів. Можна сказати, що на певному етапі правозастосування підключається до способів безпосередньої реалізації – додержання, виконання, використання [190].

І. Дюрягін визначає застосування права як особливу складну форму його реалізації, оскільки її здійснюють разом з іншими формами реалізації шляхом взаємного їх проникнення. Це оптимальний підхід з позиції чіткості здійснюваного позиціонування знакової конструкції правозастосування в знаково-символічному складі правової системи України та правової реальності загалом. В. Нерсисянц зазначав, що застосуванням норм права є їх реалізація у передбачених правом випадках і в запропонованій ним формі – правореалізаційних діях державного органу (чи посадової особи), здійснюваних у межах його компетенції для вирішення конкретних правових справ і прийняття відповідних правових актів [144]. В. Лазарев визначав застосування права як владну, організаційну діяльність компетентних органів та осіб, що має забезпечити адресатам правових норм реалізацію належних їм прав і обов'язків, а також гарантувати контроль за цим процесом [204]. С. Лисенков під застосуванням норм права розумів спрямовану на реалізацію норм права і здійснювану в спеціально встановлених формах державно-владну, творчо-організаційну діяльність державних органів й уповноважених державою інших суб'єктів з метою вирішення конкретної справи шляхом видання індивідуальних правових приписів (правозастосовчих актів) [206].

М. Коржанський визначає правозастосування як владну організацію суспільного порядку та відносин суб'єктів, які беруть участь у суспільному житті [105]. Інші вчені застосування права тлумачать також як спосіб організації здійснення правових норм, утілення в життя їхніх вимог [203].

На думку М. Гнатюк правозастосування поряд з такими формами

реалізації права як дотримання, виконання і використання правових норм, пов'язане з реалізацією права і являє собою її специфічний вид. Тобто, правозастосування комплексно поєднує у собі інші форми процесу правореалізації, що свідчить про його ключове положення у загальному механізмі правореалізації та його державно-владний характер, можливість використання системи засобів і способів з метою забезпечення правомірної поведінки. Правозастосування, з точки зору його здійснення, передбачає активну сторону (способи, шляхи і форми впливу на суспільні відносини) і результативну сторону (форми реалізації правових приписів). Дотримання, виконання і використання як форми безпосередньої реалізації правових норм у фактичних діях суб'єктів права мають місце у конкретних життєвих ситуаціях щодо яких не вимагається державного втручання для забезпечення чи організації здійснення права. Лише учасник суспільних відносин сам безпосередньо повинен діяти у визначених законом межах. Тому правозастосування слід розглядати як комплексну, державно-владну, управлінську, творчу діяльність, здійснювану у встановлених законом процедурних і процесуальних формах, яка покликана забезпечити адресатам правових норм можливість реалізації належних їм прав і покладених на них юридичних обов'язків [59].

Є. Бобрешов визначає правозастосування як юридично цілісну, активну, творчу сукупність дій з реалізації права, що здійснюється чітко регламентованими повноважними органами (посадовими особами) державної влади в рамках формально закріплених процедурно-процесуальних форм, що спрямована на оформлення, кваліфікування й вирішення конкретних життєвих випадків у суспільних правовідносин, що підлягають регулюванню та віднесені законом до компетенції таких органів [32].

Варто зауважити, що на різних періодах розвитку юридичної науки науковці наділяли різними ознаками процес правозастосування. Наприклад, П. Недбайло, Ю. Калмиков заперечували владний характер процесу правозастосування, наділяючи відповідними повноваженнями застосування права поряд з державними органами, посадовими особами тощо, громадян

[141].

Сучасні українські правознавці переважно констатують владний («тому що це діяльність компетентного органу або посадової особи, і лише в межах наданих йому (їй) повноважень») [190] чи державно-владний («рішення приймають на підставі одностороннього волевиявлення компетентного органу; правові приписи обов'язкові до виконання та в разі потреби забезпечуються примусовою силою держави» [147]) характер застосування права [157, с. 161-172].

Якщо говорити про ознаки правозастосування, то наприклад, О. Скакун серед ознак виділяє такі: *владний* характер, тому що це діяльність компетентного органу або посадової особи, і лише в рамках наданих йому (їй) повноважень. Серед органів, що застосовують норми права, можна виділити органи юрисдикції – суди (загальні, арбітражні тощо), адміністративні комісії та ін. Наприклад, лише в судовому порядку можливе безперечне списання (стягнення) коштів з рахунків юридичних осіб і фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності. *Індивідуалізований*, персоніфікований характер, тому що являє собою вирішення конкретної справи, життєвого випадку, певної правової ситуації на основі норм права. Полягає в «прикладненні» норм права до конкретної особи (персони), конкретних обставин. *Процедурно-процесуальний* характер, тому що являє собою офіційний порядок дій, складається з низки стадій. *Творчий, інтелектуальний* характер, тому що це завжди інтелектуальна діяльність. Для застосування норм права необхідно свідомо проводити низку дій. Здійснення на основі норм права. *Юридично оформлений* характер – завершується ухваленням спеціального акта (в більшості випадків письмового), який називається актом застосування норм права або правозастосовним актом. У своїй результативній частині (правозастосовний акт) завжди відіграє роль юридичного факту, який породжує, змінює або припиняє конкретні правовідносини (наприклад, вступ до шлюбу, розлучення подружжя, усиновлення дитини) [190].

Деякі вчені, конкретизуючи вказані ознаки, визначають правозастосування як складову частину правової системи держави. При цьому

акцентується увага на тому, що без застосування норм права неможливе врегулювання суспільних відносин. За своїм значенням правозастосування займає друге місце після правотворчості, а при певних соціальних умовах є не менш важливим фактором, який суттєво впливає на правове регулювання суспільних відносин. Крім того, правозастосування має комплексний характер, оскільки здійснюється паралельно з іншими формами реалізації права, а інколи навіть перетинається з ними. Суб'єкт правозастосування не тільки безпосередньо застосовує норми права, а й одночасно зобов'язаний виконувати, дотримуватись та інколи використовувати норми матеріального та процесуального права, щоб реалізувати принципи законності та доцільності в правозастосовній діяльності. Ще однією особливістю є те, що правозастосування одночасно є й реалізацією законодавства у правовідносинах, адже воно змінює ті чи інші правовідносини, конкретизує юридичні права та обов'язки суб'єктів правовідносин. Правозастосування є особливим способом реалізації права, коли дії норм права пов'язані з конкретними фактами, тобто коли норма застосовується відносно цих фактів. Поза юридично значущими фактами, з якими правові норми пов'язують певні юридичні наслідки, неможливе застосування правових норм. Юридичні наслідки пов'язані з виникненням, зміною і припиненням правовідносин. Поряд з вищенаведеним визначається, що правозастосування відрізняється від інших форм реалізації права своїми потребами. Такі потреби виникають, наприклад, коли передбачені правовими актами суб'єктивні права та обов'язки за своїм характером є такими, що не можуть виникати в конкретних суб'єктів із їх односторонніх заяв, угод або договорів і вимагають відповідного індивідуального акта суб'єкта правозастосування. Також, якщо факт порушення відомий і потрібно встановити його наслідки або визначити за нього відповідальність. А крім того, існують прогалини в національному праві та необхідне застосування аналогії права й закону [155, с. 40-42].

Отже, наведені позиції науковців визначають правозастосування як особливу форму реалізації права, яка на певному етапі акумулює й інші форми реалізації права, визначаючи таким чином свій особливий та універсальний

характер. Одночасно варто звернути увагу на те, що серед науковців існують різні позиції щодо належного суб'єкта, який наділений необхідним колом повноважень правозастосування. Деякі з них наділяють такими повноваженнями тільки органи державної влади, в той час як інші говорять про владний характер правозастосування. Варто погодитися з останньою точкою зору, адже процес правозастосування не зосереджується лише в обранні відповідного суб'єкта, а, перш за все, передбачає наявність ситуації, яка потребує вирішення, та вже в контексті цього обрання належного суб'єкта вирішення такої ситуації. Необхідно зауважити, що динамічний розвиток суспільних відносин запускає механізм адаптації та розвитку юридичної техніки до врегулювання цих правовідносин, у зв'язку з чим з'являються нові суб'єкти врегулювання спорів або ж держава передає свої функції щодо такого врегулювання до компетенції спеціальних суб'єктів. Тому, в контексті наведеного, варто акцентувати увагу саме на владному характері правозастосування, що буде доцільнішим при вирішенні спірних ситуацій та наділенні набором повноважень відповідних суб'єктів.

Як зазначає О. Скакун, правозастосування виникає коли, наприклад, передбачені юридичними нормами права і обов'язки виникають лише після ухвалення владного рішення державного органу про наділення одних учасників правовідносин суб'єктивними юридичними правами і покладення на інших суб'єктивних юридичних обов'язків (наказ про зарахування абітурієнта до вузу). Або коли є спір про право (у майнових відносинах, при оподатковуванні) і сторони самі не можуть виробити узгоджене рішення про наявність або міру суб'єктивних прав і юридичних обов'язків (поділ майна між подружжям, вирішення спорів між учасниками цивільного договору). Також, наприклад, у разі правопорушень, тобто, коли не виконуються обов'язки, існують перешкоди для здійснення права і необхідно вдатися до примусових заходів (наприклад, стягнення штрафу, конфіскація майна). При здійсненні державним органом, організацією, установою яких-небудь дій на користь конкретного громадянина або іншої особи (нагородження, присвоєння звань, почесних посад, виплата пенсії, здавання внайм жилого приміщення). Та в інших численних випадках.

Правозастосування як особлива форма реалізації права передбачає наявність відповідного механізму з ключовими та невід'ємними його елементами.

Правовий механізм являє собою певну конструкцію, яка містить у собі комплекс відповідних юридичних засобів, які, взаємодіючи між собою у відповідному порядку, забезпечують досягнення поставленої мети. Так, у конституційному праві є правовий механізм проведення виборів, у цивільно-процесуальному праві – механізм розгляду цивільних справ тощо [202, с. 40-42].

На думку Л. Зусєва, механізм правозастосування являє собою владну діяльність компетентних органів і осіб по здійсненню своїх повноважень; діяльність, направлену у сферу суспільних відносин інших суб'єктів права; надання їм допомоги і створення умов для нормального використання права, виконання обов'язків, дотримання основних вимог; здійснення примусового впливу на суб'єктів права з метою підпорядкування їх поведінки закону [90]. І. Невзорова визначає механізм правозастосування як сукупність взаємообумовлених та взаємопов'язаних правових засобів, які використовуються державою, її органами та посадовими особами з метою забезпечення законного, справедливого та обґрунтованого застосування права у відповідності до волі законодавця [140]. На думку В. Котюка механізм застосування правових норм включає в себе діючу систему права і законодавства; правові принципи, які відповідають соціальному призначенню правової держави і громадянського суспільства; систему суб'єктів діяльності правозастосування, їх професійну правосвідомість і правову культуру, які виступають від імені держави або уповноважені державною владою; стадії процесу застосування правових норм; індивідуально-правові акти по реалізації і конкретизації правового регулювання суспільних відносин, що направлені на охорону соціальних цінностей і законних прав суб'єктів суспільних відносин [108].

Отже, механізм правозастосування являє собою діяльність уповноважених суб'єктів, які за допомогою сукупності юридичних засобів

впливу на суспільні відносини, виконують поставлені завдання задля досягнення відповідного результату.

З юридичного аспекту механізм правозастосування являє собою динамічну, функціональну складову систему, до якої належать відповідні правові засоби, правовідносини, які виникають між суб'єктами та учасниками правозастосування, різноманітні види діяльності, які супроводжують процес застосування правових норм, а також юридично значущі результати цієї діяльності. Завдяки цим елементам забезпечується своєчасний розвиток правозастосовного процесу у відповідних законодавчих межах, долаються різноманітні перешкоди, виникають та розвиваються нові зв'язки і відносини. Дія механізму правозастосування починається за наявності юридичного факту, правомочності і об'єкта правового впливу. Лише за цих умов механізм правозастосування починає взаємодіяти з фізичними та юридичними особами, виникає система зв'язків, відносин, відбувається реалізація правових норм і методів, які опосередковують правозастосування. Сам механізм набуває нового якісного стану. Тепер його функціональними завданнями стають, по-перше, забезпечення суб'єктам суспільних відносин можливості набувати права та обов'язки; по-друге, дослідження умов (подій, фактів, передбачених гіпотезою правової норми), тобто юридичних фактів. По-третє, за наявності даних умов, виникає взаємозв'язок між суб'єктами права – правовідносини. По-четверте, всі ці завдання ставляться для досягнення головної мети – вирішення конфліктних життєвих ситуацій, розгляду юридичних справ, що завершується індивідуальним нормативно обґрунтованим рішенням. Поєднання в механізмі правозастосування статичних та динамічних якостей, зокрема, його сприяння стабільності, з однієї сторони, а з іншої – розвитку важливих для суспільства відносин та моделей поведінки, обумовлює можливість аналізу цієї категорії в статиці та динаміці. Статичний підхід акцентує увагу на нормативній базі застосування права, а також на структурі та організації установ, що здійснюють застосування правових норм. Динамічний – дає можливість досліджувати зв'язки, відносини, процес функціонування в межах даного механізму [160].

Сенс правозастосування полягає не просто у вирішенні юридично

значущої ситуації, яка не може бути вирішена без участі владного впливу, а саме в індивідуальному регулюванні даної ситуації з урахуванням її обставин. Індивідуальним регулюванням є конкретизація юридичних норм учасниками правових відносин – вирішення ними юридично значущих питань, яким законодавець не дає вичерпної нормативної регламентації [135, с. 17-18].

У процесі правозастосування відбувається індивідуалізація змісту нормативних приписів, і виданий в індивідуальному порядку акт відтворює зміст застосованої норми, звужуючи його до веління (наказу), адресованого персонально певному суб'єкту – учаснику конкретних суспільних відносин. Однак, аналогічні функції, крім акту правозастосування, виконує індивідуальний договір, а, отже, індивідуальне (казуальне) регулювання не виправдано зводити лише до застосування правових норм, як це роблять окремі вчені. Звісно ж, що з урахуванням того, що правозастосування та індивідуально-договірне регулювання займають однакове місце в логічному ланцюзі послідовного процесу правового регулювання, застосування норм права можна визнати не просто певним етапом, стадією процесу правового регулювання, що передує правореалізації, а формою індивідуального (казуального) регулювання як його факультативної стадії.

Цікавою є думка І. Маріні, яка досліджуючи процес правозастосування в контексті індивідуального підходу до вирішення конкретної ситуації зауважує, що критеріями при вирішенні питання про вибір нормативного або казуального способу правового регулювання виступають типовість, повторюваність, поширеність тих чи інших суспільних відносин. Нормативний акт як спосіб врегулювання суспільних відносин, визначає межі регулювання цих правовідносин, встановлює допустиму та недопустиму поведінку суб'єктів. У процесі індивідуального регулювання – незалежно від того, чи здійснюється воно імперативно або диспозитивно, у свою чергу, уточнюються права та обов'язки сторін правовідносин у разі, коли вони вже закріплені діючою правовою нормою в гранично абстрактному вигляді або не закріплені взагалі (і в першому, і в другому випадку виникають перешкоди в правореалізації). Інформація, що міститься в індивідуальному акті (акті правозастосування або

індивідуальному договорі), є обов'язковою для його адресатів: в обох випадках документ, який виступає результатом індивідуального регулювання (договір або правозастосовний акт, якщо вони правомірні і не суперечать чинному законодавству), забезпечується можливістю застосування державного примусу в разі його невиконання. Різниця між правозастосуванням та індивідуально-договірним регулюванням полягає в тому, що в першому випадку регулювання є імперативним, а в другому – диспозитивним. При цьому вибір між імперативним або диспозитивним іншими засобами індивідуального регулювання визначається особливостями відповідних правовідносин, які підлягають врегулюванню [131].

Правозастосування в контексті обрання способу врегулювання спірних правовідносин, окрім запропонованої позиції, також може знайти своє відображення через призму суб'єктів правозастосування, що більш детально буде розкрито в наступному підрозділі дисертаційного дослідження.

У взаємозв'язку з наведеним та в продовження теми ознак правозастосування варто звернути увагу на ще одну особливість механізму правозастосування – його соціальну обумовленість. Як зазначає М. Аносова, мета правозастосування – задоволення не особистих потреб суб'єкта правозастосування і не тільки потреб осіб, реалізуючих права та обов'язки, а й інтересів суспільства в цілому [16].

Правовий механізм, крім іншого, акумулює соціальні системи, соціальні фактори, об'єднуючі системи, соціальні системи, які потребують урегулювання. Вказана модель виглядає наступним чином: наявність спірних правовідносин, які обумовлені відповідними економічними, політико-ідеологічними, ситуаційними тощо факторами, опосередковано відповідними каналами взаємозв'язку (інформаційними, нормативно-ціннісними, соціально-психологічними тощо), врегульовуються відповідними нормами права за допомогою механізму державного та соціального управління.

Крім того, правозастосовна діяльність реалізується уповноваженими суб'єктами, які є складовими частинами суспільства та знаходяться в середині механізму дії права. Тому механізм правозастосування відображує ті ж самі

соціальні аспекти, але вже специфічного, властивого тільки їй характеру.

Отже, правозастосування полягає в діяльності компетентних суб'єктів щодо вирішення конкретної спірної ситуації та ухвалення відповідного рішення, яке передбачає настання юридичних наслідків (виникнення прав та обов'язків) для відповідно визначених суб'єктів. Тобто, визначальним для процесу застосування права є наявність суб'єкта, наділеного організаційно-владними повноваженнями, без якого вирішення конкретної ситуації не виявляється можливим. Завершальним етапом процесу правозастосування є ухвалення відповідного рішення – акта застосування норм права, який безпосередньо акумулює обставини конкретної справи та норму права, яка регулює спірні правовідносини та формує відповідні висновки, що буде детальніше розглянуто в наступних розділах.

Необхідно зауважити, що правозастосування не завжди передбачає застосування конкретної законодавчо визначеної норми. Правозастосування може здійснюватися не тільки за умови наявності нормативної бази, що регулює відповідні правовідносини, а в тих випадках, коли відносини, які перебувають у сфері правового регулювання, не врегульовані нормами права.

Як бачимо, правозастосування є достатньо складним процесом юридичної діяльності, завдання якого полягає в конкретному та ефективному вирішенні спірної ситуації. Особливість спірної ситуації полягає в тому, що вона, як правило, характеризується разовістю свого прояву та не знаходила вирішення в правовій площині. При цьому, трапляються випадки, коли чіткої регламентації щодо вирішення такої ситуації законодавство не містить, що створює відповідні труднощі для правозастосовувача. Відповідно останній знаходиться в пошуках найефективнішого та найоптимальнішого механізму вирішення спірної ситуації в рамках закону. Не рідко трапляється, що спеціальна нормативно-правова база, яка регулює відповідні правовідносини, не містить необхідного або хоча б схожого механізму. Тобто, суб'єкт правозастосування стикається з прогалинами в праві, що змушує його шукати шляхи їх вирішення. При цьому необхідно відзначити, що суб'єкт правозастосування за наявності прогалини в законодавстві, не може відмовитися від вирішення спірної ситуації, хоча і

повинен враховувати відсутність відповідної законодавчо закріпленої норми при винесенні індивідуально конкретного рішення. Таким чином, правозастосування не обов'язково конкретизує законодавчо закріплену норму, але і в окремих випадках заповнює її відсутність.

Механізм правозастосування являє собою діяльність уповноважених суб'єктів, які за допомогою сукупності юридичних засобів впливу на суспільні відносини, виконують поставлені завдання задля настання відповідного результату. Механізм правозастосування характеризується соціальною значущістю, системністю, динамічністю (обумовлену стрімким розвитком суспільних відносин) тощо. Головна мета – реалізація поставлених завдань та досягнення відповідного результату (врегулювання спірної ситуації) за допомогою застосування взаємопов'язаних правових засобів. При цьому, одним з основних складових елементів правозастосування є наявність відповідного уповноваженого суб'єкта на вирішення спірної ситуації, обрання якого залежить від особливостей відповідних правовідносин.

1. 2. Структура правозастосування. Об'єкт, процедура, акт

У попередньому підрозділі було визначено, що правозастосування є комплексним, складним процесом юридичної діяльності, завдання якого полягає в конкретному та ефективному вирішенні спірної ситуації. Процес правозастосування включає в себе правові засоби, які використовуються спеціально уповноваженими суб'єктами задля забезпечення застосування норм права, що структурно опосередковано є невід'ємними елементами правозастосування, до яких входять: суб'єкт правозастосування, об'єкт, правозастосовна процедура, результат правозастосовної діяльності (правозастосовний акт). Іноді до структури правозастосування відносять також підстави застосування права.

За своїм внутрішнім складом правозастосування являє собою процес, в якому чергуються операції інтелектуального (встановлення фактичних обставин справи, пошук і інтерпретація правової норми) й вольового характеру

(прийняття рішення по справі та його виконання). І. Кант представив цей процес у вигляді логічної схеми, що включає в себе три елементи: велика підстава – норма закону; менша підстава – вимога діяти у відповідності з законом; висновок – рішення (вирок) [87, с. 234].

Л. Зусь вважає, що механізм правозастосування є складним структурним утворенням, що включає в себе наступні елементи: 1) власну діяльність компетентних органів і посадових осіб по здійсненню своїх повноважень; 2) їхню діяльність, спрямовану на залучення у сферу суспільних відносин інших суб'єктів права; 3) на надання їм допомоги і створення умов для безперешкодного використання прав, несення обов'язків, дотримання заборон, а також здійснення примусового впливу на суб'єктів права, з метою підпорядкування їх поведінки вимогам закону [80]. Разом з тим, вказані елементи більше нагадують основні напрями діяльності суб'єкта правозастосування та не відображають у повній мірі власне структуру механізму правозастосування.

У контексті дослідження суті процесу правозастосування варто зауважити, що механізм правозастосування є складовим елементом механізму правового регулювання, що, відповідно, обумовлює запозичення основних системних ознак, складових елементів, функцій тощо. По суті, основний сенс правового регулювання полягає в трансформації природного права в суб'єктивне право, яке здійснюється шляхом зведення природного права в закон (позитивне право). При цьому центральним елементом механізму правового регулювання виступають правовідносини, які виникають на основі норм права, учасники якого наділені суб'єктивними правами і юридичними обов'язками, забезпеченими державою. Юридичний зміст правовідносин включає в себе як можливість та необхідність здійснення певних дій уповноваженим суб'єктом, так і необхідність утримання уповноваженого суб'єкта від заборонених законом дій. Об'єктом правовідносин виступає реальне благо, на використання або охорону якого спрямовані суб'єктивні права і юридичні обов'язки [159].

Структура механізму правозастосування – це його внутрішня будова, відповідне розміщення основних елементів та зв'язків, які формують його

цілісність, визначають його властивості та функції і забезпечують дієвість [160]. У широкому сенсі до структури правозастосування включається об'єкт та об'єктивна сторона, суб'єкт та суб'єктивна сторона, норма права, які підлягають застосуванню, а також результат процесу взаємозв'язку вказаних елементів – акт правозастосування (рішення уповноваженого суб'єкта, яким відбулося врегулювання спірної ситуації).

Як відомо, об'єктом (предметом) правового регулювання є суспільні відносини, на які впливає право. Суб'єктивні права і юридичні обов'язки впливають на поведінку людей не самі по собі, а лише у взаємозв'язку з іншими ланками механізму правового регулювання. Під об'єктом найчастіше розуміється явище, предмет, на який спрямована будь-яка діяльність, у тому числі й поведінку суб'єктів при правозастосуванні [237].

Разом з тим, визначаючи об'єкт механізму правозастосування, необхідно враховувати саме специфіку правозастосування.

Правозастосування – це своєрідний вид юридичної діяльності, який передбачає створення суспільних відносин і юридичних фактів, реалізацію матеріального права в чітко визначених процесуальних формах, по винесенню індивідуальних правових актів, що забезпечують уповноважуючу та зобов'язуючу поведінку суб'єктів [237].

Власне об'єктами процесу правозастосування виступають відносини між учасниками правозастосовного процесу, на які чинять вплив суб'єкти правозастосування. Від об'єктів вслід відрізняти предмети правозастосовної діяльності, до яких належать матеріальні та духовні блага, продукти інтелектуальної діяльності, дії, результати дій учасників правовідносин [185].

Схоже визначення надав О. Чванов, на думку якого об'єктом механізму правозастосування виступають суспільні відносини, до яких необхідне і можливе застосування державно-владної регламентації, поведінка сторін із чіткими уповноважуючо-зобов'язуючими характеристиками [237].

Таким чином, безпосереднім об'єктом механізму правозастосування виступають матеріальні відносини, які встановлюються між учасниками процесу правозастосування, де його юридичну природу (зміст) характеризують

правомочності та обов'язки компетентного органу по вирішенню справи і юридичні права та обов'язки іншої сторони, а фактичну, юридично значущу сторону об'єкта становить діяльність компетентних органів з приводу прийняття та винесення рішення по справі, а також поведінка та дії іншої сторони даних відносин націлені на прийняття рішення та його реалізацію.

Поряд з іншими невід'ємними складовими елементами механізму правозастосування виділяють також методи, які забезпечують реальність виконання діяльності правозастосування. Саме методи правозастосування забезпечують безпосередній взаємозв'язок структурних елементів: об'єктів та суб'єктів механізму правозастосування.

Методи механізму правозастосування – це сукупність юридичних засобів, завдяки яким відбувається реалізація завдань і функцій уповноважених суб'єктів через їхній вплив на волю та свідомість громадян, інших підпорядкованих органів у межах наданої компетенції з метою найбільш ефективного застосування норм права.

Визначення методів здійснення правозастосовної діяльності відбувається відповідно до концепції загального методу правового регулювання, який являє собою сукупність специфічних юридично нормативних засобів впливу права на суспільні відносини, що дозволяють обмежити правове регулювання від інших форм впливу права на суспільні відносини [196, с.52-55].

У загальній теорії права виділяють два основні методи правового регулювання: імперативний (державно-владний) та диспозитивний (метод автономії, врегулювання правовідносин між рівними учасниками). Ю. Шемшученко виокремлює загальнодозвільні і спеціально дозвільні; субординації і координації; виховання, заохочення. Це свідчить про складний характер даної правової категорії, яка нерідко постає не в «чистому» вигляді, а як сукупність прийомів реалізації норм права [46].

Основна вимога до конкретного методу (методів), який застосовується, полягає в тому, щоб цей метод забезпечував законність, справедливість, обґрунтованість, доцільність, надійність, економічність і ефективність процесу правозастосування.

Можна сказати, що вибір методів правозастосовної діяльності залежить від сукупності певних елементів. Вибір методу (методів) у процесі правозастосування пов'язується, перш за все, з метою, яка поставлена перед суб'єктом правозастосування, наявності необхідних засобів досягнення поставленої мети, від умов правозастосування, від характеру норми, яка підлягає застосуванню тощо. Варто зауважити, що відповідальність за результат процесу припадає саме на суб'єкта правозастосування, адже від його професіоналізму, досвіду, навичок, практики тощо залежить обрання ним належного та ефективного методу (методів) правозастосування. Саме обрання відповідного методу правозастосування визначає досягнення необхідного результату – врегулювання (вирішення) спірної ситуації.

Однією з ключових особливостей правозастосування є процедурна форма його здійснення, що забезпечує та гарантує офіційний (формалізований), результативний та послідовний характер реалізації права. Процедuru правозастосування можна охарактеризувати як систему чітко визначених, послідовних, компетентних, юридично значущих дій суб'єктів правозастосування, що має владний, організований, творчий, індивідуальний характер та націлена на поширення положень норм права на кожну конкретну життєву ситуацію і конкретних осіб у результаті прийняття правозастосовного акту [238].

Характерними рисами способу правозастосування виступають: комплексність змісту; особливий склад суб'єктів, які беруть участь у правозастосуванні; своєрідність юридичного процесу і процесуального врегулювання відповідної діяльності; специфічний характер юридичних фактів, які тягнуть за собою розвиток правозастосування; своєрідність мети і кінцевого результату владної правореалізації; об'єктивно обумовлений однорідний характер діяльності суб'єктів. З урахуванням викладених рис, спосіб правозастосування визначається як «процесуально закріплена, об'єктивно обумовлена організаційно-правова діяльність спеціальних суб'єктів, що характеризується однорідністю дій по досягненню цілей владної реалізації правових норм» [56, с. 419]. Отже, як бачимо, спосіб та форма

правозастосування розглядаються в науковій літературі як тотожні. До основних способів правозастосовної діяльності відносять: оперативно-виконавчий (виконавчо-розпорядчий), контрольно-наглядовий, заохочувальний, юрисдикційний.

Результатом правозастосовної діяльності є видання рішення – правозастосовного акта.

Акт правозастосування – це індивідуальний правовий акт компетентних органів, виданий на основі юридичних фактів та норм права, який визначає права, обов'язки або міру юридичної відповідальності для конкретних осіб по конкретній юридичній справі [54].

Рішення як результат процесу правозастосування виступає в ролі юридичного факту, що простежується навіть із самого його визначення як «акта». При цьому таким, залежно від характеру конкретної ситуації, воно є не тільки для своїх адресатів (безпосередніх сторін спірних правовідносин), а й для інших учасників суспільних відносин (наприклад, державних органів). Суб'єкт правозастосування перевіряє фактичні обставини справи, визначає їх юридичні наслідки і робить юридично значущий висновок, що оформляється відповідним чином. Формальна визначеність цього висновку забезпечує можливість акта правозастосування виступати в ролі відносно самостійної (від досліджених судом фактичних обставин) підстави виникнення, зміни та припинення правовідносин, тобто юридичного факту. Таким чином, рішенням суб'єкта правозастосування виразно встановлюється наявність або відсутність прав і обов'язків у спірних або неочевидних ситуаціях [57, с. 4].

Як зазначає В. Лазарєв, діяльність суб'єкта правозастосування в ряді випадків є абсолютно необхідним доповненням до законодавчого встановлення. Часто законодавець вживає загальні (оціночні) поняття, об'єктивно не маючи можливості проявити свою волю в усій повноті. Він розраховує на природний розвиток норми в ході правозастосовної практики. Фактично суд за велінням законодавця (прямого чи непрямого) змушений конкретизувати норму в ході її застосування [113, с. 94-95].

Акт правозастосування є узагальнюючим, вирішальним, ключовим

елементом структури механізму правозастосування. При чому відсутність чи деформація будь-якого компонента призведе до спотворення змісту правозастосовного акта, в чому виявляється пряма взаємозалежність елементів механізму застосування права. Акти правозастосування головним чином продовжують загально нормативне регулювання, яке знаходить своє вираження в правотворчості, одночасно доповнюючи його індивідуальною ненормативною регламентацією, яка полягає в уточненні правового положення суб'єктів у конкретному життєвому випадку. Правозастосовні акти забезпечують ступінь дієвості, ефективності, реальності права. Жодна життєва ситуація не може бути вирішена за допомогою положення закону, що має загальний не персоніфікований характер [160].

Крім іншого, серед особливостей акта правозастосування як правового явища необхідно виокремити його здатність усувати перешкоди та недоліки законодавства в процесі правозастосування, в результаті чого забезпечується найефективніше досягнення поставлених завдань суб'єктом правозастосування.

Акт правозастосування відіграє вагоме значення в теорії держави і права, оскільки, окрім того, що він виступає підсумковим результатом правозастосовної діяльності, також слугує засобом приведення в життя державної політики, є однією з форм управління суспільством. За своїм характером акти правозастосування являють складне правове явище, яке відбиває одночасно рівень економічного розвитку і соціально-політичні цілі як держави, так і всього суспільства. Вони знаходяться в тісних зв'язках з іншими соціально-правовими явищами [11].

Відмінність акта правозастосування від нормативного акта полягає в тому, що акт правозастосування суворо індивідуалізований, адресований конкретним особам, а нормативні акти мають загальний характер, їм властива функція індивідуального регулювання, звернена до конкретного суб'єкта або суб'єктів. Нормативні акти розраховані на багаторазове використання, а правозастосовні — одноразової чинності. На відміну від нормативно-правових актів, акти правозастосування, виступаючи юридичними фактами, безпосередньо тягнуть за собою юридичні наслідки [54, с. 229-232].

Разом з тим, варто зауважити, що акт правозастосування без відповідного нормативно-правового акта (в його формальному вираженні чи у формі загальних засад законодавства) існувати не може. Особливість акта правозастосування полягає в тому, що він встановлює певні юридичні факти, які обумовлені застосуванням відповідної правової норми для конкретного життєвого випадку. Без так званого «піднормативного» способу правового регулювання воля законодавця, яка закріплена в нормативно-правовому акті, не може бути реалізована, застосована на практиці, вона вважається «мертвою» нормою, яка так і не віднайшла свого логічного завершення в формі застосування її реалізації.

У науковій літературі зазначається, що правозастосовний акт виступає у ролі певного логічного висновку з аналізу фактів та юридичних підстав [176]. А також акцентується увага на тому, що правозастосовні акти виконують роль важливого засобу, інструмента в техніці застосування норм права, сприяючи оптимальній реалізації в поведінці людей приписів, які викладені в правовій нормі [60].

П. Рабінович визначає акти застосування правової норми як спосіб зовнішнього прояву формально обов'язкового правила поведінки індивідуального характеру, яке підтверджує, встановлює, змінює або скасовує юридичні права та обов'язки персоніфікованих суб'єктів у конкретній життєвій ситуації [181]. На думку М. Горшеневича, акти правозастосування є формою відображення юридично офіційного буття юридичних норм, інших компонентів (елементів) правової системи, які мають юридичну енергію та впливають на процес правового регулювання [153]. Деякі науковці визначають акт правозастосування як формально обов'язкове волевиявлення компетентних державних органів, посадових осіб, яке підтверджує, встановлює, змінює або припиняє юридичні права й обов'язки персоніфікованих суб'єктів у конкретній життєвій ситуації. Акти правозастосування є необхідним засобом для переведення загальнообов'язкових нормативних приписів у сферу конкретних життєвих ситуацій та стосовно конкретних осіб [92].

У літературі також існує позиція визначення акта правозастосування в

широкому та вузькому значеннях. Зокрема, в широкому значенні правозастосовний акт можливо охарактеризувати як інституційне правове утворення, має певну юридичною силою, він належить до системи правових актів, виконує піднормативну регулюючу роль. У вузькому значенні, це спосіб вираження правозастосовного рішення у вигляді документально оформленого акта. Правозастосовний акт офіційно закріплює та оформлює відповідне рішення по конкретній справі, визначає міру та об'єм суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, документально фіксує правозастосовні дії та операції, процесуальні форми та процедури [160].

Призначення акта правозастосування в механізмі правозастосування полягає в такому: по-перше, акт застосування права є юридичним засобом впливу на суспільні відносини; по-друге, наступним етапом після його прийняття настає період реалізації, виконання прийнятого рішення. Крім того, в актах застосування права втілюється індивідуалізований вплив компетентних органів на хід правового регулювання, індивідуальна регламентація суспільних відносин. Акт застосування права забезпечує «контакт» правової норми, яка застосовується в конкретному випадку, з реальними обставинами. Також акт застосування (включається в об'єктивну сторону) пов'язаний з суб'єктивною стороною, так як в ньому відбивається компетентність, професіоналізм особи, яка застосовує право. Він виражає волю держави у вирішенні певних проблем тощо. Ну і насамкінець акт правозастосування – це документ формального закріплення рішення компетентного органу.

О. Скакун навела класифікацію правозастосовчих актів. Зокрема, *за формою зовнішнього вираження*: письмовий акт (таких більшість). Письмовий акт може бути, як мінімум, двох видів: а) окремий документ (вирок суду); б) резолюція за матеріалами справи (затвердження прокурором обвинувального висновку); усний акт (виклик понять); конклюдентний акт – акт дії (наприклад, застосування працівниками міліції табельної зброї або застосування жестів міліціонером-регулювальником дорожнього руху). *За способом прийняття*: колегіальні; одноособові. *За суб'єктами прийняття*: акти парламенту; акти глави держави; акти виконавчих органів; рішення

загальних судів; акти арбітражу; акти нотаріату; акти прокурорського нагляду; акти місцевих (муніципальних) органів влади; акти керівників підприємств, військових частин тощо; акти уповноважених органів громадських організацій тощо. Акти застосування норм права приймаються практично всіма органами держави. *За юридичною формою укази:* постанови; розпорядження; накази; ухвали (суду та ін.); протести, подання, розпорядження, вироки, рішення. *За функціями у правовому регулюванні (або функціями права):* регулятивні – офіційно підтверджують або визначають права та обов'язки сторін, викладені в диспозиції регулятивних норм (наприклад, свідоцтво про реєстрацію шлюбу); охоронні – встановлюють міру юридичної відповідальності відповідно до санкції охоронних норм (наприклад, квитанція про сплату штрафу). *За галузевою належністю:* кримінально-правові; адміністративно-правові; цивільно-правові та ін. (крім процесуальних). *За юридичними наслідками:* правовстановлюючі (про призначення директора, про присвоєння звання); правоконстатуючі (свідоцтво про шлюб; свідоцтво про смерть); правоприпиняючі (протест прокурора з приводу незаконного виселення громадянина Г.); правозмінюючі (заміна арешту підслідного на підписку про невийзд); правоскасовуючі (винесення судом рішення про ліквідацію акта, про втрату ним юридичної сили). *За значенням у юридичному процесі:* – основні акти, що містять завершене рішення у справі (вирок, рішення суду); – допоміжні акти, що забезпечують прийняття основних актів (постанова і порушення кримінальної справи). *За характером індивідуальних велінь (розпоряджень):* дозвільні, зобов'язуючі, заборонні [189]. У цілому в літературі в більшому чи в меншому об'ємі наводиться вищезазначений перелік видів актів правозастосування. Як бачимо, в основу класифікації покладені різні критерії, наприклад, методу правового регулювання, суб'єкта правозастосування, форми акта тощо, в тому числі й те, що обумовлено структурою механізму правозастосування.

