

DOI <https://doi.org/10.51647/kelm.2021.1.2.27>

TEORIA I PRAKTYKA STOSOWANIA ANALOGII USTAWY I PRAWA PRZEZ NOTARIUSZA

Viktoriia Orzikh

notariusz prywatny

Odeskiego miejskiego powiatu notarialnego,

aspirant Katedry Prawa Cywilnego

Narodowego Uniwersytetu „Odeska Akademia Prawnicza” (Odessa, Ukraina)

ORCID ID: 0000-0003-4904-0129

e-mail: orzikh_v@ukr.net

Adnotacja. Luki w prawie są nieodłącznym stanem sfery legislacyjnego uregulowania stosunków społecznych. Takie okoliczności wynikają z obiektywnych i subiektywnych czynników procedury legislacyjnej. Niedoskonałość techniki prawnej przejawia się w procesie egzekwowania prawa, w okolicznościach konkretnych sytuacji życiowych. Podmioty egzekwowania prawa są obdarzone szerokim zakresem uprawnień, biorąc pod uwagę specyfikę ich działalności. Notariusz jako podmiot egzekucyjny ma przewidziane prawem uprawnienia do rozwiązywania sytuacji życiowych, które znajdują się na płaszczyźnie prawnej. W praktyce notariusz, podobnie jak inne podmioty, ma do czynienia z niekompletnością, niedoskonałościami aktów normatywnych i, w związku z tym, lukami w prawie. Analogia ustawy i analogia prawa są jednym ze sposobów wypełniania luk. Zdefiniowano, że analogia polega na swobodnym wypełnianiu luk, a nie na wypełnianiu samej określonej luki. W celu potwierdzenia wniosków teoretycznych zbadano przykłady z praktyki, w których notariusz musiał zastosować analogię. Zbadano również praktykę sądową, która nakłada na notariusza obowiązek stosowania analogii w swojej działalności.

Słowa kluczowe: notariusz, luka, analogia ustawy, analogia prawa, podmiot egzekucyjny.

THEORY AND PRACTICE OF APPLICATION BY NOTARY THE ANALOGIA LEGIS AND ANALOGIA IURIS

Victoriia Orzikh

Private Notary

Odesa City Notarial District,

Postgraduate Student at the Department of Civil Law

National University “Odesa Law Academy” (Odesa, Ukraine)

ORCID ID: 0000-0003-4904-0129

e-mail: orzikh_v@ukr.net

Abstract. Gaps in law are an intrinsic part of the legislative regulation of social relations. The imperfection of legal techniques is manifested in the process of the application of law, in the circumstances of specific situations in everyday life. The notary, as a subject who authorized to apply law, has the statutory authority to resolve life situations that are in the legal field. In practice, the notary, as well as other entities, faces incompleteness, imperfections of regulations and, consequently, gaps in the law. The analogy of legislation (*analogia legis*) and the analogy of law (*analogia iuris*) is one way of bridging the gap. It is determined that the analogy is called to resolve a certain situation not the certain gap as a whole. In order to confirm the theoretical conclusions, examples from practice were illustrated, in which the notary had to apply the analogy.

Key words: notary, legal gap, analogia legis, analogia iuris, subject of application of law.

ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ ТА ПРАВА НОТАРІУСОМ

Вікторія Орзіх

приватний нотаріус

Одеського міського нотаріального округу,

аспірант кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія» (Одеса, Україна)

ORCID ID: 0000-0003-4904-0129

e-mail: orzikh_v@ukr.net

Анотація. Прогалини у праві є невід’ємним станом сфери законодавчого врегулювання суспільних відносин. Такі обставини зумовлені об’єктивними та суб’єктивними чинниками законодавчої процедури.

Недосконалість юридичної техніки виявляється у процесі правозастосування, в обставинах конкретних життєвих ситуацій. Суб'єкти правозастосування наділені широким колом повноважень з огляду на специфіку їх діяльності. Нотаріус як суб'єкт правозастосування має передбачені законом повноваження вирішувати життєві ситуації, які знаходяться у правовій площині. У практичній діяльності нотаріус, так само як й інші суб'єкти, зіштовхується з неповнотою, недосконалістю нормативно-правових актів і, відповідно, із прогалинами у законодавстві. Аналогія закону й аналогія права є одним зі способів подолання прогалин. Визначено, що аналогія полягає в казуальному подоланні прогалин, а не подоланні конкретної прогалини як такої. З метою підтвердження теоретичних висновків були досліджені приклади із практики, у яких нотаріусу необхідно було застосовувати аналогію. Також досліджено судову практику, яка покладає на нотаріуса обов'язок застосування аналогії у своїй діяльності.

