

ня і перспективи: VI Міжнар. наук-практ. конф., 26 лютого 2016 р., Київ. Т. II. – К.: Нац. авіац. унів-т, 2016. – С. 265–268.

14. Дадьков В.Н. Взаимное страхование / В.Н. Дадьков, К.Е. Турбина. – М.: Анкил, 2007. – 344 с.

15. European Parliament resolution of 14 March 2013 with recommendations to the Commission on the Statute for a European mutual society (2012/2039(INI)) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/mutuals/prospects_mutuals_fin_en.pdf.

16. Турбина К.Е. Общества взаимного страхования / К.Е. Турбина. – М.: «Анкил», 1994. – 56 с.

17. Garnett Ronald George. A Century of Co-operative Insurance / R. G. Garnett. – London. – George Allen & UNWIN. LTD, 1968. – 324 p.

18. Гварлиани Т. Суть вопроса об управлении денежными потоками в страховой компании / Т. Гварлиани // Страховое ревю. – 1999. – № 8. – С. 27–31.

19. Навроцький С.А. Страховий захист у сільському господарстві: теорія, методологія, практика : автореф. дис. ... докт. економ. наук : спец. 08.00.08 / С.А. Навроцький. – Нац. наук. центр «Інститут аграрної економіки УААН. – Київ, 2012. – 44 с.

20. Пацурія Н.Б. Страхові правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і практики: [монографія] / Н.Б. Пацурія. – Ніжин: ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013. – 504 с.

ОРЗІХ В. М.,
приватний нотаріус
(Одеський міський нотаріальний округ)

УДК 347.1

НОТАРІУС ЯК СУБ'ЄКТ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ

Стаття присвячена дослідженню можливості використання нотаріусом аналогії під час здійснення нотаріальних дій. Проаналізовані наявні в літературі погляди з цього питання, законодавча регламентація, нотаріальна практика та судова практика розгляду цивільних справ. На підставі проведеного дослідження обґрунтовано, що нотаріус має право застосувати аналогію з метою охорони цивільних прав та інтересів учасників цивільного обігу.

Ключові слова: нотаріус, прогалини законодавства, цивільне право, аналогія закону, суб'єкти застосування аналогії.

Статья посвящена исследованию возможности использования нотариусом аналогии при совершении нотариальных действий. Проанализированы имеющиеся в литературе взгляды по этому вопросу, законодательная регламентация, нотариальная практика и судебная практика по гражданским делам. На основании проведенного исследования обосновано, что нотариус имеет право применять аналогию с целью охраны гражданских прав и интересов участников гражданского оборота.

Ключевые слова: нотариус, пробелы законодательства, гражданское право, аналогия закона, субъекты применения аналогии.

The article is devoted to the investigation of the possibility of using the analogy by a notary, when performing notarial acts. Analyzed in the literature are views on this issue, legislative regulation, notarial and court practice on civil cases. On the basis of the conducted research author makes a conclusion that notary has the right to apply an analogy for the purpose of protecting civil rights and interests participants of civil turnover.

Key words: notary, blanks of legislation, civil law, analogy of law, subjects of application of analogy.

Вступ. Зростання кількості правочинів, які щоденно укладаються в цивільному обороті, зокрема тих, що підлягають нотаріальному посвідченню, в умовах постійного відставання українського законодавця від потреб практики, зумовили актуалізацію 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, тем більш, що вони працюють із найбільш недосконалою та неузгодженою з цивільним правом його частиною, яка регламентує реєстраційні процедури. При цьому «радянський спадок» у свідомості більшості правозастосувачів, зокрема нотаріусів, зумовлює тлумачення конституційної норми (ст. 16) про вчинення дій органами державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадовими особами лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб виключно буквально. Думається, 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.