Отже, структура механізму правозастосування – це його внутрішня будова, відповідне розміщення основних елементів та зв'язків, які формують його цілісність, визначають його властивості та функції і забезпечують дієвість.

У широкому сенсі до структури правозастосування включається об'єкт та об'єктивна сторона, суб'єкт та суб'єктивна сторона, норма права, які підлягають застосуванню, а також результат процесу взаємозв'язку вказаних елементів – акт правозастосування (рішення уповноваженого суб'єкта, яким відбулося врегулювання спірної ситуації). Характерними рисами способу правозастосування виступають: комплексність змісту; особливий склад суб'єктів, які беруть участь у правозастосуванні; своєрідність юридичного процесу і процесуального врегулювання відповідної діяльності; специфічний характер юридичних фактів, які тягнуть за собою розвиток правозастосування; своєрідність мети і кінцевого результату владної правореалізації; об'єктивно обумовлений однорідний характер діяльності суб'єктів. Результатом правозастосовної діяльності є ухвалення відповідного рішення – правозастосовного акта. Актом правозастосування є рішення уповноваженого суб'єкта, який оформлений (виданий) за результатами вирішення конкретної життєвої ситуації, має індивідуальну дію та призначений для ефективного та належного досягнення поставленої суб'єктом правозастосування мети. У контексті дисертаційного дослідження особливо цінною характеристикою акта правозастосування як правового явища є його здатність усувати перешкоди та недоліки законодавства в процесі правозастосування, в результаті чого забезпечується найефективніше досягнення поставлених завдань суб'єктом правозастосування. Серед інших особливостей правозастосовного акта слід виокремити те, що вони приймаються для вирішення різних життєвих ситуацій, які виникають в учасників суспільних відносин. Приймаються ці акти на підставі відповідної норми права чи групи правових норм, у зв'язку з чим відповідна правова норма проходить процес реалізації, практичного застосування до відповідної ситуації. Правозастосовні акти є юридичними фактами, з якими пов'язується виникнення (зміна, припинення) відповідних правовідносин. Правозастосовний акт визначає та конкретизує зміст правовідносин та сприяє регулюванню спірних правовідносин, тобто є частиною механізму правового регулювання та частиною суб'єктивної сторони механізму правозастосування. Правозастосовний акт приймається

уповноваженим на це суб'єктом. Акт правозастосування має юридичну силу та є обов'язковим для виконання учасниками спірних правовідносин, а також відповідними суб'єктами, якщо таким актом були вирішені права та обов'язки відповідного суб'єкта.

1. 3. Стадії та суб'єкти правозастосування. Нотаріус як суб'єкт правозастосування.

У попередньому підрозділі була в загальному розглянута структура механізму правозастосування, зазначені її особливості та коротко охарактеризовані її основні елементи. Як було визначено, одним з ключових структурних елементів механізму правозастосування є суб'єкт та суб'єктивна сторона механізму правозастосування. Специфіка правовідносин та конкретних життєвих обставин обумовлює необхідну компетенцію належного відповідного суб'єкта вирішення спірної ситуації, тобто суб'єкта правозастосування.

У науковій літературі неодноразово розглядались поняття суб'єктивної сторони та суб'єкта правозастосування. Зокрема, І. Дюрягін визначає, що суб'єктивна (внутрішня) сторона правозастосування являє собою інтелектуально-вольовий, у своєму сенсі процес, в рамках якого відбувається сприйняття, спостереження, пізнання, відбуваються різні розумові операції, які призводять до формування внутрішнього переконання і волевиявлення суб'єкта правозастосування [11]. Е. Семенов зазначає, що дослідження суб'єктивної сторони передбачає аналіз розумової діяльності суб'єкта правозастосування з розробки та прийняття правозастосовних рішень.

Р. Макуєв зауважує, що суб'єктивна сторона пов'язана з особистісними якостями суб'єкта правозастосування: рівнем його правової культури, якістю професійної правосвідомості, комунікабельними якостями, рухливістю психіки, надійністю внутрішньої цензури і т. ін.

В. Лазарєв та І. Левченко відзначають, що в механізмі застосування права й управління його здійсненням об'єктивна та суб'єктивна сторони відображають не тільки індивідуальні (особистісні) ознаки реалізації правових

приписів кожним учасником правозастосовного процесу, а й інтегральні ознаки і властивості сукупної діяльності безлічі осіб, що беруть участь у правозастосуванні в тій чи іншій соціально-правовій якості [116, с. 19; 120, с. 8].

Суб'єктивна сторона правозастосування не обмежується тільки лише розумовою діяльністю, відчуттям і переживанням. Сполучною ланкою між основними компонентами правосвідомості суб'єкта правозастосування і прийнятими ним рішеннями і його правовими вчинками завжди виступає воля, спрямованість якої визначається результатами пізнавально-оціночної діяльності. Вказана обставина в повній мірі характерна, в тому числі, і для правозастосування в правовій державі. Суб'єктивну сторону правозастосування можна уявити як опосередковану чуттєво-емоційними переживаннями інтелектуальну діяльність, спрямовану на вирішення завдань правозастосовного виробництва і супроводжується прийняттям таких вольових рішень, які покладені в основу значущих у правовому плані актів, які здійснюються суб'єктом правозастосування [158].

Щодо визначення поняття суб'єкта правозастосування, то в науковій літературі висловлені різні погляди стосовно вказаного правового явища. Зокрема, деякі автори стверджували, що правозастосування, поряд з державними органами, здійснюється громадянами [81, с. 10; 141, с. 125, 128; 124, с. 129-130]. Ф. Тарановський, наприклад, висловлював думку, яку поділяли більшість авторів, згідно якої суб'єктами правозастосування є професійні юристи [70]. У той же час більшість авторів (А. Васильєв, П. Галанза, Д. Керімов і ін.) підкреслювали, що суб'єктами правозастосування можуть бути тільки наділені владними повноваженнями органи і посадові особи держави [Ошибка! Источник ссылки не найден.]. Таку ж позицію висловлював Ю. Ткаченко, виокремлюючи в якості суб'єктів застосування права лише державні органи [210]. На даний час вказана позиція переважає.

Разом з тим, Л. Алексєєв не обмежувався визначенням суб'єктів правозастосування лише як державних органів та їх посадових осіб, а й виділяв інших суб'єктів (громадські організації, органи місцевого самоврядування

тощо) [**Ошибка! Источник ссылки не найден.**]. Схожу позицію висловлювали у своїх працях також О. Петришин, А. Піголкін, О. Котюк. Зокрема, О. Петришин зазначає, що правозастосовна діяльність здійснюється спеціальними суб'єктами, наділеними державно-владними повноваженнями (прокуратура, суд, міліція, президент, голова місцевої адміністрації, слідчий, ректор та ін.), які задовольняють потреби всього суспільства, тобто діють у публічних, а не у своїх особистих інтересах. Такі суб'єкти займають активну провідну позицію в розвитку правозастосовних відносин. Громадяни не є суб'єктами правозастосування, хоча воно може здійснюватись з їх ініціативи [75]. А. Піголкін класифікує суб'єктів застосування права на органи державної влади, органи управління, контрольно-ревізійні органи, спеціально юридичні органи (судові органи, державний і відомчий арбітраж), громадські організації [164]. О. Павлишин вважає, що застосування норм права здійснюється державними органами та посадовими особами і тільки у деяких випадках з дозволу держави громадськими організаціями та деякими іншими суб'єктами (органами місцевого самоврядування, адміністрацією навчального закладу недержавної форми власності). Громадяни не можуть бути суб'єктами застосування права [156].

Ю. Тихомиров вказує на деяку подвійність уявлень щодо суб'єкта правозастосування. З одного боку, до певної міри коректно вважати такими суб'єктами всіх осіб, так чи інакше залучених до правозастосовної діяльності з різними функціями. З іншого боку, є виправданим і більш вузьке розуміння. У вузькому сенсі «суб'єкт правозастосування» – це особа, яка виконує службову функцію з управління на професійних засадах, що володіє спеціальним правовим статусом, який здійснює державно-владну діяльність, що носить офіційний юридичний характер і спрямовану на реалізацію права за допомогою видання правозастосовних актів – документів, що містять відповідні його компетенції, обов'язкові персоніфіковані правові приписи, адресовані конкретним суб'єктам» [209, с. 321].

Одна з особливостей процесу правозастосування полягає в тому, що застосовувати юридичні норми можуть тільки уповноважені на те компетентні

органи. Суб'єктами правозастосування можуть бути державні органи, громадські об'єднання, органи місцевого самоврядування, посадові особи, наділені владними повноваженнями на застосування даних юридичних норм. Найчастіше застосування норм права здійснюється послідовно декількома правозастосовними органами. При цьому центральне місце відводиться судовим органам, а інші суб'єкти можуть здійснювати лише окремі проміжні або додаткові правозастосовні дії. Слід враховувати комплексне поєднання в правозастосовній діяльності різних дій. Створюючи додаткові умови для реалізації права якимось суб'єктом, правозастосовний орган одночасно виконує свої обов'язки, використовує свої права і дотримується всіх відповідних заборон, оскільки правозастосування засноване на законі і не може розходитися з будь-якою правовою вимогою. Від правильної взаємодії правозастосовних органів багато в чому залежить ефективність реалізації правових норм [237].

Отже, суб'єкти правозастосування – це спеціально уповноважені особи (органи, посадові особи), наділені низкою владних повноважень на вирішення конкретної життєвої ситуації в процесі застосування правових норм та ухвалення відповідного рішення за результатами правозастосовного процесу.

Л. Афанасьєв зазначає, що особи, які здійснюють правозастосування, ніяк не зацікавлені (в усякому разі, не повинні бути зацікавлені) в тому чи іншому рішенні справи (питання). Цим вони фундаментально відрізняються від суб'єктів інших видів правореалізації [21, с. 130].

До суб'єктів правозастосування висуваються високі вимоги професійного характеру, зокрема, рівень його підготовленості, знання теорії, практичних навичок, вміння самотійно та комплексно оцінювати ситуацію в цілому та конкретні обставини справи, рівень його правосвідомості, правової культури тощо. Враховуючи, що спірні ситуації у своїй більшості мають багатогранний характер, суб'єкт правозастосування повинен володіти не тільки професійними знаннями, а й знаннями з інших сфер життєдіяльності.

Якщо говорити про класифікацію суб'єктів правозастосування, то варто відзначити, що більшість визначень науковців поняття «суб'єкт правозастосування» так чи інакше визначають перелік таких суб'єктів.

Беззаперечним та безапеляційним є твердження, що першість в ієрархії переліку суб'єктів правозастосування в літературі відведена саме органам судової влади, як спеціальному уповноваженому суб'єкту на правозастосування, з огляду на їх державно-владний характер. Вказаний суб'єкт не має обмежень у процесі правозастосування, окрім як основна вимога, яка висувається до всіх суб'єктів – здійснювати процес застосування права в рамках законодавчо визначених норм права.

Однак, як вже вище зазначалося вище, незважаючи на те, що судова гілка влади включає в себе весь спектр та перелік особливостей процесу правозастосування та його структурних елементів, перелік суб'єктів правозастосування є ширшим. Хоча й певний період часу в науковій літературі тільки суди наділялися можливістю застосування правових норм та ухвалення відповідних правозастосовних актів.

Розширення переліку суб'єктів правозастосування, насамперед, обумовлено стрімким розвитком суспільних відносин, багатогранним процесом життєдіяльності, появою нових сфер професійної діяльності, виникненням нових галузей та підгалузей права, правових інститутів тощо. Усе це у своїй сукупності потребує ефективного, оперативного, якісного вирішення та врегулювання спірних ситуацій у межах правової площини. Відповідно, всю відповідальність за вирішення та врегулювання такого об'ємного кола суспільних відносин покладати лише на судову гілку влади було б, принаймні, нерационально. По-перше, власне об'єм спорів, який може бути покладений на суди, неспівмірний ані зі складністю конкретних категорій спорів, ані з наявністю судового ресурсу. Тому, звісно, більш доцільним є уповноваження спеціальних суб'єктів на врегулювання спірних правовідносин наявними правовими засобами, але з обов'язковим забезпеченням їх оскарження, якщо учасник правовідносин не погоджується з певним рішенням.

Крім судів, до державних органів, які наділені повноваженнями правозастосування, належать органи прокуратури, служби безпеки, правоохоронні органи, органи управління, органи виконавчої влади, нотаріуси тощо. Характерними особливостями органів державної влади є те, що вони

діють від імені держави, виконують функції державного управління, відповідають за охорону суспільних інтересів, ухвалюють рішення загальнодержавного значення тощо.

Як зазначалось, органи виконавчої влади також наділені функціями правозастосування. Т. Яловенко визначає особливості органів виконавчої влади як суб'єктів правозастосування, які полягають у наявності широкої і різноманітної юрисдикції, що охоплює практично всі сфери державного управління; концентрація в руках органів виконавчої влади ширших, ніж у суду, повноважень у сфері регулятивного правозастосування; спеціалізований, на відміну від універсальності судового захисту, характер компетенції кожного правозастосовного органу; спрощений, порівняно з судочинством, характер правозастосовної процедури; централізований характер системи органів виконавчої влади, що означає відсутність у них незалежності при здійсненні правозастосовної діяльності; поєднання повноважень щодо винесення правозастосовного рішення і по його виконанню [250]. Разом з тим, необхідно відзначити, що основною проблематикою правозастосовної діяльності органів виконавчої влади є особливості організації цієї гілки влади, що безпосередньо полягає у відсутності чіткої регламентації її компетенції.

Державні органи є відносно самостійною, структурованою функціональною ланкою, яка діє в певних територіальних межах, створюється державою з метою здійснення певного виду діяльності (в тому числі правозастосовної), яка наділена спеціальною компетенцією та використовує в процесі реалізації своїх повноважень організаційну, матеріальну та примусову сили держави [160].

А. Казанчан до суб'єктів правозастосування відносить як державні, так і громадські органи, організації або посадові особи, які наділяються правозастосувальними повноваженнями [85]. Щодо інших уповноважених державою суб'єктів правозастосування, на яких наголошують Л. Алексєєв та О. Павлишин, вже зазначалось вище.

За загальною класифікацією суб'єктів правозастосування поділяють на: а) державні органи та їх посадові особи; б) громадські органи та їх посадові

особи; в) недержавні установи, організації та посадові особи недержавних структур; г) спеціально уповноважені особи.

Крім того, також поділяють суб'єктів правозастосування за обсягом повноважень: 1) суб'єкти, які безпосередньо виконують функції державного управління суспільством, рішення яких має загальнодержавне значення та стосується широкого кола осіб; 2) суб'єкти, які в силу свого службового становища можуть застосовувати право, проте у випадках, чітко встановлених законом, які стосуються визначеного та обмеженого кола осіб (приміром, недержавні установи, організації, роботодавці). За характером повноважень: а) державні органи та посадові особи загальної компетенції (Кабінет Міністрів України, Президент України) та б) спеціальної компетенції (приміром, Міністерство юстиції, нотаріус) [160].

Стаття третя Закону України «Про нотаріат» визначає нотаріуса як уповноважену державою фізичну особу, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності [178].

З наведеного законодавчого визначення вбачається, що нотаріус наділений державою визначеним переліком повноважень на вчинення відповідних дій та вирішення конкретних ситуацій, тобто є суб'єктом правозастосування, який, в тому числі, з урахуванням особливостей конкретної ситуації, уповноважений вирішувати відповідні питання, які належать до сфери його компетенції.

Відповідно до частини другої статті 42 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальної дії може бути відкладено в разі необхідності витребування додаткових відомостей або документів від фізичних та юридичних осіб, або надсилання документів на експертизу, а також, якщо відповідно до закону нотаріус повинен впевнитись у відсутності в заінтересованих осіб заперечень проти вчинення цієї дії.

Тобто, законом надано право нотаріусу на вчинення додаткових дій щодо

отримання відомостей, документів тощо, необхідних для вчинення нотаріальної дії. Іншими словами, нотаріус у процесі вчинення нотаріальних дій (посвідчення заповіту, договору тощо) наділений відповідною компетенцією щодо витребування необхідних матеріалів та інформації задля встановлення обставин конкретної справи, стосовно якої до нього звернулися. У даному випадку спостерігається певна свобода нотаріуса у вчиненні конкретної дії.

Повертаючись до тематики першого підрозділу дисертаційного дослідження, згадаємо, що в науці виділяють чотири форми реалізації права: дотримання, виконання, використання та правозастосування.

Перші дві передбачають пасивну поведінку суб'єкта. Особливість першої полягає в тому, що дотримання правових норм супроводжується в процесі здійснення інших форм реалізації права, а особливість другої в тому, що поведінка суб'єкта направлена лише на дотримання зобов'язуючих норм (наприклад, особа при виконанні своїх посадових обов'язків, в діяльності, що не пов'язана з іншими формами правореалізації, або ж при проходженні паспортного контролю при перетині кордону чи візиту до державних органів, коли особа зобов'язана надати ідентифікуючі її документи, або обов'язок реєстрації народження дитини тощо).

Тобто, виконуючи нормативний припис відповідний суб'єкт діє суто в рамках закону, суворо дотримуючись прямої законодавчої волі, без відступу в будь-якій мірі від передбаченого обов'язку. Тобто, за ідеальних умов, якщо особа (група осіб), яка звернулася до нотаріуса і надала весь необхідний перелік документів, нотаріус повинен посвідчити відповідний договір, оскільки такий обов'язок передбачений законодавством.

Разом з тим, положеннями статті 44 Закону України «Про нотаріат» передбачено, що в разі наявності сумнівів щодо обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії, нотаріус зобов'язаний звернутися до органу опіки та піклування за місцем проживання відповідної фізичної особи для встановлення факту відсутності опіки або піклування над такою фізичною особою. Крім того, вказаною статтею передбачено, що в разі наявності сумнівів щодо уповноваженого представника,

а також його цивільної дієздатності та правоздатності нотаріус має право зробити запит до відповідної фізичної чи юридичної особи. Нотаріус зобов'язаний встановити дійсні наміри кожної зі сторін до вчинення правочину, який він посвідчує, а також відсутність у сторін заперечень щодо кожної з умов правочину. Встановлення дійсних намірів кожного з учасників правочину здійснюється шляхом встановлення нотаріусом однакового розуміння сторонами значення, умов правочину та його правових наслідків для кожної зі сторін. Встановлення дійсних намірів однієї зі сторін правочину може бути здійснено нотаріусом за відсутності іншої сторони з метою виключення можливості стороннього впливу на її волевиявлення.

Вказані положення прямо свідчать про те, що законодавець наділяє нотаріуса ширшим колом повноважень, аніж лише дотримання та виконання закону. Нотаріус при здійсненні своїх обов'язків не лише формально перевіряє необхідні документи та згоду сторін на вчинення правочину, тобто використовує свої професійні теоретичні навички, а й застосовує свій досвід, оцінюючи обставини конкретної ситуації та її потенційні наслідки, в чому проявляється рівень його правосвідомості, правової культури тощо.

У тому випадку, якщо нотаріус прийде до висновку про неможливість вчинення тієї чи іншої нотаріальної дії, він має право відмовити суб'єкту звернення. Причини відмови передбачені у статті 49 Закону України «Про нотаріат». Зокрема, відповідно до пункту четвертого частини першої вказаної статті нотаріус вправі відмовити у вчиненні дії, якщо є сумніви в тому, що фізична особа, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії, усвідомлює значення, зміст, правові наслідки цієї дії або ця особа діє під впливом насильства. Перелік випадків, за яких нотаріус має право відмовити у вчиненні нотаріальної дії невичерпний та бланкетує до норм інших законодавчих актів (відповідно до пункту дев'ятого частини першої статті 49 Закону нотаріус відмовляє в інших випадках, передбачених законом).

Крім того, за частиною другою статті 52 Закону України «Про нотаріат», якщо справжність поданого документа викликає сумнів, нотаріус або посадова особа, які вчиняють нотаріальні дії, вправі залишити цей документ і надіслати

його до експертної установи (експерта) для проведення експертизи, оплата якої здійснюється у встановленому законом порядку.

Відповідно до частини першої статті 50 Закону України «Про нотаріат» нотаріальна дія або відмова у її вчиненні оскаржуються до суду. Тобто, в тому випадку, якщо особа не погоджується з рішенням нотаріуса, вона має можливість оскаржити його до суду з відповідних мотивів.

У першому підрозділі дисертаційного дослідження визначено, що правозастосування є особливою, комплексною формою реалізації права, здійснення якої покладено законом лише на обмежене коло суб'єктів з наданням їм відповідної компетенції. Це форма реалізації права, яка передбачає процес урегулювання спірної ситуації, яка лежить в межах правової площини. Тобто, суб'єкт правозастосування, у межах наданих йому законом повноважень, застосовує свої професійні та особистісні навички з метою вирішення спірної ситуації, яка не віднайшла свого однозначного врегулювання в законодавчій площині, або учасники спірних правовідносин не дійшли згоди на таке врегулювання. За результатами розгляду такої ситуації суб'єкт ухвалює відповідне рішення.

Як було вищезазначено, нотаріус наділений законом відповідним колом повноважень на вирішення життєвої ситуації, з якою до нього звертаються особи. При цьому нотаріус має право відмовити в здійсненні нотаріальної дії та врегулюванні відповідної ситуації, за вирішенням якої до нього звернулись, однак із відповідних обґрунтованих мотивів (із посиланням на норми матеріального та процесуального права), що може бути оскаржено до суду.

Так, приходимо до висновку, що діяльність нотаріуса містить характеристики процесу правозастосування, що відповідає механізму та передбачає наявність стадій, без вчинення яких робота нотаріуса неможлива, а тому в повній мірі можна вести мову про те, що нотаріус є суб'єктом правозастосування. При цьому варто додати, що у статті 99 Закону України «Про нотаріат» прямо йдеться про застосування іноземного права нотаріусом.

Механізм правозастосування неможливо уявити без стадій, в рамках яких безпосередньо відбувається процес застосування правових норм, вирішення

(врегулювання) конкретної життєвої ситуації.

Стадіями правозастосування є група, сукупність процесуальних дій, об'єднаних відповідною метою.

Н. Костюк розглядає стадію процесу правозастосування як сукупність дій посадової особи або державного органу, спрямовані на розв'язання певного завдання правозастосування. Кожна стадія є відносно відокремленим ланцюгом, частиною правозастосовної діяльності, тісно пов'язана з наступними стадіями. Лише правильне та послідовне здійснення кожної стадії забезпечує успіх застосування норм права в цілому. Основні стадії виражають логіку застосування норм права, тобто ті вузлові моменти, які відображають її соціально юридичні функції та її творчий зміст [107, с. 94-99]. Стадії є взаємопов'язаними етапами правозастосовної діяльності, які послідовно розвиваються [55].

М. Небеська зазначає, що стадії правозастосовної діяльності – це етапи пізнання істини, що є напрацьованими наукою та практикою. У процесі побудови правозастосовного процесу, послідовності й логічності його стадій закладено гарантію з'ясування істини. Пізнання в процесі правозастосування має і свої особливості. Воно тісно пов'язано з процесом доказування, юридичний аспект якого виступає як регламентована нормами права діяльність щодо збирання, аналізу й оцінки доказів з метою правильного вирішення справи і прийняття правильного процесуального рішення [139, с. 40-41].

Розглянемо більш детально погляди науковців щодо виокремлення стадій правозастосування.

С. Алексєєв, В. Горшенєв, І. Дюрягін, В. Лазарєв визначають, що всі правозастосовні дії можна поділити на три основні стадії: встановлення фактичних обставин справи; вибір і аналіз норм права; вирішення справи, виражене в акті застосування права [219, с. 100].

Інші вчені також поділяють тристадійну природу правозастосування, виділяючи: стадію встановлення фактичної основи справи. У ході цієї стадії встановлюються і досліджуються тільки факти й обставини, передбачені нормами права, тобто такі, що є юридично значущими. Збір інформації

відбувається за допомогою документів, свідчень свідків, речових доказів, висновків експертиз тощо. Стадію встановлення юридичної основи справи, в рамках якої правозастосовувач обирає галузь, інститут і норму права, які регулюють ці суспільні відносини, перевіряє достовірність тексту норм права, їхні межі дії в часі, в просторі і за колом осіб, з'ясовує сенс і зміст юридичних приписів, кваліфікує ситуацію, що вимагає вирішення, тобто дає їй юридичну оцінку. А також останню стадію – рішення справи і документальне оформлення ухваленого рішення. На третій стадії ухвалюється рішення і створюється правозастосовний акт. Саме в рамках цього етапу правозастосовного процесу вирішується доля цієї справи і від того, які висновки будуть сформульовані в ході рішення, залежить подальший розвиток правовідносин [110].

Деякі вчені, вважають, що процес правозастосування має такі стадії: аналіз фактичних обставин справи; вибір (відшукування) відповідної норми; посвідчення в правильності (достовірності) тексту юридичного джерела, що містить потрібну норму і встановлення його сили; з'ясування змісту і змісту норми, її тлумачення; прийняття рішення та видання акта, що закріплює це рішення [237]. А от П. Недбайло визначає, що правозастосовний процес повинен включати в себе не тільки такі стадії як встановлення фактичних обставин справи; вибір і аналіз норми права; видання акта застосування, а й вчинення фактичних дій по забезпеченню реалізації виданого акта застосування права [142].

Разом з тим, Ю. Бро не підтримує останню точку зору, вважаючи, що включення в процес правозастосування здійснення фактичних дій щодо реалізації виданого акта правозастосування не буде виправданим, та вказує, що в такому випадку суд, який ухвалив рішення, повинен буде етапувати засудженого до колонії або ж відділ соціального забезпечення, який призначив пенсію громадянину, повинен сам доставляти її йому та ін. [40, с. 20].

М. Авдюков, наприклад, вважає, що установлення фактів та їх юридична кваліфікація мають розглядатись як єдина стадія правозастосовної діяльності [5].

П. Рабінович виділяє як самостійні стадії: 1) встановлення юридично

значущих фактів і пошук правової норми, яку належить застосовувати до них; 2) перевірка достовірності та правильності тексту, визначення меж дії та юридичної сили правової норми; 3) з'ясування змісту правової норми; 4) прийняття рішення у справі; 5) оформлення рішення в акті застосування правової норми [181].

К. Волинка першою стадією правозастосування виділяє встановлення та аналіз фактичних обставин справи чи ситуації, що потребує врегулювання. На цій стадії застосування правових норм необхідно встановити, які дії були вчинені, події відбулися і чи мають вони юридичне значення. Метою на цій стадії є встановлення об'єктивної істини, і по суті ця стадія являє собою процесуальну діяльність, що знаходить вираження у зборі, перевірці й оцінці відповідних доказів у справі та їх джерел. Друга стадія застосування норм права зводиться до вибору певної норми права, що має врегулювати цю справу, і встановлення автентичності тексту норми права (юридична кваліфікація). На цій стадії встановлюється, на підставі якої норми права повинна розглядатися справа. Юридична (правова) кваліфікація – це встановлення тотожності ознак конкретних обставин справи тим ознакам, що зафіксовані в нормі права. На стадії юридичної кваліфікації іноді виникає необхідність у роз'ясненні дійсного змісту правової норми, потреба у тлумаченні норм права. Наступна стадія – прийняття рішення по справі, яка передбачає оцінку зібраних доказів (встановлення на їх основі дійсної картини того, що відбулось насправді, кінцеву юридичну кваліфікацію ситуації або спору, визначення юридичних приписів), а також, безпосередньо видання акта застосування права, в якому закріплений результат вирішення юридичної справи, певні юридичні наслідки для конкретних осіб [54, с. 229-232].

О. Скаун також виділяє три стадії правозастосування: підготовча стадія (юридична кваліфікація фактичних обставин), вибір і аналіз правових норм (встановлення юридичної основи справи), вирішення справи і документальне оформлення ухваленого рішення. При цьому науковець до кожної стадії виділяє підстадії правозастосування. Зокрема, друга стадія включає в себе такі підстадії: 1) вибір галузі, підгалузі, інституту права і знаходження норми, яка

може бути застосована до даного випадку. Не можна підганяти факти під гіпотезу обраної норми; 2) перевірку дійсності тексту того акта, в якому міститься шукана норма, тобто встановлення офіційного тексту норми. Не можна посилалися на неофіційні тексти. Слід керуватися останньою редакцією офіційного видання закону з усіма змінами і доповненнями на день застосування норм права; 3) аналіз норми з погляду її дії в часі, просторі і за колом осіб; 4) з'ясування змісту норми права (необхідна перевірка, чи немає офіційного тлумачення норми. Якщо правотворчий орган видав нормативно-правовий акт, а потім – акт, у якому наводиться офіційне тлумачення, то таке тлумачення є обов'язковим для того, хто застосовує норми) [189].

Варто також враховувати, що конкретні правозастосовні процеси можуть відрізнятися один від одного за складом учасників, за способами та формами здійснення. Приміром, у деяких випадках правозастосовна діяльність може мати нескладний характер і являти собою одноразову дію посадової особи, яка не потребує з'ясування життєвої ситуації та юридичного вирішення, в інших випадках правозастосування включає в себе складний комплекс правореалізуючих дій та актів різноманітних його учасників. Відповідно, правова форма впорядковує дії суб'єктів правозастосовної діяльності, надає цим діям юридичну визначеність та забезпечує сувору послідовність їх здійснення [160].

Варто погодитися з думкою автора, адже вирішення конкретної ситуації в повній мірі залежить від особливостей обставин справи, характеру правовідносин, складності ситуації тощо, що обумовлює необхідність визначення суб'єктом правозастосування кінцевої мети процесу. В залежності від наявності вказаних умов суб'єкт правозастосування вирішує, які саме стадії необхідно пройти в процесі, а також чи є необхідність задіяння проміжних стадій у процесі правозастосування.

Таким чином, сенс правозастосування полягає не просто у вирішенні юридично значущої ситуації, яка не може бути вирішена без участі владного впливу, а саме в індивідуальному регулюванні даної ситуації з урахуванням її обставин. У процесі правозастосування відбувається індивідуалізація змісту

нормативних приписів, і виданий в індивідуальному порядку акт відтворює зміст застосованої норми, звужуючи його до веління (наказу), адресованого персонально певному суб'єкту – учаснику конкретних суспільних відносин.

Правозастосування полягає в діяльності компетентних суб'єктів щодо вирішення конкретної спірної ситуації та ухвалення відповідного рішення, яке передбачає настання юридичних наслідків (виникнення прав та обов'язків) для відповідно визначених суб'єктів. Тобто, визначальним для процесу застосування права є наявність суб'єкта, наділеного організаційно-владними повноваженнями, без якого вирішення конкретної ситуації виявляється неможливим. Завершальним етапом процесу правозастосування є ухвалення відповідного рішення – акта застосування норм права, який безпосередньо акумулює обставини конкретної справи та норму права, яка регулює спірні правовідносини та формує відповідні висновки, що буде детальніше розглянуто в наступних розділах.

Механізм правозастосування є складним правовим явищем, яке включає в себе відповідні складові елементи, що забезпечують виконання проміжних завдань та досягнення кінцевої мети – вирішення спірної ситуації. Структура механізму правозастосування – це його внутрішня будова, відповідне розміщення основних елементів та зв'язків, які формують його цілісність, визначають його властивості та функції і забезпечують дієвість.

Безпосереднім об'єктом механізму правозастосування виступають матеріальні відносини, які складаються між учасниками процесу правозастосування, де його юридичну природу (зміст) характеризують правомочності та обов'язки компетентного органу по вирішенню справи і юридичні права та обов'язки іншої сторони, а фактичну, юридично значущу сторону об'єкта становить діяльність компетентних органів з приводу прийняття та винесення рішення по справі, а також поведінка та дії іншої сторони даних відносин націлені на прийняття рішення та його реалізацію. Вибір методів правозастосовної діяльності залежить від сукупності певних елементів. Зокрема, від мети правозастосування, яку обрав відповідний суб'єкт, наявності необхідних засобів досягнення поставленої мети, від умов

правозастосування, від характеру норми, яка підлягає застосуванню тощо. До основних способів правозастосовчої діяльності відносять: оперативно-виконавчий (виконавчо-розпорядчий), контрольно-наглядовий, заохочувальний, юрисдикційний.

Суб'єкти правозастосування – це спеціально уповноважені особи (органи, посадові особи), наділені відповідним колом владних повноважень на вирішення конкретної життєвої ситуації в процесі застосування правових норм та ухвалення відповідного рішення за результатами правозастосовного процесу, тобто досягнення мети правозастосування. До суб'єктів правозастосування висувається ряд вимог, зокрема, знання теорії, практичних навичок, вміння самостійно на комплексно оцінювати ситуацію в цілому та конкретні обставини справи, рівень його правосвідомості, правової культури тощо. Крім того, суб'єкт правозастосування повинен володіти не тільки професійними знаннями, а й знаннями з інших сфер життєдіяльності.

Першість в ієрархії переліку суб'єктів правозастосування в літературі відведена саме органам судової влади як спеціальному уповноваженому суб'єкту на правозастосування, з огляду на їх державно-владний характер. Разом з тим, перелік суб'єктів не обмежується лише органами судової гілки влади. Розширення переліку суб'єктів правозастосування обумовлено стрімким розвитком суспільних відносин, багатогранним процесом життєдіяльності, появою нових сфер професійної діяльності, виникненням нових галузей та підгалузей права, правових інститутів тощо. Крім судів, до державних органів, які наділені повноваженнями правозастосування, належать органи прокуратури, служби безпеки, правоохоронні органи, органи управління, органи виконавчої влади, нотаріуси.

Досліджуючи діяльність нотаріуса через призму форм реалізації права, необхідно зауважити, що законодавець наділяє нотаріуса ширшим колом повноважень, аніж лише дотримання та виконання закону. Нотаріус при здійсненні своїх обов'язків не лише формально перевіряє необхідні документи та згоду сторін на вчинення правочину, тобто використовує свої професійні теоретичні навички, а й застосовує свій досвід, оцінюючи обставини конкретної

ситуації та її потенційні наслідки, в чому проявляється рівень його правосвідомості, правової культури тощо. Тобто, діяльність нотаріуса містить характеристики процесу правозастосування, а тому в повній мірі можна вести мову про те, що нотаріус є суб'єктом правозастосування.

Досягнення мети правозастосування здійснюється в процесі проходження стадій правозастосування, в рамках яких виконуються відповідні завдання, встановлюється дійсний зміст правовідносин, вирішується спосіб та порядок врегулювання спірної ситуації тощо. Стадії правозастосування являють собою сукупність процесуальних дій, об'єднаних відповідною метою – вирішення спірної ситуації та донесення змісту такого рішення до учасників правовідносин. Стадійність являє собою логічну структуру правозастосування. Як було зазначено в даному підрозділі, наковці висловлюють різні точки зору щодо виокремлення стадій правозастосування, але в цілому вони погоджуються з наявністю трьох основних стадій: встановлення фактичних обставин справи, вибір правової норми, яка підлягає застосуванню, та прийняття рішення. Деякі вчені виділяють також проміжні стадії правозастосування (тлумачення норми, перевірка дійсності нормативно-правового акту, визначення меж юридичної сили нормативно-правового акту, оформлення рішення за результатами розгляду справи тощо), однак, дія вказаних стадій є факультативною і входить до сфери дії самої стадії правозастосування, а необхідність проходження відповідних підстадій обумовлено особливістю обставин конкретної справи.

Результатом правозастосовної діяльності є ухвалення відповідного рішення – правозастосовного акта. Акт правозастосування відображений у рішенні уповноваженого суб'єкта, який оформлений (виданий) за результатами вирішення конкретної життєвої ситуації, має індивідуальну дію та призначений для ефективного та належного досягнення поставленої суб'єктом правозастосування мети. Вирішення справи є кінцевою стадією, яка оформлюється виданням відповідного акта. У рішенні компетентного органу по конкретній юридичній справі відбивається індивідуальне державно-владне веління. Вирішення справи як стадія процесу застосування права займає центральне місце серед стадій правозастосування, адже саме від нього залежить

подальший розвиток правових відносин. Процес правозастосування як специфічна, наділена відповідним переліком особливостей форма реалізації права протікає в певному, встановленому порядку, направленому на реалізацію правових приписів, безпосереднім результатом якої є вирішення конкретної юридичної справи. Часто в процесі правозастосовної діяльності доводиться долати різні перешкоди, ліквідація яких тягне дійсне втілення в життя правових приписів і виконання суб'єктом правозастосування свого завдання по реалізації права. У контексті наведеного, особливо цінною характеристикою акта правозастосування як правового явища є його здатність усувати перешкоди та недоліки законодавства в процесі правозастосування, в результаті чого забезпечується найефективніше досягнення поставлених завдань суб'єктом правозастосування.

РОЗДІЛ 2. ПРОГАЛИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ. АНАЛОГІЯ ЯК СПОСІБ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН В ПРАВІ

2. 1. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення

Ключовим елементом процесу правозастосування є правова норма або комплекс таких, що підлягають застосуванню. Цілком логічним є питання наявності цього ключового елемента в тому випадку, коли з'ясовується наявність прогалини в законодавстві. У такому випадку основою механізму правозастосування виступає практика правозастосування. У літературі під практикою правозастосування розуміють сукупну правозастосовну діяльність та досвід правозастосування, який сформувався на її основі [237]. С. Алексєєв під практикою розуміє об'єктивований досвід індивідуально-правової діяльності компетентних органів (судів, інших органів застосування права), що складається в результаті застосування права при вирішенні юридичних справ. Іноді під практикою розуміються і висновки, узагальнення пленумів Верховного суду, усталена лінія діяльності правозастосовних органів і т. ін. [9]. В. Карташов вважає, що недостатня увага приділяється досвіду правозастосування. Цей термін покликаний відобразити досить усталені правозастосовні приписи і положення, в яких акумулюється все цінне, передове, зразкове, корисне для правозастосовної практики [92, с. 3]. Найбільш обґрунтованою є позиція, за якою правозастосовна практика тісно пов'язується з досвідом правозастосування. У це коло входить особистий досвід суб'єкта правозастосування, його основні знання, вміння, навички, правозастосовний досвід, який формується в процесі вирішення конкретних юридичних справ, узагальнення матеріалів практики і знаходить вираження в загальних і індивідуально конкретних правозастосовних актах [237].