Ключові слова: нотаріус, прогалина, аналогія закону, аналогія права, суб'єкт правозастосування.

Вступ. Право є комплексним багатоаспектним явищем, яке через об'єктивні та суб'єктивні обставини трансформується задля ефективного врегулювання суспільних відносин. Свобода однієї людини закінчується там, де починається свобода іншої людини. Критерії визначення меж свободи, на перший погляд, є абстрактними. Сутність права полягає у тому, щоб достатньо точно, чітко та конкретно встановити межі прав та обов'язків людини.

У загальному позитивістському розумінні право є сукупністю загальнообов'язкових, формально визначених правил поведінки, встановлених чи санкціонованих державою з метою врегулювання суспільних відносин.

Норма права сформульована таким чином, щоб у разі потреби врегулювати максимально допустиму кількість потенційних життєвих ситуацій, які знаходяться у правовій площині.

Спектр дії окремо взятої норми права широкий. Законодавець докладає зусиль при обранні правильного й універсального формулювання відповідного правила поведінки, яке, пройшовши необхідну процедуру, перетворюється у правову норму.

Основне завдання, що полягає у правильному вирішенні конкретної життєвої ситуації, покладається на суб'єкта, котрий у своїй діяльності буде застосовувати відповідну правову норму.

Варіативність суспільних відносин, які знаходяться в межах правової площини, є причиною для ускладнення процесу правозастосування.

Саме суб'єкт правозастосування у своїй діяльності, застосовуючи норму права, зіштовхується зі складнощами: обмеженістю правової норми, її нечітким формулюванням, неповнотою, наявністю прогалин тощо.

Пошук ефективних шляхів вирішення проблем у процесі правозастосування є невід'ємною складовою частиною роботи суб'єкта правозастосування.

Основна частина. Правозастосування являє собою особливу форму реалізації права, яка об'єднує інші форми задля досягнення конкретного результату – врегулювання правової ситуації, яка склалася між учасниками правовідносин. Беззаперечно правозастосування – це складний процес, ключову роль у якому займає відповідний суб'єкт – уповноважений орган чи посадова особа, які діють у межах наданої законом компетенції.

Правозастосування – це здійснювана у 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 (Скакун, 2001).

М. Коржанський визначає правозастосування як владну організацію суспільного порядку та відносин суб'єктів, які беруть участь у суспільному житті (Коржанський, 1996). Є. Бобрешов визначає правозастосування як юридично цілісну, активну, творчу сукупність дій із реалізації права, що здійснюється чітко регламентованими повноважними органами (посадовими особами) державної влади в рамках формально закріплених процедурно-процесуальних форм, спрямована на оформлення, кваліфікування та вирішення конкретних життєвих випадків у суспільних правовідносин, які підлягають регулюванню та віднесені законом до компетенції таких органів. (Бобрешов, 2010).

Тобто правозастосування є особливою формою реалізації права, котра на певному етапі акумулює й інші форми реалізації права, визначаючи таким чином свій особливий та універсальний характер.

Одним із ключових питань, які нині дискутуються науковцями, є коло суб'єктів правозастосування. Більшість авторів (А. Васильєв, П. Галанза, Д. Керімов та ін.) підкреслювали, що суб'єктами правозастосування можуть бути тільки наділені владними повноваженнями органи та посадові особи держави. У літературі були представлені й інші позиції. Зокрема, 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 (Піголкін, 2010).

Останнім часом спостерігається тенденція розширення кола суб'єктів правозастосування та наділення відповідними повноваженнями поряд із представниками органів державної влади, інших представників юридичної сфери.