Питання застосування аналогії досліджувалося у різних аспектах, як правило, фахівцями в галузі теорії права (П.М. Рабінович [1], Р.С. Притченко [2], О.В. Колотова [3], Ю.І. Матаг [4]). У цивілістиці традиційно це питання розглядається в контексті подолання прогалів у праві та законодавстві (А.В. Довгерт [5], С.О. Погрібний [6], І.В. Спасиво-Фатєєва [7], Є.О. Харитонов [8]). Питання суб'єктів, які мають право застосовувати аналогію, було частково досліджено С.В. Завальнюком під час викання дисертаційного дослідження [9], а також у публікації С.І. Клім [10]. При цьому можливість застосування нотаріусом аналогії права окремо не досліджувалась.

Постановка завдання. Метою статті є визначення можливості застосування нотаріусом аналогії під час вчинення нотаріальних дій як із позиції теорії цивільного права, так і в контексті чинного законодавства, яке регламентує діяльність нотаріусів в Україні.

Результати дослідження. У радянській літературі висловлювалась позиція, що аналогію правомочний використовувати будь-який орган, який застосовує цивільно-правові акти. Як зазначають автори, правом вирішення питання за аналогією однаковою мірою володіють арбітраж, прокурор, орган нотаріату тощо [11, с. 48–49].

Щодо суб'єктів використання аналогії права, Є.О. Харитонов зазначав, що аналогію права можуть використовувати суб'єкти цивільного права, обираючи для себе під час укладення договору, не передбаченого законом, орієнтир 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 тощо [12, с. 76–77].

А.І. Дрішлюк вказував, що тільки суд має право на застосування аналогії, а інші державні органи позбавлені права застосовувати аналогію в своїй діяльності [13, с. 9–14]. Ще більш категорична позиція була висловлена в російській літературі. Зокрема, на думку Є.Д. 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 [14]. Таким чином, незважаючи на розвиток цивілістичної доктрини, ми спостерігаємо певний крок назад, порівняно з радянським періодом. Між тим, С.В. Завальнюк у своєму дослідженні обґрунтував можливість застосування аналогії права всіма суб'єктами цивільного права. Разом із тим, зазначає дослідник, аналогія має застосовуватись у суворій відповідності до вимог законності [9, с. 10].

У літературі вказувалося, 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 [15, с. 63].

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.М. 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 [16, с. 15–34].

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

У літературі зверталась увага на те, що нотаріус змушений буде застосувати аналогії, 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 [17, с. 175]. Відсутні підстави для відмови у вчиненні нотаріальної дії, проте і її вчинення здебільшого викликає труднощі. Наприклад, на необхідність застосування аналогії закону 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 [18, с. 21]. 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 Інструкція про 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 [10]. Аналіз нотаріальної та судової практики свідчить, що випадки застосування аналогії не обмежуються наведеним 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 по посвідченню 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 вмів, 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 звернулася 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 [19]. Фактично у наведеному прикладі нотаріус застосував аналогію закону.

Висновки. Якщо застосування судом аналогії закону є беззаперечним як із боку теорії, так і з боку законодавства (ст. 8 ЦПК України), аналогія закону як засіб подолання прогалин у діяльності інших правозастосовних органів викликає дискусію серед науковців і не є визначеною на рівні законодавства.

Ми вважаємо, що нотаріус має право застосовувати аналогію. При цьому саме нотаріус у змозі розв'язати більшість безспірних, але законодавчо не врегульованих практичних ситуацій, особисто застосувавши 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 застосувати 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. Також у нотаріальній діяльності є багато складних практичних ситуацій, в яких нотаріус мав би застосувати методи аналогії закону та аналогії права, але, за відсутності певних законодавчо врегульованих механізмів застосування цих методів, він змушений рекомендувати суб'єктам цивільних правовідносин звертатися до суду з метою захисту їх законних прав та інтересів, зокрема у безспірних ситуаціях. Як показує нотаріальна та судова практика, є багато прикладів, коли сторони у безспірній ситуації змушені звертатися до суду з метою або отримати рішення суду як правоустановчий документ, або укласти «мирову угоду». При цьому чинне цивільне законодавство України не встановлює права застосування методу аналогії закону або аналогії права виключно для судових органів, так само як і відсутня заборона на її використання нотаріусами. Наведене свідчить про необхідність продовження дослідження обраного аспекту проблематики в контексті формування та закріплення механізмів застосування аналогії в діяльності нотаріуса.