Будь-який законодавець під час регулювання відносин у сфері приватного права, як правило, встановлює лише імперативні норми, визначаючи межі свободи дій та/або встановлюючи заборони на вчинення дій. Усе інше

залишається на розсуд учасників цих відносин. Така ситуація є цілком логічною з урахуванням обсягу сфери приватноправових відносин і різноманіття ситуацій, що в ній виникають. Незважаючи на те, що сучасна законодавча тенденція схильна до якомога більшого врегулювання, в тому числі на рівні підзаконного нормативного акта, слід визначитись, чи існують насправді прогалини в цивільному праві України як соціально-праве явище й чи потребують вони усунення (за наявності) на законодавчому рівні.

Питання прогалин у праві та законодавстві завжди привертали увагу дослідників. Вони традиційно досліджувалися теоретиками права, і серед останніх спеціалізованих досліджень слід відзначити дисертації Ю. Матата («Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці») [132], О. Колотової («Прогалини в праві та шляхи їх подолання») [101]. Проблеми прогалин у цивільному праві та засоби їх подолання у вигляді аналогії права та закону вивчалися на рівні дисертаційних досліджень С. Клім («Аналогія закону в цивільному праві України») [97], С. Завальнюка («Аналогія права за цивільним законодавством України») [72]. Крім того, на рівні окремих публікацій до проблем застосування аналогії звертались Р. Майданик («Застосування цивільного законодавства за аналогією») [130, с. 56-61], А. Дрішлюка («Аналогія закону й аналогія права: динаміка наукового дослідження (радянський період)») [67, с. 265-268], «Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (дореволюційний період)») [68, с. 295-298], «Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період)») [69, с. 9-14], Є. Харитонов («Прогалини» у цивільному законодавстві: хиби правотворчості чи прийом законодавчої техніки) [223, с. 72-81], А. Довгерт («Юридична аналогія в цивільному кодексі та судовій практиці України») [66, с. 159-165], О. Печений («Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві») [163, с. 108-109], С. Погрібний («Аналогія закону й аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин») [168, с. 14-21], І. Спасибо-Фатєєва («Трансцендентна судова мімікрія» або про принципи права, аналогія закону та права в судовій практиці») [198, с. 142] та ін. Незважаючи на таку увагу дослідників, питання

прогалин у цивільному праві, причини їх виникнення залишаються дискусійними, а судова практика, яка не відрізняється стабільністю, свідчить про потребу вивчення шляхів усунення колізій і прогалин закону, який підлягає застосуванню під час вирішення цивільних спорів.

Аристотель вважав, що прогалини в праві треба заповнювати незмінними законами природи, природним правом [17]. У працях Ч. Беккарії «Про злочини і покарання» і Монтеस्क'є «Дух закону» була закріплена ідея абсолютного пріоритету закону і відсутності прогалин у праві. Однак, у міру зміцнення позицій позитивістського праворозуміння відбулася метаморфоза у вирішенні проблеми прогалин у праві, яка фактично була зведена до завдання усунення відсутніх правових норм у рамках чинного законодавства. У ХХ ст. про відсутність прогалин у праві заявили прихильники нормативізму. Однак соціологічна юриспруденція заперечила догми про відсутність прогалин у праві, зауваживши при цьому, що відсутні норми закону цілком можна нівелювати безпрогальністю правопорядку .

В. Фідаров зазначає, що критика наївно реалістичного погляду показує, що істини, з якими ми стикаємося в науці та повсякденній діяльності, носять відносний характер. По мірі розвитку науки кожна з таких істин уточнюється, конкретизується, з'ясовуються межі її застосування. Таким чином, завжди є місце для подальшого вдосконалення, тому наявність прогалин у законодавстві є неминуче постійним станом законодавства. З точки зору діалектичного матеріалізму, абсолютна істина складається із суми відносних істин. Нова істина укладає в себе щось від старої. Але відносність істини не можна ототожнювати з її суб'єктивністю [217, с. 228].

Вказане можна співвіднести з процесами, які відбуваються в правовій системі. Різноманіття правовідносин, масив законодавчої бази, стрімкий розвиток суспільних відносин та процесів у своїй сукупності так чи інакше свідчать про те, що неможливо досягнути такого стану правозастосування, за якого все буде передбачено, будуть відсутні будь-які неточності, суперечності, колізійності та прогалини. А тому, як наслідок, у правозастосовувача завжди будуть виникати питання щодо заповнення цих прогалин, у тому числі і за

допомогою аналогії.

Як писав Платон: «несхожість між людьми і справами і те, що ніщо людське ні на хвилину не залишається в спокої ні в чому – не дозволяє жодному з видів мистецтва проявлятися у простій формі для всіх і на всі часи». «Все що стосується законодавства, – як зауважує Платон, – жодним чином і ніколи ще не було правильно обрано до кінця» [166, с. 129]. Аристотель зробив спробу дати більш глибокий аналіз недосконалості закону. На його думку, слід шукати не в самому законі, а в природі об'єкта закону [18]. Аристотель вважав, що недоліки писаного закону допускаються іноді свідомо, коли не можна дати ніякого припису щодо даного випадку, тому що акти законодавця повинні відрізнятися характером загальності, іноді проти волі, коли вислизають від його уваги. Правильно вчинить той, хто виправить недоліки і заповнить пробіл, який і сам законодавець виправив би, якщо б він знав про такий випадок, коли видавав закон [95, с. 97].

В епоху відродження формується новий світогляд. Місце теологічних теорій і догм божественного права займають поняття «людського права». Теорія безпрогальності права з'явилася в роботах ранніх ідеологів буржуазії. Її суть зводиться до того, що діюче право завжди містить відповідь на кожне, запитання, що виникає в практиці. Досить детально її дослідження міститься в роботах В. Фідарова [217].

Зі всього різноманіття поглядів можна виділити декілька варіантів обґрунтування безпрогальності права. Наприклад, прихильники теорії божественного права зазначали, що правом є лише те, що написано в тексті закону. Всі діяння або заборонені, або не забороняються, або підпадають під закон, чи не підпадають. Ч. Беккарія писав, що немає нічого небезпечнішого загальновизнаної аксіоми, що слід керуватися духом закону, що втрати від суворого дотримання букви закону незначні порівняно з втратами, породжуваними його тлумаченням [27, с. 226]. А. Боровиковський вважав, що всі без винятку випадки мають дозвіл в законі: «Юридично не мислимо ні один випадок, який міг би пройти «повз» закону – йому не підкорившись, але, разом з тим, і не суперечачи йому, рішення, яке не суперечить закону, є рішенням

згідно із законом». Разом з тим, на відміну від Ч. Беккарія, твердження А. Боровиковського про те, що закон містить у собі відповіді на всі питання життя, обґрунтовується можливістю логічного тлумачення закону, пізнання його загального сенсу і духу [38, с. 226].

Нормативізм розглядає право як замкнуту систему норм належного характеру, які пізнаються та поповнюються з самих себе, повністю відірваних від реальних суспільних відносин і ні в якій мірі не пов'язаних з проявом волі законодавця. У цій замкнутій ієрархічній системі одна норма обумовлена іншою, а в кінцевому рахунку всі вони виводяться з так званої основної норми, яка передбачається сама по собі очевидною. Звідси випливає, що основна норма замикає логічну структуру безпрогальності права. А тому прогалин бути не може, навіть технічних [217, с. 228].

Логічна замкненість права як свідчення безпрогальності права вперше була досліджена в роботах Р. Ієрінги, який вказував, що правові положення за своєю суттю є тільки зовні практичними верхівками права, які не вичерпують ні кількісно, ні якісно його реальний зміст. Погоджуючись з тим, що навіть найдосконаліше право дає приклади невдалих формулювань, і лише в цьому вбачаючи порок позитивного права, Р. Ієрінг бачить можливість його подолання в тлумаченні юридичної конструкції [81, с. 29].

На думку прихильників цієї теорії, право являє собою логічно замкнуту систему, в якій міститься відповідь на будь-який життєвий випадок, навіть якщо він не передбачений законом безпосередньо. Р. Ієрінг вказував, що система – невичерпне джерело нового матеріалу. Причому мова йде не просто про логічне засвоєння того, що хоча б побічно дано законодавцем. Мова йде про можливість отримання нового правового матеріалу з усієї сукупності юридичних понять [82, с. 104].

Один з найбільших прихильників юридичного позитивізму К. Бергбом писав, що право ніколи не потребує поповнення ззовні, бо воно в будь-яку хвилину повно, його плідність, його логічна сила розтягування в кожен момент покриває весь запит у правових рішеннях. Він вважав, що якщо в позитивному праві немає відповідної постанови, то фактичний склад діяння потрапляє в

безправний простір, де панує свавілля і чистий розсуд і де не можна говорити про прогалину в праві, бо там міститься суто фактичний стан. Тільки позитивне право і ніяке інше може заповнити порожнечу. Ніяке «вставне право» у формі розумного і природного права немислимо. Право володіє такою ж непроникністю як і фізичні тіла, а два права в одному і тому ж просторі існувати не можуть. Разом з тим, К. Бергбом допускає можливість прогалин. Проте, повторюючи відомий постулат «або-або», він відносить ці випадки до безправного простору [11, с. 386].

Німецький вчений Ф. Регельсберг зазначав, що позитивне право «має визначення всіх питань, для всіх відносин, воно не терпить в належних йому областях ніякого безправного простору. Поряд з цим він визнавав прогалини, бо під загальну вимогу закону ніколи не зможуть пристосуватися всі фактичні умови конкретного випадку, а законодавець не може передбачити всіх змін у практичному житті. Визнаючи юриспруденцію повноправним джерелом права поряд із звичаєм та законом, Ф. Регельсберг вважав правильним і те, що у праві немає зовсім прогалин [182, с. 164].

У контексті дослідження поглядів безпрогальності права заслуговує на увагу праця Е. Юнга «Про логічну замкненість права». У законодавстві ряду держав були встановлені норми, які забороняють відмову у правосудді. На цій підставі деякі вчені розглядали догму відсутності прогалин у праві як аксіому, що не вимагає теоретичних доказів: «Вона суперечить теорії та дійсності, але є послідовний висновок із заборони відмовляти у вирішенні спірного питання на ґрунті позитивного права» [3, с. 138]. За вказаною концепцією прогалини у праві не могли існувати, адже була встановлена пряма заборона на відмову в здійсненні правосуддя. Тобто, суди не могли відмовляти в здійсненні правосуддя з підстав відсутності відповідної правової норми, яка регулює спірне питання, за вирішенням якого особи звернулися до суду.

Водночас теорія відсутності прогалин у праві, яка обґрунтовувалася лише заборонаю відмови в здійсненні правосуддя, не витримувала критики та самі прихильними логічної замкненості права змушені були визнати протилежне. Р. Дєрнбург писав при постійному формуванні нових правовідносин про те, що

«незважаючи на кількість законів, їх казуїстичність, вони ніколи не можуть бути настільки повними, щоб надати ясну відповідь на будь-яке питання». З заборони ж відмови у правосудді ясно виявляється характер права як цілісної системи, що має можливість поповнюватися зі свого власного змісту [65, с. 98].

З плином часу теорія логічної замкненості права еволюціонувала. Так, наприклад Е. Васьковський, прихильник логічної замкненості права, досить часто використовував термін «прогалина у праві» та навіть визначив у яких випадках можуть виникнути прогалини. Він зазначав, що прогалини є в тому разі, якщо для будь-якої категорії випадків або зовсім немає норми, або вона існує, але зовсім темна і незрозуміла, чи існує декілька норм, які знаходяться між собою в протиріччі, або встановлено норму, яка страждає неповнотою [42, с. 24]. На його думку, прогалини слід заповнити. Але як? На думку автора, єдино правильний шлях – заповнити прогалини за допомогою наявного матеріалу законодавства, тобто вилучати з існуючих норм ще й інші, явно не виражені, але які в них полягають. Це найбільш правильний і доцільний спосіб» [45, с. 208]. Отже, як бачимо, вчений хоча й підтримував теорію логічної замкненості права, однак в той же час допускав існування прогалин у праві.

Разом з тим, вчення про логічну замкненість права також було піддано критиці. Ф. Тарановський писав, що факти правового життя безсумнівно свідчать про існування безумовних прогалин у позитивному праві. Жоден логічний зміст не в змозі дати більш того, що покладено в його основу. Загальні принципи позитивного права витягуються індуктивним шляхом від позитивного матеріалу і тому узагальнюють лише те, що в ньому міститься, але не дають нічого більшого. Дедукція з цих принципів не може дати рішення казусу, фактичний склад якого не передбачений позитивним правовим матеріалом. На його думку заперечення, що протягом століть прогалини заповнювали конструктивно-дедуктивним методом не має сенсу, бо юридична техніка дотримувалася лише видимість цього методу, а насправді будувала загальні принципи не тільки на підставі матеріалу позитивного права, але й на підставі тих життєвих відносин, на які наштовхувалися в процесі застосування права [201, с. 259].

Крім того, як писав австрійський юрист Е. Ерліх: «Жодна теорія застосування права не може скасувати того факту, що будь-яка система твердо встановлених правил поведінки з власне своєю природою має прогалину, що по суті вона застаріває в той же момент, коли вона встановлена так, що вона чи не в змозі опанувати навіть теперішнім станом подій, і ні в якій мірі майбутнім; ніяка теорія не може перешкодити суспільним явищам, до яких застосовується право, які продовжують постійно розвиватися і щохвилини поповнювати новим змістом встановлені для вирішення норми».

Психологічна теорія походження права, яка з'явилася в середині ХХ століття, теж заперечує існування прогалини. Як відомо, за цією теорією право – це психічне явище, а його елементи – елементи психічного акту. Право складається з імперативно-атрибутивних емоцій. В обґрунтування цієї теорії Л. Петражицький писав: «Наше право виходить із заперечення реального існування того, що юристи вважають реально існуючим в області права (сукупність норм права). Правові явища – це особливого роду складні емоційно-інтелектуальні психічні процеси. Це не передбачає постановку питання про прогальність, тому що під правом мається на увазі усвідомлена повинність або приналежності домагання» [161].

За радянських часів у теорії держави й права прогалина визначалась як повна чи часткова відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства [119]. Відсутність прямої регламентації суспільних відносин О. Красавчиков визнавав прогалиною в законодавстві, у зв'язку з чим виникала необхідність застосування закону за аналогією або вирішення відповідного спору, виходячи із загальних положень цивільного законодавства (аналогія права) [109]. На законодавчому рівні поняття прогалини намагалося визначити Міністерство юстиції України. Надаючи роз'яснення, воно вказало, що прогалини у праві – це повна або часткова відсутність у діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм, а прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у законі [244]. Українські

теоретики визначають прогалину у праві як відсутність у праві нормативних настанов щодо тих чи інших життєвих обставин, які перебувають у сфері правового регулювання. Вони також вказують, що прогалина у праві може існувати у вигляді повної відсутності будь-якого регулювання відносин та у вигляді неповного регулювання. Крім того, вони звертають увагу на необхідність відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ, таких як недосконалість норми закону, кваліфікована мовчанка законодавця та ситуація на розсуд правозастосовувача [212]. Щодо «кваліфікованої мовчанки», то Ю. Матат звертав увагу на те, що у цьому разі має місце небажання законодавця регулювати певні відносини за посередництвом норм права. Зазначене явище досить поширене, зокрема, в цивільному праві (йдеться, наприклад, про звичай ділового обороту тощо). Однак ситуації, що визначаються як кваліфіковане мовчання законодавця, на відміну від прогалин у законодавстві, не знаходять свого закріплення в останньому за прямим розсудом законодавця, тоді як прогалини свідчать про недостатність нормативної регламентації [132].

На думку П. Рабіновича, відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового регулювання, окресленій основними принципами права, свідчить про наявність прогалини в законодавстві [181]. Як указує О. Скакун, прогалина в законі – повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах. Прогалина у праві – пропуск у правовому регулюванні конкретного виду суспільних відносин [189]. О. Колотова вважає, що прогалини у праві – це повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері правового впливу та потребують правового регулювання за оцінкою суб'єкта правозастосування [101]. При цьому в теорії права пропонують термін «прогалина» використовувати, по-перше, на позначення навмисно незаповненого простору, по-друге, на позначення недоліку, упущення у формуванні закону [20, с. 300]. Водночас упущення характеризується як те, що не зроблено, не виконано вчасно, а пропуск – як відсутність чого-небудь унаслідок витрати часу [47, с. 965]. Таким чином, цей термін має два смислових

значення. Так, прогалину в першому значенні слід розглядати як невід’ємну властивість самого предмета, оскільки позбувшись цієї властивості, предмет перестає бути тим, яким він був із самого початку, стає якісно іншим або ж повністю припиняє своє існування. Іншою буде ситуація, якщо виходити з другого значення терміна «прогалина», у цьому разі слід погодитися з необхідністю усунення наявних недоліків предмета [132, с. 20-21].

Сучасні дослідники в галузі цивільного права прогалиною вважають відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації [37]. Ю. Заїка пропонує під прогалиною у праві розуміти випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового регулювання, але воно не передбачене конкретним законом, правовою нормою [78]. І. Спасибо-Фатєєва вказує, що коли для конкретного випадку немає норми або коли наявні декілька норм, які суперечать одна одній, або коли діюча норма є неповною, тобто не враховує повністю всіх конкретних особливостей цього випадку, йдеться про прогалини у праві [197]. С. Завальнюк зазначав, що прогалини в законі – це невід’ємний атрибут правового регулювання, якого неможливо позбутися. Специфіка цивільно-правового регулювання визначає особливе ставлення законодавця до подолання прогалин у цивільному законодавстві. Саме цим продиктоване закріплення у ст. 8 чинного Цивільного кодексу України можливості оперативного подолання прогалин законодавства без втручання законодавця [74]. Є. Харитонов вважає наявність прогалин у цивільному законодавстві нормальним явищем для цієї галузі, визначає їх як неповноту у вираженні цивільного права стосовно фактів суспільного життя, котрі знаходяться у сфері цивільно-правового регулювання [224]. Він також звертав увагу на те, що в сучасних умовах, попри зростаючу кількість законодавчих актів, законів і навіть кодексів, усе більш очевидною стає неможливість і недоцільність усеохоплюючого регулювання суспільних відносин, надто у сфері цивільного обігу [223, с. 72-81]. З останньою позицією ми повністю погоджуємося. Визнаючи цивільне право найбільш динамічною галуззю права та законодавства України, вважаємо, що така ситуація є природною для сфери приватного права. Ми також підтримуємо позицію

С. Погрібного, який вважає, що прогалини можуть бути лише в законодавстві [169]. Такий погляд є цілком логічним з погляду природно-правової теорії права, оскільки право виникає, існує об'єктивно й опосередковує потреби суспільства в регулюванні тих чи інших суспільних відносин. Зауважимо, що в контексті ст. 6 на регуляторне значення договору щодо прогалин у законодавстві звертав увагу і Є. Харитонов [223]. Як писав Ю. Матат, наявність більшості прогалин установлюється в процесі правозастосування, оскільки правозастосовувач має певні труднощі у вирішенні конкретної справи через відсутність юридичних інструментів, що давали б відповідь на поставлені запитання [20, с. 305]. Не менш цікавим є визначення Ф. Бидлінського, який вважає, що 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 [41, с. 185-226]. О. Лейст охарактеризував прогалину у праві як ситуацію, в якій «факти або відносини законом не оцінюються, але професійна правосвідомість владно диктує необхідність їх юридичної кваліфікації» [121, с. 340]. Аналогічного підходу до визначення сутності прогалини дотримувався і правознавець І. Михайлівський, який використовував поняття прогалини в контексті ситуацій, в яких «фактичні обставини випадку не відповідають жодній з описових частин (припущень) діючих юридичних норм» [134, с. 712].

Отже, дослідивши та проаналізувавши стан розвитку науки та власне наукові погляди на сутність та розуміння прогалин у праві та законодавстві, погоджуємося з думкою щодо відносності істин з точки зору науки та практики, адже дійсно завжди знайдеться місце для розвитку та вдосконалення існуючих поглядів та вчень крізь призму практики та навпаки. Разом з тим, із наведених визначень виявляється можливим виокремити два підходи до розуміння прогалин у праві: вузький та широкий.

Вузький підхід розглядає прогалину у праві як випадок чи ситуацію, в яких суспільні відносини, які закріплені в загальній нормі права не знайшли

свого врегулювання спеціальною, конкретною нормою [8, с. 112]. Прогалина в праві – це фактично прогалина в законодавстві в сенсі відсутності конкретної норми для вирішення певних випадків, які перебувають у сфері впливу права [141, с. 456]. Прихильники широкого підходу визначають прогалину у праві як повну або часткову відсутність нормативних установок, необхідність яких обумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, здоровим глуздом і змістом чинного законодавства, а також іншими проявами класової волі, спрямованих на регулювання життєвих фактів у сфері правового впливу [119, с. 37].

Основоположною ідеєю представників вузького підходу до визначення прогалини у праві є те, що правове регулювання не охоплює і не повинно охоплювати собою всього різноманіття суспільних відносин. У той час як представники широкого підходу не заперечують, що прогалини можливі тільки в області, врегульованій правом, і лише щодо фактів, які перебувають у сфері правового регулювання, та не обмежуються лише законодавчими рамками існування прогалин у праві.

У контексті проаналізованих підходів дійсно можна дійти висновку, що всі вище запропоновані погляди вчених, які детермінують поняття прогалини, можна віднести до вузького та широкого підходів розуміння. У цьому аспекті, задля більш точного розуміння сутності поняття можна виокремити прогалини в законі та прогалини у праві. Логічно припустити, що перші пояснюються прихильниками вузького розуміння прогалини, як власне врегульованість відповідних правовідносин загальною нормою, однак відсутність відповідної чіткої та більш детальної регламентації нормами спеціального законодавства. У той час як прогалини у праві пояснюються прихильниками широкого підходу, які більш глибоко трактують сутність вказаного поняття та розуміють під собою відсутність відповідної правової норми, яка регламентує ті чи інші правовідносини, що обумовлено різними причинами.

Поряд із визначенням сутності поняття прогалин у праві деякі науковці зробили спробу визначити критерії прогалин. Наприклад, С. Вильнянський, який розумів прогалини як повну або часткову неврегульованість суспільних

відносин правовими нормами, критеріями визначав відсутність норми, неповноту норми та власне суперечність норм права [53, с. 34]. У той час як Л. Явич вважав, що критерієм існування прогалин у правовій системі є сенс існуючих законоположень (їх явна неповнота), або початковий щабель формування суб'єктивного права в умовах несформованої повністю загальної норми. Л. Явич пропонує як основним критерієм розглядати відсутність «органічної єдності об'єктивного і суб'єктивного права». Інші ж вчені вважають, що основним критерієм прогалини є суб'єктивний фактор, а саме правосвідомість юриста. Тобто, такий критерій може мати місце безпосередньо в процесі діяльності правозастосовних органів під час кваліфікації юридичних фактів [248, с. 142]. При цьому А. Бережнов зауважував, що правосвідомість – це не просто одна з форм відображення реально існуючих явищ чи речей, але головним чином є однією з форм діяльності свідомості, яка не тільки відображає об'єктивний світ, але й багато в чому творить, створює правові явища [30, с. 342-347].

Також існують прогалини в законодавстві. Наприклад, 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 (або ще їх називають подолані та неподолані). Варто зауважити, що переборні прогалини можливо подолати за допомогою аналогії закону чи аналогії права в процесі правозастосування, в той час як непереборні усуваються лише шляхом нормотворчості. Залежно від того, чи охоплюється існування прогалин умислом законодавця – навмисні й ненавмисні прогалини (в першому випадку врегулювання/неврегулювання того чи іншого питання здійснюється на розсуд законодавця з тих чи інших мотивів, наприклад, з метою подальшого врегулювання шляхом прийняття спеціального законодавства тощо. Ненавмисні допускаються законодавцем без умислу). Залежно від ступеня відсутності законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин – повні або

часткові прогалини [205]. Про останні писав В. Лазарєв, який вважав, що прогалини можуть існувати у двох видах: повної відсутності будь-якого правового врегулювання відносин і у вигляді неповноти наявного правового регулювання [118, с. 29-441]. С. Алексєєв повні прогалини визначав як відсутність правового регулювання по відношенню до суспільних відносин, які фактично увійшли у сферу правового регулювання і об'єктивно потребують законодавчого закріплення. Крім того, він писав, що повні прогалини – це явища соціального порядку, що стосуються змісту правового регулювання, зрілості даних відносин, методів їх правового опосередкування і т. ін. Звідси й своєрідність способу їх усунення. Вони долаються лише одним шляхом – шляхом правотворчості [9]. На думку В. Лазарєва необхідно виділити основні критерії встановлення прогалин у праві у випадку повної відсутності норми. Зокрема, 1) суспільні відносини, що мали б підлягати правовому регулюванню, повинні досягти своєї зрілості. Необхідність нормативного правового регулювання має бути матеріально обумовленою; 2) визнання факту нерегульованості певних відносин прогалиною у праві повинно відповідати або хоча б не суперечити основним принципам права; 3) необхідно враховувати політику законодавця на конкретному етапі розвитку суспільства; 4) воля на створення відповідної норми може бути виражена певним загалом [117]. Як зазначає С. Алексєєв, неповні прогалини легше виявити, бо фактичні суспільні відносини вже увійшли у сферу правового регулювання і опосередковано нормами права врегульовані. Тобто, законодавець вже проявив свою волю на врегулювання даних суспільних відносин і, перш за все, «фактом підпорядкування даного випадку загальним правовим принципам, а також прямою вказівкою, регламентацією прав, органічно пов'язаних із нерегульованими фактичними обставинами і т. ін. [9].

А. Венгеров поділяє прогалини у праві на такі, що мають об'єктивну та суб'єктивну природу. Об'єктивні за своєю природою прогалини у праві виникають тоді, коли законодавець «не готовий прийняти той чи інший законодавчий акт, наприклад, через політичні протистояння». Суб'єктивні прогалини виникають у зв'язку з відсутністю належної законодавчої техніки

[49, с. 436]. Є. Харитонов поділяє прогалини на реальні та формальні. Реальні прогалини означають дійсну відсутність правового регулювання суспільних відносин, що знаходяться у сфері права, а формальні – відбивають такий стан речей, коли те чи інше питання законодавство прямо не регулює, але відповідь на нього можна знайти за допомогою аналізу та різноманітних прийомів тлумачення правових норм [222]. Л. Луць нормативно-правові прогалини поділяє на шість груп. Зокрема, за зовнішньою формою права: прогалини у нормативно-правових договорах та у нормативно-правових актах; за видами нормативно-правових актів, у яких вони містяться: прогалини у законах та у підзаконних актах; за елементами норми права: прогалини у гіпотезі, диспозиції та санкції; за галузевою належністю: конституційні, трудові, цивільні та інші нормативно-правові прогалини; за часом виникнення: первинні, вторинні прогалини; за причинами виникнення: об'єктивні та суб'єктивні прогалини [127].

В аспекті сприйняття європейського правового досвіду цікавим виявляється поділ на прогалини формулювання, які мають місце тоді, 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 [236]. За рівнем необхідного нормативно-правового регулювання прогалини поділяються на абсолютні та відносні [162].

Щодо причин виникнення прогалин, слід зазначити таке. У радянській теорії держави й права Л. Явич до причин прогалин відносив: недогляд законодавця; відсилання до актів, які не були прийняті; неврегульованість порядку застосування закону; навмисні спрощення; неминуче відставання законодавства від суспільних відносин, що розвиваються більш динамічно; помилки й спрощення самого законодавця; низький рівень його законотворчої культури [248]. О. Скакун в якості причин прогалин у законодавстві та праві вказує такі: 1) невміння законодавця відобразити в нормативних актах усе

різноманіття сучасних життєвих ситуацій, що вимагають правового регулювання (первісна прогалиність); 2) невміння законодавця передбачити появу нових життєвих ситуацій у результаті постійного розвитку суспільних відносин, здійснити щодо них певні законодавчі дії (подальша прогалиність); 3) технічні прорахунки законодавця, допущені під час розроблення законів та у використанні прийомів юридичної техніки [189]. А. Поляков у якості причин появи прогалин визначає прорахунки законодавця під час прийняття відповідного акта (первісні прогалини), еволюційні зміни в самих суспільних відносинах, які неможливо було передбачити під час прийняття акта законодавства (подальші прогалини) [173]. Причинами виникнення прогалин В. Труба й Р. Притченко називають недоліки законодавчої техніки, динамічність трансформації суспільних відносин тощо [212].

Інші вчені в якості причин появи прогалин називають дві основні обставини: 1) неминуче відставання законодавства від суспільних відносин, які більш динамічно розвиваються; 2) помилки та упущення самого законодавця, низький рівень його законотворчої культури [144, с. 489].

На думку В. Забігайла, причиною появи прогалин у праві є той факт, що норми, які створює законодавець, розповсюджуються не на конкретні правовідносини, а на визначений вид правовідносин [72]. Р. Кондратьєв писав, що прогалина в праві утворюється у випадку, коли правова регламентація суспільних відносин, що знаходяться у сфері правового регулювання, вимагає необхідної конкретизації, які загальні норми права (тим більше правові принципи) забезпечити не можуть; про прогалину у праві можна говорити лише стосовно суспільних відносин, що знаходяться у сфері правового регулювання, межі якої визначені принципами права. Більш глибоко аналізуючи причини появи прогалин, через які загальні норми виявляються недостатньо конкретними та неповними, науковець зауважував, що в одних випадках законодавець намагається закріпити у правовій нормі як можна повніше всю багатогранність суспільних відносин, але йому не вдається це зробити з тих чи інших причин. Саме в цьому випадку, коли централізована норма надто абстрактна, а конкретну норму на її основі прийняти не можна, слід говорити

про прогалину у праві [104, с. 17-21].

Таким чином, варто зауважити, що різноманіття правовідносин, масив законодавчої бази, стрімкий розвиток суспільних відносин та процесів у своїй сукупності свідчать про те, що неможливо досягнути такого стану правозастосування, за якого все буде врегульовано, будуть відсутні будь-які колізійності та прогалини. Нині цивільне законодавство України не може та й не повинно повністю охоплювати все різноманіття наявних у суспільстві цивільних відносин. Кожен день, кожну годину з'являються нові відносини, змінюються суб'єкти й об'єкти, форми, і все це, на перший погляд, вимагає законодавчого регулювання. Сучасні науковці розуміють під прогалиною відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації. Прогалини також розглядають у контексті ситуацій, в яких фактичні обставини випадку не відповідають жодній із описових частин (припущень) діючих юридичних норм.

Проаналізувавши наукові погляди, можна виділити два підходи до визначення прогалини: вузький та широкий. Вузький підхід розглядає прогалину у праві як випадок чи ситуацію, в яких суспільні відносини, які закріплені в загальній нормі права не знайшли свого врегулювання спеціальною, конкретною нормою. Відповідно до широкого підходу, прогалина у праві – це повна або часткова відсутність нормативних установок, необхідність яких обумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, здоровим глуздом і змістом чинного законодавства

Причиною появи прогалин, як правило, є відставання законодавця від розвитку суспільних відносин, які на той момент, коли виникає спірна ситуація, уже фактично набули характеру правових. Також у літературі визначають інші причини виникнення прогалин, як-от відсутність можливості врегулювати суспільні відносини, які швидко розвиваються, недосконалість законодавчої техніки, відсутність об'єктивної можливості передбачити появу нових життєвих ситуацій, тобто врегулювати ситуацію на майбутнє.

Відсутність норми, яка прямо регламентує спірні правовідносини,

свідчить про прогалину в законодавстві. Щодо прогалини у праві, то вона може існувати тільки в межах позитивістського підходу до права. У рамках природно-правового підходу до права аналогія права набуває характеру техніко-юридичного прийому для видалення дефектів законодавчого регулювання та джерела права. Дослідивши погляди та розуміння різних науковців щодо проблеми наявності прогалин у праві та законодавстві варто відзначити, що хоча наявність прогалин і є неминуче постійним станом системи права, однак правова система містить у собі достатньо механізмів та інструментів задля вирішення більшості життєвих випадків, які безпосередньо не врегульовані законодавством. Від вирішення питання про наявність прогалин у законодавстві залежить не тільки констатація цього факту, але й можливість подолання цієї проблеми правозастосовними органами. Наявність прогалин у праві є передумовою виникнення та використання спеціальних засобів та методів їх заповнення, усунення та подолання в процесі реалізації права, зокрема аналогії закону чи аналогії права. Отже, встановлення наявності прогалин у праві є однією з основних умов допустимості застосування юридичної аналогії.

2. 2. Подолання прогалин у процесі правозастосування.

Як бачимо, правозастосування є достатньо складним процесом юридичної діяльності, завдання якого полягає в конкретному та ефективному вирішенні спірної ситуації. Особливість спірної ситуації полягає в тому, що вона, як правило, характеризується разовістю свого прояву та не знаходила вирішення у правовій площині. При цьому, зазвичай, чіткої регламентації щодо вирішення такої ситуації законодавство не містить, що створює відповідні труднощі для правозастосовувача. Відповідно останній знаходиться в пошуках найефективнішого та найоптимальнішого механізму вирішення спірної ситуації в рамках закону. Не рідко трапляється, що спеціальна нормативно-правова база, яка регулює відповідні правовідносини, не містить необхідного або хоча б схожого механізму. Тобто, суб'єкт правозастосування стикається з прогалинами у праві, що змушує його шукати шляхи їх вирішення.

У науковій літературі панують різні погляди щодо використання дефініцій «усунення», «заповнення» та «подолання» прогалин у праві. Однак, як зазначає В. Фідаров, цитуючи В. Карташова, цей спір є суто термінологічним, оскільки в більшості випадків він ведеться щодо вживання термінів, а не по суті явищ [217, с. 228; 88, с. 4].

Перш за все варто звернутися до етимології названих слів та дослідити їх зміст, автономний від контексту досліджуваної тематики. Словник української мови визначає термін «усувати» як «Доводити що-небудь до зникнення, «Припиняти існування»; «Ліквідувати або виключати, викидати звідкись». Під «подолати» мається на увазі «Перемагати, переборювати різні перешкоди»; «Переборювати труднощі при вивченні, освоєнні чого-небудь»; «Позбуватися якої-небудь вади». «Заповнити» означає займати собою весь простір, все місце. При цьому один із варіантів тлумачення цього слова під процесом заповнення прямо визначає: «Ліквідувати прогалину у чому-небудь» або «Вписувати всі потрібні відомості у який-небудь документ» **[Ошибка! Источник ссылки не найден.]**.

Тим не менш, враховуючи специфіку досліджуваної теми, задля усунення неточностей розуміння та правильного застосування вищезазначених понять, доцільно розглянути погляди вчених на їх визначення та розмежування.

На думку одних вчених, будь-яка нормативно-законодавча система передбачає можливість заповнення прогалин у законодавстві, зокрема, не шляхом правотворчості, а шляхом використання особливих інститутів у процесі застосування права (наприклад, аналогії закону й аналогії права). Такі інститути дозволяють досягти саморегулювання та налаштування правової системи, що передбачає ефективне функціонування в умовах розвитку навколишнього середовища, при цьому право зберігає якість стабільного механізму регулювання. Така позиція демонструє, що діяльність відповідних компетентних органів по заповненню прогалин у праві носить закономірний та природній характер. Вказані погляди висловлювали Є. Трубецької [213, с.169-172], С. Алексєєв [14, с. 206], В. Акімов [8, с. 111].

На противагу першій думці, вчені А. Боннер, Е. Кемуларія, В. Лазарєв,

А. Піголкін, Б. Спасів, С. Карташов вважають, що реально «заповнити» прогалину у праві може тільки закон або підзаконний нормативний акт, прийнятий у його розвиток в процесі нормотворчої діяльності. В. Лазарєв зазначав, що тільки компетентні правотворчі органи влади та управління мають повноваження на заповнення прогалин. Інші ж державні органи «беруть активну участь у встановленні прогалин, але не наділені правом їх усунення». При цьому В. Лазарєв зауважує, що всі інші державні органи можуть лише подолати прогалину [119, с. 131; 35, с. 230; 199; 164, с. 57].

Ф. Уранський розглядає під «подоланням прогалин» діяльність компетентних державних органів (реєструючих органів, відомчих комітетів тощо), також змушених часто в процесі своєї діяльності вирішувати питання про те, як слід вчинити в разі виявлення прогалин у правовому регулюванні. При цьому Е. Кемуларія зауважував, що в правозастосовчій діяльності державних органів виявлення прогалини стає своєрідною перешкодою, ускладненням на шляху подальшого провадження у конкретній справі, у зв'язку з чим з'являється об'єктивна необхідність саме подолати цю перешкоду [215, с. 69; 26, с. 237].

Отже, специфіка проблематики обумовлює наділення відповідних термінів особливим визначальним та функціональним змістом, який в залежності від конкретних обставин і процесів має відповідні характеристики. Якщо детально розглядати кожен, то термін «усунення» прогалин безпосередньо стосується законодавчих органів, які займаються нормотворчою діяльністю. Тобто, якщо відповідна сфера діяльності не врегульована законом, нормотворчий орган усуває прогалини в праві щодо конкретного питання шляхом прийняття відповідного закону чи іншого нормативного акту. Заповненням прогалин займаються інші державні органи, які хоча й не наділені нормотворчими повноваженнями, однак у своїй діяльності керуються рядом підзаконних нормативно-правових актів, якими, в тому числі, 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). При

цьому практична ситуація не знайшла свого врегулювання на рівні закону, а тому відповідні державні органи, користуючись наданими їм повноваженнями, ухвалюють підзаконний нормативно-правовий акт, в якому чітко регламентують відповідну конкретну ситуацію. Подолання прогалин у праві здійснюється правозастосовними органами або ж власне суб'єктами відповідних правовідносин за допомогою визначених методів подолання прогалин. Тобто, подолання має казуальний характер, який безпосередньо стосується лише конкретної ситуації з урахуванням особливостей обставин цієї ситуації. При цьому подолання прогалин відповідним чином (іншими словами, спосіб вирішення проблеми) не зобов'язує третю особу вирішувати схожу чи аналогічну ситуацію тим же чином. Більше того, третя особа може бути не обізнана про аналогічне вирішення відповідного спірного питання та вжити заходів з розв'язання проблеми за допомогою методів, які лежать у правовому полі по іншому. Оскільки предмет дисертаційного дослідження зосереджений саме на процесі застосування аналогії нотаріусами, далі доцільно розглядати саме способи подолання прогалин у праві.