Варто додати, що існує подвійність уявлень щодо суб'єкта правозастосування, існування широкого та вузького підходу для визначення суб'єкта правозастосування. Зокрема, у широкому сенсі буде правильно вважати суб'єктами всіх осіб, так чи інакше залучених до правозастосовчої діяльності з різними функціями. Водночас у вузькому розумінні 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 має офіційний юридичний характер і спрямована на реалізацію права за допомогою видання правозастосовних актів – документів, які містять відповідні його компетенції, обов'язкові персоналізовані правові приписи, адресовані конкретним суб'єктам (Тихомиров, 2010: 321). Таким чином, певний

період часу в науковій літературі тільки суди наділялися можливістю застосування правових норм та ухвалення відповідних правозастосовних актів.

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

До суб'єктів правозастосування висуваються високі вимоги професійного характеру, зокрема до рівня його підготовленості, знання теорії, практичних навичок, вміння самостійно на комплексно оцінювати ситуацію загалом і конкретні обставини справи, рівня 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 і знаннями з інших сфер життєдіяльності.

Беззаперечним і 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 щодо дискреції у процесі правозастосування, окрім як визначених рамками чинного процесуального законодавства.

Однак, як вже вище зазначалося, незважаючи на те, що судова гілка влади включає в себе весь спектр і перелік особливостей процесу правозастосування та його структурних елементів, перелік суб'єктів правозастосування є ширшим.

Крім судів, до державних органів, які наділені повноваженнями правозастосування, належать органи прокуратури, служби безпеки, правоохоронні органи, органи управління, органи виконавчої влади, нотаріуси тощо.

Розширення переліку суб'єктів правозастосування насамперед зумовлене стрімким розвитком суспільних відносин, багатогранним процесом життєдіяльності, появою нових сфер професійної діяльності, виникненням нових галузей і підгалузей права, правових інститутів тощо. Все 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 покласти лише на судову гілку влади було би, принаймні, нераціонально. 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 із прийнятими рішеннями.

Варто зауважити, що повноваження суб'єктів правозастосування здебільшого детально регламентовані, що зобов'язує їх діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, чітко передбачений нормативно-правовими актами (ст. 19 Конституції України).

Ст. 3 Закону України «Про нотаріат» визначає нотаріуса як уповноважену державою фізичну особу, котра 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.

Відповідно до ч. 2 ст. 42 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальної дії може бути відкладено в разі необхідності витребування додаткових відомостей або документів від фізичних і юридичних осіб або надсилання документів на експертизу, а також якщо відповідно до закону нотаріус повинен впевнитися у відсутності у заінтересованих осіб заперечень проти вчинення цієї дії. Вчинення нотаріальної дії може бути відкладено в разі необхідності витребування додаткових відомостей або документів від фізичних і юридичних осіб або надсилання документів на експертизу, а також якщо відповідно до закону нотаріус повинен впевнитися у відсутності у заінтересованих осіб заперечень проти вчинення цієї дії.

Положеннями ст. 44 Закону України «Про нотаріат» передбачений порядок дій нотаріуса у разі сумнівів у наявності необхідного об'єму повноважень, намірів сторін тощо. Зокрема, законодавець наділив нотаріуса правом збирати додаткові відомості щодо виниклої ситуації, за врегулюванням якої до нього звернувся.

Наприклад, 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 вимог 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 дійде висновку про неможливість вчинення тієї чи іншої нотаріальної дії, він має право відмовити суб'єкту звернення. Причини відмови передбачені у ст. 49 Закону України «Про нотаріат». Зокрема, відповідно до п. 4 ч. 1 вказаної статті нотаріус вправі відмовити у вчиненні дії, якщо є сумніви у 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 і відсилає до норм інших законодавчих актів (відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 49 Закону нотаріус відмовляє в інших випадках, передбачених законом).

Крім того, за ч. 2 ст. 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 в установленому законом порядку.

Оскільки нотаріус наділений державою визначеним переліком повноважень на вчинення відповідних дій і вирішення конкретних ситуацій, а крім того, законом надано право нотаріусу на вчинення додаткових дій щодо отримання відомостей, документів тощо, необхідних для вчинення нотаріальної дії, що свідчить про наявність дискреції при здійсненні повноважень і правильного вирішення ситуації, є достатньо зрозумілим, що діяльність нотаріуса прямо пов'язана із процесом правозастосування, а отже, нотаріус є суб'єктом правозастосування.