Список використаних джерел:

1. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: [навч. посібник] / П.М. Рабінович. – Вид. 5-те, зі змінами. – К.: Атіка, 2001. – 368 с.
2. Труба В.І., Притченко Р.С. Теорія держави і права: [підручник] / Васильєв А.С., Борщевський І.В., Іванов В.В., Канзафарова І.С. та ін. – Х.: Одісей, 2007. – 448 с.
3. Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О.В. Колотова; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2010. – 19 с.
4. Матат Ю.І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ю.І. Матат; НУ ЮАУ. – Х.: [б. в.], 2013. – 20 с.
5. Довгерт А.С. Юридична аналогія в Цивільному кодексі та судовій практиці України [Текст] / А.С. Довгерт // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 159–165.
6. Погрібний С.О. Аналогія закону та аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин / С.О. Погрібний // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2010. – № 5. – С. 14–21.
7. Спасибо-Фатєєва І.В. Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці [Текст]: / І.В. Спасибо-Фатєєва // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4 (35). – С. 142.
8. Харитонов Є.О. «Прогалини» у цивільному законодавстві: хиби правотворчості чи прийом законодавчої техніки / Є.О. Харитонов // Юридичний вісник. – 2013. – № 1. – С. 72–81.
9. Завальнюк С.В. Аналогія права за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С.В. Завальнюк; Міжнар. гуманітар. ун-т. – Одеса, 2015. – 22 с.
10. Клім С.І. Суб'єкти використання й застосування аналогії закону та форми її втілення у цивільному праві України / С.І. Клім // Актуальні проблеми держави та права. – 2011. – С. 559–568.
11. Советское гражданское право: / учебник: в 2-х ч. / [М.И. Бару, З.А. Подопрігора, С.Д. Волошко та ін.]; под ред. В.Ф. Маслова, А.А. Пушкина. – 2-е изд., дополненное и перераб. – К.: «Вища школа», 1983. – Ч. 1. 462 с.
12. Харитонов Є.О. Цивільне право України [Текст]: підручник. : у 2 т. / [Дзера О.В., Дудченко В.В., Майданик Р.А. та ін.]; за ред. Харитонova Є.О., Голубовської Н.Ю. – Х.: ТОВ «Одісей», 2008. – Т. 1. – 832 с.
13. Дрішлюк А.І. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період) / А.І. Дрішлюк // Право. Науковий вісник Ужгородського національного університету. – № 17. – 2011. – С. 9–14.
14. Шиндяпина Е.Д. Аналогія права в правопримененні [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Е.Д. Шиндяпина. – М., 2007. – 24 с.
15. Гура І.В. Нотаріат як публічно-правовий інститут охорони та захисту прав громадян / І.В. Гура // Юридичний часопис національної академії внутрішніх справ. – 2011. – № 1. – С. 57–64.
16. Мурадян Э.М. Нотариальные и судебные процедуры: [монография] / Э.М. Мурадян. – М.: Юрист, 2006. – 470 с.
17. Фурса С.Я. Законність і обґрунтованість нотаріальних актів / С.Я. Фурса, Л.С. Лисенко // Вісник вищої ради юстиції. – 2011. – № 1. – С. 174–185.
18. Амеліна А.С. Поняття та ознаки спадкового договору / А.С. Амеліна // Право та управління. – 2011. – № 1. – С. 17–23.
19. Ухвала апеляційного суду Одеської області від 27.04.2015 р. за № 22-ц/785/512/15 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46097435>