Право за своєю суттю є специфічною та динамічною системою, яка, в тому числі, є гнучкою та здатна оперативно і своєчасно реагувати на зміни в суспільстві, враховуючи потреби розвитку суспільства. При цьому право весь час зберігає якісні характеристики стабільної нормативно-правової системи суспільного регулювання, яке має відповідну програму та своєрідний план дій на випадок можливих прогалин. Суспільні відносини, зокрема в майновій сфері, перебувають, так би мовити, в тонусі, що обумовлено їх постійним розвитком і вдосконаленням, у зв'язку з чим у результаті періодично з'являються нові види цивільно-правових зобов'язань. Очевидним є той факт, що в таких умовах законодавець не завжди встигає оперативно відреагувати на появу нових сфер життєдіяльності та, відповідно, врегулювати їх. Разом з тим, проблемні ситуації, які виникають, не можуть чекати їх централізованого законодавчого врегулювання та, зазвичай, потребують вирішення без зволікання. Тобто, виникає необхідність пошуку та застосування ефективних методів вирішення проблемних ситуацій в умовах відсутності належних

правових норм, а тому увага зосереджується саме на способах подолання прогалин у праві.

Способами подолання прогалин є правові інструменти, які дозволяють одномоментно вирішити казус, що містяться у сфері правового регулювання, якщо нормами права його безпосередньо не передбачено [214].

Подолання прогалин у праві не пов'язується з розширенням сфери правового регулювання, оскільки суспільні відносини, які отримують юридичне опосередкування, входять у цю сферу, але з якихось причин залишаються неврегульованими повністю або частково. Правозастосовна діяльність у такій ситуації дещо ускладнюється. Крім звичайних стадій правозастосування (встановлення фактичних обставин справи, вибір і аналіз необхідної норми, прийняття відповідного рішення) з'являються нові. Зокрема, суб'єкт правозастосування з'ясовує, чи входять фактичні обставини у сферу правового регулювання; чи мають вони юридичне значення, чи потребують правового опосередкування та вирішення по суті. А окрім того, якщо встановлена відсутність урегулювання ситуації, суб'єкт правозастосування обирає спосіб подолання прогалин у межах наданих йому повноважень.

Аристотель вважав, що подолання прогалин у позитивному праві відбувається за рахунок природного права, яке є сукупністю незмінних законів природи. Одним із підтверджень поглядів Аристотеля на процес подолання прогалин є його теорія «виправної справедливості» (вчення про співвідношення правди та справедливості). Згідно цієї теорії, закон ототожнювався зі справедливістю, але через можливу його недосконалість при застосуванні його до конкретних випадків життя, пропонувалося виходити з поняття правди (як вищої сили справедливості) [17]. Правова система Стародавнього Риму, заснована на *juscivile* (цивільне право) та *juspraetorium* (преторське право), також мала прогалини, які долалися за допомогою преторських едиктів. У разі, якщо *juscivile* містило прогалини, внаслідок яких приватна особа зазнавала збитків і не могла захистити свій порушений інтерес у вигляді позову, то задовольнити скаргу цієї особи міг претор, який виносив власне рішення, яке вважалося правильним та справедливим [172, с. 21-28].

Способами подолання прогалин в процесі правозастосовної діяльності є аналогія, субсидіарне застосування норм законодавства, конкретизація, тлумачення правових норм тощо.

У контексті дисертаційного дослідження глибокий аналіз інституту аналогії неможливий без з'ясування його місця та ролі в ряду інших явищ механізму правового регулювання, зокрема тлумачення, конкретизації, субсидіарного застосування правових норм, бо всі вони є спорідненими явищами і знаходяться у взаємозв'язку. Як писав В. Фідаров, інтерпретаційній діяльності належить найактивніша роль у процесі реалізації юридичних норм. Не випадково ця проблема постійно стоїть у центрі уваги вчених-юристів. У сучасних умовах, коли роль права в регулюванні сторін суспільного життя зростає, а законодавство безперервно розвивається і ускладнюється, особливо велике значення набуває як вміння вибирати з великого нормативного матеріалу потрібну норму, так і правильно розкрити її зміст, з'ясувати дійсну волю законодавця, довести зміст юридичного припису до зацікавлених осіб і організацій [217, с. 228]. Тому пропонуємо оглядово розглянути кожен з вищезгаданих способів подолання прогалин окремо і у співвідношенні з інститутом аналогії.

За загальноприйнятим правилом термін «аналогія» визначається як схожість, в якомусь розумінні, між предметами і явищами, які можуть відрізнятися за іншими ознаками. З точки зору юриспруденції аналогія означає поширення будь-якої норми права або певного комплексу норм на випадки, які не передбачені в цій нормі або комплексі норм, але які, одночасно, є дуже подібні з ними. Аналогія за своєю суттю є важливим інструментом подолання прогалин у праві, необхідність застосування якого виникає у зв'язку з недосконалістю законодавства, причини чого носять у собі як об'єктивний, так і суб'єктивний характер.

На думку С. Алексєєва, характеристика застосування аналогії як способу подолання прогалин у праві є цілком природним та нормальним порядком, що забезпечує функціонування права як динамічної системи і «самоналаштування» відповідно до вимог суспільних відносин. Але цей порядок діє в обмежених

межах, він підпорядковується умовам, які виключають можливість перетворення правозастосовних органів до органів, що здійснюють правотворчі функції. Незважаючи на те, що відбувається постійне вдосконалення законодавства, що, в тому числі, направлене на скорочення кількості прогалин у праві, С. Алексєєв зазначає, що це не виключає необхідності збереження добре відпрацьованих механізмів заповнення прогалин у праві: вони повинні постійно перебувати у стані бойової готовності, забезпечуючи в разі потреби самоналаштування права як динамічної системи громадського регулювання» [9, с. 265].

Аналогія є одним з найбільш багатоаспектних явищ права, яке знаходить своє вираження не тільки в тому, що даний інститут може скласти предмет дослідження як в загальній теорії права, так і в його окремих галузях, але і в тому, що при цьому необхідно враховувати власне правове і логічне значення аналогії. Будучи одним із дієвих засобів подолання прогалин у праві, аналогія в її дії є нічим іншим, як висновком про приналежність одиничній обставині певної ознаки, який заснований на схожості цієї конкретної обставини з іншою обставиною, що володіє даною ознакою, в чому вбачається логічний аспект проблеми.

П. Недбайло під застосуванням норм права за аналогією розумів поширення будь-якої норми, комплексу норм або певних правил, сформульованих на основі загальних принципів права, на відносини, не передбачені конкретною нормою, але подібні з відносинами, що регулюються застосовуваною нормою або підпадають під загальні основи права [141, с. 464].

Іншими словами, аналогія передбачає під собою застосування норми права, яка регулює подібні, схожі за змістом правовідносини, з дотриманням відповідних умов, зокрема, відсутності протиріччя загальним засадам галузі права, норма якої використовується за аналогією, тій галузі, яка прямо не врегульовує спірне питання. При цьому аналогія закону означає застосування норми права, яка міститься в іншому законодавчому акті, в той час як аналогія права є ширшим поняттям та обумовлює пошук вирішення конкретної ситуації не в законодавчій, а в правовій площині через призму загальних засад права.

Ще одним засобом подолання прогалин без внесення змін у цивільне законодавство є субсидіарне застосування норм, коли юрисдикційний орган використовує приписи суміжного правового інституту або спорідненої галузі.

У дослівному перекладі з латині субсидіарний (subsidiarius) означає «резервний, допоміжний» [195]. Професор Ю. Червоний писав, що цивільне право займає центральне місце серед галузей права, що регулюють майнові відносини, якраз тому норми можуть субсидіарно застосовуватись до суміжних відносин [186].

Деякі вчені не виділяють субсидіарне застосування норм як спосіб подолання прогалин. Зокрема, В. Фідаров зазначає, що субсидіарне застосування норм законодавства не є засобом подолання прогалин. Правові норми, окрім безпосереднього регулювання суспільних відносин, несуть додаткове навантаження та набувають субсидіарної властивості. У той же час він зауважує, що аналогія закону ширша за обсягом і включає в себе субсидіарне застосування норм суміжної галузі. Аналогію закону можна визначити як застосування до спірних відносин, прямо не врегульованих законом, іншими нормативно-правовими актами (а в деяких випадках – угодою сторін, звичаєм ділового обороту), якщо це не суперечить їх суті, норми права, що регулює подібні відносини (аналогія закону). Таким чином, субсидіарне застосування норм права є лише одним з видів (варіантів) аналогії закону [217, с. 228].

Інші ж вчені допускають субсидіарне застосування норм в контексті подолання прогалин, однак не виділяють його в окремий спосіб подолання прогалин у праві та розглядають як один з підвидів аналогії, називаючи його ще «міжгалузевою аналогією». Наприклад, на думку В. Леушина, субсидіарне застосування норм законодавства є частиною аналогії закону, але «на вищому рівні», так як при першому варіанті необхідно встановити не тільки суспільні відносини, але й методи правового регулювання [122]. Такої ж позиції дотримується С. Комаров [103].

С. Завальнюк виділяє субсидіарну (міжгалузеву) аналогію закону, яка передбачає застосування по аналогії не норм цієї галузі, а норм, що належать до

іншої галузі права [73, с. 372-378].

С. Алексєєв не розділяє аналогію закону та субсидіарне застосування норм законодавства, однак не пов'язує при цьому субсидіарне застосування законодавчих норм виключно з міжгалузєвою аналогією [10].

С. Алексєєв розділив систему права на дві групи галузей: профілюючі (традиційні) галузі та спеціальні основні галузі. До останніх віднесено й, наприклад, трудове право, так як воно не відповідає такій властивості профілюючих галузей, як неможливість між ними субсидіарного застосування [13, с. 189-192].

А. Ашихміна вважає субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин різновидом аналогії. Крім того, її позиція цікава тим, що заповнення прогалин у трудовому праві шляхом перенесення норм з однієї галузі в іншу не є обґрунтованим, а регулювання спірного питання можливе шляхом аналогії [22, с. 95-98]. Вона також підтримує думку М. Бару, який, виходячи з принципу економії нормативного матеріалу, робить висновок, дублювання тотожних або аналогічних норм в різних галузях права нерациональне, воно позбавлене сенсу [25, с. 17]. При цьому М. Бару не розкриває зміст поняття субсидіарного застосування норм права, його співвідношення з аналогією.

М. Авдюков, говорячи про можливість застосування норм однієї галузі права до відносин суміжних галузей, говорить тільки про аналогію закону, правомірно вважаючи, що існуюче в цивільному процесуальному законодавстві положення, що допускає вирішення справи по аналогії, не обмежує відшукування схожого закону відповідною галуззю права [5, с. 77-78]. Тобто М. Авдюков пов'язує міжгалузєву взаємодію тільки з аналогією закону, не виділяючи субсидіарне застосування навіть у рамках аналогії.

В. Єршов, звертаючись до можливості застосування цивільно-правових норм до трудових відносин, пов'язує таке застосування тільки з міжгалузєвою аналогією, яка можлива лише за наявності прогалин у правовому регулюванні [71, с. 14-15]. Тобто, автор також не виділяє субсидіарне застосування норм в окремий спосіб подолання прогалин.

Р. Майданик зазначає про існування «різногалузевої аналогії», що стосується закону і правовідносин однорідної галузевої належності. Він вважає, що застосування «різногалузевої аналогії», але однорідної, приватно-правової чи публічно-правової, є виправданим і правомірним за умови, якщо це виключить прийняття завідомо несправедливого рішення суду з причин неврегульованості відносин [129].

Г. Назаренко вважає, що субсидіарне (додаткове) застосування норм законодавства до суміжних галузей є міжгалузевою аналогією, яка, власне, є різновидом аналогії [138]. На думку С. Погребняка, субсидіарне застосування норм законодавства є окремим випадком аналогії закону, так як воно передбачає застосування до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних галузях права [167, с. 44-56].

На думку А. Боннера, внаслідок недостатньої дослідженості в теорії питання про субсидіарне застосування законодавства подібний прийом на практиці, а часом і в літературі помилково кваліфікується як аналогія. Отже автор виділяв субсидіарне застосування в якості окремого способу подолання прогалин. А. Боннер вважає, що при субсидіарному застосуванні маються на увазі конкретні норми даної галузі, а при аналогії права – загальний зміст певної галузі або права в цілому [34, с. 117-119].

Звертаючись до етимології понять «аналогія» – «схожість», «субсидіарний» – «додатковий», С. Клім констатує різноплановість цих правових явищ. Правова система України побудована таким чином, щоб суб'єкт правозастосування не «відчував підводних каменів» динаміки розвитку суспільних і власних техніко-юридичних помилок законодавця, адже головна мета – захист прав та свобод осіб і стабільний правопорядок, і те, за допомогою яких засобів ця ціль досягається: чи то аналогія закону, чи субсидіарне застосування норм законодавства – у кінцевому рахунку не має значення [98, с. 255-258].

Є. Харитонов вважає, що субсидіарне застосування норм законодавства є засобом подолання прогалин без внесення змін до законодавства. Він вважає,

що орган, який застосовує право, використовує конкретні приписи суміжного правового інституту або суміжної (спорідненої) галузі права [223, с. 72-81].

О. Скакун поряд з аналогією закону та аналогією права також виділяє субсидіарне застосування норм. Субсидіарне застосування норм О. Скакун розглядає як додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права [190]. На думку вченої, загальними умовами субсидіарного застосування норм законодавства є: неврегульованість суспільних відносин тією галуззю законодавства, до якої вони належать, і наявність відповідних приписів у суміжній галузі; наявність чинного законодавства, в якому законодавець передбачає можливість чи прямо не забороняє регулювання відносин за допомогою застосування норм у субсидіарному порядку; необхідність враховувати загальні принципи і положення, які лежать в основі відповідних галузей, беручи до уваги відносну самостійність останніх у питанні регулювання суспільних відносин; суспільні відносини, що підлягають врегулюванню і ті, що вже врегульовані, повинні характеризуватися подібністю, ця подібність також має бути в методах правового регулювання; субсидіарне застосування норм законодавства можливе лише в разі схожості ознак відповідної ситуації ознакам, передбаченим нормою права [190].

С. Поленіна включала в субсидіарне застосування норм права використання загальних юридичних понять, а також розглядала його як засіб подолання прогалин, не згадуючи, при цьому, аналогію. Причиною субсидіарності автор вважає наявність юридичних понять та інститутів, загальних для суміжних галузей права. У випадку відсутності їх в одній галузі права відбувається їх субсидіарне застосування з суміжної галузі [172, с. 24-26].

Деякі вчені також виділяють субсидіарне застосування права в окремий спосіб подолання прогалин. Так, наприклад, В. Труба, Р. Притченко вважають, що правовими засобами подолання наявних прогалин у праві є аналогія закону, аналогія права і додаткове застосування правових норм [211].

А. Дрішлюк зазначав, що теоретичною основою субсидіарного застосування норм є системність права, поділ його на взаємозалежні галузі та

інститути. Субсидіарне застосування можливе лише до норм, включених як додаткових до законодавчих актів про сімейні, трудові і деякі інші відносини [69, с. 9-14].

Вказівка на можливість субсидіарного застосування норм законодавства може міститися в самому законі (наприклад, ст. 9 ЦК України) або впливати з сутності цивільних відносин. За частиною першої статті 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. Відповідно до статті 8 Сімейного кодексу України, якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин.

Умовами субсидіарного застосування законодавства є: 1) відсутність норм, що спеціально регулюють дані відносини; 2) наявність таких норм у суміжних інститутах або галузях права, однорідних з тим, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 3) однорідність методу правового регулювання, що застосовується в одному та іншому випадках.

Отже, субсидіарне застосування правових норм означає додаткове врегулювання відповідних правовідносин нормами іншого закону чи навіть галузі права, про що прямо може міститися вказівка в певному нормативно-правовому акті, який регламентує відповідні правовідносини.

В. Лебедев об'єднує в категорію «субсидіарність» різні правові феномени. Зокрема, вчений зазначає, що субсидіарність – це свого роду «правова дифузія», тобто запозичення однією галуззю права категорій іншої або ж відсилка в нормі однієї галузі до іншої.

Підтримуємо думку вченого, оскільки з наведених вище позицій авторів та норм законодавства механізм субсидіарного застосування законодавства може бути прописаний безпосередньо законодавцем у відповідній правовій нормі та в результаті цього мати не тимчасовий (одноразовий) характер, а бути

сталим механізмом, встановленим законодавцем задля забезпечення єдності в правовому регулюванні суспільних відносин. Іншими словами, нормативно встановлене субсидіарне застосування – це прогалина, яка вже вирішена законодавцем. Однак, в той же час така прогалина не втрачає своїх характеристик та на рівні відповідної галузі означає наявність правовідносин прямо не врегульованих галуззю.

Отже, однією з відмінностей аналогії закону та права від субсидіарного застосування норм є сталий характер останнього та чітка законодавча регламентованість (статті 9 ЦК та 8 СК України).

На думку В. Борисової, подібність субсидіарного застосування норм законодавства та аналогії полягає в тому, що, як при аналогії закону, так при субсидіарному застосуванні, прогалина у праві долається шляхом застосування юридичних приписів до ситуацій, які ними не передбачені, але мають схожість з тими, що ними врегульовані. Однак між зазначеними прийомами наявні відмінності, які не дозволяють їх ототожнювати. Основна з них полягає в тому, що субсидіарне застосування норм законодавства вводиться для подолання прогалин у праві шляхом звернення до схожої норми з суміжної галузі права [36].

Крім іншого, в якості критерію розмежування застосування норм права за аналогією та в субсидіарному порядку розглядається метод правового регулювання. На думку В. Леушина, коли певний метод правового регулювання загальної форми не суперечить методу правового регулювання норми, розрахованої на подібні відносини іншої галузі, підгалузі, інституту, стає можливим субсидіарне застосування. На думку Ю. Калмикова, основна відмінність субсидіарного застосування від аналогії закону полягає в тому, що воно використовується для подолання прогалини шляхом звернення до подібної норми з суміжної галузі права. Вважаючи, що в даній ситуації недостатньо простої подібності суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, автор погоджується з В. Леушиним у тому, що специфічною ознакою субсидіарного застосування є те, що воно ґрунтується також на схожості в методах правового регулювання [123, с. 48].

Разом з тим Л. Кузнецова зазначає, що передумови субсидіарного застосування правових норм іншої галузі права такі ж як і передумови застосування аналогії закону: наявність встановленої прогалини у праві, а також наявність норми, яка регулює правовідносини, схожі з неврегульованими в суттєвих ознаках. На думку автора, можна погодитися з тим, що при субсидіарному застосуванні необхідна наявність схожості методів правового регулювання взаємодіючих галузей права. Однак схожість цих методів не є критерієм розмежування субсидіарного застосування норм права й аналогії. Аналогія полягає в застосуванні схожої норми права до правовідносин, які безпосередньо правом не врегульовані. Власне застосування норми права по аналогії передбачає, що спірні правовідносини схожі з тими, які цією нормою передбачені. Відповідно, схожі правовідносини передбачають наявність схожого методу правового регулювання. При цьому автор звертає увагу на те, що категорія «схожі» охоплює як і тотожні, так і відмінні ознаки. В іншому ж випадку мова йти про аналогію не може. Стосовно аналогії закону всередині галузі акцент на методі правовідносин, що регулюються, не ставиться тому, що, як правило, метод галузі права характеризується єдністю для схожих правовідносин [112].

Отже, аналогія права застосовується в тих випадках, коли в законодавчій площині або відсутнє вирішення конкретної спірної ситуації, або взагалі відсутнє врегулювання спірних правовідносини. У той час, коли при субсидіарному застосуванні норм спірна ситуація (правовідносини) врегульована законодавцем, однак в межах іншої галузі права.

Тлумачення правових норм є специфічним способом з'ясування вираженої в них державної волі. Правильніше було б говорити про тлумачення нормативних актів. Однак формулювання «тлумачення правових норм» цілком придатне для практичних цілей і не викликає принципових заперечень по суті [141, с. 325]. В юридичній літературі розглядається питання місця тлумачення норм права в процесі правозастосування, оскільки тлумачення норм не тільки передуює, але й безпосередньо супроводжує застосування норм права, у зв'язку з чим тлумачення правових норм не можна вважати окремою стадією процесу.

Перед тим як діяти у відповідності до правової норми, необхідно зрозуміти сутність даної норми, її взаємозв'язок з іншими нормами. Тобто, іншими словами, необхідно дослідити, розтлумачити відповідну норму. Разом з тим процес тлумачення не завершується першопочатковою стадією дослідження норми, а супроводжує сам процес правозастосування, під час якого не виключені випадки зміни тлумачення правової норми.

П. Елькінд вважає, що не існує жодної норми, яка могла б бути застосована без з'ясування укладеного в ній сенсу, тобто без тлумачення. Підстави до такого твердження такі: чи допустимо розмежовувати норми права на «ясні» та «неясні». Такий поділ суб'єктивно, в більшій мірі залежить від знання і особистого розсуду інтерпретатора, ніж від досконалості техніки законодавства. Так як право виражається не в простій сукупності, а в системі пов'язаних внутрішньою єдністю правових норм, тлумачення кожної конкретної норми можливе не інакше, як в органічному зв'язку і опосередкування її з безліччю інших правових норм, що входять як в дану галузь права, так і в інші галузі. Тлумачення правової норми у зв'язку з її застосуванням має на увазі з'ясування вираженої в ній державної волі не взагалі, а стосовно до конкретних обставин. Обставини ж, що вимагають застосування тієї чи іншої правової норми, можуть бути різні. Різноманітність окремих випадків, що відрізняються специфічними особливостями, настільки велика кількість, що навіть найясніший закон не може бути застосований на практиці без його тлумачення. Тлумачення і застосування норм права завжди виражає правосвідомість конкретних осіб. Норми права, будучи одним з джерел формування правосвідомості, в той же час тлумачаться і застосовуються посадовими особами на підставі їх правосвідомості, покликаної сприяти такому тлумаченню і застосуванню правових норм, яке максимально відповідає їх дійсному змісту і призначенню [246, с. 52].

О. Скакун визначає тлумачення норм права (інтерпретація норм права) як інтелектуально-вольову пізнавальну діяльність, що полягає у встановленні точного змісту (смислу) норм права і здійснюється за допомогою певних способів (приймів) з метою правильного їх застосування та безпосередньої

реалізації. Під тлумаченням норм права за обсягом їх правового змісту автор розуміє завершальний етап (результат) тлумачення значення і змісту норм права, що настає після застосування способів тлумачення (граматичного, систематичного, телеологічного, історико-політичного, функціонального) і полягає у встановленні ступеню відповідності змісту (смислу, мети) правової норми її текстовому оформленню і вираженню, у з'ясуванні співвідношення буквального значення юридичного тексту («букви» закону) і дійсного змісту юридичних норм («духу» закону). Розрізняють три види тлумачення норм права за обсягом їх правового змісту: буквальне (адекватне) тлумачення – роз'яснення, за якого дійсний зміст (смысл, мета) норми права відповідає буквальному текстовому вираженню, тобто «дух» і «буква» закону збігаються. За адекватного тлумачення текст норми права не змінюється навіть у випадках залучення всіх способів тлумачення. Поширювальне тлумачення – роз'яснення норм права, за якого їх дійсний зміст (смысл, мета) ширший за буквальний текст; «дух» закону ширший за його «букву». Та обмежувальне тлумачення – роз'яснення норм права, за якого їх дійсний зміст (смысл, мета) вузьчий за текстуальне вираження; «дух» закону вузьчий за його «букву» (наприклад, відповідно до ст. 202 Сімейного кодексу України «повнолітні дочка, син зобов'язані утримувати батьків, які потребують допомоги, непрацездатні», однак цей обов'язок не може поширюватися на дітей, хоч і повнолітніх, але непрацездатних) [191].

Сутність процесу тлумачення полягає в з'ясуванні дійсної суті правової норми, істинної волі законодавця щодо порядку та способу врегулювання правовідносин чи вирішення того чи іншого спірного питання.

О. Скаун як одну з об'єктивних обставин необхідності тлумачення норм права виділяє прогалини і колізії в нормативно-правових актах. Автор пише, що це спостерігається у випадках неповного охоплення юридичними нормами фактичних умов життя або наявності суперечностей між нормами різних нормативних актів. Офіційне тлумачення, на думку автора, дає можливість заповнити прогалини та подолати колізії [191]. У контексті дослідження прогалин у праві постає запитання, яким саме чином за допомогою тлумачення

права буде здійснюватися заповнення прогалин, в тому випадку, якщо, наприклад, якась спірна ситуація (правовідносини) не врегульована навіть частково на рівні відповідного нормативного акту певної галузі права? З такої точки зору доцільно згадати думку Є. Харитонова, який виділяє реальні та формальні прогалини, про що вже зазначалось в поземельному розділі дисертаційного дослідження. Так, реальні прогалини означають дійсну відсутність правого регулювання суспільних відносин, що знаходяться у сфері права, а формальні – відбивають такий стан речей, коли те чи інше питання законодавство прямо не регулює, але відповідь на нього можна знайти за допомогою аналізу та різноманітних прийомів тлумачення правових норм [222, с. 18]. Тобто, фактично заповнення прогалин у праві за допомогою тлумачення правових норм відбувається за умови наявності законодавчого врегулювання спірного питання, однак відсутності чіткої та однозначної правової норми щодо нього (так звана формальна прогалина).

В. Фідаров зазначає, що особливу увагу на себе звертає поширювальне тлумачення та його співвідношення з аналогією. Необхідність розмежування вказаних способів, на думку вченого, пояснюється тим, що застосування аналогії гарантується дотриманням більш суворих умов, ніж інтерпретація, та потребує виконання додаткових дій з боку правозастосовного органу. Поширювальне тлумачення та аналогія закону зовні мають схожі риси. Зокрема, в обох випадках відбувається неспівпадіння змісту норми права та «букви закону», правозастосовувач йде далі текстуального вираження юридичної норми. Поширювальне тлумачення, як і аналогія, направлені на усунення певної невідповідності між фактичними обставинами та правовою нормою. Обидва явища мають місце в окремих випадках при недоліках, так званих «дефектах» законодавства. Поширювальне тлумачення та аналогія наслідком свого застосування не тягнуть будь-яких змін у змісті об'єктивного права. Схожість цих двох явищ проявляється в тому, що використовуються близькі за змістом норми права, логічні прийоми [217, с. 228].

Разом з тим вказані явища відрізняються метою застосування, завданнями та функціями в праві, різною природою та сутністю. Зокрема, в процесі

поширювального тлумачення правової норми з'ясовується істинний зміст правової норми, сутність якої з тих чи інших причин була недостатньо чітко та ясно виражена законодавцем.

Відмінність же їх полягає в різній меті застосування, завданнях та функції цих явищ у праві, неоднакова їх природа і сутність. У результаті поширювального тлумачення з'ясовується дійсний зміст правової норми, який з тих чи інших причин недостатньо ясно, чітко або точно виражено. При аналогії закону відсутня норма права, яка передбачає відповідну спірну ситуацію. У правовій площині наявна правова норма, яка регулює близькі та схожі ситуації. Однак, власне правова норма не містить у собі вирішення/врегулювання спірної ситуації, оскільки законодавець не передбачив її з тих чи інших причин.

Як вдало зазначав Г. Шершеневич, якщо при поширювальному тлумаченні норма права міститься безпосередньо в законодавстві, то при аналогії закону її доводиться створювати за ознаками, наданими схожою правовою нормою [239, с. 523].

Варто зауважити, що поширювальне тлумачення здійснюється тільки в межах норми права та не повинно виходити за межі припису, який в ній міститься. При цьому об'єктом дослідження при поширювальному тлумаченні може бути гіпотеза, диспозиція та санкція норми на рівних умовах в залежності від мети тлумачення та наявності невідповідності дійсної суті текстуальному вираженню (змісту). Призначення аналогії в казуальному подоланні прогалин у праві, а первинним об'єктом юридичного аналізу є саме гіпотеза правової норми.

Отже, сутність процесу тлумачення полягає в з'ясуванні дійсної суті правової норми, істинної волі законодавця щодо порядку та способу врегулювання правовідносин чи вирішення того чи іншого спірного питання. Фактично заповнення прогалин у праві за допомогою тлумачення правових норм відбувається за умови наявності законодавчого врегулювання спірного питання, однак відсутності чіткої та однозначної правової норми щодо нього (так звана формальна прогалина). У той час як при аналогії закону відсутня норма права, яка передбачає відповідну спірну ситуацію. У правовій площині

наявна правова норма, яка регулює близькі та схожі ситуації. Однак, власне норма права не містить у собі вирішення/врегулювання спірної ситуації, оскільки законодавець не передбачив її з тих чи інших причин.

Як зазначає В. Фідаров, у широкому сенсі під правозастосовною конкретизацією можна розуміти сам процес застосування права, здійснення індивідуального правового регулювання, індивідуалізації права відповідними органами. У цьому плані можна будь-яку діяльність, спрямовану на забезпечення найбільш визначеного, детального застосування правового припису назвати конкретизуючою: встановлення фактичних обставин справи, вибір правової норми, визначення її дії в просторі і за колом осіб, з'ясування і роз'яснення змісту норми. На думку вченого, правозастосовна конкретизація має місце лише тоді, коли відсутня детальна регламентація суспільних відносин. За своїм змістом правозастосовна конкретизація є процесом уточнення, деталізації правових нормативних приписів в залежності від конкретних фактичних обставин з метою найбільш оптимального, доцільного, правильного і законного вирішення справи. Ця діяльність повинна проходити в рамках змісту нормативного припису (*intralegem*). У процесі вирішення конкретної справи вона протікає також в рамках відповідних правовідносин. Конкретизація норм можлива не тільки в процесі застосування права, але і у зв'язку з ним. Наприклад, в результаті узагальнення судової практики, у зв'язку з запитами з місць, у разі необхідності виправити неправильну конкретизацію нижчих органів. Результатом конкретизації є певні висновки, уточнюючі правила, які враховують ознаки конкретних ситуацій (суспільних відносин), які не отримали детального вираження в нормі права [217, с. 228].

Необхідність конкретизації обумовлена специфікою правового регулювання суспільних відносин, сутністю правозастосовної діяльності. На думку А. Венгерова, нормативність і конкретизація є двома діалектично взаємопов'язаними сторонами, що характеризують правовий спосіб регулювання суспільних відносин. Не завжди можливо в нормах права з вичерпною повнотою відобразити всі сторони того чи іншого ставлення. Іноді це навіть небажано, закон повинен абстрагуватися від індивідуальності.

Розпорядження правових норм містять у більшості своїй типові ознаки суспільних відносин, відображають їх властивості в «знятому» вигляді, беручи і узагальнюючи головне, основне, абстрагуючись від несуттєвого, нетипового. Тому законодавець викладає юридичні норми найчастіше в загальній, відносно визначеній формі, представляючи тим самим суб'єктам правозастосування повноваження на їх конкретизацію [48, с. 83].

Отже, конкретизація за своєю суттю застосовується за наявності відповідної правової норми, яка регулює певні правовідносини. При цьому передбачається, що зміст та суть цієї правової норми є зрозумілими. Однак, перед суб'єктом правозастосування постає задача правильно застосувати норму права в контексті специфіки відповідних правовідносин, таким чином, конкретизуючи зміст правової норми.

Підсумовуючи вищезазначене, варто зауважити, що проблематика наявності прогалин у праві є актуальним питанням й для сучасної правової системи та правових реалій. А тому застосування та пошук найоптимальніших та ефективних способів подолання прогалин у праві, в залежності від мети та специфіки правовідносин, завжди має місце як і в науковій, так і в практичній площині. Наука визначає способи усунення, заповнення та подолання прогалин у праві. Усунення прогалин здійснюється безпосередньо органами законодавчої влади шляхом прийняття відповідного нормативно-правового акту як результату вирішення відповідної проблеми. Заповнення прогалин здійснюється в процесі правозастосування шляхом прийняття уточнюючого нормативного акта, який має меншу юридичну силу в порівнянні, наприклад, із законом тощо. Заповнення прогалин може здійснюватися органами виконавчої влади, зокрема, шляхом прийняття наказів, розпоряджень, інструкцій тощо. Подолання прогалин здійснюється суб'єктом правозастосування або безпосередньо учасником правовідносин при вирішенні конкретної правової ситуації. Тобто, подолання має казуальний характер, який безпосередньо стосується лише конкретної ситуації з урахуванням особливостей обставин цієї ситуації. При цьому подолання прогалин відповідним чином (іншими словами, спосіб вирішення проблеми) не зобов'язує третю особу вирішувати схожу чи

аналогічну ситуацію таким ж чином. У літературі виділяється декілька способів подолання прогалин, зокрема, аналогія закону й аналогія права, субсидіарне застосування правових норм, тлумачення правових норм, конкретизація. Перші два віднайшли своє закріплення на законодавчому рівні (статті 8 й 9 ЦК України та статті 8 й 12 СК України). Аналогія розуміє під собою застосування норми права, яка регулює подібні, схожі за змістом правовідносини, з дотриманням відповідних умов, зокрема, відсутності протиріччя загальним засадам галузі права, норма якої використовується за аналогією, тій галузі, яка прямо не врегульовує спірне питання. З точки зору юриспруденції, аналогія означає поширення будь-якої норми права або певного комплексу норм на випадки, які не передбачені в цій нормі або комплексі норм, але які, одночасно, є дуже подібні з ними. Субсидіарне застосування правових норм означає додаткове врегулювання відповідних правовідносин нормами іншого закону чи навіть галузі права, про що прямо може міститися вказівка в певному нормативно-правовому акті, який регламентує відповідні правовідносини. Аналогія права застосовується в тих випадках, коли в законодавчій площині або відсутнє вирішення конкретної спірної ситуації, або взагалі відсутнє врегулювання спірних правовідносин. У той час, коли при субсидіарному застосуванні норм спірна ситуація (правовідносини) врегульована законодавцем, однак в межах іншої галузі права. Тлумачення полягає в з'ясуванні дійсної суті правової норми, істинної волі законодавця щодо порядку та способу врегулювання правовідносин чи вирішення того чи іншого спірного питання. Фактично заповнення прогалин у праві за допомогою тлумачення правових норм відбувається за умови наявності законодавчого врегулювання спірного питання, однак відсутності чіткої та однозначної правової норми щодо нього (так звана формальна прогалина). У літературі виділяють поширювальне тлумачення правової норми. У результаті поширювального тлумачення з'ясовується дійсний зміст правової норми, який з тих чи інших причин недостатньо ясно, чітко або точно виражено. Тоді як при аналогії відсутня норма права, яка передбачає відповідну спірну ситуацію. У правовій площині наявна правова норма, яка регулює близькі та схожі ситуації. Однак, власне правова норма не містить у

собі вирішення/врегулювання спірної ситуації, оскільки законодавець не передбачив її з тих чи інших причин. Конкретизацією ж є власне процес застосування права, здійснення індивідуального правового регулювання, індивідуалізації права відповідними органами. Проаналізувавши зазначені способи, варто зауважити, що саме аналогія є центральним елементом, необхідним засобом подолання прогалин, оскільки за своїми ознаками та характеристиками відповідає поставленим завданням та, як результат, вирішує відповідну проблему, здебільшого казуального характеру, шляхом подолання існуючої прогалини. Інші ж наведені способи є, так би мовити, додатковими засобами в процесі подолання прогалин, які виконують дійсно необхідні та важливі функції, однак повного подолання прогалин за їх застосування не відбувається.

2. 3. Аналогія закону й аналогія права: ретроспективний аспект, сутність, законодавчі передумови

Застосування аналогії традиційно досліджується в теорії права, де серед останніх проведених досліджень варто вказати роботи О. Колотової, Ю. Матати. У цивільному праві України до проблеми аналогії права та закону звертались А. Довгерт, А. Дрішлюк, І. Спасибо-Фатєєва, Р. Майданик, Н. Кузнецова, С. Погрібний, О. Печений, Є. Харитонов та інші. Крім того, захищено дисертаційні дослідження С. Клім, С. Завальнюком. Разом із тим вважати, що всі дискусійні питання з приводу аналогії в доктрині вирішені, підстав немає, зокрема дискусійною залишається природа аналогії права тощо.

У сучасних умовах необхідність застосування аналогії зумовлена неспроможністю законодавця з різних причин своєчасно відреагувати на появу нових і зміну вже наявних суспільних відносин, що зумовлює наявність відносин, які не врегульовані нормами цивільного законодавства. Саме тоді аналогія права й аналогія закону стають інструментами для врегулювання нових відносин, а іноді й інструментарієм для усунення колізій у чинному правовому полі.

Як зазначалось у попередньому розділі, аналогія є одним з найбільш багатоаспектних явищ права, яке знаходить своє вираження не тільки в тому, що воно може скласти предмет дослідження в загальній теорії права і в окремих галузях права, але і в тому, що при цьому необхідно враховувати власне правове і логічне значення аналогії. Будучи одним із дієвих засобів подолання прогалин у праві, аналогія в її дії є нічим іншим, як висновком про приналежність одиничній обставині певної ознаки, який заснований на схожості цієї конкретної обставини з іншою обставиною, що володіє даною ознакою, в чому вбачається логічний аспект проблеми. Як згадувалось вище, на думку С. Алексєєва, характеристика застосування аналогії як способу подолання прогалин у праві є цілком природним та нормальним порядком, що забезпечує функціонування права як динамічної системи і «самоналаштування» відповідно до вимог суспільних відносин. Але цей порядок діє в обмежених межах, він підпорядковується умовам, які виключають можливість перетворення правозастосовних органів до органів, що здійснюють правотворчі функції [12, с. 265].