Сенс правозастосування полягає не просто у вирішенні юридично значимої ситуації, яка не може бути вирішена без участі владного впливу, а саме в індивідуальному регулюванні 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 й 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, котра регулює спірні правовідносини та формує відповідні висновки, що буде детальніше розглянуто в наступних розділах.

Будь-який законодавець під час регулювання відносин у сфері приватного права зазвичай установлює лише імперативні норми, визначаючи межі свободи дій та/або встановлюючи заборони на вчинення дій. Усе інше залишається на розсуд учасників самих відносин. Така ситуація є цілком логічною з урахуванням обсягу сфери приватноправових відносин і різноманіття ситуацій, що в ній виникають.

Різноманіття правовідносин, масив законодавчої бази, стрімкий розвиток суспільних відносин і 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.

Як писав Платон: «Несхожість між людьми і справами і те, що ніщо людське ні на хвилину не залишається у спокої ні в чому, не дозволяє жодному з видів мистецтва проявитися у простій формі для всіх і на всі часи», «все що стосується законодавства, жодним чином і ніколи ще не було правильно обрано до кінця» (Платон, 1998: 129). Аристотель зробив спробу дати більш глибокий аналіз недосконалості закону (Аристотель, 1981). На його думку, слід шукати не в самому законі, а у природі об'єкта закону. Аристотель вважав, що недоліки писаного закону допускаються іноді свідомо, коли не можна дати ніякого припису щодо певного випадку, тому що акти законодавця повинні відрізнятися характером загальності, іноді проти волі, коли вислизують від його уваги (Аристотель, 2002). Правильно вчинить той, хто виправить недоліки та заповнить пробіл, який і сам законодавець виправив би, якби знав про такий випадок, коли видавав закон (Кечекьян, 1947: 97).

Аристотель вважав, що прогалини у праві треба заповнювати незмінними законами природи, природним правом (Аристотель, 2002). Сучасні дослідники у галузі цивільного права прогалиною вважають відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації (Борисова, 2004).

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 (Харитонов, 2008).

Отже, прогалиною вважається відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації. Прогалиною також можна вважати ситуацію, за якої норма права не охоплює відповідні обставини, що не дозволяє вирішити спір у рамках наявної нормативної бази.

Причиною появи прогалин зазвичай 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.

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.

У філософській літературі аналогія розглядається як метод пізнання, який характеризується певною «цілеспрямованістю, систематичністю й обґрунтованістю, використанням додаткових заходів і засобів, котрі підвищують пізнавальні можливості, а також певною послідовністю і поетапністю у виконанні пізнавальних процедур» (Филиппенко, 1975: 8).

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 (Недбайло, 1960: 464).

І. Новицький визначав аналогію права як заповнення прогалін у нормах права на основі загального сенсу всього чинного законодавства, а аналогію закону – як застосування конкретної норми права до не передбаченого чинним правом відношення, схожого на те, яке регулюється цією нормою (Новицький, 1959).

Інститут аналогії має суворо визначену функцію, що полягає у правовій оцінці дій, безпосередньо не врегульованих юридичними нормами, у казуальному подоланні прогалін у праві. Його призначення, мета полягають у тому, щоб забезпечити відповідність між правом як динамічною системою та розвитком суспільних відносин і завданнями правового регулювання (Леушин, 1971).

Аналогія є одним із найбільш багатоаспектних явищ права. Це виражається не тільки в тому, що цей інститут може становити предмет дослідження як у загальній теорії права, так і в його окремих галузях, але і в тому, що необхідно враховувати власне правове і логічне значення аналогії. Будучи одним із дієвих засобів подолання прогалін у праві, аналогія в її дії є нічим іншим, як висновком про належність одиничній обставині певної ознаки, заснованої на схожості цієї конкретної обставини з іншою обставиною, що володіє цією ознакою.

Нотаріус як суб'єкт правозастосування у своїй діяльності, беззаперечно, зіштовхується із правовими перешкодами – прогалинами в законодавстві, що вимагає від нього вчинення відповідних дій: подолання прогалін для вирішення конкретної ситуації.

Будь-яких обмежень щодо застосування нотаріусом аналогії спеціальне законодавство не містить. Так само ст. 8 Цивільного кодексу України зазначає умови її застосування та не містить обмежень за суб'єктом застосування. Положеннями цивільного законодавства нотаріусу виділена активна роль у сфері захисту прав і законних інтересів особи (ст. 18 Цивільного кодексу України). Невід'ємною частиною діяльності нотаріуса є здійснення охоронної функції прав і законних інтересів, яка полягає у превенції порушень законодавчих положень (заходи з охорони спадкового майна, посвідчення угоди про сплату аліментів тощо).