М. Строгович писав, що аналогія – це такий індивідуальний умовивід, в якому з подібності двох предметів в одних ознаках робиться висновок про подібність цих предметів і в усіх інших ознаках [200, с. 214].

На думку В. Асмуса, аналогія є висновком, який складається в гіпотезі про те, що властивість, яка належить предметам відомої групи і зустрічається в них разом з деякою сукупністю інших властивостей, буде належати, крім цих предметів, ще одному предмету, який схожий з предметами групи, оскільки володіє тією ж сукупністю властивостей [19, с. 335].

У філософській літературі аналогія розглядається як метод пізнання, який характеризується певною «цілеспрямованістю, систематичністю й обґрунтованістю, використанням додаткових заходів і засобів, що підвищують пізнавальні можливості, а також певною послідовністю і поетапністю у виконанні пізнавальних процедур [218, с. 8].

У сучасній навчальній літературі аналогія розглядається серед форм цивільного законодавства як засіб подолання прогалин у законодавстві [222]; в

аспекті застосування законодавства, зокрема його тлумачення [232], або в системі джерел цивільного права під час характеристики цивільного законодавства [233]. У такої ситуації є історичне підґрунтя.

Інститут аналогії має суворо визначену функцію, яка полягає в правовій оцінці дій, безпосередньо не врегульованих юридичними нормами, в казуальному подоланні прогалин у праві. Його призначення, мета полягають у тому, щоб забезпечити відповідність між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин та завданнями правового регулювання [122].

У літературі автори відносять аналогію до матеріально-правового інституту, пояснюючи це власне сутністю аналогії [7, с. 30]. Інші ж відносять аналогію до процедурно-процесуального інституту, вважаючи, що інститут аналогії забезпечує захист суб'єктивних прав та інтересів громадян [172 с. 29].

Деякі автори вважають, що процес подолання прогалин за допомогою інституту аналогії слід відносити до індивідуального піднормативного регулювання суспільних відносин [29, с. 84]. Піднормативність виражається в тому, що правовий вплив, заснований на схожій нормі або принципах права, повинен підпорядковуватися нормативному регулюванню суспільних відносин.

У дореволюційній літературі дослідники доходили висновку, що аналогія – це особливий вид тлумачення закону. Зокрема, Д. Мейєр, виходячи з позиції, що однакові підстави повинні вести законодавця до однакових визначень, зазначав, що законодавець, визначаючи які-небудь випадки, розповсюдив би своє визначення й на ті випадки, які мають підстави, однакові з визначеними в законі, якби мав їх на увазі. Ґрунтуючись на цьому припущенні, він допускав поширення закону за тотожністю підстав, що й становить тлумачення закону за аналогією [133].

Зауважимо, що А. Гольмстен, який редагував відповідний курс цивільного права Д. Мейєра, вказував, що в основі аналогії покладено застосування, яке виходить за межі волі законодавця [133].

А. Боннер вважає, що аналогія – це поширення будь-якої норми права або певного комплексу норм на випадки, не передбачені в цій нормі або комплексі норм, але істотно подібні з ними [34]. Деякі вчені, погоджуючись із наведеним

визначенням зауважували, що сутність аналогії полягає в тому, що, долаючи прогалину в праві, суб'єкт правозастосовної діяльності не створює норми права, а прагне розв'язати конкретну справу на основі існуючих у чинному законодавстві положень. Проте це положення, яке за аналогією використовує правозастосувач, застосовується до відносин, на які законодавець, створюючи таку норму, не розраховував [23].

В. Сінайський зараховував аналогію, яку він також поділяв на аналогію закону й аналогію права, до прийомів тлумачення закону. Він вважав, що основою аналогії закону слугує схожість, по суті, між тим складом фактів, який передбачений законом, і тим, який підлягає обговоренню (однорідність складу фактів). Аналогія права полягає в тому, що під час вирішення життєвого випадку, не передбаченого законом, і за відсутності закону, на підставі якого щонайближче міг би бути вирішений цей випадок, суддя повинен знайти цілий інститут цивільного права, який щонайближче підходив би до ситуації й на підставі якого можна було б вирішити цей непередбачений випадок. Водночас В. Сінайський вказував, що аналогія істотно відрізняється від розширювального тлумачення закону, оскільки останнє ґрунтується на презумпції неточного вираження в законі (помилка у виразі), тоді як аналогія заповнює волю закону [187].

Г. Шершеневич зазначав, що аналогія права не може бути зарахована до способу тлумачення законів, а становить особливий прийом, який знаходиться поряд із тлумаченням законів [240].

У радянському праві дослідження аналогії права та закону проводились у контексті розмежування аналогії з тлумаченням закону. Д. Генкін під аналогією закону розумів застосування цього закону до подібного випадку, а під аналогією права – вирішення справи на підставі загальних правових засад, установлених законом для подібного правового інституту або цілої галузі права. Дослідник також указував на необхідність розмежування застосування закону за аналогією від розширювального тлумачення норми закону, оскільки аналогія є способом доповнення закону, а не його тлумаченням, яке охоплює лише випадки, передбачені законом, текстуальний зміст якого лише недостатньо широко

сформульований [193].

С. Вільнянський зазначав, що аналогія закону виходить за межі тлумачення, а аналогія права взагалі не є аналогією, оскільки в неї немає застосування за схожістю [52, с. 105]. Він наголошує, що в логіці аналогією називається такий індуктивний висновок, у якому зі схожості двох предметів в одних ознаках робиться висновок про їх схожість в інших ознаках. Між тим те, що називають аналогією права, зазначає дослідник, застосовується за допомогою дедуктивного висновку. Отже, аналогія права виводить потрібну норму із загальних принципів права, із загальних начал законодавства [145].

На думку Р. Лівшиця, традиційний поділ аналогії на аналогію закону і аналогію права є некоректним, так, що б не застосовувалося по аналогії – конкретна норма або загальний принцип, все одно мова йде про аналогію закону і, отже, більш коректно говорити лише про аналогію права у двох проявах: або через аналогію конкретної норми, або через застосування загальних принципів [124, с. 142].

І. Новіцький визначав аналогію права як заповнення прогалин у нормах права на основі загального сенсу всього чинного законодавства, а аналогію закону – як застосування конкретної норми права до непередбаченого чинним правом відношення, схожого на те, яке регулюється цією нормою. Він також вважав, що аналогія права є ширшою категорією, що дає змогу задовольнити потребу практики й у тих випадках, які належать до аналогії закону, а тому можна обійтися без аналогії закону [145].

Варто зауважити, що під час проведення другої кодифікації у ст. 4 Цивільного кодексу (далі – ЦК) УРСР було передбачено, що цивільні права й обов'язки виникають із підстав, передбачених законодавством Союзу РСР та Української РСР, а також із дій громадян та організацій, які хоча й не передбачені законом, але в силу загальних начал і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права й обов'язки. Отже, термін «аналогія» не використовувався й узагалі питання аналогії не було в Кодексі предметом прямого регулювання. Разом із тим, відповідно до ст. 11 Цивільного процесуального кодексу України 1963 р., в разі відсутності закону, що регулює

спірні відносини, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини, а за відсутності такого закону суд виходить із загальних начал і змісту законодавства.

Автори курсу з радянського цивільного права під редакцією В. Маслова, А. Пушкіна під аналогією закону розуміли застосування до неврегульованих відносин норми, яка регулює схожі відносини, а під аналогією права – заповнення прогалин у законодавстві на підставі загального сенсу законів [194].

Як бачимо, деякі вчені взагалі не виділяли аналогію закону як спосіб подолання прогалин, наділяючи цією функцією лише аналогію права. Разом з тим, аналізуючи наукову літературу, приходимо до висновку, що вказана позиція віднайшла свій розвиток та вдосконалення в працях інших науковців, які, в контексті дослідження способів подолання прогалин у праві, розмежовують аналогію закону та аналогію права. Тому варто розглянути інші наукові думки аби конкретно визначитися, в чому ж саме полягає суть та значення цих двох понять.

Фахівці в галузі теорії права визначали аналогію закону як поширення в процесі правозастосування на конкретні неврегульовані правом життєві відносини чинні норми, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в межах цієї галузі права за найсуттєвішими ознаками, а аналогію права – як застосування до конкретних відносин загальних засад і сенсу законодавства, зокрема Конституції, в разі відсутності норм, що регулюють подібні відносини [76].

Аналогія закону – це застосування права, при якому правозастосовний орган поширює на дані відносини конкретні юридичні норми, що регулюють подібні відносини [180, с. 272]. Аналогія права являє собою застосування до неврегульованого законодавства (чинним позитивним правом) відносин загальних засад права. Застосування аналогії права можливе лише в разі відсутності норми, що регулює подібні відносини, що унеможлиблює використання аналогії закону. Під загальними началами і сенсом законодавства при застосуванні аналогії права розуміються загальноправові і галузеві принципи права. При цьому принципи права повинні бути закріплені в

законодавстві; варіанти закріплення можуть бути різні: виділення спеціальної статті, присвяченій принципам, або закріплення їх в різних статтях нормативно-правового акта. Необхідність нормативного закріплення принципів продиктована тим, що будь-яке рішення суб'єкта правозастосування по конкретній справі, зокрема рішення суду, має мати правове обґрунтування. Тому уявляється неправильним пряме або непряме визнання доктрини, як розробника принципів права, джерелом чинного права [144, с. 490].

Досить цікавою для дослідження є думка В. Лазарева, який зауважував, що при аналогії права аналогія, в її власному сенсі, відсутня [115, с. 137]. Думку науковця доповнює Л. Кузнецова, яка зазначає, що аналогія як логічний прийом означає перенесення деяких якостей, які властиві одним явищам, на інші, схожі з першими в суттєвих ознаках. Разом з тим, науковець зазначає, що в такому випадку встановлюється також схожість принципів права та практичної ситуації, яка підлягає оцінці, що і є основою для застосування конкретного принципу [112].

На думку С. Братуся і А. Венгерова, аналогія закону і тим більше аналогія права, передбачає правотворчий акт, суб'єктом якого є правозастосовний орган. Цей орган, спираючись на схожість відносин, не врегульованих іншою нормою, створює для вирішення справи нову норму, в якій є і подібні до діючої норми, і відмінні від неї риси [39, с. 46].

Також у літературі під аналогією закону розуміється вирішення справи чи окремого юридичного питання на основі закону, який регулює подібні відносини. А під аналогією права – вирішення справи чи окремого юридичного питання на основі загальних засад законодавства, які при використанні аналогії права, є нічим іншим як загальноправовими та галузевими принципами права, закріпленими в законодавстві [216].

Варто зауважити, що в літературі висловлювалась думка про поділ аналогії на види, зокрема залежно від того, чи застосовуються за аналогією норми однієї галузі права до відносин, які є предметом правового регулювання цієї ж галузі, або до відносин, які служать предметом регулювання іншої галузі, автори виділяють внутрішньогалузеву і міжгалузеву аналогію закону.

Своєрідність застосування за аналогією норм однієї галузі права до відносин, які є предметом регулювання іншої галузі, дозволило деяким авторам розглядати таке застосування за рамками аналогії закону, виділивши особливий спосіб казуальне заповнення прогалин – субсидіарне застосування права [122, с. 16]. Субсидіарне застосування права як окреме правове явище більш детально розглядалося в попередньому підрозділі, поряд з чим були визначені основні відмінності аналогії та субсидіарного застосування норм права, зокрема, встановлено, що субсидіарне застосування норм права повинно бути санкціоновано законодавцем (містити пряму вказівку на застосування норми конкретної галузі (підгалузі права) за відсутності спеціальної галузевої норми), в той час як аналогія закону вступає в дію без спеціальної відсилки законодавця, а шляхом уповноваження суб'єкта правозастосування на відшукування схожої, подібної норми серед всього масиву законодавства, з метою врегулювання спірної ситуації.

Серед цивілістичних досліджень були запропоновані й нестандартні погляди на аналогію. Так, на думку З. Ромовської, наявність у ЦК України спеціальної ст. 8 «Аналогія» дає підставу стверджувати, що аналогія є засобом регулювання відносин сторін і до звернення до суду. Зокрема, дослідниця вказує, що сутність аналогії права чинним ЦК України змінено, оскільки законодавець зазначає, що, якщо неможливо використати аналогію закону, регулювання цивільних відносин має здійснюватися за допомогою загальних засад цивільного законодавства, сформульованих у ст. 3 ЦК України, зокрема справедливості, добросовісності й розумності, тобто «в дусі цілого організму права» [183], «на підставі природних принципів права» [171]. Оскільки справедливість є категорією морально-правової свідомості, зазначає З. Ромовська, то можна зробити висновок, що мораль, моральне право має братися до уваги під час вирішення питання про те, чи має особа певне юридичне право чи не має його. Справедливість, розумність і добросовісність можуть бути закріплені в нормі звичаєвого права, а тому й звичаєве право може бути застосоване судом для вирішення спору [183]. Позицію З. Ромовської уточнює А. Дрішлюк, який зазначає, що насправді така можливість не виключається, проте варто

зауважити, що суд у сучасних умовах правозастосування з урахуванням вимог процесуального закону передусім керується саме позитивним законодавством, лише в нетипових ситуаціях, зокрема коли вбачається зловживання правом, суд переходить до оцінювання цивільно-правових наслідків дій учасників провадження саме з таких позицій [69, с. 9-14].

С. Погрібним запропоновано розглядати аналогію закону й аналогію права як способи подолання прогалин у правовому регулюванні договірних цивільних відносин [169].

А. Коструба зазначав, що аналогія права й аналогія закону, які є характерними лише для приватноправових галузей права, можуть бути ефективним способом конвалідації (оздоровлення) як механізму правозастосування, так і всього механізму правового регулювання майнових відносин. Цей юридичний інструмент дає змогу «підломити» найбільш схожу за змістом модель поведінки, закріплену в нормі права приватноправової або публічної галузі права, до реально існуючої ситуації й оцінити її наслідок саме з погляду закріпленої в нормі права моделі. Аналогія права й аналогія закону здатні доповнити фактичні елементи механізму правоприпинення юридичними (норма права, правовідносини, юридична сторона правоприпиняючого юридичного факту, юридичний наслідок, передбачений нормою права) і так зробити механізм правоприпинення життєздатним і дієвим [106, с. 185-189].

Автори монографії «Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций» під аналогією розуміють поширення якої-небудь норми права або певного комплексу норм права на прямо не передбачені в цій нормі або в цьому комплексі норм, але істотно схожі випадки. При цьому схожість має бути не фактичною, а правовою, тобто необхідно, щоб не передбачене в законі, але істотно схоже відношення було схожим із передбаченим відношенням як правовідношення з його правового боку, так що норма права (і комплекси норм) поширюється на випадки, що неістотно відрізняються своїми правовими ознаками від випадків, передбачених у нормі права [174, с. 87-90]. Як аналогію закону дослідники пропонують розглядати застосування якої-небудь однієї норми до схожих у правовому відношенні випадків, тобто до випадків, які

відхиляються від припущень закону тільки в несуттєвих, таких, що не лежать в основі змісту норми, ознаках. Під аналогією права розуміється застосування цілого комплексу норм до схожих випадків. При цьому панівна теорія не проводить принципової відмінності між цими двома видами аналогії й вважає, що за своєю логічною природою аналогія права тотожна аналогії закону та відрізняється від останньої тільки більшою численністю матеріалу, яким вона оперує [44]. Проте прийоми, використані під час аналогії закону й аналогії права, істотно відрізняються один від одного [228].

С. Завальнюк у дисертаційному дослідженні зазначав, що аналогія права є шляхом подолання прогалин у праві на етапі правозастосування будь-яким із суб'єктів [74].

С. Клім пропонувала під аналогією закону в цивільному праві України розуміти складник механізму правового регулювання (зокрема суб'єктивне право), який спрямований на врегулювання майнових та особистих немайнових відносин, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які не передбачені ЦК України, іншими актами цивільного законодавства, договором або звичаєм і не суперечать загальноправовим принципам та основним засадам цивільного законодавства, за допомогою правових норм, що регламентують подібні за змістом правовідносин [97].

Р. Майданик писав, що інститут аналогії у праві є правовим способом заповнення прогалин у праві, зміст якого полягає у виникненні цивільних прав та обов'язків також із дій фізичних і юридичних осіб, які хоча й не передбачені законом, але внаслідок загальних засад і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права й обов'язки. Зміст аналогії права полягає у визначенні прав та обов'язків сторін правовідношення на основі не конкретних правових норм, а загальних засад і змісту цивільного законодавства, а також вимог добросовісності, розумності і справедливості [129].

О. Печений щодо зіставлення аналогії закону й аналогії права зазначав, що, з одного боку, між ними є істотна подібність, зумовлена насамперед спільними функціями та завданнями в процесі правозастосування. Крім того, на хибний

шлях уявлення аналогії закону й аналогії права як парних категорій дослідника може наводити й те, що застосування аналогії закону виключає застосування аналогії права. З іншого боку, спостерігається істотна відмінність: якщо аналогія закону, будучи подібною до аналогії як логічної операції, передбачає пошук рішення на підставі чинної норми права, що розрахована не на цей, а на подібний за деякими (але не за всіма) ознаками випадок, то аналогія права є процесом застосування до спірних відносин загальних засад цивільного законодавства, що, по суті, означає створення під фокусом загальних засад цивільного законодавства на спірні відносини нової норми права [163, с. 108-119].

Характеризуючи природу аналогії права, варто погодитися з І. Спасибо-Фатєєвою, яка вказує, що аналогія права потребує застосування не схожої норми з утіленим у неї принципом, а переймання сутності проблеми, підбирання більш абстрактного принципу для її вирішення – відповідного принципу права, яким тільки й обґрунтовується рішення суду [198, с. 142]. Саме в такому випадку, на нашу думку, може йти мова про аналогію права.

Деякі автори вважають, що аналогія закону й аналогія права складають єдиний правовий інститут аналогії [89, с. 39].

Слід зазначити, що процесуальні питання може бути вирішено з використанням аналогії права лише в тому випадку, якщо не можна застосувати аналогію закону. Окремі автори, виступаючи за застосування аналогії закону, вважають неможливим або небажаним застосування аналогії права, оскільки вона в меншій мірі відповідає завданням зміцнення законності і створює більше можливостей для прояву суб'єктивного розсуду посадових осіб [184, с. 278-279].

Традиційним підходом у цивільному праві після проголошення незалежності Україною було визначення аналогії закону як поширення на відносини, що безпосередньо не врегульовані в законі, правових норм, які регламентують подібні відносини, а аналогії права – як засобу подолання прогалин у законі, що зводиться до керування не конкретною нормою цивільного законодавства, а лише загальними засадами, змістом цивільного

законодавства [231].

Отже, з розвитком юридичної науки погляди вчених на аналогію як загальне правове явище видозмінювалось. Як зауважувалось, аналогія як філософська категорія є методом пізнання відповідних явищ, предметів, об'єктів, які знаходяться в площині дослідження. Як правове явище аналогія, у своїй ретроспективі, наділялася відповідними характеристиками, властивими певному науковому періоду. Зокрема, в окремі періоди під аналогією розумілося тлумачення права, казуальне подолання прогалин у праві. Також аналогія розглядалася і як матеріально-правовий, і як процесуально-процедурний правовий інститут. Інші вчені виокремлювали види аналогії, розподіляючи її на внутрішньогалузеву та міжгалузеву аналогію (що не є доцільним, як вже зазначалось в попередньому підрозділі дослідження, де поряд з аналогією розглядалися: тлумачення, конкретизація, субсидіарне застосування норм тощо). При цьому, деякі автори взагалі не розглядали аналогію як подолання прогалин у праві.

Досліджуючи розвиток наукової думки, варто відмітити, що в більш пізніх поглядах аналогія визначалася вченими як цілісне правове явище без її поділу на аналогію права та аналогію закону. Під останньою розумівся процес застосування до неврегульованих відносин норми, яка регулює схожі відносини, при цьому цей процес не розглядався як подолання прогалин. Разом з тим, вказана позиція є незавершеною, оскільки в подальшому, як свідчить література, вчені все ж таки розподіляли аналогію закону та аналогію права, наділяючи ці два явища властивими їх характеристиками. Так, проаналізувавши наукові позиції та погляди зазначимо, що аналогія як цілісне правове явище є способом подолання існуючих прогалин. Аналогія закону передбачає застосування норм права іншої галузі права, яка регулює подібні, схожі за змістом правовідносини. Основною умовою застосування аналогії є наявність закріпленої законодавцем норми права у відповідному законі чи іншому акті. Аналогія права застосовується в тих випадках, коли в законодавчій площині або відсутнє вирішення конкретної спірної ситуації, або взагалі відсутнє врегулювання спірних правовідносини. Вирішення справи чи окремого

юридичного питання в такому випадку відбувається на основі загальних засад законодавства, які при використанні аналогії права є нічим іншим як загально-правовими та галузевими принципами права, закріпленими в законодавстві.

Якщо ж говорити про нормативно-правове підґрунтя застосування інституту аналогії, то необхідно звернутися до положень Цивільного кодексу України стаття 8 якого містить пряму вказівку на застосування аналогії закону й аналогії права. Так, відповідно до положень вказаної статті, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) [234].

Застосування аналогії закону можливе за умов, що відносини сторін знаходяться у сфері дії цивільного права, тобто, є цивільними відносинами (ст. 1 ЦК України); вказані цивільні відносини не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором; існують норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини [97]. Застосування аналогії права має місце тоді, коли відносини сторін знаходяться у сфері дії цивільного права, тобто, є цивільними відносинами; вказані цивільні відносини не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором; відсутні норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини. З наведеного слідує, що аналогія права застосовується в тому випадку, коли до обставин конкретної ситуації не можливо застосувати аналогію закону. При цьому, як писав Є. Харитонов, у разі, коли використання аналогії закону для регулювання цивільних відносин неможливе, застосовується аналогія права, тобто, використовуються загальні засади цивільного законодавства, встановлені ст. 3 ЦК України [222].

Крім того, відповідно до положень статті 10 Сімейного Кодексу України якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них

застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права). Отже, законодавець у галузі сімейного права прямо передбачив механізм застосування аналогії у випадку такої необхідності [188].

Крім того, можливість застосування аналогії також згадується в Постанові Пленуму Верховного суду України «Про судові рішення в цивільній справі» рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства відповідно до статті 2 ЦПК, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до статті 8 ЦПК, а також правильно витлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права) [179].

Після внесення змін до процесуальних кодексів Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 03. 10. 2017 року [177] підстави для аналогії були закріплені, наприклад, у статті 10 Цивільного процесуального кодексу України, в частині 9 якої зазначено, що, якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права) [235]. Аналогічного змісту положення містить частина 10 статті 11 Господарського процесуального кодексу України, за якою, якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права) [59]. А також частина 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України, яка визначає, що у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини,

суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування [100].

З наведеного вбачається, що законодавець прямо передбачив можливість застосування аналогії закону та аналогії права, за відсутності прямих законодавчих положень, однак за наявності та дотримання відповідних умов. При цьому, якщо процесуальні нормативні акти, які були вищенаведені, регулюють порядок застосування аналогії лише судами, кодифіковані акти матеріального права прямо не конкретизують коло суб'єктів застосування аналогії, вказуючи лише на необхідність наявності відповідних обставин, за яких таке застосування може мати місце. Беручи до уваги вказане, в системному взаємозв'язку з дослідженими в попередніх розділах аспектами аналогії, приходимо до висновку щодо необхідності дослідження суб'єктів застосування аналогії.

Підсумовуючи вищезазначене, інститут аналогії є оперативним засобом подолання прогалин у праві. Його головне призначення полягає у своєчасному реагуванні на зміну і появу нових суспільних відносин, що потребують правової оцінки та вирішення. Він займає важливе місце в механізмі правового регулювання, будучи засобом, що дозволяє праву в один і той же час бути стабільним і гнучким інструментом регулювання суспільних відносин.

Аналогія права й аналогія закону в доктринальному аспекті пройшли шлях від розуміння їх як виду тлумачення до самостійного техніко-юридичного прийому усунення недоліків законодавчого регулювання цивільних відносин. Протягом радянського періоду розвитку цивільного права України в умовах дії позитивістського підходу до права, аналогія права й аналогія закону розглядались як засіб усунення недоліків правового регулювання. Зокрема, наука пропонувала розглядати аналогію закону й аналогію права як єдиний інститут аналогії, який має відповідне функціональне навантаження в залежності від мети, яка переслідується. Разом з тим, на наш погляд,

акумулювання двох правових явищ, які відрізняються сферою дії та сутністю є недоцільним. А тому варто погодитися з сучасними науковими поглядами, які розмежовують вказані поняття, наділяючи їх відповідним спектром функцій. Сьогодні аналогія закону розглядається як спосіб усунення недоліків законодавчого регулювання. Тобто, аналогія закону має місце там, де ситуація врегульована, але в рамках іншого закону, який регулює подібні правовідносини. Аналогію права пропонується розглядати вже не тільки як юридичний прийом заповнення прогалин законодавства, а як джерело права, з чим ми погоджуємось. Аналогія права вступає в дію в тих випадках, коли норма права, яка могла б урегулювати спірну ситуацію, відсутня. А тому суб'єкт правозастосування задля вирішення ситуації звертається до загальних засад законодавства – принципів права. На даний час існують законодавчі передумови застосування аналогії закону та аналогії права, що безпосередньо віднайшло своє врегулювання в кодифікованих нормативно-правових актах матеріального та процесуального права. Разом із тим правильне застосування аналогії, зокрема нотаріусом, зумовлює необхідність детального дослідження механізму й умов застосування аналогії в цивільному праві України.

РОЗДІЛ 3. НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ АНАЛОГІЇ

3. 1. Умови та механізм застосування юридичної аналогії в цивільному праві України

Динамічний розвиток цивільного обігу загострив необхідність пошуку оперативних заходів усунення хронічного відставання законодавця від його реалій, а також збагачення інструментарію з подолання прогалин та колізій у цивільному законодавстві України. Аналогія права та закону знайшла своє законодавче закріплення, зокрема на рівні Цивільного кодексу України та Цивільно-процесуального кодексу України.

Будь-який юридичний інститут та юридична процедура мають свої характеристики, особливості, функціональне призначення, а також умови свого існування та застосування. Аналогія як правовий інститут, не є виключенням. У попередніх розділах, визначаючи поняття та сутність аналогії, неодноразово зазначалось, що аналогія може бути застосована за наявності відповідних умов. Спробуємо визначити, про що саме йдеться та яке відображення це віднайшло в літературі та на практиці.

Отже, як зазначалось, аналогія може бути двох видів: аналогія закону, коли суд застосовує найбільш відповідний закон, та аналогія права, коли справа вирішується у загальному дусі законодавства або його частини [43].

На думку О. Огоновського, застосування аналогії передбачає розумове доповнення закону [183]. Він вказував, що, якщо в законі є правило, що стосується випадку, який за своєю суттю подібний до невирішеного, можна просто без змін застосовувати це правило. Якщо фактичні умови різних випадків однакові, то і їх розумне унормування мусить бути однаковим [183]. Тобто, аналогія закону не виходить за рамки законодавчих положень та передбачає застосування схожої норми для врегулювання правовідносин.

Характеризуючи природу аналогії права, варто згадати влучну позицію І. Спасібо-Фатєєвої, яка вказує, що аналогія права потребує застосування не

схожої норми із втіленим у ній принципом, а з перейманням сутності проблеми, підбиранням більш абстрактного принципу для її вирішення – відповідного принципу права, яким тільки й обґрунтовується рішення суду [198].

Інші науковці вказують, що у разі застосування аналогії права з цілого комплексу норм необхідно вивести загальний принцип, відповідно до якого і вирішувати спір. Застосування аналогії права можливе лише тоді, коли питання, що виникло, не можна вирішити на основі аналогії закону, тобто норми, що регулює схожі відносини [194].

Отже, незважаючи на те, що аналогія як загальний правовий інститут, має на меті подолання прогалин та врегулювання спірних ситуацій, необхідно враховувати, що таке врегулювання відбувається за різних обставин, що обмовлено поділом цього інституту на аналогію права та аналогію закону. Як наслідок, умови застосування аналогії закону та права будуть відрізнятися, що віднайшло своє відображення в працях науковців, які досліджували це питання.

Наприклад, на думку В. Борисової та С. Приступи, умовами застосування аналогії закону є: по-перше, потреба у врегулюванні цивільних відносин; по-друге, останні не мають бути врегульовані положеннями актів цивільного законодавства або договором [36].

При цьому О. Красавчиков більш детально досліджував умови застосування аналогії та вказував, що застосування закону аналогічно допустиме за наявності щонайменше чотирьох умов: по-перше, необхідно, щоб відносини, з яких виник цивільно-правовий спір, не були врегульовані спеціальними нормами цивільного права, що регламентують цей вид соціальних зв'язків; по-друге, необхідно, щоб вирішення цього спору було неможливе лише на підставі загальних положень і норм, наявних у нашому цивільному законодавстві (зокрема, норм, що містяться у ст. ст. 1-93, 158-236 ЦК); по-третє, передбачається наявність закону (що регулює схожі відносини), який може бути застосований аналогічно; по-четверте, треба, щоб відносини, з яких виник між сторонами спір, був би майновим або іншим, але так чи інакше за своїм характером і змістом має належати до відносин, які можуть регулюватися нормами цивільного права. Щодо аналогії права, то у разі

відсутності закону, який регламентує відносини, суд вирішує спір із посиланням на ст. 12 Основ цивільного судочинства Союзу РСР і союзних республік, якою встановлено, що за відсутності закону, що регулює схожі відносини, суд має виходити «із загальних начал і сенсу радянського законодавства» (аналогія права) [109].

На думку В. Фідарова, застосування аналогії закону та аналогії права є більш складним і творчим процесом, ніж звичайне застосування юридичних норм. Його можна порівняти з вищою математикою в юриспруденції. Суб'єкт, що застосовує аналогію, повинен чітко уявляти всю систему права, її можливості, він повинен мати юридичну компетентність і нести відповідальність за прийняті рішення. Вчений зауважує, що можливість застосування юридичних норм за аналогією зумовлена об'єктивними властивостями права, його соціальною сутністю: у юридичних норм загальна природа, вони приймаються єдиним законодавцем, право є системою взаємозалежних і взаємообумовлених норм. Використання аналогії закону передбачає застосування окремої конкретної норми права, що істотно її відрізняє від аналогії права. При цьому науковець зауважує, що неправильно аналогію закону розуміти як застосування нормативного акта, оскільки останній зазвичай містить багато (або принаймні кілька) правових норм, які регулюють різні сторони відносин, а часом і різні відносини. Обставини, врегульовані і врегульовані правом, не ідентичні. Орган застосування поширює дію норми за аналогією лише на відносини, подібні її предмету регулювання. Застосовувана за аналогією юридична норма охоплює більший склад фактів, ніж передбачено її гіпотезою. Відбувається уточнення, конкретизація норми щодо фактичних обставин, у результаті чого складається нове правило, аналогічне приписом цієї норми права [217, с. 228].

В. Вердніков на підставі формулювання ст. 12 Основ цивільного судочинства Союзу РСР і союзних республік зазначав, що закон розрізняє два випадки: 1) коли є змога застосувати до відносин, не передбачених нормами права, правила, що регулюють схожі відносини, – аналогія закону; 2) коли відсутня вказана можливість і регулювання відносин здійснюється тільки на основі загальних начал і сенсу цивільного законодавства – аналогія права.

Умовами застосування в радянському цивільному праві аналогії закону він вказував такі: а) йдеться про майнові або пов'язані з ними особисті немайнові відносини, що вимагають цивільно-правового регулювання; б) відсутні норми, що прямо передбачають ці відносини; в) є норми, що регулюють схожі майнові або пов'язані з ними особисті немайнові відносини. Умовою застосування аналогії права служить відсутність не тільки норм, що регулюють спірні відносини, але й правил, що передбачають схожі на них відносини, або, іншими словами, аналогія права використовується тоді, коли спір, що виник із неврегульованого законом відношення, не може бути вирішений на підставі аналогії закону. Виходячи в таких випадках із загальних начал і сенсу цивільного законодавства (ст. 4 Основ, ст. 4 ЦК), суд не може обмежитися простим посиланням на них, а зобов'язаний детально розтлумачити в рішенні, на яких саме засадах воно засноване [51].

Застосування аналогії з метою захисту інтересів громадян і організацій до заповнення прогалини в законодавстві та праві досліджував Ю. Юрченко, який умовами застосування аналогії закону вважав такі: а) відношення потребує цивільно-правового регулювання, оскільки його регулювання не виключається чинним законодавством; б) відношення не передбачене яким-небудь конкретним законом; в) є закон, що регулює схожі відносини. За відсутності норми, що передбачає схожі випадки, інтереси громадян і організацій захищаються за допомогою застосування аналогії права. При цьому суд, вирішуючи справу за аналогією права, має вказати у своєму рішенні, через які саме загальні начала і сенс цивільного законодавства у суб'єктів цього відношення виникли цивільні права і обов'язки [247].

Як зазначає О. Скакун, вирішуючи справу за аналогією закону і аналогією права, необхідно дотримуватись таких умов: 1) аналогія допустима лише у разі повної відсутності або неповноти правових норм; 2) суспільні відносини, до яких застосовується аналогія, мають бути врегульовані хоча б у загальній формі, тобто перебувати у сфері правового регулювання; 3) наявність подібності (аналогії) аналізованих обставин і обставин, передбачених наявною нормою, має бути в істотних, юридично рівнозначних ознаках, розбіжність – у

деталях, у неістотному; 4) пошук норми, яка регулює аналогічний випадок, має відбуватися спочатку в актах тієї самої галузі права, у разі відсутності такої – в іншій галузі та законодавстві загалом; 5) вироблене в процесі використання аналогії правове рішення не має суперечити дії приписів закону, його меті; 6) обов'язково має бути вмотивоване пояснення причин застосування рішення за аналогією до цього випадку.

Ю. Матат виділяє загальні умови застосування закону за аналогією як одного зі шляхів подолання наявних у законодавстві прогалин. До таких умов науковець відносить: а) констатацію прогалини; б) необхідність відшукування норми в законодавстві, що регулювала б подібні відносини; в) необхідність порівняння суб'єктом правозастосування фактичних істотних обставин спірного, не врегульованого нормами права правовідношення й чинних правових норм на рівні їх смислового змісту; г) наявність обґрунтованої мотивації прийняття відповідного рішення (яке обов'язково має бути письмовим, а також повинно містити фактичні та юридичні основи застосування аналогії) [132].

У Листі Міністерства юстиції України від 30. 01. 2009 р. № Н-35267-18 зазначено, що під час вирішення справи за аналогією закону чи аналогією права обов'язковим є дотримання таких умов: а) аналогія допустима лише в разі повної чи часткової відсутності правових норм; б) суспільні відносини, до яких застосовується аналогія, мають знаходитися у сфері правового регулювання; в) має бути схожість між обставинами справи і наявною нормою за суттєвими юридичними ознаками; г) пошук норми, що регулює аналогічний випадок, має здійснюватися спочатку в актах тієї самої галузі права, у разі відсутності – в іншій галузі права і в законодавстві загалом; г) винесене у процесі використання аналогії правове рішення не має суперечити нормам закону, його меті; д) обов'язково має бути мотивоване пояснення причин застосування рішення за аналогією до конкретного випадку [79].

Отже, в підсумку, узагальнивши наукові позиції, можна виокремити основні умови застосування аналогії закону: 1) відносини знаходяться у правовій площині (у сфері правового регулювання); 2) наявна прогалина в

законодавстві (у спеціальному (профільному) законі відсутня норма, яка б врегульовувала відповідне питання); 3) наявність законодавчої норми, яка регулює схожі правовідносини (не за фактичним змістом, а за правовою суттю); 4) обґрунтоване рішення про застосування схожої за змістом норми права до врегулювання спірної ситуації.

Механізм застосування аналогії являє собою діяльність уповноважених суб'єктів, метою та кінцевим результатом діяльності яких є вирішення спірної ситуації за допомогою застосування аналогії (права чи закону в залежності від обставин) та видання обґрунтованого рішення, яким, власне, відбувається врегулювання спору.

Незважаючи на вагомі наукові дослідження проблем застосування аналогії в цивільному праві України, частина з них так і не знайшла свого розв'язання, залишається не вирішеною проблема необхідності закріплення на законодавчому рівні порядку застосування судом аналогії під час вирішення конкретних цивільних справ. При цьому аналіз судової практики застосування аналогії свідчить про неоднозначне розуміння механізму реалізації аналогії, що доводить скасування прийнятих судових рішень, в яких суд першої інстанції спирався на аналогію. Ще більш проблематичним є застосування аналогії в процесуальній діяльності, на що також звертали увагу [126, с. 111-114]. На нашу думку, однією з причин цього є розрив між теорією та практикою. При цьому і в теорії цивільного права України питання щодо умов, механізму застосування аналогії закону та аналогії права залишаються дискусійними.

Як слушно зазначалось у науковій літературі, найкращим способом правового регулювання за наявності прогалин у праві є не застосування аналогії закону або права, а усунення самої прогалини [50] шляхом прийняття нових норм або редагування застарілих [78]. Водночас законодавець із різних міркувань та причин цього не робить, а тому питання подолання прогалин досі є актуальним.

Г. Шершеневич зазначав, що на розгляд суду може бути поданий випадок, який прямо законом не вирішується, тому що законодавець, складаючи правило, випустив з уваги деякі відносини або не зміг передбачити їх, тому що під час

видання закону не існувало таких побутових відносин. Якщо відносини, не передбачені законом, близькі до тих, які врегульовані законом, і немає підстав передбачати, що законодавець визначив би їх інакше, варто таку неповноту компенсувати аналогічним тлумаченням [240]. Коли випадок взагалі не передбачений законом та на нього не можна поширити застосування норм із подібних відносин, рішення суду має ґрунтуватися на загальному сенсі закону (аналогії права). Суд у такому разі має взяти до уваги ті загальні засади, принципи, які покладені в основу законодавства і з позиції створити норму права на такий випадок.

Найбільш детально розробив механізм застосування аналогії Е. Васьковський. На його думку, суддя мав: 1) відшукати випадок, найбільше схожий на цей і передбачений законом; 2) розкрити юридичний принцип, який проведений у тому законі; 3) визначити, чи підходить цей випадок під встановлений принцип; 4) якщо виявиться, що підходить, то застосувати закон. Якщо випадок не підходить під принцип, на якому заснований закон, на думку Е. Васьковського, треба звернутися до аналогії права. Передусім варто розглянути юридичний склад випадку і визначити, до якого інституту права він належить, потім досліджувати законодавчі постанови, що стосуються цього інституту, розкрити їх основні принципи і, зрештою, озброївшись знайденими принципами, вирішити згідно з ними це питання. Якщо випадок не підходить під жоден із визнаних законодавством інститутів, залишається піддати його юридичному аналізу і застосувати до нього загальні принципи законодавства [43].

Отже, як зазначає Е. Васьковський, не знаходячи в законодавстві норми, під яку міг би бути підведений випадок, суддя має звернутися до аналогії, передусім, до аналогії закону, тобто підшукати норму, що вирішує випадок, найбільш схожий із цим. Якщо така норма буде знайдена, то вона має бути застосована, оскільки найприродніше припустити, що законодавець встановив би для схожих по суті випадків однакові норми. Це припущення виражено у формі афоризму: «Де однакова основа закону, там однакове і його розпорядження» (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). Під основою

закону розуміється не привід його видання, не мета, яку переслідував законодавець, оскільки це суто зовнішні обставини, а той вищий юридичний принцип, реалізацією якого є цей закон [43].

У разі застосування аналогії права істотне значення мають принципи права, що закріплюються в конституціях. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, то правозастосувач, виходячи із власної правосвідомості, може мотивувати рішення у справі, посиляючись на конституційні норми [190].

У процесі застосування права роль принципів, як правило, проявляється через юридичні норми, які підлягають реалізації. Однак вони мають і самостійне значення як нормативно-керівні начала в механізмі правового регулювання [12, с. 103].

Принципи конкретної галузі права закріплюються законодавцем в окремих статтях того чи іншого нормативно-правового акта. Однак, як бути в ситуаціях, коли необхідно застосувати аналогію права, однак закон не містить переліку принципів відповідної галузі права?

Як зауважує В. Зажицький, не можна робити висновок про те, що якщо в законах немає окремих статей, присвяченим принципам, то основні правові ідеї відсутні. У подібних випадках правові принципи повинні формулюватися, перш за все, вченими на основі ретельного аналізу всієї сукупності правових приписів [77, с. 95].

Разом з тим, не виключені ситуації, коли, за відсутності закріплених принципів відповідної галузі права необхідно звертатися за допомогою до принципів правової системи. Варто зауважити, що відсутність чітко закріплених у відповідному нормативному акті правових принципів не є перешкодою для застосування аналогії права. У такому випадку суб'єкт правозастосування, який зіткнувся з проблемою відсутності норми права та прийняв рішення про врегулювання спірної ситуації шляхом застосування аналогії права, повинен здійснити аналіз широкого об'єму та спектру правового матеріалу та віднайти необхідний принцип. Вказане обумовлено рівнем професіоналізму, досвідченості, правосвідомості, правової культури тощо правозастосовувача, про що зазначалось у попередніх розділах при висвітленні характеристик

суб'єкта правозастосування.

Для застосування аналогії закону відповідний орган повинен бути, по-перше, впевненим у тому, що існує прогалина в чинному законодавстві, тобто за своїм змістом відносини підлягають правовому регулюванню, але немає чинної норми, якою б ці відносини регулювалися. По-друге, правозастосовний орган повинен відшукати норму чинного нормативно-правового акта, яка б регулювала аналогічні (схожі) відносини [230].

С. Клім зазначала, що аналогія закону характеризується такими властивостями як регулятивність, індивідуальність, піднормативність. Межі застосування аналогії закону безпосередньо зумовлюють принципи аналогії, які є керівними началами у вирішенні питання в разі наявності прогалини у цивільному законодавстві. Принципами застосування аналогії закону є недопустимість застосування аналогії закону: під час реалізації позадоговірної відповідальності; в разі обмеження конституційних прав; до випадків обмеження свободи договору; якщо закон пов'язує настання негативних юридичних наслідків із наявністю конкретних норм; до норм-фікцій [97].

С. Завальнюк писав, що механізм застосування аналогії права має низку стадій, що мають бути виконані максимально сумлінно та ретельно задля правильного застосування аналогії права щодо матеріальних правовідносин за цивільним законодавством. До першої стадії механізму застосування аналогії права, на думку автора, належить аналіз фактичних обставин справи та чинного законодавства. Суб'єкту правозастосування необхідно з'ясувати сутність правовідносин і переконатися в тому, що вони дійсно не врегульовані правом. Другою стадією, як зазначав автор, виступає аналіз законодавства на предмет подібних за змістом цивільних норм, тобто спроба застосування аналогії закону, за якої правозастосувач переходить до етапу пошуку схожої норми, що регулює схожі відносини. Результатом цієї стадії є застосування аналогії закону щодо неврегульованого правовідношення або виявлення неможливості використання аналогії закону через відсутність норм, що регулюють схожі відносини. Коли правозастосувач констатує факт неможливості аналогії закону, починається третя стадія – застосування загальних засад цивільного законодавства [74].

Застосування аналогії в процесі правозастосування опосередковується появою додаткових етапів, до яких відносять: а) з'ясування того, чи входять фактичні обставини у сферу правового регулювання, чи мають вони юридичне значення, чи потребують правового опосередкування та вирішенні по суті; б) вибір способу заповнення прогалини (аналогія закону або аналогія права); в) конструювання на основі схожої норми або принципу права стосовно фактичним обставинам справи конкретного правила для винесення рішення, тобто формулювання казуальної норми [9].

Цікаве описання механізму застосування аналогії закону запропонували одеські теоретики. Так, на їх думку, з метою подолання прогалин у праві підлягають застосуванню норми тієї самої галузі права, яка регулює такі суспільні відносини. Якщо така норма відсутня або якщо вичерпані всі можливості цієї галузі для розгляду правового питання, допустимим є додаткове застосування правових норм суміжної, «спорідненої» галузі права. Це розглядається як «вищий рівень аналогії закону». Якщо ж і це неможливо, то варто вдаватися до аналогії права, яка передбачає усунення прогалини шляхом розгляду питання на основі загальних засад, принципів і цілей законодавства [211].

На думку С. Шмаленя, аналогія розширює сферу застосування відповідних нормативних приписів та принципів права, але не створює норми права. Нове правоположення, створене на основі принципів права задля заповнення прогалини та вирішення конкретної справи, має індивідуальний характер, не володіє обов'язковою силою для інших однорідних випадків, не служить і не може служити офіційною підставою для вирішення аналогічних справ, не стає правовою нормою або судовим (адміністративним) прецедентом. Конкретне рішення, якщо воно прийняте доволі компетентним і авторитетним органом, може бути зразком, еталоном для вирішення однорідних справ, виправлення та уніфікації практики й удосконалення правового регулювання. Дослідниця вказувала, що водночас застосування аналогії права є складним творчим процесом, заснованим не лише на логіці, але й на правосвідомості, неможливим без суб'єктивного відношення як до права (масштабу), так і до

обставин справи (предмета виміру) [242].

Ю. Матат зазначав, що загальним правилом визначення допустимості використання аналогії з метою подолання прогалин у законодавстві є таке: «Аналогія допустима всюди, за винятком тих випадків, де законодавець пов'язує настання юридичних наслідків лише з наявністю конкретної правової норми». На підставі викладеного, можна дійти такого висновку щодо можливості використання аналогії в окремих галузях (інститутах) законодавства: варто повністю виключити такий спосіб подолання прогалин як аналогія у випадках, пов'язаних із встановленням заходів юридичної відповідальності за вчинення правопорушення (у тому числі за злочини) [132].

Як зазначав Р. Майданик, правила щодо застосування закону та права за аналогією мають використовуватися в цивільному праві тільки під час застосування законів. Ці правила не поширюються на застосування підзаконних нормативних актів, а наявні в них прогалини не усуваються таким чином. У зв'язку з цим Р. Майданик доходить висновку, що сформульовані в юридичній літературі спроби розширеного тлумачення аналогії закону як застосування не лише положень законів, а й інших нормативно-правових актів, є мало обґрунтованими [129].

Підсумовуючи наведене, зазначимо, що існування аналогії як правового інституту, обумовлено наявністю відповідних умов, які створюють, так би мовити, необхідне правове середовище та правову атмосферу, в яких може мати місце застосування аналогії.

Застосування аналогії, перш за все, обумовлено нормативно-правовою базою, яка надає право на врегулювання спірної ситуації таким шляхом. Умови застосування аналогії закону можна визначити таким чином: 1) відносини знаходяться у правовій площині (у сфері правового регулювання); 2) наявна прогалина в законодавстві (у спеціальному (профільному) законі відсутня норма, яка б врегульовувала відповідне питання); 3) наявність законодавчої норми, яка регулює схожі правовідносини (не за фактичним змістом, а за правовою суттю); 4) видання обґрунтованого рішення про застосування схожої за змістом норми права до врегулювання спірної ситуації на основі проведеного

аналізу щодо можливості застосування аналогії. Застосування аналогії права обумовлено наступними факторами: 1) відносини знаходяться у правовій площині; 2) наявна прогалина у праві (неможливо віднайти подібну за змістом норму чи навіть правило для вирішення ситуації); 3) відсутність суперечностей загальним засадам відповідної галузі; 4) видання обґрунтованого рішення про застосування схожої за змістом норми права до врегулювання спірної ситуації на основі проведеного аналізу щодо можливості застосування аналогії.

Як зазначалося вище, у попередніх підрозділах, механізм застосування аналогії являє собою діяльність уповноважених суб'єктів, метою та кінцевим результатом діяльності яких є вирішення спірної ситуації за допомогою застосування аналогії (права чи закону в залежності від обставин) та видання обґрунтованого рішення, яким, власне, відбувається врегулювання спору. Безпосередньо механізм застосування аналогії включає в себе: 1) законодавчу базу, яка уповноважує суб'єкта на застосування аналогії; 2) наявність спірної ситуації, яка потребує врегулювання; 3) визначення правової природи правовідносин, які склалися між сторонами; 4) пошук нормативно-правової бази для врегулювання ситуації та констатація відсутності необхідної правової норми; 5) відшукування способів вирішення спірної ситуації – комплексний аналіз нормативної бази, пошук подібних норм; 6) застосування схожої норми права до спірних правовідносин; 7) видання обґрунтованого акта, яким відбулося врегулювання спірної ситуації. Такий акт не обов'язково буде об'єктивований у вигляді документального рішення, а може бути виражений у вигляді конкретних дій суб'єкта правозастосування, в яких буде прослідковуватися прийнятий акт. Вказане відображає модель застосування аналогії закону. У тому ж випадку, якщо на етапі пошуку подібної за змістом норми суб'єкт правозастосування стикається з відсутністю відповідної норми, він констатує такі обставини та вирішує спірну ситуацію за загальними засадами права, за результатами чого, в подальшому, видає обґрунтоване рішення.

3. 2. Коло суб'єктів та межі використання інституту аналогії

Інститут юридичної аналогії, з огляду на його специфіку та особливості правової природи, серед іншого, передбачає застосування аналогії закону та аналогії права спеціально уповноваженими на те суб'єктами. Тема суб'єктів застосування аналогії неодноразово підіймалася в юридичній літературі. Разом з тим, одностайності та чітко визначеної позиції щодо суб'єктів, які мають право у своїй діяльності застосовувати аналогію не вироблено.

Практично у будь-якій країні світу, континентальній системі права чи загальній системі права, де термін правозастосування (англ. – application of law) взагалі міститься, не виникає жодного сумніву, що судді і є цими суб'єктами правозастосування. Наділення інших суб'єктів цим статусом вже залежить від особливостей конкретного правопорядку і вирішується ситуативно [2]. Авторами згаданого вище дослідження окремо приділяється увага розкриттю терміна позасудові органи правозастосування. Виходячи з законодавства розглянутих ними країн ЄС позасудові органи правозастосування включають у себе нотаріусів, реєстраторів цивільного стану, земельних реєстраторів, реєстратори бізнесу, міграційні офіцери, органи опіки та піклування, державні органи з захисту прав дітей, органи соціального забезпечення, працевлаштування чи міграційні трибунали та інших суб'єктів [2]. Деякі науковці, думки яких неодноразово цитувалися в наукових дослідженнях, вважають, що аналогія може застосовуватися лише судовими органами. Зокрема, на думку С. Алексєєва, вирішувати питання про використання спеціальних способів заповнення прогалин у праві в неврегульованих законодавством випадках компетентний тільки суд. Даний автор характеризує роботу органів правосуддя по заповненню прогалин у законодавстві як яскравий показник глибокого юридичного, конститутивного, з правової точки зору, характеру їх діяльності. Саме суди уповноважені законом на те, щоб, використовуючи особливі юридичні інститути (інститути аналогії), ліквідувати «пролом» у нормативній основі, заповнити прогалину і таким чином вирішити юридичну справу, що стосується даного випадку [14, с. 335].

В. Божок також зазначає, що суб'єктом застосування аналогії може бути тільки суд [33]. Так само М. Авдюков вважає, що застосування цивільного

законодавство до трудових правовідносин по аналогії належить до компетенції суду [5, с. 77-78].

Ф. Уранський зазначає, що в системі правових органів, змушених у своїй діяльності вирішувати проблему заповнення прогалин у праві, провідне місце належить суду, оскільки на відміну від усіх інших державних та інших правозастосовних органів тільки суд не може посилатися у своїй діяльності на відсутність правових норм, необхідних для вирішення спірних правовідносин [215, с. 75].

А. Нуртдінова та Л. Чиканова зауважують, що лише судові органи наділені правом, так званого «заповнення прогалин для індивідуального випадку» шляхом застосування аналогії закону (в рамках трудового права), субсидіарного застосування (міжгалузевої аналогії) чи аналогії права [146, с. 23]. Досліджуючи питання застосування аналогії у сфері трудового права, позицію щодо застосування аналогії тільки судами також підтримує Л. Кузнецова [112].

А. Дрішлюк вказував, що тільки суд має право на застосування аналогії, а інші державні органи позбавлені права застосовувати аналогію у своїй діяльності [69, с. 9-14]. Ще більш категорична позиція була висловлена в російській літературі. Зокрема, на думку Є. Шиндяпіної, тільки суд, з урахуванням його кваліфікації, має право застосувати аналогію. Авторка обґрунтувала свою позицію тим, що застосування аналогії вимагає високого рівня знання закону, володіння загальнотеоретичним матеріалом, розуміння соціальних та політичних процесів у державі [241].

Так само В. Кройтор зауважує, що аналогія в цивільному праві є доволі поширеним правовим явищем, вона може застосовуватися винятково судом у разі дотримання певного порядку, який має встановлюватися законом [111, с. 159-166].

При цьому А. Боннер вважає, що інші несудові органи, в тому числі й нотаріат, виявляючи наявність прогалини у праві, як правило, відмовляються задовольнити інтереси особи, яка звернулась, з посиланням на те, що законом дана ситуація не врегульована [35, с. 232].

Узагальнюючи наведені позиції науковців та відтворюючи загальне сприйняття застосування аналогії виключно в контексті діяльності судових органів варто зауважити, що такі погляди зосереджені, здебільшого, на таких аргументах: чітка регламентація діяльності суду правовими нормами; відсутність можливості суду відмовитися від вирішення спору з огляду на відсутність правової регламентації; обов'язкова наявність обґрунтованого судового рішення, прийнятого в умовах відсутності тиску та факторів необ'єктивності, що передбачено законом; гарантований порядок оскарження судового рішення; кваліфікація тощо.

Інша група науковців вважає, що використання аналогії можливе будь-яким з органів правозастосування. Наприклад, як зазначає А. Белкін, використання прийомів, допустимих у ході застосування права, не може бути прерогативою одних лише судів; таке використання бажано і в позасудових рішеннях, якщо це сприяє виконанню правом своїх завдань [28, с. 23].

Крім того, як зазначає Е. Кемулярія, надання права заповнення прогалин лише судовим органам виключає можливість повноцінного функціонування інших суб'єктів правозастосування – таких, наприклад, як органи дізнання і досудового розслідування [94, с. 13].

На думку Є. Харитонова, аналогію права можуть використовувати суб'єкти цивільного права, обираючи для себе при укладенні договору, не передбаченого законом, орієнтири змісту (умов) останнього. Крім того, аналогію права можуть використовувати будь-який орган чи особа, які мають цивільну юрисдикцію (право вирішувати цивільно-правові суперечки і застосовувати цивільно-правові норми): суди всіх рівнів, прокурори, нотаріуси і т. ін. [222, с. 49-50].

А. Довгерт зазначає, що внесенням норм про юридичну аналогію до «матеріального» ЦК України (стаття 8 ЦК України) розробники прагнули зробити їх адресатом не лише суди, а всіх суб'єктів правозастосування. Запорукою адекватного застосування аналогії таким широким колом осіб повинно стати не лише правильне розуміння короткого тексту самої статті, а й контексту всієї цивільно-правової кодифікації та приватного права загалом [66,

с. 159-165].

В. Фідаров зауважує, що сфера діяльності несудових правозастосовних органів незрівнянно ширша в порівнянні з судовими, внаслідок чого необхідність і доцільність використання інституту аналогії в діяльності несудових органів не менш значуща, ніж у судовій практиці. Суди не повинні підміняти інші правозастосовні органи в кожному випадку виявлення пробілу, а повинні лише перевіряти при виникненні спору законність і обґрунтованість їх правозастосовних актів [217, с. 228].

Отже, наведених позицій достатньо для того, аби чітко визначити, що на теперішній час існує дві позиції щодо суб'єктів, які наділені правом застосовувати аналогію: перша говорить, що таке право належить виключно судовим органам, що беззаперечно обумовлено законодавчими положеннями щодо повноважень судів. Друга позиція до суб'єктів застосування аналогії відносить усіх суб'єктів правозастосування, в тому числі нотаріусів.

Погоджуємося з другою позицією, оскільки розширення кола суб'єктів застосування аналогії є неминучим та об'єктивно обумовленим динамічною трансформацією суспільних відносин, та, відповідно, аналогічною реакцією законодавця на такі зміни. Більш того, наділяючи лише суд повноваженнями на застосування аналогії, неминучим є настання надмірного навантаження на судові органи, адже в такому випадку за вирішенням будь-якої атипової ситуації, чітко не врегульованої законом, зацікавлені особи змушені будуть звертатися до суду та брати участь у достатньо тривалому процесі (враховуючи сучасний стан судової системи та перебування у стані незавершеної судової реформи). У той час як спірна ситуація могла б бути вирішена уповноваженим суб'єктом, так би мовити «тут і зараз», уникаючи довготривалих процедур, і лише у разі незгоди з прийнятим рішенням суб'єкт міг би звернутися до суду.

З наведеного можна підсумувати, що спростовуючи позицію прихильників виключного застосування аналогії судами, представники протилежної позиції зауважують, що діяльність інших суб'єктів правозастосування також врегульована законом; більш чітка формалізація судового процесу виправдана з огляду на те, що дії чи рішення інших суб'єктів

правозастосування, в тому числі за результатами використання аналогії, можуть бути оскаржені до суду; прийняття обґрунтованого рішення в умовах об'єктивності не є беззаперечним твердженням та не доводить необ'єктивність іншого суб'єкта правозастосування під час використання аналогії, адже дії останнього можуть бути оскаржені як і до вищестоящого органу (в залежності від суб'єкта), так і безпосередньо до суду, внаслідок чого може настати передбачена законом відповідальність; так само суб'єкт правозастосування має відповідну кваліфікацію, що є необхідною умовою, визначеною законом.

Отже, вважаємо допустимим та необхідним розширення кола суб'єктів правозастосування, які мають право застосовувати аналогію у своїй діяльності.

У продовження вищенаведеної другої позиції розширення кола суб'єктів застосування аналогії варто загадати позицію С. Клім, яка звертає увагу на частину 2 статті 8 ЦК України, в якій законодавець закріпив застосування загальних засад цивільного законодавства в разі неможливості використати аналогію закону. Як зауважує науковець, виходячи з того, що використання полягає в здійсненні суб'єктивних прав для задоволення власного інтересу всіма учасниками правовідносин, зазначається можливість використання аналогії закону фізичними та юридичними особами й застосування її правозастосовними органами. Фізичні та юридичні особи як суб'єкти цивільного права реалізують можливість використання аналогії закону в договірному праві. Підставою для цього є стаття 6 Цивільного кодексу України, яка передбачає право сторін на укладення договору, не передбаченого актами цивільного законодавства, але такого, що відповідає загальним принципам цивільного законодавства. Дія аналогії закону в договірних відносинах під час реалізації принципу свободи договору та укладення договору, що не передбачений законодавством, але має певні схожі риси із закріпленими в Цивільному кодексі України поійменованими договорами, вимагає виявлення типу договорів, до якого він належить. Сторони, укладаючи непойменований договір, який належить до певного договірного типу, можуть урегулювати відносини, що виникають із даного договору за аналогією закону нормами відповідної типової поійменованої в Цивільному кодексі України угоди. На

підставі аналізу законодавства робиться висновок, що в таких випадках алгоритм правового регулювання виглядає таким чином: застосування норм подібного поійменованого договору у відповідній частині – загальні положення зобов'язального права – врегулювання відносин за допомогою загальних засад цивільного законодавства, що продиктовано статтею 8 ЦК України, згідно з якою першочерговому застосуванню підлягає аналогія закону, а не аналогія права, внаслідок чого забезпечується дотримання вимог законності [97, с. 20].

Наведена позиція яскраво демонструє, що юридична наука вийшла за рамки позиції про застосування аналогії виключно судовими органами, а й навіть розширила межі формалізованих положень, визначених законодавцем, наділивши можливістю застосування аналогії фізичними та юридичними особами в договірних правовідносинах. Разом із тим, на нашу думку, остання позиція в більшій мірі розкриває зміст інших форм реалізації права, відмінних від правозастосування, в той час як основна увага даного дисертаційного дослідження зосереджена саме на використанні аналогії суб'єктами правозастосування.

Питання застосування аналогії достатньо широко віднайшло своє відображення у сфері наукових досліджень. З огляду на наукову дослідженість виявляється необхідним розкриття питання меж застосування аналогії в контексті реалій національного законодавства та практики. Так, необхідно визначитися, які саме галузі та підгалузі права дозволяють застосування аналогії.

У попередньому розділі дисертаційного дослідження був проведений аналіз національного законодавства як передумови застосування аналогії.

Зокрема, відповідно до статті 8 Цивільного кодексу України, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) [234].

В. Лазарєв зазначає, що легалізація аналогії права в цивільних відносинах означає визнання законодавцем права учасників цивільного обороту – фізичних та юридичних осіб – на прояв ініціативи і тим самим стимулює активізацію їх діяльності в цивільно-правовій сфері [119, с. 170].

На думку О. Іоффе, застосування аналогії є недопустимим у сфері права власності, права на відкриття, винахідницького, спадкового і сімейного права. Перераховані розділи цивільного права не допускають встановлення відносин, прямо ними не передбачених [84, с. 73].

Стаття 6 Цивільного кодексу України наділяє учасників цивільних правовідносин свободою на обрання способу врегулювання їх відносин. Так, відповідно до частини першої статті 6 ЦК України сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Частина 2 вказаної статті встановлює, що сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами.

Стаття 11 ЦК України визначає, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки.

Як зазначав Г. Шершеневич, «свобода договору, з усуненням суб'єктивних обмежень формалізму, стала поруч з правом приватної власності однією з головних засад сучасного правового порядку» [240, с. 401].

Законодавчо встановлена свобода договору наділяє учасників правовідносин широким колом прав та обов'язків та, так би мовити, повноважень, на врегулювання спірних питань, що, в тому числі, передбачає застосування аналогії закону. Разом з тим, варто зауважити, що свобода договору не означає необмеженість на врегулювання ситуації учасниками правовідносин, які, до того ж, не повинні зловживати наданими їм законом правами. У частині 3 статті 6 ЦК України законодавець чітко визначив, що сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного

законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Більш того, стаття 12 ЦК України, яка регламентує порядок здійснення цивільних прав, а також стаття 13 ЦК України, яка визначає межі здійснення цивільних прав є для учасників цивільних правовідносин путівником у здійсненні їх прав та, одночасно, запобігають зловживанню цивільними правами. Виявлені порушення вказаних положень у процесі здійснення прав та виконання обов'язків є підставою для настання для учасників цивільної відповідальності.

Отже, як було вказано, якщо законодавцем чітко встановлено правило поведінки та зазначено або розуміється з контексту, що відступити від вказаних положень не виявляється можливим, це створює відповідні обов'язки для учасників правовідносин.

Наприклад, відповідно до п. 172. 3 ст. 172 Податкового кодексу України дохід від продажу об'єкта нерухомості визначається, виходячи з ціни, зазначеної в договорі купівлі-продажу, але не нижче оціночної вартості такого об'єкта, розрахованої модулем електронного визначення оціночної вартості Єдиної бази даних звітів про оцінку, або не нижче ринкової вартості такого об'єкта, визначеної суб'єктом оціночної діяльності (оцінювачем) відповідно до законодавства та зазначеної у звіті про оцінку, зареєстрованому в Єдиній базі даних звітів про оцінку [170].

Отже, законом чітко встановлено, що об'єкт нерухомого майна може бути відчужений за ціною, визначеною за згодою сторін, у тому числі і нижчою за оціночну вартість, але дохід фізичної особи буде визначатися, у такому випадку, за результатами проведення оцінки цього нерухомого майна від оціночної вартості, незважаючи на те, що об'єкт був проданий за нижчу ціну. Тобто, навіть в тому випадку, якщо сторони домовились про інше та досягли згоди на відчуження за ціною нижче, що не заборонено положеннями цивільного законодавства, законом встановлений обов'язок від якого вони не можуть відступити. Недотримання законодавчих положень є підставою для настання відповідальності.

Що ж стосується застосування аналогії закону з метою обмеження особи в здійсненні цивільних прав, то варто згадати влучну позицію В. Яковлєва, який говорив про те, що аналогія повинна виступати інструментом поглиблення надання права як характеру цивільно-правового регулювання, а не засобом стримування небажаної, хоча і законної, поведінки [249, с. 105]. Варто зазначити, що обмеження цивільних прав за аналогією суперечить основним засадам та принципам цивільного права, що є недопустимим.

Крім того, відповідно до положень статті 10 Сімейного Кодексу України якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права) [188]. Отже, законодавець у галузі сімейного права прямо передбачив механізм застосування аналогії у випадку такої необхідності та надав право на врегулювання спірної ситуації із застосуванням аналогії, в тому числі, звертаючись до основних засад сімейного законодавства. Останнє, на нашу думку, є необхідним у сфері сімейного права з точки зору на специфіку предмета цієї галузі права – сімейних відносин, де вирішуються такі визначальні, з точки зору соціальної тематики, питання: шлюб, відносини подружжя, виховання дітей, забезпечення дітей тощо.

Що ж до спадкових правовідносин, то дійсно, на перший погляд може здаватися, що аналогія закону в даному випадку не може мати місце з огляду на те, що спадкові правовідносини виникають внаслідок настання юридичних фактів, які прямо передбачені законом, так як встановлення інших юридичних фактів, не передбачених законом за аналогією, не виявляється можливим. Однак, на противагу вказаному, варто зауважити, що аналогія може мати місце безпосередньо щодо процедури прийняття спадщини. Зокрема, О. Терехова зауважує, що вплив і тривалість строку для реалізації права на відмову від спадщини підлягає всім правилам, передбаченим законодавцем для строку прийняття спадщини. Незважаючи на те, що в ЦК України немає згадки про

можливість продовження або відновлення цього строку, він все ж таки може бути продовжений, керуючись аналогією закону. Крім того, ст. 1272 ЦК України передбачає як судовий, так і нотаріальний порядок продовження строку для прийняття спадщини, отже, аналогічні процедури можуть бути застосовані і до строку для відмови від спадщини [208].

Якщо говорити про сферу господарського права, то відповідно до ст. 305 ГК України відносини, що виникають при здійсненні комерційного посередництва (агентської діяльності) у сфері господарювання, регулюються цим Кодексом, іншими прийнятими відповідно до нього нормативно-правовими актами, що визначають особливості комерційного посередництва в окремих галузях господарювання. У частині, не врегульованій нормативно-правовими актами, зазначеними у цій статті, до агентських відносин можуть застосовуватися відповідні положення Цивільного кодексу України, якими регулюються відносини доручення [61].

Національне процесуальне законодавство також надає підстави для застосування аналогії судами. Зокрема, стаття 10 Цивільного процесуального кодексу України, в частині 9 якої зазначено, що якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права) [235]. Частина 10 статті 11 Господарського процесуального кодексу України, за якою, якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права) [59]. А також частина 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України, яка визначає, що у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовуються для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади

та місцевого самоврядування [100].

Разом з тим, є галузі права щодо яких застосування аналогії прямо заборонено. Так, відповідно до частини 4 статті 3 Кримінального кодексу України застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено.

Так само в Листі Міністерства юстиції України «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» від 30. 01. 2009 року вказано, що аналогія не застосовується у сфері кримінального законодавства та законодавства про адміністративні правопорушення, що узгоджується з нормами міжнародних договорів про права людини [244]. Специфіка галузі кримінального права полягає в наявності відповідальності особи з вчинення нею кримінального правопорушення чи злочину. Дії особи, які не підпадають під кваліфікацію кримінального законодавства, не можуть за аналогією визначатися як злочин чи правопорушення. Аналогічним чином і щодо справ про адміністративні правопорушення.

У справі «Лучанінова проти України» № 16347/02 від 09. 06. 2011 року (остаточне від 09. 09. 2011 року) Європейський суд із прав людини зазначив, що якщо санкції за адміністративні правопорушення є достатньо суворими, то скоєне правопорушення має природу кримінального злочину, а отже, вимоги до його судового розгляду мають відповідати гарантіям та стандартам, встановленим Конвенцією, оскільки «кримінальним обвинуваченням» у розумінні Конвенції слід розглядати й протокол про адміністративне правопорушення [128]. Також у справі «Надточій проти України» № 7460/03 від 15. 05. 2008 року Європейський суд із прав людини також говорить про кримінально-правовий характер Кодексу України про адміністративні правопорушення [137].

Можливість застосування аналогії також може бути оцінена з урахуванням предмета правового регулювання галузі права. Так, диспозитивний метод правового регулювання надає свободу та обумовлює застосування аналогії, в той час як імперативний навпаки, прямо забороняє суб'єктам

застосовувати аналогію.

Результатом застосування аналогії уповноваженим суб'єктом є ухвалення обґрунтованого рішення з наведенням мотивів обрання відповідного способу вирішення життєвої ситуації з застосуванням аналогії. Суть прийнятого рішення, на нашу думку, є одним з важливих елементів дослідження меж та допустимості застосування аналогії. Рішення уповноваженого суб'єкта правозастосування є обов'язковим для осіб, на яких воно розповсюджує свою дію та має відповідні юридичні наслідки, що надає цьому рішенням характер акта нормотворчості. У зв'язку з цим постає ряд запитань, в тому числі, чи доцільно взагалі використовувати аналогію і чи не призведе це до викривленого розуміння законодавчих положень та численних зловживань?

Як зауважував П. Недбайло, казуальне заповнення прогалин за допомогою інституту аналогії містить у собі певний правотворчий елемент, який, однак, не перетворює правозастосовну діяльність у нормотворчість. І результат цієї діяльності ні в якій мірі не є актом правотворчості, елементом об'єктивного права. Відбувається розвиток, а саме: в індивідуальному порядку застосовується норма за аналогією, у результаті виникає казуальна індивідуальна норма, а не норма права. Для того, щоб процес казуального заповнення прогалин у праві не переріс в правотворення і відповідав вимогам суворого і неухильного дотримання законності, існують гарантії, обумовлені правозастосовною діяльністю, логічною основою і юридичною природою аналогією закону [141, с. 222-223; 164, с. 26].

На нашу думку, наведена позиція в повній мірі пояснює, що призначення інституту аналогії полягає в тому, аби врегулювати одиничний життєвий випадок, який не підпадає під урегулювання законодавчими положеннями, випадаючи, так би мовити, із законодавчого шаблону. Рішення, прийняте суб'єктом правозастосування, яким відбулося врегулювання спірної ситуації, не є актом нормотворчості, а направлено виключно на вирішення спірної ситуації з урахуванням відповідних особливостей та обставин. Таке рішення створює права та обов'язки для чітко визначених учасників. Законом встановлені відповідні гарантії оскарження такого рішення, якщо хтось із учасників не

погоджується зі способом урегулювання спору. Якщо ж відповідні правовідносини чітко врегульовані законом, суб'єкт правозастосування немає права застосовувати аналогію. У протилежному випадку, дії суб'єкта можуть бути підставою для настання відповідальності.

Одночасно, варто зауважити, 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. Як вже вищезазначалось, наприклад, суд не може відмовити у вирішенні спору з мотивів відсутності нормативно-правового акта, який би врегульовував це питання. Так само щодо інших суб'єктів правозастосування, враховуючи специфіку кожного суб'єкта з огляду на його повноваження, визначені законом. Вказане правило також розповсюджується на діяльність нотаріуса, адже, хоча й законом передбачено право нотаріуса відмовити у вчиненні нотаріальної дії, однак він повинен належним чином обґрунтувати свою відмову, яка до того ж може бути оскаржена.

Підсумовуючи вищенаведене, зауважимо, що існує декілька наукових позицій щодо суб'єктів застосування аналогії. Перша говорить про те, що аналогію можуть застосовувати лише суди у своїй діяльності. Друга – говорить про можливість застосування аналогії не лише судами, а й іншими суб'єктами правозастосування. Так, перша позиція є цілком обґрунтованою, оскільки судді відповідають критеріям, які висуваються до суб'єктів застосування аналогії (рівень правосвідомості, правової культури, достатність професійного та життєвого досвіду тощо). Однак не можливо не погодитися, що тенденція розвитку національного законодавства чітко демонструє, що нотаріус не є пасивною фігурою в площині права, а наділений чималим об'ємом повноважень на вирішення достатньо великого кола життєвих питань. І від того, як нотаріус виконає свою роботу (суто формально, дотримуючись існуючих норм законодавства, виключаючи будь-які винятки чи з індивідуальним підходом до кожної конкретної справи), залежить юридична доля питання, з яким до нього звернулась особа. Вказане не є припущенням чи

перебільшенням, а засноване на юридичному досвіді в контексті варіативності та різносторонності життєвих випадків та суспільних відносин. До прикладу, вирішуючи питання щодо вчинення виконавчого напису на стягнення нерухомого майна особи за іпотечним договором, який укладений у забезпечення кредитного зобов'язання, нотаріус, задля запобігання порушення прав та законних інтересів особи, має законне право та можливість пересвідчитися в існуванні відповідних юридичних відносин між сторонами, існування заборгованості, повідомлення особи про розмір боргу та обов'язку його сплатити, та, відповідно, перевірити чи може бути стягнуто нерухоме майно за існування мораторію на стягнення нерухомого майна відповідного до Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» № 1304-VII від 03.04. 2014 року. Тим самим нотаріус запобігає виникненню подальших судових спорів, оскаржень його рішень до суду чи до вищого органу, та, найголовніше, порушення прав та законних інтересів особи при завчасному вирішенні спору.

Аналізуючи можливість застосування аналогії не тільки судовими органами, основним аргументом на користь й інших органів правозастосування, є власне їх сутність та призначення. Не випадково, законодавець наділяє відповідних суб'єктів колом повноважень саме на застосування права. Як вже було проаналізовано в роботі, правозастосування передбачає наявність стадій: встановлення фактичних обставин справи, юридичну кваліфікацію правовідносин та прийняття відповідного рішення. Весь цей процес зав'язаний навколо визначення наявності відповідного права, за вирішенням якого звернулись особи, та настання відповідних процесуальних та матеріальних наслідків (обрання алгоритму вирішення, нормативної бази, прийняття рішення, виконання цього рішення тощо). Власне право як юридична категорія є основною сутністю будь-якого процесу правозастосування. Тому категорична констатація застосування аналогії тільки судом, в такому контексті, недоцільна. На наш погляд, більш прийнятним буде визначення меж застосування аналогії конкретним органом та аж ніяк не позбавлення його таких функцій.

У подальшому такий підхід може стати поштовхом для внесення

відповідних змін у законодавство, зменшення навантаження на суди (адже не буде необхідності за вирішенням кожного «випадаючого з шаблону законодавця» випадку звертатися до суду). Тенденція законодавця демонструє, що до нотаріуса пред'являються високі професіональні вимоги.

Наділяючи лише суд повноваженнями на застосування аналогії, неминучим є настання надмірного навантаження на судові органи, адже в такому випадку за вирішенням будь-якої атипової ситуації, чітко не врегульованої законом, зацікавлені особи змушені будуть звертатися до суду та брати участь у достатньо тривалому процесі (враховуючи сучасний стан судової системи та перебування у стані незавершеної судової реформи). Крім того, діяльність інших суб'єктів правозастосування також врегульована законом, суб'єкт правозастосування має відповідну кваліфікацію, що є необхідною умовою, визначеною законом, його дії та рішення можуть бути оскаржені, в тому числі, й до суду. Отже, вважаємо допустимим та необхідним розширення кола суб'єктів правозастосування, які мають право застосовувати аналогію у своїй діяльності, та надання, в тому числі, нотаріусам повноваження на застосування аналогії.