Інститут нотаріату покликаний забезпечити захист цивільних прав і 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 врегулювання правовідносин із урахуванням інтересів кожної зі сторін, а також знайти ефективні правові механізми, способи та засоби захисту їх прав і запобігти виникненню спорів у майбутньому.

На практиці нотаріус змушений буде застосовувати аналогію, 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 (Фурса, 2011: 174–185)

Наприклад, виникає питання як вчинити нотаріусу в ситуації, коли *особа А, перебуваючи у шлюбі з особою Б., має намір здійснити відчуження нерухомого майна третій особі В. Зазначене майно А. придбала на грошові кошти, які отримала у спадок у період перебування у шлюбі з Б. Вказані обставини та джерело набуття нерухомого майна А. не фіксуються в договорі купівлі-продажу майна. Сімейним кодексом України (далі – СК України) встановлена презумпція, за якою майно, набуте у шлюбі, є спільною власністю подружжя. Укладення договорів одним із подружжя, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, здійснюється за обов'язковою згодою другого із подружжя, яка має бути нотаріально посвідчена. Водночас, як було вище зазначено, вказане майно А. придбала за особисті грошові кошти.*

За положеннями ст. 60 СК України майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один із них не мав із 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.

Водночас згідно із п. 2–3 ч. 1 ст. 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 вище наведеної 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 у шлюбі, режим спільної власності не розповсюджується.

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

Так, виявляється необхідним застосувати за аналогією механізм, передбачений ст. 65 СК України. Відповідно до ч. 3 ст. 65 СК України для укладення одним із подружжя договорів, що потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого із подружжя має бути подана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена.

Отже, вирішення вище наведеної ситуації можливе шляхом подання заяви про підтвердження другим із подружжя належності дружині нерухомого майна на праві особистої приватної власності у зв'язку з тим, що воно було придбане на кошти, успадковані нею. Така заява, за аналогією зі згодою, про яку йдеться в абз. 2 ч. 3 ст. 65 СК України, повинна бути нотаріально засвідчена.

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

Окрім того, судова практика безпосередньо свідчить про необхідність застосування аналогії нотаріусом. Зокрема, при вчиненні виконавчого напису щодо стягнення заборгованості за кредитним договором із боржника нотаріус повинен пересвідчитися у безспірності вимоги кредитора на підставі чіткого переліку документів, визначеного нормативно-правовими актами: оригіналу кредитного договору та засвідченої стягувачем виписки з рахунка боржника із зазначенням суми заборгованості та строків її погашення з відміткою стягувача про непогашення заборгованості. Подання інших документів не передбачено.

Розглядаючи справу за позовом боржника про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, Шевченківський районний суд м. Києва дійшов висновку, що відповідно до Закону України «Про нотаріат» виконавчий напис може бути вчинено нотаріусом за умови, що наявність безспірної заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем підтверджується відповідними документами.

На підтвердження безспірності заборгованості нотаріусу мають бути подані документи, які свідчать про визнання боржником вимог кредитора. Тобто нотаріус повинен упевнитися в розумінні боржником пред'явлених до нього вимог і визнанні їх.

Зокрема, документом, що може (з урахуванням заяв чи листів боржника) підтверджувати такий факт, є отримання боржником вимоги стягувача з підписом боржника про його отримання.

У нотаріальному процесі при стягненні боргу за нотаріально посвідченим договором позики (кредитним договором) на підставі виконавчого напису нотаріуса боржник участі не бере, а тому урахування його інтересів має забезпечуватися шляхом надіслання повідомлення – письмової вимоги про усунення порушення (письмового повідомлення про вчинення виконавчого напису). Повідомлення, надіслане стягувачем боржнику, є документом, який підтверджує безспірність заборгованості й обов'язково має подаватися при вчиненні виконавчого напису як за іпотечним договором, так і за нотаріально посвідченим договором позики (кредитним договором). Тому існують підстави для застосування ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку» за аналогією закону, в т. ч. й при вчиненні виконавчого напису за нотаріально посвідченим договором позики (кредитним договором) (Постанова Шевченківського районного суду м. Києва від 20 травня 2021 р. в справі № 761/34130/20).