Аналогія як правовий інститут та інструмент юридичної техніки має своє законодавче врегулювання та логічне підґрунтя. Положенням Цивільного кодексу України, Сімейного кодексу України, Господарського кодексу України визначена можливість застосування аналогії закону та аналогії права у випадку відсутності необхідної норми на врегулювання життєвої ситуації. Особливу увагу звертає на себе саме сфера договірного права, адже учасники правовідносин наділені свободою обрання способу врегулювання ситуацій. Однак, варто зауважити, що вказана свобода не є безмежною, адже учасники правовідносин повинні дотримуватися положень законодавства та не допускати зловживань. Якщо законодавцем чітко встановлено правило поведінки та зазначено або розуміється з контексту, що відступити від вказаних положень не виявляється можливим, це створює відповідні обов'язки для учасників правовідносин. У протилежному випадку настає відповідальність за вчинення відповідних дій. Процесуальне законодавство також наділяє уповноважених

суб'єктів на застосування аналогії, що прямо закріплено у процесуальних кодексах. Аналогія не застосовується у сфері кримінального законодавства та законодавства про адміністративні правопорушення. Можливість застосування аналогії права та аналогії закону розглядається, також, у взаємозв'язку з методом правового регулювання галузі права – диспозитивним чи імперативним. Відповідно диспозитивний метод створює умови застосування аналогії, в той час як імперативний навпаки, забороняє застосування аналогії.

Варто зауважити, 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. Процес правозастосування завершується прийняттям суб'єктом правозастосування рішення, яке врегульовує спірну ситуацію та створює правила поведінки на учасників правовідносин. Таке рішення не є актом нормотворчості, а вирішує виключно одиничний життєвий випадок, виходячи з особливостей обставин конкретної ситуації.

3. 3. Нотаріус як спеціальний суб'єкт застосування аналогії закону й аналогії права

Правозастосування є особливою, комплексною формою реалізації права, яка передбачає процес урегулювання спірної ситуації, що лежить у межах правової площини. Тобто, суб'єкт правозастосування, в межах наданих йому законом повноважень, застосовує свої професійні та особистісні навички з метою вирішення спірної ситуації, яка не віднайшла свого однозначного врегулювання в законодавчій площині, або учасники спірних правовідносин не дійшли згоди на таке врегулювання. За результатами розгляду такої ситуації суб'єкт ухвалює відповідне рішення.

У попередніх розділах досліджувався правовий статус нотаріуса та його місце серед суб'єктів правозастосування. Нотаріус – це суб'єкт, який наділений державою визначеним переліком повноважень на вчинення юридичних дій та вирішення конкретних ситуацій. Нотаріус при здійсненні своїх обов'язків не лише формально перевіряє необхідні документи та згоду сторін на вчинення

правочину, тобто використовує свої професійні теоретичні навички, а й застосовує свій досвід, оцінюючи обставини конкретної ситуації та її потенційні наслідки, в чому проявляється рівень його правосвідомості, правової культури тощо.

Окрім чітко передбачених, певною мірою формалізованих повноважень, законодавець також надав право нотаріусу на вчинення додаткових дій у процесі здійснення діяльності щодо отримання відомостей, документів тощо, необхідних для вчинення нотаріальної дії. Тобто, нотаріус у процесі вчинення нотаріальних дій (посвідчення заповіту, договору тощо) наділений відповідною компетенцією щодо витребування необхідних матеріалів та інформації, задля встановлення обставин конкретної справи, стосовно якої до нього звернулися. Отже, має місце розширення компетенції нотаріуса та його можливості вчинити відповідні дії, так би мовити, на власний розсуд, виходячи з обставин конкретної ситуації.

Характер та сфера діяльності нотаріуса, коло його повноважень, категорії справ, з якими доводиться працювати нотаріусу, в сукупності підтверджують його статус суб'єкта правозастосування, який, у тому числі з урахуванням особливостей конкретної ситуації, уповноважений вирішувати відповідні питання, які належать до сфери його компетенції.

Складний механізм процесу правозастосування неминуче передбачає випадки, за яких уповноважені суб'єкти мають справу з прогалинами в законодавстві, що створює перешкоди у процесі здійснення діяльності та вимагає оперативних та ефективних дій, направлених на подолання прогалини та вирішення проблеми.

Механізм застосування аналогії являє собою діяльність уповноважених суб'єктів, метою та кінцевим результатом діяльності яких є вирішення спірної ситуації за допомогою застосування аналогії (права чи закону в залежності від обставин) та прийняття обґрунтованого рішення, яким, власне, відбувається врегулювання спору. Як зазначалося вище у роботі, таке рішення не обов'язково буде виражене у письмовому документі, а може знайти своє вираження у конкретних діях, по яких можна прослідкувати їх підвалини та зрозуміти

прийняте нотаріусом рішення.

У попередньому розділі було визначено, що ми підтримуємо позицію, що право на застосування аналогії належить не лише судовим органам, а й іншим суб'єктам правозастосування, що законодавчо обумовлено та відповідає правовим реаліям. Нотаріус є суб'єктом правозастосування, який наділений законом відповідним переліком повноважень та до якого, у свою чергу, законодавець висуває відповідні вимоги кваліфікації. Зростання кількості правочинів, які щоденно укладаються в цивільному обороті, зокрема тих, що підлягають нотаріальному посвідченню, в умовах постійного відставання українського законодавця від потреб практики, актуалізують питання про застосування аналогії права та аналогії закону не тільки в діяльності суду, але й нотаріату. Є цілком логічним, що під час вчинення нотаріальних дій нотаріуси можуть виявляти колізії в законодавстві, тим більше, що вони працюють із найбільш недосконалою та неузгодженою частиною цивільного права, яка регламентує реєстраційні процедури. При цьому «радянський спадок» у свідомості більшості правозастосувачів, зокрема нотаріусів, зумовлює тлумачення конституційної норми (ст. 16 Конституції України) про вчинення дій органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб виключно буквально. Уявляється, це створює штучні перешкоди на шляху розвитку українського нотаріату як повноцінного суб'єкта правозастосування. Відсутність законодавчих перешкод для застосування нотаріусом аналогії, в контексті дискусійності цього питання в сучасній українській цивілістиці зумовлюють актуальність запланованого дослідження.

У літературі вказувалось, що в сучасній системі права України нотаріат займає особливе місце, оскільки провадження нотаріальної діяльності не входить до повноважень ані адміністративних, ані судових органів. Крім того, якщо віднести нотаріальні органи до правоохоронних і досліджувати цю складову частину нотаріальної науки окремо, необхідно говорити про виникнення нової галузі права – нотаріального процесу [63, с. 57-64].

Незважаючи на те, що минуло багато років із моменту припинення

діяльності радянського нотаріату, намагання відповідати еталону, встановленому ще за радянських часів, збереглися. Проте варто враховувати, що безумовне слідування «букві закону» не виключає розуміння «духу закону», а процес застосування нотаріусом норми закону не може бути суто механічним. Як писала Е. Мурадян, у перекладі на мову нотаріальних принципів це означає здійснювати нотаріальні процедури, виконувати нотаріальні дії виключно законно, дотримуючись основних начал цивільного законодавства, принципам диспозитивності, свободи договору, свободи вибору нотаріальних процедур, принципу співробітництва сторін, пріоритету консенсуального начала, вимогам добросовісності та розумності. Дослідниця вказувала, що, виконуючи нотаріальну дію або відмовляючи в її здійсненні, нотаріус керується не суб'єктивними міркуваннями, а лише законом. Звичайно, що застосувати закон – це не те саме, що відміряти за допомогою лінійки необхідну довжину. Застосування закону вимагає юридичних пізнань та правильного розуміння конкретних обставин та відносин, з якими пов'язані намагання конкретних учасників [136].

Відповідно до статті першої Закону України «Про нотаріат», нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Поняття є формалізованим з точки зору потреб законодавця, вимог до інституту та об'єму повноважень, однак у повній мірі не розкриває суть та призначення інституту, що вимагає звернення до інших нормативно-правових актів.

За ст. 2 Закону України «Про нотаріат», правовою основою діяльності нотаріату є Конституція України, цей Закон, інші законодавчі акти України. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про нотаріат», нотаріуси або посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, у своїй діяльності керуються законами України, постановами Верховної Ради України, указами і розпорядженнями Президента України, постановами і розпорядженнями Кабінету Міністрів

України, а на території Республіки Крим, крім того, законодавством Республіки Крим, наказами Міністра юстиції України, нормативними актами обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій [178].

Стаття 18 Цивільного кодексу України передбачає, що нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом [234].

За змістом вказаного положення нотаріус займає активну позицію на правовій арені та в межах, наданих йому законом повноважень, вчиняє необхідні дії з метою захисту прав та законних інтересів особи.

У науковій площині поняття «нотаріат» визначається з різних точок зору. Зокрема, під нотаріатом розуміється структура нотаріальних органів, на яку покладається правоохоронна, а також правозахисна функції, що мають здійснюватися за чітко визначеного змісту та процесу, закріпленого нормативно-правовими актами України [220].

Також існує позиція деяких науковців, що нотаріат – це правовий інститут, покликаний забезпечувати позасудову охорону та захист прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, територіальних громад, а також держави шляхом вчинення в межах безспірних правовідносин нотаріальних дій уповноваженими на те органами та посадовими особами [192].

Також нотаріат розглядається як інститут, що забезпечує охорону і захист прав та законних інтересів громадян та юридичних осіб через вчинення нотаріальних дій від імені держави [102].

Інститут нотаріату покликаний забезпечити захист цивільних прав та законних інтересів громадян за допомогою юридичних механізмів у межах повноважень, наданих йому законом. Нотаріат є правовим інститутом, покликаним гарантувати стабільність цивільного обороту. Діяльність нотаріуса полягає в тому, щоб допомогти сторонам угоди на стадії укладення договору віднайти найбільш ефективні правові механізми, способи та засоби захисту їх прав та запобігти виникненню спорів у майбутньому. Участь нотаріуса як представника держави під час укладення договору, передбачає здійснення

охоронної функції щодо прав та законних інтересів учасників правовідносин.

Змістом діяльності нотаріальних органів є правоохоронна та правозахисна діяльність, яка державою покладена на спеціальну структуру органів та на окремих посадових осіб [220, с. 115-120].

Є декілька визначень поняття «захист цивільних прав і охоронюваних законом інтересів». Так, захист цивільних прав розглядається як передбачені законом вид і міра можливого або обов'язкового впливу на суспільні відносини, які зазнали протиправного впливу, з метою поновлення порушеного, невизнаного чи оспорюваного права. Для уповноваженої особи застосування захисту становить право, яке означає як право самостійно здійснити поновлення порушеного права в межах і в порядку, визначених законом (самозахист), так і звернутися до уповноваженого державного, самоврядного або громадського органу чи особи за захистом свого права або інтересу [31].

Є. Харитонов визначає захист цивільних прав як правомірну реакцію учасників цивільних відносин, суспільства та держави на порушення, невизнання чи оспорювання цивільного права з метою припинення порушення, поновлення чи визнання цивільного права або компенсації завданої уповноваженій особі шкоди [225].

Л. Баранова зазначає, що захист цивільних прав являє собою систему активних заходів, які застосовує особа, компетентні державні чи інші органи, спрямована на усунення порушень, покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права або компенсації завданої шкоди на порушника [24].

На думку Т. Підлубної захист цивільних прав правозастосовною діяльністю, що здійснюється компетентним органом або безпосередньо уповноваженою особою у випадках, передбачених законом, з метою відновлення суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів у разі, коли останні ким-небудь порушуються, не визнаються чи оспорюються [165].

Основне призначення охоронної функції полягає в превентивній охороні суспільних відносин, запобіганню порушень норм права. Ця функція сприяє інформованості суб'єктів права про те, які соціальні цінності охороняються

правом [58, с. 185-195].

У тлумачному словнику В. Даля слово «попереджати» (що-небудь) означає – вжити попередні заходи, усунути, відхилити, позбутися чогось заздалегідь [64, с. 387].

Основна особливість реалізації охоронної функції права полягає в тому, що перш ніж вчинити нотаріальну дію, нотаріус повинен виявити справжні, дійсні наміри особи, яка звернулася за вирішенням конкретної ситуації. Особа повинна усвідомлювати значення своїх дій та наслідки їх вчинення. Надання консультацій особі, яка звернулася за наданням відповідного документа, також повинно здійснюватися тільки за встановлення дійсних намірів особи, які передбачають настання юридичних наслідків. За дотримання всіх необхідних умов, бажання та волі особи на отримання нотаріальної послуги, нотаріус роз'яснює особливості вчинення дій, правові наслідки їх вчинення в рамках прийнятого ним рішення.

Варто зауважити, що нотаріус повинен займати нейтральну позицію стосовно учасників, адже сфера вчинення його дій охоплює права та законні інтереси всіх суб'єктів, які до нього звернулись, та, відповідно, нотаріус повинен роз'яснити всім учасникам наслідки вчинення нотаріальних дій. Також нотаріус вчиняє дії, які запобігають виникненню конфліктних ситуацій (роз'яснення прав та обов'язків, обрання найбільш ефективного способу захисту тощо), що свідчить про превенцію, що, як зазначалось вище, є одним з основних складових охоронної функції.

Нотаріальна дія – це зовні виражений прояв волі нотаріуса, спрямований на реалізацію дозволів і зобов'язування в передбачених законом випадках, з дотриманням встановленої нотаріальної процедури, що тягне за собою або здатний спричинити юридично значущі наслідки [86].

Отже, нотаріус як суб'єкт правозастосування, наділений законом відповідним колом повноважень на вчинення нотаріальних дій, які можуть полягати як у суто формальних процедурах, так і вимагати активної участі при вчиненні дій, направлених на захист цивільних прав особи.

Невід'ємною частиною діяльності нотаріуса є здійснення охоронної

функції прав та законних інтересів, яка полягає у превенції порушень законодавчих положень. Як приклад, нотаріус вживає необхідних заходів щодо охорони спадкового майна та управління цим майном або ж посвідчує угоду про сплату аліментів, тим самим здійснюючи охоронну функцію та захищаючи права неповнолітнього/малолітнього.

Отже, нотаріус – це не просто суб'єкт, який є лише посередником між наміром та його легалізацією, нотаріус – це повноцінний суб'єкт правозастосування, наділений широким колом повноважень, який приймає участь у вирішенні спірних ситуацій та приймає відповідні рішення в межах своїх повноважень.

Процес захисту цивільних прав вимагає вчинення дій та застосування дієвих методів, направлених на ефективне та оперативне усунення порушень прав та законних інтересів особи. Унікальність життєвих випадків виключає однотипність підходів до вирішення спірних ситуацій та, відповідно, обрання шаблонного методу захисту прав особи, що вимагає від суб'єкта правозастосування вчинення неординарних способів вирішення ситуації.

Правозастосування не завжди має досконалі умови та часом зіштовхується з проблемами та перешкодами у вигляді відсутності механізму врегулювання спірної ситуації.

Варто відзначити, що будь-яких обмежень щодо застосування нотаріусом аналогії спеціальне законодавство не містить. Так само ст. 8 ЦК України зазначає умови її застосування та не містить обмежень за суб'єктом застосування.

Нотаріус як суб'єкт правозастосування в своїй діяльності так само зіштовхується з недосконалостями юридичного механізму, що ставить перед ним завдання пошуку оптимального шляху їх подолання. Звісно, що такі обставини, як правило, виникають при вирішенні неординарних ситуацій, обумовленими життєвими обставинами.

На необхідність застосування аналогії закону нотаріусом вказувала А. С. Амеліна, яка в контексті свого дослідження зазначала, що спадковий договір як правочин, безпосередньо пов'язаний з особистими якостями

відчужувача (так званий «договір доброї совісті»), має бути вчиненим особисто сторонами, які його укладають. Проте у випадках, коли відчужувач не може вчинити підпис особисто (хвороба, фізичні вади тощо), за аналогією закону (ст. 8 ЦК України), що регулює вчинення письмового правочину та складання заповіту (ст. ст. 207, 1247 ЦК України), спадковий договір може бути підписаний іншою особою [15, с. 17-23]. Зважаючи на заборону застосування нотаріусами аналогії закону, особа, яка має фізичні вади, не матиме можливості укладення спадкового договору, що породжує порушення прав та законних інтересів суб'єктів цивільного права. Визначаючи позицію законодавця з цього питання, зазначимо, що ані Закон України «Про нотаріат», ані Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України не закріплює права нотаріусів на застосування аналогії закону. Разом із тим ст. 49 Закону України «Про нотаріат», яка містить підстави для відмови у вчиненні нотаріальних дій, не вказує на обов'язок нотаріуса відмовити у вчиненні нотаріальних дій у разі відсутності або неповноти законодавства, зазначаючи лише, що вчинення такої дії не може суперечити законодавству України. Крім того, нотаріусу або посадовій особі, яка вчиняє нотаріальні дії, забороняється безпідставно відмовляти у вчиненні нотаріальної дії, у зв'язку з чим із метою охорони та захисту прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, територіальних громад, а також держави видається допустимим та доцільним застосування аналогії закону в нотаріальній практиці [99, с. 559-568].

У літературі зверталась увага на те, що нотаріус змушений буде застосовувати аналогію, зокрема коли йдеться про посвідчення договору, який не передбачений актами цивільного законодавства, або у разі, якщо норми матеріального права, необхідні для врегулювання конкретних цивільних відносин, відсутні [221, с. 174-185].

Розглянемо на прикладі реальної ситуації нотаріальної практики.

«Після смерті батька залишилось двоє спадкоємців першої черги – син та донька. Спадщина, що залишилась після смерті батька складається з житлового будинку з господарчими будівлями та земельної ділянки. Діти разом із померлим батьком жили у зазначеному житловому будинку, користувалися

ним та земельною ділянкою, на якій він розташований, вже багато років. За час користування цим нерухомим майном, ще за життя спадкодавця, між спадкоємцями склався певний порядок фактичного користування, який жоден зі спадкоємців не оспорював. Відповідно до наданого спадкоємцями нотаріусу висновку суб'єкта інвентаризації, син користується 417/1000 частками житлового будинку та земельної ділянки, а донька користується 583/1000 частками житлового будинку та земельної ділянки. Окрім цього зазначалось, що кожна зі згаданих часток складається з відповідних приміщень житлового будинку та господарчих будівель. Таким чином частка кожного з користувачів є визначеною не лише в арифметичному дробу, але й у конкретних приміщеннях та будівлях.

Відповідно, спадкоємці висловили бажання отримати свідоцтва про право на спадщину за законом на відповідні частки нерухомого майна з визначенням порядку користування цим майном, що склався між ними протягом багатьох років».

Існуюче законодавство не передбачає норми, відповідно до якої є можливим видача свідоцтва про право на спадщину, яке б передбачало не просто змінені частки спадкоємців, але й визначений та зафіксований порядок володіння та користування спадковим майном, що означає наявність прогалини у праві.

Відповідно до частини першої статті 1278 ЦК України частки кожного спадкоємця у спадщині є рівними, якщо спадкодавець у заповіті сам не розподілив спадщину між ними. Тобто, спадкоємці за результатами прийняття спадщини приймають майно на праві спільної часткової власності, що в подальшому, як правило, створює додаткові труднощі, в тому числі матеріального характеру, пов'язані з переоформленням права власності на майно тощо. Однак статтею 1267 ЦК України передбачено, що спадкоємці за письмовою угодою між собою, посвідченою нотаріусом, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них.

Форма такої угоди положеннями чинного законодавства чітко не

регламентована, однак стаття 6 ЦК України зазначає, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Така законодавча конструкція надає спадкоємцям відповідну свободу щодо врегулювання своїх відносин та визначення істотних умов у договорі (визначення часток кожного з них у власності), які матимуть свої юридичні наслідки, зокрема, видання в подальшому нотаріусом відповідних свідоцтв про право на спадщину.

Однак, таке свідоцтво про право на спадщину не буде відповідати бажанням спадкоємців не просто змінити розмір часток у спадщині, але і визначити порядок користування цим майном та зміст частки кожного з них, тобто, які саме приміщення та будівлі складатимуть конкретну частку.

Варто зауважити, що суть договору про зміну розміру часток у спадщині (в його законодавчому розумінні) полягає у зміні частки кожного спадкоємця у спадковій масі, на підставі чого нотаріусом будуть видані відповідні свідоцтва. Разом з тим, істотні умови щодо володіння та користуванням спільним спадковим майном такий договір не вирішує.

Нормою, що дозволяє встановлювати та визначати порядок користування нерухомим майном є стаття 358 ЦК України. Однак ця норма розрахована на власників майна, якими спадкоємці стануть, але вже після видачі свідоцтв про право на спадщину. За частинами першою та другою статті 358 ЦК України право спільної часткової власності здійснюється співвласниками за їхньою згодою. Співвласники можуть домовитися про порядок володіння та користування майном, що є їхньою спільною частковою власністю. Відповідно до ч. 4 ст. 358 ЦК України, якщо договір між співвласниками про порядок володіння та користування спільним майном відповідно до їхніх часток у праві спільної часткової власності посвідчений нотаріально, він є обов'язковим і для особи, яка придбає згодом частку у праві спільної часткової власності на це майно. Форма такого правочину та вимоги про нотаріальне посвідчення таких договорів аналогічні.

У такому договорі сторони доходять згоди щодо всіх істотних умов відносно майна, зокрема, порядку, способу, інших особливостей тощо

користування та володіння цим майном. Цей договір, за умови нотаріального посвідчення, підлягає обов'язковому врахуванню під час відчуження одним зі співвласників своєї частини у власності.

Спадкоємці мають право укласти договір про зміну розміру часток у спадщині та визначити частки кожного з них у спадковій масі. А як щодо порядку та способу користування і володіння таким майном? Адже ці умови є істотними з огляду на варіативність та непередбачуваність життєвих ситуацій. Уявляється, що спадкоємці за таких умов мають право визначати не тільки розмір їх часток, але й порядок користування спадковим майном, а нотаріус має право застосувати ст. 358 ЦК України за аналогією закону.

С. Фурса в своєму посібнику «Теорія нотаріального процесу» присвятила параграф питанню аналогії закону та аналогії права в нотаріальному процесі. Так, вона зауважила, що загальновідомим принципом цивільного права є положення, що дозволено все, що не заборонено законом, і цей принцип чітко встановлений у ЦК, але трохи з іншим формулюванням щодо свободи договору, яка обмежується лише дією імперативних норм (ч. 3 ст. 6 ЦК). Тому конструкція договорів може пропонуватися нотаріусом, а визначається сторонами з урахуванням імперативних норм законодавства. На думку науковця, можна і необхідно сприймати діяльність нотаріусів як творчу, якщо вони прагнуть надавати її на високому рівні [207].

Цілком погоджуємося з наведеною думкою та, повертаючись до вищенаведеної ситуації, зауважимо, що уникнення спірних ситуацій та конфліктів у майбутньому можливе шляхом досягнення всіх істотних умов стосовно спадкового майна на момент досягнення згоди щодо зміни розміру часток у спадщині та визначення порядку користування спадковим майном.

Так, під час укладення договору про зміну розміру часток у спадщині, спадкоємці можуть включити в цей договір умови щодо способу та порядку користування та володіння своїми частками у спадковій масі (відповідно до ч. 4 ст. 358 ЦК України).

Отже, в підсумку маємо, що нотаріус як суб'єкт правозастосування з відповідним об'ємом повноважень, вчиняє дії та посвідчує договір, що прямо

законом не передбачений на підставі ст. 6 ЦК України. Вказаний договір має характер змішаного договору, укладення якого передбачено законом. Договором про зміну розміру часток у спадщині визначаються частки кожного зі спадкоємців та, фактично визначається об'єм права власності кожного з них у спадковій масі. Таким чином, нотаріус, за відсутності прямої вказівки закону та за волевиявленням сторін, застосовує аналогію закону та визначає питання щодо порядку користування та володіння спільним майном шляхом включення відповідних умов до договору про зміну розміру часток у спадщині. Вчинення таких дій лежить у межах компетенції нотаріуса, законом не заборонено, своїм результатом має оперативне та ефективне вирішення всіх важливих питань та виключає здійснення додаткових дій, матеріально та формально обтяжливих щодо цього майна в майбутньому.

Наведемо ще декілька прикладів.

Ситуація: А., перебуваючи у шлюбі з Б., бажає здійснити відчуження нерухомого майна В. Зазначене майно А. придбала на грошові кошти, які отримала у спадок у період перебування в шлюбі з Б. Вказані обставини та джерело набуття нерухомого майна А. не описуються в договорі купівлі-продажу майна. Сімейним кодексом України встановлена презумпція, за якою майно, набуте в шлюбі є спільною власністю подружжя. Укладення договорів одним з подружжя, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, здійснюється за обов'язковою згодою другого з подружжя, яка має бути нотаріально посвідчена. Разом з тим, як було вище зазначено, вказане майно А. придбала за особисті грошові кошти. Як вчинити нотаріусу в цій ситуації?

За положеннями статті 60 СК України майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Вважається, що кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

Разом з тим, згідно з п. п. 2-3 частини 1 статті 57 СК України особистою приватною власністю дружини, чоловіка є, серед іншого, майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування, а також майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто.

Отже, в контексті обставин вищенаведеної ситуації, нерухоме майно, придбане А. за грошові кошти, отримані нею у спадок, є приватною власністю А., а тому на вказане майно, придбане під час перебування в шлюбі, режим спільної власності не розповсюджується.

Варто зауважити, що презумпція спільної сумісної власності на майно, яке придбане під час шлюбу, міцно встановлена чинним законодавством та не ставиться під сумнів судовою практикою. У випадку виникнення спорів тягар доказування існування приватної власності на майно покладається на власника, що створює безліч незручностей та перешкод у здійсненні особою права власності. Задля запобігання такого роду порушенням та можливим судовим спорам є доцільним вирішити це питання ще на стадії укладення договору купівлі-продажу нерухомого майна, за результатами якого один з подружжя отримає грошові кошти, які будуть його приватною власністю з наведених вище обставин.

Так, виявляється необхідним застосувати за аналогією механізм, передбачений статтею 65 СК України.

Відповідно до частини третьої статті 65 СК України для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена.

Отже, вирішення вищенаведеної ситуації можливо шляхом подання заяви про підтвердження другим з подружжя належності дружині нерухомого майна на праві особистої приватної власності у зв'язку з тим, що воно було придбане на кошти, що були успадковані нею. Така заява, за аналогією із згодою, про яку

йдеться в абз. 2 частини 3 ст. 65 СК України, повинна бути нотаріально засвідчена.

Такі дії стануть, так би мовити, гарантією відсутності в другого з подружжя претензій на об'єкт нерухомості та уникнення потенційних спорів у майбутньому.

Аналіз нотаріальної та судової практики свідчить, що випадки застосування аналогії не обмежуються наведеними прикладом. Так, наприклад, рішенням Приморського районного суду м. Одеси в задоволенні позовних вимог було відмовлено, оскільки суд першої інстанції дійшов висновків, що приватний нотаріус не порушувала вимог закону щодо вчинення нотаріальної дії щодо посвідчення заповіту та здійснила його посвідчення згідно з положеннями ст. ст. 207, 1233-1234, 1247-1248. 1253 ЦК України, ст. ст. 2, 5, 7, 45 49 Закону України «Про нотаріат» та п. 16 Інструкції «Про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», а тому підстави для визнання заповіту недійсним (нікчемним), передбачені ч. 1 ст. 1257 ЦК України, відсутні. Апеляційний суд Одеської області, залишаючи в силі вказане рішення, зазначив: доводи апелянта, що приватний нотаріус прийняв замовлення на незаконну нотаріальну дію та не відмовив у вчиненні нотаріальної дії, видавши зрячого клієнта, який володіє руками та сам уміє писати, за такого, що не вміє, порушення нотаріусом під час посвідчення заповіту Закону України «Про нотаріат», Цивільного кодексу України, Інструкції про вчинення нотаріальних дій нотаріусами України є надуманими та необґрунтованими, з огляду на такі моменти. Оспорюваний заповіт був посвідчений приватним нотаріусом Одеського міського нотаріального округу ОСОБА_4 у присутності свідків ОСОБА_17, ОСОБА_8 та за участю ОСОБА_9 особи, яка виконала підпис на заповіті, у зв'язку з фізичними вадами заповідача. Тому посилення апелянта на те, що нотаріус порушила пункт Інструкції про вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, який регламентує дії нотаріуса у разі, якщо за вчиненням нотаріальної дії звернулась сліпа особа, є безпідставними, оскільки ОСОБА_18 не була сліпою, а, з її слів, мала фізичні вади (а саме зору), тому приватний нотаріус правомірно застосувала ч. 4 ст. 207 ЦК України, ч. 3 ст. 45, ст. 56

Закону України «Про нотаріат», п. 16, п. 157, п. 158 Інструкції про вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, що регламентують вчинення нотаріальних дій. Фактично у наведеному прикладі нотаріус застосував аналогію закону [149, с. 87-90].

Іншим випадком доцільності застосування аналогії закону нотаріусом є така ситуація. *До нотаріуса звернулася особа, яка внаслідок перенесеного інсульту не має можливості самотійно, без сторонньої допомоги, пересуватися та писати. Однак така особа повністю дієздатна і бажає зробити довіреність на представництво прав та інтересів перед банківськими установами та соціальними службами в іншій країні.* Розуміючи складність ситуації з фізичними вадами особи, що звернулася, та специфіку банківської справи та те, що довіреність буде використовуватися за кордоном, нотаріусом приймається рішення застосувати за аналогією статтю 1253 ЦК України, яка передбачає участь свідків під час посвідчення заповіту в певних випадках. Такі випадки як раз пов'язані з певними фізичними вадами особи заповідача та можливістю поставити у майбутньому, саме з цих підстав, питання про недійсність заповіту зробленого такою особою без участі свідків. Участь свідків у такій процедурі дає певні додаткові гарантії законності процедури посвідчення такого заповіту. У зв'язку з наявністю аналогічних умов у актуальній ситуації, нотаріусом застосовується механізм, що прямо не передбачений чинним законодавством для посвідчення довіреностей але і не суперечить такому порядку. Навпаки, такий механізм дає додаткові гарантії законності такого документа у випадку його можливого оскарження та оскарження дій, вчинених на його підставі представником.

Розглянемо наступний випадок. *До нотаріуса звернулися особи, що бажають укласти договір купівлі-продажу квартири з розстрочкою платежу. Така можливість у сторін наявна та передбачена чинним законодавством. Однак, продавець хоче отримати додаткові гарантії, що покупець повністю сплатить всю ціну за квартиру, а покупцю, у свою чергу, необхідно отримати право власності на це майно одразу, до повної оплати ціни продажу, оскільки покупцю необхідно прописатися у цій квартирі та почати певні реноваційні*

заходи у помешканні. У ситуації, що склалася, нотаріусом приймається рішення про застосування інституту заборони відчуження нерухомого майна як приватного обтяження нерухомого майна, яке встановлюється задля охорони прав кредитора у зобов'язаннях. Однак ст. 73 Закону України «Про нотаріат» така можливість не передбачена прямо але і не заборонена. Посилання на те, що, відповідно до абз. 7 ст. 73 Закон України «Про нотаріат», заборона на відчуження нерухомого майна може бути накладена «в усіх інших випадках, передбачених законом» не зовсім влаштовує ситуацію, оскільки іншого такого випадку законом не передбачено. За таких умов залишається спиратися на те, що відповідно до абз. 4 ст. 73 Закону України «Про нотаріат», заборона на відчуження нерухомого майна накладається у випадку посвідчення договору довічного утримання, який має на меті, в тому числі, відчуження нерухомого майна у власність набувача на певній відплатній основі, що на даному рівні узагальнення поєднує договір купівлі-продажу з договором довічного утримання. Також, на користь можливості застосувати заборону відчуження нерухомого майна у випадку укладення договору купівлі-продажу квартири з розстрочкою платежу вказує наявність «Порядку здійснення розрахунків з розстроченням платежу за придбання земельної ділянки державної та комунальної власності» [175], яким вказується, що «Розстрочення платежу надається покупцям за умови: встановлення відповідно до законодавства заборони на продаж або інше відчуження покупцем земельної ділянки до повного розрахунку за договором купівлі-продажу». Таким чином законодавець прямо передбачив обов'язок встановити заборону на відчуження земельної ділянки державної чи комунальної власності, що продається з розстрочкою платежу. Отже, встановлення заборони відчуження нерухомого майна при посвідченні договору купівлі-продажу квартири з розстрочкою платежу вбачається можливим та доцільним механізмом досягнення цілей та реалізації інтересів сторін договору.

Отже, нотаріус є суб'єктом правозастосування, який наділений законом відповідним переліком повноважень та до якого, у свою чергу, законодавець висуває відповідні вимоги кваліфікації. Велика кількість правочинів, які

підлягають нотаріальному посвідченню, при недосконалості законодавчих конструкцій, які, до того ж, не завжди своєчасно з'являються на правовій арені, актуалізують питання про застосування аналогії права та аналогії закону не тільки в діяльності судових органів, але й інших суб'єктів правозастосування, зокрема, нотаріату.

Стаття 18 Цивільного кодексу України уповноважує нотаріуса на здійснення захисту цивільних прав у визначених випадках, що свідчить про надання законодавцем особливого правового статусу нотаріуса на рівні з іншими суб'єктами правозастосування. Інститут нотаріату покликаний забезпечити захист цивільних прав та законних інтересів громадян за допомогою юридичних механізмів у межах повноважень, наданих йому законом. Діяльність нотаріуса полягає в тому, щоб допомогти сторонам угоди на стадії укладення договору обрати найбільш оптимальний шлях урегулювання правовідносин з урахування інтересів кожної зі сторін, а також знайти ефективні правові механізми, способи та засоби захисту їх прав та запобігти виникненню спорів у майбутньому.

Отже, нотаріус – це не просто суб'єкт, який є лише посередником між наміром та його легалізацією, нотаріус – це повноцінний суб'єкт правозастосування, наділений широким колом повноважень, який приймає участь у вирішенні спірних ситуацій та приймає відповідні рішення в межах своїх повноважень. Рішення нотаріуса визначають подальшу юридичну долю врегульованих правовідносин та передбачають настання правових наслідків для учасників правовідносин.

Наведені в даному підрозділі приклади з практичної діяльності нотаріуса в повній мірі свідчать про те, що нотаріус у процесі своєї діяльності має справу з великою кількістю життєвих ситуацій, врегулювання яких однозначно точно законодавством не передбачено та які вимагають від нотаріуса активних дій, спрямованих на вирішення спірної ситуації.

Будь-яких обмежень щодо застосування нотаріусом аналогії спеціальне законодавство не містить. Так само ст. 8 ЦК України зазначає умови її застосування та не містить обмежень за суб'єктом застосування.

Дійсно, законодавством передбачений механізм відмови нотаріуса у вчиненні нотаріальної дії (стаття 49 Закону України «Про нотаріат»), що завжди залишає право за нотаріусом не вдаватися до деталей та формально відмовити особі, яка до нього звернулась. Однак, процес правозастосування – це не про формалізм. Суб'єкт правозастосування, який наділений законом відповідним колом повноважень, враховуючи вимоги, які до нього ставляться, повинен вирішувати ситуації, перш за все, з точки зору їх суті, а не формально.

Нотаріус, не допускаючи тотального формалізму, на нашу думку, може застосовувати аналогію законодавства у своїй діяльності. Разом з тим, межі застосування аналогії повинні не виходити за рамки, наданих йому повноважень та прав.

Нотаріус, на підставі законодавчих положень у змозі розв'язати більшість безспірних, але законодавчо не врегульованих практичних ситуацій, особисто застосовувавши метод аналогії закону або аналогії права. Не можна стверджувати, що у сучасній нотаріальній діяльності нотаріуси ніколи не застосовують методи аналогії закону та аналогії права. Якщо проаналізувати практику, можна навести багато практичних випадків, коли нотаріуси вимушені застосовувати ці методи. При цьому відсутні будь-які механізми та рекомендації щодо такого застосування, що у певних ситуаціях може призвести до порушення нотаріусом прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин або до негативних наслідків такого застосування для самого нотаріуса, оскільки відсутність задекларованих механізмів застосування цих методів породжує корупційні ризики під час здійснення контролюючими органами перевірки нотаріальної діяльності.

На наш погляд, найбільш оптимальне та ефективне вирішення вказаної проблеми може бути здійснене шляхом її врегулювання на рівні спеціального законодавства. Стаття 4 Закону України «Про нотаріат», яка визначає права нотаріуса, також встановлює, що чинним законодавством нотаріусу можуть бути надані й інші права.

Тому пропонуємо внести зміни до законодавства, доповнивши статтю 4 Закону України «Про нотаріат» абзацом п'ятим: *«Якщо певні відносини прямо*

не врегульовані законом, нотаріус має право застосувати аналогію закону та використати закон, що регулює подібні відносини. У випадку відсутності такого закону, нотаріус керується загальними засадами відповідного законодавства, тобто має право застосувати аналогію права».

ВИСНОВКИ

Процес правозастосування полягає в діяльності компетентних суб'єктів щодо вирішення конкретної спірної ситуації та ухвалення відповідного рішення, яке передбачає настання юридичних наслідків (виникнення прав та обов'язків) для відповідно визначених суб'єктів. Визначальним для процесу застосування права є наявність суб'єкта, наділеного організаційно-владними повноваженнями, без якого вирішення конкретної ситуації не виявляється можливим. Завершальним етапом процесу правозастосування є ухвалення відповідного рішення – акта застосування норм права, який безпосередньо акумулює обставини конкретної справи та норму права, яка регулює спірні правовідносини та формує відповідні висновки, що буде детальніше розглянуто в наступних розділах.

Законодавець наділяє нотаріуса широким колом повноважень та надає право нотаріусу на вчинення додаткових дій щодо отримання відомостей, документів тощо, необхідних для вчинення нотаріальної дії (витребування необхідних матеріалів, документа, інформації тощо, задля встановлення обставин конкретної справи, стосовно якої до нього звернулися), що свідчить про надання нотаріусу певної свободи у вчиненні нотаріальних дій. Більш того, стаття 98 Закону України «Про нотаріат» прямо говорить про можливість застосування іноземного права нотаріусом.

Характер та сфера діяльності нотаріуса, коло його повноважень, категорії справ, з якими доводиться працювати нотаріусу в сукупності підтверджують його статус суб'єкта правозастосування,

Одна з особливостей процесу правозастосування полягає у вирішення спірної ситуації, яка, як правило, характеризується разовістю (казуальний випадок). Непоодинокими є випадки, в яких відсутня правова регламентація спірної ситуації. Так само трапляються випадки, за яких спеціальна нормативно-правова база, яка регулює відповідні правовідносини, не містить необхідного або хоча б схожого механізму. Тобто, суб'єкт правозастосування стикається з прогалинами у праві, що змушує його шукати шляхи їх вирішення.

Прогалиною у праві вважається відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації. Причиною появи прогалин є відставання законодавця від розвитку суспільних відносин, які на той момент, коли виникає спірна ситуація, уже фактично набули характеру правових; відсутність можливості врегулювати суспільні відносини, які швидко розвиваються; недосконалість законодавчої техніки; відсутність об'єктивної можливості передбачити появу нових життєвих ситуацій, тобто врегулювати ситуацію на майбутнє тощо.

Подолання прогалин у праві здійснюється правозастосовними органами в процесі пошуку механізмів вирішенні спірної ситуації та прийняття рішення за допомогою існуючих способів, зокрема, аналогія закону та аналогія права. Поряд з аналогією також виділяють такі способи подолання прогалин: субсидіарне застосування права, тлумачення, конкретизація.

Аналогія права – це застосування норми права, яка регулює подібні, схожі за змістом правовідносини, з дотриманням відповідних умов, зокрема, відсутності протиріччя загальним засадам галузі права, норма якої використовується за аналогією, тій галузі, яка прямо не врегульовує спірне питання. Аналогія закону має місце там, де ситуація врегульована, але в рамках іншого закону, який регулює подібні правовідносини.

Аналогія права застосовується в тих випадках, коли в законодавчій площині або відсутнє вирішення конкретної спірної ситуації, або взагалі відсутнє врегулювання спірних правовідносини. У той час, коли при субсидіарному застосуванні норм спірна ситуація (правовідносини) врегульована законодавцем, однак в межах іншої галузі права. Тлумачення полягає в з'ясуванні дійсної суті правової норми, істинної волі законодавця щодо порядку та способу врегулювання правовідносин чи вирішення того чи іншого спірного питання, тобто полягає в дослідженні існуючої норми. Конкретизацією є власне процес застосування права, здійснення індивідуального правового регулювання, індивідуалізації права відповідними органами, що також передбачає наявність відповідної норми.

Основною умовою застосування аналогії закону є наявність закріпленої

законодавцем норми права у відповідному законі чи іншому акті.

Нормативно-правове підґрунтя застосування інституту аналогії міститься в положеннях Цивільного кодексу України (стаття 8), Сімейного кодексу України (стаття 10), а також в Господарському процесуальному кодексі України (стаття 11), Цивільному процесуальному кодексі України (стаття 10), Кодексі адміністративного судочинства України (стаття 7).

Застосування аналогії закону можливе за умов, що відносини сторін знаходяться у сфері дії цивільного права, тобто, є цивільними відносинами (ст. 1 ЦК України); вказані цивільні відносини не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором; існують норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини

Умови застосування аналогії закону можна визначити так: 1) відносини знаходяться у правовій площині (у сфері правового регулювання); 2) наявна прогалина в законодавстві (у спеціальному (профільному) законі відсутня норма, яка б врегульовувала відповідне питання); 3) наявність законодавчої норми, яка регулює схожі правовідносини (не за фактичним змістом, а за правовою суттю); 4) видання обґрунтованого рішення про застосування схожої за змістом норми права до врегулювання спірної ситуації на основі проведеного аналізу щодо можливості застосування аналогії. Застосування аналогії права обумовлено наступними факторами: 1) відносини знаходяться у правовій площині; 2) наявна прогалина у праві (неможливо віднайти подібну за змістом норму чи навіть правило для вирішення ситуації); 3) відсутність суперечностей загальним засадам відповідної галузі; 4) видання обґрунтованого рішення про застосування схожої за змістом норми права до врегулювання спірної ситуації на основі проведеного аналізу щодо можливості застосування аналогії.

Механізм застосування аналогії являє собою діяльність уповноважених суб'єктів, метою та кінцевим результатом діяльності яких є вирішення спірної ситуації за допомогою застосування аналогії (права чи закону в залежності від обставин) та видання обґрунтованого рішення, яким, власне, відбувається врегулювання спору.

Варто зауважити, 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. Процес правозастосування завершується прийняттям суб'єктом правозастосування рішення, яке врегульовує спірну ситуацію та створює правила поведінки на учасників правовідносин. Таке рішення не є актом нормотворчості, а вирішує виключно одиничний життєвий випадок, виходячи з особливостей обставин конкретної ситуації.

Стаття 18 Цивільного кодексу України уповноважує нотаріуса на здійснення захисту цивільних прав у визначених випадках, що свідчить про надання законодавцем особливого правового статусу нотаріуса на рівні з іншими суб'єктами правозастосування. Інститут нотаріату покликаний забезпечити захист цивільних прав та законних інтересів громадян за допомогою юридичних механізмів у межах повноважень, наданих йому законом. Діяльність нотаріуса полягає в тому, щоб допомогти сторонам угоди на стадії укладення договору обрати найбільш оптимальний шлях урегулювання правовідносин з урахування інтересів кожної зі сторін, а також знайти ефективні правові механізми, способи та засоби захисту їх прав та запобігти виникненню спорів у майбутньому.

Будь-яких обмежень щодо застосування нотаріусом аналогії спеціальне законодавство не містить. Так само ст. 8 ЦК України зазначає умови її застосування та не містить обмежень за суб'єктом застосування.

Законом не заборонено посвідчення нотаріусами договорів, прямо не передбачених (на підставі ст. 6 ЦК України), наприклад щодо порядку користування та володіння спільним майном шляхом включення відповідних умов до договору про зміну розміру часток у спадщині. Разом з тим, законодавством прямо не передбачена можливість застосування аналогії нотаріусом, що несе відповідні ризики у процесі здійснення нотаріальної діяльності.

Відмова у вчиненні нотаріальної дії (стаття 49 Закону України «Про нотаріат»), за наявності можливості вирішити ситуацію щодо якої особа звернулась до нотаріуса, є формальним рішенням, що в подальшому чинить

перешкоди в реалізації особою своїх прав, створює навантаження на судові органи, які уповноважені законом застосувати аналогію, а також не відповідає сутності та призначенню інституту нотаріату.

На наш погляд, найбільш оптимальне та ефективне вирішення вказаної проблеми може бути здійснене шляхом її врегулювання на рівні спеціального законодавства. Стаття 4 Закону України «Про нотаріат», яка визначає права нотаріуса, також встановлює, що чинним законодавством нотаріусу можуть бути надані й інші права.

Тому пропонуємо внести зміни до законодавства, доповнивши статтю 4 Закону України «Про нотаріат» абзацом п'ятим: *«Якщо певні відносини прямо не врегульовані законом, нотаріус має право застосувати аналогію закону та використати закон, що регулює подібні відносини. У випадку відсутності такого закону, нотаріус керується загальними засадами відповідного законодавства, тобто має право застосувати аналогію права».*

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. *Leipzig*. 1892. 393 p.
2. Esplugues Mota C., Iglesias Buhigues J. L., & Palao Moreno G. (Eds.). (2011). Application of Foreign Law. *Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt*. doi: <https://doi.org/10.1515/9783866539129>
3. Jung E. Von der «logischen Geschlossenheit» des Rechts. Berlin, 1900. S. 138.
4. Orzikh V. Theory and practice of application by notary the analogia legis and analogia iuris. *Knowledge, Education, Law, Management*. № 1 (37). Vol. 2. 2021. С. 157–163.
5. Авдюков М. Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. Москва : Изд-во МГУ, 1970. 204 с.
6. Аверин А. В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики) : автореф. дис. ... д-ра юр. наук : 12. 00. 01. Саратов, 2004. 49 с.
7. Акимов В. И. Аналогия в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.712. Ленингр. ун-т. Л., 1970. 14 с.
8. Акимов В. И. Понятие пробела в праве. *Правоведение*. 1969. № 3. С. 110-113.
9. Алексеев С. Проблемы теории права. В 2 т. Т. 2. Свердловск : Изд-во Свердловск. юрид. ин-та, 1973. 401 с.
10. Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. I. Москва: Юрид. лит. 1981. 361 с.
11. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М. : Статут, 1999. 712 с.
12. Алексеев С. С. Проблемы теории права: нормативные юридические акты. Применение права. Юридическая наука (правоведение): курс лекций. В 2-х т. Т. 2. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1973. 396 с.
13. Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. 264 с.
14. Алексеев, С. С. Теория права. 2-е изд., перераб. и доп. М. 1995. 320 с.

15. Амеліна А. С. Поняття та ознаки спадкового договору. *Право та управління*. 2011. № 1. С. 17-23.
16. Аносова М. М. Объекты правоприменительных отношений: проблемы теории и практики. Владимир: Изд-во «Транзит-ИКС», 2006. 187 с.
17. Аристотель Риторика. Поэтика. Москва: Азбука, 2014. 320 с.
18. Аристотель. Этика. Пер. Н. В. Брагинской, Т. А. Миллер. Кн. 5. М. : АСТ, 2002. 492 с.
19. Асмус В. Ф. Логика. М., 1947. 387 с.
20. Афанасьев В., Герасимов А., Гойман В. Общая теория права и государства : учебник. М. : Юристъ, 1999. 472 с.
21. Афанасьева Л. В. Нормы права и их действие: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 : Москва, 2000. 177 с.
22. Ашихмина А. В. О применении права при пробелах в трудовом законодательстве. *Проблемы советского трудового права*. 1975. Вып. 46. С. 95-98.
23. Балашов А. Н., Мишутина Э. И. Аналогия закона и аналогия права в гражданском судопроизводстве . *Человек и закон*. 2009. № 11. С. 23–28.
24. Баранова Л. М. Механізм захисту суб'єктивних цивільних прав юрисдикційними органами. Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб: колективна монографія / В. Л. Яроцький, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва, І. В. Жилінкова та ін. ; за наук. ред. проф. В. Л. Яроцького. Х. : Юрайт, 2013. 272 с
25. Бару М. И. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям. *Советская юстиция*. 1963. № 14. С. 17-18.
26. Бачиашвили И. М., Зоидзе В. И., Капанадзе Т. Ш. и др. Актуальные проблемы советского права. Тбилиси: Мецниереба, 1988. 357 с.
27. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. Сост. и предисл. В. С. Овчинского. М. :Инфра-М. 2004. 184 с.
28. Белкин А. А. Аналогия в государственном праве. *Правоведение*. 1992. № 6. С. 12-24.
29. Белоносов В. О. Теория и практика применения аналогии в

уголовном судопроизводстве: дисс.... канд. юрид. наук.: 12.00.09. Саратов, 1999. 255 с.

30. Бережнов А. Г. Теоретические проблемы правопонимания и формирования содержания права. Проблемы теории государства и права: учеб. пособие / Под ред. М. Н. Марченко. М. ; Юристъ, 2001. 800 с.

31. Білоусов Ю. В. Захист цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. Цивільне право України: навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, В. А. Ватрас, С. Д. Гринько та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. 536 с.

32. Бобрешов Є. Г. Судове правозастосування в Україні: проблеми теорії і практики: дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00. 01. Одеса, 2010. 251 с.

33. Божок В. А. Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. Москва, 2006. 172 с.

34. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М. : Юрид. лит., 1980. 416 с.

35. Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992. 320 с.

36. Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Бєгова Т. І. та ін. Цивільне право України: підручник. У 2 т. Т. 1. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Х. : Право, 2011. 656 с.

37. Борисова В., Баранова Л., Жилінкова І. Цивільне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 480 с.

38. Боровиковский А. Л. Отчеты судьи. Т. I. СПб., 1909. 355 с.

39. Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Понятие, содержание и форма судебной практики. М. 1975. 193 с.

40. Бро Ю. Н. Проблемы применения советского права. Иркутск: Изд-во. Иркутского ун-та, 1980. 84 с.

41. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. *Вестник гражданского права*. 2006. № 2. Т. 6. Ч. 2. С. 185–226.

42. Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. М., Изд. Бр. Башмаковых. 1913. 152 с.

43. Васьковский Е. В. Учебник гражданского права: учебник. Москва:

Статут, 2003. 382 с.

44. Васьковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Москва: Центр «ЮрИнфоР», 2002. 507 с.

45. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Одесса, 1901. 400 с.

46. Великий енциклопедичний юридичний словник. За ред. Ю. С. Шемшученка. 2-е вид., перероб. і доп. К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. 1020 с.

47. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Уклад. і голов. ред. В. Бусел. К. : Перун, 2001. 1440 с.

48. Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1965. 301 с.

49. Венгеров А. Б. Теория государства и права: учебник. 3-е изд. М. : Юриспруденция, 2000. 528 с.

50. Венгеров А. Б. Теория государства и права: учебник. М. : Омега-Л, 2004. 608 с.

51. Вердников В. Г., Червоный Ю. С., Брагинский М. И. и др. Советское гражданское право: ученик. В 2 т. Том I. Под. ред. В. А. Рясенцева. 2-е изд. пер. и доп. М.: «Юридическая литература», 1975. 557 с.

52. Вильнянский В. И. Значение логики в применении правовых норм. *Ученые записки Харьковского юридического института*. 1948. Вып. III. С. 77-110.

53. Вильнянский С. И. Толкование и применение гражданско-правовых норм. Методич. мат-лы ВЮЗИ. Вып. 2. М., 1948. 248 с.

54. Волинка К. Г. Теорія держави і права: навчальний посібник. К. : МАУП, 2003. 240 с.

55. Вопленко М. М. Социалистическая законность и применение права. Под ред. М. И. Байтина. Саратов : Изд-во Саратовского унта, 1983. 184 с.

56. Вопленко Н. Н. Очерки общей теории права. Волгоград, 2009. 898 с.

57. Вороненков Д. Н. Теоретические и нормативные основы судебного контроля в механизме разделения властей: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук:

12.00.01, 12.00.11. М., 2009. 58 с.

58. Вступ до курсу «Функції права»: Лекція професора В. Тимошенко. *Право України*. 2017. № 2. С. 185–195.

59. Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. К., 2007. 19 с.

60. Горшенёв В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М. : Юрид. лит., 1972. 256 с.

61. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.

62. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

63. Гура І. В. Нотаріат як публічно-правовий інститут охорони та захисту прав громадян. *Юридичний часопис національної академії внутрішніх справ*. 2011. № 1. С. 57-64.

64. Даль В. Толковый словарь живого русского языка. Т. 3. М., 1980. 683 с.

65. Дернбург Г. Пандекты: Общая часть. Т. 1. Под ред. П. Соколовского; Пер. с нем. Г. фон Рехенберга. М. : Унив. тип., 1906. 481 с.

66. Довгерт А. Юридична аналогія в Цивільному кодексі та судовій практиці України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 159–165.

67. Дрішлюк А. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (радянський період). *Південноукраїнський правничий часопис*. № 2. 2012. С. 265–268.

68. Дрішлюк А. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (дореволюційний період). *Південноукраїнський правничий часопис*. № 4. 2011. С. 295–298.

69. Дрішлюк А. І. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період). *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2011. Вип. 17. С. 9–14.

70. Дюрятин И. Я. Применения норм советского права. Теоретические вопросы. Свердловск : Средне-Уральское книжное изд-во, 1973. 248 с.

71. Ершов В. Отношения, регулируемые гражданским правом. *Российская юстиция*. 1996. № 1. С. 14-15.
72. Забігайло В. К. Проблемы «пробелов в праве». *Критика буржуазной теории*. К. : Наукова думка, 1974. 135 с.
73. Завальнюк С. В. Аналогія права як спосіб подолання прогалин в цивільному праві. *Актуальні проблеми політики*. 2014. Вип. 52. С. 372–378.
74. Завальнюк С. В. Аналогія права за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2015. 22 с.
75. Загальна теорія держави і права. За ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
76. Загальна теорія держави і права: підручник. За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2002. 542 с.
77. Зажицкий В. И. Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации. *Государство и право*. 1996. № 11. С. 92-98.
78. Заїка Ю. Українське цивільне право : навчальний посібник. К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 368 с.
79. Звернення щодо порядку застосування нормативно-правових актів: Лист МЮУ від 30.01.2009 р., № Н-35267-18. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>.
80. Зусь Л. Б. Правоприменение: его механизм, понятие. *Проблемы обеспечения законности в механизме правоприменения*: мат. Межресп. научно-практич. конф. Волгоград, 1991.
81. Иеринг Р. Дух римского права по различным ступеням его развития: Пер. с 3-го испр. нем. изд. Ч. 1 СПб., 1875. 321 с.
82. Иеринг Р. Избранные труды. В 2-х т. Т. 2. СПб. : Юрид. центр Пресс. 2006. 616 с.
83. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. 311 с.
84. Иоффе О. С. Советское гражданское право. М. : Юридическая литература, 1967. 494 с.
85. Казанчан А. А. Правозастосувальна діяльність органів місцевого

самоврядування України: питання теорії та практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2005. 233 с.

86. Калиниченко Т. Г. Нотариальные действия: понятие, содержание и виды. *Нотариальный вестникъ*. 2009. № 4. С. 14-15.

87. Кант И. Метафизика нравов: сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. М., 1965. 544 с.

88. Карташов В. Н. Институт аналогии в советском праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1976. 24 с.

89. Карташов В. Н. Применение права: учебное пособие. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1980. 74 с.

90. Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. В 2 т. Т. 1. Ярославль : ЯрГУ, 2005. 547 с.

91. Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. Под ред. Н. И. Матузова. Саратов : СГУ, 1989. 218 с.

92. Карташов В. Н. Правоприменительная практика в социалистическом обществе. Ярославль, 1986. 86 с.

93. Кельман Л. М. Соціально-політичні фактори впливу на правозастосовну діяльність : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2008. 210 с.

94. Кемулария Э. Ш. Проблемы применения уголовно-процессуального законодательства по аналогии: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1983. 16 с.

95. Кечекьян С. Ф. Учение Аристотеля о государстве и праве Отв. ред. И. Д. Левин. М. ; Л. : Изд-во АН СССР, 1947. С. 97.

96. Кечекьян С. Ф. Учение Аристотеля о государстве и праве. Отв. ред. И. Д. Левин. М.; Л. : Изд-во АН СССР, 1947. 222 с.

97. Клім С. І. Аналогія закону в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса : Б. в., 2012. 20 с.

98. Клім С. І. Деякі аспекти співвідношення аналогії закону та субсидіарного застосування норм. *Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія Право*. 2010. Вип. 14. Ч. 2. С. 255–258.

99. Клім С. І. Суб'єкти використання й застосування аналогії закону та форми її втілення у цивільному праві України. *Актуальні проблеми держави та права*. 2011. С. 559–568.

100. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06. 07. 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35. Ст. 446.

101. Колотова О. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. К., 2010. 19 с.

102. Комаров В. В., Баранкова В. В. Нотариат и нотариальный процесс: учебник. Х. : Консул, 1999 р. 240 с.

103. Комаров С. А. Общая теория государства и права: курс лекцій. 2-е изд., испр. и доп. Москва: Манускрипт, 1996. 316 с.

104. Кондратьев Р. Локальні норми і прогалини в праві. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління в права*. 2002. № 1. С. 17–21.

105. Коржанський М. Й. Кримінальне право України. Частина загальна : курс лекцій. Київ : Наук. думка, 1996. 336 с.

106. Коструба А. В. Аналогія права та закону як фактична фікція і спосіб «оздоровлення» механізму право припинення. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 185–189.

107. Костюк Н. П. Проблема ефективності юридичного механізму правозастосування як особливої форми управління. *Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні та політичні науки*. 2006. Вип. 34. С. 94–99.

108. Котюк В. О. Теорія права: курс лекцій : навч. посібник. К. : Вентурі, 1996. 208 с.

109. Красавчиков О. Советское гражданское право. Том I : учебник : в 2 т. Под. ред. О. Красавчиков. 3-е изд. испр. и доп. М. : «Высшая школа», 1985. 544 с.

110. Крестовська Н. М., Матвеева Л. Г. Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. 432 с.

111. Кройтор В. А. Усунення прогалин у цивільному праві за допомогою

аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. № 3. С. 159–166.

112. Кузнецова Л. Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Барнаул, 2004. 184 с.

113. Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента. *Журнал российского права*. 2012. № 4. С. 94–95.

114. Лазарев В. В. Особенности реализации правовых предписаний. *Советское государство и право*. 1972. № 2. С. 21–28.

115. Лазарев В. В. Применение советского права. Казань, 1972. 200 с.

116. Лазарев В. В., Левченко И. П. Правоприменительная деятельность органов внутренних дел. М., 1989. 84 с.

117. Лазарев В. Понятие пробелов в праве. *Советское государство и право*. 1967. № 4. 92 с.

118. Лазарев В. Пробелы в праве и их восполнение. Проблемы общей теории права и государства: учеб. для вузов. Под ред. В. Нерсисяна. М.: НОРМА, 2002. 813 с.

119. Лазарев В. Пробелы в праве и пути их устранения : монография. М. : Юридическая литература, 1974. 184 с.

120. Левченко И. П. Механизм применения права (опыт системного исследования). Смоленск, 1997. 104 с.

121. Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. Под ред. В. А. Томсинов. М. : Зерцало, 2008. 452 с.

122. Леушин В. И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Свердловск, 1971. 25 с.

123. Леушин В. И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве. *Проблемы применения советского права*. Свердловск, 1973. С. 48–59.

124. Лившиц Р. З. Теория права : учебник. М., Издательство БЕК, 1994. 224 с.

125. Лившиц Р. З. Теория права. М, 1994. 224 с.

126. Лічман Л. Г. Щодо застосування аналогії закону в цивільному судочинстві України. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2011. № 4. С. 111–114.

127. Луць Л. А. Загальна теорія держави і права: навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою). К. : Атіка, 2007. 412 с.

128. Лучанінова проти України: Рішення Європейського Суду по правах людини від 9 червня 2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_788#Text

129. Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина: монографія. Т. І. Вступ у цивільне право. К. : Алерта, 2012. 472 с.

130. Майданик Р. Застосування цивільного законодавства за аналогією. *Юридична Україна*. 2009. № 7. С. 56–61.

131. Маріна І. Н. Засоби підвищення ефективності застосування норм права: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2009. 163 с.

132. Матат Ю. І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності : монографія. Х. : Право, 2015. 176 с.

133. Мейер Д. И. Русское гражданское право: учебник. 2-е изд. испр. и доп. Москва: Статут, 2000. 831 с.

134. Михайловский И. В. Очерки философии права. Т-во «Печатня С.П. Яковлева», 1914. 628 с.

135. Молодкин Н. Е. Функции судебных актов в правовом регулировании: дисс. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. М., 2005. 184 с.

136. Мурадян З. М. Нотариальные и судебные процедуры: монографія. М. : Юристь, 2006. 470 с.

137. Надточій проти України: Рішення Європейського Суду по правах людини від від 28 серпня 1991 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_404#Text

138. Назаренко Г. В. Теория государства и права: учебное пособие. Москва: Ось-89, 1998. 176 с.

139. Небеська М. С. Сутність та призначення стадій правозастосовного

процесу. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2016. № 1. С. 40–41.

140. Невзоров И. Л. Принципы законности в правоприменительной деятельности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харьков, 2002. 196 с.

141. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М. : Гос. изд. правовой лит-ры. 1960. 310 с.

142. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М. : Госюриздат, 1960. 511 с.

143. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. 511 с.

144. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юрид. вузов и факультетов. М., 1999. 552 с.

145. Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права: монография. Москва: Юр. лит., 1959. 162 с.

146. Нуртдинова А. Ф., Чиканова Л. А. Практика применения законодательства о труде: науч.-практ. пособие. М., 2000. 288 с.

147. Олійник А. Ю., Гусарєв С. Д., Слюсаренко О. Л. Теорія держави та права : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2001. 176 с.

148. Орзіх В. М. Застосування аналогії нотаріусом: практичний аспект. Кодифікація та ре кодифікація цивільного законодавства в Україні: досвід і перспективи: мат. Міжн. наук.-практ. конф. «Римське право і сучасність» (25 червня 2021). Одеса: Фенікс, 2021. С. 76-79.

149. Орзіх В. М. Нотаріус як суб'єкт застосування аналогії. *Право і суспільство*. № 2. 2017. С. 87–90.

150. Орзіх В. М. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення. *Підприємництво, господарство і право*. № 9. 2017. С. 34–37.

151. Орзіх В. М. Умови та механізм застосування аналогії закону та аналогії права в цивільному праві України. *National law journal: theory and practice*. № 1. 2019. С. 144–147.

152. Орзіх В., Шевченко В., Орзіх Ю. Деякі зміни в організації і діяльності нотаріату України в умовах його реформування. *Юридичний вісник*. № 2. 2014. С. 86–92.

153. Осауленко О. І. Загальна теорія держави і права : навч. посібник. К. : Істина, 2007. 36 с.

154. Осипов А. В. Соблюдение норм советского права как форма их реализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. Саратов, 1980. 176 с.

155. Особливості правозастосування як форми реалізації норм права. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція*. 2014. Вип. 11(1). С. 40–42.

156. Павлишин О. В. Оптимізація правозастосовчої діяльності: теоретико-правові та логіко-філософські засади : навч. посібник. К. : Київський нац. ун-т внутрішніх справ, 2008. 123 с.

157. Павлишин О. В. Правозастосування та його ознаки в контексті семіотико-правового аналізу правової реальності. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2017. № 1. С. 161–172.

158. Паламарчук В. М. Правоприменение в правовом государстве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2010. 179 с.

159. Палеха Р. Р. Природа правозастосування як особлива форма реалізації права: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Елец, 2006. 171 с.

160. Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 201. 224 с.

161. Петражицкий Л. И. Очерки философии права: Основы психологической теории права. Обзор и критика современных воззрений на существо права. СПб. : Тип. Ю. Н. Эрлих, 1900. 138 с.

162. Петров В. В. Проблемы социалистической законности в судебной практике по гражданским колхозным делам. Вопросы социалистической законности в деятельности административных и хозяйственных органов: сб. науч. трудов. Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1968. 514 с.

163. Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2(49). С. 108–119.

164. Пиголкин А. С. Теория государства и права : ученик. Под ред. А. С. Пиголкина, Ю. А. Дмитриева. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Изд-во Юрайт,

2010. 744 с.

165. Підлубна Т. М. Право на захист цивільних прав та інтересів: монографія. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2010. 192 с.

166. Платон. Государство. Законы. Политик. М. : Мысль, 1998. 798 с.

167. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. №1. С. 44–56.

168. Погрібний С. Аналогія закону та аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2010. № 5. С. 14–21.

169. Погрібний С. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. К., 2009. 374 с.

170. Податковий кодекс України: Закону України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13 (№ 13-№17). Ст. 112.

171. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права: учебник. Москва: Статут, 1998. 353 с.

172. Поленина С. В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей. *Журнал российского права*. 2013. №10 (202). С. 46-55.

173. Поляков А. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций. СПб : Юридический центр Пресс, 2003. 932 с.

174. Поняття аналогії закону й аналогії права в цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. Вип. 54. Т. 1. 2019. С. 83–86.

175. Порядок здійснення розрахунків з розстроченням платежу за придбання земельної ділянки державної та комунальної власності: Постанова Кабінету Міністрів України від 22.04.2009 року за № 381. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/381-2009-%D0%BF#Text>

176. Правоприменение в советском государстве. Отв. ред. И. Н. Кузнецов, И. С. Самощенко. М. : Юрид. лит., 1985. 304 с.

177. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу

України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017 р. № 48. Ст. 436.

178. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993 р. № 39. Ст. 383.

179. Про судові рішення в цивільній справі : Постанова Пленуму Верховного суду України від 18.12.2009 року № 14. *Вісник Верховного суду України*. 2010 р. № 1. Ст. 4.

180. Проблемы теории права : курс лекций : в 2-х т. Т. 2: Нормативные юридические акты. Применение права. Юридическая наука (правоведение). Свердловск, 1973. 401 с.

181. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посібник. 9-е вид., зі змін. Львів : Край, 2007. 192 с.

182. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. Под ред. Ю. С. Гамбарова; Пер. И. А. Базанова. М. : Т-во И. Д. Сытина, 1897. 296 с.

183. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс:: підручник. Вид. 2-е, доп. К. : Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. 594 с.

184. Сабо И. Социалистическое право. Под ред. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1964. 396 с.

185. Сапун В. А. Юриспруденция XXI века: горизонты развития : очерки/ Под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник. СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2006. 657 с.

186. Семейное право Украины: ученик. Под ред. Ю. С. Червоного. Харьков: Одиссей, 2004. 520 с.

187. Синайський В. И. Русское гражданское право: учебник. Москва: Статут, 2002. 638 с.

188. Сімейний кодекс України: Закон України від 10. 01. 2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21. Ст. 135.

189. Скакун О. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) :

підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.

190. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл. : пер. з рос. Харків: Консум, 2008. 656 с.

191. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

192. Сміян Л. С., Нікітін Ю. В., Хоменко П. Г. Нотаріат в Україні: навч. посібник. 3-тє вид., доп. і перероб. К. : КНТ, 2009 р. 632 с.

193. Советское гражданское право: ученик. В 2 т. Т. I. Под ред. Д. М. Генкина. Москва: «ГОСЮРИЗДАТ», 1950. 495 с.

194. Советское гражданское право: ученик. В 2-х ч. Ч. 1. Под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. 2-е изд., дополненное и перераб. К. : «Вища школа», 1983. 462 с.

195. Современный словарь иностранных слов. М. Изд-во «Русский язык». 1992. 740 с.

196. Сорокин В. Д. Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 52-55.

197. Спасибо-Фатеева И. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография. Х. : Право, 2011. 296 с.

198. Спасибо-Фатеева І. В. Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. № 4 (35). С. 137-148.

199. Спасов Б. П. Закон и его толкование. М. : Юридическая литература, 1986. 247 с.

200. Строгович М. С. Логика. 2-е изд., перераб. и доп. М. : РИО ВЮА, 1948. 308 с.

201. Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. *Ученые записки Юрьевского университета*. 1917. № 1-2. С. 259.

202. Тарахонич Т. І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії. *Держава і 221 право : зб. наук. праць*. 2010. Вип. № 50. С. 42–46.

203. Теория государства и права : курс лекцій. Под ред. Н. И. Матузова и

А. В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2001. 776 с.

204. Теория права и государства. Под ред. В. В. Лазарева. М. : Право и Закон, 1996. 424 с.

205. Теорія держави і права : посіб. для підготовки до держ. іспитів. За заг. ред. О. В. Петришина. Х. : Право, 2012. 192 с.

206. Теорія держави та права : навч. посіб. За заг. ред. С. Л. Лисенкова, В. В. Копейчикова. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 368 с.

207. Теорія нотаріального процесу : науково-практичний посібник. За заг. ред. С. Я. Фурси. К. : Алерта; Центр учбової літератури, 2012. 920 с.

208. Терехова О. О. Здійснення, охорона та захист суб'єктивних спадкових прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук:12.00.03. Харків, 2012. 18 с.

209. Тихомиров Ю. А. Правовое регулирование: теория и практика. М. , 2010. 400 с.

210. Ткаченко Ю. Г. Нормы советского социалистического права и их применение. М. : Госюриздат, 1961. 172 с.

211. Труба В. І., Притченко Р. С. Теорія держави і права: підручник. Харків: Одісей, 2007. 448 с.

212. Труба В., Васильєв А., Борщевський І., Іванов В., Канзафарова І. Теорія держави і права : підручник. Х. : Одісей, 2007. 319 с.

213. Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М.: Т-во Тип. А.И. Мамонтова, 1917. 227 с.

214. Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 184 с.

215. Уранский Ф. Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 192 с.

216. Фасій Б. В. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні: теорія та практика : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Одеса, 2016. 202 с.

217. Фидаров В. В. Пределы допустимости применения института аналогии закона и аналогии права в правовой системе России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Тамбов, 2009. 228 с.

218. Филиппенко М. М. Аналогия как средство познания. М.: Мысль, 1975. 56 с.

219. Фундаментальные проблемы концепции формирования советского правового государства: монография. Под ред. В. М. Горшенева. Харьков: Основа, 1990. 175 с.

220. Фурса Є. І. Новий погляд на термінологію спадкових правовідносин. *Право України*. 2002. № 9. С. 115–120.

221. Фурса С. Я., Лисенко Л. С. Законність і обґрунтованість нотаріальних актів. *Вісник вищої ради юстиції*. 2011. № 1. С. 174-185.

222. Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины. Х. : Одиссей, 2004. 960 с.

223. Харитонов Є. «Прогалини» у цивільному законодавстві: хиби правотворчості чи прийом законодавчої техніки. *Юридичний вісник*. 2013. № 1. С. 72–81.

224. Харитонов Є. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції) : монографія. О. : Фенікс, 2008. 346 с.

225. Харитонов Є. О. Загальні положення про захист цивільних прав та інтересів. Цивільне право України: підручник. За заг. ред. Харитонova Є. О., Харитонової О. І., Старцева О. В. 3-є вид., перероб. і доп. К. : Істина, 2013. 808 с.

226. Харитонов Є. О. Цивільне право України. Елементарний курс: навчальний посібник. Суми: ВТД «Університетська книга», 2006. 352 с.

227. Харитонов Є. О., Голубєва Н. Ю. Цивільне та сімейно право України: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. 968 с.

228. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монографія. Авт. кол. Под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. 296 с.

229. Хропанюк, В. Н. Теория государства и права: Хрестоматия: учеб. пособие. Москва : Интерстиль, 1998. 937 с.

230. Цивільне право України: академічний курс: підруч. У 2-х т. Т. 1. За заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ, 2003. 520 с.

231. Цивільне право України: підручник. У 2 кн. Кн. І. За ред. О. В. Дзери,

С. Кузнєцової. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 864 с.

232. Цивільне право України: підручник. У 2 т. Т. 1. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасібо-Фатєєвої, В. Л. Яроцкого. Харків: Право, 2011. 656 с.

233. Цивільне право України: підручник: у 2 т. За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-те вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком-Інтер, 2010. 976 с.

234. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

235. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40. Ст. 492.

236. Циппеліус Р. Юридична методологія : пер. з нім. К. : Реферат, 2004. 176 с.

237. Чванов О. А. Механизм правоприменения: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Саратов, 1995. 238 с.

238. Швецов С. Б. Эффективность правоприменительных актов : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Санкт-Петербург, 2004. 200 с.

239. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М. : Изд. Бр. Башмаковых, 1911. 698 с.

240. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.): учебник. Москва: Спарк, 1995. 556 с.

241. Шиндяпина Е. Д. Аналогия права в правоприменении: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. М., 2007. 24 с.

242. Шмаленя С. В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Л., 2009. 20 с.

243. Шутак І. Д., Онищук І. І. Юридична техніка : навчальний посібник для вищих навчальних закладів. Івано-Франківськ, 2013. 496 с.

244. Щодо порядку застосування нормативно правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами : Лист Міністерства юстиції від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/>

show/v3526323-09.

245. Элькинд П. С. К вопросу об аналогии закона в уголовном судопроизводстве. *Актуальные проблемы социальной законности и правопорядка*: Межвуз. сб. Куйбышев: Изд-во Куйбышев, ун-та, 1982. С. 75.

246. Элькинд П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967. 192 с.

247. Юрченко А. К. Советское гражданское право: учебник. В 2 ч. Ч. 1. Отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко. 2-е изд., испр. и перераб. Ленинград; Ленинградский университет, 1982. 413 с.

248. Явич Л. Общая теория права. Л. : Изд-во ЛГУ, 1976. 298 с.

249. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М. : Статут, 2006. 239 с.

250. Яловенко Т. В. Правоприменительная деятельность в правозащитной системе современного государства: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Волгоград, 2015. 173 с.

ДОДАТОК 1.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА:

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Орзіх В. М. Нотаріус як суб'єкт застосування аналогії. *Право і суспільство*. № 2. 2017. С. 87–90.
2. Орзіх В. М. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення. *Підприємництво, господарство і право*. № 9. 2017. С. 34–37.
3. Орзіх В. М. Поняття аналогії закону й аналогії права в цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. Вип. 54. Т. 1. 2019. С. 83–86.
4. Орзіх В. М. Умови та механізм застосування аналогії закону та аналогії права в цивільному праві України. *National law journal: theory and practice*. № 1. 2019. С. 144–147.
5. Orzikh V. Theory and practice of application by notary the analogia legis and analogia iuris. *Knowledge, Education, Law, Management*. № 1 (37). Vol. 2. 2021. С. 157–163.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Орзіх В. М. Застосування аналогії нотаріусом: практичний аспект. *Кодифікація та ре кодифікація цивільного законодавства в Україні: досвід і перспективи: мат. Міжн. наук.-практ. конф. «Римське право і сучасність» (25 червня 2021)*. Одеса: Фенікс, 2021. С. 78-81.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

7. Орзіх В., Шевченко В., Орзіх Ю. Деякі зміни в організації і діяльності нотаріату України в умовах його реформування. *Юридичний вісник*. № 2. 2014. С. 86–92.

Відомості про апробацію результатів дослідження

Дисертацію підготовлено та неоднаразово обговорено на кафедрі цивільного права Національного університету» Одеська юридична академія».

Основні наукові положення дисертації були апробовані на Міжнародній науково-практичній конференції «Кодифікація та ре кодифікація цивільного законодавства в Україні: досвід і перспективи».