Висновки. Таким чином, динамічність і багатоаспектність суспільних відносин є однією з основних причин виникнення прогалин у праві. Законодавець не встигає за суспільними процесами й об'єктивно не має можливості реагувати на кожен виклик. Такі обставини зумовлюють формалізацію універсальних правових норм, які мають широке коло дії, однак це все одно не вирішує проблему прогальної права. Наявність прогалин не означає, що ті суспільні відносини, які знаходяться у правовій площині, але не закріплені нормативно, залишаються без законодавчого врегулювання. У такому випадку саме суб'єкт правозастосування у межах наданих йому повноважень і доступних методів юридичної техніки вживає заходи щодо подолання прогалин, які були виявлені у процесі здійснення ним своєї діяльності. Варіативність життєвих ситуацій вимагає широкого кола суб'єктів правозастосування, котрі б могли оперативно реагувати на правові виклики. Нотаріус через специфіку своєї діяльності та наданих законом повноважень є суб'єктом правозастосування, який може у процесі своєї діяльності вживати заходів із подолання прогалин. Одним зі способів подолання прогалин у праві та законодавстві є аналогія. Аналогія полягає в казуальному подоланні прогалин у праві, є висновком про належність одиничній обставині певної ознаки, який заснований на схожості цієї конкретної обставини з іншою обставиною, що володіє цією ознакою. Хоча законом чітко не передбачено право нотаріуса на застосування аналогії, однак умови правової реальності, в т. ч. й судова практика, свідчать про необхідність застосування аналогії нотаріусом як суб'єктом правозастосування у своїй діяльності задля ефективного та належного захисту, а також недопущення порушення прав і законних інтересів осіб. Оскільки як теорія, так і практика вже містять сформовані позиції та визнають необхідність застосування нотаріусом аналогії у своїй діяльності щодо окремих правових аспектів, цілком логічним є внесення змін до спеціальних нормативно-правових актів і закріплення на законодавчому рівні права нотаріуса на застосування аналогії у своїй діяльності. У такому разі нормативне врегулювання застосування аналогії нотаріусом буде запобігати виникненню негативних ситуацій і зловживань щодо оскарження рішень нотаріуса.

Список використаних джерел:

1. Аристотель. Риторика / пер., вступит, ст., комент. и указ. Т. Кукавы ; под ред. А.В. Урушадзе. Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1981. 246 с. Кн. 1. Гл. 13.
2. Аристотель. Этик / пер. Н.В. Брагинской, Т.А. Миллер. Москва : АСТ, 2002. 492 с. Кн. 5. Гл. 14.
3. Бобрешов С.Г. Судове правозастосування в Україні: проблеми теорії і практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2010. 251 с.
4. Борісова В., Жилінкова І. Цивільне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 480 с.
5. Кечекьян С.Ф. Учение Аристотеля о государстве и праве / отв. ред. И.Д. Левин. Москва ; Ленинград : Изд-во АН СССР, 1947. С. 97.
6. Коржанський М.Й. Кримінальне право України. Частина загальна : курс лекцій. Київ : Наук. думка, 1996. 336 с.
7. Леушин В.И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1971.
8. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. Москва, 1960. С. 464.
9. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права : монография. Москва : Юр. лит., 1959. 162 с.

10. Теория государства и права : учебник / Пиголкин А.С., Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. ; под ред. А.С. Пиголкина, Ю.А. Дмитриева. Москва : Изд-во Юрайт: ИД Юрайт, 2010. 744 с.
11. Платон. Государство. Законы. Политик / вступ, ст. Е.И. Темнова. Москва : Мысль, 1998. С. 129.
12. Постанова Шевченківського районного суду м. Києва від 20 травня 2021 р. в справі № 761/34130/20. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97084704>.
13. Пронотаріат: Закон України від 02 вересня 1993 р. № 3425-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 39. Ст. 383. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=40-15#Text>.
14. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.
15. Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. Москва, 2010. С. 321.
16. Филиппенко М.М. Аналогия как средство познания. Москва, 1975. С. 8.
17. Фурса С.Я., Лисенко Л.С. Законність і обґрунтованість нотаріальних актів. Вісник вищої ради юстиції. 2011. № 1. С. 174–185.
18. Харитонов Є. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції) : монографія. Одеса : Фенікс, 2008. 346 с.

References:

1. Arystotel (1981). *Rytoryka [Rhetoric]*. Tbylisy: Yzd-vo Tbylys. un-ta. [in Russian].
2. Arystotel (2002). *Etyka [Ethics]*. Moskva: ACT. [in Russian]
3. Bobreshov, Ye.H. (2010). *Sudove pravozastosuvannia v Ukraini: problemy teorii i praktyky [Judicial law enforcement in Ukraine: problems of theory and practice]*. Odesa. [in Ukrainian].
4. Borisova, V., & Zhylinkova, I. (2004). *Tsyvilne pravo Ukrainy [Civil law of Ukraine]*. Kyiv : Yurinkom Inter. [in Ukrainian].
5. Kechekian, S.F. (1947). *Uchenye Arystotelia o hosudarstve y prave [Aristotle's doctrine of state and law]*. Moskva; Leningrad: Yzd-vo AN SSSR. [in Russian]
6. Korzhanskyi, M.Y. (1996). *Kryminalne pravo Ukrainy. Chastyna zahalna : kurs lektsii. [Criminal law of Ukraine. The general part: a course of lectures]*. Kyiv : Nauk. Dumka. [in Ukrainian].
7. Leushyn, V.Y. (1971) *Dynamychnost sovetskoho prava y vospolnenye probelov v zakonodatelstve [Dynamism of Soviet law and filling gaps in legislation]*. Sverdlovsk. [in Russian].
8. Nedbailo, P.E. (1960) *Prymenenye sovetskykh pravovykh norm. [Application of Soviet legal norms]*. Moskva [in Russian].
9. Novytskyi, Y.B. (1959) *Ystochnyky sovetskoho hrazhdanskoho prava: monohrafiya. [Sources of Soviet civil law: monograph]*. Moskva: Yur. lyt. [in Russian].
10. Pyholkyn, A.S. Holovystytkova, A.N. & Dmytryev, Yu.A. (2010) *Teoriya hosudarstva y prava : uchebnyk. [Theory of state and law: textbook]*. M. : Yzd-vo Yurait: YD Yurait. [in Russian].
11. Platon. (1998) *Hosudarstvo. Zakony. Polytyk [Gosudarstvo. Laws. Politics]*. Moskva: Mysl. [in Russian].
12. Postanova Shevchenkivskoho raionnoho sudu m. Kyieva vid 20 travnia 2021 roku v spravi № 761/34130/20 [Resolution of the Shevchenkivsky District Court of Kyiv of May 20, 2021 in the case № 761/34130/20.]. (n.d.). [reyestr.court.gov.ua](https://reyestr.court.gov.ua/Review/97084704). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97084704>. [in Ukrainian].
13. Pro notariat: Zakon Ukrainy vid 02.09.1993 r. № 3425-XII. [On notaries: Law of Ukraine of September 2, 1993 №3425-XII]. (n.d.). [zakon.rada.gov.ua](https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=40-15#Text). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=40-15#Text> [in Ukrainian].
14. Skakun, O.F. (2001) *Teoriia derzhavy i prava: Pidruchnyk [Theory of state and law]* Kharkiv: Konsum. [in Ukrainian].
15. Tykhomyrov, Yu.A. (2010) *Pravovoe rehulyrovanye: teoriya y praktyka [Legal regulation: theory and practice]*. M. [in Russian].
16. Fylyppenko, M.M. (1975) *Analohiya kak sredstvopoznaniya. [Analogy as a means of knowledge]*. Moskva [in Russian].
17. Fursa, S.Ia. & Lysenko L.S. (2011) *Zakonnist i obgruntovanist notarialnykh aktiv [Legality and validity of notarial deeds]*. *Visnyk vyshchoi rady yustytysii. – Bulletin of the High Council of Justice. 1.* 174–185. [in Ukrainian].
18. Kharytonov, Ye. (2008) *Narysy teorii tsyvilistyky (poniattia ta kontseptsii) [Essays on the theory of civilization (concepts and concepts)]* Odesa : Feniks. [in Ukrainian].